



**ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES ÉCONOMIQUES,
JURIDIQUES, POLITIQUES ET DE GESTION**
Université Clermont Auvergne

Ecole Doctorale des Sciences Economiques, Juridiques, Politiques et de Gestion
Centre Michel de L'Hospital (CMH, EA 4232)

SANCTION PÉNALE ET SANCTIONS AYANT LE CARACTÈRE D'UNE PUNITION

Thèse présentée et soutenue publiquement le 01/12/2022

pour l'obtention du titre de Docteur en droit

par

Carrol Bel Dora HOUNHAGNI

sous la direction du Professeur **Evan RASCHEL**

Membres du Jury

Stéphane DETRAZ	Maître de conférences HDR à l'Université Paris-Saclay	Rapporteur
Jean-Baptiste PERRIER	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille	Suffragant
Anne PONSEILLE	Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier	Rapporteur
Christophe TESTARD	Professeur à l'Université Clermont Auvergne	Suffragant
Evan RASCHEL	Professeur à l'Université Clermont Auvergne	Directeur de thèse

L'Université Clermont Auvergne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Edinho, pour les années passées.
À Maelya, pour toutes celles à venir.

Au professeur Evan Raschel, j'adresse ma plus sincère reconnaissance.

Vous avez su confronter mes doutes, mes réflexions avec pédagogie, franchise et bienveillance.

Travailler sous votre direction, ces six années passées fut formateur et enrichissant pour moi.

Merci infiniment.

Mes sincères remerciements vont également aux doctorant (e) s et aux jeunes docteur (e) s côtoyé (e) s ;

Merci pour ces belles discussions qui ont contribué, d'une manière ou d'une autre, à enrichir ce

travail. Vos encouragements m'ont suivie ces six dernières années, m'apportant réconfort et amitié.

J'ai une pensée spéciale pour mon amie et collègue doctorante Eva Gbandama Lario et pour tous
mes précieux relecteurs et relectrices.

Que ma famille particulièrement mon père, ma mère, trouvent ici l'expression de ma sincère
reconnaissance

Merci à mes amis qui me sont chers et qui j'en suis sûre me pardonneront de ne pas pouvoir les citer
en ces lignes.

Enfin, j'ai une pensée émue pour Edinho, que je m'en voudrais de ne pas citer, qui a fait preuve
d'un soutien indescriptible, m'a encouragé au fil de ces six dernières années et m'a permis d'aller
jusqu'au bout.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	V
ABRÉVIATIONS, ACRONYMES ET LATINISMES.....	VII
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PREMIÈRE PARTIE : LA DISTINCTION DES SANCTIONS.....	51
TITRE I. LA DISTINCTION DES FINALITÉS	57
Chapitre 1. La finalité répressive.....	63
Chapitre 2. La finalité préventive	85
TITRE II. LA DISTINCTION DES RÉGIMES.	115
Chapitre 1. Les organes prononçant les sanctions	117
Chapitre 2. Les garanties des sanctions	145
Chapitre 3. La contestation des sanctions.....	205
SECONDE PARTIE : L' ARTICULATION DES SANCTIONS.....	239
TITRE I : LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICULATION.....	245
Chapitre 1. L'évitement du cumul des sanctions.....	247
Chapitre 2. L'organisation du cumul des sanctions.....	281
TITRE II : L'AMÉLIORATION DE L'ARTICULATION DES SANCTIONS	319
Chapitre 1. Les pistes exclues.....	321
Chapitre 2. Les pistes retenues	339
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	359
ANNEXES.....	363
INDEX ALPHABÉTIQUE	379
BIBLIOGRAPHIE	387
TABLE DES MATIÈRES	415

ABRÉVIATIONS, ACRONYMES ET LATINISMES

act.	Actualités
AJCT	<i>Actualité Juridique des Collectivités Territoriales</i>
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
AJFP	<i>Actualité juridique. Fonctions publiques</i>
AJ pénal	<i>Actualité juridique pénal</i>
art.	Article
Ass.	Assemblée du Conseil d'Etat
Ass. Plén	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJB	<i>Bulletin Joly Bourse</i>
BJE	<i>Bulletin Joly Entreprises en difficulté</i>
BJS	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
BJT	<i>Bulletin Joly Travail</i>
Bull. ass. plén	<i>Bulletin des arrêts rendus en assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
CAA	Cour d'appel administrative
CE	Conseil d'Etat
cf.	<i>Se référer à</i>
ch. instr	Chambre d'instruction
chron.	Chroniques
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	<i>Commentaire</i>
concl.	Conclusions
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	Décision de conformité
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
dir.	Sous la direction de
Dr. fisc.	<i>Revue de Droit fiscal</i>
Dr. pénal	<i>Revue de Droit pénal</i>
Dr. soc	<i>Revue de Droit social</i>
e.a.	<i>Et alii, et les autres (évite de citer plus d'un auteur d'un ouvrage collectif qui en comporte plus de trois).</i>
éd.	Edition
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
GAJA	<i>Grands Arrêts de la jurisprudence administrative</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>

<i>idem</i>	<i>La même chose</i>
<i>ibidem.</i>	<i>La même chose au même endroit</i>
<i>in</i>	<i>Dans</i>
<i>in malam partem</i>	<i>Dans un mauvais sens</i>
<i>In fine</i>	<i>A la fin</i>
<i>infra</i>	<i>Plus bas</i>
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCP A</i>	<i>La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JCP E</i>	<i>La semaine juridique, édition économique et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique, édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>La semaine juridique, édition notariale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>lot. cit.</i>	<i>Loco citato, à l'endroit cité (même auteur, même ouvrage,</i>
<i>même page)</i>	
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
<i>non bis in idem</i>	<i>Ne bis in idem (nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits)</i>
<i>obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato, ouvrage (pré)cité</i>
<i>p.</i>	<i>Page</i>
<i>pp.</i>	<i>Pages</i>
<i>préc.</i>	<i>Précité (e)</i>
<i>Préf.</i>	<i>Préface de</i>
<i>QPC</i>	<i>Question prioritaire de constitutionnalité</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDS</i>	<i>Revue de droit social</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
<i>Rec. Cons. const.</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>req.</i>	<i>Requête</i>
<i>Rev. Sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RID pén.</i>	<i>Revue internationale de droit pénal</i>
<i>RJF</i>	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale (édition Francis Lefebvre)</i>
<i>RLC</i>	<i>Revue Lamy de la concurrence</i>
<i>RPDA</i>	<i>Revue pratique de droit administratif</i>
<i>RPDP</i>	<i>Revue pénitentiaire et de droit pénal</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>s.</i>	<i>Suivant</i>
<i>Soc.</i>	<i>Chambre sociale de la Cour de cassation</i>
<i>spéc.</i>	<i>Spécialement</i>
<i>supra</i>	<i>Plus haut</i>
<i>t.</i>	<i>Tome</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal correctionnel</i>
<i>Trib. civ.</i>	<i>Tribunal civil</i>
<i>Trib. UE</i>	<i>Tribunal de première instance des Communautés européennes (ancien)</i>
<i>Vol.</i>	<i>Volume</i>
<i>Voy.</i>	<i>Voyez</i>

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Il est fort triste que [...] nous soyons constitués de deux moitiés qui font toutes deux la même chose, de sorte que tout se produit deux fois. »

Georg Büchner, La Mort de Danton, 1835

1. En 1835, George Büchner, dramaturge allemand, affirme qu'« il est fort triste que [...] nous soyons constitués de deux moitiés qui font toutes deux la même chose, de sorte que tout se produit deux fois ». Par cette pensée, il regrette la répétition de deux choses identiques qui s'applique à notre étude sur la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition. D'évidence, depuis des dizaines d'années, avec l'élargissement du pouvoir répressif, la notion de sanction s'est élargie avec une nouvelle catégorie. Il s'agit des sanctions ayant le caractère d'une punition. Si leur légitimation fait de moins en moins débat, les critiques n'en sont plus que nombreuses à l'égard de leur assemblage avec la sanction pénale – sanction traditionnelle en termes de punition. Entre autres, est dénoncé le cumul injustifié de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition, avec à l'inverse, un vœu d'articulation des sanctions. Des difficultés se ressentent, avant toute chose, dans l'identification et dans l'application des sanctions.

Peut-on, dès lors, identifier rigoureusement la sanction pénale face aux sanctions ayant le caractère d'une punition ? Comment définit-on le champ des sanctions ayant le caractère d'une punition à l'égard de celui de la sanction pénale ? A quelles règles sont soumises ces sanctions, en termes d'application et de protection des individus ?

Avant d'analyser ces difficultés, une définition des notions de sanction pénale et de sanction ayant le caractère d'une punition (I) s'avère nécessaire. Par la suite, nous dégagerons les liens entre ces sanctions (II) qui contribueront à identifier l'intérêt, l'actualité et la problématique de notre sujet.

I- Les notions de sanction pénale et de sanction ayant le caractère d'une punition

2. Afin de procéder successivement à une définition de la sanction pénale (B) et de la sanction ayant le caractère d'une punition (C), nous ferons d'abord une clarification conceptuelle de la « sanction » qui représente leur point commun (A).

A. La notion de sanction

3. **Acception classique de la sanction.** Qu'est-ce que la sanction ? Dans la recherche d'une définition classique de ce terme, les dictionnaires de langue sont d'un secours non négligeable. Il y est retrouvé deux sens qui demandent une analyse.

D'une part, la sanction est « l'approbation donnée à quelque chose et qui consacre son exactitude, sa validité et son caractère durable »¹. Dans ce premier sens, l'autorité de sanction est celle qui a compétence pour approuver une chose ou pour l'anéantir à l'issue de son contrôle. D'autre part, le sens que revêt la sanction est celui de « peine ou récompense prévue pour assurer l'observation d'une loi, l'exécution d'une mesure réglementaire, d'un contrat »².

Ce second sens se rapproche et est adapté à l'utilisation juridique qu'on en fait aujourd'hui, on peut l'affirmer. Ainsi, en termes de définition classique de la sanction, l'acception qui prime³ est celle du second sens que lui attribuent les lexicographes. C'est la signification coercitive du terme sanction qui est mise en avant.

Cette signification correspond justement à son étymologie empruntée au latin *sanctio* qui découle du verbe *sancire*. De manière générale, ce verbe représente le fait de décider une mesure obligatoire⁴. Cette conception coercitive portée par le mot latin *sanctio* est le fruit d'une évolution⁵. Elle est, ainsi, valable tant en matière extra-juridique que juridique.

¹ C'est l'exemple de la Cour de cassation qui donne sa sanction à une thèse, du gouvernement qui donne sa sanction à une politique ou d'un diplôme qui sanctionne des études. Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (<https://www.cnrtl.fr/definition/sanction>, consulté le 24 mai 2022) ; Voy., aussi, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 14^e éd., 2022, p. 947.

² R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2022*, éd. LexisNexis, 2021, 495 ; D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, 2003, p. 1380 ; P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française [Le Grand Robert de la langue française]*, 2^e éd. rev. par A. Rey, Le Robert, 1992, t. VIII, p. 567.

³ F. ROUMY, « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 La sanction, entre technique et politique*, éd. Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 3.

⁴ D. ALLAND, S. RIALS, *lot. cit.* ; Y. THOMAS, « De la sanction » et de la sainteté des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité », *Droits / Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, pp. 135-151 ; F. ROUMY, *lot. cit.*, p. 5.

⁵ F. ROUMY, *lot. cit.*, pp. 5-30.

4. Acception juridique générale de la sanction. Le droit s'approprie le terme de sanction et en dépend presque. Il n'y apporte une définition pratiquement que dans le dictionnaire juridique.

Interroger le droit positif en général sur l'acception du terme de la sanction n'est que d'un secours très léger. Plusieurs textes de loi utilisent évidemment le vocable, tant au pluriel⁶ qu'au singulier⁷. Cependant, les significations proposées varient, selon que la loi voit en la sanction tantôt une mesure qui intervient en cas de violation d'une règle de droit⁸ ou tantôt une mesure défavorable s'appliquant à une personne qui a transgressé la loi⁹. Ce double sens est celui utilisé également par la jurisprudence¹⁰. Finalement, ni la loi, ni la jurisprudence n'apporte une définition tranchée à la sanction.

Concernant la doctrine, une ambivalence se décline dans le passé, avec une quasi-absence de définition et de travaux scientifiques sur la question. Aujourd'hui, une volonté plus affirmée de percer ce mystère est tout à fait évidente. De fait, l'absence de définition par le droit positif en général avait valu à la sanction la qualification d'« inconnue du droit »¹¹. Les quelques travaux¹² qui ont suivi cette conclusion n'ont pas pu, véritablement, s'en éloigner. Toutefois, avec la nouvelle génération d'auteurs qui ont, manifestement, refusé de s'en contenter et de renoncer à la définition de la sanction : les choses ont considérablement évolué.

En effet, dans une étude réalisée par un travail collectif et dirigé par Mmes CHAINAIS et FENOUILLET, une définition raisonnée a été attribuée à cette notion polysémique.

Ainsi, la sanction serait « toute réaction du droit à une violation de la règle de droit »¹³. Quoique restrictive, cette acception de la sanction comble un peu l'hésitation observée dans la recherche d'une définition extensive de la sanction.

Dans cette perspective, l'acception juridique générale de la sanction n'est pas complète. Elle doit, de ce fait, être considérée dans les deux sens évoqués rapidement dans certains textes de loi et être approfondie finalement par le vocabulaire juridique.

⁶ Voy., par ex., l'article L 273-1 du Code minier (nouveau) ; l'article R 1453-1 du Code des transports.

⁷ Voy., par ex., l'article L 326-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁸ Voy., par ex., l'article L 824-2 du Code de commerce ; l'article L 451-1 du Code de l'action sociale et des familles.

⁹ Voy., par ex., l'article L 1331-1 du Code du travail ; l'article L. 122-40 du Code du travail ; l'article L 232-23 du Code du sport.

¹⁰ Voy., par ex., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvoi n° 17-10.255, *Publié au bulletin* ; Civ. 2^{ème}, 28 mars 2019, pourvoi n° 18-15.612, *Publié au bulletin*.

¹¹ Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Recueil Dalloz*, 1986, p. 197.

¹² «Les» sanctions seraient plurielles et le terme de «la» sanction serait nocif (Ch.-A. MORAND, « La sanction », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 293 s.) ; M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, éd. Economica, 2000 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, éd. LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 442, 2005, n° 313.

¹³ C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), « Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 *La sanction, entre technique et politique*, op. cit., p. XXII.

Dans le vocabulaire juridique, la sanction est considérée *au sens large* comme « une mesure - même réparatrice - justifiée par la violation d'une obligation »¹⁴. Il peut s'agir d'une condamnation à indemniser la victime, d'une mesure de protection ou d'assistance. Le sens large de la sanction nous ramène, en effet, à la réaction sociale - réaction de l'Etat vis-à-vis des infractions et des délinquants. Une réaction qui inclut donc la prévention et la rééducation d'une part, puis la répression d'autre part¹⁵. Cette définition contient aussi une fonction partielle indemnitaire¹⁶ - la réparation.

En revanche, cette fonction réparatrice¹⁷ de la sanction nous servira moins dans la suite de notre démonstration. Elle s'attachera beaucoup plus à la réaction de l'Etat analysée sous forme de répression. Plus encore, l'aspect de la mesure justifiée par la violation d'une obligation nous intéresse car dans ce sens large, la sanction constitue un élément essentiel au caractère normatif d'une règle¹⁸.

Dans un *sens restreint*, la sanction consiste en une “punition ou peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir”¹⁹. G. CORNU parle ainsi de sanctions pénales, disciplinaires, administratives, internationales, selon l'autorité de la répression et la nature de la mesure. Cette définition est essentielle pour la suite de notre étude. Elle détient *un aspect punitif* et montre *la présence de la sanction dans plusieurs branches du droit*.

5. L'acception choisie. La définition de la sanction nécessaire à notre démonstration s'inspire tant d'une partie de son sens large que de l'entière de son sens restreint.

D'abord, selon l'un des aspects de son sens large, la sanction constitue un élément essentiel au caractère normatif d'une règle²⁰ car intervenant en réaction à la violation de cette dernière. Élément caractéristique de la règle de droit, elle l'accompagne et représente la gardienne de son efficacité²¹. Cette signification qui nous convient parfaitement est, non seulement en accord

¹⁴ G. CORNU, *op. cit.*, p. 947.

¹⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, éd. CUJAS, 22^e éd., 2019, p. 18.

¹⁶ V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 *La sanction, entre technique et politique*, *op. cit.* p. 70.

¹⁷ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, préf. J.-H. ROBERT, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 42, 2007.

¹⁸ S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 29^e éd., 2021-2022, p. 960.

¹⁹ G. CORNU, *loc. cit.*

²⁰ Voy., *supra*, n° 4 ; R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2022*, *op. cit.*, p. 495.

²¹ C. MASCALA (dir.), « Variation sur la sanction », in *À propos de la sanction*, éd. LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2007, p. 9.

avec l'idée de coercition découlant de sa définition classique²², mais également, en parfaite harmonie avec la définition raisonnée proposée par la doctrine de droit contemporain²³.

Ce choix de définition correspond à notre étude surtout parce qu'il peut, parfaitement, s'accorder avec les deux éléments apportés par le sens restreint. C'est-à-dire avec la nuance punitive²⁴ de la sanction d'une part et d'autre part avec la présence de la sanction dans les diverses branches du droit.

Entendue ainsi, et au sens de notre démonstration, la sanction est *la punition infligée à l'auteur d'une faute, peu importe la branche du droit et les règles dont elle assure l'efficacité*. Nous ne prétendons aucunement être parvenus à une définition unique et harmonisée. Néanmoins, cette acception rejoint le sens le plus courant du mot et peut s'adapter aussi bien au droit pénal qu'aux autres branches du droit. La sanction n'est donc pas le propre du droit pénal²⁵, surtout à l'époque contemporaine où les sanctions prolifèrent dans divers domaines.

Finalement, cette définition est celle qui est pertinente et en adéquation avec la notion de sanction pénale (B) et de sanction ayant le caractère d'une punition (C).

B. La notion de sanction pénale

6. Processus de définition. Normalement, avec l'acception de la sanction choisie précédemment, il devrait être simple de définir la sanction pénale. En toute simplicité, la sanction pénale aurait pu être définie comme une punition ou une peine infligée à l'auteur d'une faute, en droit pénal. Les choses sont pourtant moins simples. Certes, la sanction pénale est logiquement rattachée au droit pénal, mais d'autres sanctions sont rattachées à la même branche de droit, quoiqu'indirectement.

En effet, si « définir » signifie étymologiquement tracer les limites, celles de la sanction pénale sont difficiles à déterminer. Sa conception a évolué dans le temps. M. PRADEL explique qu'au départ, son sens strict était limité à la peine et à la peine seule, c'est-à-dire une « réaction punitive prononcée par le juge pénal »²⁶. Par la suite, une autre catégorie de décision prononcée par le même juge pénal a vu le jour vers l'extrême fin du XIX^e siècle²⁷ : ce sont les mesures de sûreté²⁸. Enfin, au XX^e siècle, surgissent à tort et à travers des mesures punitives qui ne sont

²² Voy., *supra*, n° 3.

²³ *Idem*.

²⁴ A. BENABENT, Y. GAUDEMET, *Dictionnaire juridique*, éd. Lextenso, 2021, p. 398.

²⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, éd. LexisNexis, 6^e éd., 2021, p. 1054.

²⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.* p. 539.

²⁷ L. GREGOIRE, *Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion*, thèse, Aix-Marseille, 2014 ; M. BRENAUT, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, thèse, Paris 2, 2016.

²⁸ Voy., *infra*, n° 14.

pas prononcées par le juge pénal et qui sont indirectement liées au droit pénal²⁹. Il en ressort une problématique liée à la délimitation de la sanction pénale.

Notre objectif est d'y parvenir en répondant à plusieurs questions. D'abord, qu'est-ce que la sanction pénale n'est pas ? Ensuite, quelle nature permet de la définir au sein de notre démonstration ? Enfin, qu'est-ce que la sanction pénale est au vu de notre sujet ?

7. Rattachement direct de la sanction pénale au droit pénal. La sanction pénale est l'une des formes possibles de sanctions juridiques³⁰. Incontestablement, le droit pénal est indissociable de la sanction pénale qui lui confère sa nature même³¹. La sanction pénale est, en ce sens, directement rattachée à la branche du droit qui porte son nom : le droit pénal. Autrement dit, l'appellation du droit pénal vient de sa sanction appelée usuellement « peine »³². Ce choix porté sur le vocable « peine » est celui adopté globalement par le droit positif³³. La sanction pénale, assimilée à la peine, est alors rattachée directement au droit pénal.

8. Définition de la sanction pénale indépendamment de la peine : un obstacle à sa délimitation. Définir la sanction pénale sans passer par le terme de la peine n'est pas une tâche aisée. Selon Mme BÉZIZ-AYACHE, dans son dictionnaire de la sanction pénale³⁴, elle constitue l'« expression du droit de punir qui appartient à tout Etat de droit pour garantir l'ordre public ». La sanction pénale constitue donc une sanction organisée par l'Etat et poursuivant une finalité sociale³⁵. Elle renvoie à une punition imposée à l'auteur d'une infraction au nom de la société en secours à l'ordre public. Aussi claire qu'elle soit, cette définition ne permet, toutefois, pas de dire, ce que la sanction pénale n'est pas.

Plus loin, MM. BOULOC et PRADEL nous font progresser avec leur définition de la sanction pénale, bien qu'une réserve y soit attachée. Pour le premier, les sanctions pénales sont des sanctions prononcées uniquement par le juge pénal et sur la base d'une infraction pénale³⁶. Pour le second, la sanction pénale est la sanction destinée à punir les personnes ayant commis des

²⁹ Amende fiscale en vue d'assurer le recouvrement d'une taxe (Conseil d'Etat, 5 mai 1922, *F., Rec.* p. 386) ; Sanction administrative prononcée par l'autorité de la concurrence (Conseil constitutionnel, 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres, [Sanction de l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de la concurrence]*).

³⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*

³¹ O. DÉCIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, éd. Lextenso, 5^e éd., 2022, p. 13.

³² V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », *op. cit.*, p. 70.

³³ Voy., par ex., l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, éd. PUF, 7^e éd., 2021, p. 13 ; X. PIN, *Droit pénal général*, éd. Dalloz, 13^e éd., 2022, p. 383.

³⁴ A. BÉZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de la sanction pénale*, éd. Ellipses, 2009, p. 155.

³⁵ V. MALABAT, *lot. cit.*

³⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 550.

infractions définies dans le Code pénal ou les lois pénales annexes³⁷. Certes, cette définition ne correspond plus qu'à une modalité de la sanction pénale parmi d'autres, en fonction du pourvoi élargi des nouvelles autorités répressives, comme le relèvent clairement Mmes GIACOPELLI et PONSEILLE³⁸. Néanmoins, de cette même définition, sont déduits l'autorité qui prononce la sanction pénale principalement et le type d'infraction qu'elle sanctionne. Cette définition nous sera d'une utilité précieuse pour la suite de notre démonstration. Elle est toutefois insuffisante, puisqu'elle ne nous permet pas de connaître les fonctions et caractères de la sanction pénale et d'en tracer conséquemment les limites. Une identification de la sanction pénale à l'aide de la notion de peine s'impose.

9. Identification de la sanction pénale à travers l'indispensable définition de la peine : l'évolution historique de la notion de peine. En quête de plus de délimitation, nous allons adopter la méthode habituelle de définition de la sanction pénale, en passant par la peine. M. DREYER n'a-t-il pas affirmé qu'à la recherche de la sanction pénale, le juriste découvre la peine³⁹ ?

Etymologiquement, le mot « peine » est issu du latin *poena*. Il désigne un châtiment, une affliction, une souffrance voire une infamie⁴⁰. Cette signification étymologique n'est que le fruit de l'évolution historique de la peine car en droit romain, il signifiait au prime abord une composition pécuniaire due à une victime. Ce n'est que par la suite, qu'il a englobé les châtiments corporels⁴¹. Il est emprunté au grec *poine* désignant « le prix du sang, la vengeance » et remontant à une racine indo-européenne signifiant « payer ». De manière schématique⁴², l'évolution de la peine se dessine à travers celle du droit pénal. Plusieurs systèmes répressifs se sont succédés de la fin de l'ancien régime jusqu'à l'ère moderne marquée par l'avènement du Code pénal de 1810. Le droit pénal dans l'ancien régime était arbitraire, coutumier, brutal, introspectif. Cependant, il a évolué.

Ainsi, dans ces premiers temps, la sanction avait *un caractère purement privé* et le but était de remettre la victime dans son droit⁴³. Ce fut toujours le cas en dépit de l'épuration de la vengeance privée⁴⁴ vers une justice privée marquée par l'adoption de la loi du Talion.

³⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, éd. Dalloz, 27^e éd., 2021, p. 454.

³⁸ M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE, *Droit de la peine*, éd. Lextenso, 2019, p. 7.

³⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*

⁴⁰ M. SOULA, « A la recherche de la peine : regard rétrospectif (XIII^e-XIX^es.) », *Dr. Pénal*, 2015, p. 20.

⁴¹ J.-M. CABASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, éd. PUF, 2^e éd. 2009, pp. 68,70.

⁴² E. GARÇON, *Le droit pénal*, éd. Payot, 1992, p. 36 ; E. DREYER, *op. cit.*, p. 2.

⁴³ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁴ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, éd. Armand Colin, 1971, p. 26.

Ce n'est qu'à partir du XVI^e siècle, avec un droit pénal avancé, qu'on verra *une finalité assez préventive* de la peine. *La sévérité de la sanction* a été un moyen d'aboutissement de cette prévention contre la délinquance. Cette sévérité a d'ailleurs marqué les sanctions durant toute la période de l'ancien droit pénal. La période suivante a particulièrement marqué la sanction. Ce fut la nouvelle tendance avec le droit pénal intermédiaire. Apparurent de nouveaux principes dont la base était le "libéralisme de C. BECCARIA"⁴⁵. Il y eut, également, de nouveaux textes. Relativement aux peines, *elles étaient moins sévères*. A cette période, et en réponse aux sanctions, il y eut des avancées.

Dans cette évolution de la peine, le Code de 1810 ne reniait pas l'acquis révolutionnaire quant à la légalité des infractions et des peines. Mais au XIX^e siècle, le droit pénal fut critiqué relativement à sa rigidité aux peines, avec la peine privative de liberté comme peine par excellence⁴⁶. A la fin du XX^e siècle, s'observa une atténuation de la sévérité des peines et les premières réflexions sur la prison comme mode de technique répressive⁴⁷. En effet, on est passé de la trop grande intransigeance, rigidité de la sanction à des peines plus douces, avec l'expansion de la protection des droits de l'homme. Cette acception classique de la peine est complétée par son acception juridique.

10. Identification de la sanction pénale à travers l'indispensable définition de la peine : l'acception juridique de la notion de peine. Dans son acception purement juridique tirée du vocabulaire juridique et selon MM. BENABENT et GAUDEMET, la peine est la « sanction prévue par la loi et appliquée par un tribunal en répression d'infractions pénales (on parle de peine criminelle, correctionnelle ou de police selon que l'infraction est un crime, un délit ou une contravention) »⁴⁸. G. CORNU en propose trois sens dont le premier rejoint complètement celui des deux premiers auteurs. Ainsi, dans ce *premier sens*, pour lui, la peine est le « châtiment édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction (*nulla poena sine lege*) ; châtiment infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi (peine prononcée) »⁴⁹.

Cette définition proposée par le vocabulaire juridique est intéressante en ce qu'elle nous apporte des précisions essentielles. Il s'agit de l'importance de l'organe répressif d'une part et d'autre

⁴⁵ E. DREYER, *lot. cit.*, p. 13.

⁴⁶ R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, éd. PUF, 1998, p. 18.

⁴⁷ Y. JEANCLOS, *La dimension historique de la peine*, éd. Economica, 2013, p. 11 ; A. BÉZIZ-AYACHE, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁸ A. BENABENT, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁹ G. CORNU, *op. cit.*, p. 755.

part de la conformité de l'infraction et de la peine prononcée à la peine prévue par la loi - le principe de la légalité criminelle⁵⁰ et les fonctions de la peine.

Les choses se corsent lorsque la peine peut dans un *deuxième sens* désigner « une sanction infligée en matière civile (et non pénale), mais à titre de punition (et non de réparation) »⁵¹. Dans un *troisième sens*, elle peut être considérée comme une « somme forfaitaire stipulée à titre de dommages-intérêts à la charge du contractant qui manquera à exécuter ses obligations »⁵². Juridiquement, cette acception de la peine est fiable puisque dans sa simplicité, elle apporte des précisions indispensables. Cependant, elle plonge presque dans une incertitude de la compréhension de la peine, en incluant les cas spécifiques où le terme de la peine est utilisé aussi en matière civile⁵³. La définition de la notion de peine n'est-elle d'ailleurs pas entourée d'autant d'incertitudes que de certitudes comme le relève Mme GRÉGOIRE⁵⁴. L'apport de la doctrine s'avère être un plus.

11. Identification de la sanction pénale à travers l'indispensable définition de la peine : l'utile apport de la doctrine. Au-delà du vocabulaire juridique, la doctrine reste utile à cette définition, surtout que « le concept de peine n'est pas défini par la loi »⁵⁵. Elle se contente d'en donner les fonctions⁵⁶ et les critères d'application⁵⁷. Dans la plupart des ouvrages de droit pénal général aujourd'hui, la « peine » est une conséquence de la responsabilité pénale à finalité essentiellement rétributive, prononcée par une juridiction répressive, à la suite d'une déclaration de culpabilité⁵⁸. Plusieurs explications se déclinent clairement de cette acception juridique, grâce à deux critères de définition essentiels.

Primo, c'est le critère de la nature judiciaire et répressive de l'autorité qui prononce la peine et la distingue de mesures punitives qui ne sont pas prononcées par des autorités « judiciaires et répressives ». *Secundo*, le critère de « sa rationalité essentiellement rétrospective »⁵⁹ retient notre attention. La peine sanctionne donc un comportement dangereux *passé*. Elle diffère alors

⁵⁰ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; Articles 111-2, 111-3, 111-4, 112-1 et suivants, 113-1 et suivants du Code pénal.

⁵¹ G. CORNU, *lot. cit.*

⁵² *Idem.*

⁵³ A. JAULT, *La notion de peine privée, op.cit.*

⁵⁴ L. GREGOIRE, « La notion de peine et la Cour de cassation », in P.-Y. GAHDOUN, A. PONSEILLE, E. SALES, (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ?*, Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop, éd. CREAM, 2019, p. 19.

⁵⁵ X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 383.

⁵⁶ Article 132-24 du Code pénal.

⁵⁷ Article 130-1 du Code pénal.

⁵⁸ X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 388 ; E. DREYER, *Droit pénal général, op., cit.*, p. 1054 ; E. BURGAUD, « Propos introductifs », in *Les sens de la peine*, Textes réunis par E. BURGAUD, S. DELBREL, éd. Pulim, pp. 7-8.

⁵⁹ X. PIN, *Droit pénal général, lot. cit.*

des sanctions appliquées à des comportements dangereux futurs - des comportements à risque pour l'ordre public. Ce sont les mesures de sûreté définies plus bas⁶⁰.

A ce stade de la définition de la sanction pénale à travers celle de la peine, nous sommes confrontés à des définitions variables, sachant que ni la jurisprudence de manière globale, ni le Conseil constitutionnel sur un plan particulier n'y apporte de définition à portée générale⁶¹. C'est presque déstabilisant de savoir que le droit pénal n'est pas en mesure de livrer une définition substantielle⁶² à sa sanction. Ce n'est pas moins perturbant, d'avoir autant d'explications éparpillées de la « peine » qui est pourtant censée nous aider à définir la sanction pénale.

Alors, il s'impose à nous de mieux cerner les caractères et fonctions découlant de l'évolution de la peine et qui la démarquent des autres mesures liées directement et indirectement au droit pénal.

12. Fonctions et caractères de la peine : traits essentiels à l'identification de la sanction pénale. Si la peine renvoie de façon classique, au « 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 »⁶³, on peut en ressortir ses deux fonctions premières⁶⁴ : prévenir et si nécessaire réprimer. Au-delà de ce schéma classique, l'article 131-1 du Code pénal prévoit que « la peine a pour fonctions de : 1- De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2- De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Ainsi, d'autres fonctions de la peine surgissent dans la loi, comme la fonction d'élimination et la fonction de réinsertion.

Découlent de ces fonctions, divers caractères de la peine. Considérée comme un « châtement », la peine frappe le condamné « dans sa liberté, son patrimoine ou dans ses droits »⁶⁵. La peine est ainsi ressentie comme quelque chose de pénible, une souffrance ou une privation. Il s'agit du caractère *afflictif*⁶⁶ de la peine. Il provient principalement de sa fonction de rétribution. Ce caractère afflictif de la peine évoque donc son aspect douloureux⁶⁷.

⁶⁰ Voy., *infra*, n° 14.

⁶¹ M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », RSC, 2008, p. 808 ; E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale », JCP G, 2011, p. 9.

⁶² V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? » *op. cit.*, p. 73

⁶³ G. CORNU, *op. cit.*, p. 754.

⁶⁴ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1013.

⁶⁵ E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, éd. LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 2.

⁶⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 466.

⁶⁷ P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, F. Alcan, 1920, p. 304 ; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, éd. Guillaumin et Cie, 4^e éd. 1872, t. 2, p. 229 ; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, éd. Guallimard, 1975, p. 21.

De même, la peine présente un *caractère infamant*⁶⁸ puisque la peine désigne le condamné à la réprobation publique, en approuvant que celui-ci est bien l'auteur de l'infraction. Le *caractère certain, déterminé*⁶⁹ de la peine la définit car il est lié au fait de prononcer des sanctions pénales déjà prévues par les textes, comme l'impose le principe de la légalité criminelle. J. BENTHAM ne déplore-t-il pas à cet effet l'absence de connaissance du droit⁷⁰? Et comme pour apporter plus d'efficacité, de sens à la peine, elle a été dotée d'un *caractère éducatif*⁷¹.

13. De l'identification à la délimitation. L'histoire de la peine révèle clairement ses caractères et ses fonctions qui nous sont d'une grande utilité pour identifier la sanction pénale au sens de notre démonstration. Comme relevé ci-dessus – de l'étymologie de la peine, à sa définition juridique générale jusqu'à ses définitions proposées par la doctrine en droit pénal –, la sanction pénale, par son assimilation à la peine, est identifiée soit par le principe de la légalité criminelle ou par des critères liés à la nature de l'autorité répressive et à sa rationalité rétrospective. La sanction pénale est cependant surtout identifiable par les caractères et les fonctions évoqués ci-dessus.

Ceci nous permet de tracer les limites de la sanction pénale. C'est-à-dire de la distinguer au sens de notre travail de toutes les autres notions, tout en ressortant leurs liens avec le droit pénal. Il est question de dire finalement ce qu'est la sanction pénale et ce qu'elle n'est pas.

14. Délimitation de la sanction pénale : sa distinction par rapport aux autres mesures punitives. Malgré leur lien "indirect" avec le droit pénal, l'apparition et la multiplication des mesures répressives relevées par la plupart des auteurs⁷² dans cette branche du droit atteste de leur importance. En effet, de manière globale, les sanctions sont représentées aujourd'hui comme des mesures répressives utilisées lorsque l'acte antisocial n'a pas pu être évité. Il peut s'agir d'une peine proprement dite ou d'une sanction remplaçant la peine comme la sanction administrative existant en matière de communication audiovisuelle⁷³. Ces sanctions qui présentent ainsi une fonction punitive, voire un caractère afflictif comme la sanction pénale ne

⁶⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit.

⁶⁹ Le caractère certain de la peine est d'ailleurs parfois associé au caractère dissuasif de la peine pour plus d'efficacité (E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 1009).

⁷⁰ J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement*, trad. fr. Jean-Pierre Clero, éd. LGDJ, 1996, cité par O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, éd. DALLOZ, 2009, p. 49.

⁷¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 1010 ; G. COQUI, « La peine de prison et l'idée d'éducation morale », in *Prison et Droits : Visages de la peine*, Ph. AUDEGEAN, e.a., éd. L'Harmattan, 2016, p. 131.

⁷² V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », op. cit., pp. 74-77 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 454 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 539-549.

⁷³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 21-22.

sont certes pas prononcées par le juge pénal. Il s'agit de sanctions punitives *para-pénales*, ou *extra-pénales*⁷⁴.

Par conséquent, par le critère de la nature judiciaire et répressive du juge pénal, la sanction pénale se distingue de toute autre sanction quoique punitive, mais non prononcée par ce dernier.

15. Délimitation de la sanction pénale : l'exclusion des mesures de sûreté. La sanction pénale au vu du critère de la rationalité rétrospective, comprend également les mesures de sûreté. La sanction en droit pénal est une « sanction spécifique [...] prononcée au nom de la société, à la suite du trouble ou du risque de trouble à l'ordre public causé par la transgression, dans certaines circonstances, d'une norme tenue pour essentielle »⁷⁵. Cet auteur parle de *trouble* ou de *risque de trouble*, en parlant de *la sanction en droit pénal* qui punit, respectivement par la peine ou par la mesure de sûreté, l'auteur d'un comportement *réellement* ou *potentiellement* perturbateur pour l'ordre public. Une « dualité »⁷⁶ de sanctions en résulte.

En effet, créées au cours du XIX^e siècle, les mesures de sûreté ont trouvé une définition au sein de la doctrine. La mesure de sûreté se présente comme « le reflet inversé de la peine puisqu'elle n'est pas une punition d'une faute pénale et ne repose donc pas sur la culpabilité de son auteur, mais sur un état dangereux qu'elle a pour vocation de faire cesser à l'avenir »⁷⁷. La différence réside dans le fait que la peine intervient à cause de l'infraction commise alors que les mesures de sûreté interviennent à cause de l'état dangereux⁷⁸.

Malgré cette dualité de la sanction en droit pénal, les mesures de sûreté ne peuvent que difficilement être rattachées à la délimitation de notre champ d'étude. Il est bien vrai que certaines de ces mesures présentent véritablement un caractère afflictif⁷⁹ comme la peine et que pour certains, l'opposition entre la peine et les mesures de sûreté n'est pas claire et reste « délicate »⁸⁰. A ce propos, la confusion s'amplifie surtout avec l'usage des mesures de sûreté

⁷⁴ La doctrine utilise parfois les expressions de sanctions « quasi-pénales », « para-pénales » ou « extra-pénales » (V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », *op. cit.* p. 70 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE du CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, éd. LexisNexis, 6^e éd., 2020, p. 308, n° 636 et s.).

⁷⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1.

⁷⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *lot. cit.*, p. 549.

⁷⁷ E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *op. cit.*, p. 5 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 453-454.

⁷⁸ Le fondement de la mesure de sûreté est l'état dangereux (P. DE CASABIANCA, « Le nouveau code pénal italien. Séance de la société générale des prisons », *Revue pénitentiaire*, 25 juin 1930, p. 405).

⁷⁹ C'est le cas du retrait du permis de conduire contrairement au stage de citoyenneté (Voy., J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 551).

⁸⁰ X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, 393 et s. ; X. PIN, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *Essais de Philosophie pénale et de criminologie*, éd. Dalloz, 2012, vol. 10, p. 81 s.

parfois camouflé par un « masque terminologique » de la notion de peine comme l'explique si bien M. CÉRÉ et Mme GRÉGOIRE⁸¹.

Cependant, compte tenu de leurs fonctions⁸², il n'y a pas de confusion possible avec la peine. En effet, la peine a initialement un rôle de punition alors que la fonction de la mesure de sûreté est l'attachement à une atteinte qui n'est que probable. Et puisqu'il n'y a pas d'infraction, il n'y a donc pas de culpabilité. Toute idée de châtiment de punition est ainsi effacée et diffère de la fonction punitive de la sanction pénale assimilée à la peine⁸³. C'est le cas de la rétention de sûreté⁸⁴ dont l'élaboration a marqué le renouveau de la mesure de sûreté. Aux termes du quatrième alinéa de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale : « La rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel il lui est proposé, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure ». La rétention de sûreté ne rétroagit donc pas comme la peine. Elle vise plutôt à réagir face à l'état dangereux du délinquant qui avait déjà été condamné⁸⁵. En termes de régime⁸⁶ aussi, tant dans le fond que dans la forme, ces deux sanctions diffèrent⁸⁷. En fin de compte, la délimitation de la sanction pénale utile à notre démonstration s'arrêtant à la « peine », les mesures de sûreté s'en éloignent, par leur différence de fonction et de régime.

16. Bilan sur la clarification de la notion de sanction pénale. Finalement, la délimitation de la sanction pénale utile à notre démonstration s'arrête à la « peine » puisque sa définition n'a pu se faire indépendamment des éléments d'identification que sont globalement sa *fonction*

⁸¹ J.-P. CÉRÉ, L. GRÉGOIRE, « Peine : nature et prononcé », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, juin 2000 : « Le masque terminologique de la plupart des mesures de sûreté peut s'expliquer par la conception unitaire recherchée par le nouveau code pénal qui n'envisage, dans le titre III du livre premier, qu'une catégorie générique de sanctions, intitulée « peines », au motif que « toutes les sanctions pénales [sont] sans distinction des peines [...] ressenties comme telles par le condamné » (Code pénal, Exposé des motifs, p. 7) ».

⁸² J. PRADEL, *loc. cit.*, pp. 552-558.

⁸³ C. MASCALA, « Variations sur la sanction », *op. cit.*, p. 17.

⁸⁴ La rétention de sûreté est une mesure de sûreté, et non une peine. C'est ce que confirme le Conseil constitutionnel (P. GAIVA, *e.a.*, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, éd. Dalloz, 18^e éd., 2016, p. 787). Elle prévoit qu'une fois la peine exécutée, le délinquant est admis dans un centre médico-social de rétention, pour qu'il reste à l'écart de la société car il est considéré comme trop dangereux. Cette mesure a été mise en place pour répondre aux besoins de la société, qui est absolument intolérante face aux phénomènes de grande violence, par la loi du 25 février 2008 relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mentale.

⁸⁵ Conseil constitutionnel, 21 février 2008, décision n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*.

⁸⁶ Le Conseil constitutionnel a déclaré que ces mesures échappaient au principe de nécessité des peines et d'individualisation de la peine rattachés à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *Perben 2*, Rec. 66 § 74 ; RSC, 2004, p. 725, obs. C. Lazerges ; Conseil constitutionnel, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC, *M. Éric M. [Discipline des notaires]* ; *Dr. Pénal*, 2012, p. 36, obs. J.-H. Robert.

⁸⁷ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 558-560 ; X. PIN, *op. cit.*, pp. 397.

punitive et *l'autorité qui la prononce*, après une *déclaration de culpabilité*. Ces éléments d'identification nourrissent substantiellement la définition de la sanction pénale.

D'une part, s'établissent préalablement au prononcé de la sanction pénale plusieurs conditions : la commission réelle d'une infraction, le déclenchement des poursuites pénales, une déclaration de culpabilité du délinquant. D'autre part, sa fonction punitive basée sur un but de rétribution du délinquant est l'une des fonctions essentielles⁸⁸.

Inversement, cette définition substantielle invite nécessairement à s'intéresser de près aux sanctions ayant le caractère d'une punition qui elles, sont prononcées indépendamment de toute poursuite pénale⁸⁹, mais qui remplissent la fonction punitive. De plus, ces sanctions sont non seulement légitimées, mais les principes qui leur sont applicables sont les règles générales de droit pénal en vertu de leur caractère punitif⁹⁰. Elles sont au cœur de notre étude. A leur tour, elles méritent alors des éclaircissements.

C. La notion de sanction ayant le caractère d'une punition

17. Notion de « sanction ayant le caractère d'une punition » : une absence de définition. Créée par le Conseil constitutionnel⁹¹, la notion de *sanction ayant le caractère d'une punition* représente un *concept non inconnu*⁹², d'autant plus que la doctrine y fait de plus en plus référence⁹³. Aucune mention de ce concept n'est toutefois pas faite dans la loi en termes définitionnels. Le vocabulaire juridique insiste heureusement sur le fait que le terme de la sanction comporte, le plus souvent, une nuance punitive. Elle peut être retrouvée en droit pénal mais aussi dans d'autres branches du droit⁹⁴. Ce qui permet d'ailleurs au dictionnaire juridique

⁸⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 400 ; R. MERLE, *La pénitence et la peine*, éd. Cujas, 1985 ; J. H. SYR, *Punir et réhabiliter*, éd. Economica, 1990.

⁸⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 399.

⁹⁰ J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 541-542.

⁹¹ Voy., *infra*, n° 18.

⁹² Voy., V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », op. cit. ; Voy., A. LEPAGE, P. MAISTRE du CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, op. cit.

⁹³ M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, éd. Economica, 1992 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 399, 401 ; V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », op. cit., p. 70.

⁹⁴ A. BENABENT, Y. GAUDEMET, op. cit., p. 398.

ou dictionnaire du droit administratif de définir la sanction disciplinaire⁹⁵ et la sanction administrative⁹⁶.

Ces éléments essentiels à la définition des sanctions ayant le caractère d'une punition et dévoilés par le dictionnaire juridique, sont confirmés d'ailleurs par la doctrine. Les sanctions ayant le caractère d'une punition, seraient alors des sanctions prononcées par des instances ou des autorités administratives ou disciplinaires, en marge d'un éventuel procès pénal. Elles sont, par ailleurs, ressenties comme des sanctions issues d'un procès pénal par ceux qui les subissent⁹⁷. Grâce à ces efforts doctrinaux, les sanctions ayant le caractère d'une punition peuvent au moins être définies avec le critère formel basé sur la distinction de l'autorité sanctionnatrice du juge pénal.

Cependant, cette définition n'est pas suffisante dans le contexte actuel. D'abord, parce que parfois certaines sanctions pénales peuvent ne pas être prononcées nécessairement par le juge pénal. A titre illustratif, le juge administratif, en matière de contravention de grandes voiries, prononce des amendes pénales⁹⁸. Ensuite, il n'y a pas de précision sur le concept d'autorité non répressive. Il peut, en réalité, inclure une autorité de nature non juridictionnelle⁹⁹ telle qu'une autorité administrative ou une autorité juridictionnelle non répressive comme le juge fiscal. Ceci, « même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »¹⁰⁰ ou « non juridictionnelle »¹⁰¹ selon les hypothèses. Qu'est-ce qui distingue subséquemment, les sanctions que prononcent ces autorités de leurs autres décisions ? Les choses ne sont pas si claires au prime abord¹⁰². La nuance punitive qui définit ces sanctions

⁹⁵ Sanction qui suppose la violation d'une règle (statut, règlement intérieur) commune aux membres d'un corps, établissement, professionnel et l'existence d'un pouvoir hiérarchique, ou quasi hiérarchique (A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, éd. Dalloz, 8^e éd., 2021, pp. 519-520 ; R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2022*, op. cit., p. 495 ; S. BISSARDON, *Guide du langage juridique*, éd. LexisNexis, 4^e éd., 2013, p. 541).

⁹⁶ Sanction prononcée par une autorité administrative à l'égard des administrés, dans les conditions prévues par la loi. Les auteurs insistent sur le fait qu'un pouvoir de sanction est souvent confié aux autorités administratives indépendantes, sans leur être réservé. (A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *lot. cit.* ; R. CABRILLAC (dir.), *lot. cit.*).

⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, op. cit., ; X. PIN, *lot. cit.* ; V. MALABAT, *lot. cit.*

⁹⁸ Voy., *infra*, n° 32 ; La plus importante matière répressive confiée aux autorités administratives est celle des contraventions de grande voirie. MM. AUBY et DRAGO (J.-M. AUBY, R. DRAGO, « Traité du contentieux administratif », *Revue internationale de droit privé*, vol. 2, 1975, p. 457) placent aussi dans le contentieux de la répression administrative, la répression des délits d'audience ou des recours abusifs ; Voy. A. CHOUVET-LEFRANÇOIS, *La sanction répressive dans le droit français contemporain*, thèse, Toulouse, 2006.

⁹⁹ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, considérant n° 18.

¹⁰⁰ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

¹⁰¹ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

¹⁰² Les sanctions administratives se distingueraient des actes administratifs qui peuvent avoir le même contenu (refus, retraits, interdiction) par le fait qu'elles sont destinées à punir une infraction » (G. CORNU, op. cit., p. 947).

aussi crée une confusion avec la notion de peine. En fin de compte, même si dans quelques branches du droit, les sanctions punitives ont été accompagnées d'explications¹⁰³, une absence de définition générale de la notion est malheureusement constatée. Il s'agit d'une absence de définition qui prendrait en compte toutes les branches du droit concernées. Dans ces conditions, définir en traçant les limites de cette notion est une nécessité pour la suite de notre étude. Une analyse approfondie s'impose.

Avant toute chose, nous questionnons l'histoire de cette notion car une chose est évidente : pour des considérations multiples¹⁰⁴, tenant essentiellement à des motifs d'efficacité, le droit pénal est intervenu dans plusieurs branches du droit. En découlera un phénomène de pénalisation¹⁰⁵ marquée aujourd'hui par l'existence des sanctions ayant le caractère d'une punition. Leur histoire peut globalement être contenue en deux grands temps démarqués par leur légitimation.

18. Premier temps de l'histoire : de l'attribution du pouvoir répressif jusqu'à la légitimation des sanctions administratives. Dans les premiers temps, il y a eu une attribution¹⁰⁶ historique et progressive du pouvoir répressif à l'autorité administrative. Elle était justifiée par la vieille parenté entre le droit pénal et le droit administratif¹⁰⁷ et pour plusieurs autres raisons¹⁰⁸. Ceci aboutit à un partage de ce pouvoir entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative « selon des choix législatifs oscillants »¹⁰⁹. A cette époque, les sanctions administratives n'étaient limitées qu'à quelques rares domaines. En effet, jusqu'à la seconde guerre mondiale, les autorités administratives exerçaient le pouvoir disciplinaire. Elles intervenaient en matière fiscale et ont le droit depuis 1922 – un siècle –, d'établir une amende

¹⁰³ A ce propos, la plupart des dictionnaires juridiques par exemple s'attardent sur le sens administratif de ces sanctions, avec une considération des sanctions administratives comme de véritables « punitions » infligées par l'administration, pour réprimer l'inexécution de lois ou de réglementations et dont la diversité va croissant (S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.), *op. cit.*, p. 960 ; G. CORNU, *op. cit.*, p. 947).

¹⁰⁴ Parmi tant d'autres : « La volonté de dessaisir les juges du pouvoir répressif », « le souci de développer une répression économique efficace » marqué par la plus grande simplicité procédurale des sanctions administratives. M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, préf. B. GENEVOIS, éd. Lextenso, 2014, p. 16 ; T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Préf. G. MARCOU, J. MCELDOWNEY, éd. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2013.

¹⁰⁵ I. ABDEL-LATTUF, « Le droit pénal fiscal : bilan et perspectives », *Revue juridique de l'ouest*, 2012, n° 4, pp. 431-456 ; Exemple de pénalisation d'une branche de droit en droit des sociétés : H. MATSOPOULOU, B. SAINTOURENS, « Droit pénal et droit des sociétés », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 175-191.

¹⁰⁶ F. DOUËB, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, thèse, t. 1 et 2, ANRT Diffusion, 2003.

¹⁰⁷ P. DELVOLLE, « Répression, droit pénal et droit administratif », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de vie économique*, éd. Dalloz, 1997, p. 37 et s.

¹⁰⁸ C. TESTARD, « Les sanctions administratives », *J.-Cl. Administratif*, fasc. n° 108-40, 2019, n° 4.

¹⁰⁹ J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 76 et s.

fiscale en vue d'assurer le recouvrement d'une taxe¹¹⁰. Il en existait également qui intervenaient dans certaines activités réglementées comme les débits de boissons, restaurants, petits commerces ou encore kiosques soumis à agrément¹¹¹ et dans des professions réglementées avec les différents ordres professionnels.

Toutefois, ce partage du pouvoir répressif entre le juge pénal et l'autorité administrative ne faisait pas l'unanimité. D'abord, au regard de l'acception stricte de la sanction entendue comme une décision infligeant une peine selon une procédure organisée à cette fin, la sanction pénale apparaît comme « l'arme répressive naturelle »¹¹². L'apparition et le développement des sanctions administratives, de même, étaient considérés comme une atteinte au principe de séparation des pouvoirs¹¹³, l'autorité administrative exerçant un pouvoir juridictionnel. Enfin, cette contestation des sanctions administratives dénonçait en quelque sorte le déficit des garanties accordées à l'administré. A ce propos, M. MODERNE a émis des questionnements sur la possibilité qu'un tel régime de sanctions puisse « trouver ses marques » dans un Etat de droit¹¹⁴. Se posait, en effet, le problème de la reconnaissance du pouvoir répressif attribué aux autorités administratives¹¹⁵.

Le Conseil constitutionnel qui a été confronté à l'examen de dispositions législatives relatives aux pouvoirs de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel devenu l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique¹¹⁶, a cependant tranché le débat dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989¹¹⁷.

De ce fait, les sanctions administratives ont été légitimées par une justification de l'attribution du pouvoir de sanction aux autorités administratives. Ces dernières ont, par conséquent, vu leur champ s'élargir progressivement dès les années 1980. Cette première période de l'histoire des

¹¹⁰ Conseil d'Etat, 5 mai 1922, *F.*, *Rec.* p. 386.

¹¹¹ Conseil d'Etat, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, *Rec.* p. 133.

¹¹² Dans les conclusions de Romieu sous l'arrêt du Tribunal des conflits de 1902 *Société immobilière de Saint-Just* (TC, 2 décembre 1902, *Rec.* p. 713).

¹¹³ Consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le principe de la séparation des pouvoirs à valeur constitutionnelle exige une séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire (D. COHEN, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, éd. Economica, 1987, p. 365 ; M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 15).

¹¹⁴ F. MODERNE, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFDA*, 1997 ; M. AUBY, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *Recueil Dalloz.*, 1952, chron. p. 111.

¹¹⁵ La célèbre question est apparue : « Était-il possible de lui reconnaître le pouvoir de « punir dans juger ? ».

¹¹⁶ Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) sont devenus, le 1^{er} janvier 2022 : l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM). Consulté sur le site du Conseil supérieur de l'audiovisuel <https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Le-CSA-et-l-Hadopi-deviennent-l-Arcom-ce-qu-il-faut-retenir>.

¹¹⁷ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

sanctions administratives a été marquée par la validation de l'élargissement du pouvoir répressif. C'est le point de départ de la seconde période.

19. Second temps de l'histoire : développement des garanties et apparition du concept de « sanction ayant le caractère d'une punition ». Les sanctions administratives ont connu, après la première période de leur histoire, un essor fondé sur un développement des garanties accordées aux personnes concernées par elles.

L'essor des sanctions est, de prime abord, parti de l'évolution d'ordre *sociologique* appelé « la pénalisation de la société »¹¹⁸ manifestée par une pénalisation de l'action administrative¹¹⁹. Cette expansion des sanctions est ensuite le résultat de deux événements majeurs. En effet, la famille des autorités administratives en charge de punition s'est élargie à partir des années 1980. C'est en raison, d'une part, du développement des autorités administratives indépendantes¹²⁰. Ceci, notamment dans le champ de la régulation sectorielle avec les sanctions infligées par l'ex-Conseil supérieur de l'audiovisuel devenu l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et d'autre part, de la dépénalisation¹²¹ de certaines. De nos jours, les autorités administratives interviennent pratiquement dans toutes les activités professionnelles et sociales : activités économiques et financières, impôts et cotisations sociales, santé publique, travail et formation professionnelle, culture, transports et circulation. La multiplication des autorités attributaires du pouvoir répressif a conséquemment favorisé la multiplication de ces sanctions.

Cette évolution d'ordre *sociologique* des sanctions a logiquement provoqué une évolution d'ordre *juridique* et *politique*¹²² marquée par un éveil du droit constitutionnel et du droit supranational en la matière. Un développement nécessaire des garanties de droit pénal s'est

¹¹⁸ O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, préf. B. BEIGNIER, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008 ; P. COMBEAU, J. LEBLOIS-HAPPE, « Droit pénal et droit administratif », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, p. 381.

¹¹⁹ F. BRONDEL, *Administration et droit pénal*, thèse, Limoges, 2002 ; S. MUNO MACHADO, « Droit administratif et droit pénal, la pénalisation du droit public », in *Mél. F. Moderne*, éd. Dalloz, 2004, p. 899 et s.

¹²⁰ La notion d'autorité administrative indépendante a été juridiquement consacrée par la Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, éd. Montchrestien, 1991, p. 9). C'est dans le sillage des autorités administratives indépendantes (AAI) que « prolifèrent depuis trois décennies les sanctions administratives » (Voy., E. ROSENFELD, J. VEIL, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 128, 2009) ; C. TESTARD, « Les sanctions administratives », *op. cit.*, n°s 20-22.

¹²¹ P. COMBEAU, J. LEBLOIS-HAPPE, « Droit pénal et droit administratif », *op. cit.*, p. 387.

¹²² P. COMBEAU, J. LEBLOIS-HAPPE, *loc. cit.*, p. 381.

réalisé, grâce aussi au juge administratif¹²³ et au législateur¹²⁴. C'est surtout une tendance de « pénalisation » de la répression administrative¹²⁵ qui a vraiment fait évoluer les choses dans ce sens, grâce à la jurisprudence. Une principale rencontre des jurisprudences constitutionnelle et européenne a été observée.

D'un côté, le Conseil constitutionnel a précisé que le pouvoir sanctionnateur d'une autorité n'offense ni la séparation des pouvoirs, ni aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, pourvu que soient respectés les principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition¹²⁶. De l'autre côté, la Cour européenne des droits de l'homme qui justifie d'ailleurs le pouvoir répressif des autorités sanctionnatrices impose toutefois que le justiciable jouisse des mêmes garanties que s'il était traduit devant une juridiction répressive judiciaire¹²⁷. Ces garanties seront évoquées plus bas dans la présente étude. De ces deux jurisprudences sont nées respectivement la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition »¹²⁸ soumise aux dispositions de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et d'« accusation en matière pénale » en lien avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹²⁹.

Il s'ensuit que la seconde période de l'histoire est marquée fortement par une diversité¹³⁰ des autorités attributaires du pouvoir répressif et par un développement des garanties constitutionnelles de droit pénal. Ceci a mené à une requalification de ces sanctions en « sanctions ayant le caractère d'une punition ». La notion jurisprudentielle déduite a laissé une empreinte dans le droit depuis des décennies.

20. Les sanctions ayant le caractère d'une punition : une notion jurisprudentielle insuffisamment définie. L'introduction de la notion de sanction ayant le caractère d'une punition, dans les années 1980, par le Conseil constitutionnel¹³¹, est née du besoin de

¹²³ CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. p. 21 ; CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 133 ; *RD*, 1944, p. 256, concl. Chenot.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ J. PETIT, « Police et sanction », *JCP A*, mars 2013, étude n° 2073.

¹²⁶ E. BONIS-GARCON, V. PELTIER, *op. cit.*, p. 181 et s.

¹²⁷ J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, août 2009, n° 26.

¹²⁸ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, décision n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988* ; Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

¹²⁹ Dès l'arrêt : CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel et autres c/ Pays-Bas*.

¹³⁰ Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, 1995, p. 49.

¹³¹ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, *préc.*, ; Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

condamner leur automaticité. Cette idée a motivé la jurisprudence à y appliquer plusieurs règles de droit pénal.

Cependant, le problème de définition des sanctions ayant le caractère d'une punition subsiste. Dans la décision du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel n'a pas procédé à une définition claire de la frontière entre les domaines respectifs de ces sanctions et de la sanction pénale¹³². Il a véritablement placé les sanctions ayant le caractère d'une punition et la sanction pénale – au sens strict de la peine – au même rang. Ainsi, des questions indispensables à un approfondissement de cette notion se posent. Les sanctions ayant le caractère d'une punition sont-elles des peines ? Est-ce que le terme de la peine correspond à la sanction prononcée seulement par le juge pénal ?

Les réponses apportées à ces questionnements concernant la définition des sanctions ayant le caractère d'une punition s'avèrent incomplètes pour notre démonstration.

Principalement, le droit interne considère que seule la sanction du juge pénal est qualifiée de peine¹³³. La légèreté de cette réponse n'a rien à avoir avec ce critère formel, mais plutôt avec le critère matériel qui démontre une proximité de ces sanctions avec la peine. Une proximité évidente sur deux plans : par leur fonction punitive et par la ressemblance des comportements qu'elles sanctionnent – sans oublier avec les droits et libertés constitutionnellement garantis¹³⁴ et que requière toute sanction.

21. L'apport de la jurisprudence européenne : création du concept d'accusation en matière pénale. Comme s'exprimait le peintre T. GERICAULT et si bien paraphrasé par Mme AMBROISE-CASTEROT, « je commence à dessiner une femme et ça finit toujours en lion »¹³⁵. Ainsi, on commence à parler de la protection des droits et libertés fondamentaux, et ça finit toujours en droit européen. Questionner le droit européen en la matière, nous laisse néanmoins, encore plus perturbés. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a tenu compte de la proximité entre ces deux types de sanctions. Le but était de qualifier les sanctions prononcées par les attributaires du pouvoir répressif de sanctions pénales. Les garanties prévues aux articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

¹³² B. GENEVOIS, « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers », *RFDA*, 1989, n° 2, pp. 671-672.

¹³³ V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? » *op. cit.*, p. 75.

¹³⁴ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

¹³⁵ C. AMBROISE-CASTEROT, « Droit pénal et droit des personnes », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, p. 16.

fondamentales pouvaient, de ce fait, leur être appliquées. La Cour a alors créé sa propre notion de peine, érigée en notion autonome : la notion de *matière pénale*. De la contraction de l'utilisation du volet pénal de l'article 6 de la Convention vient l'expression d'*accusation en matière pénale*¹³⁶. Toute procédure qui a pour objet de vérifier le bien-fondé d'une accusation en matière pénale étant soumise à un ensemble de garanties désignée par l'expression générique de « procès équitable »¹³⁷. Ressortent également de l'article 6 de la Convention, en son volet civil, *des contestations à caractère civil*¹³⁸.

Il importe, à ce stade, de préciser que *les accusations en matière pénale* n'intègrent pas la présente étude. Toutefois, nous y ferons naturellement et régulièrement référence. La Cour européenne, en créant sa propre notion de peine, a par ailleurs jeté un trouble dans la définition substantielle de la notion de peine. Il se pose par conséquent une difficulté de détermination des contours du droit pénal¹³⁹.

En fin de compte, une ressemblance ou une distinction substantielle et fonctionnelle est établie entre les sanctions ayant le caractère d'une punition et la sanction pénale. Si ceci ne suffit pas pour définir ou tracer des limites de la notion de sanction ayant le caractère d'une punition, une méthode d'identification s'impose.

22. Identification des sanctions ayant le caractère d'une punition. Au début de l'identification des sanctions ayant le caractère d'une punition se hisse sur *le critère formel basé sur la distinction de l'autorité sanctionnatrice du juge pénal*¹⁴⁰. Comme le soutient M. GUYOMAR, « C'est bien l'éviction du seul juge pénal qui constitue un critère de délimitation du champ étudié »¹⁴¹. Ce critère n'est, néanmoins, pas suffisant, encore moins à l'égard de notre contexte. Toutefois, bien que conscient de cette difficulté, le Conseil constitutionnel a-t-il peut être eu raison de ne pas vouloir s'enfermer dans une définition. Elle le lierait et serait un obstacle pour d'éventuelles censures, en apportant une signification précise à la notion. « Cette absence

¹³⁶ M. AFROUKH, « La notion de peine et la Cour européenne des droits de l'homme », in P.-Y. GAHDOUN, A. PONSEILLE, E. SALES, (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop*, éd. CREAM, 2019, pp. 36 et s.

¹³⁷ D. ZEROUKI, « La sanction en matière pénale », in *Colloque « La sanction », organisé le 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3*, éd. L'Harmattan, 2007, p. 37.

¹³⁸ CEDH, 23 juin 1981, Série A n° 43, *Le compte Van Leuven et de Meyere c/ Belgique* ; Le Conseil d'Etat a jugé plus tard l'article 6 de la Convention applicable en matière disciplinaire lorsque la sanction envisagée est susceptible de porter atteinte à l'exercice du droit de pratiquer la profession ; lequel revêt le caractère civil (CE, Ass., 14 février 1996, n° 132369, p. 34, concl. M. Sanson) ; B. POTIER DE LA VARDE, « L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux sanctions », *Justice et cassation*, 1^{er} janvier 2005, p. 74.

¹³⁹ V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁰ Voy., *supra*, n° 17.

¹⁴¹ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 14.

de définition précise des notions »¹⁴² est représentative des relations entre le droit pénal et le droit constitutionnel. Notre étude nécessite néanmoins de percer ce mystère de la définition de la notion de sanction ayant le caractère d'une punition qu'entretient presque le Conseil constitutionnel.

23. Identification par les domaines de ces sanctions : le problème de la diversité.

En passant d'un nombre réduit de domaines du droit¹⁴³ à un nombre plus élevé¹⁴⁴, les sanctions ayant le caractère d'une punition ont continué à évoluer. Non seulement les matières utilisant les sanctions ayant un caractère d'une punition se sont diversifiées, mais la nature des autorités sanctionnatrices aussi.

Dans le domaine administratif, l'administration a une faculté de punir même des non-fonctionnaires pour des agissements violant la gestion des affaires publiques¹⁴⁵. Il peut être déduit que « les sanctions administratives sortent désormais de l'espace interne de l'administration »¹⁴⁶. En plus, dans ce domaine, les sanctions ayant le caractère d'une punition peuvent être infligées par une autorité administrative unique ou une autorité administrative à formation collégiale, ou tout simplement une juridiction non pénale. A titre d'exemple, nous avons les sanctions fiscales¹⁴⁷ qui émanent tant de l'autorité administrative que du juge fiscal. Et ceci, sans oublier les diverses autorités administratives représentatives de l'Etat et investies par de nombreux textes : ministres, préfets, autorités administratives indépendantes – et les autorités exécutives décentralisées comme le maire.

D'autres autorités judiciaires, comme le juge civil, sont entrées en jeu et prononcent désormais des sanctions ayant le caractère d'une punition appelées sanctions civiles – punitives¹⁴⁸.

Parmi ces sanctions civiles – punitives, certaines ont expressément¹⁴⁹ été qualifiées de sanction ayant le caractère d'une punition. Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 2010-

¹⁴² G. DRAGO, B. de LAMY, « Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, p. 370.

¹⁴³ Voy., *supra*, n° 18.

¹⁴⁴ Voy., *supra*, n° 19.

¹⁴⁵ Des non-fonctionnaires notamment les investisseurs sur les bourses de valeurs, les entreprises détournant le droit de la concurrence.

¹⁴⁶ E. ROSENFELD, J. VEIL, *op. cit.*; *A contrario*, de ce domaine administratif, sont détachées aujourd'hui les sanctions disciplinaires considérées comme des sanctions ayant le caractère d'une punition.

¹⁴⁷ L. GUTMANN, « Sanctions fiscales et Constitution », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2011, n° 33.

¹⁴⁸ Voy., *infra*, n° 27.

¹⁴⁹ Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales]*, *Rec. Conseil. Constitutionnel*, p. 63 ; *Recueil Dalloz*, 2011, p. 415, note Y. Picod ; *AJ pénal*, 2011, p. 191, obs. J.-B. Perrier ; *RTD civ*, 2011, p. 121, obs. B. Fages ; *RTD com.*, 2011, p. 655, obs. B. Bouloc.

85 QPC du 13 janvier 2011, que l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce en est une.

Il en ressort une diversification des autorités sanctionnatrices. Alors, ce ne sont plus seulement des *autorités administratives* qui interviennent, mais des *autorités judiciaires – non répressives et attributaires du pouvoir répressif* – également.

De plus, la diversité des domaines se justifie par *la multiplication des matières*, parfois contenues dans un seul domaine. Il demeure un phénomène normal. En termes de légitimité d'une pénalisation ou d'une dépénalisation d'une branche de droit, peuvent être énumérées, les sanctions ayant le caractère d'une punition qualifiées de sanctions administratives, fiscales, disciplinaires ou de sanctions civiles – punitives. Elles peuvent intervenir dans le seul domaine administratif en *droit de l'urbanisme*¹⁵⁰, en *droit de la concurrence* lorsque la sanction est prononcée par l'Autorité de la concurrence¹⁵¹ ou encore en *droit de l'environnement*¹⁵². Ensuite, elles sont présentes dans le domaine fiscal¹⁵³, dans le domaine disciplinaire¹⁵⁴, et dans le domaine civil, peut-être en *droit des entreprises*¹⁵⁵, en *droit de la consommation*¹⁵⁶ pour ne citer que ces matières. Cette énumération ne donne qu'un petit aperçu de la diversité dont il est question.

En outre, peuvent être considérés en termes de nature de ces sanctions les avertissements *et blâmes*, les amendes, les retraits d'avantages, d'agréments ou d'autorisations, les fermetures voire suppressions d'établissements ou d'installations, les interdictions d'exercer une profession. A ce propos, une précision importante a été apportée en la matière. C'est l'exclusion du champ des sanctions ayant le caractère d'une punition, des peines privatives de liberté que seul le juge pénal peut prononcer¹⁵⁷. Nous analysons cette exclusion plus bas¹⁵⁸.

Il en ressort d'une part que la diversité des sanctions est due non seulement à la diversité des branches du droit mais aussi à la diversité des autorités sanctionnatrices qui peuvent différer

¹⁵⁰ Conseil constitutionnel, 24 novembre 2017, n° 2017-675 QPC, *Société Queen Air [Procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires]*.

¹⁵¹ Conseil constitutionnel, 25 mars 2022, décision n° 2021-984 QPC, *Société Eurelec trading [Cumul de sanctions administratives]*.

¹⁵² Conseil constitutionnel, 3 décembre 2021, décision n° 2021-953 QPC, *Société Specitubes [Cumul des poursuites pour violation d'une mise en demeure prononcée par le préfet en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement]*.

¹⁵³ Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, décision n° 2018-745 QPC, *M. Thomas T. et autre [Pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale]*.

¹⁵⁴ Conseil constitutionnel, 19 mai 2017, décision n° 2017-630 QPC, *M. Olivier D. [Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats]*.

¹⁵⁵ Com., 16 octobre 2007, pourvoi n° 06-10.805, *Bull.*, n° 219.

¹⁵⁶ Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 : déchéance du droit aux intérêts ; M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, thèse, Paris 2, 2018.

¹⁵⁷ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

¹⁵⁸ Voy., *infra*, n° 43.

dans un même domaine. D'autre part, il est évident que les sanctions ayant le caractère d'une punition de nature finalement divergente trouvent souvent leur qualification dans la nature de la branche du droit concernée ou compte tenu de la nature de l'autorité sanctionnatrice. Sur ce point, nous rejoignons parfaitement Mme RRAPI lorsqu'elle affirme que leur qualification est « dépendante »¹⁵⁹ du domaine dont la sanction relève.

Par ailleurs, aucune précision ou explication n'a véritablement été apportée sur une classification officielle des sanctions ayant le caractère d'une punition.

24. Identification par les domaines : méthodes de classification face à la diversité.

L'absence d'une classification officielle des sanctions ayant le caractère d'une punition est, sans surprise, le revers de la grande diversité de ces sanctions. Pour faire face à ce vide, il vaut mieux sans doute se tourner vers la jurisprudence à qui, d'ailleurs, toute la tâche semble être abandonnée. La jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁶⁰ s'avère incontournable. Sur le terrain de la question prioritaire de constitutionnalité surtout, se dessinent une catégorisation des domaines privilégiées où interviennent ces punitions. Avec une étude récente réalisée en 2021¹⁶¹, est observée une classification des sanctions réparties dans le *droit fiscal*, le *droit disciplinaire*, le *droit du travail* et le *droit de la concurrence*. Cette classification se rapproche d'une répartition réalisée en 2013, toujours grâce à la méthode de la question prioritaire de constitutionnalité. Elle désignait les « sanctions qualifiées de *sanctions civiles*, *d'administratives* ou *de fiscales* par le législateur et qui peuvent se voir appliquer les grands principes du droit pénal »¹⁶². Cette répartition nous est d'un grand secours.

La répartition puisée de la jurisprudence de la question prioritaire de constitutionnalité révèle clairement que certaines sanctions ne sont pas vraiment privilégiées dans le classement des sanctions ayant le caractère d'une punition. C'est soit parce qu'elles interviennent dans un

¹⁵⁹ P. RRAPI, « Mieux vaut être une multinationale qu'un étranger. Observations sur la notion de sanction ayant le caractère d'une punition » dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité », in *Dossier Thématique : Dix ans de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) : quelle garantie des droits et libertés ? Revue des droits de l'homme*, n° 20, 2021.

¹⁶⁰ En effet, « le juge constitutionnel, contrairement à ces homologues administratif et judiciaires est bien placé pour avoir une conception d'ensemble de l'appareil répressif de l'Etat » (G. DELLIS, *Droit pénal et Droit administratif*, éd. LGDJ, 1997, p. 13 ; M. DEGOFFE, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in *Colloque « La sanction », organisé le 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3*, éd. L'Harmattan, 2007, p. 47).

¹⁶¹ Cette étude a été appuyée d'intéressants tableaux montrant le nombre de qualifications « en sanction ayant le caractère d'une punition » admises et refusées dans chaque domaine. On retient que « dans le cadre du contrôle *a priori* de 1980 à 2021, la notion est mobilisée par le Conseil constitutionnel dans une cinquantaine de décisions seulement, dans celui du contrôle *a posteriori*, de 2010 à 2021, plus d'une centaine de décisions QPC portent sur l'élargissement du champ d'application des principes constitutionnels de la loi pénale » (P. RRAPI, « Mieux vaut être une multinationale qu'un étranger. Observations sur la notion de sanction ayant le caractère d'une punition » dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité », *op. cit.*).

¹⁶² C. COURTIN (dir.), *La QPC et la matière pénale – Deux ans d'application*, éd. Bruylant, 2013, pp 77.

domaine où la plupart des sanctions sont prononcées par le juge pénal – comme en droit du travail¹⁶³; soit parce qu’elles ne peuvent qu’être incluses dans une grande catégorie. Nous en déduisons les grandes classes de sanctions administratives, de sanctions disciplinaires, de sanctions fiscales et de sanctions civiles – punitives qui se confirment d’ailleurs par la suite.

25. Identification par leurs domaines : la répartition des sanctions administratives et des sanctions disciplinaires. Dans la première période de l’histoire¹⁶⁴ des sanctions ayant le caractère d’une punition, les sanctions disciplinaires étaient contenues dans la catégorie des sanctions administratives. Avec le dédoublement¹⁶⁵ des sanctions, deux grands groupes de sanctions ont été distingués au sein du même domaine administratif répressif. Il s’agit de part et d’autre, des sanctions disciplinaires et des sanctions administratives. Selon M. MOURGEON, une sanction disciplinaire est toute action punitive exercée pour le maintien de la discipline dans l’institution et prononcée à la suite d’une violation des règles disciplinaires de l’institution¹⁶⁶. Pour faire régner l’ordre dans une institution, un recours est fait à la sanction disciplinaire. Sur cette conception de la sanction disciplinaire considérée comme une action punitive, le doyen G. CORNU définit lui aussi la peine disciplinaire. Elle serait une « sanction prévue (ou infligée) par les autorités investies du pouvoir disciplinaire en punition des manquements édictés pour le fonctionnement du groupe »¹⁶⁷. Tout compte fait, les sanctions disciplinaires sont réellement dotées d’un caractère punitif comme toute autre répression administrative¹⁶⁸.

¹⁶³ Voy., *infra*, n^{os} 94 et s.

¹⁶⁴ Voy., *supra*, n^o 18.

¹⁶⁵ En quoi consiste le dédoublement de la répression administrative ? Pour une minorité d’auteurs, il n’y a de place que pour une conception unitaire : c’est-à-dire qu’il n’y a aucun détachement possible de sanctions disciplinaires de la famille des sanctions administratives (J. MOURGEON, *La répression administrative*, éd. LGDJ, 1967, n^o 68, pp. 22 et s., 258 ; S. SALON, *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, éd. LGDJ, 1968, pp. 28 et s.). A l’opposé, la majorité de la doctrine ayant opté pour les conceptions dualistes de la répression administrative, se base sur le champ d’application comme un critère dans la différenciation entre ces deux sanctions (H.-G. HUBRETCH, *Sanction administrative, J.-Cl. Administratif*, fasc. 202, n^o 42 ; G. DELLIS, *Droit pénal et Droit administratif*, *op. cit.*, p. 212).

¹⁶⁶ Les règles disciplinaires contenues à l’Article D-242 du Code de procédure pénale. Elles sont nombreuses et diversifiées, afin d’éviter les évactions et de maintenir l’ordre dans les établissements. Pour cet auteur, on ne saurait parler de la répression disciplinaire sans aborder la notion d’institution (J. MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.* ; L. CLOUZOT, « L’abandon de poste en droit de la fonction publique », *RFDA*, mars 2014, p. 135).

¹⁶⁷ G. CORNU, *op. cit.*

¹⁶⁸ J. MOURGEON, *lot. cit.* p. 103 ; La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme les exclue, tout de même (Conseil d’Etat, *Les pouvoirs de l’administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 36) du champ de l’article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, à la différence de la jurisprudence interne (CE, 12 octobre 2009, n^o 311641 ; Crim., 9 avril 2015, pourvoi n^o 14-50.012, *Bull. crim.*, n^o 82 ; *Gaz. Pal.*, 30 mai 2015, p. 14, note E. Raschel ; *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1187, note J.-P. Sudre ; *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1192, note O. Décima ; Crim., 22 septembre 2015, pourvoi n^o 14-84029 ; *Gaz. Pal.* 17 octobre 2015, p. 14, note R. Méssa ; *JCP G*, 2015, étude n^o 1285, note E. Dreyer ; Conseil constitutionnel, 3 février

Ainsi, en ce qui concerne *la matérialité* de ces sanctions, quelques exclusions sont faites à bon droit. Les sanctions disciplinaires appliquées aux condamnées sont, de fait, considérées comme des « sanctions dans la sanction¹⁶⁹. Dans le domaine des sanctions disciplinaires, intervient l'importance de la notion de liberté puisque des individus formant un groupe ou une institution ont choisi de s'associer volontairement pour atteindre un objectif commun. Et ce sont ces individus eux-mêmes qui fixent leurs règles, indépendamment de l'Etat, contrairement à ce qui est constaté dans le domaine des sanctions administratives. Les sanctions administratives, elles, sont justement des « mesures punitives prises par l'autorité administrative en cas de commission de certaines infractions »¹⁷⁰. Elles peuvent être prononcées par l'exécutif¹⁷¹ par l'usage du pouvoir réglementaire ou par les autres autorités administratives. Parmi celles-ci, il y a l'autorité chargée de faire respecter l'ordre qui peut éditer un régime répressif et qui agit subsidiairement¹⁷² dans les instructions données par les autorités supérieures.

Sont donc également incluses dans les sanctions administratives, les sanctions découlant des diverses autorités administratives indépendantes. On peut citer les sanctions prononcées en droit électoral par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques¹⁷³. Et ceci, pour justement ne pas citer les vingt-six autorités administratives indépendantes prévues par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes¹⁷⁴.

Il est indispensable de préciser que la sanction administrative partage des liens théoriques et historiques avec la sanction disciplinaire. Les sanctions disciplinaires, de ce fait, intègrent-elles d'office les sanctions administratives ? Le recours à la pluralité de définitions de la sanction administrativenous éclaire sur cette question. En effet, pour plusieurs auteurs, les sanctions

2012, n° 2011-218 QPC, *M. Cédric S. [Condamnation d'un officier de carrière et perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire]*).

¹⁶⁹ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2009, décision n° 2009-593 DC, *Loi pénitentiaire*, considérant n° 5.

¹⁷⁰ A. BÉZIZ-AYACHE, *op. cit.*, p. 153 ; Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *loc. cit.*, p. 35 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, éd. PUF, 1989, n° 155.

¹⁷¹ Articles 34 et 37 de la Constitution française de 1958.

¹⁷² CE, 6 décembre 1993, n° 117-940, *Bavoil*.

¹⁷³ Domaine développé depuis le contrôle *a priori* de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie : Conseil constitutionnel, 15 mars 1999, décision n° 99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* ; Conseil constitutionnel, 8 avril 2011, décision n° 2011-117 QPC, *M. Jean-Paul H [Financement des campagnes électorales et inéligibilité]*. Les échéances électorales sont qualifiées de sanction ayant le caractère d'une punition par le Conseil constitutionnel ; C AYNES, *La privation des droits civiques et politiques : l'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, préf. L. AZOULAI, O. BEAUD, éd. Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèque de thèses, vol. 211, 2022, pp. 405-433.

¹⁷⁴ La loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 a créé au sein de la catégorie des autorités administratives indépendantes des autorités publiques indépendantes. A l'annexe de cette loi, figure la liste des vingt-six (26) autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction.

administratives représentent des sanctions que seule l'habilitation étatique rend possible¹⁷⁵. La sanction administrative est considérée comme un acte administratif unilatéral¹⁷⁶ à contenu punitif. C'est-à-dire qu'elle n'existe que par la volonté de l'Etat. Différemment des sanctions disciplinaires, les sanctions administratives ne s'expriment donc pas dans un contexte de liberté marqué par des relations individualisées. Toutefois, elles s'expriment dans un régime de contrainte. La sanction administrative s'est peut-être souvent inspirée de la sanction disciplinaire¹⁷⁷, mais un point de distinction essentiel existe, comme le relève si bien M. TESTARD. Les sanctions disciplinaires sont limitées aux relations individualisées et professionnelles au sein de l'Etat alors que les sanctions administratives se sont étendues bien au-delà de cette seule sphère disciplinaire¹⁷⁸. A cet effet, certains¹⁷⁹ font une distinction entre les « sanctions administratives à caractère disciplinaire » telles que l'avertissement¹⁸⁰ et les « sanctions administratives à caractère pénal » ou sanctions administratives sans caractère disciplinaire telle qu'une injonction¹⁸¹.

Au sens strict, les sanctions disciplinaires sont applicables aux relations professionnelles et à la vie interne des organisations. Elles ne peuvent donc généralement pas être intégrées dans les sanctions administratives. A leur tour, les sanctions administratives se démarquent complètement des sanctions contractuelles¹⁸², des mesures préparatoires et conservatoires¹⁸³ et des mesures de police. Dans ces mesures, ne sont en réalité pas retrouvés les éléments comme la qualification d'une faute et la répression de celle-ci¹⁸⁴.

26. Identification des sanctions par les personnes sanctionnées : la confirmation de la répartition jurisprudentielle des sanctions administratives, disciplinaires et fiscales.

L'identification des sanctions ayant le caractère d'une punition grâce aux personnes

¹⁷⁵ M. DEGOFFE, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », *op. cit.*

¹⁷⁶ J. MOREAU, *op. cit.* ; E. BREEN, *Gouverner et Punir*, éd. PUF, coll. Les voies du droit, 2003, p. 60 s.

¹⁷⁷ J.-L. DE CORAIL, « Administration et sanction – Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mél. Chapus*, éd. Montchrestien, 1992, p. 103.

¹⁷⁸ C. TESTARD, « Les sanctions administratives », *op. cit.*, n° 29.

¹⁷⁹ M. DE JUGLART, « Les sanctions administratives dans la législation récente », *JCP G*, 1942, I, 283.

¹⁸⁰ Une interdiction temporaire ou définitive d'exercer certaines fonctions, éventuellement complétée par une sanction pécuniaire (Art. L. 232-23 du Code du sport).

¹⁸¹ Injonction prononcée par la CNIL de cesser le traitement des données (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 20, rédaction ordonnance n° 2018-1125, 12 décembre 2018 : JO 13 décembre 2018, texte n° 5).

¹⁸² Elles « visent à sanctionner le contractant de l'administration qui ne respecte pas les clauses du contrat » : M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸³ Les mesures conservatoires n'ont pas le caractère de sanction mais poursuivent un intérêt de service et de protection statutaire (CE, 26 oct. 2005, n° 275512, *Gollnisch*). Les mesures préparatoires sont « des mesures préparatoires susceptibles d'être prises avant le prononcé d'une sanction » (M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 19).

¹⁸⁴ Conseil constitutionnel, 14 octobre 2015, décision n° 2015-490 QPC, *M. Omar K [Interdiction administrative de sortie du territoire]*.

sanctionnées n'est pas complètement détachée de l'identification par leurs domaines. Il en résulte une seconde modalité essentielle d'identification, d'autant plus qu'il en ressort une répartition intéressante.

Pour identifier les *sanctions administratives* et les *sanctions disciplinaires*, la personne sanctionnée s'avère être bien plus qu'un simple détail. En effet, pourvu que la personne fautive soit un citoyen, un simple administré. Elle peut faire objet de sanction émanant des autorités administratives, la sanction administrative étant une manifestation de la puissance publique. Ce n'est pas le cas des sanctions disciplinaires qui ne s'appliquent à un individu que s'il est dans une relation individualisée avec l'administration : donc elles s'appliquent à des agents publics de l'Etat. En dehors de ce cadre, les sanctions disciplinaires sont celles qui interviennent dans des professions réglementées avec les différents ordres professionnels et qui sont appliquées par exemple à des avocats, des médecins. Alors, non seulement, la personne sanctionnée aide à identifier ces sanctions ayant le caractère d'une punition mais elle permet de les répartir selon leur domaine respectif.

En outre, depuis 2010, sur une centaine de décisions de question prioritaire de constitutionnalité portant sur les sanctions ayant le caractère d'une punition, un bon nombre de contentieux est portée par des contribuables¹⁸⁵. Ces derniers sont certes des citoyens comme dans le domaine administratif. Cependant, ce sont surtout des citoyens qui supportent une contribution. Devant le Conseil constitutionnel, ces derniers contestent les sanctions prononcées contre eux pour fraude et évasion fiscale. Le Conseil constitutionnel identifie ces sanctions fiscales et les démarque des sanctions administratives grâce à la modalité basée sur la personne sanctionnée. Cette démarcation des sanctions fiscales autrefois¹⁸⁶ confondues avec la classe des sanctions administratives, est confirmée d'ailleurs par le législateur¹⁸⁷.

Inversement, cette modalité d'identification des sanctions ayant le caractère d'une punition permet aussi d'exclure les personnes qui ne sont point concernées. C'est le cas, parfois, de l'exclusion des détenus dont le régime disciplinaire peut être différent de celui des sanctions disciplinaires¹⁸⁸. A ce propos, le juge ordinaire et le juge européen ne vont pas toujours dans le sens d'une exclusion¹⁸⁹. L'exclusion est beaucoup plus évidente, lorsqu'il s'agit des étrangers

¹⁸⁵ Voy., *supra*, n° 18.

¹⁸⁶ Voy., *supra*, n° 18 ; Voy, *supra* note n° 110.

¹⁸⁷ Certaines lois ne s'appliquent qu'aux qualifications, poursuites et sanctions en matière fiscale et ne peuvent s'étendre à toute la matière répressive administrative (Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, l'opportunité des poursuites des fraudes fiscales).

¹⁸⁸ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2009, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 29 avril 2004, *préc.*

¹⁸⁹ Soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-17193 ; CEDH, 8 juin 1976, *préc.* ; CEDH, 21 février 1984, *préc.* ; CEDH, 25 août 1987, *préc.* ; CEDH, 24 février 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France*.

faisant l'objet de mesures privatives de liberté. Ces mesures ne peuvent être qualifiées de sanctions ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹⁹⁰.

27. Identification des sanctions : la confirmation de la répartition jurisprudentielle des sanctions civiles par le législateur. Selon la jurisprudence constitutionnelle¹⁹¹, l'amende civile¹⁹² prononcée devant la juridiction civile à propos du déséquilibre significatif dans les relations commerciales, est assimilée à une sanction ayant le caractère d'une punition. Et ceci, du moment où elle respecte les principes de droit pénal. L'action en justice peut être exercée par le ministère public. En effet, les sanctions civiles – punitives ne peuvent être confondues avec les sanctions civiles « de droit commun » telle que la nullité du contrat¹⁹³. Elles présentent véritablement un parfum de droit pénal, c'est-à-dire des caractères analogues à ceux de la sanction pénale. Pour cette raison, le législateur utilise même l'expression de « peine »¹⁹⁴ pour qualifier les sanctions civiles punitives. Dans ce sens, le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017¹⁹⁵ rendu public par le ministère de la Justice a accueilli l'amende civile. La dernière version du projet, dans son article 1266-1 du Code civil avait prévu qu'« en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie [faute lucrative], le juge peut le condamner [...] au paiement d'une amende civile ». Précisions que ces dispositions concernant la faute lucrative et l'amende civile semblent avoir été supprimées¹⁹⁶ avec la proposition de loi sectorielle du 29 juillet

¹⁹⁰ Conseil constitutionnel, 9 juin 2011, décision n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, considérant n° 52.

¹⁹¹ Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2011, *préc.* ; *Recueil Dalloz*, 2011, p. 415, note Y. Picod ; *AJ pénal*, 2011, p. 191, obs. J.-B. Perrier ; *RTD civ.*, 2011, p. 121, obs. B. Fages ; *RTD com*, 2011, p. 655, obs. B. Bouloc.

¹⁹² N. ALLIX, *La sanction pécuniaire civile*, préf. L. LEVENEUR, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 615, 2022.

¹⁹³ A. LEPAGE, « Droit pénal et droit de la consommation », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, p. 251 et s.

¹⁹⁴ Article L. 311-48 du Code de la consommation abrogée par l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, en son article 34.

¹⁹⁵ Le projet gouvernemental de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017.

¹⁹⁶ L'amende civile a été abandonnée parce qu'elle constituait un blocage : soutenue par les uns – victimes, associations – et critiquée par les autres – entreprises, quelques universitaires (E. PETITPREZ, R. BIGOT, « Du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 à la proposition de loi du 29 juillet 2020 - Tableau comparatif », *Hebdo édition privée, Lexbase*, octobre 2020 ; P. JANUEL, « Réforme du droit de la responsabilité civile : annonce d'une proposition de loi sénatoriale », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1519 ; V. MALEVILLE, « Les règles de la responsabilité civile bientôt réformées ? », *éd. Législatives*, 11 septembre 2020 ; N. FOURNIER DE CROUY, « La fonction normative de l'amende civile », in *Intensification de la fonction normative de la responsabilité civile. Acte II de la réforme du livre III du Code civil, colloque du 17 mai 2019, Faculté de droit de Metz, N. Fournier de Crouy (dir.), Lexbase Privé*, juin 2020, n° 827).

2020¹⁹⁷. A chaque invocation de cette sanction civile punitive, nous mentionnerons cette dernière précision.

La doctrine, dans son appréciation, va jusqu'à dire qu'il s'agit d'une pénalisation déguisée parce que le législateur essaie toujours de jouer avec la terminologie « civile » pour atténuer le ressenti, alors même que parfois ces sanctions sont extrêmement sévères¹⁹⁸.

L'amende « civile » de deux millions d'euros pouvant être infligée à la demande du ministre chargé de l'Economie ou du Ministère public, selon les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce témoigne de cette sévérité. C'était justement le montant de l'amende qui était encourue dans l'affaire « Etablissement Darty et Fils »¹⁹⁹.

Comme l'affirmait avec raison M. STASIAK : « Personne n'est dupe du subterfuge terminologique utilisé par le législateur : fut-elle « civile », une amende ressortit bien de la sphère répressive²⁰⁰. Elle est alors considérée comme hybride. La famille des sanctions civiles – punitives n'est point négligeable et plusieurs exemples²⁰¹ le démontrent. En fin de compte, dans la répartition des sanctions ayant le caractère d'une punition, le législateur, sans avoir procédé à une classification officielle, a aidé à la démarcation des sanctions civiles – punitives.

28. En conclusion. L'analyse de la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition » nous a permis d'en venir à une identification, à défaut d'une définition globale officielle.

Ainsi, les sanctions ayant le caractère d'une punition peuvent être considérées comme des sanctions *répressives* non prononcées par un juge pénal et dont les domaines d'intervention et les personnes sanctionnées sont diversifiés. Elles peuvent être réparties en sanctions administratives, disciplinaires, fiscales et civiles.

29. Bilan de clarification conceptuelle et contextuelle des notions de « sanction pénale » et de « sanction ayant le caractère d'une punition ». Pour un bilan de cette première partie consacrée à la clarification conceptuelle des notions de « sanction pénale » et de « sanctions ayant le caractère d'une punition », on retient que notre délimitation du vocable « sanction »

¹⁹⁷ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, N° 678 SÉNAT.

¹⁹⁸ C'est l'exemple de l'amende « civile » de deux millions d'euros qui peut être infligée à la demande du ministre chargé de l'Economie ou du Ministère public, selon les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

¹⁹⁹ Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, *préc.*

²⁰⁰ F. STASIAK, « Droit pénal et droit de la concurrence », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, p. 268.

²⁰¹ Faillite personnelle ; Interdiction de gérer prononcées par le tribunal de procédure collective sont qualifiées de sanctions para-pénales (A. LEPAGE, P. MAISTRE du CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, op. cit.) ; Déchéance du droit aux intérêts par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

nous a été très utile. C'est-à-dire : considérer selon le sens de notre démonstration et dès le départ que la sanction représente la punition infligée à l'auteur d'une faute peu importe la branche du droit. Par leur fonction punitive, ces sanctions se rapprochent au point que parfois les sanctions ayant le caractère d'une punition sont souvent aussi qualifiées de « peines »

A ce propos, il doit être précisé, en même temps, que le choix de l'intitulé de notre sujet « sanction pénale et sanctions ayant le caractère d'une punition » prend en compte la ressemblance de ces notions voisines de la peine.

L'expression « sanction pénale » nous permet de distinguer la peine « prononcée par le juge pénal » en la démarquant des autres peines « prononcées par les autorités sanctionnatrices diverses ». Ceci nous a conduit, d'ailleurs, à maintenir la sanction pénale au singulier, afin de préciser la pluralité, la diversité des autres peines – sanctions ayant le caractère d'une punition. Finalement, il n'est plus possible d'ignorer les rapports qu'entretiennent la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition.

II- Les rapports entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition

30. Développement d'un droit répressif. L'effet principal qui ressort de la fonction répressive commune des sanctions est l'émergence d'un droit répressif. En effet, dès la constitutionnalisation²⁰² des sanctions ayant le caractère d'une punition, il était plus que nécessaire de les encadrer par un régime adapté à la protection des droits et libertés des personnes sanctionnées. Ainsi, le droit répressif, issu de la jurisprudence constitutionnelle renforcée par la jurisprudence européenne²⁰³, se concrétise aujourd'hui autour de règles communes largement gouvernées par le droit pénal. Il s'agit du bloc de constitutionnalité contenant des règles de droit pénal et de procédure pénale comme celles déduites de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁰⁴. Ce régime est renforcé à l'image des règles de procès équitable garanties par la Cour européenne des droits de l'homme et fondées sur l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La doctrine utilise l'expression de « régime commun »²⁰⁵ aux sanctions pour

²⁰² Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

²⁰³ Voy., *supra*, n° 18.

²⁰⁴ Pour le Conseil constitutionnel, une peine peut être infligée lorsque sont respectés le principe de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, de rétroactivité *in mitius*, du respect des droits de la défense : Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*, § 35.

²⁰⁵ Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 65.

signifier l'« emprunt de régime » par les sanctions ayant le caractère d'une punition ou encore l'assimilation au régime pénal²⁰⁶.

Par le droit répressif, fondé sur un régime commun, la mise en œuvre de toute sanction punitive est soumise à la commission d'une faute, peu importe la branche du droit concerné. Toute sanction punitive – pénale ou extra-pénale – est prononcée *en réaction à une faute*²⁰⁷.

31. Mise en œuvre des sanctions conditionnée par la commission d'une faute. A l'instar de la sanction pénale, les sanctions ayant le caractère d'une punition supposent un manquement à une prescription juridique préalable. La radiation d'un médecin à la vie scandaleuse, de son Ordre professionnel constitue une répression d'un délit disciplinaire. La sanction pénale n'est donc pas la seule sanction mise en œuvre par la commission d'un comportement nuisible antisocial. En droit répressif non pénal aussi, ces comportements se réfèrent à un acte illicite ou un manquement²⁰⁸ extra-pénal. C'est d'ailleurs une exigence déployée par le principe de la légalité criminelle²⁰⁹.

Partant, *la faute extra-pénale* présente-t-elle les mêmes caractéristiques que *l'infraction pénale* ? La faute pénale et la faute extra-pénale susceptibles de répression partagent-elles la même nature ? Précisons que nous n'étudierons directement les fautes répréhensibles que dans cette partie introductive de notre sujet, puisque ce n'est pas l'objet de notre étude. Toutefois, les questions ainsi posées expriment la nécessité de distinction des fautes, d'autant plus qu'il n'y a pas de sanction sans incrimination.

Pour la clarté de notre démonstration, nous emploierons l'expression de « *fautes extra-pénales* » pour les comportements incriminés en dehors du droit pénal.

²⁰⁶ T. KOUKEZIAN, *Sanction pénale sanction disciplinaire*, thèse, 16 décembre 2014, p. 27 ; M. COHEN-BRANCHE, « Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? _ L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Dr. pén.*, 2009, étude 22 ; C. GUZMAN, *Le prononcé des sanctions administratives et l'article 6 de la CEDH*, thèse, Bordeaux, 2000 ; G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, éd. LGDJ, 1997 ; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit répressif pénal*, op. cit. ; J. MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit. ; C. MARTY, *Répression pénale et répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse, Paris, 1947.

²⁰⁷ X. PRETOT, « Le droit répressif non pénal », *Dr. soc.*, 200, p. 436.

²⁰⁸ « Un manquement à une obligation, laissant par exemple à l'autorité disciplinaire sous le contrôle du juge, le soin de définir le fait fautif. » (M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 163).

²⁰⁹ Si les comportements les plus complexes sont susceptibles d'être déterminés par la loi pénale, il faut dire que toutes les infractions en droit pénal sont soumises à la règle de la légalité criminelle. Le code pénal de 1992, en son article 111-3 dispose que « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

32. Distinction des fautes basée sur les critères formel et matériel. De manière précipitée, un essai de distinction entre les fautes pénales et les fautes extra-pénales a été fondé sur une séparation rigide selon que l’incrimination est prévue dans le Code pénal ou en dehors. Cet aspect du *critère formel* est doublement contestable. *Primo*, parce que toutes les infractions pénales ne sont pas contenues dans le Code pénal. Est retrouvée, par exemple, en droit des entreprises en difficulté, l’infraction pénale dans le Code de commerce²¹⁰. *Secundo*, cette séparation rigide semble avoir été faite sans pouvoir insister sur le fait que le droit pénal découlant du Code pénal concerne chaque citoyen sans distinction de fonction ou de statut comme constaté dans les autres codes.

Le critère formel, même s’il était assimilé au critère organique ne suffirait pas à distinguer les fautes répréhensibles de manière absolue. Ce critère s’avère insuffisant. Le seul cas des *contraventions de grande voirie* suffirait à le prouver largement. Les contraventions de grande voirie, en effet, malgré leur coloration pénale incontestable ne peuvent être assimilées à des infractions pénales. Les amendes dont elles sont frappées ne peuvent non plus être totalement assimilées à des sanctions administratives²¹¹. D’ailleurs, une telle assimilation avait largement été récusée par la doctrine en la matière²¹². En réalité, les contraventions de grande voirie présentent un caractère mixte à cause de sa nature en partie pénale²¹³. Le critère formel de distinction des fautes pénales et extra-pénales ne tient pas une telle mixité.

Quant au sens du *critère matériel*, si la faute est moins importante, elle sera écartée de la catégorie des infractions pénales. Dans cet ordre d’idées, certains affirment que « le délit disciplinaire ne perturbe qu’un ordre juridique particulier au groupement considéré ; l’infraction pénale perturbe un ordre juridique général, d’application infiniment vaste »²¹⁴. Ce n’est pourtant pas systématique. En réalité, s’il est évident que certains manquements, bien qu’extra-pénaux, sont sanctionnés plus sévèrement, durement²¹⁵ que des infractions pénales, on a du mal à l’accepter de manière absolue²¹⁶ présenté de cette manière. Toutefois, ce second

²¹⁰ Articles L. 654-8 et s. du Code de commerce.

²¹¹ P. YOLKA, « Le couteau de Litchenberg -Remarques sur la protection pénale du domaine public », *AJDA*, 14 décembre 2009, pp. 2346 et s.

²¹² *Idem*.

²¹³ J. BOUSQUET, « Solidarité et individualité dans le contentieux de la contravention de grande voirie », *AJDA*, 13 juillet 2020, n° 25, p. 1428.

²¹⁴ J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, éd. LGDJ, 1973, p. 50.

²¹⁵ Selon les dispositions de l’article L. 442-6 du Code de commerce, pour sanctionner certains manquements énumérés au même article, une amende civile allant jusqu’à deux millions d’euros peut être prononcée par la juridiction saisie, à la demande du ministre chargé de l’Economie ou du Ministère public.

²¹⁶ Certaines personnes déclarent que « ni le degré de gravité ni d’intensité de la réprobation sociale » ne permet de distinguer totalement les incriminations conventionnelles ou auxiliaires - les incriminations prévues par le droit pénal auxiliaire - des incriminations naturelles ou autonomes - les incriminations prévues en dehors du droit

critère, bien que peu convaincant, nous invite au regard de l'évolution de la jurisprudence à explorer la piste de la nature des sanctions.

33. Distinction des fautes par leur « nature ». A plusieurs reprises, pour distinguer les sanctions pénales et extra-pénales, la jurisprudence²¹⁷ a déjà utilisé la piste de la différence de nature des infractions qu'elles sanctionnent. Cette piste de *distinction des fautes par leur nature* nous intéresse justement.

Pour réellement apprécier la différence de nature des fautes pénales et extra-pénales, la jurisprudence constitutionnelle est indispensable, surtout depuis ses deux décisions du 24 juin 2016²¹⁸. Par une jurisprudence constante²¹⁹, le juge constitutionnel a maintenu l'exigence de complémentarité des poursuites pénales et fiscales déclaré en juin 2016 en procédant à chaque fois à une distinction de la nature des fautes pénales et fiscales.

Sa distinction est basée sur le critère de gravité. La différence de nature des fautes établie par le critère de gravité a, de fait, été adoptée par le juge constitutionnel pour compléter la sanction fiscale par une sanction pénale. Ce critère peut paraître simple à apprécier au premier abord. La jurisprudence²²⁰ constitutionnelle précise que la gravité d'une fraude fiscale « peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention ». Néanmoins, ce critère reste difficile d'application et c'est ce que nous avons développé plus bas dans notre étude²²¹.

On pourrait être tenté de se tourner aussi vers « les intérêts ou les valeurs protégés »²²² par la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition pour distinguer les fautes. Une

pénal Voy, en ce sens, D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, thèse, Paris 1, 2001).

²¹⁷ Crim., 9 avril 2015, *préc.* C'est d'ailleurs un des critères de distinction utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Engel* (CEDH, 8 juin 1976, *préc.*, § 82.) pour distinguer les sanctions : la nature de l'infraction. Elle s'intéressait à cet effet, à « l'étendue du cercle de personnes auxquelles est adressée la règle transgressée, le type et la nature des intérêts protégés, ainsi que l'objectif de dissuasion et de répression » (CEDH, 31 mai 2011, n° 16137/04, *Kurdov et Ivanov c/ Bulgarie*, § 39).

²¹⁸ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décisions n° 2016-545 QPC, *M. Alec Wildenstein et autres [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]* et n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme Cahuzac [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]*, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2442, note O. Décima ; *ibid.* 1836, obs. C. Mascala ; *ibid.*, p. 2424, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, L. Miniato et S. Mirabail ; *ibid.*, 2017, p. 1328, obs. N. Jacquinet et R. Vaillant ; *Constitutions* 2016, 436, chron. C. Mandon ; *RSC*, 2016, 524, obs. S. Detraz.

²¹⁹ Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, décision n° 2016-556 QPC, *M. Patrick S [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale III]*. (Précisons que cette décision reprend les mêmes conclusions que celles déclarées dans les affaires *Cahuzac* et *Wildenstein*. Elle y opère d'ailleurs un renvoi.) ; Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.*

²²⁰ Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.* ; Crim., 24 juin 2020, pourvoi n° 19-81.134, *Publié au bulletin*.

²²¹ Voy., *infra*, n°s 266 et s., 269 et s.

²²² Conseil d'Etat, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, *op. cit.*, p. 73.

telle différenciation est aujourd'hui rejetée, car ces objectifs sont souvent portés par les deux types de sanctions répressives²²³. Par ailleurs, se rabattre sur un dernier critère moral ou intentionnel des fautes n'est que peine perdue, car les infractions pénales et les manquements extra-pénaux « perturbent l'ordre social en général »²²⁴. L'illicite en droit répressif – pénal ou extra-pénal revêt quasiment la même intention.

En somme, la distinction des fautes pénales et extra-pénales n'est pas aisée et le critère de gravité aussi pertinent qu'il soit n'a toujours pas été approfondi par la jurisprudence en ce qui concerne ses critères d'application.

34. Bilan de la distinction des fautes pénales et extra-pénales. En fin de compte, la distinction entre les fautes pénales et extra-pénales peine à être démontrée convenablement. La méthode jurisprudentielle de distinction de la nature des fautes est très en vogue. Pour autant, une difficulté persiste : c'est le défaut d'approfondissement de ce critère par le juge constitutionnel²²⁵. Cependant, tant les méthodes de distinction sur le critère formel que sur le critère matériel nous conduisent à une infime différence entre les fautes répréhensibles. A *contrario*, ces critères rapprochent les fautes pénales et extra-pénales.

L'efficacité du droit répressif ne dépend-elle pourtant pas de la qualité de l'incrimination de la faute commise ? Toutefois, face à la difficile distinction des fautes pénales et extra-pénales, n'y a-t-il pas un risque de confusion des incriminations et de pluralité subséquente de répressions ? La réelle difficulté est que dans presque toutes les branches du droit aujourd'hui, les textes de loi en vigueur sont majoritairement dotés de dispositions pénales. Le pénaliste en perd la maîtrise. Face à cette expansion, les incriminations s'avèrent encore plus compliquées. Et c'est pourquoi, la proposition de dépénalisation des contraventions²²⁶ faite par M. DETRAZ est plus que pertinente, de notre point de vue.

²²³ Voy., *infra*, n° 260.

²²⁴ F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 133.

²²⁵ Voy., *infra*, n°s 266 et s.

²²⁶ S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in B. DE LAMY, V. MALABAT ET M. GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes, Actes du colloque organisé les 7, 8, 9 octobre 2009, Groupe de recherche sur la réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Université Montesquieu Bordeaux IV*, éd. Litec, p. 39. 2011, p. 45. Exemples des dispositions des articles 34 et 37 de la constitution du 4 octobre 1958 sur le pouvoir réglementaire pouvant servir à créer des contraventions et des peines. Et des dispositions de l'article R. 610-5 du Code pénal. Cette originalité des contraventions se remarque également au niveau de leurs incriminations. Elles dépendant de modes de participation criminelle ne s'appliquant pas entièrement aux contraventions (la tentative est exclue article 121-4 du CP) et en matière de complicité. Seule l'instigation est en principe punissable (article 121-7 du CP). S'agissant des sanctions, la privation de liberté est d'office exclue alors que c'est la sanction typique du droit pénal. Ces éléments et plusieurs autres raisons liées aux règles de procédure (Inapplication du régime de l'enquête de flagrance par exemple : article 53 CPP) peuvent donner raison à cette dépénalisation des contraventions.

Il se pose la question de savoir s'il faut maintenir les contraventions dans le droit pénal ou s'il faut les migrer vers une autre branche du droit ? Il sera ainsi question de la dépénalisation des contraventions. Ce serait une métamorphose du régime punitif des contraventions, comme c'est le cas *en Allemagne* avec une idée de répression administrative née de la loi de 1975. Cette loi a généralisé l'existence des contraventions administratives auparavant pénales, qui appellent à une réprobation sociale très faible²²⁷. L'intérêt de cette dépénalisation nous fait épouser l'argument développé. L'auteur reconnaît une existence certaine aux contraventions sur le plan formel²²⁸, il insiste sur leur originalité qui les écarte, les isole du droit pénal. L'administrativisation des contraventions rendrait cette répression plus simple et rapide²²⁹.

Elle permettrait également un désengorgement des juridictions répressives. A ce propos, il aurait été peut-être simple de réserver un domaine spécifique à la répression des fautes extra-pénales, cela éviterait les cas de doubles incriminations pour les mêmes faits.

Finalement, la faible et insuffisante distinction des fautes pénales et extra-pénales est une question essentielle dans la mise en œuvre du droit répressif et plus précisément des sanctions. Les sanctions végètent ainsi dans un *rapport de rapprochement* inavoué qui ne bouscule pourtant en rien leur indépendance.

35. La mise en œuvre des sanctions dirigée par leur indépendance. Entre le droit pénal et les autres branches de droit où interviennent des sanctions répressives s'établit un rapport d'indépendance. Ensuite, sur cette base, les autorités investies du pouvoir de punir, la nature²³⁰ des sanctions elle-même et leur diversité nourrit cette indépendance. Face à cette réalité, la jurisprudence a légitimé l'indépendance des sanctions.

²²⁷ M. DETRAZ a affirmé qu'on constate que les contraventions ont déjà un pied en dehors du droit pénal, tant par leurs éléments constitutifs _ matériel et moral _ que par leur technique de répression : ce sont pour l'essentiel, des infractions à des règles techniques et qui ne sont pas dommageables en tant que telles. La sanction ne dépend donc pas de la gravité du dommage intervenu. Elle est indépendante de l'état d'esprit de l'agent au moment des faits, et peut revêtir un caractère forfaitaire (En matière fiscale et douanière, les sanctions (fiscales) encourues sont par ailleurs de nature « mixte », c'est-à-dire mi- répressives, mi- indemnitaires) ; la répression est confiée à des autorités non juridictionnelles ou à des juges non professionnels (S. DETRAZ, « *Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ?* », *op. cit.*).

²²⁸ Article 111-1 du Code pénal.

²²⁹ S. DETRAZ, *lot. cit.* ; Pour le cas des infractions boursières : M. COHEN-BRANCHE, « Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? _ L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *op. cit.*

²³⁰ Conseil constitutionnel, 14 janvier 2016, n° 2015-513/514/526 QPC, M. Alain D. et A. M. Alain D. et autres [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié - II] ; BJB, 2016, p. 90, note T. Bonneau ; Conseil constitutionnel, 1^{er} juillet 2016, n° 2016-550 QPC, M. Stéphane R. et A. [Procédure devant la cour de discipline budgétaire et financière] ; CE, 20 juill. 2016, n° 396078, Oumaouche ; Dans le même sens, J. PRADEL, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd, 2016, n° 616.

En effet, élevée au rang de « caractéristique du droit français »²³¹, l'indépendance des sanctions s'explique par le principe d'indépendance des systèmes de répression pénale et extra pénale selon lequel un système n'est pas lié par l'autre²³². Par exemple, en droit de l'environnement, l'article L. 171-7 du code de l'environnement énonce qu' « indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées, [...] l'autorité administrative met en demeure... ». L'indépendance des sanctions s'observe souvent dans la forme – principalement par *une indépendance des actions répressives* – et dans le fond – par leur cumul. La seconde forme d'expression de l'indépendance représente plus une conséquence qu'une manifestation.

L'indépendance des sanctions peut, en effet, se manifester doublement : par une double qualification²³³ des mêmes faits commis par un même individu et par une double poursuite marquée par deux actions répressives concomitantes ou successives²³⁴. Il en est ainsi malgré l'interdiction par la règle de la chose jugée²³⁵ d'une seconde poursuite en cas de jugement définitif ou d'acquiescement. A partir de ce moment, l'exercice d'une répression pénale ne fait pas obstacle à une répression administrative, ou à une répression fiscale, disciplinaire ou civile, et inversement. Les mouvements qui s'établissent entre elles s'avèrent souvent ingérables.

36. Rapports paradoxaux entre les sanctions. La contradiction notée dans les rapports relevés ci-dessus entre les sanctions nous interpellent. D'une part, la faiblesse de la distinction des fautes²³⁶ a créé un rapport de rapprochement entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition. D'autre part, les sanctions maintiennent entre elles une indépendance qui d'ailleurs, a été légitimée²³⁷. En fin de compte, les liens entre les sanctions se révèle être paradoxaux puisqu'elles basculent d'un *rapprochement* à une *indépendance*.

37. Conséquence des rapports paradoxaux : le cumul des sanctions. La résultante de la relation paradoxale – rapprochement et indépendance – que partagent la sanction pénale et les

²³¹ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]* ; C. Mauro, « *Ne bis in idem* : un tremblement de terre ? », *AJ pénal*, 2015, p. 172 ; *AJ pénal*, 2015, p. 179, note J. Bosson et p. 182, note J. Lasserre Capdeville ; *BJB* mai 2015, p. 204, obs. T. Bonneau ; *JCP E*, 2015, p. 36, comm. 1395, note J.-L. Sauron ; *JCP G*, 2015, p. 368, note F. Sudre ; *JCP G*, 2015, p. 369, note J.-H. Robert ; *JCP G*, 2015, doct. p. 547, n°s 230 et 24, obs. B. Mathieu ; *Dr. pén.*, 2015, comm. 79, note F. Peltier ; Recueil Dalloz, 2015, p. 874, note O. Décima ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 380, note H. Matsopoulou.

²³² A. BÉZIZ-AYACHE, « Environnement - Procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, janvier 2018.

²³³ Voy., *infra*, n° 249 et s.

²³⁴ Voy., *infra*, n° 244 et s.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ Voy., *supra*, n°s 32-34.

²³⁷ Voy., *supra*, n° 35.

sanctions ayant le caractère d'une punition est leur cumul. Au sens commun, le terme « cumul » désigne « le fait de réunir plusieurs éléments distincts, de manière à obtenir plus sûrement un résultat »²³⁸. Il est question de la réunion d'une pluralité d'éléments qui se distinguent les uns des autres. Certes, le terme n'a pas été défini juridiquement²³⁹, bien qu'explicitement utilisé par la loi²⁴⁰ et par la jurisprudence²⁴¹. La jurisprudence a contribué toutefois à sa détermination grâce à trois conditions qui nous serviront d'ailleurs pour procéder à une délimitation du concept selon notre champ d'étude.

Premièrement, il faut évidemment être dans une situation de *pluralité* de sanctions. Dans le contexte de notre sujet qui porte sur la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition, il s'agit d'un cumul de sanctions *mixtes*²⁴². C'est-à-dire un cumul de sanctions - pénales et extra-pénales²⁴³, prononcées par le juge pénal concurremment avec une autorité sanctionnatrice, et vice versa. Sont donc exclus de la présente étude, les cas de double procédures déclenchées dans une même branche du droit – soit uniquement en matière répressive extra-pénale ou en droit pénal. Par exemple, dans une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 9 juin 2022²⁴⁴, un cumul de sanctions était en jeu après une poursuite conjointe du délit d'association de malfaiteur et d'une infraction en bande organisée.

Deuxièmement, le cumul de sanctions pénales et de sanctions ayant le caractère d'une punition est conditionné ici par *l'unité de la personne sanctionnée*²⁴⁵. Cette exigence d'unité de la personne doublement – pénalement et extra-pénalement – sanctionnée, ressort et prouve

²³⁸ Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (<https://www.cnrtl.fr/definition/cumul>, consulté le 21 juin 2022).

²³⁹ L. NARDARI, *Le cumul des sanctions*, thèse, 13 novembre 2020, Toulouse, p. 13.

²⁴⁰ Voy., par exemple, l'article 132-7 du Code pénal qui prévoit que : « par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou délits en concours ».

²⁴¹ CEDH, 15 novembre 2016, n^{os} 24130/11 et 29758/11, *A. et B c/ Norvège*, §112.

²⁴² Combinaison faisant intervenir le droit pénal et un droit répressif non pénal susceptible de conduire à une condamnation hybride composée de sanction pénale et de sanction ayant le caractère d'une punition ; CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

²⁴³ Crim., 6 novembre 1952, *Recueil Dalloz*, 1953. 38 ; CE, 15 janvier 1951, *Dame Faure* ; Conseil constitutionnel, 14 janvier 2016, *préc.*

²⁴⁴ Crim. 09 juin 2022, n^o 21-80237, *Publié au bulletin*.

²⁴⁵ C'est la condition qui découle de la jurisprudence basée sur le principe *non bis in idem* consacré par l'article 4-1 du protocole n^o 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cet article prévoit que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat ». Le mot « nul » insiste sur la nécessité d'unité de personne pour un encadrement du cumul. Par conséquent, sont exclues les cas de cumul de sanctions à l'égard de différentes personnes (CEDH, 20 mai 2014, n^o 35232/11, *Pirttimäki c. Finlande* ; CEDH, 2 octobre 2003, n^o 13596/02, *Isaksen c. Norvège*).

l'identité des faits ou de la faute sanctionnée. Il en ressort d'ailleurs la troisième condition du cumul des sanctions déterminée par la jurisprudence *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie* du 10 février 2009²⁴⁶. Une décision dont non seulement les circonstances²⁴⁷ éclairent sur la notion du cumul, mais qui se révèle être importante dans notre travail. Par elle, en effet, a été reconnu le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, en vertu de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Finalement, en quoi consiste le cumul dans notre contexte ? Après une manifestation de l'indépendance des sanctions – à travers une double qualification et une double poursuite devant le juge pénal et une autorité sanctionnatrice extra-pénale – la même faute peut alors donner lieu à une sanction pénale et à une sanction extra pénale²⁴⁸. Deux inquiétudes en découlent. D'un côté, et par cette définition, on se retrouve devant un cumul faisant intervenir deux sanctions punitives donc deux « punitions »²⁴⁹. La condition de distinction des choses cumulées évoquée ci-dessus dans la définition du cumul est-elle ainsi absolument respectée ? D'un autre côté, par ailleurs, en dehors de l'interdiction du cumul purement pénal, le cumul tel que retenu dans notre contexte peut être validé par les règles consacrées par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : Toute peine doit être « strictement et évidemment nécessaire ». Cependant, un malaise demeure, malgré l'encadrement du cumul.

²⁴⁶ CEDH, 10 février 2009, n° 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie* ; *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2014, note J. PRADEL ; *JCP G*, 2009, I, 143, obs. F. Sudre, §84 : « La Cour doit donc faire porter son examen sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées », c'est nous qui soulignons.

²⁴⁷ Dans cette affaire, le requérant, après avoir amené son amie dans un quartier militaire sans autorisation, fut arrêté et condamné pour insolence, usage de termes obscènes et tentative de fuite.

A été prononcé contre lui, pour les mêmes faits, une condamnation administrative pour « actes perturbateurs mineurs » en vertu de l'article 158 du code des infractions administratives. Cette condamnation fut suivie de poursuites pénales pour « actes perturbateurs » réprimés par le Code pénal (articles 213, 318 et 319). La Grande Chambre de la Cour européenne fut saisie par le gouvernement russe, après que la Chambre ait retenu qu'il y avait eu violation de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7. Pour la Grande Chambre qui a donné son approbation aux premiers juges, la procédure initialement engagée contre le requérant, bien que qualifiée d'administrative en droit interne, doit s'analyser en une procédure pénale. Et ceci pour plusieurs raisons dont la nature de l'infraction d'« actes perturbateurs mineurs » et la gravité de la peine.

Elle confirma qu'il y a eu une répétition de poursuites puisque la condamnation à trois jours de détention dans le cadre de la procédure « administrative » doit s'analyser en une décision définitive. Elle conclut que les poursuites engagées contre le requérant en application de l'article 213 du code pénal concernaient essentiellement la même infraction que celle pour laquelle l'intéressé avait déjà été condamné par une décision définitive en vertu de l'article 158 du code des infractions administratives.

²⁴⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 54.

²⁴⁹ Le caractère nécessaire du cumul doit être prouvé, à plus forte raison qu'une unité de punition exige le même caractère « dans une société respectueuse des droits de l'homme qui envisage la liberté comme un bien suprême » (E. DREYER, *Droit pénal général*, op., cit, p. 1002.

38. Justification du sujet. Compte tenu du rapprochement précédemment relevé et surtout du caractère punitif qu'elles présentent toutes, est remarquée une pluralité marquée par la répétition de la même chose – *la punition*. Ce sujet éveille toute notre curiosité en raison des débats que suscitent l'assemblage de ces deux types de sanctions que sont les sanctions pénales et les sanctions ayant le caractère de punition.

Ce n'est pas la simple coexistence qui dérange. Il s'agit plutôt cette convergence des deux éléments qui perturbe. En effet, la cible d'une pluralité de répressions a toujours du mal à comprendre l'acharnement répressif qui s'abat sur elle. Pour métaphoriser, le droit répressif est « gémellipare »²⁵⁰. Il fait alors naître des sanctions qui sont des jumeaux « dyzygotes »²⁵¹ issus d'autorités sanctionnatrices différentes – le juge pénal et une autorité sanctionnatrice non pénale.

Après tout, ces dyzygotes restent des *jumeaux* compte tenu de leur fonction punitive. A cette rhétorique, il apparaît effectivement que la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition représentent de « faux jumeaux » mais tellement proches l'un de l'autre pour que l'on s'interroge sur le bien-fondé, la pertinence de cette dualité.

Cette situation insatisfaisante est traitée parfois d'« inefficace »²⁵² à cause de la difficulté de coordination des sanctions répressives pénales et extra-pénales. Une répression efficace exclut-elle une meilleure protection des droits fondamentaux ? Mais alors, la fonction punitive des sanctions n'appelle-t-elle pas plutôt à un autre mouvement entre les sanctions ? Pourquoi ne pas trouver une alternative à leur indépendance qui entretient le cumul des sanctions²⁵³ ?

Sur ces questions d'ailleurs, notre sujet invite fortement à tourner le regard, un tant soit peu, pour observer le droit de quelques pays européens, en termes de prévention du cumul injustifié de sanctions pénales et extra-pénales. Dans ce sens, nous allons nous limiter à la prévention du cumul de sanctions pénales et administratives en matière d'abus de marché par ces Etats, en évoquant le critère commun de la règle *non bis in idem*.²⁵⁴

²⁵⁰ Qui porte des jumeaux (Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales : <https://www.cnrtl.fr/definition/g%C3%A9meaux>, consulté le 24 juin 2022).

²⁵¹ Jumeaux provenant de deux œufs simultanément émis (par un seul ovaire ou par les deux) et fécondés chacun par un spermatozoïde (parfois de sexe différent). Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (<https://www.cnrtl.fr/definition/jumeaux>, consulté le 24 juin 2022).

²⁵² L. SAUTONIE-LAGUIONIE, O. DÉCIMA, « Droit pénal et droit des entreprises », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 202-204.

²⁵³ CE, Sect., 19 février 1943, *Grandgirard* ; CE, 3 janvier 1945, *James*.

²⁵⁴ Le principe *non bis in idem* est consacré par l'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le Pacte international des Droits civils et politiques de 1966, l'article

Ainsi, à titre préventif, certains pays européens ont opté pour un double régime de sanctions pénales d'une part et de sanctions administratives d'autre part. Un seul de ces types de sanctions est appliqué. Les sanctions ne se cumulent pas. Pour y parvenir, *le droit allemand* ne fait pas les choses à moitié. En cas de litige relevant de la compétence du juge pénal, si l'affaire a déjà été transmise au procureur, l'autorité de régulation des marchés suspend la procédure administrative jusqu'à délibération de la décision du juge pénal²⁵⁵. La ressemblance avec le régime français de répression des abus de marché est que l'interdiction du cumul est officialisée. Toutefois, la différence avec le droit allemand est que la France²⁵⁶ a préféré faire confiance à la collaboration des autorités de poursuites pour éviter le cumul. En même temps, le droit allemand opte pour la méthode du sursis à statuer²⁵⁷. Une méthode analogue que celle du régime français est observé aux *Pays-bas* avec une concertation basée sur des échanges d'informations entre les autorités fiscales, le parquet et les autorités de régulation²⁵⁸. A l'opposé, *l'Italie* réprimait les abus de marché par cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales. Comme la France, elle se basait sur sa réserve à la règle *non bis in idem* qui ne lui imposait l'interdiction du cumul qu'en matière criminelle. Elle fut condamnée par la Cour européenne dans l'intéressante jurisprudence du 4 mars 2014²⁵⁹. Dans les trois premiers régimes, la règle *non*

50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen ; Article 4 § 1 du protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». Ce texte consacre le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour les mêmes faits.

²⁵⁵ La loi du 26 juillet 1994 relative au commerce des valeurs mobilières (Cette loi a créé la « *BaFin* » : l'instance de contrôle des marchés financiers) s'applique en la matière. En vertu des articles 4(5) et 40 de cette loi, la *BaFin* compétente pour réprimer les abus de marchés doit transmettre au procureur sans délai les faits laissant à supposer la commission d'une infraction pénale en vertu de l'article 38 de ce texte ; Etude de législation comparée n° 259, octobre 2015, La prévention du cumul des sanctions administratives, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations LC 259.

²⁵⁶ La loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché.

²⁵⁷ Articles 378 à 380 du Code de procédure pénale.

²⁵⁸ Loi sur les délits économiques ainsi que de l'article 23 du Code pénal.

²⁵⁹ Dans cette décision *Grande Stevens et autres c/ Italie* rendue le 4 mars 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme, a été reconnu le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, en vertu de l'article du Protocole additionnel n° 7 à Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. A également été appliqué l'article 6 de la Convention européenne.

Pour les mêmes faits, les requérants ont fait l'objet de sanctions administratives et d'une procédure pénale.

Dans cette affaire, les requérants allèguent que la procédure devant la Commission nationale des sociétés et de la bourse (CONSOB) n'a pas été équitable. Ils dénoncent un manque d'impartialité et indépendance de cet organe et estiment également avoir été victimes d'une violation du principe *ne bis in idem*. A l'inverse, le gouvernement italien met en avant la réserve relative à l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention selon laquelle l'interdiction du cumul prévu à l'article 4 ne s'applique qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées de pénales par la loi italienne.

En invalidant la réserve italienne à *non bis in idem*, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé sa position adoptée dans l'arrêt *Zolotoukhine c/ Russie*

En réponse à ces allégations, la Cour a retenu, d'une part, que l'autorité administrative n'a pas tenu d'audience publique d'où il y a une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

bis in idem a été garantie même si le droit français ne reconnaît pas officiellement cette règle. Cependant, la méthode de prévention adoptée par l'Allemagne qui est remarquable parce qu'elle évite les cumuls de qualifications et de poursuites, bien que la France ait renforcé sa répression dans cette matière.

Sans apprécier à ce stade l'efficacité de la législation encadrant le cumul des sanctions, elle est incontestablement réduite à quelques domaines. Il y a une absence de règles propices à l'uniformisation de la répression et susceptibles de nous éviter un nouveau « tremblement de terre »²⁶⁰ dans un autre domaine répressif, comme celui occasionné par la règle *non bis in idem* en matière d'abus de marché en 2015²⁶¹. Des lois répressives aussi rigoureuses que celle observée ci-dessus en *droit allemand* permettent d'éviter le cumul des actions répressives et préviennent, de ce fait, le cumul des sanctions. En effet, le législateur allemand a porté son choix sur une unicité d'action répressive, par acception explicite de la règle européenne *non bis in idem*²⁶². Cette acception n'a jamais été faite en droit français, du moins *officiellement*, d'une part. D'autre part, la réserve française n'impose à la France de respecter la règle de non-cumul qu'en matière strictement pénale²⁶³ et exclut logiquement les cas de pluralités d'actions répressives mixtes. Les personnes sanctionnées, toutes branches du droit confondues, bénéficient-elles aujourd'hui alors de l'égalité devant la loi ou de l'universalité de la loi utile pour une répression plus mesurée²⁶⁴ tel que prôné dans le célèbre *Traité des délits et des peines* de C. BECCARIA?

L'intérêt majeur de notre étude touche toutes les branches du droit où interviennent des sanctions ayant le caractère d'une punition, avec l'acuité des spécificités²⁶⁵ propres à chaque branche.

D'autre part, la Cour européenne, en évoquant sa décision *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, a déclaré que les sanctions administratives en jeu étaient susceptibles, aux fins de l'application de la Convention, de se voir qualifiées de sanctions pénales. C'est pour ces raisons que la Cour a retenu que les poursuites pénales ouvertes contre les requérants en violation de l'article 4 du Protocole n° 7 doivent être clôturées (CEDH, 4 mars 2014, n°s 18640/10, 18647/10, 18633/10, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, § 211, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1506, obs. C. Mascala ; *Rev. Sociétés*, 2014, p. 675, note H. Matsopoulou ; *ibid.*, 2015, p. 169, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD eur.*, 2015, p. 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Voza ; CEDH 24 février 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France* ; *RFDA*, 1995, p. 1172, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *RSC*, 1994, p. 612, obs. L.-E. Pettiti).

²⁶⁰ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem, du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse, Paris, 2005.

²⁶³ S. DETRAZ, « *Non bis in idem* : Convention européenne et réserve française », *Recueil Dalloz*, 26 octobre 2017, n° 36, p. 2133.

²⁶⁴ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, préf. R. BADINTER, Flammarion, 1991, cité par O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, éd. Dalloz, 2009, p. 45.

²⁶⁵ Voy., *infra* n°s 289 et s.

Cette justification ne relève alors pas seulement d'un ordre *juridique et politique*²⁶⁶ basé sur le secours nécessaire du droit constitutionnel et du droit supranational pour une protection des droits fondamentaux des personnes sanctionnées. Néanmoins, elle s'attache également à l'ordre *sociologique* puisque dans toutes les activités professionnelles et sociales aujourd'hui, l'assemblage de sanctions pénales et de sanctions ayant le caractère d'une punition peut s'imposer. Et ceci, sans oublier l'enjeu *économique* des sanctions notamment « fiscales » cumulées avec la sanction pénale et créant une opposition entre un *contribuable*²⁶⁷ – souvent une personne morale – sévèrement et doublement sanctionnée et l'*Etat* – désireux de minimiser les pertes des recettes. La dualité des sanctions répressives aujourd'hui n'a-t-elle pas assez été décriée pour que l'on songe à y réfléchir ?

39. Sanction pénale et sanctions ayant le caractère d'une punition : des rebondissements permanents et une tendance à l'interdépendance des sanctions.

Globalement, en matière de sanction répressive – pénale ou extra-pénale, *le caractère punitif* a toujours fait naître ce besoin de contestation et une demande de contrôle de chaque sanction prononcée²⁶⁸. Ce besoin s'amplifie surtout lorsqu'il s'agit d'une double punition.

De toute évidence et depuis longtemps, la doctrine²⁶⁹ a ouvertement critiqué la répression excessive. En effet, dès 2009 dans l'arrêt *Zolotoukhine c/ Russie*²⁷⁰, à la suite d'une remise en cause du cumul des sanctions fondée sur le principe *non bis in idem*²⁷¹, le champ de validation du cumul des sanctions a véritablement été limité. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé en 2014²⁷² sa position en invalidant cette fois-ci la réserve italienne à *non bis in idem*. Le Conseil constitutionnel, subséquemment, dans sa décision historique en date du 18 mars 2015, a interdit le cumul de poursuites et de sanctions pour un même comportement sous les qualifications de délit et de manquement d'initié²⁷³. Il en contrôla la nécessité au regard de

²⁶⁶ P. COMBEAU, J. LEBLOIS-HAPPE, « Droit pénal et droit administratif », *op. cit.* p. 381.

²⁶⁷ E. CRUVELIER, « Contentieux fiscal – Principes généraux du contentieux fiscal », *Répertoire de droit commercial Dalloz*, janvier 2020.

²⁶⁸ CE, 2 mars 2010, n° 328843, *Dalongeville* ; CE, 27 janvier 2009, n° 324167, *Ministère de l'Education nationale c/ Mlle Boulonnois* ; CE, Sect., 22 juin 2007, n° 272650, *Arfi* ; CE, Sect., 9 juin 1979, n° 14747 ; CE, 5 avril 1944, *Sieur Guignard* ; CE, Sect., 28 février 1930, *Sieur Remoux* ; CE, 27 janvier 1926, *Nguyen Hem Chank* ; M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 156 ; CE, 1^{er} février 2006, n° 271676, *Touzard*. C'est l'arrêt *Dahan* qui a marqué, à partir de 2013, le contrôle des garanties de droit pénal en matière répressive extra-pénale, avec une appréciation de la proportionnalité des sanctions punitives (CE, 13 novembre 2013, n° 347704, *Dahan*).

²⁶⁹ P. MARINI, « La modernisation du droit des sociétés », *Rapport au premier ministre*, La documentation française, 1996.

²⁷⁰ CEDH, 10 février 2009, *préc.*

²⁷¹ Voy., *supra*, note n° 248.

²⁷² CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

²⁷³ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen en insérant des critères²⁷⁴. Ainsi est née dans cette première vague jurisprudentielle la remise en cause constitutionnelle du cumul. Cependant, en raison du défaut de précision des conditions d'application de ce principe en cas de double répression, cette audacieuse décision, source d'une première vague jurisprudentielle de remise en cause du cumul, a été « édulcorée » comme le mentionnent si bien M. DÉCIMA, M. DETRAZ et M. VERNY²⁷⁵.

C'est pourquoi, dès 2016, à l'image de l'instabilité et des rebondissements constants en matière de cumul des sanctions répressives, le Conseil constitutionnel est revenu sur sa décision en acceptant le cumul des sanctions en matière fiscale²⁷⁶. Cette nouvelle vague de sanctions est surtout marquée par des conditions telles que la *complémentarité* des procédures et réservée seulement au cas de manquements « *les plus graves* »²⁷⁷.

En parallèle à ces divers rebondissements sur la dualité des sanctions répressives face au principe *non bis in idem*²⁷⁸, les juges se sont résolus à parler le langage des sourds et des aveugles²⁷⁹. La Cour de cassation applique strictement la règle *non bis in idem* au titre de son contrôle de conventionalité, le Conseil n'utilise que les biais indirects au contrôle de proportionnalité et de nécessité pénales. Sur le plan interne, l'interdiction du cumul des sanctions ne se fonde qu'implicitement alors sur le principe *non bis in idem*. Malheureusement, ces solutions n'ont pas été élargies à toute la matière répressive. De part et d'autre, ces vagues jurisprudentielles n'ont permis la limitation du cumul des sanctions globalement qu'en matière administrative boursière et en matière fiscale. Par ailleurs, la réserve française autorisant encore le cumul des sanctions répressives mixtes – pénales et extra pénales n'a pas été invalidée par la Cour européenne des droits de l'homme comme l'ont été les réserves émises par l'Italie²⁸⁰ et la Norvège²⁸¹ – quoique identique à ces dernières. Elle a été implicitement validée. Parallèlement, il est nécessaire de réfléchir dès maintenant à une solution de secours en cas d'éventuelle

²⁷⁴ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc* ; Une décision qui a incité le législateur à voter la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché.

²⁷⁵ O. DÉCIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 56.

²⁷⁶ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc* ; Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, *préc* ; Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc*.

²⁷⁷ Critère de « gravité des faits » adopté par le Conseil constitutionnel pour imposer une sanction pénale en complément d'une sanction fiscale : Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc* ; Crim., 24 juin 2020, pourvoi n° 19-81.134.

²⁷⁸ Article 4 § 1 du protocole n° 7 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Voy., *supra*, note ° 248).

²⁷⁹ E. RASCHEL, « Nouvel épisode dans l'application de la règle *ne bis in idem* en droit français : l'autorisation du cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *Gaz. Pal.*, 30 mai 2015, n° 150, pp. 14-15.

²⁸⁰ CEDH, 4 mars 2014, *préc*.

²⁸¹ CEDH, 15 novembre 2016, *préc*.

invalidation de la réserve française et conséquemment d'une imaginable obligation de respecter et d'appliquer à tout le droit répressif le principe *non bis in idem* interdisant le cumul.

Néanmoins, une ligne commune à ces réponses est la tendance du Conseil constitutionnel à réduire l'indépendance entre les autorités sanctionnatrices en prévenant le cumul des poursuites. Une tendance jurisprudentielle désireuse de penser une interdépendance des sanctions plutôt que de maintenir une indépendance est d'ailleurs confirmé dans une décision du 15 novembre 2016²⁸² de la Cour européenne qui propose une complémentarité²⁸³ des poursuites, tout comme le Conseil constitutionnel²⁸⁴ pour limiter le cumul des sanctions et favoriser leur articulation. Il serait bénéfique de réfléchir à des solutions d'articulation des sanctions en tenant compte des difficultés particulières à chaque réseau répressif. Il en décolule la question de l'harmonisation des techniques d'application de l'articulation des sanctions, peu importe la branche de droit qui intervient. A ce propos, justement, quelques efforts viennent conforter ce style de mouvement entre les sanctions. La doctrine pense à minimiser leur cumul²⁸⁵ et le législateur essaie, dans certains domaines, de consacrer un régime des sanctions cumulées comme récemment en matière de transports avec l'ordonnance n° 2022-831 du 1^{er} juin 2022 créant un régime de sanctions administratives et pénales permettant de réprimer le comportement de passagers aériens perturbateurs. Toutefois, les efforts opérés dans le mouvement d'articulation des sanctions, notamment par la jurisprudence, suffisent-ils pour se satisfaire de l'état actuel de l'application combinée des sanctions ?

40. Sanction pénale et sanctions ayant le caractère d'une punition : une actualité obligeant à un dépassement de l'insatisfaction. Le sujet portant sur la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition s'est révélé hyper important, il y a quelques années, surtout avec l'historique décision constitutionnelle de 2015²⁸⁶ et les efforts jurisprudentiels de 2016²⁸⁷. On pourrait croire qu'il est devenu moins important, depuis lors, parce qu'il y a eu, moins de décisions récemment. La situation issue de 2016 n'est cependant pas très précise et la jurisprudence récente nous conduit à une interrogation malheureusement légitime. Faudrait-il

²⁸² *Idem.*

²⁸³ *Ibidem.*

²⁸⁴ Dans sa décision rendue en date du 23 novembre 2018, le Conseil constitutionnel opte pour la complémentarité des procédures en considérant que les finalités des procédures pénale et fiscale créent cette continuité dans la sanction de la fraude fiscale (Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.*).

²⁸⁵ M. DEGUERGUE, T. PERROUD, C. TEITGEN-COLLY, « Introduction », in *Actes du colloque « L'avenir de la répression extra-pénale » du 15 juin 2017, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, RSC*, n° 1, pp. 27-30.

²⁸⁶ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.* ; Voy, *supra*, n° 39.

²⁸⁷ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.* ; CEDH, 15 novembre 2016, *préc.* ; Voy, *supra*, n° 39.

se contenter des quelques efforts jurisprudentiels d'application des sanctions sans essayer de dépasser les limites rencontrées ?

Il devient embarrassant de se résoudre à des sanctions dont la mise en œuvre serait jonchée de risques de violations des droits et libertés fondamentaux de l'intéressé, alors même que les principes de droit pénal, étendus à toute sanction punitive, doivent demeurer des exigences à surveiller. En effet, dans sa décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, le Conseil constitutionnel²⁸⁸ a déclaré un cumul de sanctions pénale et extra-pénale, contraire à des garanties de droit pénal. A ce propos, il est important de mettre en exergue également la décision n° 2021-984 QPC du 25 mars 2022²⁸⁹. Certes, cette question prioritaire de constitutionnalité ne porte pas sur un cas de répression mixte – pénale et extra-pénale, mais uniquement extra-pénale puisqu'il s'agit de la remise en cause de la conformité à la constitution d'un texte de loi²⁹⁰ portant sur le cumul de sanctions administratives. Néanmoins, la difficulté persistante de l'application des principes de droit pénal élargies aux sanctions ayant le caractère d'une punition nous interpelle sérieusement. Comment comprendre qu'en 2022, peuvent être appliquées à une même personne, pour les mêmes faits, des sanctions administratives cumulées sans que le texte de loi qui autorise ce cumul ne prévoit aucun plafond à ce cumul ? Et ceci, surtout lorsque le même texte est contesté pour méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, faute de définition de l'infraction pour laquelle la sanction est en jeu ?

Ainsi, des sanctions continuent d'être prononcées sans que certaines garanties de droit pénal ne soient respectées. Ce qui démontre que le sujet est toujours d'actualité, d'autant plus que la situation d'imprécision court toujours et continue de complexifier la mise en œuvre de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une sanction. L'intérêt de la thèse est, par conséquent, de ne pas accepter l'insatisfaction et de progresser, au lieu de laisser la question telle quelle. Dans cette perspective, les questionnements soulevés s'avèrent tous indispensables.

41. Sanction pénale et sanctions ayant le caractère d'une punition : problématique.

Notre sujet est une réflexion sur la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition qui exige de s'organiser autour de ces notions en prenant garde à son objet : harmoniser la répression.

²⁸⁸ Conseil constitutionnel, 28 janvier 2022, décision n° 2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres* (Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers).

²⁸⁹ Conseil constitutionnel, 25 mars 2022, décision n° 2021-984 QPC, *Société Eurelec trading* (Cumul de sanctions administratives).

²⁹⁰ Le paragraphe VII de l'article L. 470-2 du code de commerce : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement ».

La définition des notions nous a d'abord révélé qu'elles sont toutes deux des sanctions punitives. Etudier la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition, en ce premier sens, n'est finalement rien qu'une comparaison entre des sanctions punitives mixtes – pénales et extra pénales – comparaison aussi commentée qu'étudiée²⁹¹. Cette étude pourrait alors paraître peu novatrice, si en réalité, elle n'était pas intéressée par un champ beaucoup plus vaste, général et jonché de particularités.

Primo, il s'agit ici d'une étude entre la sanction pénale et toutes les sanctions ayant le caractère d'une punition – toutes les branches du droit contenant des sanctions punitives confondues²⁹². Formulé autrement, il est question de s'intéresser aux liens que partagent ces deux catégories d'instruments du droit répressif. Ce mouvement portant sur les sanctions qui n'a vraiment jamais été élaboré de manière aussi globale est justifié par la multiplication des sanctions ayant le caractère d'une punition de plus en plus proches de la sanction pénale. *Secundo*, les liens entre les deux types de sanction ramènent au cumul des sanctions répressives mixtes, - lequel est validé sous condition mais insatisfaisant à l'égard de la protection à risque des droits et libertés fondamentaux. Il s'avère, par conséquent, nécessaire de s'interroger ici quant au bien-fondé de notre intitulé. D'ailleurs, le mot de liaison [et], ne conduit-il pas vers une coordination nécessitée des sanctions d'autant plus que leur articulation semble être de plus en plus demandée ?

Le cumul par pure répétition doit-il définitivement être l'aboutissement des rapports qui animent la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition, malgré le risque de violation des droits et libertés fondamentaux et alors même qu'une articulation est de plus en plus souhaitable ?

L'articulation est convoitée car, en dépit des basculements de la jurisprudence²⁹³ entre différents juges, il y a cette tendance à organiser les sanctions de manière à aspirer à un tout efficace ou harmonieux.

La présente étude ne s'arrête assurément pas à une simple acceptation du rapprochement des sanctions. Elle va à la recherche d'une perspicace *distinction*. Ainsi, les objectifs de ces sanctions s'identifient-ils par une base commune ? La répression et la prévention constituent-ils les finalités communes de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition, au point de conduire plus tard à une fusion de sanctions ou un simple choix ?

²⁹¹ T. KOUKEZIAN, *Sanction pénale sanction disciplinaire*, op. cit., p. 27.

²⁹² Cette étude ne porte pas seulement par les sanctions d'une seule ou deux branches du droit, comme cela a été traité sur la sanction civile (N. ALLIX, *La sanction pécuniaire civile*, op. cit., pp. 566 à 567, n^{os} 693 et 694) ou sur la sanction pénale et la sanction disciplinaire (T. KOUKEZIAN, *lot. cit.*).

²⁹³ Voy., *supra*, n^o 39.

Également, le régime de ces sanctions représente-t-il aujourd'hui une adaptation de la mise en œuvre parfaite des garanties du droit pénal à toutes les sanctions ayant le caractère d'une punition, étant donné l'extension mise en place par la jurisprudence²⁹⁴ ? Peut-on, en effet, dire que le processus préalable à l'édiction des sanctions est identique, avec des règles de poursuite et d'instruction communes ? Outre le niveau d'adaptation de la mise en œuvre des garanties de droit pénal, l'étendue et l'intensité du contrôle des sanctions sont-elles les mêmes ?

La distinction fondée sur les finalités et le régime des sanctions implique nécessairement d'aller au-delà de la question du simple cumul des sanctions. Il ne s'agit pas non plus d'ignorer la persistance, la légitimité de l'indépendance des sanctions. A ce propos, un acharnement semble frapper les personnes poursuivies et sanctionnées doublement. En effet, pour les mêmes faits, le juge pénal peut-il prononcer une autre sanction, alors qu'une autorité sanctionnatrice extra pénale en avait déjà prononcé une, vice-versa ? Face à ce constat et dans une impossibilité d'y rester insensible, il se pose la question de la coordination pour une meilleure efficacité des sanctions : celle de leur *articulation*.

La nécessité de cette articulation constitue une règle jurisprudentielle approuvée par plusieurs auteurs²⁹⁵. Ceci s'avère être un travail peut être risqué, mais particulièrement intéressant.

Ceci se révèle sans doute intéressant, à cause de la question la plus sensible : comment éviter le cumul des sanctions ? Il s'agit d'une question qui en cache une autre : comment organiser le cumul des sanctions avec une harmonisation des techniques d'articulation ? Cette mise en œuvre de l'articulation des sanctions devra se baser sur certaines solutions déjà mises en place par le Conseil constitutionnel pour solutionner la pluralité telle que la complémentarité des procédures²⁹⁶.

A partir de ce moment et gravitant toutefois toujours autour du cumul, il faudra proposer un renforcement de l'articulation, sachant que même si elles encourent l'exclusion, certaines pistes valent la peine d'être étudiées. Sans quoi on ne pourra justifier pourquoi on en préfère d'autres.

²⁹⁴ Voy., *supra*, n° 19-21.

²⁹⁵ J. CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? » *RSC*, n° 2, 2019, pp. 333 à 345 ; M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.* ; O. DÉCIMA, « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ pénal*, 2012, p. 380 ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, O. DÉCIMA, « Droit pénal et droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 202 et s. ; T. CHEVALIER, « La coordination des sanctions pénales et administratives en droit du travail », *Hebdo édition sociale*, novembre 2016, n° 675 ; B. RICO, « Actualité du cumul de sanctions pénales et fiscales : des divergences aux convergences » *La lettre juridique, Lexbase*, février 2019, note n° 38 : Selon les propos de M. BOULOC afin d'espérer la fin des solutions de bricolage qui perturbent la lisibilité du droit : « Un jour, ou l'autre, il faudra bien trancher : ou la voie administrative paraît la plus adéquate, et cela devrait exclure la voie pénale, ou bien la voie pénale est la mieux adaptée, et il ne serait plus possible de sanctionner administrativement » B. BOULOC, note sous *Crim.*, 4 juin 1998, pourvoi n° 97-80.620, *Bull. Crim.*, n° 186, *RTD-Com.* 1999, p. 522.

²⁹⁶ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.* ; Voy., *infra*, n°s 266 et s.

Dans une telle atmosphère, la difficulté sera de préserver, conserver la recherche d'efficacité dans le respect des droits et libertés des personnes susceptibles d'être doublement sanctionnées – c'est-à-dire des citoyens, des administrés, des contribuables ...

42. Plan. En venir à bout d'un tel sujet fondé de question soulevées – sans exhaustivité –, nécessite de regrouper ces dernières autour de deux grands axes.

D'une part, il est indispensable de *distinguer* les sanctions. Se tourner vers les raisons, les buts qui confortent le législateur et les autres auteurs de normes, à punir les fautes dans les différentes branches de droit devient alors nécessaire. Il s'agit du *critère finaliste* de distinction des sanctions. En droit purement pénal, c'est une démarche risquée puisque le critère finaliste ne fait pas l'unanimité²⁹⁷. Le critère finaliste n'a-t-il pas pourtant fait ses preuves en droit pénal en déterminant le sens de la peine ? Il sera davantage révélateur dans la présente étude intéressée justement par des notions voisines de la peine. D'ailleurs, ce rapport de voisinage ou de proximité qui justifie la distinction des finalités des sanctions conduit également à s'intéresser à leurs régimes juridiques marqués par l'extension de la mise en œuvre des règles de droit pénal aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Le premier axe de notre travail s'attache ainsi aux finalités et au régime des sanctions, dans un élan de distinction (Partie I).

La distinction des sanctions appelle à leur coordination harmonieuse. *Articuler* les sanctions s'avère nécessaire. C'est bien parce que la seule évocation de chacune des sanctions suscite déjà la crainte, par le caractère punitif²⁹⁸ et la sévérité que présente chaque sanction. M. FOUCAULT ne prône-t-il pas la « douceur »²⁹⁹ comme une économie calculée du pouvoir de punir ou encore la nécessité de punir avec une « sévérité atténuée »³⁰⁰ ?

²⁹⁷ Certains juristes considèrent la finalité des sanctions comme un élément extra juridique qu'on peut malheureusement ne pas percevoir dans la norme qui la prévoit. Selon plusieurs auteurs, la finalité de la sanction ne pourrait ressortir du contenu de l'acte juridique (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction C. EISENMANN, éd. Dalloz, 2^e éd. 1962, p. 151 ; Voy., à ce propos, A. CHOUVET-LEFRANÇOIS, « *Les finalités de la sanction en droit pénal* », *op. cit.*), au point où plusieurs auteurs en droit pénal général l'évitent (En droit pénal, certains auteurs n'abordent aucunement le sujet (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*) ou l'évoquent rapidement (J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 542).

²⁹⁸ Voy., *supra* n° 39. Le caractère punitif qui risque de doubler ou d'être multiplié en cas de cumul de sanctions (Crim., 24 juin 2020, *préc.*). La Cour de cassation a déjà déclaré que la solidarité n'est ni une peine ni une punition au regard du droit interne (Crim., 23 mars 2016, pourvoi n° 14-88.507, *Inédit*) et du droit européen et international (Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 15-86.825, *Inédit*, *RDT com.* 2017, p. 1029, obs. B. BOULOC ; S. DETRAZ, « *Infractions fiscales et douanières* », *RSC*, 2020, n° 3, pp. 663-672).

²⁹⁹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 77 et 103, cité par O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, éd. DALLOZ, 2009, p. 45.

³⁰⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, *op. cit.*, p. 84.

Au-delà de l'excès de sévérité redouté, il y a une certaine incertitude qui plane sur la pluralité de répressions, en raison de l'absence de prévisibilité³⁰¹.

De plus, les sanctions, du fait de leur natures et de leurs objets distincts, conservent une indépendance les uns vis-à-vis des autres. Dans ces conditions, coordonner la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition reviendrait d'une part à réaliser leur articulation et à la renforcer, la nécessité étant évidente. Le second axe permet en ce sens une véritable réflexion sur l'articulation des sanctions (Partie II).

³⁰¹ Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, *Association Emmaüs Forbach*, [Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale] ; *AJDA*, 2013, p. 1368 ; *ibid.*, 2014, p. 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet ; *AJ pénal*, 2013, p. 471, obs. P. Belloir ; CEDH 16 janvier 2013, n° 42931/10, *Camillieri c/ Malte* ; *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; Dans le même sens, A.-V. LE FUR, D. SCHMIDT, « Le traitement du cumul de sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérence et insécurité juridique », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2126.

PREMIÈRE PARTIE : LA DISTINCTION DES SANCTIONS

43. Grâce à la peine privative de liberté, le Conseil constitutionnel a, avant toute chose, symboliquement distingué la sanction pénale des sanctions ayant le caractère d'une punition. L'article 66 de la constitution de 1958 appuie cette distinction par la spécificité dont il dote le juge pénal et conséquemment sa sanction³⁰². Ainsi, au-delà de l'insuffisance du critère formel de différenciation des sanctions³⁰³, les sanctions ayant le caractère d'une punition ne peuvent aucunement constituer une *peine privative de liberté*.

C'est la raison pour laquelle, lorsqu'il fut saisi par une contestation du pouvoir répressif de la Commission des opérations de bourse³⁰⁴, le Conseil constitutionnel, a légitimé ce pouvoir répressif, sous réserve que « la sanction susceptible d'être infligée soit exclusive de toute privation de liberté³⁰⁵. Cette réserve élaborée dans cette décision du 28 juillet 1989, n'est, d'une part, qu'une conséquence du lien entre le droit de punir³⁰⁶ et la nécessité des peines³⁰⁷. Il consiste en la raison pour laquelle, dans sa constance, le Conseil constitutionnel limite le pouvoir de sanction de l'autorité sanctionnatrice extra-pénale « dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission »³⁰⁸. D'autre part, elle n'est qu'une manifestation de la particularité du juge pénal³⁰⁹ qui fait de la peine privative de liberté, une exclusivité de son pouvoir. Dans tous les cas, cette exclusion de la peine privative de liberté du champ répressif extra-pénal symbolise la distinction jurisprudentielle et symbolique de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition.

44. Outre l'analyse à titre symbolique, l'analyse critique de la distinction des sanctions qui s'impose à nous, implique dans un premier temps de nous intéresser aux finalités des sanctions, en prenant appui sur les finalités de la peine. En effet, à la lumière de la redéfinition des finalités

³⁰² Voy., *infra*, n° 118 et s.

³⁰³ Voy., *supra*, n°s 32 et s.

³⁰⁴ Créée par la loi n° 89-531 du 02 Août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, la Commission des opérations de bourse (COB) est devenue l'« Autorité des marchés financiers » (AMF) par la fusion avec d'autres organismes par la loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003. Elle est dotée d'un pouvoir punitif ; E. ALLAIN, « Le rôle punitif de l'Autorité des marchés financiers - Brève présentation », *AJ pénal*, 2011, p. 66.

³⁰⁵ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*, considérant n° 6 ; Voy., *supra*, n° 19 et s..

³⁰⁶ Un droit inséparable de tout contrat social conformément à la démocratie (M. PORRET, « Maintenir mais modérer la mort comme peine au temps des lumières », in F. CHAUVAUD (dir.), *Le droit de punir – du siècle des Lumières à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 27.

³⁰⁷ Voy., *infra*, n° 196 et s.

³⁰⁸ Conseil constitutionnel, 26 juillet 2019, décision n° 2019-798 QPC, *M. Windy B [Compétence de l'agence française de lutte contre le dopage pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'égard des personnes non licenciées]*, considérant n° 6 ; Conseil constitutionnel, 5 juillet 2013, décision n° 2013-331 QPC, *Société Numéricable SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes]*, considérant n° 10 ; *RLC*, 2013, 86, n° 37, note P. Idoux ; A. ROBLOT-TROIZIER, chroniques, *RFDA*, 2013, p. 1255, spéc. 1263.

³⁰⁹ Voy., *infra*, n° 118 et s.

et des fonctions de la peine : le critère finaliste est au service de la détermination des finalités des sanctions ayant le caractère d'une punition. La tâche est loin d'être simple. En effet, en droit pénal seul, les finalités de la peine ont déjà connu des évolutions progressives jusqu'à leur confusion permanente avec leurs fonctions.

Découlant de l'évolution du droit de la peine³¹⁰, l'évolution textuelle³¹¹ des finalités de la sanction en droit pénal, a été marquée par la création de l'article 130-1 du Code pénal. Le mérite revient à la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. A l'issue de cette loi, l'article 130-1 du Code pénal dispose qu' : « afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1- De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2- De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Se distingue alors, de manière globale, et *a priori*, trois finalités de la sanction : protéger la société, prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime. Ces finalités sont à atteindre grâce aux deux fonctions énumérées par le texte : sanctionner l'auteur de l'infraction et favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du condamné.

Une seconde analyse distinctive est nécessaire, sachant que les sanctions ayant le caractère d'une punition bénéficient d'un emprunt de régime de la part du droit pénal. Ne serait-il pas temps alors de voir si réellement les sanctions répressives prononcées par le juge pénal et les autres autorités attributaires d'un pouvoir répressif obéissent réellement « à leur propre régime juridique »³¹²? L'étude de la distinction des sanctions ne suffirait donc pas seulement à

³¹⁰ Voy., *supra*, n° 9 et s.

³¹¹ Premiers apports liés exclusivement aux peines privatives de liberté : Article 1^{er} (abrogé) de la loi n° 87- 432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire – texte conforté par la jurisprudence constitutionnelle (Conseil constitutionnel, 20 janvier 1994, décision n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*) ; Quelques textes plus précis : La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; La loi du 12 décembre 2005 a, par son insertion dans l'article 132-24 du Code pénal, prévu que : « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». C'est nous qui soulignons pour montrer la non-démarcation par le législateur à cette période entre les finalités et les fonctions (P. PONCELA, *Droit de la peine*, éd. PUF, 2^e éd., 2001, pp. 57 et s.). Enfin, la redéfinition des finalités et des fonctions de la sanction par la Loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (tant à l'étape du prononcé [article 132-1 du Code pénal] que de l'exécution [article 707 du Code de procédure pénale] de la sanction).

³¹² T. CHEVALIER, « La coordination des sanctions pénales et administratives en droit du travail », *op. cit.*

distinguer leurs finalités (Titre I), mais il faut nécessairement distinguer aussi leurs régimes (Titre II).

TITRE I. LA DISTINCTION DES FINALITÉS

45. Opérer une distinction entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition à travers leurs finalités demande de clarifier au départ les rapports entre les finalités et les fonctions de la peine. La séparation entre les finalités et les fonctions, n'est pas si pertinente, lorsqu'on sait qu'elles signifient respectivement « *ce vers quoi tendent* » et « *ce à quoi servent* » les sanctions. « Favoriser » l'amendement, l'insertion ou la réinsertion nous ramène plus à ce à quoi tend la peine qu'à ce à quoi elle sert. Le terme « favoriser » ressemble plus à une finalité qu'à une fonction, comme veut le faire croire le législateur. A ce propos, Emmanuel DREYER³¹³ soutient qu'il ne s'agit plus d'une fonction, mais d'une ambition supplémentaire qui aurait pu être affichée en même temps que la défense de la société, la prévention de nouvelles infractions, dans la rédaction de l'article 130-1 du Code pénal. Les objectifs semblent correspondre aux buts et les fonctions aux effets de toute peine³¹⁴. Ce qui signifie qu'il paraîtrait moins compliqué d'employer le thème d'objectif, de but, de finalité que celui de fonction qui n'est pas toujours une certitude. Les objectifs de la peine peuvent-ils être atteints grâce à ses fonctions ? L'incertitude même de cette réponse fait que ces termes tout à fait généraux seront employés l'un à la place de l'autre. Et c'est pourquoi, Mme LEBLOIS-HAPPE, a non seulement illustré respectivement la finalité et la fonction par « le projet » et « la réalisation ». Cependant, elle souligne, à juste titre, la confusion³¹⁵ créée par l'utilisation de ces termes tant par le législateur³¹⁶ que par la doctrine³¹⁷.

Les finalités de la peine sont tantôt ses fonctions, ses rôles, tantôt le contraire. Toutefois, et en dépit de la confusion des finalités et des fonctions de la sanction en droit pénal, le législateur a au moins créé ce lien avec le principe de la nécessité des peines prévu par l'article 8 de la

³¹³ E. DREYER, *Droit pénal général*, op., cit., p. 1054.

³¹⁴ J.-H. Robert, « Punir dehors », *Dr. pén.*, 2014, étude 16, n° 3 ; M. VAN DE KERCHOVE, « Introduction », in *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, éd. Anthémis, 2013, p. 11.

³¹⁵ J. LEBLOIS-HAPPE, « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine – vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2015, n° 143.

³¹⁶ « Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines », *Étude d'impact*, 7 oct. 2013, p. 69.

³¹⁷ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 2020, 6^e éd., p. et s. ; E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., pp. 2-3.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Un texte qui relie définitivement la sanction pénale aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Ainsi, quels sont les objectifs que ces sanctions pourraient avoir en commun ? La justification de la sanction n'interroge-t-elle pas tous les acteurs de la répression et pas seulement le juge pénal, surtout avec l'expansion des sanctions ayant le caractère d'une punition ?

46. Tantôt distincts, tantôt proches, tantôt rangés : les finalités et les fonctions sont incontestablement liées.

La finalité répressive présentée comme la fonction la plus ancienne³¹⁸ de la peine, est d'ailleurs souvent assimilée ou rappelle la fonction de rétribution de la peine³¹⁹. Dans le fond, l'idée de réparation que rappelle encore l'expression selon laquelle le délinquant doit « payer pour son crime »³²⁰. La seconde finalité de la sanction consiste à freiner, voire empêcher l'accomplissement de comportements jugés indésirables³²¹. Elle a tendance à contenir le second point de l'article 130-1 du Code pénal : favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. En effet, dans les objectifs de la peine, la prévention de la récidive est citée au même titre que l'insertion ou la réinsertion³²². Le but de l'insertion ou de la réinsertion étant de prévenir la commission de nouvelles infractions³²³.

Aussi indistinctes et liées soient-elles, les finalités et fonctions de la peine ont pu être rangées par la doctrine de différentes manières. La doctrine emploie souvent le terme « fonction » pour les cinq catégories de finalités et fonctions.

La première technique consiste à déterminer l'objectif de la sanction selon le temps dans lequel on se trouve par rapport à la commission d'une infraction : *avant ou après celle-ci*. Ainsi, en ce qui concerne la première technique de rangement : il est évident que *la prévention* de la peine

³¹⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine ? », *op. cit.* p. 10.

³¹⁹ Cette fonction veut que l'on prenne en considération le mal inhérent à l'infraction commise et qu'on lui fasse correspondre un mal équivalent (la peine), de la même façon que le bien inhérent à une action appelle un bien correspondant (la récompense). J. LEBLOIS-HAPPE, *loc. cit.*

³²⁰ La réparation est sans doute liée, dès ses origines, à la peine. Il est évident, cependant, que cette forme originale de réparation a un sens très particulier. « Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive – Conférence de consensus : Principes d'action et méthodes » (Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, 20 février 2013, p. 3, 10 et s). D'une part, elle ne se distingue pas réellement de l'idée de rétribution, mais se confond très largement avec elle tout comme l'idée d'offense associe étroitement la faute et le dommage qui en résultent. D'autre part, il apparaît, par le fait même, que cette forme de réparation ne se situe pas à un niveau concret, mais seulement à un niveau symbolique, et, à la limite, religieux ou magique.

³²¹ M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005, vol. 127, n° 7, pp. 22-31.

³²² C. SAAS, « Les sanctions pénales : De nouvelles données », *AJ Pénal*, 2013, n° 11, p. 583.

³²³ L'expression est reprise telle quelle dans l'ancien article 132-24 du Code pénal. La peine doit être dissuasive, aussi bien individuellement – elle doit ôter au coupable l'envie de répéter son méfait (c'est la « prévention spéciale ») – que collectivement – elle doit être suffisamment redoutable pour intimider les aspirants à la délinquance et les arrêter dans leur élan (c'est la « prévention générale »).

ne dépend pas de la commission d'une infraction. L'objectif que vise la peine prévue avant la commission de l'infraction est la prévention. Toutefois, une fois que l'infraction a été commise, plusieurs objectifs sont visés. La *punition* fait intervenir la fonction-*rétribution* de la peine. Elle s'analyse comme le prix à payer à la société pour la commission d'une infraction³²⁴. Cette fonction était par le passé, souvent, suivie par la fonction d'*élimination*³²⁵ où l'objet de la peine est d'écarter l'individu dangereux de la société, voire l'éliminer. Mais, de plus en plus, la fonction de punition de la peine est suivie des fonctions d'*amendement*, d'*insertion* et de *réinsertion*, comme mentionnées expressément par l'article 130-1 du Code pénal. L'amendement et la réinsertion du délinquant par la peine pourront justement permettre d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions. Elles visent également à restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, comme mentionné par le même texte. Les fonctions de la peine outrepassent la simple punition et la préparation de l'après-peine est devenue primordiale.

Enfin, peut être évoquée la fonction-*réparation* de la peine qui n'a pas vraiment disparu depuis les temps anciens où la peine et la réparation étaient confondues³²⁶. Alors, une fois l'infraction commise, au moins quatre finalités sont recherchées.

L'autre technique de classification consiste à classer toutes les fonctions et finalités en deux groupes également : les fonctions pures ou premières de la peine que sont la *prévention* et la *répression*. Viennent ensuite les fonctions accessoires ou secondaires que sont l'*élimination*, la *réinsertion*, et la *réparation*.

Par conséquent, de part et d'autre, les finalités définies par la loi comme la restauration de l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime ou encore la prévention de nouvelles infractions sont effectivement qualifiées de « fonctions ». De la loi à la doctrine, il n'y a pas une seule classification, surtout que même dans le fond, certaines finalités de la peine en contiennent d'autres. Cependant, ces différents objectifs de la peine peuvent-ils être nécessairement recherchés, voire atteints avec les sanctions ayant le caractère d'une punition ?

47. Les finalités appelées concurremment par la peine et les sanctions ayant le caractère d'une punition sortent du lot. L'identification des sanctions élaborée plus haut, ainsi que leur

³²⁴ Elle représente la réprobation de la société à l'égard de l'infraction (J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 552).

³²⁵ F. GHELFI, *Le droit de l'exécution des peines : espoirs ou désillusions*, éd. L'Harmattan, 2014, p. 22. Les positivistes comme Lombroso affirmaient que l'individu doit être éliminé (F. GHELFI, *lot. cit.*), afin de ne représenter aucun danger pour la société (E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., p. 3).

³²⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *lot. cit.*, p. 555.

contenu³²⁷ permet d'écarter dès maintenant les objectifs que n'appellent pas nécessairement les sanctions ayant le caractère d'une punition, bien que proches de la peine. Avant la commission de la faute, le droit répressif épouse, *a priori*, la finalité de protection de prévention de la commission de nouvelles infractions. Ensuite, une fois la faute commise, ce qui fait l'unanimité dans le droit répressif c'est la répression de celui qui a été déclaré responsable, à l'issue d'un procès pénal ou non.

Ont moins d'importance, dans notre étude, les finalités de la sanction qui consistent à protéger la société, à restaurer l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime et la fonction qui consiste à favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du condamné.

D'abord, restaurer l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime nous renvoie à plusieurs finalités dont la sanction-réparation alors que les sanctions ayant le caractère d'une punition ont globalement un contenu orienté vers la *punition*. Le Conseil d'Etat, à ce propos, a déjà déclaré que la sanction disciplinaire n'a pas pour finalité de réparer le préjudice de la victime de la faute commise par l'agent public sanctionné³²⁸. Ensuite, favoriser l'insertion, la réinsertion du condamné est généralement atteignable avec la peine privative de liberté, alors que c'est une nature que ne peuvent point avoir les sanctions ayant le caractère d'une punition³²⁹. Enfin, avec une nuance particulière, la protection de la société à l'échelle globale est une finalité atteignable par la peine prononcée à l'issue d'un procès pénal, avec l'application du droit pénal. En effet, le droit pénal par sa fonction de protection de la société³³⁰ transfère directement cette fonction à la peine. Ce n'est pas pour autant que cet objectif n'est pas visé par certaines sanctions ayant le caractère d'une punition à de plus petites échelles.

Au-delà du champ pénal, la sanction tend souvent vers des objectifs variés³³¹ en fonction de la branche du droit. En matière administrative financière, par exemple, la sanction peut servir à compenser le dommage et rétablir le bon fonctionnement du secteur. Néanmoins, de manière évidente, le champ d'étude du critère finaliste se réduit aux finalités que partagent la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition : finalités répressive et préventive. Ainsi, la distinction des finalités doit s'entendre par la répression (Chapitre 1^{er}) et la prévention

³²⁷ A. CHOUVET-LEFRANÇOIS, « *Les finalités de la sanction en droit pénal* », *op. cit.*, p. 11.

³²⁸ CE, 2 juillet 2010, n° 322521, *Consorts Bellanger* ; P. GRAVELEAU, « Responsabilité de la puissance publique », *Gaz. Pal.*, 22 juillet 2010, n° 203, p. 31 ; M.-C. ROUAULT, « La finalité de la sanction disciplinaire n'est pas de réparer le préjudice de la victime », *LPA*, 9 mars 2011, n° 48, p. 6.

³²⁹ Voy., *supra*, n° 43.

³³⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1.

³³¹ D. FOUSSARD, « La sanction et le principe de proportion : Eléments pour une problématique », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 93 et s.

(chapitre 2) qui représentent toutes des justifications de la punition. Des justifications tournées vers l'avenir dans le sens où elles expliquent en quoi l'objet de la justification contribue à l'amélioration de la sanction, ou tout au moins éviter que les choses empirent³³².

³³² Voy., en ce sens, G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, préf. J. LEBLOIS-HAPPE et P. WACHSMANN, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. Thèses, t. 197, 2020

Chapitre 1. La finalité répressive

48. L'objet de ce chapitre est d'analyser cette finalité justificatrice de toute sanction punitive, dans un champ ouvert sur plusieurs branches du droit. Assignée à la punition, elle est nourrie par une conception rétributive, ne trouvant sa valeur que dans la souffrance infligée. Une interrogation essentielle se pose alors : la sanction constitue-t-elle toujours *le moyen* pour atteindre sa propre justification répressive ? Subséquemment, quelle comparaison fait-on entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition, sur la base de leur finalité répressive. On a envie de savoir, par exemple, si les sanctions administratives³³³ prévues à l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier et prononcées par l'Autorité des marchés financiers poursuivent une finalité répressive identique à celle de la sanction pénale ? Cette finalité répressive ne préjuge en rien une distinction sensible ou tranchée. Au contraire, cette analyse semble être dirigée par une variation de la finalité répressive. Surtout que nous avons eu l'occasion de nous apercevoir au cours de notre étude introductive qu'au rang des sanctions ayant le caractère d'une punition, une distinction entre la sanction administrative, la sanction disciplinaire et la sanction civile punitive est nécessaire.

Seront alors distinguées les sanctions en tenant compte de la tendance à la divergence relative entre la sanction pénale et la sanction administrative (Section 1) alors même que les autres sanctions – disciplinaires, fiscales et civiles – partagent une certaine convergence avec la sanction pénale (Section 2).

Section 1 : Une divergence relative entre la sanction pénale et les sanctions administratives

49. La confrontation de la sanction pénale aux sanctions administratives par leurs finalités répressives est, en amont, soutenue par plusieurs dispositions³³⁴. Au prime abord, les deux

³³³ Conseil constitutionnel, 30 septembre 2016, décision n° 2016-571 QPC, *Société Layher SAS [Exonération de la contribution de 3 % sur les montants distribués en faveur des sociétés d'un groupe fiscalement intégré]*.

³³⁴ *Dispositif complet de sanctions pénales inséré dans un code autre que le code pénal* (Code monétaire et financier ; Code de l'urbanisme). *Dispositif comprenant des sanctions administratives et des sanctions pénales* : en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement (Code de l'environnement « contrôle et sanctions administratifs » et « Dispositions pénales ») ; en matière fiscale (Code général des impôts). *Dispositif contenant des sanctions infligées par des autorités administratives indépendantes* : en matière de communication audiovisuelle (la loi n° 86-067 du 30 septembre 1986 prévoit des sanctions administratives [articles 42-1 à 42-15, 48-1 à 48-10] et des sanctions pénales [articles 74 à 79-6]) ; sanctions administratives infligées en cas d'inexécution d'une mesure prise ou d'une injonction prononcée par l'autorité de régulation : exemple en matière de droit de la

sanctions semblent partager des points communs (§ 1) grâce à la nature répressive et l'intensité des pouvoirs répressifs dont elles découlent, mais la finalité répressive de la sanction administrative est particulière à plusieurs égards (§ 2).

§ 1 : Des points communs

50. Une évolution du lien entre les matières administratives et pénales : la qualification de la nature répressive des sanctions administratives. Autrefois, il était quasiment indéfendable de penser que le droit administratif pouvait se tourner vers la répression. Selon le fonctionnement de l'Etat de droit à cette période, était logique seulement son rôle préventif d'une situation qui allait à l'encontre de l'intérêt général. C'est ce que défendait le doyen HAURIOU³³⁵. La nature généralement préventive des actes de police administrative était dotée d'un fondement constitutionnel³³⁶. Par conséquent le domaine administratif serait absolument à l'époque, distinct du pénal et il n'y aurait pas de lien entre eux. Avec le temps, l'avènement et l'évolution des sanctions administratives³³⁷ a soulevé une nouvelle problématique relative à leurs buts. De ce fait, dans son rapport de 1995 consacré aux pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, le Conseil d'Etat a fait une déclaration utile à la détermination de leurs finalités. Il déclara que « les sanctions sont d'une nature essentiellement répressive. Cette nature découle d'une intention de punir un manquement à une obligation. Elles se fondent sur un comportement personnel considéré comme fautif. Au contraire, les mesures de police ont une finalité essentiellement préventive »³³⁸. A l'opposé donc des mesures de police qui jouent un rôle d'avertissement, les sanctions qu'inflige l'administration ont une finalité répressive.

51. Une intensité similaire des pouvoirs répressifs. « Hier, le juge administratif était, sauf exception, incompétent pour condamner les administrés à payer des dommages-intérêts à l'administration. Aujourd'hui l'administrateur non-juge peut leur infliger des amendes »³³⁹. Cette affirmation traduit la ressemblance des pouvoirs répressifs des autorités administratives et du juge pénal.

concurrence (Code de commerce). *Dispositif original* : en matière de circulation routière, le dispositif de permis à points et de retrait de points (Code de la route).

³³⁵ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de Conseil constitutionnel*, Bibliothèque de France, Recueil Sirey, 1930, p. 8 : « Les organisations des services publics [...] sont, par un certain côté, des moyens de police » ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1916, 2^e éd., p. 128.

³³⁶ CE, 30 septembre 1960, Arrêt *Jauffret*.

³³⁷ Voy., *supra*, n^{os} 18, 19.

³³⁸ Conseil d'Etat, *Pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions (les)*, Documentation française, 1995 (Cf. Conseil d'Etat, *Le Conseil d'Etat et la juridiction administrative, Le juge administratif et les sanctions administratives*, 9 janvier 2017).

³³⁹ E. ROSENFELD, J. VEIL. « Sanctions administratives, sanctions pénales », *op. cit.* pp. 61-73.

Le renforcement des pouvoirs répressifs des autorités administratives s'est manifesté notamment par l'extension de la sanction administrative à de simples citoyens ; des individus n'ayant aucun lien de droit particulier avec l'administration³⁴⁰. C'est l'exemple des sanctions administratives prononcées par l'autorité de la concurrence contre les entreprises³⁴¹.

De cette manière, tout comme la sanction pénale, la sanction administrative n'est que le déploiement de ces pouvoirs répressifs afin de réprimer un comportement. En effet, la sanction pénale et la sanction administrative donnent à l'autorité publique compétente le pouvoir de priver l'auteur de l'infraction d'un droit, de mettre à sa charge une obligation, notamment financière. Ainsi, une sanction prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, doit avoir un but qui dépasse une simple mise en garde adressée aux administrés de ne plus enfreindre les lois et règlements. En dehors de certains cas³⁴², l'objectif de ce type de sanction, née d'un pouvoir répressif similaire à celui du juge pénal, doit normalement être tourné vers une finalité répressive.

52. Des objectifs intrinsèques à la sanction administrative et à la sanction pénale. La licéité ou la légalité des procédés de puissance publique est subordonnée à l'existence d'un but d'intérêt général. « L'objet de la fonction administrative est le règlement des affaires d'intérêt général et d'utilité publique »³⁴³. Autrement, il procéderait de l'illégalité de l'action administrative.

Cet objectif de poursuite de l'intérêt général n'est pas réservé seulement au droit administratif. Le droit pénal poursuit le même but. Toute manifestation pénale va dans ce sens. Rappelons qu'autrefois, il était question d'intérêts privés et même de vengeance privée³⁴⁴. De nos jours, c'est l'intérêt général qui prime. La finalité commune assignée à la répression administrative et à la répression pénale est liée à la protection de l'intérêt général et au maintien de la discipline sociale.

³⁴⁰ Voy., *supra*, n° 26.

³⁴¹ Conseil constitutionnel, 25 mars 2022, *préc.* ; Voy., *infra*, n° 86.

³⁴² La sanction administrative ayant une nature contractuelle, par exemple, dégage un but de réparation de préjudice à l'égard du cocontractant.

³⁴³ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 3 et s.

³⁴⁴ Voy., *supra*, n° 39. En effet, à un moment donné, on s'est rendu compte que la défense des intérêts à titre individuel ou communautaire entraînait des délits privés (*delicta*). Ces délits privés portaient atteinte tant à la victime qu'à l'ordre public. Le domaine du vol (délit privé en droit romain) fournit les meilleurs exemples de l'extension de l'intérêt public aux délits privés. Tout d'abord, sont devenus des délits publics les vols dans les temples ou visant les biens appartenant à l'Etat. Cette solution a été ensuite retenue par les vols de bétail, les vols dans les thermes ou le pillage d'épave dont l'intérêt « public » de la punition n'est guère évident. J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, éd. PUF 1990, p. 29.

53. Emergence d'un droit pénal administratif : finalité répressive ouverte à plusieurs branches de droit. Alors qu'elle ne s'était jamais prononcée de manière expresse sur leur nature juridique, la Cour de justice de l'Union européenne anciennement Cour de justice des Communautés européennes, va particulièrement s'intéresser à la finalité répressive des sanctions administratives dans le domaine de l'importation de marchandises ou plus précisément dans le domaine des sanctions administratives douanières.

Ainsi, dès les années 1970, la Cour a retenu que la finalité de l'amende dans ce domaine est à la fois la répression des actes illicites et la prévention de leur répétition³⁴⁵. Cette reconnaissance constante³⁴⁶ ne l'a, certes, point empêché de nuancer sa position ni de créer de confusion entre la justification et le but des amendes qui sanctionnent les « contraventions »³⁴⁷.

La nuance est importante car la finalité répressive n'est pas systématique à toutes les sanctions administratives, bien qu'elles partagent nécessairement des objectifs communs avec la sanction pénale.

Toutefois, l'élargissement du champ de la matière pénale et l'émergence d'un véritable droit pénal administratif dotent la sanction administrative d'une finalité répressive. L'objet de ce droit émergent est « de sanctionner » la méconnaissance de réglementations publiques³⁴⁸. Les sanctions administratives en droit de l'environnement³⁴⁹, de la santé, de l'urbanisme³⁵⁰ en témoignent avec leur finalité particulièrement répressive.

54. Opposition relative entre les sanctions. Finalement, la subsistance voire l'entretien de l'idée de divergence entre la sanction pénale et les sanctions administratives est fragilisée. Certes, toutes les sanctions administratives ne sont pas justifiées de la même manière que la sanction pénale. De plus, la finalité répressive n'est assignée qu'à certaines d'entre elles. Il est toutefois inconcevable de continuer à nier l'extension des pouvoirs répressifs de l'administration, l'extension des sanctions administratives, l'importance de la finalité répressive allouée à certaines branches du droit. Dans ce cas, l'opposition entre ces sanctions n'est plus absolue. Malgré l'atténuation de la divergence entre la sanction pénale et la sanction administrative, des particularités subsistent.

³⁴⁵ CJCE, 15 juillet 1970, n° 44/69, *Bucher & Co c/ Commission*, Rec. 1970, p. 733.

³⁴⁶ CJCE, 7 juin 1983, n° 100/80 et 103/80, *Pioneer & autres c/ Commission*, Rec. 1983, p. 1825.

³⁴⁷ CJCE, 11 juin 1968, n° 29/67, *Wendel & Cie c/ Commission*, Rec. 1968, p. 387.

³⁴⁸ Y. LE FOLL, « La sanction pénale et la sanction administrative : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », *Hebdo édition publique*, janvier 2014.

³⁴⁹ Conseil constitutionnel, 3 décembre 2021, *préc.*

³⁵⁰ Conseil constitutionnel, 24 novembre 2017, *préc.*

§ 2 : Les particularités de la finalité répressive des sanctions administratives

55. S'intéresser par une approche substantielle, au caractère rétributif de chacune de ces sanctions, revient à considérer différemment la finalité répressive des sanctions administratives. Nous allons ainsi étudier la particularité de cette finalité répressive liée à la rétribution (A) avant de nous intéresser à la particularité de la finalité des sanctions administratives pécuniaires (B).

A. LA PARTICULARITÉ DE LA RÉTRIBUTION OPÉRÉE PAR LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

56. **Contestation de la rétribution en matière de sanction administrative.** Compte tenu de l'aspect substantiel de la sanction pénale, le but premier de cette répression est le châtement³⁵¹. Ce qui lui attribue une finalité purement punitive. A l'inverse, la finalité répressive des sanctions administratives est contestée même si on lui reconnaît sa nature sanctionnatrice. Tout simplement parce que l'administration n'est pas autorisée à infliger de véritables peines aux administrés. Son rôle serait plutôt concentré sur « l'exécution forcée d'une réglementation ou à la régulation des litiges sociaux »³⁵². Un point essentiel dans la distinction entre la sanction pénale et les sanctions administratives en est déduit.

Sur cette question, la doctrine n'est pas restée silencieuse. Deux thèses s'affrontent. Selon la thèse qui renie le caractère punitif de l'acte administratif, la finalité ne se limiterait qu'au maintien du bon fonctionnement des services publics et à la poursuite d'intérêt général. Ainsi, même si l'action administrative venait à prendre la forme d'une sanction, elle ne chercherait pas à obliger les administrés à se conformer à leurs obligations légales³⁵³. Il en résulte une opposition à la notion de contrainte véhiculée par la sanction pénale, tout simplement parce que la contrainte administrative ne poursuit pas de finalité rétributive comme la sanction pénale. Cette thèse est cependant critiquable et a d'ailleurs été critiquée.

57. **Une priorité à la préservation de l'intérêt général non exclusive de la finalité punitive.** Le maintien de l'intérêt général est, incontestablement, une priorité en matière administrative car l'intervention de l'appareil étatique est indiscutable en cas de violation de l'intérêt général. Le pouvoir répressif de l'autorité administrative demeure une prérogative de puissance publique. Et même si ce n'est pas une compétence exclusivement reconnue à

³⁵¹ Voy., *supra*, n° 10 et s.

³⁵² G. DELLIS, *Droit pénal et Droit administratif*, op. cit., p. 41.

³⁵³ Cette interprétation est proposée par le Conseil d'Etat Hellénique. Les sanctions administratives sont considérées comme des moyens qui assurent le respect de la réglementation administrative sans viser essentiellement la punition du transgresseur des normes administratives (Conseil d'Etat Hellénique, 433/1936, 406/1944, 1561/1963).

l'administration, puisque le juge pénal³⁵⁴ joue également un rôle important, certains adoptent des positions plus tranchées. Selon eux, « l'administration est la seule personne pour laquelle la poursuite d'un but d'intérêt général est, non pas une faculté mais bel et bien une obligation »³⁵⁵. En effet, la sanction administrative n'aurait pas d'autres finalités que celle de veiller à la mission de l'institution pour laquelle elle constitue « le bras armé »³⁵⁶.

Ce n'est pas une raison pour dépouiller la sanction administrative de toute finalité répressive. Il existe en matière administrative, une répression, même si elle n'est pas absolument une rétribution dans le sens où la sanction administrative ne représente pas exactement la réprobation de la société à l'égard de l'infraction³⁵⁷. Elle n'est pas, comme la peine, le prix à payer à la société pour la commission d'une infraction³⁵⁸. Le caractère afflictif de la peine évoquant son aspect douloureux ou la conception de rétribution et trouvant sa valeur dans la souffrance infligée, n'est pas nécessairement ou rigoureusement retrouvé dans la mise en œuvre de la sanction administrative.

Toutefois, la finalité punitive de la sanction administrative ne peut pas être rejetée. Le critère de la finalité punitive met à part une partie seulement du droit pénal et la distingue tant de l'autre partie du domaine pénal que du droit administratif³⁵⁹. Rejeter toute finalité punitive³⁶⁰ à la répression administrative n'est pas tout à fait juste, car une bonne partie de la contrainte administrative est dominée par des préoccupations punitives. Ce sont des sanctions administratives issues d'une dépénalisation³⁶¹. D'où certains auteurs diront que la logique de rétribution est sans doute transposée du droit pénal³⁶².

³⁵⁴ C. GINESTET, « Panorama (Etudes et commentaires) », *Recueil Dalloz*, 1^{er} décembre 2016, n° 41, pp. 2428-2429 : Les articles L. 465-2 et L. 621-15 du Code monétaire et financier répriment les mêmes faits de sanctions pénales et de administratives. Les raisons avancées par le Conseil constitutionnel dans une décision du 30 septembre 2016 : ces articles visent « une seule et même finalité » : la protection du bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers.

³⁵⁵ D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1975, pp. 32 et s.

³⁵⁶ Y. LE FOLL, « La sanction pénale et la sanction administrative : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », *op. cit.*

³⁵⁷ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 552.

³⁵⁸ Elle représente la réprobation de la société à l'égard de l'infraction (J. PRADEL, *lot. cit.*).

³⁵⁹ G. DELLIS, *Droit pénal et Droit administratif*, *op. cit.*, p. 46.

³⁶⁰ D. CHAGNOLLAUD, « La sanction (administrative) et le juge constitutionnel : Montesquieu malgré tout », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 26 ; J. BETAILLE, « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *RSC*, avril-juin 2019, n° 2, pp. 289-296.

³⁶¹ G. DELLIS, *lot. cit.* p. 47.

³⁶² Cette conséquence de la dépénalisation est signalée (M. JUGLART, « Les sanctions administratives dans la législation récente », *op. cit.*). Dans l'état actuel du droit, on peut mentionner les mesures prévues par la Loi du 19 juillet 1986 relative aux installations classées, ou par la Loi du 29 décembre 1979 sur l'affichage publicitaire ; il n'est plus question d'une simple méthode d'exécution forcée.

A présent, vu la diversité des sanctions administratives³⁶³, il est nécessaire de prêter attention à une dernière particularité de leur finalité répressive.

B. LA SPÉCIFICITÉ DE LA FINALITÉ DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES

58. Sanctions pécuniaires principalement dissuasives. En termes de distinction de la sanction pénale et de la sanction administrative, la particularité de la finalité répressive des sanctions administratives apparaît surtout dans le rang des sanctions pécuniaires.

En réalité, les sanctions pécuniaires sont des punitions prononcées à l'encontre des acteurs économiques placés sous le contrôle d'autorités administratives ou publiques indépendantes investies d'un tel pouvoir. Elles concernent pratiquement toutes les entreprises. En effet, au cours de leurs exercices, elles courent en réalité plusieurs risques. Et à la différence d'autres risques liés aux pouvoirs attribués aux autorités de régulation³⁶⁴, il s'agit également d'un risque de répression, pouvant notamment se caractériser par une sanction pécuniaire, susceptible qui plus est, de se cumuler avec une sanction pénale. Le risque quasi-pénal se situe ainsi à l'intersection du risque répressif et du risque réglementaire.

Contrairement aux autres sanctions ayant le caractère d'une punition, le rôle que jouent ces sanctions pécuniaires est la dissuasion³⁶⁵ et non la répression.

59. Une particularité nourrie par les différentes formes des sanctions pécuniaires. La sanction administrative pécuniaire peut prendre plusieurs formes. Le plus souvent, elle est sous forme d'amende qui vise à la fois à punir et à dissuader. En réalité, l'un des moyens de lutte contre les manquements des entreprises et les ententes anticoncurrentielles passe bien entendu par leurs sanctions³⁶⁶. Certes, le but premier dans ce domaine est la protection de l'ordre public économique mais ce à quoi on aboutit souvent c'est surtout la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles.

60. Doute sur l'existence d'un rôle punitif des sanctions pécuniaires. Dans la pratique, la sanction pécuniaire infligée à la personne physique par le juge pénal ne semble pas être punitive, car *in fine*, c'est l'entreprise employant cette dernière qui règlera ses dettes personnelles. Dans ce cas de figure, l'aspect punitif est presque effacé car l'individu ne subit aucune souffrance. Ce qui éloigne davantage ces sanctions pécuniaires de la sanction pénale.

³⁶³ Voy., *supra*, n°s 23-24.

³⁶⁴ Le risque de refus d'un agrément ou d'une opération.

³⁶⁵ Voy., *infra*, n° 91 et s.

³⁶⁶ M. DESCHAMPS, F. MARTY, « Détection et sanction des ententes anticoncurrentielles : L'éclairage de l'analyse économique du droit », *Revue Economique et Sociale*, 2006, n° 4, pp. 71-82.

La sanction pénale, quant à elle, est la « *souffrance que l'on fait éprouver à l'auteur d'une infraction illimitée* »³⁶⁷. Ce n'est donc pas le cas de la sanction pécuniaire si c'est l'entreprise qui paie à la place de l'employé fautif.

De même, la sanction pécuniaire ou amende repose implicitement sur l'idée selon laquelle il suffit de s'acquitter de la taxe pour que le comportement incriminé soit « blanchi ». On serait face à une inexistence de l'effet dissuasif, encore moins de l'effet répressif qui diffère de la finalité répressive attendue en général des sanctions ayant le caractère d'une punition.

En conclusion de cette section, il est certain la sanction administrative et la sanction pénale répriment des manquements et partagent en commun des objectifs au point que certains auteurs, plus expressifs, affirment qu'il n'y a pas de frontière entre la répression pénale et la répression administrative. Répression administrative et répression pénale appartiennent toutes deux à la matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁶⁸. Cependant, à l'égard des particularités de la finalité des sanctions administratives en fonction des nuances apportées par domaine, de la particularité de leur rétribution et des sanctions pécuniaires, ces sanctions ne sont pas si proches en termes de finalité répressive. Peut-être aurions-nous été plus fixés si, par l'occasion créée par la décision historique du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel avait prêté attention à l'identité des finalités poursuivies des sanctions pénales et administratives boursières avant de déclarer l'identité de leur nature³⁶⁹. Qu'en est-il de la distinction entre la sanction pénale et chacune des autres sanctions ayant le caractère d'une punition ?

Section 2 : Une convergence de la sanction pénale et des autres sanctions

61. Après l'étude du cas de la sanction pénale et de la sanction disciplinaire (§ 1) dont les objectifs sont empruntés par leurs propres droits respectifs, un objectif précis motive notre étude. Celui de démontrer la convergence entre la sanction pénale et respectivement la sanction fiscale et la sanction civile punitive, par leur finalité particulièrement répressive (§ 2).

³⁶⁷ J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 471.

³⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, éd. Dalloz, 1986, p. 27.

³⁶⁹ Voy., H. MATSOPOULOU, « La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et délit d'initié », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 380, note Conseil Constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

§ 1 : Sanction pénale et sanction disciplinaire

62. Le droit pénal et le droit disciplinaire sont deux droits qui se ressemblent, en dépit de quelques différences. En effet, entendu strictement, le droit pénal gouverne « l'ensemble des règles ayant pour objet de déterminer les actes antisociaux, de désigner les personnes pouvant être déclarées responsables et de fixer les peines qui leur sont applicables »³⁷⁰. Alors que le droit disciplinaire, s'il remplit approximativement les mêmes fonctions, intervient cependant dans un espace limité à un groupe déterminé, il justifie l'utilisation de la notion d'institution³⁷¹ ou de groupement. Ces deux droits sont dotés de règles qui concourent à une répression en cas de violation de l'ordre social ou de l'ordre institutionnel, avec comme objectif commun de rétablir l'ordre. Toutefois, cela se traduit avec des champs d'application à tailles différentes – champ d'application d'ordre social pour l'un et champ d'application plus petit et restreint au groupe pour l'autre.

A travers le rôle et le but de chacun de ces deux droits, ils se rapprochent autant qu'ils ne s'éloignent. Ce qui nécessite d'étudier les liens (A) entre le droit pénal et le droit disciplinaire. La justification répressive de leurs sanctions respectives ne vient-elle pas de là (B) ?

A. LES LIENS ENTRE LE DROIT PÉNAL ET LE DROIT DISCIPLINAIRE

63. Dès la fin du XIX^e siècle, la doctrine a réellement commencé à débattre sur la question du rapprochement du droit pénal et du droit disciplinaire. Cette théorie rencontre des affrontements d'idées. Dès lors, quels liens peut-on faire entre ces différents rapports et la justification de leurs sanctions sur un plan répressif ?

D'une part, est mise en avant la thèse de l'antinomie où les auteurs classiques prônent une séparation des deux disciplines (1). Cela ne porte toutefois pas atteinte à la valeur de la thèse de l'analogie où les auteurs estiment que le droit pénal et le droit disciplinaire doivent être assimilés (2).

1. La théorie d'incompatibilité du droit pénal et du droit disciplinaire

64. Des objets différents. Dans la thèse de l'antinomie³⁷², G. JEZE considère que le droit disciplinaire est distinct du droit pénal et qu'ils ne peuvent être rapprochés. Selon lui, « la

³⁷⁰ P. KOLB, L. LETURMY, *Cours de droit pénal*, éd. Lextenso, 17^e éd., 2022.

³⁷¹ Voy., *supra*, n° 24.

³⁷² G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, les statuts des agents publics*, Tome 1, Réimpression de l'édition de 1926, éd. Dalloz, 2003, p. 87 et s. ; H. NEZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse, Paris, 1903.

répression disciplinaire vise l'aménagement du service public. La répression pénale a essentiellement pour objet la punition personnelle de l'agent public délinquant au nom de l'idée de justice ; l'idée d'exemplarité est secondaire ; la répression pénale des agents publics n'a pas pour but l'amélioration du service public ». Ces droits ne peuvent donc pas être assimilés l'un à l'autre, selon cette théorie.

65. Le caractère spécial du droit disciplinaire. Selon cette même thèse, le droit disciplinaire serait indépendant du droit pénal parce qu'il possède un caractère spécial. La particularité la plus évidente du droit disciplinaire relève de la différence de fond basée sur le fait que le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas respecté en matière disciplinaire. En réalité, l'autorité disciplinaire n'est pas vraiment tenue par des incriminations légales ou règlementaires³⁷³. Elle fait plutôt preuve d'un large pouvoir d'appréciation. Contrairement au juge pénal, l'autorité disciplinaire posséderait également une plus grande liberté dans le choix de la sanction qui sera prononcée. C'est peut-être par cette liberté qu'un avocat s'est vu interdire l'accès à son cabinet et donc à ses dossiers, voire à ses clients avec une impossibilité d'exercer alors même que dans le cas d'espèce la loi ne permettait pas de prononcer cette interdiction et encore moins à un juge d'instruction de le faire. Il en résulte une violation du principe de la légalité criminelle dans le prononcé de cette sanction disciplinaire qu'a d'ailleurs relevé, à juste titre, la chambre d'accusation devant laquelle la décision a été contestée³⁷⁴. Parler d'office d'une incompatibilité du droit pénal et du droit disciplinaire – basée sur ce principe de droit pénal – est beaucoup plus risqué avec l'évolution et l'extension du droit répressif. La liberté d'appréciation de l'autorité disciplinaire est non seulement encadrée³⁷⁵ mais a également tendance à disparaître progressivement³⁷⁶. C'est au regard de cette faible particularité du droit disciplinaire vis-à-vis du droit pénal que certains affirment que la distinction du droit pénal et du droit disciplinaire est parfois tenue³⁷⁷.

³⁷³ R. CRÔNE, « La responsabilité disciplinaire notariale », *Droit et patrimoine*, n° 287, 1^{er} janvier 2019.

³⁷⁴ CA Montpellier, ch. instr., 25 nov. 2014, n° 1140/2014, *M^e S. c/ M.P*

³⁷⁵ La liberté de choix de la sanction disciplinaire est limitée par l'obligation de respecter le règlement intérieur de la société ou du groupe en question (Article L 1321-1 du code du Travail ; Soc., 23 mars 2017, pourvoi n° 15-23.090, *Publié au bulletin*, § n° 542, « Une sanction disciplinaire autre que le licenciement ne peut être prononcée contre un salarié par un employeur employant habituellement au moins vingt salariés que si elle est prévue par le règlement intérieur prescrit par l'article L 1311-2 du Code du travail »).

³⁷⁶ Certains codes déontologiques prévoient ou couvrent la presque totalité des comportements répréhensibles. Par conséquent, l'autorité disciplinaire, s'il n'est pas tenu au principe de la légalité des délits des peines, est quand même obligé de respecter le règlement ou le code déontologique en la matière pour le prononcé de la sanction. C'est bien le cas, avec l'étoffement du Code de déontologie médicale.

³⁷⁷ B. BELVAL, « Droit pénal, droit disciplinaire », *Gaz. Pal.*, 11 juillet 2015, n° 192, p. 17.

66. Distinction des organes prononçant la sanction dans chaque droit. La différence entre les organes tient à ce que la décision disciplinaire n'émane pas d'une véritable juridiction. De même, la procédure mise en œuvre est loin d'avoir tous les caractères d'une véritable procédure contentieuse³⁷⁸. Cet argument est celui utilisé par les défenseurs de la thèse de l'incompatibilité. Il rejoint le critère formel ou organique de distinction des sanctions relevé plus haut³⁷⁹. Cependant, il semble encore moins arrêter les partisans de la thèse de l'analogie.

2. La théorie de l'analogie du droit pénal et du droit disciplinaire

67. Une frontière fragilisée par le rôle de coercition. « La répression disciplinaire est une répression pénale au point de vue de son fondement en ce sens qu'elle s'explique par une même conception de l'État »³⁸⁰, M. DUGUIT, sans faire l'unanimité. Pour lui, une assimilation du droit disciplinaire et du droit pénal est réellement manifestée par leur répression. Mais, c'est le caractère absolu qu'il accorde à cette assimilation que n'acceptent pas certains même si ces derniers reconnaissent le rapprochement des deux droits. La définition de Hauriou serait alors plus acceptable. De fait, selon ce dernier, « le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout, principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose »³⁸¹. Le pouvoir répressif disciplinaire même s'il est axé sur l'institution joue alors le même rôle de coercition qu'en droit pénal. Subsiste l'exemple typique du droit de correction accordé à un professeur dans sa classe. Il ne sera fait appel au droit pénal que s'il y a un cas de coups et blessures³⁸². Etant donné que le groupe ou l'institution se dote de moyens coercitifs adéquats adaptés à sa mission et également autorisés par des règles constitutionnelles, cette condition le rapproche du droit pénal par son pouvoir disciplinaire qui est exercé dans le respect de certaines règles et principes. La loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association illustre bien ce schéma. Il s'agit d'une convention entre ses membres qui adoptent des statuts dans lesquels ils prévoient les conditions d'admission et de radiation de ses membres. Le pouvoir disciplinaire est librement consenti et borné par les statuts de la convention. Ce qui signifie en réalité que les groupes ou les

³⁷⁸ Soc., 23 mars 2017, *préc.*

³⁷⁹ Voy., *supra*, n^{os} 22, 32-34.

³⁸⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd. 1921-1925, t. 3, p. 72.

³⁸¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit., p. 128.

³⁸² Crim. 31 janvier 1995, pourvoi n^o 93-85.711, *Bull. crim.* n^o 38 ; note Y. MAYAUD : « Le pouvoir disciplinaire ne peut être invoqué par les enseignants que s'il s'exerce de manière offensive. », *RSC*, 1995, p. 814.

institutions mènent leur vie dans le respect des principes émanant de l'Etat. Cependant, l'idée de punition, de coercition demeure la même pour amener de l'ordre, soit au sein du groupe soit au sein de l'Etat.

68. Le droit disciplinaire : droit pénal des institutions. Le droit disciplinaire ne serait au fond que le droit pénal particulier des institutions, alors que le droit pénal concerne la société entière ou l'Etat de façon globale. C'est-à-dire que ce droit est assimilé au droit pénal mais à une échelle plus restreinte. Cette échelle est assimilée à l'institution. Dans ce sens, M. MOURGEON, le défenseur de la thèse de l'analogie, relève que « la répression pénale n'est que la répression disciplinaire propre à l'État »³⁸³. Alors peut-on parler d'une assimilation des deux droits ?

69. But commun : maintien de l'ordre grâce à leurs sanctions. Des analyses relatives à la nature de ces deux droits et à leur but, il en est ressorti que le but de ces deux droits était défini par leurs sanctions. En réalité, les sanctions découlant de ces droits ramènent à la finalité suivante : la réprobation, l'intimidation.

En leur temps, MM. BRETHER de la GRESSAYE et LEGAL ont, cependant, su regrouper les deux répressions en tenant pour acquis qu'il existe toutefois une différence³⁸⁴ de domaines d'application entre ces deux répressions. Ceci ne veut pas dire que le droit pénal s'arrête dans l'absolu aux frontières des groupements disciplinaires ; il pénètre leur domaine.

En effet, la nature répressive du droit disciplinaire résulte de la nécessité de maintenir l'ordre au sein d'une collectivité. M. WALINE écrivait à juste titre que « le droit disciplinaire est de la même famille que le droit pénal, en ce sens que l'un et l'autre ont pour fonction de faire respecter les normes d'un groupe social par des procédés de répression et d'intimidation tout à la fois »³⁸⁵. La finalité commune de ces deux disciplines, comme le relève leur nature, est de maintenir l'ordre grâce à leurs sanctions.

Finalement, si l'assimilation complète n'est pas la qualification adéquate du lien entre le droit pénal et le droit disciplinaire, il est certain qu'ils se rapprochent. La ressemblance de leurs buts atteste davantage de ce rapprochement.

³⁸³ G. JEZE, *op. cit.*

³⁸⁴ Pour être précis, le droit pénal est chargé de maintenir l'ordre général au sein de la société civile alors que le droit disciplinaire est chargé de maintenir l'ordre particulier au sein d'une société plus restreinte.

³⁸⁵ CE, 25 juin 1958, note M. WALINE, *RDP*, 1958, p. 118.

70. Deux droits efficaces. En termes d'efficacité, les deux droits ne s'éloignent pas vraiment. Même si le droit disciplinaire repose sur le consentement de l'individu ayant adhéré au groupe ou étant membre de l'institution, il n'est pas systématiquement moins efficace. Le Bureau de vérification de la publicité³⁸⁶, par exemple, joue un rôle efficace et utile contre les dérives publicitaires. Et puisque l'adhésion, le consentement n'est pas obligatoire, ce bureau peut se constituer partie civile et marginaliser celui qui ne respecte pas ses recommandations. Il peut, non seulement faire un rappel à l'ordre au publicitaire fautif, mais il peut aussi procéder à une mise en demeure. En cas de non-respect de ces avertissements, il recommandera aux organismes supports telle que la presse écrite et audiovisuelle, de cesser la diffusion³⁸⁷. Ce pouvoir sanctionnateur, accordé par le droit disciplinaire est bel et bien reconnu à cause de la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise ou de la liberté d'association. Et ce pouvoir répressif permet à l'institution ou au groupe³⁸⁸ de prendre diverses mesures jusqu'à la plus grave : l'exclusion.

Par conséquent, il serait injustifié de douter de l'efficacité du droit disciplinaire. Cette discipline possède tout comme le droit pénal, les moyens pour ramener l'ordre et sanctionner les violations, à la différence du champ d'application qui est plus restreint. Ce qui nous convainc davantage sur la compatibilité, le rapprochement du droit pénal et du droit disciplinaire.

En fin de compte, le droit pénal des institutions fonctionne par coercition comme le droit pénal, bien que leurs domaines d'intervention diffèrent. Et c'est ce à quoi ils aspirent tous qui les définit et les rend tous deux efficaces : leur but commun de maintenir l'ordre par la sanction. Cette réalité justifie donc leurs sanctions. Si les objectifs, les buts et les finalités permettent de tracer les frontières entre les droits, la proximité des finalités répressives explique la fragilisation de leur frontière.

B. DES SANCTIONS A FINALITÉ RÉPRESSIVE RAPPROCHÉE

71. Pénalisation des mesures disciplinaires. Autant le juge pénal peut être amené à prendre des sanctions qui ressemblent fortement à des sanctions disciplinaires ou administratives³⁸⁹, autant on assiste à une « pénalisation » des sanctions disciplinaires. M.

³⁸⁶ C'est un organisme à but non lucratif créé en 1953 et qui compte aujourd'hui plus de mille deux cents adhérents.

³⁸⁷ H. ISAR, « Déontologies de l'entreprise audiovisuelle », in J.-L. BERGEL (dir.), *Droit et Déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, pp. 193, 213-215.

³⁸⁸ Il peut s'agir, entre autres, de marchés d'intérêt national, de résidence universitaire ou de cantine municipale.

³⁸⁹ Le juge disciplinaire peut prendre des mesures assimilables aux sanctions pénales telles que les privations de liberté en milieu pénitentiaire prononcées par la commission disciplinaire pénitentiaire. Voy., T. KOUKEZIAN, « Le rapprochement des sanctions pénales et disciplinaires au regard de leur nature répressive », *Legavox*, 21 janvier 2017.

SUDRE³⁹⁰ évoque le rattachement de ces sanctions à la matière pénale depuis l'arrêt *Engel*³⁹¹ de la Cour européenne des droits de l'homme basé sur les critères de la nature des infractions et de la gravité des sanctions encourues. En matière d'exécution du contrat de travail par exemple, lorsqu'un salarié commet un manquement d'une certaine gravité, l'employeur lui applique parfois une mesure disciplinaire à coloration pénale. Cette mesure se traduit par une baisse de salaire et donc par une pénalisation pécuniaire de la faute³⁹².

La pénalisation des mesures disciplinaires passe également par l'application de règles normalement soumises aux sanctions pénales, à ces sanctions disciplinaires. A ce propos, la Convention internationale des droits de l'enfant impose aux États de prendre toutes les mesures appropriées « pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain ». Doivent alors être appliqués à ces mesures disciplinaires les droits individuels comme le fait un juge pénal dans le prononcé des peines³⁹³.

Le mouvement de pénalisation³⁹⁴ est alors conforté par l'usage d'outils pénaux comme la punition qui réprime une faute³⁹⁵ commise tout comme la sanction pénale. Cette pénalisation ne se détache alors pas de la finalité répressive de la sanction disciplinaire.

72. Proximité des sanctions indétachable de leur finalité répressive. Les sanctions pénales et disciplinaires partagent une proximité qui n'échappe aucunement à la doctrine. Certes, en matière de sanctions disciplinaires des notaires³⁹⁶, par exemple, la jurisprudence de la Cour de cassation motive souvent la validation du cumul des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales appliquées pour les mêmes faits, par une différence de finalité, de nature et de sévérité des sanctions³⁹⁷. Ce qui lui permet de ne pas appliquer *non bis in idem*, sans pour

³⁹⁰ F. SUDRE, « Convention européenne des droits de l'homme – Droits garantis – Droit à un procès équitable », *J.-CI Europe traité*, fasc. 6526, 8 février 2016, n° 63.

³⁹¹ CEDH, 8 juin 1976, *préc.*

³⁹² Dans certaines conditions, cette mesure peut parfois être déclarée illicite par le juge de la Cour de cassation (Soc., 11 mars 1997, pourvoi n° 94-40881 ; Soc., 28 avril 1993, pourvoi n° 89-41688).

³⁹³ CA Paris, 11 août 2004, n° 2004-885, *Ministère de l'Education nationale*.

³⁹⁴ *Idem.*

³⁹⁵ Voy., *supra*, n° 30 et s.

³⁹⁶ Matière régie par l'ordonnance de 1945 relative à la discipline des notaires

³⁹⁷ Crim., 10 janvier 2017, pourvoi n° 15-85.519, *Publié au bulletin* ; note A. SEÏD ALGADI, « *Non bis in idem* : admission du cumul de la sanction de placement en cellule disciplinaire avec celle de retrait d'un crédit de réduction de peine », *Quotidien*, janvier 2017 ; Crim., 9 avr. 2015, *préc.* ; Crim., 19 février 2014, pourvoi n° 12-87558, *Inédit* ; Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2004, pourvoi n° 02-17903, *Inédit.* ; Civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, pourvoi n° 12-87558, *Bull. civ.*, n° 85.

autant aller à l'encontre de la décision du 18 mars 2015 interdisant le cumul des sanctions pénales et administratives, à cause de l'absence d'une différence de leur nature.

Une analyse approfondie et un réexamen de cette interprétation nécessités par le « tremblement de terre »³⁹⁸ de la décision du 18 mars 2015 a néanmoins démontré que la différence de nature des sanctions pénales et disciplinaires n'était que faible.

La nature d'une sanction permet de l'identifier et de la comparer avec une autre. Elle permet de parler de proximité ou d'éloignement entre les sanctions. Le terme « nature » est néanmoins assez « vague ». Il peut reposer sur plusieurs explications telle que la sévérité, le contenu et les effets³⁹⁹. Le contenu et les effets peuvent inclure la finalité de la sanction. Ainsi, la nature des sanctions peut être définie par leurs finalités. Si deux sanctions présentent les mêmes finalités, elles sont alors de la même nature et leur proximité sera avérée. La proximité des sanctions n'est alors pas détachable de leurs finalités.

73. Détermination des finalités par le régime juridique. Pour M. DEGOFFE, ces sanctions appellent les mêmes finalités dont la finalité répressive⁴⁰⁰. Cette finalité est difficilement contestable aujourd'hui⁴⁰¹. Comment définir alors la finalité répressive des sanctions disciplinaires ?

Le législateur joue un rôle essentiel dans la détermination de la justification des sanctions. Le cas en matière disciplinaire est édifiant. Après l'échec de la loi n° 89-432 du 28 juin 1989 dont une des grandes innovations fut de dépénaliser l'usage de produits dopants et après le scandale « Festina » lors du Tour de France 1998, le législateur a été obligé de réagir. Il avait alors voté la Loi n° 99-223 du 23 mars 1999 relative à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage dont la plupart des articles ont été abrogés d'ailleurs par l'Ordonnance 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique. Il y avait prévu plusieurs types de sanctions dont des sanctions disciplinaires afin de sanctionner les licenciés, ou les membres licenciés des groupements sportifs qui leur sont alloués. Aujourd'hui, c'est l'Agence française de lutte contre le dopage qui prononce ces sanctions disciplinaires. Et ceci, sous l'égide de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 relative aux mesures relevant

³⁹⁸ Voy., *supra*, n° 39.

³⁹⁹ Voy., respectivement, les articles 4 et 3 de l'ordonnance de 1945 ; Voy., E. RASCHEL, « Nouvel épisode dans l'application de la règle *ne bis in idem* en droit français : l'autorisation du cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *op. cit.*

⁴⁰⁰ M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*

⁴⁰¹ A. MARTINON, « Actualité du droit disciplinaire », *BJT*, 1^{er} mai 2022, n° 05, p. 39 ; X. AUMERAN, « Les frontières du droit disciplinaire », in *Actualité du droit disciplinaire*, Grégoire Loiseau (Coord. sc.), *BJT*, 1^{er} mai 2022, n° 05, p. 40.

du domaine de la loi nécessaires pour parfaire la transposition en droit interne des principes du Code mondial antidopage⁴⁰².

Également, dans ce mode de définition de la finalité répressive et non loin de là, le phénomène des « sanctions déguisées »⁴⁰³ s'accroît en matière de répression des agents publics. Il s'explique ou est intrinsèquement lié au développement du régime disciplinaire de ces agents publics. En effet, le fin-fond de la répression disciplinaire des agents publics renvoie à quelque chose d'obscur : il s'agit de sanctions qui prennent l'apparence d'une mesure hiérarchique prise dans l'intérêt du service. Elles sont en réalité des mesures hiérarchiques à des fins répressives. Pour M. CHARBONNEL, elles constituent « un moyen, pour l'autorité qui agit en ayant recueilli au préalable [...] l'assentiment de l'agent fautif, de ne pas appesantir le climat au sein de son service »⁴⁰⁴. Il consiste en un moyen de se dispenser du déclenchement d'une procédure disciplinaire à même de créer des tensions. Dans certaines circonstances l'agent public transige pour une fin du litige. Il en demeure, dans tous les cas, une dissimulation de la sanction qui donne à la répression ce nom de « sanction déguisée ».

La spécificité du pouvoir disciplinaire qui s'impose à eux « a un objet plus spécifique, celui de réprimer les manquements réputés fautifs des agents aux obligations qui découlent de la loi de la fonction publique qu'ils exercent ; sa visée est punitive ». Cette justification répressive ou particulièrement punitive trouve sa source dans le régime juridique de la répression disciplinaire dans la fonction publique⁴⁰⁵, ou le régime disciplinaire des agents publics⁴⁰⁶.

74. Détermination des finalités par le concept de « valeurs et intérêts protégés ».

Également, la jurisprudence use souvent d'une explication pour déterminer la finalité des sanctions. C'est celle de la détermination des *valeurs et intérêts protégés* par les sanctions. Le Conseil d'Etat en 2019 utilise ce critère pour faire une distinction entre « poursuite pénale et poursuite disciplinaire »⁴⁰⁷. En effet, sur cette base, la sanction pénale et les sanctions

⁴⁰² Décision du 25 avril 2019 de l'Agence française de lutte contre le dopage ; CE, 8 juillet 2019, n° 431500.

⁴⁰³ D. CHARBONNEL, « Le tréfonds de la répression disciplinaire des agents publics : la sanction déguisée », *RDP*, n° 3, 2021, p. 641 ; R. FERRE, « Les mascarades de la punition. Le juge administratif et la sanction disciplinaire déguisée » *AJDA*, 2017, p. 2461 ; F. MALLOL, « La sanction disciplinaire déguisée en droit de la fonction publique », *AJDA*, 2011, p. 1656 ; P. CARCELLE, G. MAS, « l'administration et ses agents. Sanctions déguisées et préjudices statutaires sans sanction », *Rev. adm.*, 1969, n° 128, p. 167. Même si ce n'est pas le seul domaine, le domaine de la répression des agents publics est le domaine privilégié pour ce type de sanctions (Voy., CE, 14 juin 1901, *Marais c/ Commission administrative du bureau de bienfaisance du Mans*).

⁴⁰⁴ Voy., D. CHARBONNEL, *lot. cit.*

⁴⁰⁵ Article 65 de la loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905 : *Recueil Duvergier*, p. 268.

⁴⁰⁶ D. CHARBONNEL, *lot. cit.*

⁴⁰⁷ CE, 18 mars 2019, n° 424610.

disciplinaires servent à la correction à la suite d'un manquement, même si le champ des intérêts protégés diffère : l'intérêt de la société d'un côté et l'intérêt particulier de l'autre.

Finalement, la distinction du droit pénal et du droit disciplinaire, autant que la distinction de leurs sanctions est intimement attachée à la détermination de leur finalité répressive. Et ce qui est intéressant, à notre sens, est d'être partie d'une ambition de distinction des sanctions, en ayant en tête une séparation et de se rendre compte, que leurs finalités répressives ne se distinguent véritablement que par le domaine d'intervention. Dans le fond, l'objectif final reste le même. Dans ces conditions, il est logique d'épouser l'affirmation selon laquelle « l'objectif final poursuivi par les sanctions disciplinaires, leur distinction des sanctions pénales est bien poreuse »⁴⁰⁸.

Comment la finalité répressive se met-elle au service de la distinction entre les sanctions pénales et les autres sanctions ayant le caractère d'une punition ?

§ 2 : Sanction pénale et autres sanctions ayant le caractère d'une punition

75. La nature répressive des sanctions civiles punitives et des sanctions fiscales à l'image de la sanction pénale. Comme évoquées plus haut, les sanctions civiles punitives distinctes des sanctions civiles de droit commun sont assez proches de la sanction pénale. Aussi bien la qualification de peine qui leur est attribuée⁴⁰⁹, leur sévérité parfois très élevée⁴¹⁰ et la tendance du caractère punitif de la responsabilité civile – avec l'avènement du projet de réforme du droit de la responsabilité civile⁴¹¹ – sont des indicateurs du lien entre ces sanctions.

Mais avant, soulignons que l'appartenance d'une sanction civile à la matière pénale⁴¹² et aux sanctions ayant le caractère d'une punition⁴¹³, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme *Öztürk contre Allemagne*⁴¹⁴, *Lutz contre Allemagne*⁴¹⁵ et du Conseil constitutionnel révèle déjà le rapprochement entre ces sanctions. Par la Loi NRE⁴¹⁶, une

⁴⁰⁸ M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit. ; E. RASCHEL, « Nouvel épisode dans l'application de la règle *ne bis in idem* en droit français : l'autorisation du cumul des sanctions pénales et disciplinaires », op. cit.

⁴⁰⁹ Article L. 311-48 du Code de la consommation abrogée par l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, en son article 34.

⁴¹⁰ C'est l'exemple de l'amende « civile » de deux millions d'euros qui peut être infligée à la demande du ministre chargé de l'Economie ou du Ministère public, selon les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

⁴¹¹ Le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017.

⁴¹² F. STASIAK, « Transmission d'une amende civile à la société absorbante : la fusion n'est qu'un changement d'état », *Lexbase*, novembre 2019 ; E. RASCHEL, *lot. cit.*

⁴¹³ Voy., *supra*, n°s 18 et 27.

⁴¹⁴ CEDH, 21 février 1984, n° 8544/79, *Öztürk c/ RFA*.

⁴¹⁵ CEDH, 25 août 1987, n° 9912/82, *Lutz c/ RFA*.

⁴¹⁶ Loi n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

sanction a été introduite à l'article L 442- 6 du Code de commerce afin de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Ces sanctions civiles punitives prononcées sur la base de l'article L 442-6 du Code de commerce entrent bel et bien dans la catégorie des sanctions ayant le caractère de punition et par conséquent sont assimilables aux sanctions pénales. Comme dans le cas de la sanction pénale, l'action en justice peut être exercée par le ministère public selon les dispositions du paragraphe dudit article L 442-6 du Code de commerce. En droit du travail, le Mouvement des entreprises de France qualifiait cette sévérité des sanctions civiles en parlant de « l'escalade et la dérive des sanctions civiles ». La dérive des sanctions civiles était justifiée par le manque de précision des textes⁴¹⁷. Il s'agit de l'explication attribuée à la sévérité de ces sanctions civiles qui ressemblaient à des sanctions pénales. Cette appartenance est interprétée par la nature et la gravité des sanctions ⁴¹⁸. Participent de la matière pénale toutes les sanctions qui, par leur nature ou leur objet, vont au-delà de la seule réparation d'un préjudice.

Toujours en matière civile punitive, il est important d'évoquer rapidement la coloration pénale de l'amende civile, sous la lumière des évolutions textuelles. Le droit français a été longtemps réticent à l'agrément, à la réception des dommages et intérêts punitifs venant punir la faute lucrative⁴¹⁹, il y a lieu de le rappeler. Toutefois, le projet de réforme de la responsabilité civile⁴²⁰ rendu public par le ministère de la Justice a accueilli l'amende civile. La dernière version du projet, dans son article 1266-1 du Code civil avait prévu qu'« en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie [faute lucrative] , le juge peut le condamner [...] au paiement d'une amende civile ». Cependant, ces dispositions concernant la faute lucrative et l'amende civile ont été supprimées avec la proposition de loi sectorielle du 29 juillet 2020⁴²¹. Par conséquent, il y a eu un abandon du rôle punitif de la responsabilité civile. Certes, l'amende civile a été abandonnée parce qu'elle constituait un blocage : soutenue par les uns – victimes, associations – et critiquée par les autres – entreprises, quelques universitaires⁴²². De notre point de vue, c'est ce type de renonciation de

⁴¹⁷ J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, éd. Documentation française, 2004, p. 811.

⁴¹⁸ CEDH, 8 juin 1976, *préc.*

⁴¹⁹ G. VINEY, « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G*, 2016, spéc. n° 29.

⁴²⁰ Le projet gouvernemental de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017.

⁴²¹ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, n° 678 SÉNAT.

⁴²² E. PETITPREZ, R. BIGOT, « Du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 à la proposition de loi du 29 juillet 2020 - Tableau comparatif », *op. cit.* ; P. JANUEL, « Réforme du droit de la responsabilité civile : annonce d'une proposition de loi sénatoriale », *op. cit.* ; V. MALEVILLE, « Les règles de la responsabilité civile bientôt réformées ? », *op. cit.* ; N. FOURNIER DE CROUY, « La fonction normative de l'amende civile », *op. cit.*

projet de texte législatif qui complexifie, jusqu'à présent, le développement des sanctions civiles punitives⁴²³ et des règles à elles applicables.

Aujourd'hui, même si en évoquant l'amende civile on doit toujours aborder son abandon, ce qui ne nous empêche guère de dire que sa finalité répressive aurait été reconnue sans difficulté surtout que la condamnation de l'auteur du dommage pouvait être demandée par le ministère public. La coloration pénale de cette sanction ne posait pas vraiment de difficultés.

Quant aux sanctions fiscales, la matière répressive dont elles relèvent, est particulièrement dotée d'une rétribution à l'image du droit pénal. Ce n'est pas étonnant que tous les prélèvements fiscaux soient assortis d'un dispositif répressif peu importe la nature de l'organe répressif⁴²⁴. D'ailleurs, les sanctions fiscales constituent le seul moyen de lutte contre la délinquance de masse, en matière d'impôts comme l'évoquait sérieusement M. SAUVE⁴²⁵. Jusque-là, la recherche de l'efficacité du système fiscal est une priorité que permet de conserver la finalité répressive des sanctions fiscales.

76. Les objectifs communs de ces sanctions avec la sanction pénale. L'intérêt général n'est pas que l'objectif des sanctions administratives et de la sanction pénale, les sanctions civiles punitives également y aspirent. La faillite personnelle⁴²⁶ et les autres mesures d'interdiction prévues par les articles L. 653-1 et suivants du Code de commerce visent non seulement à protéger l'intérêt collectif des créanciers mais également l'intérêt général. La chambre criminelle de la Cour de cassation dans une décision du 9 décembre 2020⁴²⁷ n'a pas hésité à insister sur cet objectif que la sanction pénale partage avec ces sanctions civiles punitives.

En ce qui concerne les sanctions fiscales, d'importants objectifs communs sont partagés avec la sanction pénale. De manière intéressante, l'objectif final est tourné vers la finalité répressive. Les procédures pénales et fiscales sont déclenchées de manière complémentaire dans des objectifs communs à valeur constitutionnelle : le recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale qui découlent de l'article 13 de la

⁴²³ Voy., *infra*, n°s 289 et s.

⁴²⁴ Excepté bien sûr les contributions indirectes qui ne relèvent que de la compétence du juge pénal (L. AYRAULT, « *Non bis in idem*, les enjeux en matière fiscale », *AJ Pénal*, avril 2015).

⁴²⁵ J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA*, 2001, p. 16 et s.

⁴²⁶ La faillite personnelle produit un effet patrimonial : la reprise des poursuites individuelles des créanciers après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif (Voy., P. ROUSSEL GALLE, « La procédure civile dans les responsabilités et les sanctions civiles », *LPA*, 28 novembre 2008, n° 239, p. 80).

⁴²⁷ Crim., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-17258, *M. X c/ M^e Y*, *Publié au bulletin*, note X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *RDC*, mars 2021, p. 93 ; note D. Voinot, *BJE*, mars 2021, p. 49 ; obs. R. Azevedo, *LEDEN* février 2021, p. 5.

Déclaration de 1789. Ces objectifs assignés à la sanction pénale et aux sanctions fiscales sont parfois déterminés sur la base de l'identité ou non de leurs intérêt sociaux⁴²⁸.

77. Particularité de la similarité de leurs finalités répressives. Outre cet objectif commun, les sanctions civiles punitives sont « des mesures de nature à la fois préventive et punitive » tout comme la sanction pénale, reconnaît la jurisprudence⁴²⁹. L'exemple des interdictions qui répriment les faits énumérés aux articles L. 653-3 à L. 653-5 du Code de commerce⁴³⁰ est tout à édifiant. Elles constituent de véritables « sanctions »⁴³¹ professionnelles. Une finalité répressive ressort de ces sanctions, comme c'est le cas relativement à l'amende civile prononcée en matière de meublés touristiques et dotée d'une nature répressive⁴³².

Cette même finalité particulièrement répressive est également assignée aux sanctions fiscales. Le Conseil constitutionnel, dans ses décisions du 24 juin 2016⁴³³, concernant les sanctions fiscales et pénales prévues respectivement aux articles 1729⁴³⁴ et 1741⁴³⁵ du Code général des impôts, déclare qu'elles poursuivent « des finalités communes ; à la fois dissuasive et répressive ». C'est à l'image de la ressemblance des finalités répressives⁴³⁶ de la sanction pénale et des sanctions civiles.

En conclusion de cette section, les finalités des sanctions civiles punitives et des sanctions fiscales ne sont pas aussi « franchement répressives » que celles de la sanction pénale. Néanmoins, cette similarité des finalités répressives est confortée par la jurisprudence, ce n'est pas tout à fait le même mode de détermination qui est utilisé en matière disciplinaire. De ce côté-là, la ressemblance des objectifs poursuivis par le droit pénal et le droit disciplinaire participe à cette définition.

⁴²⁸ C. GINESTET, « Panorama (Etudes et commentaires) », *op. cit.* ; C. SOURZAT, « Essai d'une analyse des rapports entre procédures fiscale et pénale », *RSC*, 2016, n° 2, pp. 199-217.

⁴²⁹ *Crim.*, 9 décembre 2020, *préc.*

⁴³⁰ T. MONTERAN, « Les sanctions professionnelles exclues du périmètre de la transaction prévue à l'article L. 642-24 du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, 13 juillet 2021, n° 26, p. 68 ; C. ROBACZEWSKI, « Les sanctions pénales dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 10 mars 2009, n° 69, p. 61.

⁴³¹ P. ROUSSEL GALLE, « La procédure civile dans les responsabilités et les sanctions civiles », *op. cit.*

⁴³² Amende civile prononcée contre le propriétaire d'un appartement pour toute faute qui surviendrait lors de la sous-location temporaire et prévue par l'article L. 651-2 du Code de la construction et de l'habitation.

⁴³³ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

⁴³⁴ Sanctions fiscales : majorations prévues par l'article 1729 du code général des impôts dans sa rédaction résultant de la loi du 30 décembre 2008.

⁴³⁵ Sanctions pénales : amende et peine d'emprisonnement prévues par l'article 1741 du code général des impôts dans sa rédaction résultant de la loi du 14 mars 2012

⁴³⁶ C. BERLAUD, « Cumul de sanctions pénale et fiscale : renvoi au Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 02 octobre 2018, n° 33, p. 34.

78. Conclusion de chapitre. En somme, la sanction pénale ne partage pas le même type de relation avec chacune des sanctions ayant le caractère d'une punition lorsque sont confrontées leurs finalités répressives. Dans la grande majorité des cas, les sanctions ayant le caractère d'une punition ne s'opposent pas véritablement à la sanction pénale. Elles convergent chacune avec la sanction pénale grâce à leurs finalités répressives. Toutefois, cette même finalité répressive éloigne relativement la sanction pénale des sanctions administratives, car ces dernières présentent certaines particularités évoquées. La relativité de cette opposition est d'ailleurs grande avec la transposition des finalités pénalistes dans plusieurs branches du droit administratif où le caractère essentiellement fonctionnel de la sanction administrative est fortement recouvert par un but répressif.

En tous les cas, l'efficacité qu'est appelée à assurer la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition fait de chacune d'elle une source de souffrance, peu importe sa variation, bref une efficacité qui appelle aussi la prévention. Il en ressort la seconde finalité distinctive des sanctions (Chapitre 2).

Chapitre 2. La finalité préventive

79. Définie comme le « Châtiment destiné à prévenir, ou le cas échéant, à réprimer une infraction, attentatoire par nature à l'ordre social »⁴³⁷, la peine poursuit aussi bien un objectif de répression qu'un objectif de prévention tourné vers l'avenir. Cette dernière réponse est précieuse et chère à C. BECCARIA⁴³⁸, puisque par elle, la peine permet d'empêcher la commission de l'infraction en intimidant collectivement tous les potentiels contrevenants. Prévue à l'article 130-1 du Code pénal⁴³⁹, elle intervient avant la commission de l'infraction. Au prime abord, la finalité préventive ou dissuasive de la sanction pénale peut paraître moins importante que sa fonction répressive. Le caractère certain de la dissuasion n'étant pas toujours assuré. L'incertitude de ce que la peine éduque est aussi élevée que la certitude qu'elle fait toujours souffrir. Cependant, elle puise sa source de la définition même de la peine. En effet, considérée comme « tout moyen de contrainte »⁴⁴⁰, la peine enfouit en elle un concept de sanction d'incitation, d'exhortation accompagnant la règle de droit. Ce qui explique les ambitions du législateur de faire paraître la peine d'autant plus dissuasive, parce qu'elle est afflictive, douloureuse. Un individu ne peut normalement penser sans dégoût, déplaisir qu'une punition lui soit infligée. Et c'est l'idée qui devrait empêcher chacun de commettre des infractions.

En sus de son enfouissement dans la conception de la peine, la finalité dissuasive permettrait ainsi de mesurer son efficacité⁴⁴¹, au point où le législateur a abusé de l'exploitation de cette idée dans l'élaboration de plusieurs lois⁴⁴². En tant qu'instrument de mesure de l'efficacité de

⁴³⁷ B. BAUCHOT, *Sanctions pénales nationales et droit international*, thèse, Lille 2, 2007, p. 10.

⁴³⁸ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines* (1765), éd. Flammarion, 1991.

⁴³⁹ Voy., *supra*, n° 46.

⁴⁴⁰ Ch.-A. MORAND, « La sanction », *Travaux CETEL*, mars 1990, n° 36, *spéc.* p. 3.

⁴⁴¹ La juridiction de Strasbourg évoque, de même, « l'effet dissuasif du droit pénal » et conséquemment de la sanction pénale (S'agissant d'infractions intentionnelles, CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume Uni*, § 44 ; S'agissant d'infractions non intentionnelles, CEDH, 15 décembre 2009, *Kalender c/ Turquie*, § 54). Elle en déduit que les peines doivent présenter une certaine gravité lorsqu'elles répriment la violation d'un droit garanti (CEDH, 1^{er} juin 2010, n° 22978/05, *Gafgen c/ RFA*, § 124 ; CEDH, 9 juin 2009, n° 33401/02, *Opuz c / Turquie*, § 153 ; CEDH, 17 octobre 2006, n° 52067/99, *Okkali c / Turquie*, § 78). L'engouement pour les sanctions pénales en droit de l'Union est expliqué, de même, par leur caractère prétendument dissuasif (C. CASTETS-RENARD, « La pénalisation du droit communautaire de l'environnement », *LPA*, 29 juill. 2008, n° 151, p. 7). N'empêche que dans la pratique la prévention par la peine est plus ambiguë (E. DREYER, *Droit pénal général*, *op.*, cit, p. 1048).

⁴⁴² Loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement ; Loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs ; Loi n° 2008-582 du 20 juin

la sanction, la finalité préventive intéresse tant la sanction pénale que les sanctions ayant le caractère d'une punition.

80. La finalité de dissuasion de la sanction se divise en deux selon qu'elle est adressée directement à la société, sous la forme d'une prévention générale ou appliquée à un seul individu sous forme d'une prévention spéciale. D'un côté, elle dissuaderait tout individu de passer à l'acte incriminé. De l'autre côté, elle dissuaderait contre la récidive en empêchant celui qui a mal agi de recommencer⁴⁴³.

Peu importe la forme de finalité préventive que revêt la peine, son caractère dissuasif est logiquement censé s'accorder – au-delà de son caractère douloureux – aux sanctions ayant le caractère d'une punition⁴⁴⁴. Il en résulte un moyen d'identification de ces dernières. Et la raison de cette identification est qu'une bonne sanction – pénale ou extra-pénale⁴⁴⁵ – est celle qu'on n'applique pas ou qu'on n'a pas besoin d'appliquer puisque le seul fait d'exister inspire une crainte⁴⁴⁶.

L'importance de cette quête d'efficacité nous pousse justement à étudier dans un premier temps la prévention générale rapprochant les sanctions pénales et les sanctions ayant le caractère d'une punition (Section 1). Et dans un second temps, il sera question de se consacrer à la prévention spéciale de ces sanctions (Section 2).

Section 1 : La prévention générale des sanctions

81. L'effectivité de la prévention générale des sanctions s'analyse en termes de résultat selon les différents modes de prévention utilisés. En droit pénal, afin que la sanction pénale soit efficace, grâce à un caractère dissuasif, les autorités législatives et judiciaires mettent tout en

2008 renforçant les mesures de prévention et de protection des personnes contre les chiens dangereux ; Loi n° 2007-297 relative à la prévention de la délinquance. C'est nous qui soulignons.

⁴⁴³ La société selon les utilitaristes ne sanctionne pas à cause de l'acte accompli, elle sanctionne à cause de l'avenir, pour que ce fait ne se renouvelle pas et dans un but d'intimidation préventive (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, t. 1, 3^e éd. 1913, p. 95, n° 45 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op., cit, p. 1057).

⁴⁴⁴ Conseil Constitutionnel, 7 janvier 2016, n° 2015-510 QPC, *Association Expert-comptable média association [Sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence]*, considérant n° 6 ; Conseil Constitutionnel, 27 septembre 2013, n° 2013-341 QPC, *M. Smaïn Q. et autre [Majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation]*, considérant n° 5.

⁴⁴⁵ Voy., *supra*, note n° 75.

⁴⁴⁶ Toute sanction qui inspire de la méfiance, qu'elle soit une sanction pénale ou une sanction ayant le caractère d'une punition, ne fait que révéler l'importance de la finalité de dissuasion générale et spéciale.

œuvre à chaque étape pour que le principe de la légalité criminelle⁴⁴⁷ soit respecté et contrôlé. La sanction pénale doit avoir été clairement et précisément⁴⁴⁸ définie au préalable. A l'image des règles de droit pénal telle que la publicité⁴⁴⁹, les autorités administratives vont utiliser des règles de prévention générale telles que la transparence, la prévisibilité afin de rechercher la sécurité juridique. Ces règles de prévention sont normalement censées conduire à l'intimidation de la société, ou d'un groupe selon que l'on soit face à une sanction pénale ou à une sanction ayant le caractère d'une punition.

Ainsi, nous démontrerons d'une part qu'il y a une séparation relative entre la sanction pénale et les sanctions administratives (§ 1), particulièrement grâce à ces différentes règles : Particulièrement, à notre sens, parce qu'elles ne sont pas utilisées systématiquement dans toutes les branches du droit. Et dans la matière administrative justement, il suffira d'envisager quelques domaines de sanctions où interviennent des autorités de régulation pour bien illustrer nos propos.

C'est peut-être cette absence de règles de prévention générale qui sépare plus nettement la sanction pénale et les autres sanctions ayant le caractère d'une punition (§ 2).

§ 1 : Une séparation relative de la sanction pénale et des sanctions administratives

82. Lors du 1^{er} colloque organisé le 12 octobre 2008 par l'Autorité des marchés financiers, afin de s'expliquer face aux menaces qui pesaient à l'époque sur son pouvoir de sanction, il a été affirmé que : « La publication d'un recueil de décisions est une bonne idée. Cela va permettre de renforcer la lisibilité de la jurisprudence de la Commission ainsi que la prévisibilité des sanctions et donc la sécurité juridique »⁴⁵⁰. En effet, la commission s'était lancée dans de nouvelles résolutions de prévisibilité. Ainsi, la sécurité juridique est le résultat de la prévisibilité qui elle, n'est que la manifestation de la transparence. Ces règles ou méthodes de dissuasion générale sont fermement liées, voire complémentaires. Il convient ainsi d'opérer la distinction entre la sanction pénale et les sanctions administratives grâce à l'analyse des méthodes complémentaires de transparence et de prévisibilité (A).

Une troisième méthode de prévention générale des sanctions administratives consiste à les durcir, en les rendant plus sévères. L'option de durcissement de la sanction administrative a été

⁴⁴⁷ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; Articles 111-2 ; 111-3 ; 111-4 ; 112-1 et suivants ; 113-1 et suivants du Code pénal

⁴⁴⁸ Voy., *infra*, n°s 150, 153 et s.

⁴⁴⁹ Voy., *infra*, n°s 193 et s.

⁴⁵⁰ O. DUFOUR, « La Commission des sanctions de l'AMF joue la transparence », *LPA*, 28 octobre 2008, n° 216, p. 3.

pensée à l'image de la sévérité de la sanction pénale pour atteindre ce même but qu'est la dissuasion. En droit pénal, on parle d'exemplarité de la peine. Dans cet esprit, plus une peine est sévère, plus elle servirait d'exemple aux potentiels délinquants. Nous nous servirons par conséquent également de cette méthode du durcissement des sanctions administratives pour étudier les rapports entre la sanction pénale et les sanctions administratives, en termes de prévention générale (B).

A. *RAPPORTS ENTRE SANCTION PÉNALE ET SANCTIONS ADMINISTRATIVES BASÉS SUR LA TRANSPARENCE ET LA PRÉVISIBILITÉ*

83. Tel que souligné en partie introductive, les sanctions administratives se différencient des mesures conservatoires, des mesures préparatoires et des mesures de police⁴⁵¹. Et de façon un peu trop tranchée, pour certains et quelquefois même pour la jurisprudence, cette différenciation signifie que les sanctions administratives ont une finalité essentiellement répressive. Par conséquent, une finalité préventive entraînerait la qualification de mesure de police tandis qu'un objet répressif caractériserait l'existence d'une sanction⁴⁵².

Avec des analyses plus profondes, les mêmes auteurs vont se rendre compte, peut-être de manière inattendue, que la sanction administrative joue un double rôle comme la sanction pénale. C'est un double objectif de la sanction administrative sous-jacent à toute punition⁴⁵³. La sanction administrative aurait effectivement cette double aspiration : « la rétribution du comportement fautif mais aussi la prévention de celui-ci »⁴⁵⁴. Alors, si sa finalité répressive et mieux sa finalité préventive générale contribuent à son efficacité, il est indispensable d'insister aussi distinctement que possible sur la transparence (a), la prévisibilité (b) de la sanction administrative qui lui permettent d'y arriver.

1. Une prévention générale par la transparence des sanctions

84. Les bases de la transparence, une communion avec l'élargissement de l'application de l'exigence de publicité en droit pénal. L'extension des règles de droit pénal aux sanctions ayant le caractère d'une punition, à partir de la deuxième période de l'histoire⁴⁵⁵ des sanctions ayant le caractère d'une punition a atteint également l'exigence de publicité⁴⁵⁶. L'adaptation de la mise en œuvre de l'exigence de publicité aux sanctions administratives manifestée sous

⁴⁵¹ Voy., *supra*, n° 24 ; Voy., *supra* n°s 25, 50.

⁴⁵² Conseil constitutionnel, 27 janvier 2012, *préc.*

⁴⁵³ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁵⁴ J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives en Droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives », *op. cit.*

⁴⁵⁵ Voy., *supra*, n° 19.

⁴⁵⁶ Voy., *infra*, n°s 193 et s.

forme de transparence⁴⁵⁷ s'impose. Peu importe que la sanction administrative à prononcer émane d'une juridiction administrative ou d'une autorité administrative⁴⁵⁸.

Il s'agit de la transparence des informations. Des bases de la sanction administrative doivent alors être respectées. Sur ce, l'autorité administrative distingue d'abord les éléments d'appréciation des pratiques et l'importance du dommage à l'économie. Elle analyse ensuite, par exemple, entreprise par entreprise, les éléments d'individualisation des pratiques⁴⁵⁹, en conformité avec les positions adoptées par la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union. Ces bases ont également été confirmées par le Tribunal de l'Union européenne⁴⁶⁰. A cela peuvent s'ajouter également les critères de gravité de l'abus de position dominante, selon les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce⁴⁶¹. Le conseil constitutionnel ne reste pas muet sur les bases de la sanction administrative qui conduisent à sa finalité dissuasive. La haute institution se basera sur le caractère injustifiable de la pratique pour affirmer le critère de gravité⁴⁶². D'autres critères comme l'importance du dommage causé à l'économie⁴⁶³ peuvent également être évoqués.

85. L'individualisation de la sanction administrative au service de la transparence.

Pour plus de transparence dans les sanctions administratives, un grand effort du respect de l'individualisation⁴⁶⁴ est réalisé par les autorités. Elle se manifeste par la possibilité de prise en compte, dans chaque cas d'espèce, des circonstances atténuantes ou aggravantes⁴⁶⁵. Pour la Cour de cassation, d'autres éléments objectifs pertinents relatifs à sa situation individuelle doivent être considérés. Le but est de pouvoir ajuster à la hausse ou à la baisse la sanction et

⁴⁵⁷ H. CAUSSE, « Splendeur du principe de transparence sur fond de validité des poursuites de l'Autorité des marchés financiers », *Hebdo édition affaires*, novembre 2017, n° 529, note sous Com., 20 septembre 2017, n° 15-29.098, *Publié au bulletin*.

⁴⁵⁸ Voy., *supra*, n°s 23-24.

⁴⁵⁹ CA Paris, 20 oct. 1998, *Béton Travaux*.

⁴⁶⁰ Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel Corp.*

⁴⁶¹ Concernant les pratiques anticoncurrentielles d'opérateurs de téléphonie espagnols, « l'existence d'effets anticoncurrentiels potentiels de nature à évincer des concurrents au moins aussi efficaces que Telefónica suffit pour établir le caractère abusif de la pratique de la compression des marges » (CJUE, 10 juill. 2014, n° C-295/12 P, *Telefónica S.A. et Telefónica de España S.A.U. c/ Commission*).

⁴⁶² Conseil constitutionnel, 28 juillet 2005, décision n° 05-D-47 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la destruction d'armements et de munitions*.

⁴⁶³ CJUE, 8 décembre 2011, n° C-389/10 P, *KME Germany et a. c/ Commission*, pt. 75.

⁴⁶⁴ Loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales ; Article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁴⁶⁵ Les pratiques avaient un caractère de particulière gravité du fait que les entreprises mises en cause avaient été averties (Conseil constitutionnel, 22 octobre 2003, décision n° 03-D-47 DC, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale (articles 14, 36, 50, 65, 66, 91, 104, 128, 140-1 et 145)*).

d'assurer le caractère dissuasif à la sanction⁴⁶⁶. L'individualisation de la sanction peut également aboutir à une réduction de l'amende prononcée⁴⁶⁷, par manque de clarté.

La plupart des juridictions et institutions valident le respect de ces critères de bases et d'individualisation de la sanction qui donne à la sanction davantage de transparence afin d'aboutir à une meilleure dissuasion générale. L'objectif final est évidemment tourné vers une meilleure efficacité de la sanction administrative à travers sa finalité de prévention générale. Ce qu'exprime justement la Cour de cassation⁴⁶⁸ rejointe par la Cour européenne des droits de l'homme.

86. La prévention générale par transparence dans le domaine de l'Autorité de la concurrence. A l'image de la sanction pénale, la sanction administrative en droit de la concurrence aspire à jouer un rôle dissuasif à l'égard des potentiels acteurs économiques qui seraient tentés de contourner les règles de concurrence. Ces sanctions peuvent se présenter sous forme d'injonctions, d'engagements ou de sanctions pécuniaires⁴⁶⁹. Ces dernières, particulièrement dissuasives⁴⁷⁰ peuvent être renforcées par plusieurs règles – que nous verrons dans la suite – dont la transparence.

Les lignes directrices du 1^{er} décembre 2006 en matière de politique de concurrence tout comme le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires par l'Autorité de la concurrence marque une volonté claire de dissuader les entreprises. Plus qu'une simple volonté, ces autorités ont choisi de mettre au sein de leur projet, la transparence comme moyen favorisant la finalité de prévention générale. Elles optent à travers des sanctions pécuniaires pour un renforcement de la probabilité de détection des ententes anticoncurrentielles⁴⁷¹. Elles choisissent aussi et surtout, un système transparent de coefficients multiplicateurs. Ces coefficients tiennent compte de la puissance

⁴⁶⁶ Com. 18 février 2004, pourvois n° 12-27643, 12-27697, 12-27698, 12-27700, 12-28026.

⁴⁶⁷ CJUE, 27 mars 2014, n°, C-612/12 P, *Ballast Nedam NV c/ Commission* ; Trib. UE, 27 février 2014, n° T-91/11, *InnoLuxCorp c/ Commission* et n° T-128/11, *LG Display Taiwan c/ Commission*. La cour d'appel de Paris a aussi eu l'occasion dans des affaires très marquantes de réformer les décisions de l'Autorité de la concurrence (CA Paris, 25 sept. 2014, *Affaire de l'élevage porcin* ; CA Paris, 29 sept. 2009, *Cartel du contreplaqué* ; CA Paris, 6 mai 2008, *Affaire du ciment corse*, obs. Decocq G. ; CA Paris, 2 oct. 2007).

⁴⁶⁸ La Cour de cassation précise que l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles requiert que la sanction pécuniaire soit effectivement dissuasive (Com., 18 septembre 2012, pourvoi n° 12-14.401 ; Com. 18 févr. 2004, pourvoi n° 12-27643, 12-27697, 12-27698, 12-27700, 12-28026). Ce sur quoi, la Cour européenne des droits de l'homme la rejoint parfaitement (CEDH, 27 septembre 2011, n° 43509/08, *Marini Diagnostics/Italie*, § 41) au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée.

⁴⁶⁹ Voy., *supra*, n°s 83, 91 et s..

⁴⁷⁰ *Idem*.

⁴⁷¹ F. MARTY, *Analyse économique du contentieux concurrentiel dans les marchés d'électrification et d'éclairage public*, Université de Nice Sophia-Antipolis, Contrats publics, Groupe Moniteur, 2011, pp. 59-64.

économique de l'entreprise contrevenante, de la durée de l'infraction et de la réitération. Avec cette règle de transparence adoptée, les chances de voir la sanction administrative prévenir le comportement d'un ensemble d'individus, d'un groupe comme le fait la sanction pénale à l'échelle étatique, augmente.

2. Une prévention générale par la prévisibilité des sanctions

87. La prévisibilité des sanctions administratives, un lien avec le principe de la légalité criminelle. Le principe de la légalité criminelle fait partie des règles de droit pénal élargies aux sanctions ayant le caractère d'une punition⁴⁷². Elle est rehaussée par la règle de prévisibilité des manquements aux obligations administratives existantes⁴⁷³. La règle de la prévisibilité est assez vaste au point où on pourrait reconnaître effectivement qu'elle couvre ou absorbe le principe de légalité, puisqu'elle est intimement liée à la prévisibilité et l'efficacité de la règle de droit⁴⁷⁴. Ainsi, de la même manière qu'un justiciable peut invoquer l'absence de clarté, de prévisibilité d'une règle de droit pénal en cas de poursuites pénales, une personne poursuivie devant la Commission de sanctions de l'Autorité des marchés financiers peut invoquer ce même défaut. Toujours dans l'optique d'une recherche d'efficacité de la sanction, il est indispensable que la sanction soit basée sur un caractère prévisible et une sécurité juridique pour atteindre une finalité de dissuasion générale.

Les personnes ou entreprises doivent, au préalable, connaître l'étendue du risque de sanctions qu'elles peuvent encourir : il s'agit de la prévisibilité juridique. Sa conséquence informative dépasse le champ des entreprises concernées par la procédure. Elle présente surtout un impact préventif pour toutes les autres entreprises. Et c'est effectivement une dissuasion générale. Pour faire preuve de prévisibilité, la sanction doit être assez précise. La Cour de justice de l'Union européenne estime, concernant la précision de la sanction, qu'il suffit, pour que le principe soit respecté, que les entreprises puissent prévoir de façon « suffisamment précise » la méthode de calcul et l'ordre de grandeur des amendes qu'elles encourrent pour un comportement donné⁴⁷⁵. Cependant, la précision ne doit pas non plus être absolue⁴⁷⁶.

Ainsi, l'exigence de prévisibilité ne peut être atteinte que si l'information est transmise. Et cette information sur la sanction doit être précise. La connaissance, l'information et la

⁴⁷² Voy., *supra*, n° 19.

⁴⁷³ Voy., *infra*, n°s 84 et s.

⁴⁷⁴ H. CAUSSE, « La prévisibilité des sanctions : ou comment mieux se défendre devant un juge ou une commission de sanctions », *Directdroit*, 25 novembre 2018.

⁴⁷⁵ CJUE, 17 juin 2020, n° C-413/08, § 95, *Lafarge SA c/ Commission*.

⁴⁷⁶ CJCE, 7 juin 1983, n°s C-100 à C-103/80, *SA Musique Diffusion française et a. c/ Commission*, § 109.

communication sur les méthodes puis les conséquences de cette jurisprudence représentent la clé du succès de l'effet dissuasif des sanctions de l'Autorité. Qu'en est-il dans la pratique ?

88. La prévention générale par prévisibilité dans le domaine de l'Autorité de la concurrence. L'autorité administrative de la concurrence attend de ses sanctions un effet dissuasif. Son pouvoir de sanction sert à l'accomplissement de la régulation concurrentielle⁴⁷⁷ avec des buts précis. A ce propos, elle a déjà présenté un communiqué sur des lignes directrices relatives au calcul des amendes⁴⁷⁸. Un communiqué dont le but était de faire connaître par avance la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction. Il s'agit ici de sanction de régulation qui remplit trois fonctions traditionnelles : la punition, la réparation et la dissuasion. L'objectif final, outre la répression des infractions individuelles, est surtout « de veiller au caractère dissuasif de son action vis-à-vis des intéressés et de l'ensemble des opérateurs économiques »⁴⁷⁹. C'est une finalité de prévention individuelle mais également généralisée à tous les opérateurs économiques. La sanction est conçue comme un outil d'orientation des comportements des agents économiques sur le marché considéré.

89. La prévention générale par prévisibilité dans le domaine de l'Autorité des marchés financiers. Dans le domaine de l'autorité des marchés financiers également, la prévisibilité des sanctions est appliquée. Dans ce sens, l'Autorité des marchés financiers fait la publication de ses décisions qui permettent aux acteurs de se rappeler des règles de droit. Le plus intéressant est que les décisions publiées « expliquent la raison, le contenu et la finalité des sanctions prononcées. Ainsi informés, les professionnels peuvent mieux appréhender les règles qu'ils doivent respecter »⁴⁸⁰. La prévisibilité sert ainsi à cette autorité de voir ses sanctions porter une ambition de prévention générale. L'efficacité dans la dissuasion assimilée à un principe⁴⁸¹ est par conséquent une réelle aspiration en matière de sanctions administratives. Et les règles de transparence et de prévisibilité donnent tant bien que mal des chances d'atteindre la finalité préventive aspirée par la sanction administrative. Cependant, les domaines d'intervention des autorités de régulation exploitent bien ces méthodes bien que nous ne puissions en mesurer l'effectivité. Existe un besoin d'accentuation de la finalité de dissuasion de la sanction, même

⁴⁷⁷ L'article L. 461-1 du Code de commerce prévoit une obligation pour l'autorité de concurrence d'instruire et réprimer des infractions individuelles.

⁴⁷⁸ Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, mis à jour le 20 octobre 2017. Ce communiqué revêt selon l'autorité de la concurrence « le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence administrative » (CE, 11 déc. 1970, *Crédit Foncier de France*).

⁴⁷⁹ A. ROUYERE, « La place des tiers dans la répression administrative », *RSC*, n° 2, 2019, pp. 301-312.

⁴⁸⁰ *Idem*.

⁴⁸¹ A. ANTOINE, J.-F. CALMETTE, « La sanction administrative des pratiques anticoncurrentielles à la suite de l'affaire du Cartel et de l'acier », *RFDA*, novembre-décembre 2010, pp. 1158 et s.

en droit pénal⁴⁸² d'ailleurs. Ainsi, même si la prévention de la sanction pénale et des sanctions administratives a besoin d'être plus renforcée, il n'y a pas de doute que le niveau de dissuasion n'est pas le même.

Dans ce cadre, des propositions de durcissement de la sanction administrative sont alors faites pour une meilleure dissuasion générale⁴⁸³.

B. *RAPPORTS ENTRE LES SANCTIONS FONDÉS SUR LA MÉTHODE DU DURCISSEMENT DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES*

90. Durcissement et exemplarité. Le durcissement et l'exemplarité de la peine ont traversé le temps⁴⁸⁴. Ce n'est qu'avec un décret du 12 avril 1848 que les peines d'expositions publiques et du carcan disparaissent. Toujours est-il que cette sévérité de la sanction pénale se fait encore sentir de nos jours, autant dans la peine prononcée que dans la peine encourue. D'ailleurs, la publication ou l'affichage de sanctions telle que le retrait de licence professionnelle⁴⁸⁵ à une personne morale contribue à l'intimider, à la dissuader. Il en est de même de l'affichage de la décision de condamnation prévue par l'article 131-35 du Code pénal.

Le durcissement n'est toutefois plus le même. Ce que regrettent certains qui pensent que la finalité de dissuasion de la peine n'existe plus vraiment ou que la peine a perdu une partie de sa valeur intimidante, en devenant moins visible. Il est certain, dans tous les cas, que c'est de cette sévérité de la sanction pénale que les sanctions administratives ont copié leur durcissement.

Parfois, le durcissement des sanctions se manifeste par un système de complémentarité. Les sanctions administratives et pénales se complètent par exemple pour « un niveau plus élevé de dissuasion »⁴⁸⁶. D'abord cette complémentarité se justifie par la nature pénale que revêtent les sanctions administratives. Le développement de la sévérité et du durcissement des sanctions

⁴⁸² B. ANCEL, « Le défi des violences conjugales au XXI^e siècle : justice restaurative ou punitive ? », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 1^{er} avril 2019, n° 4.

⁴⁸³ L'article 227-4-2 du Code pénal pourrait être réécrit avec un doublement de l'amende et de la peine d'emprisonnement.

⁴⁸⁴ Dans l'ancien droit, les sanctions d'un montant très élevé étaient infligées en public afin d'édifier la population. Pour Hobbes, par ex., « le but de la peine n'est pas la vengeance, mais la terreur » (*Léviathan*, Folio, Coll. « Essais », 2012, t. 375, [1651], p. 466, § 28 ; Voy. Sur la signification de ces « supplices atroces », A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, éd. Cujas, Coll. « Synthèse », 1979, t. 1, p. 118). Ensuite, il y a eu la version d'origine du Code pénal de 1810 (Article 13, al. 1^{er} et 2) qui a fait persister l'idée d'exemplarité de la peine. Subsistait l'idée selon laquelle : « la présence du peuple doit porter la honte sur le front du coupable, et la présence du coupable dans l'état où l'a réduit son crime doit porter dans l'âme du peuple une instruction utile (M. LEPELETIER SAINT-FARGEAU, A. LACROSSE, *Rapport sur le projet de Code pénal*, in *Œuvres*, éd., Bruxelles, 1826, p. 124). L'idée fut reprise par Bentham : « L'Humanité consiste dans le semblant de la cruauté. Parlez aux yeux si vous voulez émouvoir le cœur ... Rendez vos peines exemplaires » (J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, éd. Rey et Gravier, 3^e éd., t. 2, 1830.).

⁴⁸⁵ *Idem*.

⁴⁸⁶ A.-V. LE FUR, D. SCHMIDT, « Pour un tribunal des marchés financiers », *BJB*, 31 janvier 2015, n° 01, pp. 24 et s.

abordées précédemment accroît d'ailleurs cette appartenance des sanctions administratives à la matière pénale. En raison de leur gravité, elles entrent dans le cadre de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁸⁷. Cette gravité qui justement, contribue à intimider.

En réalité, la sanction pénale des seules personnes physiques va se révéler être un complément souhaitable aux amendes administratives et aux injonctions, pour les infractions les plus graves puisque le durcissement des sanctions semble parfois ne pas décourager les entreprises de créer ou maintenir des cartels.

91. Des cas de durcissement de sanctions. Pour atteindre une finalité de dissuasion générale semblable à celle de la sanction pénale, les autorités de concurrence vont même opter pour un durcissement notable des sanctions administratives. Par la politique de la concurrence adoptée par la loi NRE⁴⁸⁸, ayant porté les sanctions à 10% du chiffre mondial des entreprises, l'autorité de la concurrence a considéré que la loi bénéficiait enfin « d'un nouveau dispositif des sanctions réellement dissuasif »⁴⁸⁹. Les autorités administratives vont faire preuve de sévérité et de transparence dans la détermination de l'amende, afin de dissuader les opérateurs économiques d'initier autant que de participer à des pratiques anticoncurrentielles. Pour eux, une indéniable augmentation du montant des amendes⁴⁹⁰ découragerait les potentiels auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

En matière administrative boursière, la Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 reformant davantage le cadre législatif européen des abus de marché a rendu obligatoire la simple faculté de sanctionner pénalement les infractions boursières. Le but était de dissuader les auteurs potentiels de tels faits, par une double sanction pénale et administrative⁴⁹¹. La Cour de justice de l'union européenne justifie la double poursuite pénale

⁴⁸⁷ CEDH, 8 juin 1976, *préc.* ; CEDH, 21 février 1984, *préc.*

⁴⁸⁸ Loi n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁴⁸⁹ C. TACONNET, « Rapport du Conseil de la concurrence pour 2005 : principales orientations et orientations prioritaires », *RLC*, 2007, n° 10, pp. 85 et s.

⁴⁹⁰ En France, si l'on se penche sur les rapports annuels de l'Autorité de la concurrence (AdlC), on note que l'amende administrative moyenne par entreprise sur les années 2002 à 2004 (Conseil constitutionnel, Rapport annuel 2004, Document de synthèse 2004, pp. 23-25) était aux environs de 500 000 € par entreprise ou par groupe. Sur la période 2007-fin 2013, les montants annuels d'amendes prononcées par l'AdlC en droit de la concurrence (ententes, abus et défaut de notification en matière d'opérations de concentration), on obtient les chiffres respectifs suivants : 220,4 millions €, 630,3 millions €, 205,5 millions €, 439,5 millions €, 419,8 millions €, 540,1 millions € et 159,3 millions € en 2013 (Voy., Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2013*, p. 25), rapportés au nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés, cela donne une moyenne annuelle par entreprise ou groupe de 2,68 millions € en 2007, de 9,6 en 2008, de 4,19 en 2009, de 8,79 en 2010, de 10, 76 en 2011, de 9,4 en 2012 et de 4,8 en 2013. Sur ces sept années, on obtient une moyenne d'amende par entreprise ou groupe de 7,17 millions €. Il y a donc *indéniablement* une augmentation du montant de l'amende dans cette matière en France.

⁴⁹¹ Conseil constitutionnel, 14 janv. 2016, *préc.*

et administrative par la réalisation d'« un objectif d'intérêt général, des buts complémentaires » ayant pour objet, le cas échéant, des aspects différents d'un même comportement infractionnel⁴⁹².

Dans ce même domaine, la Loi Sapin 2 du 9 décembre 2016⁴⁹³, a introduit plusieurs mesures intéressant la matière bancaire et a justement fixé en matière de sanctions, un nouveau plafond de sanction pour l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Dorénavant, il s'élève à 100 millions d'euros ou à 10 % du chiffre d'affaires annuel net⁴⁹⁴ et consiste un cas de durcissement des sanctions afin de dissuader les potentiels contrevenants. Il s'agit d'une source de rapprochement entre les sanctions à cause de la proximité entre la préservation de l'intérêt général et la dissuasion générale.

Les sanctions pécuniaires constituent également un exemple de sanctions durcies, à la quête de dissuasion générale. Il y a une sorte de finalité préventive des sanctions pécuniaires basée sur l'élévation ou l'augmentation⁴⁹⁵ des sanctions. Cette voie de dissuasion peut passer par l'élévation du montant des sanctions pécuniaires encourues. La Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a déjà rehaussé en 2008 le plafond des amendes qui peuvent être infligées par l'Autorité des marchés financiers aux sociétés ou aux individus qui auraient contrevenu à la loi. L'amende est passée de 1,5 million d'euros à 10 millions d'euros. Elle est reconnue sur le plan national par la Cour d'Appel de Paris⁴⁹⁶ et a également été constatée sur le plan européen⁴⁹⁷.

92. Nécessité d'un durcissement à caractère modéré. Il ne faut perdre de vue que même si le durcissement de la sanction est une mesure qui permettrait d'atteindre l'objectif de dissuasion générale, les sanctions trop élevées peuvent cependant mettre en danger la survie des entreprises sur le marché de la concurrence par exemple. C'est justement pour cette raison qu'un auteur relève que « la base la plus solide pour la théorie de la prévention générale est son

⁴⁹² CJUE, 20 mars 2018, n° C-524/15, *Luca Menci*.

⁴⁹³ La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016.

⁴⁹⁴ Article L. 612-39, alinéa 13 du Code monétaire.

⁴⁹⁵ La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (loi n° 2001-420 du 15 mai 2001) a participé de cette logique en portant de 5 % à 10 % le plafond des sanctions et en modifiant l'assiette de cette dernière. Elle a fait porter celle-ci sur « le chiffre d'affaires mondial de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».

⁴⁹⁶ CA Paris, 16 décembre 2008, décision n° 08-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

⁴⁹⁷ Sur le plan international, il faut déjà souligner que ces sanctions pécuniaires sont également parfois reconnues et exécutées telles des sanctions administratives ou pénales (M. BEHAR-TOUCHAIS, « Travaux du Comité français de droit international privé. La reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires et la règle *Non Bis In Idem* », *Droit international privé, Persée*, 17^{ème} année, 2004-2006. 2008. pp. 165-195).

caractère éminemment plausible du point de vue du bon sens »⁴⁹⁸. En effet, il est logique d'insérer du bon sens dans le processus de prévention par les sanctions. Autrement, on se retrouve souvent dans des situations de discrimination. A ce propos, la Cour de cassation⁴⁹⁹ a déjà relevé une discrimination du fait de l'absence de bon sens dans la nature et la cause d'une prévention⁵⁰⁰ par durcissement contestée devant elle

Aussi, le niveau des amendes doit tenir compte de la capacité des entreprises à payer. Selon les sociologues de l'éducation, le spectaculaire nuit à l'effet instrumental de la sanction. La sanction doit être solennelle mais rester discrète »⁵⁰¹. Il est nécessaire de respecter le juste degré de sévérité. L'efficacité des *amendes* pourrait être limitée par deux facteurs⁵⁰².

Et ceci, sans qu'il soit nécessaire d'écarter la probabilité raisonnable d'une conduite illégale détectable grâce à un développement de la transparence et de la prévisibilité. Elle peut également jouer dans le rendement de sa dissuasion. S'il n'y a pas d'éventualité logique qu'un comportement illégal soit constaté, la prévention n'aura pas de sens.

93. Caractère convaincant de la sanction administrative plus souhaitable pour une meilleure prévention. Ne faut-il pas plutôt opter pour un caractère convaincant de la sanction ? La finalité préventive ne peut être atteinte que lorsque normalement la personne physique est convaincue, avec un certain degré de certitude, que la sanction sera prononcée. Ce qui peut nourrir son intimidation et jouer dans sa résolution à repousser l'infraction ou la déviance. Dans le domaine des sanctions administratives au centre de la politique de la concurrence, il est débattu une concomitance entre une aggravation des sanctions avec le développement de la procédure de clémence, et des procédures négociées comme un contrepoids. Dans la pratique, cela permettra « que la carotte soit plus séduisante, la menace du bâton plus réelle et le coup de

⁴⁹⁸ J. ANDENAES, « Les effets de prévention générale du droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 1978, n° 3, pp. 6 et s.

⁴⁹⁹ L'article 390-1 du Code de procédure pénale.

⁵⁰⁰ Crim., 30 mars 2016, pourvoi n° 14-88.355, *Inédit*.

⁵⁰¹ M. MEKKI, *Considérations sociologiques sur le droit des sanctions*, in *Les sanctions en droit contemporain*, éd. Dalloz, Coll. « l'esprit du droit », 2012, p. 59 ; C'est ainsi que dans plusieurs affaires, la Cour d'Appel fait fi de la méthode de calcul utilisée par l'Autorité et utilisera sa liberté de réévaluer la sanction sur la base des critères généraux fixés.

⁵⁰² En premier lieu, il peut être impossible d'infliger des amendes qui soient suffisamment élevées pour dissuader efficacement des personnes physiques de participer à des atteintes, pour des raisons similaires à celles qui suggèrent que les amendes infligées aux sociétés ne constituent pas, à elles seules, des armes de dissuasion suffisante. La détermination des paramètres d'une amende « optimale » sera généralement plus difficile encore dans le cas d'une personne physique que dans celui d'une société.

bâton plus fort »⁵⁰³. C'est d'ailleurs assez intéressant puisque ce qu'on déplore souvent c'est l'aspect fictif, abstrait et quasiment douteux de la menace que devrait procurer la sanction.

Dans cette lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, les autorités de la concurrence, brandissent la menace de la sanction financière comme « une arme ayant un effet tout à la fois préventif, dissuasif et rétributif »⁵⁰⁴ qui a consacré une hausse du plafond global des sanctions pécuniaires et l'introduction de procédures alternatives. Le législateur a clairement voulu renforcer le caractère dissuasif des sanctions pécuniaires. Et cela, pour concrétiser le caractère convaincant de la sanction.

Par illustration, la perspective de faire un séjour en prison sera l'argument dissuasif le plus puissant pour les cadres de sociétés qui envisagent de conclure un accord d'entente⁵⁰⁵. Il est moins certain que d'autres sanctions contre des personnes physiques auront des effets dissuasifs aussi puissants. Nous pensons aux amendes (pénales et non pénales), à l'interdiction d'exercer les fonctions de dirigeant d'une société cotée en bourse, à l'obligation d'accomplir des travaux d'intérêt général et à l'obligation de publier l'infraction commise à la législation sur la concurrence⁵⁰⁶.

Somme toute, l'efficacité dans la dissuasion – assimilée à un principe⁵⁰⁷ – est une réelle aspiration en matière de sanctions administratives. Et les règles de transparence et de prévisibilité donnent tant bien que mal des chances d'atteindre la finalité préventive générale aspirée par la sanction administrative. Cependant, les domaines d'intervention des autorités de régulation semblent être les plus impliquées dans ces méthodes, bien que nous ne puissions en mesurer l'effectivité.

⁵⁰³ A. M. TERCINET, « La sanction, instrument au service de l'efficacité de la politique de concurrence », *Revue Lamy de la concurrence*, 1^{er} avril 2015, n° 43.

⁵⁰⁴ Pour 2013, l'Autorité de la concurrence en France annonce dix (10) sanctions dont le montant total a atteint 160 557 620 euros, alors qu'en 2012, les 13 sanctions portaient sur un montant de 540,6 millions d'euros. Pour 2014, l'Autorité annonce 3 décisions rendues cumulant un montant de 55 220 000 euros et d'importants dossiers à l'étude d'ici la fin de l'année 2014, dans les secteurs de la grande consommation (Affaire *Nespresso*), de l'énergie, et de la santé. Table ronde de l'OCDE en 1997, Guy CANIVET), elles sont toujours confrontées à la difficulté d'en fixer un montant adapté, proportionné et individualisé pour garantir son efficacité dans les respects des droits fondamentaux. En France, la recherche d'une plus grande efficacité de la sanction est constante depuis la loi NRE du 15 mai 2001 (Loi n° 2001-420, 15 mai 2001) relative aux nouvelles régulations économiques.

⁵⁰⁵ A. REINDL, « 2. Note de référence », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007, n° 3, vol. 9, pp. 17-37 et s.

⁵⁰⁶ Un commentateur a par exemple estimé que seules des peines de prison auraient des effets dissuasifs suffisamment forts. Wouter Wils, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require not only Fines on Undertakings but also Individual Penalties, in particular Imprisonment? in *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (Ehlerman and Atanaiu eds. 2001).

⁵⁰⁷ A. ANTOINE, J.-F. CALMETTE, « La sanction administrative des pratiques anticoncurrentielles à la suite de l'affaire du Cartel et de l'acier », *op. cit.*

En termes d'effectivité, il existe un besoin d'accentuation de la finalité préventive générale de la sanction, d'ailleurs même en droit pénal⁵⁰⁸. Ainsi, même si la prévention générale a besoin d'être renforcée aussi bien par la sanction pénale que par les sanctions administratives, il n'y a pas de doute que le niveau de dissuasion n'est pas le même. Toujours est-il qu'accentuation de la sanction ne rime pas forcément avec durcissement absolu. Le durcissement doit être modéré et pourquoi pas, laisser place à des sanctions plus convaincantes, afin de favoriser la dissuasion générale. Tous ces points montrent qu'à travers la recherche de la dissuasion générale par la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition, elles ne sont, en réalité, pas séparées absolument. La séparation entre elles n'est que relative.

A présent, il est important d'évaluer les rapports entre la sanction pénale et les autres sanctions ayant le caractère d'une punition sur la base de cette même finalité préventive générale.

§ 2 : Une séparation nette de la sanction pénale et des autres sanctions ayant le caractère d'une punition

94. Les autres sanctions ayant le caractère d'une punition aspirent-elles à la finalité de prévention générale comme la sanction administrative, à l'image de la sanction pénale ? Trouver des réponses à cette interrogation nécessite de considérer la sanction pénale et les sanctions disciplinaires (A) puis la sanction pénale et les sanctions fiscales et civiles punitives (B).

A. FINALITÉ PRÉVENTIVE GÉNÉRALE DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES

95. Caractère préventif du droit disciplinaire. Les sanctions disciplinaires ont un but dissuasif conforté par le caractère préventif du droit disciplinaire. Ce caractère est accentué par les diverses réformes⁵⁰⁹.

En effet, de cette finalité préventive des sanctions disciplinaires découle la sécurité publique et l'équilibre de la garantie collective. Ce sont par exemple, la "curatelle", la "suspension provisoire" et la "démission d'office".

96. La finalité préventive des sanctions dans le domaine notarial. La prévention générale consiste à veiller à la sécurité de la société, de la collectivité et de façon plus restreinte à la sécurité des clients et au bon fonctionnement des offices, selon qu'il s'agit de la sanction pénale ou de la sanction disciplinaire – prononcée dans le domaine notarial. Les

⁵⁰⁸ B. ANCEL, « Le défi des violences conjugales au XXI^e siècle : justice restaurative ou punitive ? » *op. cit.*

⁵⁰⁹ La loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques et son décret d'application n° 2004-1304 du 26 novembre 2004 ont modifié, respectivement, l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 et le décret n° 45-117 du 19 décembre 1945 sur le statut du notariat.

peines disciplinaires proprement dites ne sont, en effet, pas dénuées d'une préoccupation de prévention⁵¹⁰. La finalité concernant une préservation des intérêts de la collectivité est toujours mise en avant. Tout se passe dans le respect de cette finalité de prévention du droit disciplinaire. Ainsi, une suspension provisoire peut être prononcée à l'encontre du notaire⁵¹¹ à cause de l'exercice de poursuites pénales ou disciplinaires diligentées contre ce dernier. Cette mesure est alors destinée à mettre fin à l'activité professionnelle du notaire poursuivi. Et ceci, sans attendre le résultat de la procédure en cours afin d'éviter que son comportement n'aggrave la situation de l'office au point de la rendre irrémédiable⁵¹².

97. Le domaine du droit du travail : la finalité préventive des sanctions par exemplarité. En droit du travail par exemple, lorsqu'un salarié n'applique pas ou n'observe pas une consigne imposée pour des raisons de sécurité ou de santé, il méconnaît l'obligation de sécurité qui lui est faite par l'article L. 4122-1 du Code du travail. Il commet, de ce fait, une faute qui peut justifier une sanction disciplinaire. De ce point de vue, la sanction mise sur l'exemplarité. Et cette exemplarité rejoint finalement la fonction de prévention générale de la sanction disciplinaire.

98. Prévention générale des sanctions disciplinaires dans le domaine sportif. La finalité de dissuasion générale s'invite aussi dans les sanctions disciplinaires prononcées dans le domaine des clubs de football. Ces derniers peuvent subir ces sanctions, pour les faits de leurs supporters. En effet, selon la réglementation de l'Union européenne des associations de football (UEFA)⁵¹³, une responsabilité objective par les clubs, pour les faits de leurs supporters, poursuit une finalité préventive et dissuasive. Son objet est de faire supporter par le club la responsabilité des actes fautifs de son public. L'objectif poursuivi par ces sanctions disciplinaires est d'inciter chaque club à prendre les mesures nécessaires pour éviter les troubles causés par ses supporters. L'idée d'une finalité préventive générale des sanctions disciplinaires prononcées dans ce domaine y est retrouvée. Peut-on l'espérer également à travers les sanctions civiles punitives et les sanctions fiscales ?

⁵¹⁰ *J.-Cl. Notarial*, Formulaire, V° Notariat, fasc. 32.

⁵¹¹ C'est une institution originale créée par l'ordonnance du 28 juin 1945 (article 32), modifiée par la loi du 25 juin 1973.

⁵¹² Trib. civ. Bordeaux, 20 déc. 1950 : *JCP N*, 1951, II, 6.019, note Courrégelongue. ; TGI Versailles, 9 décembre 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, I, p. 64.

⁵¹³ L'article 6 du règlement disciplinaire de l'UEFA, édition 2002.

B. FINALITÉ PRÉVENTIVE GÉNÉRALE DES AUTRES SANCTIONS AYANT LE CARACTÈRE D'UNE PUNITION

99. Finalité préventive générale restreinte des sanctions civiles. Les sanctions civiles punitives sont « des mesures de nature à la fois préventive et punitive » tout comme la sanction pénale, reconnaît la jurisprudence⁵¹⁴. C'est le cas des sanctions professionnelles prévues par les dispositions des articles L. 653-3 à L. 653-5 du Code de commerce⁵¹⁵. Mais, la réalité est tout autre, dans d'autres domaines faisant intervenir aussi les sanctions civiles punitives.

L'amende civile proposée par le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et supprimée⁵¹⁶ avec la proposition de loi sectorielle du 29 juillet 2020⁵¹⁷ nous aurait sans aucun doute convaincu de sa finalité préventive. Sa coloration pénale était reconnue dans le texte qui l'érigait et il y avait cette possibilité de déclenchement des poursuites par le ministère public contre la personne auteur de la faute lucrative. L'importance de souligner cette finalité préventive – bien qu'éliminée se décrit par le fait que cette amende civile aurait véritablement pu être un instrument dissuasif essentiel à la responsabilité civile⁵¹⁸. L'avenir donnera peut-être raison à cette entreprise aujourd'hui écartée par la loi sectorielle du 29 juillet 2020, qui sait ?

Également, en matière de contrefaçon, de nouvelles règles d'évaluation des dommages-intérêts⁵¹⁹ ont été posées. Et les juges ont, de ce fait, penché l'évaluation de ces dommages-intérêts parfois vers un régime compensatoire, punitif ou dissuasif⁵²⁰. Ainsi des condamnations dissuasives seront aussi prononcées pour décourager d'éventuelles pratiques de contrefaçon. Parfois le juge pourrait aller plus loin en allouant à la victime une partie des bénéfices du contrefacteur afin d'augmenter l'effet dissuasif. Est-ce réellement des sanctions à nature punitive ? En réalité, on a l'impression de tomber sur une dissuasion assignée à des réparations civiles même si la qualification de peine privée est employée⁵²¹.

Ainsi, bien qu'elle ait été attestée par la jurisprudence dans un domaine donné, la finalité préventive des sanctions civiles punitives a du mal à être appréciée, évaluée à cause de la rareté des domaines où elles sont réellement prévues.

⁵¹⁴ Crim., 9 décembre 2020, *préc.*

⁵¹⁵ T. MONTERAN, « Les sanctions professionnelles exclues du périmètre de la transaction prévue à l'article L. 642-24 du Code de commerce », *op. cit.* ; C. ROBACZEWSKI, « Les sanctions pénales dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*

⁵¹⁶ Voy., *supra*, note n° 197.

⁵¹⁷ *Idem.*

⁵¹⁸ Voy., en ce sens, N. FOURNIER DE CROUY, « La fonction normative de l'amende civile », *op. cit.*

⁵¹⁹ La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

⁵²⁰ G. HENRY, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Communication Commerce électronique*, n° 1, Janvier 2009.

⁵²¹ *Idem.*

100. Finalité préventive générale évidente des sanctions fiscales. La fraude fiscale connaît aujourd'hui un champ d'application générale, grâce à l'article 1741 du code général des impôts. Si l'incrimination de la fraude fiscale est justifiée⁵²², sa répression pénale non seulement protège et préserve les intérêts du Trésor, mais également raffermir le consentement à l'impôt et l'égalité des citoyens devant ce devoir. Il importe de le rappeler pour comprendre la déclaration suivante du Conseil constitutionnel. « Les dispositions de l'article 1729 comme les dispositions contestées de l'article 1741 permettent d'assurer ensemble la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive »⁵²³. La finalité dissuasive de la sanction, en la matière, est alors évidente. De cette même déclaration, on peut imaginer que c'est la complémentarité de la sanction fiscale – majorations prévues par l'article 1729 du Code général des impôts – par la sanction fiscale qui dissuade forcément. Ce n'est cependant pas tout à fait le cas. Cette ressemblance des finalités – répressive et dissuasive – a poussé le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2016-545 QPC, *M. Alec Wildenstein et autres* et n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme Cahuzac* du 24 juin 2016 à les utiliser de manière cumulée. En plus, les sanctions fiscales visées sont avant tout des sanctions fiscales punitives⁵²⁴ ; donc dotées de leur propre finalité préventive à l'image de celle de la sanction pénale⁵²⁵.

En conclusion de cette section, l'objectif de dissuasion générale que présente la sanction pénale semble se retrouver beaucoup plus dans les sanctions administratives. C'est peut-être grâce aux modes de prévention générale utilisés dans cette branche du droit. Certes, le durcissement reste une méthode de dissuasion sensible faisant appel à une certaine modération. La transparence et la prévisibilité adoptées notamment dans le domaine de la concurrence ou dans le domaine boursier conduisent néanmoins à une prévention générale à peu près semblable à celle de la sanction pénale. Cela n'efface en rien le renforcement nécessité de la finalité préventive des sanctions administratives.

Quant aux autres sanctions, leurs finalités préventives se rapprochent plus ou moins de celle de la sanction pénale, mais, elles sont difficiles à évaluer, à apprécier pour les raisons évoquées. Toutefois, dans ce lot, les sanctions disciplinaires font néanmoins la différence, par leur finalité

⁵²² Ceci s'explique naturellement par la nécessité de garantir efficacement l'établissement et le recouvrement de l'impôt, lequel poursuit en amont des objectifs d'intérêt général : financement de l'action de l'État et des collectivités territoriales, impulsion de politiques publiques, protection de l'économie, redistribution des richesses, etc.

⁵²³ *Idem.*

⁵²⁴ C. SOURZAT, « Essai d'une analyse des rapports entre procédures fiscale et pénale », *op. cit.*

⁵²⁵ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

préventive qui découle du droit disciplinaire lui-même et qui les rapproche de la sanction pénale, comme le sont également les sanctions administratives. C'est finalement une réelle variation de la séparation entre la sanction pénale et les autres sanctions ayant le caractère d'une punition qui ressort de la confrontation de leurs finalités préventive générale.

Toutefois, nos appréhensions se dirigent plutôt vers la cible de la finalité de prévention générale des sanctions. La vraie cible, les véritables personnes ayant une attirance pour les infractions ne sont que faiblement touchées par cette intimidation, malheureusement⁵²⁶. Des études en criminologie soulignent que les « vrais fraudeurs », en raison de leurs prédispositions aux manquements professionnels, demeurent ordinairement insensibles aux châtiments qu'ils risquent de subir du fait de leurs comportements⁵²⁷. En conséquence, dans ces cas-là, il semble illusoire de compter seulement sur la dissuasion générale pour prévenir les comportements déviants. D'où il faudrait à présent se tourner vers les possibilités de prévention spéciale des sanctions – pénales et extra-pénales – tournée vers chaque délinquant, afin d'y distinguer les sanctions.

Section 2 : La prévention spéciale des sanctions

101. La seconde forme de dissuasion des sanctions est la dissuasion spéciale⁵²⁸. Cette forme de dissuasion se manifeste contre la récidive en empêchant celui qui a mal agi de recommencer⁵²⁹. Avant tout, une finalité semble être reconnue véritablement et prioritairement à la sanction pénale – au sens de la peine. En tout cas, littéralement, le texte de l'article 130-1 du Code pénal ne concerne que les peines⁵³⁰.

En droit pénal, elle prend souvent en compte le second point des fonctions de la peine énumérées de l'article 130-1 du Code pénal : « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Ce point est très important. Il nous annonce une finalité de prévention spéciale de la peine à l'égard d'une personne qui avait déjà fait l'objet d'une condamnation, en vue de la transformer, de modifier son comportement et d'assurer sa réinsertion sociale. Cette idée est-elle adaptée à la fois aux deux notions juridiques de personne physique et de personne morale ?

⁵²⁶ De divers travaux qui découlent de l'analyse des résultats de cette fonction, on remarque que « la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'a pas été utile.

⁵²⁷ R. GASSIN, P. BONFILS, S. CIMAMONTI, *Criminologie*, éd. Dalloz, 7^e éd., 2011.

⁵²⁸ Voy., *infra*, n° 99 et s.

⁵²⁹ *Idem*.

⁵³⁰ Ce qui exclut par conséquent les autres sanctions prononcées par le juge pénal : les mesures de sureté (Voy., *supra*, n° 14 ; Voy., aussi, A. CHOUVET-LEFRANÇOIS, « Les finalités de la sanction en droit pénal », *op. cit.*, p. 17.

Cette question est particulièrement intéressante pour la suite de notre démonstration parce qu'une bonne partie des sanctions ayant le caractère d'une punition est prononcée contre des personnes morales.

Dans tous les cas, c'est de la finalité préventive spéciale de la peine que nous allons partir pour analyser celle des sanctions ayant caractère de punition. L'objectif de prévention spéciale est officiellement reconnu à la sanction pénale uniquement – sans que son effectivité ne soit absolument démontrée⁵³¹. Une chose est certaine : la reconnaissance de la prévention spéciale à la sanction pénale seulement (§ 1) crée une dissemblance entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition (§ 2).

§ 1 : Une reconnaissance de la prévention spéciale à la sanction pénale

102. Prévention à caractère individuel. Comme l'indique l'expression, la prévention spéciale peut être considérée comme l'aptitude de la sanction à empêcher l'individu qui en est frappé de commettre de nouvelles infractions dans l'avenir. L'espoir est davantage placé dans la prévention spéciale lorsque la prévention générale n'a pas été atteinte et signifie que le rendement, l'efficacité de la peine n'est plus envisagée à l'égard du public en général mais d'un délinquant en particulier. Il constitue l'espoir « que le délinquant reviendra sur le bon chemin et sera dissuadé de recommencer »⁵³² et suppose qu'il y a eu un premier jugement de condamnation. Il ressort un caractère spécifique de cette finalité liée à un individu identifié et ciblé. Elle peut prendre plusieurs formes comme l'amendement⁵³³, la resocialisation⁵³⁴, et la réinsertion⁵³⁵ ou la neutralisation⁵³⁶. Elle sert, par conséquent, à prévenir le comportement ou l'acte illicite d'autrui, à resocialiser la personne identifiée, à l'éduquer en quelque sorte. Ce qui favorisera son amendement, sa réinsertion dans la société. Il est question de la finalité de prévention individuelle par élimination ou par amendement.

Cette individualisation très poussée de la sanction pénale consiste à réserver aux éléments dangereux des mesures de sûreté rigoureuses parfois éliminatoires. Pour ceux qui ne présentent aucun danger pour la société, comme les criminels passionnels⁵³⁷, d'après Lombroso, aucune sanction n'est nécessaire, le remords qu'ils éprouvent suffit.

⁵³¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 1058 ; Voy., infra, n° 118.

⁵³² E. DREYER, *lot cit.*, p. 938.

⁵³³ E. DREYER, *lot cit.*, p. 1061 ; E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., pp. 216 et s.

⁵³⁴ E. DREYER, *lot cit.*, pp. 1063 et s.

⁵³⁵ E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., pp. 225 et s.

⁵³⁶ E. DREYER, *lot cit.*, p. 1060 ; E. BONIS, V. PELTIER, *lot cit.*, pp. 235 et s.

⁵³⁷ R. GASSIN, P. BONFILS, S. CIMAMONTI, *Criminologie*, op. cit., p. 189, n° 219.

Plusieurs auteurs se posent des questions sur la justesse de ces finalités de la peine. Doit-on accepter sans réserve cette condamnation de l'idée de la peine⁵³⁸ ? Toujours est-il qu'on ne peut pas ignorer ou renoncer que cette finalité préventive spéciale constitue d'une part un frein à l'ardeur du délinquant et un moyen d'éviter à l'auteur de l'infraction de récidiver. D'autre part, les mesures prononcées ont pour but de créer le doute et l'intimidation dans la tête du délinquant.

103. Finalité de prévention individuelle : personne physique et personne morale ? La finalité de prévention individuelle qui consiste alors à changer le comportement d'une personne et à la resocialiser est-elle adaptable aux peines prononcées à l'encontre des personnes morales ? Autrement dit, la sanction pénale est-elle dissuasive à l'égard des personnes physiques et des personnes morales ? Certains auteurs n'y voient aucun problème et pensent qu'on peut tout à fait modifier par voie persuasive le comportement des personnes morales⁵³⁹. D'autres, plus méfiants, n'oublient pas de soulever que les personnes morales restent des « créatures abstraites »⁵⁴⁰, même si dotées d'un statut juridique. Justement, y a-t-il une volonté, une conscience propre susceptible d'être domptée, changée, améliorée ? La responsabilité pénale des personnes morales est-elle une responsabilité autonome, détachée de celle d'une personne physique ? La jurisprudence, approuvée par la doctrine⁵⁴¹, a déjà répondu négativement en évoquant l'expression d'une responsabilité reflet de cette personne physique⁵⁴². En tout cas, cette difficulté d'adaptation de la finalité préventive individuelle aux personnes morales s'annonce problématique pour les sanctions ayant le caractère d'une punition. Elle l'est notamment pour les sanctions civiles punitives prononcées sur la base de l'article L. 442-6 du Code de commerce afin de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence des entreprises.

104. Cas de la finalité préventive spéciale des peines d'emprisonnement. L'exécution des peines d'emprisonnement est rattachée à un régime de détention pour une finalité largement préventive. L'objectif est d'insérer et de réinsérer la personne détenue. Grace à ce régime de détention développé dans ces établissements, plusieurs modalités sont déployées. Il s'agit par exemple de la prévention de la promiscuité au sein de maisons d'arrêt surencombrées,

⁵³⁸ A. ALQUIER, *Les peines privatives de liberté et les mesures de sureté dans l'avant-projet et le projet de Code pénal français*, thèse, éd. GAP, 1934, p. 74.

⁵³⁹ G. LEVASSEUR, « Sanctions pénales et personnes morales », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1975-1976, p. 713.

⁵⁴⁰ A. CHOUVET-LEFRANÇOIS, « Les finalités de la sanction en droit pénal », *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴¹ B. BOULOC, « Généralités sur les fonctions applicables aux personnes morales », *RDS*, 1993, pp. 327 et s.

⁵⁴² Crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-83.466, *Bull. crim.*, n° 161, obs. J.-H. ROBERT, *Dr. pén.*, 2002.

l'insistance sur la dimension pédagogique d'une incarcération courte. Cette dernière modalité doit permettre, d'une part, "un retour de la personne condamnée sur elle-même" et, d'autre part, permettre chez elle "une prise de conscience" et lui "offrir un nouveau départ"⁵⁴³. Cependant, la réalisation de cette possibilité est évidemment substituée à une soumission du détenu affecté dans le centre de se soumettre à un règlement de détention strict et contrôlé par le personnel pénitentiaire. C'est une façon de réellement responsabiliser le détenu.

Il y a également la modalité de prévention de la désocialisation qu'entraîne l'incarcération. Une chance est accordée au détenu de continuer à travailler en étant incarcéré. Ce dernier s'engage à suivre un ou plusieurs programmes éducatifs axés sur l'apprentissage de la citoyenneté.

Enfin, l'architecture des centres pour peines aménagées associe un hébergement carcéral et des espaces collectifs pour la mise en œuvre de programmes éducatifs de prévention de la récidive. Tout ceci concourt à la concrétisation d'une finalité de prévention spéciale de la sanction pénale qui assure un meilleur avenir au criminel après l'exécution de sa peine et ce, grâce à cette peine aménagée. Dans cette logique de rendre la peine d'emprisonnement éducative et utile, l'article 35 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 prévoit désormais que "les condamnés" peuvent bénéficier de visite "au moins une fois par semaine". Sachant que ce même article précise que "l'autorité administrative ne peut refuser de délivrer un permis de visite aux membres de la famille d'un condamné, suspendre ou retirer ce permis que pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions". On remarque que l'objectif de prévention des peines d'emprisonnement est quand même bien encadré.

Par ailleurs, la peine de prison est celle à qui est très souvent assigné l'objectif de prévention spéciale *négative*. C'est l'un des deux sous-objectifs de la finalité préventive spéciale qu'il convient nécessairement de présenter.

105. La finalité de prévention spéciale *négative*. Elle comprend toutes les dispositions et mesures qui vont servir à empêcher la récidive en excluant le condamné de la société. Ceci, dès qu'une sanction pénale telle qu'une peine d'emprisonnement est prononcée contre un individu. Elle constitue une neutralisation de l'auteur de l'infraction condamné.

⁵⁴³ Bulletin officiel du ministère de la Justice, SCICOM, 27 avril 2005.

Plusieurs dispositions sont alors prises dans ce sens. Ainsi, sous le regard de l'administration pénitentiaire, l'exercice des droits du détenu peut faire l'objet de plusieurs restrictions y compris celles résultant de la prévention de la récidive⁵⁴⁴.

Une affaire décrit bien l'importance de la technique de restriction des droits favorable à la finalité préventive spéciale de la sanction. Cette affaire est relative à une revendication du droit à l'emploi par un détenu. Au sein de l'établissement pénitentiaire de Poitiers Vivonne, ce dernier a formé devant le tribunal administratif un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision de déclassement de l'emploi d'opérateur. Il occupait cet emploi au sein des ateliers de cet établissement. À l'appui de son recours, il a posé une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'article 33 de la loi du 24 novembre 2009 et le dernier alinéa de l'article 717-3 du Code de procédure pénale. Le Conseil constitutionnel a donc, dans sa décision, rajouté 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 favoriser⁵⁴⁵ l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion⁵⁴⁶. Les restrictions contestées ont alors été approuvées. Ce qui explique la priorité de la neutralisation favorable à l'élargissement de la finalité préventive spéciale.

Est-il alors possible de concéder ce sous-objectif de la finalité préventive spéciale aux sanctions ayant le caractère d'une punition ? Logiquement, il s'avère difficile d'empêcher une personne morale de récidiver en l'excluant de la société. Peut-être que la prévention spéciale positive pourra être atteinte par quelques sanctions dans le rang des sanctions ayant le caractère d'une punition.

106. La finalité de prévention spéciale positive. Le second sous-objectif de la dissuasion spéciale est la finalité de prévention spéciale positive. Elle vise la réinsertion sociale du condamné. Dans les systèmes de droit pénal respectant les règles pénales telle que la prescription, la sanction pénale est beaucoup plus propice à une prévention spéciale positive. L'objectif étant de préparer l'auteur de l'infraction à mener une vie dans le respect de la loi au

⁵⁴⁴ Conseil constitutionnel, 25 septembre 2015, décision n° 2015-485 QPC, *M. Johny M. [Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires]*, considérants n°s 9 à 11.

⁵⁴⁵ Conseil constitutionnel, 29 avril 2004, décision n° 2004-494 DC, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, considérants n°s 16 à 18 ; Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, décision n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et de la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, considérant n° 2.

⁵⁴⁶ Conseil constitutionnel, 20 janvier 1994, *préc.*, considérant n° 12.

sein de la société, une fois libéré⁵⁴⁷. Il s'agit de la resocialisation. Il y a un lien entre l'amendement et cette resocialisation. Le condamné doit donc normalement être en mesure de reconnaître la gravité de son acte et manifester son souhait de ne plus recommencer : ceci sera favorable à sa réintégration dans la société.

Ce qui nous renseigne largement sur l'importance que le Conseil constitutionnel⁵⁴⁸ accorde également à la finalité de prévention spéciale de la peine, à l'égard du détenu. Le fait d'affirmer que l'exécution des peines privatives de liberté a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné. Il consiste également à favoriser l'amendement du détenu et préparer sa réinsertion. Tout ceci nous conforte dans notre compréhension. La sanction pénale ayant effectivement cette finalité de prévention spéciale positive comme négative que sont la réinsertion sociale et l'amendement.

107. Finalité de prévention spéciale positive atteignable par certaines sanctions ayant le caractère d'une punition. L'idée principale est de permettre à l'individu de reconnaître la gravité de son acte et de ne plus recommencer. Peut-on concéder cette finalité aux sanctions ayant le caractère d'une punition ? Il est difficile de parler d'office d'une aspiration à une insertion et à une réinsertion grâce à une sanction civile punitive, disciplinaire, ou administrative. Cependant, certaines sanctions administratives ciblant des personnes morales peuvent conduire à un effet de dissuasion spéciale positive. L'exemple des sanctions administratives négociées peut être convaincant.

En effet, dans le droit pénal et administratif moderne appliqué à la vie des affaires, des sanctions pénales ou para-pénales peuvent être négociées entre les entreprises et les autorités administratives. Ces transformations très contemporaines affectent certainement la discipline des entreprises mondiales par le droit des Etats⁵⁴⁹.

Ainsi, l'affichage de sanctions comme le retrait de licence professionnelle crée un « climat d'incertitude et de risque juridique »⁵⁵⁰ qui produit un effet de contrainte sur l'opérateur économique. Cette sanction contribuera à l'intimider, à le dissuader.

⁵⁴⁷ La Cour s'est ralliée au consensus international portant sur l'obligation d'œuvrer à la réinsertion des condamnés à des peines d'emprisonnement, qui se fonde, entre autres, sur l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 5 § 6 de la Convention américaine des droits de l'homme et l'article 40 § 1 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (CEDH, 9 juin 2013, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, §§ 113-118, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*).

⁵⁴⁸ Conseil constitutionnel, 29 avril 2004, *préc.*

⁵⁴⁹ L. D'AVOUT, « Sanctions négociées. La nouvelle discipline étatique des entreprises Mondiales », in *Droits*, 2016, n^{os} 2 et 64, pp. 73-96.

⁵⁵⁰ *Idem.*

En réalité, avec cette nouvelle tendance de sanctions négociées développée d'ailleurs beaucoup plus aux Etats-Unis, la logique est simple. La répression apparaît plus douce et la menace de punition est plus grande et plus intense. L'effet contraignant est beaucoup plus réel et fait que l'opérateur économique ou l'entreprise prend davantage de dispositions nécessaires. Et c'est bien ce qu'affirme un spécialiste de la procédure pénale. Pour lui, ces nouveaux systèmes poussent l'entité poursuivie à passer d'une « défense-résistance aux poursuites » à une « défense-coopération » et « anticipation »⁵⁵¹. On pourrait dire qu'il y a plus d'anticipation, de prévision qui n'est qu'une conséquence de la dissuasion, de la menace qui plane sur ces entités⁵⁵².

Force est donc de constater que si la sanction pénale remplit l'objectif de prévention spéciale adressée à une personne spécifique, les sanctions ayant le caractère d'une punition sont pratiquement rares en la matière. Même si heureusement l'un des sous-objectifs de cette finalité semble s'ouvrir à quelques sanctions administratives. Une dissemblance entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition se laisse apercevoir.

§ 2 : La dissemblance des sanctions

108. Circonstances de freinage de la finalité préventive spéciale. Si la prévention spéciale de la sanction pénale est bien un but perceptible, son intégration reste difficile pour la plupart des sanctions ayant le caractère d'une punition. Qu'en est-il de l'effectivité de cette finalité des deux côtés. D'abord, dans la pratique, plusieurs circonstances freinent le rendement de la prévention spéciale. Le cout élevé des dispositifs d'insertion et de réinsertion de la peine d'emprisonnement constitue un exemple. Certes, cette sanction pénale est fortement dissuasive, mais il faut reconnaître qu'elle reste couteuse⁵⁵³.

Également, la prévention spéciale qu'elle soit positive ou négative n'est cependant pas adaptée à un système purement rétributif ; en l'occurrence s'il vise à punir à tout prix l'auteur de

⁵⁵¹ A. MIGNON-COLOMBET, « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ pénal*, 2015, pp. 346 et s.

⁵⁵² C'est le cas dans certaines affaires transigées ou négociées aux Etats-Unis à peu près ces dix dernières années : Affaire *Siemens*, réglé en 2008 sur le fondement des atteintes à la réglementation américaine anticorruption (E. DAOUD, C. LE CORRE, « La conformité des entreprises en matière de lutte anticorruption », *AJ pénal*, 2015, pp. 349 et s.).

Sur le site internet du « Department of Justice », on dénombre plus d'une vingtaine d'affaires résolues entre 2006 et 2015. Pour marquer un effet de contraste, on relira Mme DELMAS-MARTY et M. TIEDEMANN (M. DELMAS-MARTY et K. TIEDEMANN « La criminalité, le droit pénal et les multinationales », *JCP*, 1979, 1, 2935 évoquant la première affaire internationale en matière de corruption (*Lockheed aircraft*, ayant conduit aux premiers travaux de l'OCDE en la matière) et décrivant sinon la « pauvreté du matériau » jurisprudentiel.

⁵⁵³ A. M. TERCINET, « La sanction, instrument au service de l'efficacité de la politique de concurrence », *op. cit.*

l'infraction ou de la faute, en ignorant la prescription. Cette position est celle de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle parle par exemple de la nature de la prescription pénale⁵⁵⁴. Ce frein à la dissuasion spéciale de la sanction peut s'observer dans l'ensemble du droit répressif.

109. Efficacité de la finalité préventive spéciale soumise au respect de la prescription.

En réalité, dans un système de sanction purement rétributif, aucune règle de prescription n'a sa place alors que tant la préparation de l'auteur de l'infraction à une resocialisation que sa neutralisation – réductrice du risque de récidive – en dépendent. Si aucune règle de prescription pénale n'est respectée, on risque alors de ne pas atteindre ces objectifs. C'est-à-dire qu'au regard de la finalité de prévention spéciale, il est contreproductif d'infliger une sanction pénale à l'auteur d'une infraction de nombreuses années après les faits. Sa situation personnelle aurait déjà changé. En outre, la punition tardive de l'accusé est en soi incompatible avec l'objectif de la prévention spéciale négative. L'écoulement du temps n'a en réalité pas seulement pour conséquence d'affaiblir l'effet dissuasif d'une sanction. Il le réduit à néant.

Ainsi, le défaut de règle de prescription constitue une limite à la prévention spéciale positive et à la prévention spéciale négative. Cependant, en droit pénal, les délais de prescription sont prévus par les lois relatives à la prescription de l'action publique⁵⁵⁵ et à la prescription des peines⁵⁵⁶, contrairement en droit répressif. Cette règle semble en effet inexistante en droit répressif extra-pénal⁵⁵⁷.

110. Efficacité de la finalité préventive spéciale incompatible avec l'insécurité juridique des sanctions essentiellement rétributives. En dehors de l'incompatibilité des finalités légitimes de la société avec la notion d'infraction imprescriptible, le principe de la sécurité juridique va également dans le sens du respect du délai de prescription. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, ce principe de la sécurité juridique va encore plus loin dans l'exigence du délai de prescriptibilité⁵⁵⁸. En effet, la Cour exige que, passé un certain temps, le

⁵⁵⁴ CEDH, 17 septembre 2014, n°s 10865/09, 45886/07, 32431/08, *Mocanu et autres c/ Roumanie*.

⁵⁵⁵ Les délais de prescription de l'action publique sont fixés en fonction de la classification tripartite des infractions. Et compte tenu de la réforme du 27 février 2017 (La loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale ; Crim., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-80.091, *Bull. crim.*, n° 110), il s'agit d'un délai d'un an en matière contraventionnelle (Article 9 du Code de procédure pénale), 6 et 20 ans (Articles 8, alinéa 1^{er} et 7 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale) pour les délits et crimes.

⁵⁵⁶ Mécanisme légal qui empêche l'exécution de la peine (Articles 133-1 ; 133-2 ; 133-4 du Code pénal) ; C. TZUTZUIANO, *L'effectivité de la sanction pénale*, préf. S. CIMAMONTI, éd. LGDJ, coll. Bibliothèques des sciences criminelles, t. 67, 2020.

⁵⁵⁷ Voy., *infra*, n° 109.

⁵⁵⁸ *Idem*.

suspect ne soit plus inquiété et que la menace permanente de l'action publique qui pèse sur lui soit levée. Ce qui s'explique par le fait que « quel que soit le degré de responsabilité de l'état dans le retard apporté à une enquête pénale, le droit de la société de poursuivre le suspect perd un jour ou l'autre sa légitimité »⁵⁵⁹. Autrement, on se retrouverait face à un rétributivisme aveuglant basé sur une justice absolue et illusoire. Elle constitue alors une limite à l'efficacité de la prévention spéciale des sanctions.

111. Imprécision de la finalité préventive spéciale des sanctions ayant le caractère d'une punition : l'exemple des sanctions administratives. En ce qui concerne les sanctions ayant le caractère de punition, les chances de prévention spéciale sont réduites. Dans ses conclusions contre l'Arrêt *Commission contre Grèce*⁵⁶⁰, l'avocat général affirme qu'« elle soit pénale ou administrative, la sanction est un instrument juridique qui a pour objet primordial de punir, en châtiment de comportements répréhensibles condamnés par la règle juridique applicable, à des fins de prévention générale et spéciale »⁵⁶¹. La prévention attendue de la sanction administrative est négligée. Si nous avons eu l'occasion d'étudier la finalité préventive générale de la sanction administrative, la prévention spéciale par cette sanction à l'égard d'un administré n'est pas tellement développée.

Cependant, le fait qu'un Etat membre de l'Union européenne ait la possibilité d'ajouter des dispositions pénales à la réglementation communautaire consacrant des sanctions de nature civile et administrative⁵⁶² peut être bénéfique. Le renforcement de l'application, dans le respect des garanties qui président l'exercice de tout pouvoir de sanction⁵⁶³, pourrait élargir les finalités allouées aux sanctions au départ. Et ceci, sans que nous ne soyons véritablement en face d'une finalité préventive spéciale reconnue à la sanction pénale, par défaut de précision.

112. Difficile aspiration des sanctions ayant le caractère d'une punition à la prévention spéciale : l'exemple des sanctions civiles punitives. La finalité préventive spéciale peut être entendue comme le rétablissement de la situation qui existait antérieurement à l'infraction ou à la faute. La Cour de justice de l'Union européenne anciennement Cour de justice des Communautés européennes donnera une technique pour atteindre cet objectif. « Pour atteindre ses objectifs de prévention, la sanction civile mérite d'être complétée par des sanctions *stricto*

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

⁵⁶⁰ CJUE, 4 juillet 2000, C-387/97, *Commission c/ Grèce*, considérants 28 et s.

⁵⁶¹ Conclusions de l'avocat général C. RUIZ-JARABO (CJCE, 14 juin 2001, n° C-120/99).

⁵⁶² N'ayant pas de compétences pénales, la Communauté doit se contenter d'organiser les sanctions de nature civile et administrative.

⁵⁶³ CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland c./Commission*, Rec. p. I-123 ; CJCE, 11 février 2003, *Gozütok et Brügge*, C-187/01 et C-385/01, Rec. p. I-1345.

sensu, dont l'intensité doit varier en fonction de l'importance du bien juridique lésé et du rejet social de la conduite délictueuse »⁵⁶⁴, affirme-t-elle. N'est-ce pas une façon de confesser que la sanction civile ne remplit souvent pas à elle, toute seule, les objectifs de prévention dont la prévention spéciale. Pour y parvenir, elle a besoin d'être secondée par d'autres formes de sanctions. Ce qui sous-entend que la finalité de prévention spéciale ne peut pas être toujours espérée de la sanction civile.

113. Doute sur l'identité de la finalité préventive des sanctions. Dans un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, la Cour a ajouté que des mesures confèrent un caractère effectif, proportionné et dissuasif à la sanction⁵⁶⁵ ; et ce, sans donner plus de détails sur le type de dissuasion. La Cour a déclaré que les interventions fondées sur l'article 10 du Traité instituant la Communauté européenne⁵⁶⁶ incluent les réactions d'ordre pénal. Elle précise que le choix du type de sanction incombe aux autorités nationales, même si elle doit être comparable à celle punissant les infractions du droit interne de nature et d'importance similaire. Cette sanction doit se révéler « pratique, adaptée et dissuasive ». Ce sont ces mêmes exigences qui seront fixées par une directive de 2002⁵⁶⁷. Elle exige que les Etats membres punissent la commission, la complicité, l'instigation et la tentative de certains comportements par des « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ».

Une fois encore, il subsiste un défaut de précision du type de dissuasion de chaque type de sanction ayant le caractère d'une punition que pourraient appliquer les Etats. Cette exigence justifie la nécessité de la sanction pénale parce qu'elle serait pratiquement la seule qui réunisse les conditions définies. A savoir que la sanction soit "effective, proportionnée et dissuasive"⁵⁶⁸. La prévention spéciale à laquelle aspire la sanction pénale la sépare des sanctions ayant le caractère d'une punition.

En conclusion de cette section, se révèle la rareté des sanctions ayant le caractère d'une punition en matière de prévention spéciale. Peut-être que le rétributivisme prend plus de place dans leur conception. Ceci laisserait peu de possibilités de tendre vers une prévention individuelle. La

⁵⁶⁴ CJUE, 4 juillet 2000, C-387/97, *préc.*

⁵⁶⁵ CJCE, 25 février 1988, 299/86, *Rec.* p. 1213.

⁵⁶⁶ L'article 10 du Traité instituant la Communauté européenne (Version consolidée) : « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

⁵⁶⁷ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

⁵⁶⁸ Conclusions de l'avocat général C. RUIZ-JARABO présentées le 26 mai 2005, Cour de justice des Communautés européennes, 26 mai 2005, C-176/03.

question de la prescription pratiquement absente en droit répressif extra-pénal limite aussi le développement de la prévention spéciale – positive comme négative.

Mais en plus, l'imprécision dont souffre la dissuasion spéciale à laquelle devaient aspirer toutes les sanctions ayant le caractère d'une punition l'éloigne finalement de la dissuasion spéciale reconnue à la sanction pénale.

114. Conclusion du chapitre. Considérer la finalité préventive comme un instrument de mesure de l'efficacité de la sanction nous a amené à y voir effectivement un élément d'identification de toute sanction. Logiquement, elle représente un moyen de dissuasion générale et de dissuasion spéciale dans toutes les sanctions. Les choses ne sont, cependant, pas aussi bien tracées et il nous est impossible aujourd'hui de tirer la même conclusion en termes de distinction des sanctions par la prévention générale et par la prévention spéciale.

D'un côté, la prévention générale n'isole pas les sanctions ayant le caractère d'une punition par rapport à la sanction pénale⁵⁶⁹. C'est une réelle variation de la séparation entre les sanctions qui ressort de la confrontation de leurs finalités préventives générales. Une chose demeure évidente, à notre sens, la séparation entre les sanctions n'est absolue dans aucun des cas étudiés. Une proximité variable des sanctions aurait même pu être mentionnée puisque toutes ces sanctions poursuivent, à leur façon, un objectif commun : la prévention générale des conduites déviantes⁵⁷⁰. Ce n'est donc pas une désillusion totale que d'assigner cette finalité préventive générale aux sanctions punitives. Après tout, ce n'est pas une fonction dont l'ineffectivité aurait inquiété⁵⁷¹. Elle constitue une *aspiration*.

De l'autre côté, plusieurs circonstances minent l'effectivité de la prévention spéciale des sanctions ayant le caractère d'une punition. Et ceci, au point de les rendre presque étrangères à la sanction pénale. Toutefois, sur ce point, il faut reconnaître que la prévention individualisée n'est déjà pas simple à atteindre. C'est le cas même en droit pénal⁵⁷² où elle est officiellement

⁵⁶⁹ La prévention devrait être encore plus efficace en droit civil, en droit administratif qu'en droit pénal qui, est un droit subsidiaire (E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 1058). Un droit qui vient en réaction là où d'autres droits ont échoué pour réprimer.

⁵⁷⁰ R. CRETE, e.a., « Les déviations dans les services de placement : responsabilités, sanctions et moyens de prévention », *Gestion*, 2010, n° 2, vol. 35, pp. 49-60.

⁵⁷¹ Ph. ROBERT, « Les effets de la peine pour la société » in *Actes du Colloque du Centre Thomas More des 23 et 24 mai 1981*, éd. du Cerf, coll. La peine quel avenir ?, 1983, pp. 84 ; 106 ; G. KELLEN, *La mesure de la peine*, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1982, p. 105.

⁵⁷² La prévention individualisée peut s'avérer incertaine. Une peine prononcée peut à un moment donné être aménagée ou convertie, voire jamais mise à exécution. Ce qui l'affecte à un coefficient d'incertitude trop important pour qu'elle apparaisse menaçante (V. P. MORVAN, *La criminologie est-elle la grande oubliée du Code pénal ? in Le nouveau Code pénal, 20 ans après*, éd. LGDJ, 2014, p. 232.). Est-il possible de nier les taux élevés de rechute et de multiplication des formes de sursis ou de surveillance post-carcérale qui semblent mieux adaptées à l'objectif poursuivi.

reconnue. Finalement, le seul fait d'exister ne suffit pas visiblement à toujours inspirer une crainte⁵⁷³, selon que la dissuasion est générale ou spéciale ou encore selon qu'on est en droit pénal ou en droit répressif extra-pénal.

115. Conclusion du titre. Concurrément appelées par la sanction pénale et par les sanctions ayant le caractère d'une punition, les finalités de répression et de prévention ont permis de les distinguer.

La finalité répressive arrive beaucoup plus à faire converger la sanction pénale avec la plupart des sanctions ayant le caractère d'une punition. Et ceci, même si des variations se sont invitées dans la convergence, lorsqu'on considère la finalité répressive des sanctions administratives présentant des particularités évoquées. Quant à la finalité préventive, elle crée une séparation entre les sanctions en termes de dissuasion individuelle – prévention spéciale. C'est seulement lorsque la finalité de prévention est adressée à tous les individus – prévention générale – qu'une proximité se crée entre les sanctions ; même si cette proximité des sanctions est moindre à cause de l'insuffisance de la dissuasion générale que présentent les sanctions disciplinaires, fiscales et civiles punitives en l'occurrence. Cependant, la distinction des sanctions ne peut pas s'arrêter qu'à la distinction de leurs finalités. Elle doit s'étendre à la distinction des régimes (Titre II).

⁵⁷³ Toute sanction qui inspire de la méfiance, qu'elle soit une sanction pénale ou une sanction ayant caractère de punition, ne fait que révéler l'importance de la finalité de dissuasion générale et spéciale.

TITRE II. LA DISTINCTION DES RÉGIMES.

116. Distinguer la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition nécessite de bien en saisir les régimes. Sous cet aspect et compte tenu de la constitutionnalisation des sanctions ayant le caractère d'une punition et leur assimilation à la sanction pénale par le Conseil constitutionnel⁵⁷⁴, il nous faut dorénavant nous pencher sur une question indispensable : celle du rapport particulier qu'entretiennent les sanctions à l'égard de leurs régimes.

Selon le portail lexical du Centre national des ressources textuelles et lexicales, un régime est un ensemble de règles, de facteurs qui caractérisent le fonctionnement, le cours de quelque chose⁵⁷⁵. En droit général, le régime représente « l'ensemble de règles applicables à une notion »⁵⁷⁶. Prendre en compte ces deux définitions revient à considérer premièrement des facteurs qui sont déterminants pour la mise en œuvre de ces sanctions comme les organes de sanction. Deuxièmement, les règles de droit qui régissent et délimitent un cadre juridique et utile⁵⁷⁷ au développement des sanctions⁵⁷⁸ : les garanties des sanctions. Troisièmement et dernièrement, le respect de ces règles est soumis au contrôle des sanctions. Un contrôle qui participe également à leur développement. Ainsi, ces facteurs et règles servent à distinguer la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition.

On retrouvera alors ici les autorités compétentes à édicter les sanctions : les organes prononçant les sanctions (Chapitre 1^{er}). Ensuite, viendront les principes de droit pénal étendus aux diverses formes de sanctions punitives : les garanties de ces sanctions (Chapitre 2). Enfin, il sera

⁵⁷⁴ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, *préc.*, considérant n° 15 ; Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, décision n° 2006-535 DC, *Loi pour l'égalité des chances*, considérant n° 36 ; Conseil constitutionnel, 12 août 2004, décision n° 2004-504 DC, *Loi relative à l'assurance maladie*, considérant n° 22.

⁵⁷⁵ Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (<https://www.cnrtl.fr/definition/r%C3%A9gime>, consulté le 25 juillet 2022).

⁵⁷⁶ S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 982.

⁵⁷⁷ A. BOURGEOIS, *Les sanctions répressives dans le système français de Sécurité sociale*, thèse, Bordeaux 4, 2010.

⁵⁷⁸ E. BONIS-GARCON, V. PELTIER, *op. cit.*, p. 131.

question de la possibilité laissée aux personnes faisant objet de sanctions extra-pénales de contester la décision de sanction : la contestation des sanctions (Chapitre 3).

Chapitre 1. Les organes prononçant les sanctions

117. Tant les constitutionnalistes que les pénalistes s'accordent sur le fait que la distinction « organique » de la sanction pénale est « nécessaire »⁵⁷⁹ voire « utile »⁵⁸⁰ pour déceler ses rapports avec les autres sanctions répressives. Ce qui représente l'objet de cette partie de notre étude.

Primo, la nature des autorités de répression, reflétant considérablement le domaine⁵⁸¹ des sanctions, est fondamentalement distinctive. En matière répressive disciplinaire par exemple, la nature de l'autorité compétente à édicter la sanction représenterait le critère le plus sûr de la distinction entre la sanction pénale et la sanction disciplinaire⁵⁸². Les sanctions ayant le caractère d'une punition sont prononcées par des autorités de différentes natures dont la nature « non judiciaire »⁵⁸³ ou « non juridictionnelle »⁵⁸⁴. A ce même titre, la sanction pénale vient de la juridiction répressive. À cette différence déjà, la sanction pénale représente « l'aboutissement d'une action en justice exercée au nom de la société »⁵⁸⁵. Le concept de « juridiction répressive »⁵⁸⁶ prend donc toute son importance dans la distinction des organes des sanctions. *Secundo*, la répartition fonctionnelle des organes définit aussi les rapports entre les sanctions, puisque les fonctions de poursuite et de sanction semblent ne pas être organisées de manière identique dans toute la matière répressive.

Ainsi, il y a lieu de ressortir les rapports entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition sur la base de la différence de nature entre le juge pénal et les autres autorités répressives (Section 1) et de l'organisation fonctionnelle des organes (Section 2).

⁵⁷⁹ P. GERVIER, « L'identification de la sanction pénale - Le point de vue du constitutionnaliste », *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012*, éd. CUJAS, 2013, p. 136.

⁵⁸⁰ E. BONIS-GARÇON, « L'identification de la sanction pénale – Le point de vue du pénaliste », *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012*, éd. CUJAS, 2013, p. 148.

⁵⁸¹ Voy., *supra*, n° 23.

⁵⁸² J. PRALUS-DUPUY, « Les principes du procès pénal et leur mise en œuvre dans les procédures disciplinaires », *RID pén.*, mars, avril 2003, pp. 889-923.

⁵⁸³ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, décision n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982* considérant n° 35.

⁵⁸⁴ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*, considérant n° 18.

⁵⁸⁵ A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 13

⁵⁸⁶ Il s'agit du juge pénal de droit commun, dans notre cas.

Section 1 : La nature et les attributs du juge pénal : une source de dissemblance des sanctions

118. Nous allons démontrer d’une part, que le juge pénal est une juridiction répressive à compétence exclusive et à double attribut (§ 1) tandis que, d’autre part, les autorités répressives extra-pénales sont des autorités non judiciaires ou non juridictionnelles à attribut limité à la répression (§ 2).

§ 1 : Le juge pénal : une juridiction répressive unique

119. Compétence à valeur constitutionnelle de « protection de la liberté individuelle » en matière répressive. Selon les dispositions de l’article 66 de la Constitution de 1958 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L’autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Le second alinéa de cet article traite du principe de la compétence de l’autorité en termes de protection de la liberté individuelle. Cet article en incarne la reconnaissance constitutionnelle. C’est un enracinement du principe en matière répressive. Ainsi, la protection de la liberté individuelle a été consacrée par la jurisprudence comme l’a relevé M. CHAPUS⁵⁸⁷ et approuvé par la doctrine⁵⁸⁸. Grâce à ces validations, le statut de l’autorité judiciaire élevé au rang constitutionnel s’épanouit complètement dans la Constitution de la cinquième République. Il s’agit d’un statut strictement attaché à la protection de la liberté individuelle.

120. Compétence accordée au juge pénal en tant qu’autorité judiciaire répressive. Le premier alinéa de l’article 66 de la Constitution est indispensable à la compréhension du concept d’« autorité judiciaire ». Ce texte prévoit que « Nul ne peut être arbitrairement détenu ». Il donne des indications sur la branche du droit concernée – pénale – et surtout sur la nature de l’autorité judiciaire. Le mot « autorité » n’est-il pas employé sciemment pour ne pas s’enfermer dans un véritable pouvoir judiciaire⁵⁸⁹ ? Sur le plan interne y sont logiquement inclus tant les magistrats du siège que ceux du parquet. Ceci, depuis l’évolution des dispositions

⁵⁸⁷ « Le principe a d’abord été consacré par la jurisprudence. On l’a vu ensuite apparaître, en ce qui concerne la liberté, dans la Constitution dont l’article 66... » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, éd. Montchrestien, 15^e éd. 2008, n° 1077).

⁵⁸⁸ Plusieurs auteurs affirment que « l’autorité judiciaire est, à la fois, la gardienne du droit de propriété et de la sécurité, de la liberté et de l’état des personnes » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, éd. Bruylant, LGDJ, 2005, p. 15.

⁵⁸⁹ S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 108.

constitutionnelles⁵⁹⁰ et par la confirmation du Conseil constitutionnel⁵⁹¹. À ce propos, il y a explicitement une différence entre la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence européenne. Cette dernière prévoit que les magistrats du parquet ne relèvent pas de l'autorité judiciaire consacrée à l'article 5 de la Convention européenne⁵⁹². Cette différence de position sur la composition de l'autorité judiciaire entre les deux jurisprudences n'est implicitement qu'une garantie supplémentaire à la protection des libertés individuelles⁵⁹³. Surtout que l'intervention du juge devient même obligatoire dès la fin de l'intervention du parquet notamment dans le cadre des mesures privatives de liberté dépassant le délai de quarante-huit heures. Dans ces conditions, les magistrats du siège, tel que le juge pénal, ont une place dans la composition de « l'autorité judiciaire ».

Par conséquent, les deux alinéas du texte de l'article 66 octroient une compétence de protection de la liberté individuelle à l'autorité judiciaire répressive que représente le juge pénal. Une autorité – à la fois⁵⁹⁴ – répressive et judiciaire. Non seulement c'est un statut constitutionnel unique qu'il possède, mais cette compétence lui est exclusivement accordée dans le rang des autorités de sanction.

121. Compétence non reconnue aux autres autorités répressives. Au regard des autorités répressives extra-pénales, la particularité du juge pénal réside dans le jumelage de la protection de l'intérêt général et de la liberté individuelle lors de l'exercice de ses fonctions répressives. Ceci n'est de prime abord pas dans les compétences des autres autorités répressives qui, pour certaines, peuvent protéger au moins l'intérêt général comme constaté plus haut⁵⁹⁵. Assimilée

⁵⁹⁰ Articles 64 et 65 de la Constitution française de 1958.

⁵⁹¹ Pour le Conseil constitutionnel, « L'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet » (Conseil constitutionnel, 11 août 1993, décision n° 93-326 CC).

⁵⁹² Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'autorité judiciaire doit posséder certaines qualités du juge comme par référence à sa jurisprudence liée au tribunal indépendant et impartial prévu par l'article 6 de la Convention. Les magistrats du parquet ne présenteraient pas complètement ces qualités (CEDH, 4 décembre 1979, n° 7710/76, *Schiesser c/ Suisse* ; CEDH, 18 juin 1971, n°s 2832/66, 2835/66 et 2899/66, *Wilde et autres c/ Belgique* ; CEDH, 26 mai 1998, n° 10208/82, *Pauwels c/ Belgique*).

⁵⁹³ Le déferrement d'une personne gardée à vue devant un juge s'avère être dorénavant une étape sensible et précieuse car elle marque la fin de la compétence des magistrats du parquet – avec l'obligation de respecter le délai de garde à vue – et le début de l'exercice de la compétence des magistrats du parquet. Le maintien ou la prolongation de la mesure devait intervenir dans les 48 heures du placement (cf. Conseil constitutionnel, 9 janvier 1980, décision n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, considérant n° 4 ; Conseil constitutionnel, 22 avril 1997, décision n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, considérant n° 55), ou, du moins, « dans le délai le plus court possible » (cf. Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, décision n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]* ; *AJDA*, 2011, p. 174, note X. Bioy ; *ibid.*, 2010, 2284).

⁵⁹⁴ De manière indissociable (Voy., *infra*, n° 126).

⁵⁹⁵ Voy., *supra*, n° 51 et s.

à une « sensibilité particulière »⁵⁹⁶, cette particularité du juge pénal est celle qui permet d'établir un rapport d'assurance avec le justiciable.

En effet, la liberté individuelle protégée par la juridiction répressive n'est pas à confondre avec « les droits et libertés individuelles »⁵⁹⁷ que peuvent protéger les autorités attributaires du pouvoir de sanction. Autrement dit, en tant qu'autorités répressives extra-pénales, ces dernières peuvent toutes participer à la protection des droits et libertés. C'est le cas des autorités administratives indépendantes qui jouent ce rôle notamment en matière de propriété⁵⁹⁸ et en matière d'état d'urgence⁵⁹⁹. La protection de la liberté individuelle, en revanche, ne relève pas de leur compétence.

122. Utile distinction entre la liberté individuelle et les « libertés individuelles ». La juridiction administrative joue un rôle fondamental dans le maintien de l'ordre public et la protection « des libertés individuelles ». Toutefois, le concept de « libertés individuelles » ne doit pas être confondu avec le *principe de liberté individuelle* tel que prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 66 de la Constitution.

⁵⁹⁶ A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, préf. Y. MAYAUD, éd. LGDJ., Coll., Bibliothèque des sciences criminelles, t. 38, 2003, p. 8.

⁵⁹⁷ Dans sa thèse, Paul COUZINET affirmait qu'« il est vraiment impossible de soutenir [...] avec quelque vraisemblance que les tribunaux judiciaires sont les gardiens naturels des droits individuels en général » (R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 133).

⁵⁹⁸ C'est la position qu'a adopté le Tribunal des conflits le 17 juin 2013 à propos de l'implantation sans titre d'un poteau électrique dans une propriété (TC, 17 juin 2013, n° 3911, *JCP*, 2013, 1057, note S. G. BIAGINI, *AJDA* 2013, p. 1568, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; TC, 8 avril 1935, Action française, *GAJA*, n° 47). Le Tribunal des conflits restreint la compétence du juge judiciaire. La Cour de cassation a réagi à ce propos dans un arrêt de sa première chambre civile du 13 mai 2014 en déclarant les juridictions de l'ordre judiciaire incompétentes, au profit de la juridiction administrative, pour assurer la protection des libertés en jeu (Civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, pourvoi n° 12-28.248, *Bull. civ.*, n° 87 ; *JCP* 2014, doct. 1129, chron. H. PERINET-MARQUET ; Civ. 1^{ère}, 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-27.484, *Bull. civ.*, n° 168 ; Civ., 1^{ère}, 11 mars 2015, pourvoi n° 13-24.133, *Bull. civ.*, n° 32 ; *JCP*, 2015, doct. 546, n° 3, note H. PERINET-MARQUET ; *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1863, note N. REBOUL-MAUPIN).

Ces cas évoqués en matière de propriété privée vont donc être utilisés pour tenter de démontrer la réduction de la compétence du juge judiciaire en matière de protection des libertés et par conséquent écarter l'exclusivité de sa compétence en la matière.

⁵⁹⁹ C'est le cas également en matière d'état d'urgence. C'est un domaine assez illustratif puisque la garantie des droits fondamentaux est clairement mise en jeu face à l'application de la loi sur le renseignement et de celle sur l'état d'urgence. Différentes décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat ont été rendues sur la question de l'équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et les restrictions apportées à nos droits et libertés. Et justement, la réflexion s'ouvre sur le « partage » du rôle de protection des droits et libertés entre l'autorité judiciaire et le juge administratif. Ce dernier étant devenu « le juge naturel pour les justiciables confrontés aux mesures sécuritaires » (J.-E. GICQUEL, « Instauration de l'état d'urgence », chron. QPC, Août - Décembre 2015, *LPA*, n° 149, 27 juillet 2016, p. 4) au point où s'en étonne le Président de la Cour de cassation en 2016 (B. LOUVEL, *Audience solennelle de rentrée*, 14 janv. 2016, site internet de la Cour de cassation). En réalité, c'est quasiment un mouvement d'isolement, de mise à l'écart de l'autorité judiciaire – gardienne de la liberté individuelle – en matière de protection des droits et libertés dans ce domaine précis (Conseil constitutionnel, 23 juillet 2015, décision n° 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*).

D'une part, parmi les libertés constitutionnellement garanties, il faut distinguer « la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée qui sont protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 » de « la liberté individuelle »⁶⁰⁰. La liberté individuelle est limitée à l'interdiction de la détention, rétention, arrestation, hospitalisation sans consentement arbitraire. La portée de ce principe de liberté individuelle n'est alors liée qu'à la seule sûreté. Cette idée du contrôle de la détention est incrustée dans la protection de la liberté individuelle. Elle écarte les autres autorités non judiciaires de cet environnement en les limitant aux libertés constitutionnellement garanties, exemptées celles liées à la privation de liberté – de surcroît à longue durée. Il s'agit d'une source d'exclusivité accordée à la juridiction répressive. D'autre part, en termes de protection des libertés, il y a un grand fossé entre la fonction de prévention de l'ordre public par l'administration et celle de répression de la juridiction répressive. C'est d'ailleurs la commission d'une infraction qui fait la différence. Cette exclusivité, qui n'est pas sans conséquence sur les rapports entre les sanctions, n'est pas une nouveauté⁶⁰¹.

123. Conséquence de l'exclusivité de la compétence de la juridiction répressive. Le juge pénal se retrouve alors doté d'une compétence exclusive de gardienne de la liberté individuelle. Ceci, face à toute autre autorité attributaire de pouvoir de sanction de nature non judiciaire ou non juridictionnelle. L'utile distinction entre les libertés individuelles et la liberté individuelle vient attester de la particularité de la compétence du juge pénal. Ainsi, sa capacité à punir combinée à sa mission de protection de la liberté individuelle sont déterminantes dans la distinction des organes répressifs. Cette distinction organique éloigne conséquemment la sanction pénale des sanctions ayant le caractère d'une punition, grâce à la protection particulière de la liberté individuelle protégée par le juge pénal, avant le prononcé de la sanction pénale. En dehors de ce statut exclusif, le juge pénal comparé aux autres autorités sanctionnatrices, jouit d'un double attribut indissociable.

⁶⁰⁰ Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, *préc.* Ce qui ne signifie aucunement, qu'en dehors de cette liberté individuelle, la juridiction répressive ne protège pas les autres libertés constitutionnellement garanties. Même au cours du déroulement de l'instance pénale, certaines libertés faisant parties des droits de la personne, sont placées sous la protection du juge pénal comme la liberté physique d'aller et de venir (J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., pp. 59 et s).

⁶⁰¹ CE, sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud* : Rec. 265 ; Conseil constitutionnel, 5 août 1993, décision n° 93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*.

124. Indissociabilité du double attribut – de jugement et de répression – de la juridiction répressive. Un autre point distinctif de la juridiction répressive par rapport aux autorités répressives extra-pénales tient à la combinaison de ses attributs de jugement et de répression.

D'abord, le juge répressif détient des fonctions de « *jugement* »⁶⁰². Plus remarquable encore, ces attributs de jugement le plongent particulièrement dans un rôle d'interprète de la loi pénale qui dépasse le simple cadre technique. Grâce à son interprétation, la norme pénale abstraite prend vie. En plus d'une simple attribution d'un office, c'est une nécessité⁶⁰³. Également, grâce à son attribut de répression, *le prononcé de la peine* « marque le moment où la répression prend corps, aux yeux du public comme à ceux de la victime. Au désordre engendré par le délit succède l'ordre restauré par le juge⁶⁰⁴. De ce fait, on passe de la phase abstraite d'un raisonnement juridique à une pratique encadrée bien sûr par la loi. Là, le juge pénal peut faire usage de son droit de personnalisation de la sanction selon les circonstances de l'infraction.

En effet, même si l'exclusivité de la répression ne lui a jamais été accordée, le juge pénal a toujours détenu un droit de punir spécifique. Son pouvoir de punition repose sur *l'incrimination* puisque la sanction pénale n'est qu'une réponse à la condamnation d'une infraction pénale. En droit interne comme en droit européen, la sanction pénale est attachée à l'infraction. Ainsi, le juge pénal intervient en appréciant la culpabilité⁶⁰⁵ du mis en cause si et seulement si le comportement prohibé relève de la matière pénale⁶⁰⁶. L'incrimination consiste à décrire le comportement prohibé par la loi pénale. Juger en incriminant : sa fonction de jugement le distingue des autres autorités sanctionnatrices notamment des autorités administratives indépendantes⁶⁰⁷.

Le juge pénal représente en fin de compte une juridiction en charge de sanctionner le délinquant et également de juger les infractions. L'indissociabilité⁶⁰⁸ de ces deux attributs différencie le

⁶⁰² G. CANIVET, « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16.

⁶⁰³ M. PERRIN, *Essai sur la compétence matérielle des juridictions pénales de jugement*, thèse, Lyon 3, 2013.

⁶⁰⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « Le prononcé de la peine par le juge », in *Vers un nouveau procès pénal ? : SLC, coll. « Colloques »*, 2008, vol. 9, p. 201.

⁶⁰⁵ P. GERVIER, « L'identification de la sanction pénale - Le point de vue du constitutionnaliste » *op. cit.*, p. 140.

⁶⁰⁶ En droit interne, une infraction relevant du droit pénal ; En droit européen, des critères de la matière pénale ont été prévus par la jurisprudence « CEDH, 8 juin 1976, *préc.* » .

⁶⁰⁷ O. DUFOUR, « L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », *LPA*, 10 août 2013, n° 159, p. 4 ; M. GUILLAUME, « Impartialité et loyauté en droit constitutionnel, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2012, n° 145, p. 32, note n° 13.

⁶⁰⁸ M. PERRIN, *Essai sur la compétence matérielle des juridictions pénales de jugement*, *op. cit.* ; X. de PORTET, *Œuvres de Servan*, les éditeurs, 1822-1825 ; J. M. A. SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, discours imprimé en 1767 à Genève.

juge pénal – la juridiction pénale de jugement – des autres autorités chargées de sanctionner. Cet attribut de jugement lui vaut, par ailleurs, une qualification distinctive de sa sanction.

125. L’attribut de jugement du juge pénal : une source de qualification de la sanction pénale. La qualité du juge pénal a une conséquence importante sur ces décisions. C’est la qualité d’autorité de jugement de ce dernier qui donne à la sanction qu’il prononce « la qualification de sanction pénale ». Cette condition a même été élevée au rang d’exigence constitutionnelle par la jurisprudence. En 2005, la surveillance judiciaire n’a alors pas été reconnue ni comme une peine, ni comme une sanction. Elle était « ordonnée par la juridiction de l’application des peines »⁶⁰⁹. En effet, le stade de jugement, de condamnation est primordial pour donner la qualification pénale à la sanction. Autrement, la surveillance électronique aurait bénéficié de cette qualification puisque *la juridiction d’application des peines*⁶¹⁰ est aussi un juge pénal. Ceci ne suffit pas. Il manquait à ce juge l’office de jugement, de condamnation.

Cela est d’autant plus vrai que deux ans plus tard, des mesures de surveillance judiciaire ont en revanche été qualifiées comme des sanctions pénales, parce qu’elles avaient été prononcées par la juridiction de condamnation⁶¹¹.

Ainsi, lorsqu’une incrimination est, au préalable, prévue par le droit pénal et que la répression a été prononcée par le juge pénal, à un stade précis du procès, la sanction a une connotation pénale qui la distingue des sanctions ayant le caractère d’une punition⁶¹². Il s’agit du caractère unique de la juridiction répressive qui procure une certaine particularité à la sanction pénale vis-à-vis des sanctions ayant le caractère d’une punition. Justement, les autres autorités répressives jugent et répriment-elles de la même manière que la juridiction répressive ?

⁶⁰⁹ Conseil constitutionnel, 8 décembre 2005, décision n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, considérant n° 14, *Rec.* p. 153, JO 13 déc. 2005, p. 19162.

⁶¹⁰ Selon les dispositions de l’alinéa 1^{er} de l’article 712-1 du Code de procédure pénale : « Le juge de l’application des peines et le tribunal de l’application des peines constituent les juridictions de l’application des peines du premier degré qui sont chargées, dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l’exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application. Ces juridictions sont avisées, par les services d’insertion et de probation, des modalités de prise en charge des personnes condamnées, définies et mises en œuvre par ces services. Elles peuvent faire procéder aux modifications qu’elles jugent nécessaires au renforcement du contrôle de l’exécution de la peine ».

⁶¹¹ Conseil constitutionnel, 9 août 2007, décision n° 2007-554 DC, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, considérant n°s 29 à 33, *Rec.* p. 303, JO 11 août 2007.

⁶¹² Voy., *supra*, n°s 11 et s.

§ 2 : Les autres autorités répressives : des autorités non judiciaires et non juridictionnelles

126. Autorités non judiciaires ou non juridictionnelles. Les sanctions ayant le caractère d'une punition sont prononcées soit par des autorités non judiciaires⁶¹³ soit par des autorités non juridictionnelles⁶¹⁴. D'une part, ces autorités peuvent ne pas faire partie de l'ensemble des magistrats assurant le service de la justice civile et pénale⁶¹⁵. Ce sont des organes extrajudiciaires⁶¹⁶ qui bénéficient de la dilution de la compétence ou du pouvoir répressif. C'est le cas dans le rang des juridictions administratives spécialisées, comme les juridictions ordinales investies du pouvoir disciplinaire des ordres professionnels telle que la Commission bancaire statuant en matière disciplinaire⁶¹⁷.

D'autre part, ces autorités peuvent ne pas être dotées d'une fonction juridictionnelle. Le cas de la Commission de sanction d'une autorité administrative indépendante telle que l'Autorité des marchés financiers en témoigne.

Dans tous les cas, le pouvoir de sanction dont sont dotées ces autorités répressives « en dehors du droit pénal »⁶¹⁸, ne leur donne cependant pas la nature pénale. Ce qui s'observe dans les sanctions punitives qu'elles prononcent. Toute décision ayant le caractère d'une punition qui viendrait de ce type d'autorité répressive extra-pénale se différencie ainsi de la sanction pénale.

⁶¹³ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, *préc.*, considérant n° 33.

⁶¹⁴ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*, considérant n° 18.

⁶¹⁵ S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 108.

⁶¹⁶ M. PERRIN, *Essai sur la compétence matérielle des juridictions pénales de jugement*, op. cit., p. 433 et s.

⁶¹⁷ M.-A. LAFORTUNE, « Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier », *Gaz. Pal.*, n° 268, 25 septembre 2001, p. 12.

⁶¹⁸ Expression utilisée par plusieurs juridictions et institutions dont le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, décision n° 2013-329 QPC, *Société Garage Dupasquier [Publication et affichage d'une sanction administrative]* ; Conseil constitutionnel, 20 juillet 2012, décision n° 2012-266 QPC, *M. Georges R [Perte de l'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades]*). Le partage du pouvoir de répression entre le juge pénal et les autres autorités répressives n'est pas une nouveauté. Et cette distribution n'équivaut pas à une division ou une dispersion de l'organe de référence qu'est la juridiction répressive. C'est plutôt un partage axé sur l'aspect « matériel » (A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, op. cit., p. 680). Sur le plan interne, le Conseil constitutionnel confirme cette attribution de pouvoirs répressifs. Selon la haute institution, le législateur peut effectivement attribuer des pouvoirs de sanction à une autorité administrative indépendante telle que le Conseil supérieur de l'audiovisuel devenue l'ARCOM (Conseil constitutionnel, 17 janv. 1989, décision n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*). Dans plusieurs décisions récentes, le Conseil constitutionnel va maintenir sa position quant à l'attribution de pouvoir punitifs des autorités non judiciaires : Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, décision n° 2000-433, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; Conseil constitutionnel, 12 août 2004, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 12 août 2004, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, *préc.* Certains auteurs, comme M. ROBERT, s'étant penché sur la question vont directement parler de droit d'attribution des autorités répressives autres que le juge répressif (Jacques-Henri ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, août 2009, n° 26).

C'est l'absence d'un attribut de jugement par incrimination qui crée la dissemblance entre les sanctions.

127. Défaut d'une attribution de jugement d'une infraction par incrimination. D'abord, les autorités répressives extra-pénales interviennent à la commission de fautes⁶¹⁹ ou d'infractions dont les réponses à la condamnation sont tirées de la loi pénale. Ces autorités poursuivent et sanctionnent⁶²⁰, mais ne jugent pas en s'établissant sur une incrimination liée à la description d'un comportement interdit par la loi pénale. La faute réprimée par une autorité répressive extra-pénale n'est pas un interdit pénal, il y a donc une absence d'appréciation de la culpabilité. Il y a, par conséquent, moins d'empreintes pénales sur la sanction prononcée. En effet, le degré de jugement en matière répressive pénale et extra-pénale diffère. À ce propos, les contentieux disciplinaires par exemple ne sont pas toujours dotés d'une grande juridicité. En matière médicale par exemple, est constaté un contentieux disciplinaire « trop empreint d'une coloration morale »⁶²¹. Cela démontre une absence d'un jugement fondé sur la loi pénale. Il en résulte donc une cause distinctive des organes de répression, mais des qualifications également.

128. Domaine de l'organe répressif : une source de qualification des sanctions ayant le caractère d'une punition. L'importance de ce critère organique se révèle également par la détermination du domaine des sanctions. Tel qu'on l'a compris ci-dessus pour la sanction pénale⁶²², sa définition « repose avant tout sur un critère organique »⁶²³. Cette conclusion est celle tirée par M. MODERNE lorsqu'il a souligné qu'il s'agit de « l'élément le plus caractéristique de la différenciation entre sanction administrative et sanction pénale »⁶²⁴. Dans un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Nantes⁶²⁵, les expressions « sanction » et « sanction disciplinaire » sont utilisées pour qualifier la décision de répression. Cette décision avait été rendue sur une demande d'annulation d'un jugement⁶²⁶ ayant confirmé une décision de répression d'un organe disciplinaire. Aucune mention de la sanction pénale n'avait été faite.

⁶¹⁹ Voy., *supra*, n° 31.

⁶²⁰ H. CAUSSE, « Splendeur du principe de transparence sur fond de validité des poursuites de l'Autorité des marchés financiers », *op. cit.*

⁶²¹ O. DÉCIMA, « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *op. cit.*

⁶²² Voy., *supra*, n° 6 et s.

⁶²³ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 38 ; M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*

⁶²⁴ F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 133.

⁶²⁵ CAA Nantes, 31 décembre 2014, n° 14NT01945 ; Article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁶²⁶ Tribunal administratif Nantes, 17 juin 2014, n° 1402812.

Ainsi, c'est bien la nature de la commission d'appel de la ligue de football professionnel, en l'espèce, qui influence la dénomination, la qualification de la sanction.

La nature de l'autorité répressive non pénale donne sa qualification à la sanction ayant le caractère d'une punition. La conséquence de cette qualification – fondée sur le critère organique – des sanctions extra pénales les différencie par rapport à la sanction pénale.

Finalement, c'est la différence de leur formation, de leur nature organique qui crée cette distinction. Ce qui constitue une véritable « distinction organique »⁶²⁷ entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition.

En conclusion de cette section, le juge pénal et les autres autorités répressives partagent en commun un attribut de sanction. Le double attribut du juge pénal en termes de jugement et de sanction fait néanmoins des sanctions qu'il prononce des sanctions différentes des sanctions ayant le caractère d'une punition. Fondamentalement, c'est le rôle que le juge joue relativement à l'interprétation⁶²⁸ de la loi pénale qui donne à son pouvoir de répression, une valeur sacrée. La sanction pénale est précédée d'une déclaration de culpabilité à l'issue d'un procès où la personne sanctionnée a eu plus de chance de voir ses droits et libertés protégés en l'occurrence sa liberté individuelle. Au surplus, il y a indéniablement une touche supplémentaire de sécurité juridique aux justiciables poursuivis devant la juridiction répressive et susceptible de faire objet de sanction pénale. Alors, la différenciation entre cette sanction et les sanctions prononcées par les autorités répressives non judiciaires et non juridictionnelles est établie.

Cependant, la distinction organique s'analyse également autour de l'organisation des fonctions de poursuite et d'instruction dans chaque système répressif.

Section 2 : L'organisation des fonctions de poursuite et d'instruction : une source d'autonomie des sanctions

129. Dans le cadre institutionnel de la procédure pénale, seront observés selon l'ordre chronologique d'intervention dans un dossier, deux types d'organes : les organes d'élaboration

⁶²⁷ G. DELLIS, *Droit pénal et Droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, op. cit., p. 56 ; En effet, « le critère de nature organique est lié à la nature de l'autorité investie du pouvoir de sanction » (M. GUYOMAR, *loc. cit.* p. 37).

⁶²⁸ « L'interprétation est une composante essentielle du raisonnement juridique. Le raisonnement juridique est généralement défini comme l'application d'une règle à un cas. L'interprétation juridique consiste à déterminer le sens de la règle en vue de préciser sa portée dans le contexte de son application. Dans un sens plus large, l'interprétation juridique désigne toute forme de raisonnement juridique qui conduit à la solution d'un cas ou à la découverte d'une règle » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit.). L'interprétation de la loi pénale dépasse le cadre de la technique juridique (C. GHICA-LEMARCHAND, *L'interprétation de la loi pénale par le juge*, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006).

et les organes d'appréciation⁶²⁹. Les premiers sont dédoublés en organes de poursuite et en organes d'instruction. L'organisation de la justice pénale repose ainsi sur une répartition en trois phases représentées par trois fonctions séparées. Une fonction de *poursuite*, une fonction d'*instruction* et une fonction de *jugement* qui sont respectivement, à titre principal, confiées au parquet⁶³⁰, au juge d'instruction⁶³¹ et à la juridiction de jugement⁶³². *Un principe de séparation* dirige ces fonctions notamment les fonctions de poursuite et de jugement⁶³³.

À l'inverse de tout ceci et en dehors du droit pénal, le droit applicable avant l'infliction d'une sanction « ne peut faire l'objet d'une présentation unitaire »⁶³⁴. L'absence d'un Code de procédure répressive non pénale contribue à la diversification dans les règles de poursuite et d'instruction, mais également des règles relatives à l'organisation d'exécution de leurs fonctions. Cette diversification de la répartition des fonctions de poursuite et d'instruction en matière répressive contribue à une certaine indépendance des sanctions – pénales et extra-pénales.

Cela impose de comprendre l'organisation particulière de la fonction de poursuite (§ 1) et de la fonction d'instruction (§ 2) en droit répressif.

§ 1 : Une démarcation par la fonction de poursuite

130. Nous verrons comment la désignation des organes de poursuite (A) et la mise en œuvre des poursuites (B) démarquent la sanction pénale des sanctions ayant le caractère d'une punition obtenues à l'issue des procédures répressives.

A. LA DÉSIGNATION DES ORGANES DE POURSUITE

131. Une variation. En droit pénal, l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi⁶³⁵. Ce sont les magistrats du parquet qui déclenchent les poursuites par l'action

⁶²⁹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, éd. LexisNexis, 15^e éd., 2022, pp. 113 et s.

⁶³⁰ Un magistrat du parquet se charge de la décision d'engagement des poursuites.

⁶³¹ Le juge d'instruction s'occupe de la phase d'enquête.

⁶³² La juridiction de jugement se prononce sur la culpabilité du délinquant et lui inflige une sanction.

⁶³³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.* ; Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

⁶³⁴ » M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, p. 219.

⁶³⁵ Article 1^{er}, alinéa 1 du Code procédure pénale.

publique. L'action exercée par le Ministère public⁶³⁶ fait de lui le maître de l'action publique en droit pénal⁶³⁷.

Cependant, en droit répressif extra-pénal, il n'existe pas vraiment un ministère public attitré, comme en procédure pénale. S'il existe, ce n'est que de façon exceptionnelle⁶³⁸ ou parce que pour le prononcé de certaines sanctions ayant le caractère d'une punition comme l'amende civile, on doit saisir le ministère public lui-même⁶³⁹. Plusieurs autorités institutionnelles détiennent le pouvoir d'engager les poursuites. Parfois, « une seule »⁶⁴⁰ autorité peut réellement prendre le rôle d'un ministère public comme en droit pénal et engager les poursuites. Il n'y a définitivement pas de maître des poursuites comme en droit pénal.

Ce constat témoigne de la liberté enregistrée dans ce processus répressif. Même si cet organe n'est pas prévu par un texte législatif mais désigné par la réglementation interne de l'administration concernée, le Conseil d'Etat ira jusqu'à lui accorder parfois les prérogatives de l'opportunité des poursuites. Et comme le ministère public, le Conseil d'Etat lui laissera la liberté de ne pas engager les poursuites⁶⁴¹. Cependant, l'organe de poursuite désigné ainsi de façon libre ne veille pas obligatoirement à la protection de la liberté individuelle⁶⁴² comme le fait professionnellement le ministère public en tant qu'autorité judiciaire. Par conséquent, on peut remarquer l'existence d'une « compétence discrétionnaire »⁶⁴³, du fait de ce mode de désignation de l'organe de poursuite. Il en résulte une source de variation des modes de désignation.

132. Cas d'organes de poursuite en matière administrative et en matière fiscale : des modes de désignation variés et une séparation négligeable des organes et des fonctions. En matière de procédure répressive administrative, désignée comme organe de poursuite, et par le biais de son Président, la Commission des opérations de bourse⁶⁴⁴ pouvait décider d'ouvrir une

⁶³⁶ A. BERGEAUD-WETTERWALD, « Les actions en matière répressive : Construction et déconstruction d'un édifice fragilisé », *RPDP*, avril-juin 2018, n° 2, éd. CUJAS, p. 259.

⁶³⁷ L'action publique est souvent présentée comme « la mise en œuvre du droit de punir appartenant à l'Etat », l'objet de l'action publique étant l'application d'une peine à l'auteur d'une infraction. Si elle est exercée classiquement par le Ministère public, elle ne lui appartient pas. Certains parlent de difficulté de titularisation de l'action publique (A. BERGEAUD-WETTERWALD, *lot. cit.* p. 261).

⁶³⁸ Voy., la définition limpide du rôle du commissaire du gouvernement (CE, 10 juillet 1957, *Gervaise*, *AJDA*, 1957, p. 365).

⁶³⁹ Voy., *infra*, n°s 129, 130.

⁶⁴⁰ M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, p. 235.

⁶⁴¹ CE, 25 mars 1994, n° 123644.

⁶⁴² Alinéa 1^{er} de l'article 66 de la Constitution française de 1958.

⁶⁴³ M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.* p. 235

⁶⁴⁴ Voy., *supra*, note n° 308.

enquête, sur réception de plaintes. Elle avait le choix de décider de classer, d'ordonner une enquête supplémentaire ou de poursuivre⁶⁴⁵.

En procédure répressive fiscale, les poursuites pour fraude fiscale ne peuvent être engagées qu'à la suite d'une plainte préalable à l'administration sur avis conforme de la Commission des infractions fiscales. Cette commission ne peut se prononcer sur l'engagement des poursuites qu'« à condition d'avoir été saisie par le Ministère chargé des finances »⁶⁴⁶. C'est l'administration qui détient véritablement le pouvoir d'engagement des poursuites en procédure répressive fiscale, contrairement au ministère public en procédure pénale. Loin de la procédure administrative, les règles de poursuite en droit fiscal semblent être plus rapprochées de celles du droit pénal, puisque le ministère public finit par être saisi par l'administration fiscale. Mais dans les deux cas, le détenteur du pouvoir de déclenchement des poursuites n'est pas un organe judiciaire préalablement désigné. Nous sommes sur des modes de désignation très variés et différents de ceux prévus par la matière pénale.

Hormis cette variation de désignation, est remarqué également un défaut de séparation des organes et des fonctions. En droit des marchés financiers, la loi du 1^{er} août 2003 prévoit certes un principe de séparation des fonctions selon lequel la commission des sanctions est séparée du collège de l'Autorité des marchés financiers – chargé des poursuites. La réalité est tout autre, cependant. Les deux organes sont désignés par la même administration et en son sein. Encore faut-il qu'il ne s'agisse pas des mêmes personnes. La séparation des organes de sanction est quasiment négligeable. Il en résulte pratiquement une auto-saisine. Le cas justement de l'amende prononcée en droit des marchés financiers à propos de la sanction du manquement d'initié pouvant être prononcée par l'Autorité des marchés financiers⁶⁴⁷ le démontre bien. Un autre domaine confirme cette variation de l'organisation des organes.

133. Cas en matière civile punitive : une variation de l'organisation des organes et des fonctions de poursuite et de sanction. Quant à l'engagement des poursuites en matière répressive civile, cette fonction peut aussi être assurée par différentes autorités. Le cas de l'amende civile est aujourd'hui développé. La poursuite débouchant sur son prononcé peut être déclenchée par le Procureur de la République⁶⁴⁸ ou une autorité différente de celle de jugement⁶⁴⁹. Cependant, il existe aussi des hypothèses où le juge ayant prononcé l'amende

⁶⁴⁵ *Idem.*

⁶⁴⁶ T. LAMBERT, *Les sanctions pénales fiscales*, éd. L'Harmattan, 2007, p. 28.

⁶⁴⁷ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

⁶⁴⁸ Voy., par exemple, l'article 53 du Code civil (Cas des amendes prévues aux articles 50, 63, 76 et 101 du même Code) ; Article L. 430-9, al. 2 du Code de l'Urbanisme ; Article L. 611-4-1, al. 6 du Code rural.

⁶⁴⁹ Article L. 442-4, al. 3 du Code de commerce ; Article L. 651-2 du Code de commerce et de l'habitation (la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice expose des motifs).

civile s'auto-saisit. Il en est ainsi dans les cas de rejet d'une action abusive et de condamnation des personnes qui ne se sont pas conformées à ses pouvoirs lors de l'exercice de ses fonctions⁶⁵⁰. Ainsi, la désignation de l'organe de poursuite varie. Ce n'est pas étonnant puisque les amendes civiles sont véritablement soumises à un régime hétéroclite⁶⁵¹.

S'il s'agit d'un cas de pratiques restrictives de concurrence, « l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article »⁶⁵². Ainsi, dans ce processus au cours duquel est demandée la condamnation à une amende civile⁶⁵³, plusieurs personnes ont la qualité pour engager les poursuites. Cette compétence leur est attribuée par la loi. Ce qui ressemble, de prime abord, un peu à la procédure pénale. Cependant, la différence est que l'organe de poursuite et l'organe chargé d'infliger la sanction civile punitive sont désignés au sein de la même administration. Une confusion des organes et des fonctions se crée.

Quoi qu'il en soit, les principes de droit pénal tels que l'indépendance et l'impartialité pris en compte par la fonction du ministère public se retrouvent exposés à des violations presque évidentes, ici en matière civile. L'organe de poursuite et l'organe de sanction n'étant pas réellement séparés, il s'agit d'une auto-saisine de l'autorité répressive qui en ressort. Alors qu'en matière pénale, les tribunaux ne peuvent s'autosaisir qu'en cas d'exception⁶⁵⁴. Ce qui garantit, d'ailleurs, dans cette matière l'impartialité des organes.

On observe donc des modes de désignation de l'organe de poursuite qui varient effectivement selon chaque réseau répressif. Parfois, c'est l'administration elle-même qui choisit l'organe déclencheur des poursuites – souvent en son sein –, quelquefois c'est la loi qui le prévoit. Il en ressort une difficulté commune à tous les réseaux répressifs extra pénaux. L'absence de séparation effective de l'organe de poursuites et de l'organe de sanction atténue l'efficacité de cette extension. Et ceci, même si le Conseil constitutionnel prévoit l'extension de l'application des principes de droit pénal à leur domaine – comme on l'a étudié plus haut dans notre étude⁶⁵⁵. Certains domaines font exception à la règle.

⁶⁵⁰ Voy., à ce propos, N. ALLIX, *La sanction pécuniaire civile*, op. cit., pp. 566-567, n^{os} 693 et 694.

⁶⁵¹ N. ALLIX, *La sanction pécuniaire civile*, loc. cit., p. 565.

⁶⁵² L'article L. 442-6 du Code de commerce.

⁶⁵³ En dépit des autres demandes de réparation que leur accorde la loi, ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile.

⁶⁵⁴ Cas exceptionnel des délits d'audience : Articles 676 et s. du Code de procédure pénale.

⁶⁵⁵ Voy., *supra*, n^o 23 et s.

134. L'exception à l'opportunité de poursuite dans certains domaines répressifs : l'obligation de poursuite. S'il existe des règles de poursuite en dehors du droit pénal, elles sont différentes de celles connues en procédure répressive pénale. Il existe en effet une exception à l'opportunité de poursuites accordée aux autorités institutionnelles dans leur fonction de poursuite. Il s'agit de l'obligation de poursuite.

C'est le cas en matière de contravention de grande voirie⁶⁵⁶. Une obligation de poursuite est imposée aux autorités institutionnelles désignées comme des organes de poursuite. Cette contrainte s'éloigne clairement de la conception de l'opportunité des poursuites consacrée par l'article 40-1 du Code de procédure pénale. En effet, le procureur de la République possède la liberté⁶⁵⁷ d'apprécier s'il convient ou non de poursuivre un individu, pour donner suite à la constatation d'une infraction. Il est vrai que dans certains cas, cette obligation de poursuite n'est pas considérée comme « une obligation radicale »⁶⁵⁸. Dans tous les cas, l'obligation de poursuite en procédure répressive non pénale est une réalité ; une réalité qui cache une façon d'encadrer le pouvoir des organes de poursuite, voire de le contrôler. Remarquons que dans le fond, par cette règle, l'organe de poursuite n'est pas aussi indépendant. Cette absence de choix de poursuite éloigne alors ce type d'organe de poursuite du ministère public.

B. LA MISE EN ŒUVRE DES POURSUITES EXTRA-PÉNALES

135. Dans la particularité des règles de poursuites en matière répressive non pénale, quelle possibilité est offerte à toute personne – autre que l'organe de poursuite désigné – d'enclencher des poursuites extra pénales ? De cette interrogation, surgissent deux sous-questions subséquentes. Premièrement, la victime d'une faute administrative ou disciplinaire ou la victime d'une infraction fiscale ou encore un tiers peut-il mettre en œuvre des poursuites dans le but d'une sanction ayant le caractère d'une punition ? Dans un second temps, la victime⁶⁵⁹ et

⁶⁵⁶ « Les autorités chargées de la police et de la conservation du domaine public maritime sont tenues, par application des principes régissant la domanialité publique, de veiller à l'utilisation normale des rivages de la mer et d'exercer à cet effet les pouvoirs qu'elles tiennent de la législation en vigueur, y compris celui de saisir le juge des contraventions de grande voirie pour faire cesser les occupations sans titre » (CE, 23 février 1979, *Ministère de l'Équipement c/ Association des amis des chemins de ronde*, RDP, 1979, p. 1157, note Waline).

⁶⁵⁷ Il faudrait juste que cette appréciation soit fondée sur des critères objectifs (V. NIORE, « Le déclenchement de la poursuite », *Gaz. Pal.*, 20 août 2009, n° 232, pp. 9 et s.).

⁶⁵⁸ J. GOURDOU, « Sanctions disciplinaires : les questions de la légalité des infractions et de l'opportunité des poursuites », *RFDA*, 28 août 2014, n° 4, p. 767 ; Le Rapporteur public Rémi KELLER souligne que « le chef d'établissement pourrait ainsi légitimement refuser d'engager des poursuites, même en cas de violence verbale ou d'acte grave, si le déclenchement des poursuites devait entraîner des troubles graves dans l'établissement » (Conclusions R. KELLER, *AJDA*, 2006, p. 1072).

⁶⁵⁹ Acteur accessoire de la procédure en matière pénale : acteur de l'action civile (S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., pp. 815 et s.).

le tiers⁶⁶⁰ peuvent-ils demander également une réparation civile du dommage subi, comme observé en matière pénale ?

Une chose est certaine en la matière. Les poursuites extra-pénales sont de plus en plus marquées par l'évolution de la procédure d'une « constitution de partie civile »⁶⁶¹. Le plus grand progrès découle de la reconnaissance, loi nouvelle par loi nouvelle, autorité par autorité⁶⁶² d'une fonction de règlement des litiges aux autorités administratives indépendantes saisies en matière administrative.

Ainsi, la victime en matière répressive peut véritablement déclencher les poursuites dans l'espoir de voir prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition, mais également de voir l'autorité de répression régler le litige comme un juge civil. Quoique cette seconde possibilité demeure limitée à quelques domaines en matière administrative.

À l'inverse de cette évolution, la mise en œuvre des poursuites par un tiers fait encore défaut dans quasiment toute la matière répressive extra-pénale. Nous sommes véritablement entre progrès (1) et insuffisance (2) de la procédure de constitution de partie civile.

1. Les progrès en matière de poursuites déclenchées par la victime

136. Variation du mode de déclenchement des poursuites en matière répressive extra pénale. D'abord, en matière pénale, mis à part l'organe ordinaire des poursuites⁶⁶³, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale prévoit que l'action publique pour l'application des peines peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée. Il signifie que la victime d'une infraction pénale peut elle-même mettre en œuvre l'action publique dans le but de voir punir l'auteur. L'article 2 du même Code donne la possibilité à « tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction » d'intenter une action civile pour obtenir une réparation du dommage subi. Ce qui représente donc une constitution de partie civile ouverte également donc au tiers. Ainsi, en droit pénal, les deux interrogations relevées plus haut sont résolues : la victime d'une infraction pénale peut déclencher elle-même l'action publique ou agir par voie d'intervention en s'associant aux poursuites déclenchées par le ministère public.

⁶⁶⁰ Personne impliquée par les actions publiques et civiles (S. GUINCHARD, J. BUISSON, *lot. cit.*, p. 863 et s).

⁶⁶¹ Nous utiliserons cette expression dans le développement pour toujours faire le lien entre l'action intentée par la victime et le tiers en vue d'une sanction ayant le caractère d'une punition et la constitution de partie civile en procédure pénale.

⁶⁶² M.-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de la régulation*, presses de Sciences po, éd. Dalloz, 2005, p. 270.

⁶⁶³ Alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale.

Dans une procédure répressive extra-pénale à l'inverse, symétriquement à la partie civile au pénal, la victime ou le tiers ne peut pas directement toujours déclencher les poursuites. Du moins, cette possibilité n'est pas accordée à la partie civile dans tous les systèmes répressifs. En matière répressive fiscale, l'action publique ne peut être mise en mouvement que dans la mesure où l'administration a, au préalable, déposé une plainte ou dénoncé des infractions de fraude fiscale⁶⁶⁴. En plus de l'action publique qui peut être déclenchée par le ministère public sur plainte de l'administration fiscale, celle-ci peut se constituer partie civile⁶⁶⁵. Ce n'est pas possible dans certains réseaux répressifs. En matière de procédure de contentieux disciplinaire institutionnel, le tiers n'a qu'une place insignifiante⁶⁶⁶.

Se décline ainsi une variation dans le déclenchement des poursuites selon les réseaux répressifs.

137. Déclenchement des poursuites par la victime en matière administrative : une procédure absolument marquée par le progrès en matière de régulation. Ce n'est plus seulement la justice pénale qui est rivalisée par les autorités de régulation attributaires du pouvoir de sanction. La justice civile se trouve aujourd'hui concurrencée par certaines autorités de régulation, car ces dernières vont jusqu'à trancher le litige, en désignant un gagnant et un perdant, à l'image de la mission d'une juridiction civile⁶⁶⁷. Mais cette évolution n'est liée qu'à quelques domaines du système répressif administratif. Le niveau de mise en œuvre des poursuites a dorénavant augmenté et progressé, grâce à l'avènement de plusieurs textes législatifs⁶⁶⁸. Ces textes prévoient un règlement des différends par le régulateur alors que ce dernier n'a normalement pour attribut que le pouvoir de sanction.

Ainsi, en matière gazière, de communication électronique et de communication audiovisuelle, les victimes sont davantage motivées à saisir les autorités de régulation. Elles déclenchent les poursuites devant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

⁶⁶⁴ Paragraphe I de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales.

⁶⁶⁵ La condition de recevabilité de cette constitution étant le fondement de son action sur les dispositions des articles L. 232 du livre des procédures fiscales et 418 du Code de procédure pénale (Crim. 22 janvier 2003, pourvoi n° 02-83.05 ; Crim., 5 mai 1997, pourvoi n° 96-83.246, *Inédit*).

⁶⁶⁶ J. GOURDOU, « Sanctions disciplinaires : les questions de la légalité des infractions et de l'opportunité des poursuites », *op. cit.*, p. 764 ; Voy., *infra*, n° 143.

⁶⁶⁷ C. DE BERNARDINIS, « La gestion d'un litige devant une Autorité administrative indépendante », *Hebdo édition publique, Lextenso*, janvier 2017.

⁶⁶⁸ Les dispositions de l'article 38 de la loi du 10 février 2000 sur le service public de l'électricité donnent une possibilité de règlement des différends par le régulateur. Texte modifié par la suite par la loi du 11 août 2004 ; Cette compétence de l'autorité de régulation fut étendue en matière gazière par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003. Également, les dispositions de l'article L. 36-B du Code des postes et des communications électroniques réformé par la loi du 9 juillet 2004 relatives aux communications électroniques et aux services de communication de l'audiovisuelle. Surviennent aussi la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, relative à la régulation des activités postales ainsi que l'article 12 de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

autrefois appelée l'Autorité de régulation des communications. Elles peuvent également saisir l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique – ancien Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission de régulation de l'électricité transformée en Commission de régulation de l'énergie. La saisine peut se faire encore devant la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits et enfin devant l'Autorité de régulation des activités ferroviaires devenue depuis le 1^{er} juillet 2016 l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières. La victime en matière répressive administrative est, par conséquent, avantagée en termes d'action en vue d'une sanction. Cela se vérifie-t-il en matière fiscale ?

138. Déclenchement des poursuites par la victime en matière fiscale : une voie procédurale particulière quoique développée. Le système répressif fiscal est incontournable dans l'appréciation de la partie civile en cas de poursuites extra-pénales. En effet, tout comme en droit pénal, l'administration a, *primo*, la possibilité de déclencher des poursuites en vue de voir punir le contribuable⁶⁶⁹. En droit pénal, on aurait parlé de déclenchement de l'action publique. *Secundo*, l'administration peut encore agir par voie d'intervention. Que ce soit au cours de l'audience correctionnelle, soit en cours d'information judiciaire, « lorsqu'une information est ouverte par l'autorité judiciaire sur la plainte de l'administration des impôts (...) cette administration peut se constituer partie civile »⁶⁷⁰. Quand on fait le parallèle entre la partie civile que constitue l'administration en matière fiscale et la partie civile en droit pénal, plusieurs réflexions en découlent.

D'abord, le rôle de l'administration « partie civile » s'apparente au rôle de la partie civile jointe au ministère public. Les deux interviennent à toutes les étapes de la procédure, fournir des informations, contester, mettre tout en œuvre pour la répression de l'infraction. Ensuite, il est relevé rapidement que la partie civile que forme l'administration fiscale a toutefois un caractère particulier. Contrairement à la partie civile en procédure pénale, l'administration fiscale détient certaines prérogatives. Elle a la possibilité de fixer elle-même – sous contrôle du juge de l'impôt – « les droits auxquels le contribuable a entendu se soustraire par des procédés frauduleux ainsi que les pénalités fiscales destinées à assurer cette réparation⁶⁷¹ ». En matière pénale en revanche, seul le juge peut fixer le montant de la réparation du dommage.

⁶⁶⁹ Paragraphe I de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales.

⁶⁷⁰ Article L. 232 du Livre des procédures fiscales.

⁶⁷¹ Crim., 17 avril 1989, pourvoi n° 88-81.189, *Bull. crim.*, n° 156.

Dans tous les cas, la constitution de partie civile par l'administration fiscale est une voie procédurale bien développée⁶⁷² aussi. Sa particularité est incontestable à cause de la nature de la demande de réparation formulée par l'administration des impôts. La victime en matière disciplinaire jouit-elle aussi de ce type de privilège ?

139. Déclenchement des poursuites par la victime en matière disciplinaire : une voie procédurale particulière. En matière disciplinaire, pour une faute reprochée au salarié par l'employeur, l'engagement des poursuites pénales peut être complété par l'engagement de poursuites disciplinaires. Dans ce cas, l'employeur se constitue partie civile pour les poursuites pénales. Il peut engager les poursuites disciplinaires contre le salarié dans un délai de deux mois⁶⁷³. Ainsi, l'employeur a bel et bien la possibilité d'endosser ce rôle de partie civile, en matière répressive disciplinaire.

Cependant ici, la véritable question est de savoir si c'est la qualité de victime qui octroie à l'employeur la capacité de se constituer partie civile et de déclencher les poursuites ? Généralement, l'employeur est la victime de la faute disciplinaire du travailleur.

Mais dans ce même système répressif, la mise en œuvre des poursuites connaît des particularités, dans certains domaines spécifiques tel que le domaine médical. Dans ce domaine, on ne peut pas écarter la place du patient dans la mise en mouvement des poursuites. Le droit a beaucoup évolué en matière de préjudice indemnisable au patient et à ses ayants-droits, via le principe d'une réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit pour la victime⁶⁷⁴. Ce n'est donc pas la qualité de victime seulement qui permet à l'employeur de se constituer partie civile. Certes l'expression « partie civile » n'est pas vraiment employée pour qualifier la victime en matière de poursuites aux fins de sanctions disciplinaires et de réparation. Toutefois, la loi laisse cette possibilité à la personne lésée – comme en droit pénal – de demander réparation du préjudice subi. Peu importe qu'il s'agisse de l'employeur ou du patient en matière médicale. La victime peut également se constituer partie civile en matière civile répressive.

140. Déclenchement des poursuites par la victime en matière civile répressive. Quant à la matière répressive civile, la constitution de partie civile est également possible par la

⁶⁷² Aujourd'hui, l'administration fiscale peut même se constituer partie civile directement en appel (Crim. 8 nov. 2017, n° 17-82.968, *Bull. crim.* ; *Recueil Dalloz*, 2018, 1611, obs. J. Pradel ; *Dr. pén.*, 2018, comm. 15, obs. J.-H. Robert).

⁶⁷³ Ce délai peut être interrompu jusqu'au prononcé d'une décision définitive par la juridiction pénale (Soc., 15 juin 2010, pourvoi n° 08-45243).

⁶⁷⁴ Les articles L. 1142-1-1 et L. 1142-17, alinéa 2, du Code de la santé publique, et L. 232-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles ; Civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, pourvoi n° 18-14.063, *Publié au bulletin* ; Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2019, pourvoi n° 18-21.339, *Publié au bulletin* ; CE, 23 octobre 2019, n° 419274.

victime. Selon les dispositions de l'article L. 442-1 du Code de commerce⁶⁷⁵, en cas de faute ayant créé un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties à un contrat, la responsabilité de l'auteur peut être engagée. Une réparation du préjudice peut lui être demandée. Dans ce cadre, le paragraphe I de l'article L. 442-4 du Code de commerce⁶⁷⁶ prévoit la possibilité pour toute personne qui y a intérêt de saisir une juridiction civile ou commerciale. Ainsi, en dehors des poursuites déclenchées par l'organe de poursuite dans le but d'une amende civile punitive⁶⁷⁷, une constitution de partie civile est aussi possible dans cette même matière pour voir prononcer des peines pécuniaires privées. Dans ce cas, le juge ne peut pas s'auto-saisir comme on l'a vu plus haut pour les amendes civiles⁶⁷⁸. Ici, seule la victime est habilitée à le faire⁶⁷⁹. Un accent particulier a été mis sur l'étendue de la demande de la victime⁶⁸⁰.

141. Bilan du déclenchement des poursuites par la victime. Par conséquent, dans la plupart des réseaux répressifs, en dehors de l'organe de poursuite choisi pour déclencher les poursuites en cas de faute, la victime a la possibilité de se constituer partie civile. Ce que ne met pas en évidence cette voie procédurale extra-pénale est le défaut de l'expression « partie civile » dans certains systèmes répressifs, même si nous, nous l'utilisons dans le long de notre démonstration pour établir facilement le lien avec la procédure pénale. Toutefois, un enchantement découle du développement de cette procédure en matière administrative et face aux autorités de régulation où la victime n'a pas grande chose à envier à la victime en matière pénale.

À présent, en procédure pénale, il n'y a pas que la victime qui déclenche les poursuites, mis à part le ministère public. Le tiers également. Qu'en est-il réellement en matière répressive extra pénale ?

2. L'insuffisance en matière de poursuites déclenchées par le tiers

142. Déclenchement des poursuites par le tiers : une voie procédurale rarement utilisée en matière administrative. Selon les dispositions de l'article 2 du Code de procédure pénale, tout ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ont

⁶⁷⁵ Dispositions modifiées par l'article 139 de la Loi n° 2020-1525 du 07 décembre 2020.

⁶⁷⁶ Paragraphe III de l'ancien article L 442-6, dans sa version en vigueur depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.

⁶⁷⁷ Article L. 442-6 du Code de commerce.

⁶⁷⁸ Voy., *supra*, n° 129.

⁶⁷⁹ A. JAULT, *La notion de peine privée*, *op. cit.* Cette volonté de la victime est également exigée en droit québécois, pour déclencher les poursuites en vue d'une demande de peines pécuniaires privées (J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, B. MOORE, *La responsabilité civile*, vol. 1, éd. Yvon Blais, 8^e éd., 2014, p. 382).

⁶⁸⁰ Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

la possibilité de se constituer partie civile. Cependant, quand il s'agit d'une procédure répressive non pénale, le tiers peine encore à se positionner.

En matière répressive, c'est seulement depuis 2006 que la jurisprudence⁶⁸¹ reconnaît au tiers une voie d'opposition contre une inaction ou une passivité de l'autorité administrative. Celle-ci devra alors désigner une autorité de poursuite ou déclenchera elle-même l'action. Dans un arrêt ultérieur⁶⁸², une autorité administrative, précisément l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, a été saisie par des assurés d'une société. Ces assurés ont en effet adressé une demande d'engagement d'une procédure disciplinaire à l'encontre de l'autorité administrative qui a implicitement refusé par son silence d'engager les poursuites. Dans cette affaire, le juge saisi a finalement considéré que les requérants ont un intérêt à agir qui leur donne la qualité de contester. Soulignons que n'eût été leur qualité d'assuré de la société, ces requérants n'auraient pas pu justifier leur intérêt à agir. La même difficulté s'observe dans la justification de l'intérêt à agir contre les décisions du Conseil supérieur de l'Audiovisuel (CSA)⁶⁸³.

Ceci explique profondément la difficulté des tiers à se voir reconnaître un intérêt à agir. Cet « intérêt à agir » est d'ailleurs exigé pour le déclenchement des poursuites dans le système répressif civil comme remarqué ci-dessus⁶⁸⁴. Le tiers n'est pas plus chanceux en matière disciplinaire.

143. Constitution de partie civile en matière disciplinaire : une chance limitée laissée au tiers. En matière de procédure de contentieux disciplinaire institutionnelle, le tiers n'a quasiment aucune place⁶⁸⁵. Ce dernier ne peut non seulement pas déclencher les poursuites, mais il subit aussi une impossibilité de recours en procédure répressive non pénale, en cas de refus de déclenchement des poursuites par l'organe compétent désigné. Cependant, l'infime chance laissée au tiers dans cette matière de faire une opposition demeure lourdement conditionnée. Elle est conditionnée par la justification de son intérêt à agir⁶⁸⁶. Le Conseil d'État a déjà jugé qu'un enseignant n'a pas intérêt pour agir contre la décision prise par un chef d'établissement de ne pas prononcer une sanction disciplinaire ou de ne pas déclencher une

⁶⁸¹ CE, 27 juillet 2006, n° 281047, *Rabah*.

⁶⁸² CE, Sect., 30 novembre 2007, n° 293952, *M. Michel Tinez et autres*.

⁶⁸³ CE 6 janvier 2006, n° 279596, Société Lebanese Communication Group ; C. BEAUGONIN, « Audiovisuel », *Répertoire du contentieux administratif*, Septembre 2007.

⁶⁸⁴ Lorsqu'on reconnaît finalement au tiers un intérêt à agir contre le refus de poursuivre, l'administration peut être effectivement contrainte à dresser par exemple un procès-verbal pour constater le manquement extra pénal dénoncé (CAA Marseille, 20 octobre 2005, n° 01MA01632).

⁶⁸⁵ J. GOURDOU, « Sanctions disciplinaires : les questions de la légalité des infractions et de l'opportunité des poursuites », *op. cit.*, p. 764.

⁶⁸⁶ *Idem*.

procédure disciplinaire contre un élève⁶⁸⁷. La procédure est un peu plus favorable au tiers en matière civile.

144. Constitution de partie civile par le tiers : le cas exceptionnel de la matière civile.

Cette absence du tiers n'est pas relative à tous les réseaux répressifs. D'abord, dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence, le législateur a pris la peine de préciser que toute personne justifiant d'un intérêt peut intenter une action en réparation du préjudice résultant de la violation de l'article L. 442-4 du Code de commerce⁶⁸⁸. Il peut donc s'agir du ministère public, du ministre chargé de l'économie ou du président de l'Autorité de la concurrence. Ainsi, le tiers peut tout à fait déclencher les poursuites en demandant à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques commerciales déloyales ainsi que la réparation du préjudice subi. Une condition limite encore cette possibilité laissée au tiers dans ce réseau répressif : c'est la preuve de son intérêt à agir. Par ailleurs, le législateur en matière civile n'a pas restreint le pouvoir du Conseil de la concurrence de rejeter la saisine d'un tiers⁶⁸⁹ ou encore de classer l'affaire⁶⁹⁰. Il lui impose cependant une obligation de motivation de sa décision⁶⁹¹. Par ailleurs la « qualité d'agir » peut constituer un motif de rejet de la demande.

145. Des tiers écartés indépendamment de leur qualité d'agir. En matière pénale, toute personne ayant dénoncé des faits au procureur de la République peut former un recours auprès du procureur général contre la décision de classement sans suite prise à la suite de cette dénonciation⁶⁹², alors qu'il en est autrement en matière répressive non pénale. Le tiers ne dispose pas d'une liberté totale d'exercer un recours lorsque l'autorité institutionnelle refuse de déclencher les poursuites ou de saisir l'autorité sanctionnatrice. Son action est subordonnée à celle de l'autorité de poursuite désignée.

Les tiers qui peuvent être aussi des associations, jouent selon certains auteurs, « un rôle salulaire grandissant, qui se dégage en général de tout esprit de vindicte et contribue très efficacement au maintien de l'ordre et à la défense de l'intérêt »⁶⁹³. Malgré ce rôle salulaire, les tiers sont

⁶⁸⁷ CE, Sect., 10 juillet 1995, n° 170582, *Laplace*.

⁶⁸⁸ Dans sa version en vigueur depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.

⁶⁸⁹ Celui-ci « peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ».

⁶⁹⁰ L'article L. 464-6 du Code de commerce.

⁶⁹¹ La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O. du 16 mai 2001, pp. 7776 et s.

⁶⁹² Article 40-3 du Code de procédure pénale.

⁶⁹³ T. FOSSIER, J-H. ROBERT, *Droit répressif de l'urbanisme*, éd. Economica, 2017, p. 124.

souvent écartés de la mise en œuvre des poursuites. Et malheureusement parfois, même s'ils sont arrivés à justifier leur qualité à agir, ils ne peuvent pas déclencher les poursuites.

Même les victimes peuvent rencontrer des difficultés à se voir reconnaître l'intérêt à agir. Le juge saisi, limiterait son travail à l'erreur manifeste d'appréciation⁶⁹⁴. Et ce, par rapprochement à la procédure pénale du refus ou de la violation de l'obligation⁶⁹⁵ d'informer le procureur de la République d'un crime ou d'un délit.

146. Bilan du résumé de la constitution de partie civile par la victime. En définitive, l'étude du rôle de la partie civile dans la mise en œuvre des poursuites en matière répressive extra pénale, au regard de la procédure pénale devrait faire objet de travaux spécifiquement consacrés à la question. La sécurité juridique des personnes qui se retrouvent dans ce type de procédures répressives en dépend. En effet, on se rend compte que si la plupart des systèmes répressifs ont bien intégré la victime dans la procédure, elle n'est pas qualifiée comme la partie civile en droit pénal. Le tiers est encore plus écarté de cette mise en œuvre des poursuites malgré les efforts de la jurisprudence. Il en résulte que le besoin d'un corps de règles doit être profondément examiné. Cette différence d'organisation des fonctions de poursuite démarque nécessairement les sanctions ayant le caractère d'une punition de la sanction pénale. Ce qui nous pousse davantage à nous intéresser à la fonction d'instruction.

§ 2 : Une démarcation par la fonction d'instruction

147. Absence d'un juge d'instruction compétent en matière répressive non pénale : une désignation spontanée. Le processus préalable à la sanction non pénale laisse le plus souvent dans l'ombre⁶⁹⁶ l'étape de l'instruction. L'instruction telle qu'elle se déroule dans la procédure pénale n'est pas la même en dehors du droit pénal.

Au sein des procédures répressives disciplinaires, il n'y a pas vraiment de désignation d'une autorité comme organe d'instruction. Selon les dispositions de l'article 23 de la loi du 10 juillet 1982, le président du Conseil supérieur des chambres régionales des comptes « désigne parmi les membres du Conseil, un rapporteur qui procède, s'il y a lieu, à une enquête »⁶⁹⁷. En réalité, la conduite de l'instruction n'est pas confiée à un professionnel ou une autorité compétente à cet effet. C'est plutôt à un ou plusieurs des leurs – qui ne détiennent pas forcément les

⁶⁹⁴ CE, sect., 27 oct. 1999, n° 196306, *Solana*.

⁶⁹⁵ Alinéa 2 de l'article 40 du Code de procédure pénale.

⁶⁹⁶ T. FOSSIER, J-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁹⁷ JO 13 juillet 1982, p. 2203.

compétences requises – que les autorités institutionnelles vont confier ce rôle. Le même mécanisme prévaut globalement en matière répressive disciplinaire notamment en procédure répressive disciplinaire médicale⁶⁹⁸. Il en est de même dans l'organisation de l'instruction par le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche⁶⁹⁹.

Au sein de la procédure répressive administrative, cette désignation spontanée d'organe d'instruction sans texte législatif est également répandue. Ces organes d'instruction ne ressemblent effectivement pas ou plutôt, n'ont pas les mêmes pouvoirs que le juge d'instruction en matière pénale. Nous pensons ainsi à la compétence du juge d'instruction en matière pénale, pour instruire les affaires criminelles, correctionnelles et de polices en déployant ses pouvoirs d'investigation et ses pouvoirs de nature juridictionnelle prévus par la loi⁷⁰⁰.

Ce n'est pas vraiment le cas en dehors du droit pénal. En matière administrative boursière par exemple, le président du Conseil des marchés financiers⁷⁰¹ va désigner parmi les membres de la formation du Conseil saisi, un rapporteur pour jouer le rôle d'un juge d'instruction. La désignation et le rôle de ce dernier ne sont donc pas préalablement régies par un texte de loi. Dans la procédure répressive fiscale, l'organisation de l'instruction est moins simple car il y a une distinction qui se fait entre le contrôle fiscal des administrés et la phase d'enquête⁷⁰². A cette phase d'enquête, sont lancées des investigations, dès qu'il existe des preuves de suspicions de fraudes fiscales. Cette phase d'enquête n'est pas explicitement assimilée à la phase d'instruction comme on l'entend en droit pénal, mais elle y ressemble. Plusieurs services jouent alors ce rôle assimilable à l'instruction. Ce sont par exemple les services enquêteurs de l'administration fiscale de la Direction nationale des enquêtes fiscales.

Ainsi, il n'y a pas de véritable juge d'instruction en procédure répressive non pénale que ce soit en matière répressive administrative, disciplinaire ou fiscale. Ce sont plutôt des organes qui sont désignés par l'autorité institutionnelle pour jouer ce rôle. Soulignons les efforts constatés en matière répressive fiscale où la phase d'enquête partage quelques traits de ressemblance avec

⁶⁹⁸ D'après les dispositions de l'article 11 du décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 relatif au fonctionnement des Conseils de l'Ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins.

⁶⁹⁹ Article 11 du Décret n° 90-1011 du 14 novembre 1990, JO 16 novembre 1990.

⁷⁰⁰ Des pouvoirs qui lui permettent notamment de procéder à tout acte d'information utile à la manifestation de la vérité, de délivrer des mandats de comparution (article 122 et s. du Code de procédure pénale), d'ordonner le placement d'une personne mise en examen sous contrôle judiciaire (articles 137-2 et 138 et s. du Code de procédure pénale).

⁷⁰¹ Article 4 du Décret n° 96-872 du 3 octobre 1996, JO 4 octobre 1996, p. 14627.

⁷⁰² C. LOPEZ, *Droit pénal fiscal*, éd. Lextenso, 1^{ère} éd, 2012, p. 116.

ce qu'on connaît en matière pénale. Au fond le problème reste le même. La jurisprudence n'a pas manqué de faire une proposition d'organisation.

148. Une proposition jurisprudentielle d'organisation de la fonction d'instruction. Sur le plan interne, il n'existe pas encore un droit uniformisant les procédures répressives extra-pénales. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas manqué de se prononcer. Pour elle, il n'est point gênant que l'autorité institutionnelle ou le juge lui-même prenne en charge l'instruction. La seule condition étant la non-violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ceci veut dire que la confusion des organes serait la solution. Dans la pratique, quel requérant aimerait revoir au sein de la juridiction de jugement, l'organe qui l'avait interrogé en instruction⁷⁰³ ? Dans ces conditions, une violation de l'article 6 de la Convention pourrait être dénoncée, à cause de la prépondérance dangereuse qu'aurait cet ancien organe d'instruction, devenu un organe de jugement⁷⁰⁴. Et elle rendrait alors illicite la procédure.

La solution de la Cour européenne des droits de l'homme s'arrête à l'exhortation à la non-violation des principes de l'article 6 de la Convention. L'idée de la Cour est intéressante. Pour elle, le principe de séparation des fonctions – observé dans l'organisation du procès pénal – ne s'impose pas en matière répressive non pénale. Et c'est là que la mise en œuvre de sa solution est critiquable. Comment l'autorité institutionnelle ou le juge-même peut-il prendre en charge la fonction d'instruction, sans que son indépendance et/ou son impartialité ne soit entachée ? Il convient de se poser une telle question. La décision prononcée par cette autorité répressive ou ce juge serait entachée de vices de procédures si on était en matière pénale.

Alors, ce n'est pas toujours une absence de juge d'instruction le véritable problème, mais plutôt l'incompétence du juge d'instruction désigné. Il est tout comme l'organe de poursuite, exposé à des risques d'indépendance et d'impartialité ; même si la Cour européenne invite au respect de l'article 6 de la Convention.

En conclusion de cette section, l'organisation des fonctions diffère de ce qui est prévu en procédure pénale et le principe de séparation des fonctions n'est pas non plus la priorité. En dehors de la procédure pénale, toutes les poursuites aboutissant à une sanction ayant le caractère d'une punition ou sanction extra pénale sont déclenchées par des organes de poursuite dont la désignation et le fonctionnement se distinguent profondément de la procédure pénale. Même le

⁷⁰³ CEDH 24 mai 1989, série A, vol. 154.

⁷⁰⁴ *Idem*.

tiers n'a qu'un droit infime de faire un recours contre la décision de refus de déclencher les poursuites, en termes de constitution de partie civile. L'absence ou le défaut d'indépendance et d'impartialité des organes de poursuite vis-à-vis des organes de sanction reflète la séparation illusoire des fonctions. Ce qui diffère de l'organisation de ces fonctions en procédure pénale. L'organisation de la fonction d'instruction n'est pas plus avancée, à cause de son mode de désignation spontanée et problématique pour la sécurité juridique que devrait dégager toute procédure aboutissant à une sanction.

149. Conclusion de chapitre. En tant que facteurs déterminants dans la caractérisation de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition, les organes intervenant chronologiquement dans le déroulement d'un dossier créent une différenciation entre ces sanctions.

Nous n'avons certes pas respecté la chronologie et avons commencé par les organes d'appréciation et de sanction⁷⁰⁵ avant d'analyser l'organisation des organes de poursuite et de sanction. En revanche, nous retenons qu'il n'y a que la fonction de sanction qui, véritablement, rapproche les sanctions ayant le caractère d'une punition de la sanction pénale. La nature des autorités de sanction et l'organisation des fonctions de poursuite et d'instruction diffère considérablement.

Cette opposition entre les sanctions nourrit d'ailleurs leur indépendance adoptée par le droit positif depuis 1982⁷⁰⁶. C'était une position essentiellement attachée à la nature de l'autorité sanctionnatrice. Par la suite, l'insuffisance de la distinction organique a certes été soulevée, sous l'influence de la jurisprudence européenne. La matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne dépasse le seul champ de la sanction pénale. Selon certains auteurs⁷⁰⁷, cette analyse peut être réaliste. La conclusion est cependant la même que lorsqu'on procède par distinction organique, car toutes ces sanctions sont aujourd'hui intégrées dans le droit répressif, par l'application de principes communs de droit pénal.

⁷⁰⁵ Voy., *supra*, n^{os} 129 et s.

⁷⁰⁶ Le législateur a laissé le soin de prononcer toute sanction ayant le caractère d'une punition à une autorité de nature non juridictionnelle (Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, *préc.*, considérant n^o 33 ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*, *Rec.* p. 71, JO 1^{er} août 1989, p. 9676, considérant n^o 18). Au niveau de la doctrine, ça fait pratiquement une vingtaine d'années maintenant que le doyen Franck MODERNE considérait l'intervention des autorités de sanction comme « l'élément le plus caractéristique » de la différenciation entre la sanction administrative et la sanction pénale.

⁷⁰⁷ E. ROSENFELD, J. VEIL, *op. cit.*, pp. 61 à 73.

La distinction organique est encore plus représentée, surtout avec l'exemple de l'organisation des fonctions de poursuite sous la vague de pouvoirs de règlement de conflits conférés aux autorités administratives indépendantes. Il s'agit d'une source de développement de la procédure répressive extra-pénale et des attributs officiellement reconnus aux autorités répressives extra-pénales concernées. Le cas en Grande-Bretagne et en Espagne⁷⁰⁸ où les poursuites peuvent être déclenchées devant les régulateurs de télécommunications et de l'énergie le démontre également. La *Communication Act*, une loi de 2003 a conféré à l'autorité des communications électroniques, de l'audiovisuel et de la poste un tel office. C'est une volonté de voir évoluer l'organisation des organes des sanctions ainsi que la mise en œuvre de leurs fonctions. Il n'empêche qu'en l'état actuel, les sanctions s'éloignent à cause de ces facteurs divergents de leur caractérisation.

Par ailleurs, les garanties des sanctions créent-elles le même rapport d'éloignement entre les sanctions ?

⁷⁰⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *op. cit.*

Chapitre 2. Les garanties des sanctions

150. Qu'elles soient qualifiées de garanties ou de principes directeurs⁷⁰⁹, le droit pénal accorde à la sanction pénale un ensemble de règles protectrices. Cette protection juridique de la sanction limitée au départ au champ d'application du droit pénal, a été nécessitée dans l'ensemble du droit répressif. Au prime abord, ceci a conduit à une recherche continue de l'identification des différentes formes sanctionnatrices. Une identification qui, au fil du temps a fait naître un mouvement unificateur des sanctions témoigné par deux éléments essentiellement liés. D'une part, ce mouvement est témoigné par la convergence vers « un modèle abstrait – et partiellement indéfini »⁷¹⁰ qui s'inspirerait de la sanction pénale. Un modèle de sanction doté d'un caractère punitif. D'autre part, il l'est par une extension jurisprudentielle⁷¹¹ progressive depuis une trentaine d'années⁷¹², des principes de droit pénal aux diverses formes de sanctions punitives. Cette extension jurisprudentielle a été opérée par le juge constitutionnel – notamment par les décisions n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 et n° 89-260 DC du 28 juillet 1989⁷¹³. Dans ces deux décisions fondatrices du droit constitutionnel punitif, le Conseil constitutionnel a jugé « 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 des droits de la défense* » et « que ces exigences concernent non seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi 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 »⁷¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme – dont on ne peut ignorer la solide implication – a également participé à cette extension jurisprudentielle qui a créé des sortes de règles constitutives du droit répressif⁷¹⁵. C'est d'ailleurs le caractère punitif de la sanction « modèle »

⁷⁰⁹ E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., p. 129

⁷¹⁰ P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, thèse, Aix-Marseille 3, 2004.

⁷¹¹ Voy., *supra*, n° 17.

⁷¹² *Idem*.

⁷¹³ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

⁷¹⁴ *Idem*. C'est nous qui mettons en italique.

⁷¹⁵ Des règles constitutionnelles du droit répressif formant un droit constitutionnel punitif (J. BONNET, « La clarté et la précision de la loi punitive : un régime constitutionnel à plusieurs vitesses », in P.-Y. GAHDOUN, A. PONSEILLE, E. SALES, (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, p. 75).

qui ouvre droit à l'extension de l'application de ces principes de droit pénal⁷¹⁶. Des principes qui puisent une bonne partie de leur fondement dans le droit interne⁷¹⁷.

La variété organique des processus de répression extra-pénales, la diversité des sanctions ayant le caractère d'une punition relevées ci-dessus ne représentent-elles toutefois pas un obstacle à l'application de ces règles ? Selon le vocabulaire juridique, l'application est la reconnaissance de l'applicabilité d'une règle à une matière déterminée⁷¹⁸. L'élargissement de l'application des principes ayant déjà été réalisé par la jurisprudence à toute la matière répressive, notre objectif va donc au-delà de l'applicabilité. Nous allons plutôt évaluer la mise en œuvre, l'application de ces règles. Autrement dit, ce sera une façon d'apprécier la soumission des sanctions extra-pénales à chacune de ces garanties, en comparaison avec le régime de la sanction pénale.

Nous allons par conséquent nous intéresser en amont, à la confrontation des sanctions à la source « officielle »⁷¹⁹ de la responsabilité pénale. Celle qui s'impose dans tout le droit pénal, c'est-à-dire dans la détermination des incriminations, dans l'édiction des peines et dans les règles de poursuites. C'est donc sur l'application du principe de légalité des délits et des peines qu'il faudrait commencer par analyser les garanties de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition.

Une fois la responsabilité pénale mise en œuvre, le juge pénal ne veille-t-il pas normalement à la cohérence et à l'équilibre de la procédure à l'égard des parties au procès ? Partant, les sanctions ayant le caractère d'une punition sont-elles également aujourd'hui le résultat de

⁷¹⁶ Voy., dans ce sens, J.-B. PERRIER, « Le repli des principes constitutionnels dans le champ pénal », in GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, p. 186.

⁷¹⁷ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « 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 » ; Article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

On ne peut à présent nier que d'abord, il s'agit principalement d'une volonté nationale. Plusieurs textes constitutionnels contiennent et sont appelés à garantir le respect des libertés fondamentales et individuelles dans le procès pénal. D'autres textes compris dans le « bloc de constitutionnalité » comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 énonçant des principes de droit pénal vont concrétiser davantage l'implication du Conseil constitutionnel. Une implication dans la définition des principes régissant la répression et sa volonté de faire appliquer les mêmes principes de droit pénal aux sanctions ayant le caractère d'une punition, pour une justice plus équitable fondée sur le respect des droits fondamentaux (E. DREYER, O. MOUYSET, *Procédure pénale*, éd. Lextenso, 2^{ème} éd., 2019, p. 26) ; La constitutionnalisation du droit pénal a été principalement remarquée en ce qui concerne la conception des principes relatifs à l'organisation même des procès devant le juge pénal ou devant « toutes les autorités, judiciaires ou non, auxquelles la loi a confié le droit de punir » (J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *op. cit.*).

⁷¹⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p. 72.

⁷¹⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 233

l'application de principes tels que les droits de la défense et la présomption d'innocence ? L'occasion est propice également à l'évaluation de l'application des garanties retrouvées à partir de la phase de jugement jusqu'au prononcé de la sanction.

La distinction des régimes des sanctions en termes de garanties s'entend donc d'une évaluation de l'extension de la mise en œuvre de la garantie affectant l'incrimination (Section 1), de l'extension de la mise en œuvre des garanties bénéficiant aux personnes mises en cause (section 2) et de l'extension de l'application des garanties de la procédure (section 3).

Section 1 : La garantie affectant l'incrimination

151. D'après l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et plusieurs autres textes⁷²⁰, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. La légalité des délits et des peines et ses corollaires – la non-rétroactivité de la règle répressive plus sévère ainsi que l'application retroactive de la loi plus douce – y sont donc inscrits. Et ceci, sans oublier la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale qui n'a pas spécifiquement été traitée par la jurisprudence⁷²¹ et que nous évoquerons néanmoins dans le développement des deux autres corollaires de la légalité criminelle. Leur application aux sanctions ayant le caractère d'une punition rencontre des particularités, qu'il s'agit du principe de légalité criminelle (§ 1) ou de ses corollaires (§ 2).

§ 1 : L'élargissement de l'application du principe de légalité des délits et des peines

152. Il s'agit d'une garantie « indéniablement »⁷²² indispensable à la lutte contre l'arbitraire et les inégalités de tout ordre dans la répression. En droit pénal, elle est justifiée par la protection de la liberté individuelle puisqu'elle donne aux citoyens la possibilité de connaître au préalable le droit répressif en vigueur. D'après l'adage « *nullum crimen, nulla poena, sine lege* »⁷²³, la

⁷²⁰ D'autres sources fondent également ces règles. C'est particulièrement le cas de l'alinéa 1^{er} de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable où l'infraction a été commise » ; Article 34 de la constitution française du 4 octobre 1958 (point n° 3) ; Article 111-2 du Code pénal.

⁷²¹ Voy., *supra*, note n° 694.

⁷²² E. DREYER, O. MOUYSET, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 31.

⁷²³ Article 34 de la Constitution française de 1958 ; Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

légalité criminelle comprend la légalité de l'incrimination – *nullum crimen sine lege* – et la légalité de la sanction – *nulla poena sine lege*.

Par sa portée⁷²⁴, ce principe à valeur constitutionnelle s'applique à l'ensemble de la répression – pénale et extra-pénale. Et ceci, toujours selon l'œuvre du Conseil constitutionnel qui a précisé l'exigence de clarté et de précision des termes⁷²⁵. Ainsi, l'obligation de clarté et de précision est incluse doublement dans la légalité criminelle. Elle l'est dans la légalité des fautes punissables – *infractions* en droit pénal ou *manquements* en droit répressif non pénal (A) – et dans la légalité des sanctions (B). Cette séparation est nécessitée par les observations particulières qui ressortent de chaque aspect.

A. L'EXIGENCE DE CLARTÉ ET DE PRÉCISION DANS LA DÉTERMINATION DES FAUTES PUNISSABLES

153. La détermination principale des fautes par « le législateur » et la soumission à l'exigence de clarté et de précision de « la loi ». La détermination des délits et des peines est confiée à la loi⁷²⁶. A ce propos, C. BECCARIA, dans son célèbre Traité des délits et des peines a tiré des effets du fondement du « droit de punir »⁷²⁷. Selon lui : « la première conséquence est que seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits. Ce pouvoir ne peut être détenu que par le législateur, qui représente toute la société réunie par un contrat social »⁷²⁸. L'auteur reconnaît bien évidemment qu'il s'agit d'une règle juridique⁷²⁹ qui protège tant la légalité des sanctions que la légalité des infractions. Ceci, même s'il semble écarter clairement la définition de certaines infractions – les contraventions – par le pouvoir exécutif⁷³⁰.

Alors avant tout autre source, la loi est la source principale de détermination, de définition des fautes répréhensibles. Elle est nécessairement conditionnée par l'exigence de clarté et de précision⁷³¹, puisque le respect de cette exigence permet une interprétation stricte⁷³² et

⁷²⁴ P. GRAVELEAU, « Portée du principe à valeur constitutionnelle de légalité des délits et des peines », *Gaz. Pal.*, n° 24, 27 juin 2017, p. 33.

⁷²⁵ Conseil constitutionnel, 28 mars 2014, décision n° 2014-385 QPC, *M. Joël M. [Discipline des officiers publics ou ministériels - Interdiction temporaire d'exercer]*.

⁷²⁶ Voy., *supra*, n° 148, 149.

⁷²⁷ F. CHAUVAUD (dir.), « La punissabilité à l'épreuve », in *Le droit de punir – du siècle des lumières à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 7.

⁷²⁸ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, éd. Cujas, 1966, p. 67.

⁷²⁹ Un principe fondamental du droit pénal moderne exprimé par la formule « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* » qui signifie : « pas de crime, pas de peine sans loi ».

⁷³⁰ Le pouvoir réglementaire peut définir une infraction pénale entrant dans la catégorie des contraventions (CE, 19 mars 2007, n° 300.467). C'est l'exemple de la partie réglementaire du Code de l'environnement de 2000 prévoyant les contraventions que réprime l'article R. 514-4 du Code de l'environnement. Cela étant, les faits ou violations de règles qui ne sont donc pas expressément visés par l'article R. 514-4 précité ne sauraient être considérés comme constituant des contraventions.

⁷³¹ *Crim.*, 11 juill. 2017, pourvoi n° 17-80.421, *Publié au Bulletin*.

⁷³² La loi est d'interprétation stricte (Article 111-4 du Code pénal). M. MAYAUD n'a-t-il pas affirmé que « les mots ont un sens, et les retenir de manière à en dénaturer la portée est impossible en droit pénal » (Y. MAYAUD,

coordonnée de la loi par le juge⁷³³. Par conséquent, en droit pénal, la faute punissable⁷³⁴ doit principalement être prévue par un texte de loi qui lui donne la qualification de délit ou de crime⁷³⁵. Ce qui constitue une compétence partagée.

154. La compétence de détermination des fautes largement partagée et surveillée. En plus de la loi, les fautes punissables sont également déterminées par le règlement. C'est un partage⁷³⁶ de compétence de détermination de l'infraction entre le législateur et le gouvernement fondé sur plusieurs textes⁷³⁷. La légalité des infractions se renforce davantage avec ce partage de compétence de définitions.

En outre, le juge se voit aussi attribuer cette compétence⁷³⁸. A ce propos, le Conseil constitutionnel s'accorde la possibilité de produire une norme susceptible de respecter

« Interprétation stricte pour l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *RSC*, n° 3, novembre 2017, p. 507).

⁷³³ *Crim.*, 4 mars 2020, pourvoi n° 19-83.446, *Publié au bulletin* ; *Crim.*, 28 mai 2019, pourvoi n° 18-83.290, *Inédit* ; *Crim.*, 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-84.717, *Indébit* ; Conseil constitutionnel, 13 janvier 2012, décision n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S. [Révocation des fonctions de maire]* ; *Crim.* 12 janvier 1977, pourvoi n° 76-92.275, *Bull. crim.*, n° 16 ; CE 12 févr. 1960 ; T. confl. 5 juillet 1951 ; *Crim.*, 30 mars 1944, *Luze et Devaux*, *Bull. crim.* n° 88.

Il est exclu, en matière de loi pénale, de raisonner par analogie ou par extension. Pour le Conseil Constitutionnel, il faut des infractions précisément et clairement définies par des textes de loi (Conseil Constitutionnel, 25 juillet 1984, décision n° 84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation* ; Conseil Constitutionnel, 5 mai 1998, décision n° 98-399 DC, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile* ; Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, décision n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale* ; Conseil Constitutionnel, 2 mars 2004, *préc.*) ; M.-C. ROUAULT, « Conditions d'application à des professionnels du principe de légalité des délits et des peines », *LPA*, 7 juillet 2017, n° 135, p. 8 ; E. GASTEBLED, B. KEITA, « Le manquement à la communication financière à l'épreuve du principe de légalité des délits et des peines », *BJB*, 1^{er} mai 2017, n° 03, p. 206 ; P. GRAVELEAU, « Sanction administrative : principe de légalité des délits et des peines », *Gaz. Pal.*, 10 janvier 2017, n° 02, p. 41 ; F. T. RAKOTONDRAHASO, « L'application du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *RDP*, 2014, n° 2, p. 399 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'est pas contraire au principe de la légalité des délits et des peines », *Revue des contrats*, 2011, n° 2, p. 538 ; C. ZOLYNSKI, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce porte-t-il atteinte au principe de légalité des délits et des peines ? », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 2010, n° 11, p. 2 ; A. SAILLARD, « Le Conseil d'Etat adapte le principe de légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *LPA*, 12 novembre 2004, n° 227, p. 13.

⁷³⁴ Par opposition à la faute « réparable » en termes de réparation par dommages et intérêts (Voy., *supra*, n° 3 et 4).

⁷³⁵ Conseil constitutionnel, 21 septembre 2012, décision n° 2012-273 QPC, *Société Egilia [Contrôle des dépenses engagées par les organismes de formation professionnelle continue]*.

⁷³⁶ Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, *préc.*

⁷³⁷ Article 111-2 du Code pénal : « La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants » ; Article 111-3 du Code pénal : « Nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. » ; Articles 34 et 37 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

⁷³⁸ La jurisprudence ne dit-elle pas que même en l'absence de délégation ou d'habilitation implicite de la loi, il revient même au juge répressif d'en donner une interprétation et de fixer le contenu précis de l'incrimination (*Crim.*, 06 juin 2012, pourvoi n° 12-90.016, *Inédit*).

l'exigence de clarté et de précision incluse dans la légalité⁷³⁹. Même la Cour européenne des droits de l'homme s'octroie cette compétence. Tel est le cas dans son arrêt *Del Rio Prada c/ Espagne* rendu le 10 juillet 2012⁷⁴⁰. Pour elle, l'inclusion de l'interprétation judiciaire des textes répressifs qu'elle prône se justifierait par le fait que le juge respecte et ne déforme pas le sens du texte. En plus du partage de la compétence de détermination de la faute avec le juge, le pouvoir classique du législateur a déjà été cédé même à une convention internationale⁷⁴¹, à un règlement de l'union européenne ou encore aux conventions collectives et usages professionnels⁷⁴².

Toutefois, ce partage de compétences de définition des infractions avec l'interprétation des juges judiciaires et administratifs est contrôlé par le Conseil constitutionnel qui se refuse de tomber dans un « laxisme excessif »⁷⁴³. Le Conseil constitutionnel fait donc preuve d'une grande surveillance. Rien qu'en droit pénal, le débat sur le respect de la légalité a connu plusieurs rebondissements. Plusieurs décisions plus récentes retiennent une solution plus rigoureuse sur le respect du principe de légalité formelle⁷⁴⁴. Dans ce registre, s'inscrit la décision sur la transaction pénale de 2016. En effet, le Conseil constitutionnel a censuré la partie de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale qui renvoyait à un décret pour déterminer en

⁷³⁹ Par des réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel a, dans plusieurs cas, apporté des précisions à la définition de plusieurs infractions pénales telles que la notion de délit d'outrage aux emblèmes nationaux (Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*) ou la notion de harcèlement moral (Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, *préc.*).

⁷⁴⁰ La Cour persiste et signe que « sa conception extensive du principe de la légalité des délits et des peines emporte corrélativement l'extension du principe de non-rétroactivité à ladite interprétation » (CEDH, 10 juillet 2012, n° 42750/09, *Del Rio Prada c/ Espagne*).

⁷⁴¹ Conseil constitutionnel, 02 mars 2004, *préc.*

⁷⁴² Crim., 24 février 1977, pourvoi n° 75-92688, *Bull. crim.*, n° 80 ; Crim., 4 avril 1991, pourvoi n° 89-85.536, *Bull. crim.*, n° 164.

⁷⁴³ J. BONNET, « La clarté et la précision de la loi punitive : un régime constitutionnel à plusieurs vitesses », *op. cit.* p. 85. Le débat sur le respect de la légalité en droit pénal a toujours connu plusieurs rebondissements et plusieurs décisions plus récentes retiennent une solution plus rigoureuse sur le respect de la légalité formelle (Conseil constitutionnel, 24 janvier 2017, décision n° 2016-608 QPC, *Mme Audrey J. [Délit de communication irrégulière avec un détenu]*). Censure d'une partie de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale qui renvoyait à un décret pour déterminer en deçà de quel seuil de valeur le délit de vol pouvait faire l'objet d'une transaction (Conseil constitutionnel, 23 septembre 2016, décision n° 2016-569 QPC, *Syndicat de la magistrature et autre [Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines]*).

Le Conseil constitutionnel encourage la revendication de la légalité des incriminations par des questions prioritaires de constitutionnalité (Conseil constitutionnel, 14 octobre 2010, décision n° 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*) ; Une conception de la légalité qui ne dépend plus seulement de l'institution créatrice de la norme (la loi), mais de sa qualité dépendant de son accessibilité et de sa prévisibilité. La Cour européenne des droits de l'homme apprécie également l'interprétation judiciaire qui permet de suivre ces deux critères (CEDH, 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume Uni*). L'interprétation judiciaire conférant clarté et précision à la caractérisation légale (CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokinakis c/ Grèce*).

⁷⁴⁴ Conseil constitutionnel, 24 janvier 2017, *préc.*

delà de quel seuil de valeur le délit de vol pouvait faire l'objet d'une transaction ⁷⁴⁵. L'apport accessoire des tribunaux et d'autres normes à la caractérisation de l'infraction pénale n'est normalement validé qu'avec une grande vigilance⁷⁴⁶ du Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 11 février 2022⁷⁴⁷ regroupant deux questions prioritaires de constitutionnalité⁷⁴⁸ sur la définition de la notion de « stupéfiants », le Conseil constitutionnel semble faire preuve de moins de prudence.

En effet, pour les requérants, les dispositions de l'article 222-41 du code pénal et de l'article L. 5132-7 du code de la santé publique ne définissent pas explicitement la notion de « stupéfiants » et renvoient au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application des infractions relevant du trafic de stupéfiants. En réponse à leurs requêtes, le juge constitutionnel a validé l'apport contesté du pouvoir réglementaire dans le classement de certaines substances comme stupéfiants. Il précise toutefois qu'« en renvoyant à l'autorité administrative le pouvoir de classer certaines substances comme stupéfiants, le législateur n'a pas conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour déterminer les éléments constitutifs des infractions qui s'y réfèrent ». Ce qui signifie que le pouvoir de l'autorité administrative dans la caractérisation de la notion de stupéfiant dans ce cas, s'arrête uniquement au classement de certaines substances. Cette dernière ne peut aller jusqu'à la détermination des éléments constitutifs de l'infraction. Cette compétence est réservée au législateur. Au prime abord, on pourrait considérer que le Conseil constitutionnel est resté dans le même registre de validation placée sous le signe de la prudence et de la surveillance de l'apport d'autres autorités dans la caractérisation de l'infraction. Mais en réalité, approuver que l'autorité administrative classe certaines substances comme stupéfiant, c'est ouvrir la porte à un risque d'arbitraire. Il est tout à fait logique de se demander en quoi classer certaines substances comme stupéfiant est différente du fait de les caractériser ?

⁷⁴⁵ Conseil constitutionnel, 23 septembre 2016, *préc.* ; J.-B. PERRIER, « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 15 décembre 2016, n° 43, pp. 2545 et s ; A propos de la transaction pénale (Voy., N. JEANNE, « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *RSC*, janvier-mars 2016, p. 1).

⁷⁴⁶ La Haute institution rejette régulièrement l'absence d'une loi caractérisant au préalable plus ou moins l'infraction pénale, afin que la loi demeure la source principale de l'infraction pénale et par conséquent du droit pénal.

⁷⁴⁷ Conseil constitutionnel, 11 février 2022, décision n° 2021-967/973 QPC, *M. Nicolas F. et autre* (Définition des substances constituant des stupéfiants pour les infractions de trafic de stupéfiants).

⁷⁴⁸ Questions prioritaires de constitutionnalité enregistrées sous le numéro n° 2021-967 QPC (Conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 222-41 du code pénal et de l'article L. 5132-7 du code de la santé publique) et sous le numéro n° 2021-973 QPC (Conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 5132-7 du code de la santé publique, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique).

Certes, la grande surveillance, par le Conseil constitutionnel, de l'apport accessoire des tribunaux et des normes ou autorités, autres que législatives, à la caractérisation de l'infraction pénale a été attestée par la décision du 8 décembre 2016⁷⁴⁹. Elle n'a toutefois pas été totalement préservée par la décision du 11 février 2022. Même si elle n'est pas inexistante, la prudence du conseil constitutionnel s'est réduite, de notre point de vue. On pourrait passionnément en parler sur de longues pages, si c'était l'objet principal de notre sujet.

De façon globale, il ressort du partage de compétence une grande variété des sources de légalité des fautes punissables qui dépasse le seul cadre du droit pénal. Ceci, parce que cette compétence a été ouverte de surcroît à la jurisprudence administrative, même aux conventions collectives. L'apport accessoire des tribunaux et d'autres normes à la caractérisation des fautes ne fait que soutenir l'extension ou l'élargissement de l'application du principe de légalité criminelle. Une grande vigilance du Conseil constitutionnel accompagne heureusement le partage de compétence.

Soumis en droit pénal à l'exigence de clarté et de précision, le principe de la légalité ainsi élargi se révèle-t-il effectivement dans la détermination de fautes administratives, disciplinaires, fiscales civiles essentiellement punissables ?

155. La détermination des fautes ou manquements administratifs punissables : une exigence de précision moins rigoureuse. Le Conseil constitutionnel admet que le principe de légalité des fautes administratives fait partie des exigences constitutionnelles de base, en matière de droit répressif pénal et administratif⁷⁵⁰. Dans sa décision du 17 janvier 1989⁷⁵¹, le Conseil constitutionnel affirme justement que le principe de légalité ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressive. Il s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire. Cette détermination des fautes administratives consacrée jurisprudentiellement, respecte-t-elle l'exigence de clarté et de précision ? D'abord, la détermination des fautes punissables est respectée en matière administrative par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des

⁷⁴⁹ Décision par laquelle le Conseil constitutionnel a invalidé l'article 23 de la loi qui modifiait les articles 705 et 705-1 du code de procédure pénale relatifs à la compétence (Conseil constitutionnel, 08 décembre 2016, décision n° 2016-741 DC, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*).

⁷⁵⁰ Recommandation adoptée par l'Association internationale de droit pénal au XIV^{ème} Congrès de Vienne le 2-7 octobre 1979.

⁷⁵¹ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

lois et règlements.⁷⁵² Que signifie cette référence ? Quelle est sa portée ? Est-ce à dire qu'il n'y a pas d'obligation textuelle de définition préalable précise et exhaustive des fautes administratives punissables ? Une simple référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent, de l'institution dont ils relèvent ou de la qualité qu'ils revêtent, suffit⁷⁵³. Voilà l'étonnante réponse du Conseil constitutionnel qui n'a fait que se conformer au champ qu'il a lui-même tracé dans sa décision du 17 janvier 1989. L'exigence de clarté et de précision imposée à la détermination des fautes pénales n'est pas obligatoire en matière administrative. La légalité des manquements administratifs punissables n'est pas rigoureusement imposée à toute faute dans ce domaine, de surcroît. Et cette exigence varie selon le type d'activité, de profession ou de secteur qui l'inscrit au préalable dans un texte. A ce propos, en matière de révocation des maires consacrée par l'article L. 2122-16 du Code général des collectivités territoriales, la référence aux manquements peut juste être expresse et même son absence ne viole aucunement le principe de légalité, du moment où les dispositions contestées instituent une sanction ayant le caractère d'une punition⁷⁵⁴. Cette position est d'ailleurs copiée chez le Conseil d'Etat⁷⁵⁵.

Ce n'est, par conséquent, pas l'extension de l'application du principe de légalité criminelle aux fautes ou manquements administratifs punissables qui diffère. L'exigence de précision des manquements n'a néanmoins pas la même portée qu'en droit pénal, puisque son adaptation se trouve être moins rigoureuse. La légalité des manquements administratifs punissables n'est ni globale ni généralisée à toutes les fautes. En fin de compte, l'infraction pénale et les manquements administratifs ne sont pas déterminés avec la même rigueur. C'est définitivement une application souple⁷⁵⁶ du principe de légalité des délits et des peines en matière de répression administrative qui est admise par la jurisprudence elle-même. Qu'en est-il des fautes disciplinaires punissables ?

156. La détermination des « infractions disciplinaires » : d'un principe traditionnel d'absence de légalité à une exigence de précision et de clarté moins rigoureuse. Les fautes

⁷⁵² *Idem.*

⁷⁵³ Conseil constitutionnel, 20 juillet 2012, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 12 juillet 2013, décision n° 2013-332 QPC, *Mme Agnès B. [Sanction des irrégularités commises par un organisme collecteur de fonds au titre du « 1 % logement »]*.

⁷⁵⁴ Conseil constitutionnel, 13 janvier 2012, *préc.*

⁷⁵⁵ CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur c/ M. Benkerrou* ; Voy., A. SAILLARD, « Le Conseil d'Etat adapte le principe de légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *op. cit.*

⁷⁵⁶ E. GASTEBLED, B. KEITA, « Le manquement à la communication financière à l'épreuve du principe de légalité des délits et des peines », *op. cit.*

ou manquements disciplinaires ont été baptisés en « infractions disciplinaires »⁷⁵⁷. Au départ, ces fautes n’avaient pas été touchées par le vent de l’extension constitutionnelle de l’application du principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil d’Etat dans une décision du 30 mars 2005⁷⁵⁸ avait même déclaré concernant une sanction infligée à un médecin que « le principe de légalité des délits et des peines n’est pas applicable en matière disciplinaire ». Cette absence du principe était plus ou moins justifiée parce que dans les divers codes de déontologie figurent déjà des prescriptions. Est-ce nécessairement un gage d’adaptation de la mise en œuvre du principe de légalité aux infractions disciplinaires, sachant que les diverses listes ne sont pas rigoureusement complètes ? Plusieurs fautes restent souvent à définir et à caractériser avec clarté et précision. En droit de la santé, M. PENNEAU, en résumant les principes applicables à la procédure disciplinaire des médecins, a défini le principe fondamental de l’absence du principe de légalité des infractions disciplinaires⁷⁵⁹.

En 2009, le Conseil d’Etat a, cependant, emboité le pas au Conseil constitutionnel qui a élargi le principe de légalité⁷⁶⁰. Il a, de fait, approuvé l’extension de l’application du principe de légalité aux infractions entraînant des sanctions revêtant un caractère disciplinaire⁷⁶¹. Ainsi, a été abandonnée l’ancienne règle de l’absence de légalité au profit d’une exigence jurisprudentielle de légalité des infractions disciplinaires. Ce principe est respecté du moment où « 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, de l’institution dont ils relèvent ou de la qualité qu’ils revêtent »⁷⁶². Cette adaptation constitutionnelle de la mise en œuvre du principe de légalité des délits avait déjà été affirmée en matière de sanctions disciplinaires infligées aux professions réglementées⁷⁶³. On ne peut cependant pas ignorer la légèreté avec laquelle est adaptée la légalité aux infractions disciplinaires. L’obligation de la clarté et de la précision qui conditionne normalement la légalité criminelle s’applique par conséquent avec souplesse dans ce domaine répressif.

Dans une affaire impliquant *la Banque populaire Côte d’Azur* et dont la procédure disciplinaire a été ouverte par le Collège de l’Autorité de contrôle prudentiel⁷⁶⁴, des questions ont été

⁷⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2019, pourvoi n° 18-21.966, *Publié au bulletin* ; Crim., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-81.096, *Publié au bulletin* ; Com., 06 décembre 2011, pourvoi n° 10-30.896, *Publié au bulletin*.

⁷⁵⁸ CE, 30 mars 2005, n° 254244, M. Voydeville.

⁷⁵⁹ J. PENNEAU, « La saisine du Conseil régional de l’ordre des médecins », *Méd. & Droit*, 1998, n° 33, p. 9.

⁷⁶⁰ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

⁷⁶¹ CE, Sect., 12 octobre 2009, n° 311641, *Publié au recueil Lebon*.

⁷⁶² Conseil constitutionnel, 20 juillet 2012, *préc.*

⁷⁶³ Conseil constitutionnel, 25 novembre 2011, décision n° 2011-199 QPC, M. Michel G. [*Discipline des vétérinaires*].

⁷⁶⁴ Décision de l’Autorité de contrôle prudentiel, 10 janvier 2013, n° 2012-04, *Banque Populaire Cote d’Azur*.

soulevées devant le Conseil sur le défaut de précision de certains thèmes et obligations. Ainsi la banque a soulevé que l'imprécision de ces thèmes était contraire au principe de légalité des infractions. Le Conseil⁷⁶⁵ n'a évidemment pas imposé ce principe de façon rigoureuse et a plutôt laissé plus de liberté d'interprétation à l'autorité infligeant les sanctions disciplinaires. Cette liberté de caractérisation des infractions disciplinaires a également été adoptée par la Cour de cassation⁷⁶⁶, puisqu'elle a méconnu l'obligation selon laquelle les éléments constitutifs des infractions doivent être définis de façon complète et précise⁷⁶⁷. Cependant, d'inapplication en application du principe de légalité aux infractions et aux sanctions disciplinaires, on finit, à notre avis, par croire à une liberté dans l'application de l'exigence de clarté et de précision⁷⁶⁸.

Alors, on ne peut pas nier l'adaptation de la mise en œuvre de l'exigence de clarté et de précision, requise pour la détermination des infractions, dans le domaine disciplinaire. Toutefois, il faut absolument reconnaître que l'adaptation de l'application de cette exigence est souple, comparé au droit pénal où les infractions y sont rigoureusement soumises. Elle ne connaît pas une meilleure réception en matière fiscale.

157. La détermination des fautes fiscales punissables : une réception imparfaite de la légalité. L'extension constitutionnelle de l'application de la légalité criminelle a également touché la matière fiscale⁷⁶⁹. Dans le droit européen qui, vient incidemment déteindre sur le droit national, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment confirmé cette extension. Dans une décision du 15 novembre 2016, elle ira jusqu'à utiliser l'expression de légalité des

⁷⁶⁵ Considérant que, si la *Banque Populaire Cote d'Azur* soutient que l'article 2 du règlement du CRB n° 91-07 impose aux établissements assujettis une obligation de vigilance constante formulée en des termes imprécis, ce serait contraire au principe de légalité des infractions. Le Conseil d'État (CE) a jugé que ces dispositions n'avaient pas pour effet de « mettre les assujettis devant une obligation de résultat insuffisamment définie dès lors qu'elles précisent la nature des moyens à mettre en place, qui consistent notamment en l'organisation de procédures internes reposant sur des règles écrites portant aussi bien sur les méthodes à suivre que sur les indications relatives aux montants et à la nature des opérations à surveiller » (CE, 30 juillet 2003, n° 247488, *Compagnie française de change* ; CE, 30 juillet 2003, n° 248686, *Comptoir français de l'or*).

⁷⁶⁶ « Mais attendu que le manquement à la probité, qui constitue une infraction disciplinaire, ne requiert pas la constatation de l'intention frauduleuse, élément constitutif d'une infraction pénale ; qu'il ne requiert pas non plus un profit personnel indu au bénéfice de l'avocat » (Civ. 1^{ère}, 19 mai 1999, pourvoi n° 96-10.873, *Inédit*).

⁷⁶⁷ CE, Ass., 7 juillet 2004, n° 255136.

⁷⁶⁸ CE, Sect., 12 octobre 2009, *préc.* ; CE, 30 mars 2005, *préc.* L'inapplicabilité du principe de légalité aux sanctions disciplinaires a été maintenue par la jurisprudence et la doctrine juste après (Conseil constitutionnel, 13 janvier 2012, *préc.*). Silence sur la même question en 2014 (Conseil constitutionnel, 28 mars 2014, *préc.*) : un silence que certains auteurs qualifient d'acceptation de l'application du principe aux sanctions disciplinaires (P. BOURDON, « Précisions de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat sur le droit applicable en matière disciplinaire », *La lettre juridique, Lexbase*, juillet 2014).

⁷⁶⁹ Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, décision n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990* ; Conseil constitutionnel, 28 décembre 1990, décision n° 90-285 DC, *Loi de finances pour 1991*.

« infractions fiscales »⁷⁷⁰. Cependant, l'adaptation de la mise en œuvre de ce principe aux fautes fiscales punissables s'avère compliquée.

Par exemple, à travers ses avis et afin de mieux cerner la notion, un comité consultatif⁷⁷¹ a procédé à la définition de l'abus de droit en matière fiscale. Selon la doctrine, et notamment des auteurs défenseurs des droits de l'homme, cette méthode de caractérisation « aussi empirique pour définir des limites dont le franchissement exposera à une sanction choquée nécessairement »⁷⁷². Pour certains auteurs, ce n'est pas acceptable que l'infraction fiscale en cause soit définie en dehors de la loi, et qualifiée donc par une autorité administrative ou un juge. Pour d'autres⁷⁷³, il faut effectivement rechercher une meilleure qualité des textes fiscaux, par conséquent une meilleure légalité de l'infraction d'abus de droit à travers la recherche d'efficacité de la loi. Cependant, il faut le faire tout en adoptant des textes qui décrivent des modèles de comportement mais formulés avec précision. Ce sera une façon d'accorder plus de souplesse à l'interprétation adoptée par les autorités administratives compétentes ou les juges. Ceci signifie que la caractérisation, ici, intègre bien une interprétation qu'elle soit profonde ou non.

Qu'en disent les juges du Palais royal ? Se montrent-ils plus soucieux du respect rigoureux de la légalité des infractions passibles de sanctions fiscales, eu égard à l'attention accrue que ces derniers portent désormais aux questions de sanctions à coloration pénale⁷⁷⁴. La réponse peut ne pas être très encourageante du moment où on sait que le Conseil d'État a déjà refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité qui aurait peut-être donné plus d'éclaircissement sur le sujet⁷⁷⁵.

Ainsi, en dehors de l'extension de l'application de la légalité par le Conseil constitutionnel, il n'y a pas vraiment eu une progression fulgurante de l'adaptation de la mise en œuvre du principe en matière fiscale. On peut alors dire que cette adaptation, en dépit de sa valeur constitutionnelle ne rencontre pas le même succès en droit fiscal répressif. Il s'agit précisément le cas en matière de définition des fautes fiscales punissables. La réception du principe en

⁷⁷⁰ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.* ; Crim., 09 avril 2015, pourvoi n° 14-87.660, *Bull. crim.*, n° 76.

⁷⁷¹ Comité consultatif pour la répression des abus de droit.

⁷⁷² N. ANDREAE, D. CARREAU, « Droits de l'Homme et répression des abus de droit », *Dr. fisc.*, n° 100015, 1997, spéc. p. 6.

⁷⁷³ « En effet, poursuivant cet objectif on préférera « inciter ou dissuader, et [...] ainsi, [...] normaliser les comportements [...] sans pour autant imposer un comportement unique, prédéfini, dont la violation recevrait une sanction systématique. [...] Ces mécanismes proposent des modèles de comportement [...] mais formulés de manière volontiers imprécise » (M. COLLET, *Droit fiscal*, éd. PUF, 5^e éd., 2015, p. 203, n° 369).

⁷⁷⁴ CE, sect., 27 septembre 2006, n° 260050, *Société Janfin*.

⁷⁷⁵ CE, 23 mai 2014, n° 374056, *Sté financière des pins*, Concl. C. LEGRAS, note O. FOUQUET, *Dr. fisc.*, n°43-44, 23 oct. 2014, comm. 596.

matière fiscale est effectivement « imparfaite »⁷⁷⁶. Son adaptation aux sanctions civiles est plus complexe.

158. L'adaptation de l'application du principe de légalité aux fautes passibles de sanctions civiles punitives. L'extension de l'application de la légalité criminelle en matière civile répressive est concrète⁷⁷⁷. Son adaptation s'impose-t-elle avec la même force, la même rigueur qu'en droit pénal ?

Selon les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Et ceci, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services. Ce dispositif ne définit, toutefois, pas une faute répréhensible ici déterminée. Ce qui vaudra plusieurs contestations.

D'abord en 2011, le juge constitutionnel a déclaré que « la notion de déséquilibre significatif »⁷⁷⁸ entre les droits et obligations des parties⁷⁷⁹ était définie en des termes suffisamment clairs et précis. Cela ne permettait pas au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire⁷⁸⁰. Le Conseil constitutionnel a alors déclaré que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est conforme à la constitution et au principe de la légalité. Néanmoins, les choses n'étaient toujours pas claires puisqu'on ne comprend pas forcément sur quelle base le juge constitutionnel avait déclaré la clarté et la précision de ce texte. Il y a eu comme une impression d'insécurité⁷⁸¹ créée par le manque de

⁷⁷⁶ C. SOURZAT, « Essai d'une analyse des rapports entre procédures fiscale et pénale », *op. cit.*

⁷⁷⁷ Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2011, *préc.*

C'est ce que démontre la Commission d'examen des pratiques commerciales du 14 mars 2019 relativement à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la légalité de refus de factures mises en œuvre par certains clients (Avis Commission d'examen des pratiques commerciales, 14 mars 2019, n° 19-5, relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la légalité de refus de factures mis en œuvre par certains clients). La précision et la clarté de la loi en la matière faisaient défaut quant à la définition de cette incrimination. En répondant au professionnel inquiet et sur la base des articles L. 440-1 et D. 440-1 à D. 440-13 du code de commerce, l'autorité administrative indépendante n'a pas donné raison au débiteur qui lui exigeait une « rectification » de la date de la facture de son créancier, au motif que la pièce comptable aurait été reçue, par exemple, plus de dix jours après. La commission répond qu'« une telle exigence est contraire aux prescriptions légales impératives relatives à l'émission des factures, qui doit intervenir dès réalisation de la livraison (au sens du droit fiscal et conformément à l'avis 17-5) ou de la prestation de service ».

⁷⁷⁸ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, thèse, Montpellier, 2018.

⁷⁷⁹ Deuxième point du paragraphe I de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

⁷⁸⁰ Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2011, *préc.*

⁷⁸¹ C. ZOLYNSKI, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce porte-t-il atteinte au principe de légalité des délits et des peines ? », *op. cit.*, p. 2 ; Voy., aussi, M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'est pas contraire au principe de légalité des délits et des peines », *op. cit.*, p. 538.

précision de « la notion de déséquilibre significatif ». Et c'est insoutenable quand on sait combien peut coûter la répression de cette faute.

Ensuite, lorsque la même question lui a été posée environ sept années plus tard, le Conseil constitutionnel répond le 30 novembre 2018 en confirmant sa décision du 13 janvier 2011. Il reconnaît et confirme la légalité⁷⁸² de cette faute susceptible de sanction civile punitive en déclarant que le contenu de la notion de déséquilibre significatif est déjà précisé par la jurisprudence. Sur ce point, on ne conteste pas le désir du Conseil constitutionnel de voir répandre le principe de légalité en matière répressive. Il a néanmoins déclaré, à plusieurs reprises, que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est conforme à la constitution et au principe de la légalité. Et ceci, sans que la notion ne soit toujours pas véritablement accessible. La particularité de la seconde réponse, en revanche, est qu'elle décharge la responsabilité de précision et de clarté du texte sur le juge. Le juge doit alors apporter les précisions qui manquent au texte. Nous revenons au risque d'arbitraire puisqu'il est laissé au juge ou à l'autorité sanctionnatrice un pouvoir d'interprétation assez large, pour une définition jurisprudentielle de la faute. L'importance de l'article L. 442-6-I, 2° du code de commerce dans notre étude nous oblige à creuser un peu plus en nous ramenant à une question primordiale. Le niveau troublant de l'adaptation de la mise en œuvre du principe de légalité des délits et des peines en la matière permet-il d'éviter le risque d'arbitraire ou d'insécurité ?

Sur la question, l'avis du 14 mars 2019 donné par la Commission d'examen des pratiques commerciales nous intéresse sérieusement⁷⁸³. Pour cette commission, en plus de l'infraction prévue aux dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce, une telle pratique, si elle se répétait, pourrait également caractériser un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6-I, 2° du code de commerce. En réalité, le mot « *pourrait* » employé par la commission inscrit une imprécision de la faute civile ou de l'incrimination. Ceci s'éloigne de l'exigence constitutionnelle de la légalité criminelle et rabaisse considérablement son niveau d'adaptation aux sanctions civiles punitives.

Parallèlement et toujours en matière de répression civile générale, l'amende civile de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, aujourd'hui abandonnée⁷⁸⁴, proposait de *sanctionner les fautes lucratives par une amende civile*. Ce texte était en désaccord avec l'exigence de clarté et de précision et quasiment contraire au principe de légalité des délits et

⁷⁸² Conseil constitutionnel, 30 novembre 2018, n° 2018-749 QPC, *Société Interdis et autres [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales]* ; M.-C. SORDINO, « Infractions au droit de la concurrence », *RSC*, 2019, n° 4, pp. 829-840.

⁷⁸³ Avis Commission d'examen des pratiques commerciales, 14 mars 2019, *préc.*

⁷⁸⁴ Voy., *supra*, n° 72.

des peines. En effet l'amende civile est affligée sans aucune précision relative à l'élément matériel de la faute civile. Cette disposition désigne « toute faute lucrative ». Sur ce point, le Conseil constitutionnel avait donné son avis en désapprouvant cette sanction d'obligations non définies de façon claire et précise par la loi ⁷⁸⁵ et en incitant à une interprétation jurisprudentielle nécessaire pour plus de clarté et de précision.

159. Bilan de l'adaptation de l'application du principe aux sanctions civiles punitives : entre ambition et incohérence. La détermination des fautes civiles punissables laisse entrevoir un gros risque d'arbitraire et une violation du principe de l'interprétation stricte du fait de la largesse laissée au juge d'apporter des précisions à la définition des fautes punissables. Le Conseil constitutionnel fait, dans le même temps, preuve de vigilance. Il désapprouve le manque de clarté et de précision de la faute civile punissable prévue par l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile. La détermination des fautes civiles punissables est marquée, par conséquent, par le désir, l'ambition du Conseil constitutionnel d'appliquer ce principe dans toute la matière répressive. Paradoxalement, le faible niveau d'application de l'exigence de clarté et de précision est contradictoire à son ambition.

En dehors du droit pénal, la réception du principe de légalité criminelle par les fautes punissables s'opère alors avec moins de rigueur de l'exigence de clarté et de précisions. Et ceci, au point où on demande si c'est pareil pour les sanctions ?

B. L'EXIGENCE DE CLARTÉ ET DE PRÉCISION DANS LA DÉTERMINATION DES SANCTIONS, UNE RIGUEUR D'ADAPTATION LIÉE À LA NATURE PÉNALE

160. Des adaptations similaires de l'application la légalité des fautes et des sanctions. L'extension de la mise en œuvre du principe de légalité criminelle aux sanctions a créé une adaptation de l'application de la légalité des fautes et une adaptation de l'application de la légalité des sanctions véritablement « similaires »⁷⁸⁶. De ce fait, l'analyse qui va suivre n'est que complémentaire de la précédente et est spécialement relative aux sanctions. L'application de la légalité criminelle aux sanctions – pénales et extra-pénales – est également soumise à l'exigence de clarté et de précision.

161. La détermination de la sanction pénale : rigoureuse application de l'exigence de clarté et de précision en fonction de sa nature pénale. La légalité criminelle de la sanction pénale se déploie sous un regard beaucoup plus sévère du Conseil constitutionnel, plus qu'à l'égard des sanctions ayant le caractère d'une punition. Dans le rang de ces dernières, l'exigence

⁷⁸⁵ Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, *préc.*

⁷⁸⁶ F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 237.

de clarté et de précision dans la détermination des sanctions administratives⁷⁸⁷, des sanctions disciplinaires⁷⁸⁸ est satisfaite seulement par l'existence d'un simple référent normatif.

Il semblerait alors que la rigueur de l'adaptation de l'application de la légalité criminelle diminue dès lors que la sanction ou la punition n'a pas une nature pénale et a été définie hors du droit pénal⁷⁸⁹.

162. La détermination des sanctions ayant le caractère d'une punition : une absence d'uniformité dans l'exigence de clarté et de précision. L'objectif de l'extension de l'application du principe de légalité criminelle en dehors du droit pénal est d'éviter l'arbitraire dans le choix et le prononcé des sanctions ayant le caractère d'une punition. Les différentes autorités sanctionnatrices non juridictionnelles ou non judiciaires doivent alors normalement s'y conformer.

C'est ce qu'a encore confirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision en date du 28 mars 2014, quant à l'adaptation de l'application de légalité aux sanctions administratives⁷⁹⁰. La haute institution a ainsi généralisé l'adaptation de l'application de légalité à toute la répression administrative.

Le principe de légalité des délits et des peines qui s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, fait obstacle à ce que l'autorité administrative inflige une sanction si la règle en cause n'est pas suffisamment claire, à la date des faits litigieux. Ce qui représente le contenu de la jurisprudence du Conseil d'Etat en date du 16 décembre 2016⁷⁹¹. Également, concernant les sanctions administratives prévues aux articles L. 621-14 et L. 621-15 du Code monétaire et financier qui répriment tout manquement à l'obligation de communication, le manque de précision et de clarté a été contestée devant la Cour de cassation⁷⁹². En effet, cette définition de sanctions administratives s'est faite sans définition précise de « l'information donnée au public ». La Cour de cassation a d'ailleurs déclaré la question prioritaire de constitutionnalité sérieuse et nouvelle, même si par la suite le Conseil constitutionnel, toujours

⁷⁸⁷ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 13 janvier 2012, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 2 juin 2017, décision n° 2017-634 QPC, *M. Jacques R. et autres [Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché]*.

⁷⁸⁸ Conseil constitutionnel, 25 novembre 2011, *préc.*

⁷⁸⁹ Voy., *infra*, n°s 160, 164 et s.

⁷⁹⁰ Conseil constitutionnel, 28 mars 2014, *préc.*

⁷⁹¹ CE, 16 décembre 2016, n° 390234, *Groupeement d'employeurs Plusagri* ; P. GRAVELEAU, « Sanction administrative : principe de légalité des délits et des peines », *op. cit.* ; M.-C. ROUAULT, « Conditions d'application à des professionnels du principe de légalité des délits et des peines », *op. cit.*

⁷⁹² Com., 16 mars 2017, pourvoi n° 16-22.652, *Inédit* ; E. GASTEBLED, B. KEITA, « Le manquement à la communication financière à l'épreuve du principe de légalité des délits et des peines », *op. cit.*

par sa tolérance en matière d'application du principe de légalité en dehors du droit pénal, a déclaré la conformité⁷⁹³.

L'exigence de clarté et de précision doit être adaptée avec rigueur en matière de détermination des sanctions administratives. Il y a comme une application analogue du principe de légalité aux sanctions administratives, précisément dans l'exigence d'une base textuelle. Peut-être avec une relativisation dans l'appréciation. C'est exactement ce que partageait M. RAKOTONDRAHASO⁷⁹⁴. Même cette exigence est imposée de manière rigoureuse. Dans l'application, il peut toutefois y avoir une tolérance de la part des juges chargés de contrôler ces sanctions prononcées dans ces conditions.

Par la même occasion, le Conseil constitutionnel a affirmé que « le principe de légalité des peines impose au législateur de fixer les sanctions disciplinaires en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁷⁹⁵. Les sanctions disciplinaires voient l'adaptation de l'exigence de clarté et de précision accompagner leur détermination.

Dans le même temps, une adaptation plus souple et modulée du principe de légalité criminelle à travers une exigence moins sévère de clarté et de précision, est observée en matière civile. Le cas dans le domaine de la répression des manquements aux obligations instaurées en droit économique, dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 « Etablissements Darty et Fils » est édifiant. Dans une autre décision en date du 23 mars 2017⁷⁹⁶, le Conseil constitutionnel a confirmé sa position en aménageant l'extension de la mise en œuvre de la légalité criminelle dans ce même domaine répressif.

Par conséquent, l'exigence de clarté et de précision dans la détermination des sanctions ayant le caractère d'une punition n'est pas uniformisée, d'après notre analyse. Cette absence est intrinsèquement liée aux spécificités que comportent les différents domaines concernés.

163. L'adaptation de l'application du principe de légalité criminelle en dehors du droit pénal : des difficultés particulières. L'application du principe de la légalité des sanctions par une autorité administrative est largement consacrée par la jurisprudence constitutionnelle⁷⁹⁷

⁷⁹³ Les articles L. 621-14 et L. 621-15 du Code monétaire et financier ont été par la suite déclarés conformes au principe de légalité des délits et des peines par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, 2 juin 2017, *préc.* ; E. GASTEBLED, B. KEITA, « La conformité des articles L. 621-14 et L. 621-15 du Code monétaire et financier aux principes de légalité des délits et des peines et de proportionnalité des peines », *BJB*, 1^{er} juillet 2017, n° 04, p. 262.

⁷⁹⁴ F.T. RAKOTONDRAHASO, « L'application du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *op. cit.*

⁷⁹⁵ Conseil constitutionnel, 28 mars 2014, *préc.*

⁷⁹⁶ Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, *préc.*

⁷⁹⁷ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

dans le cadre des relations générales entre administrations et administrés. Le régime constitutionnel des sanctions administratives connaît des difficultés, une fois soumis au principe de légalité.

Il s'agit d'une part de la difficulté de la détermination de la « sanction » maximale, comme on l'observe dans la fixation de la « peine » maximale en droit pénal⁷⁹⁸. Sur ce même problème, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'indétermination de la peine maximale disciplinaire. Il a admis l'absence de limitation de durée de l'interdiction temporaire d'exercice par les officiers publics et ministériels⁷⁹⁹ du moment où le maximum de la sanction était prévu par la peine de destitution. Le conseil constitutionnel insiste toujours sur le caractère de prévisibilité⁸⁰⁰ qu'il s'agit des délits ou des sanctions, même si la question de la définition de la sanction ici est particulière.

D'autre part, la particularité du principe de légalité des sanctions réside dans son choix. En réalité, sur cet aspect, il convient de se demander si le choix de la sanction peut être laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité dotée du pouvoir de punir ? Dans sa décision précise du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel a relevé qu'aucune des sanctions susceptibles d'être prononcées par l'autorité administrative indépendante nouvellement créée ne revêt un caractère automatique⁸⁰¹. Choisir de façon automatique et discrétionnaire une sanction administrative viole alors le principe de la légalité des sanctions.

La même question avait été traitée quant aux modalités de choix des sanctions fiscales. Une référence à l'automaticité du choix de la sanction a été implicitement faite sans confirmation expresse plus tard par le Conseil constitutionnel⁸⁰².

Une dernière particularité d'adaptation de l'application de la légalité aux sanctions est imposée. Elle est émise par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base du premier alinéa de l'article 7 de la Convention européenne qui consacre le principe de légalité des incriminations et des sanctions en matière répressive. En élargissant justement ce principe aux sanctions administratives, la Cour européenne fait référence à la condition d'une part de distinction entre les mesures constituant en substance une « peine » et celles relatives à l'« exécution » ou à l'« application » des peines. D'autre part, elle attire l'attention sur la condition de l'impact décisif

⁷⁹⁸ Le juge constitutionnel désapprouve évidemment que la loi n'établisse que des seuils minimums, parce que dans ce cas, l'exigence du principe de la légalité ne serait pas respectée (F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, op. cit., p. 242).

⁷⁹⁹ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 110.

⁸⁰⁰ E. ROGÉY, « Principes d'impartialité du tribunal et de prévisibilité de la loi pénale : la CEDH confirme le pouvoir répressif de la commission des sanctions de l'AMF », *BJB*, 1^{er} novembre 2016, n° 11, p. 461.

⁸⁰¹ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

⁸⁰² Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, *préc.*

qu'elle peut avoir sur la portée de la peine infligée⁸⁰³. La Cour approuve évidemment l'extension de l'application du principe de légalité criminelle aux sanctions administratives, mais elle y impose cette condition d'impact décisif sur la portée de la peine. Ce qui constitue une effectivement une confirmation⁸⁰⁴ de la règle de non-rétroactivité de la jurisprudence. Une applicabilité conditionnée que recommande la Cour européenne. Par conséquent, une légère différence avec l'applicabilité de ce principe en droit pénal où, il n'y a pas de condition ou de réserve d'applicabilité. Cette différence est une souplesse consentie par la Cour européenne en matière d'application de la légalité aux sanctions administratives.

Quant à l'adaptation de l'application du principe de légalité aux sanctions civiles punitives, le Conseil constitutionnel a considéré que la jurisprudence pourrait à l'avenir préciser les contours de l'amende civile pour une meilleure satisfaction du principe de légalité criminelle⁸⁰⁵. Il est resté fidèle à son ambition de large extension de l'application des garanties et principes de droit pénal aux fautes extra-pénales.

En fin de compte, l'application du principe de légalité criminelle aux *fautes punissables* est moins encourageante que son application aux sanctions. En dehors du droit pénal, la réception du principe de légalité criminelle par les fautes punissables se fait avec moins de rigueur de l'exigence de clarté et de précisions, dans la globalité de la matière répressive et contrairement au droit pénal.

C'est la soumission des sanctions extra-pénales qui rapproche le régime des sanctions, bien que ce rapprochement soit beaucoup plus prononcé en matière administrative répressive et faible en matière civile répressive. Le Conseil constitutionnel a néanmoins le mérite de réussir à imposer cette application en dépit de la souplesse variable des analyses jurisprudentielles. Le plus important, a été véritablement placé sous l'ordre de la clarté, de la précision et de la prévisibilité afin que les autorités répressives n'abusent pas de leur pouvoir de punir et ne tombent dans l'arbitraire. Et c'est la détermination légale des fautes punissables et des sanctions en dehors du droit pénal.

Qu'en est-il alors de l'extension de l'application des corollaires du principe de légalité aux sanctions ayant le caractère d'une punition ?

⁸⁰³ CEDH, 10 juillet 2012, *préc.*

⁸⁰⁴ D. ROETS, « D'une pierre deux coups : extension du domaine de la légalité des peines et confirmation de la non-rétroactivité de la jurisprudence pénale *in malam partem* imprévisible », *RSC*, 2012, n° 3, p. 698.

⁸⁰⁵ Conseil constitutionnel, 30 nov. 2018, *préc.*

§ 2 : L'élargissement de l'application des corollaires du principe de légalité

164. Des principes adjacents sont rattachés au principe de légalité des délits et des peines et étendus conséquemment au droit répressif non pénal. On peut distinguer ici le principe de proportionnalité que nous nous réservons dans la partie de notre étude consacrée aux garanties de procédure. Ensuite, il y a le principe de l'application retroactive de la loi pénale plus douce (A) et à sa suite, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (B). Il est important de montrer le niveau d'adaptation de l'application de ces corollaires du principe de légalité en droit répressif extra-pénal. C'est ce à quoi nous allons nous attacher.

A. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'APPLICATION RETROACTIVE DE LA LOI PLUS DOUCE

165. Signification du principe en droit pénal. Le principe de l'application retroactive de la loi pénale plus douce, comme son nom l'indique, autorise l'application d'une loi qui adoucit la punition à des faits commis bien avant son entrée en vigueur. Elle a acquis une valeur constitutionnelle en droit pénal⁸⁰⁶.

Si une modification de la réglementation intervient, elle n'est pas considérée comme relevant du champ du principe de l'application retroactive si elle n'affecte ni l'infraction, ni la sanction. Pour le Conseil d'Etat, « une modification du barème de retrait de points établie sur le fondement de l'article L. 223-2 du Code de la route est dans un sens moins rigoureux ainsi que l'abrogation, postérieurement à la commission de celle-ci, des dispositions qui réprimaient l'infraction »⁸⁰⁷. Cette modification touchant au retrait de points constitue un changement de la répression. Par conséquent elle remplit les conditions d'une loi pénale plus douce. De cette manière est reconnue une loi pénale plus douce, même dans l'application à la matière répressive extra-pénale.

166. Application progressive du principe à la matière répressive extra-pénale. Le principe de l'application retroactive de la loi pénale plus douce « s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »⁸⁰⁸. Qu'il s'agisse d'une loi pénale plus

⁸⁰⁶ Conseil constitutionnel, 19 et 20 janvier 1981, décision^o 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* ; Conseil constitutionnel, 3 décembre 2010, décision n^o 2010-74 QPC, *M. Jean-Marc P. et autres [Rétroactivité de la loi pénale plus douce]*.

⁸⁰⁷ CE, 9 juillet 2010, n^o 336556, *Berthaud*.

⁸⁰⁸ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 25 juillet 1990, décision n^o 90-227 DC, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*.

douce relative au prononcé d'une sanction pénale d'une part ou d'une sanction extra-pénale d'autre part, le principe de l'application retroactive intervient. La Cour européenne des droits de l'homme n'a-t-elle pas érigé le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce au rang de principe fondamental en droit pénal⁸⁰⁹ ?

Son adaptation au prononcé des sanctions administratives a été confirmée par le Conseil d'Etat. Il applique, en effet, le principe de l'application retroactive de la loi pénale plus douce aux contraventions de grande voirie⁸¹⁰. A un moment donné, la valeur de l'adaptation de ce principe en droit administratif pénal était plutôt relative. Cette relativité se justifiait par le fait qu'il faisait objet de beaucoup de débats dans certains domaines en droit pénal. De plus en plus, une large jurisprudence en la matière, démontre en revanche de la valeur progressive accordée à ce principe par le Conseil constitutionnel en dehors du droit pénal. La soumission des sanctions fiscales par exemple connaît une rigueur plus ou moins encourageante par l'œuvre du Conseil constitutionnel⁸¹¹. En matière répressive fiscale, quoi qu'il en soit, la juridiction doit, de fait, d'office procéder à l'application de la loi répressive plus douce, si les conditions d'adoucissement et d'antériorité de la loi pénale sont remplies⁸¹².

Par conséquent, le principe de l'application retroactive de la loi pénale plus douce semble en applicabilité progressive dans le domaine répressif non pénal. Ce qui est possible grâce à l'extension constitutionnelle en expansion. Qu'en est-il du principe de la non-rétroactivité ?

B. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITE DE LA LOI PÉNALE PLUS SÉVÈRE

167. Large extension de la mise en œuvre du principe. Le principe de la non-rétroactivité « *lex previa* » n'est que l'effet du principe de l'application retroactive de la loi pénale plus douce. Prévu en droit pénal par les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 112-1 du Code pénal, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale consiste à ne pas appliquer une loi qui aggrave la punition à des faits commis bien avant son entrée en vigueur. Son application en droit pénal réside en ce qu'il est inscrit dans des textes intégrés au bloc de constitutionnalité et par ce qu'il a été confirmé plusieurs fois par le Conseil constitutionnel⁸¹³.

⁸⁰⁹ CEDH, 17 septembre 2009, n° 10249/03, *Scoppola c/ Italie*.

⁸¹⁰ CE, Sect., 23 juillet 1976, n° 96526, *Secrétaire d'Etat aux postes de télécommunications c/ Dame Ruffenach* ; CE, 23 avril 1997, *Préfet de l'Isère c/ Société routière du Midi*.

⁸¹¹ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, *préc.*

⁸¹² CE, 17 mars 1997, n° 124588, *Office de migrations internationales* ; RFDA, 1997, p. 665 ; CE, 3 décembre 1999, n° 162925, *Makarian*.

⁸¹³ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, décision n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire* ; JCP, 1996, II, 22709, note Nguyen VAN TUONG.

Grâce à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel va progressivement élargir le principe de non-rétroactivité au droit répressif non pénal⁸¹⁴. Il en a été de même lorsqu'il fut saisi de l'application d'une loi pénale, mais aussi d'une loi fiscale, d'une loi civile⁸¹⁵. Ce qui sous-entend bien sûr qu'il faut que les faits reprochés à l'individu poursuivi constituent soit une infraction pénale soit un manquement extra-pénal punissable, au moment où ils ont été commis⁸¹⁶. Depuis sa décision du 30 décembre 1982, le Conseil constitutionnel a affirmé que « le principe de non-rétroactivité [...] ne concerne pas seulement des peines infligées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »⁸¹⁷. Il a ainsi joué un rôle actif dans l'extension de l'application du principe de la non-rétroactivité en matière répressive extra-pénale.

168. Application du principe dans le droit répressif administratif, disciplinaire, fiscal et civil. Le principe de la non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère signifie que « l'application rétroactive de la législation fiscale se heurte [...] au principe de non-rétroactivité des lois répressives posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui ne saurait permettre aux autorités compétentes d'infliger des sanctions à des contribuables à raison d'agissement antérieurs à la publication des nouvelles dispositions qui ne tombaient pas également sous le coup de la loi ancienne »⁸¹⁸. Une sanction fiscale ne pourra alors être infligée à un contribuable si l'acte punissable est antérieur à la publication de la disposition fiscale en jeu. Cette même extension a touché les majorations fiscales⁸¹⁹ et les intérêts de retard⁸²⁰.

Qu'on soit en droit répressif administratif, disciplinaire, fiscal ou civil, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁸²¹ élargi par le Conseil constitutionnel, s'adapte finalement de manière progressive.

⁸¹⁴ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*, considérant n° 35.

⁸¹⁵ Voy., Spécialement les diverses contributions à l'annuaire international de justice constitutionnelle, vol. VI, 1990, pp. 319 et s.

⁸¹⁶ CE, 13 mai 1881, *Brissy*, DP 18882-III-97, concl. Marguerie ; CE 6 février 1946, *Crosa*, p. 42.

⁸¹⁷ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, *préc.*

⁸¹⁸ Conseil constitutionnel, 29 décembre 1986, *préc.*

⁸¹⁹ CE, 14 avril 1986, n° 44-607.

⁸²⁰ CE, 11 décembre 1987, n° 61 531, RJF2/88, n° 88, n° 190.

⁸²¹ L. BLATIERE, « L'applicabilité du droit de l'Union aux sanctions administratives passées. Quelle atteinte à la sécurité juridique ? », *RDP*, 1^{er} septembre 2019, n° 5, p. 1267.

En conclusion de cette section et en ce qui concerne la garantie affectant l'incrimination, les régimes de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition sont constitués des mêmes règles. La différence, à notre sens, est que ces règles ont été créées pour la sanction pénale alors que les sanctions ayant le caractère d'une punition les ont empruntées. Il y a toujours parfois des particularités en matière répressive extra-pénale qui créent de l'incompatibilité ou de la résistance à la réception de ces règles des particularités. L'application du principe de légalité à travers l'exigence de clarté et de précision, de manière globale se fait évidemment de manière plus souple. La mise en œuvre des corollaires de ce principe n'est pas aussi rigoureuse qu'en droit mais en pleine progression. Les régimes des sanctions fondés sur ces bases communes dotent ces deux catégories de sanctions de caractérisations différentes. A présent, il est temps de nous intéresser à l'application des garanties bénéficiant aux personnes mises en cause.

Section 2 : Les garanties bénéficiant aux personnes mises en cause

169. Les risques les plus fréquents et les plus élevés de violations des libertés individuelles se trouvent habituellement en droit pénal. Comme le dit si bien M. ARDANT, « dans la justice, c'est le juge pénal qui est le plus proche des citoyens. Si entre ses mains, il n'a plus la vie, il a encore la liberté et l'honneur des citoyens »⁸²². Ainsi, si la personne poursuivie ne craint plus aujourd'hui de se voir ôter la vie, sa liberté et sa dignité peuvent à chaque phase de la procédure être entachées. Pour réagir contre ces menaces des droits et libertés de la personne poursuivie, le Conseil constitutionnel, non seulement, rappelle la valeur⁸²³ attachée au principe de présomption d'innocence. Il essaie néanmoins progressivement de l'adapter à toute personne poursuivie devant une autorité ayant le droit de punir afin que le justiciable poursuivi puisse jouir de cette garantie comme s'il était devant un juge pénal traditionnel.

Parmi les règles juridiques applicables à la procédure pénale, sont également inscrites des règles générales et légitimes destinées à assurer la cohérence et l'équilibre de la procédure pénale à l'égard des parties au procès. Une distinction est faite entre les garanties inhérentes à la qualité même de la justice pénale et les garanties qui imposent l'équité du procès pénal. A ce stade de notre étude consacré aux garanties reconnues aux personnes mises en cause, nous interpellent nécessairement les garanties liées à la qualité de la justice tels que les droits de la défense.

⁸²² Ph. ARDANT, « Le dévoiement pénal », *Dr. pén.*, 1995, n° spécial, p. 1.

⁸²³ Garantie reconnue à la personne mise en cause par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Alors, le droit constitutionnel punitif ayant inscrit ces principes au-delà du droit pénal, il est question d'analyser leur application aux sanctions ayant le caractère d'une punition au regard du droit pénal. Ainsi, telle qu'une personne mise en cause en droit pénal et qui n'a pas été déclarée coupable est présumée innocente (§ 1) et bénéficie des droits de la défense (§ 2), toute personne au cœur d'un processus répressif extra-pénal jouit-elle réellement de ces garanties ?

§ 1 : L'application de la présomption d'innocence à toute personne mise en cause

170. Principe à fondement juridique solide. Inscrit dans les rapports de la procédure pénale avec les principes fondamentaux, le principe de présomption trouve son fondement dans des textes nationaux et internationaux⁸²⁴. « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». C'est ce que prévoit l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Le déroulement du procès pénal doit donc se faire dans le respect de ce principe qui est une règle relative à la charge de la preuve, mais pas que⁸²⁵. La présomption s'impose également au-delà de la preuve. Il revient au poursuivant⁸²⁶ d'assumer la charge de la preuve⁸²⁷.

Sa valeur constitutionnelle reconnue⁸²⁸, la présomption d'innocence n'est plus un simple principe général de droit mais un principe fondamental⁸²⁹ comme l'a confirmé le Conseil d'Etat⁸³⁰. Elle doit bénéficier à tout homme, en plus de la personne poursuivie et de la personne

⁸²⁴ La présomption d'innocence est consacrée par des textes européens (Article 48 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la directive UE 2016/343 du 9 mars 2016 ; Alinéa 2 de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui prévoit que « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Elle l'est également par d'autres textes internationaux (Article 11-1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; Article 14 paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

⁸²⁵ L'article 6 paragraphe 2 le précise bien. La présomption d'innocence régit l'ensemble de la procédure pénale ... et non le seul examen du bien –fondé de l'accusation (CEDH, 25 mars 1983, n° 8660/79, *Minelli c/ Suisse*).

⁸²⁶ Au Ministère public et à la partie civile, le cas échéant.

⁸²⁷ C'est-à-dire que le poursuivant doit « établir tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'absence de tous les éléments susceptibles de la faire disparaître » (Crim., 24 mars 1949, *Bull. Crim.*, n° 114). Par la suite, si le poursuivant échoue, le doute profite au prévenu ou à l'accusé qui doit alors bénéficier d'une relaxe ou d'un acquittement.

⁸²⁸ Conseil constitutionnel, 19 et 20 janvier 1981, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 8 juillet 1989, décision n° 89-285 DC, *Loi portant amnistie* ; Conseil constitutionnel, 2 février 1995, décision n° 95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.

⁸²⁹ Dès 1963, la Commission européenne des droits de l'homme a affirmé sa valeur en tant que droit fondamental. Ce que confirma la Cour vingt ans plus tard.

⁸³⁰ CE, 14 mars 2005, n° 278435, *Gollnisch*.

suspectée⁸³¹. En droit pénal, son application s'est accrue grâce à la reconnaissance de longue date de ce principe par la jurisprudence française⁸³².

Compte tenu de notre étude, il y a une chose qui nous interpelle le plus. Il s'agit de l'expression « tout homme », utilisée par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Inclut-elle aussi les personnes mises en cause devant d'autres entités que le juge pénal ? C'est peut-être un élément indicatif à l'adaptation de l'application du principe de présomption d'innocence en dehors du droit pénal.

171. Hypothèse d'extension de l'application du principe à toute la matière répressive.

L'interpellation précédente nous amène à explorer l'extension outre l'élargissement constitutionnel de l'application des principes de droit pénal. Le texte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, bien qu'extensif par son applicabilité à « tout homme », ne consacre pas l'extension de la mise en œuvre du principe de la présomption d'innocence à toute la matière répressive. D'ailleurs dans sa formulation, ne fait-il pas allusion à une éventualité d'« arrestation » alors que les sanctions punitives en dehors du droit pénal ne visent pas de privation de liberté. Le premier alinéa de l'article 9 du Code civil prévoit que « chacun » a droit au respect de la présomption d'innocence. Ce texte donne un champ beaucoup plus large que celui du droit pénal, grâce à l'utilisation du thème « chacun ».

Dans la recherche d'une confirmation de cette extension législative de l'application du principe, nous questionnons le droit au-delà des frontières françaises. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à travers son article 6 alinéa 2 vise toute personne accusée d'une « infraction ». Ce texte européen ne porte pas de restriction à l'application du principe de présomption comme l'a fait le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ce dernier texte réserve l'application de la présomption d'innocence à toute personne accusée exclusivement d'une « infraction pénale ». Dans la Convention européenne, il s'agit d'une « infraction » tout court. A ce stade, rien ne nous empêche normalement de penser que l'infraction dont est accusée la personne peut être une faute punissable comme une infraction fiscale⁸³³ ou une infraction disciplinaire⁸³⁴, surtout que l'extension de l'application

⁸³¹ CAA Paris, 24 novembre 2014, n° 13pa04560.

⁸³² *Crim.*, 29 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 164 ; *Crim.*, 19 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 113 ; *Crim.*, 22 février 1993, *Bull. Crim.*, n° 84 ; CEDH, 27 février 1980, n° 6903/75, *Deweert c/ Belgique*, série A, n° 35 ; CEDH, 30 juin 2009, n°s 75109/01, 12639/02, *Viorel Burzo c/ Roumanie* ; CEDH, 10 février 1995, n° 15175/89, *Allenet de Ribemont c/ France*.

⁸³³ *Voy.*, *supra*, n° 154.

⁸³⁴ *Voy.*, *supra*, n° 153

du principe a été largement validée par la doctrine⁸³⁵. Le premier alinéa de l'article 9 du Code civil marque finalement le premier pas de l'élargissement de l'application du principe au droit pénal. Cependant, la véritable et explicite extension de l'application du principe de présomption d'innocence à toute sanction punitive s'est faite par la jurisprudence constitutionnelle.

172. Extension constitutionnelle du principe de présomption d'innocence. Dans le silence de la loi, c'est la jurisprudence qui va concrétiser l'extension de l'application du principe de présomption d'innocence aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Certes, il y a environ une trentaine d'années, le Conseil constitutionnel français⁸³⁶ semblait quasi-muet sur la question. Certains estimaient même que la répression administrative par exemple était « difficilement compatible » avec la présomption d'innocence⁸³⁷. A cette époque déjà la Cour de cassation française⁸³⁸, accompagnée de la jurisprudence européenne, a accompli des prouesses. Elle a introduit la présomption d'innocence dans le rang des garanties procédurales premières des administrés ou des individus susceptibles d'être réprimés par des sanctions non pénales. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, avait déjà affirmé à l'époque que la présomption d'innocence couvre bien sûr les autorités judiciaires mais également les autorités politiques et administratives⁸³⁹. Les efforts en la matière de la Cour européenne des droits de l'homme sont également non négligeables⁸⁴⁰.

Progressivement et ayant conceptualisé les sanctions ayant le caractère d'une punition, le Conseil constitutionnel est passé à une interprétation extensive de l'applicabilité de la présomption d'innocence en matière de répression non pénale. Désormais, il est question de l'application des deux fonctions du principe. D'un côté et quel que soit la branche de droit, le principe de présomption dirigerait l'administration de la preuve. Et d'autre part, il conditionnerait non seulement la façon de traiter le prévenu ou l'accusé en droit pénal, mais également l'administré ou l'individu visé par le pouvoir répressif administratif, disciplinaire, fiscal ou civil. Le titulaire ou l'attributaire du pouvoir de sanction ne doit donc pas retenir

⁸³⁵ Selon certains auteurs, c'est donc effectivement « un principe constitutionnel supérieur applicable à toutes les branches de droit » (L. FAVOREU et L. PHILIP, *in* Grandes décisions, 9^e éd., 1997, p. 445 ; *RDP*, 1980, 1631, note L. Favoreu ; *AJDA*, 1980, p. 356, note C. Frank, vise l'art. 8 de la Déclaration). De façon récente, la doctrine était encore favorable à l'élargissement de l'applicabilité de la présomption à « toute la matière pénale » (T. RENOX, M. de VILLIERS (dir.), *Code constitutionnel*, éd. Lexis-Nexis, 2017, pp. 286 et s.).

⁸³⁶ Conseil constitutionnel, 17 janv. 1989, *préc.*

⁸³⁷ B. GENEVOIS, note sous Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc. RFD*, 1989, pp. 215 et s.

⁸³⁸ Com., 20 novembre 1990, pourvoi n° 89-18267, *Bull.*, n° 293 ; *Recueil Dalloz*, 1990, I.R., 289.

⁸³⁹ CEDH, 10 février 1995, *préc.*

⁸⁴⁰ CEDH, 29 août 1997, n° 19958/92, *A.P.-M.P. et T. P c/ Suisse, E.L. R.L.* ; n° 20919/92, *J.O.L. c/ Suisse, JCP*, 1999, I, 107, n° 29, obs. F. Sudre ; *RSC*, 1998, 395, obs. R. KOERING-JOULIN.

coupable la personne dont la « culpabilité »⁸⁴¹ voire la responsabilité pénale n'a pas encore été démontrée. Cette règle s'applique autant au juge pénal qu'à toute autorité « non judiciaire ou non juridictionnelle »⁸⁴² à pouvoir répressif. Le but de l'extension de la mise en oeuvre de ce principe fondamental va tant dans le sens de la personne poursuivie que dans le sens de l'autorité sanctionnatrice. Il s'impose dans le cadre de n'importe quelle décision qui a pour finalité une sanction punitive.

173. Nature des autorités répressives, une source de différenciation d'application du principe. Pendant le déroulement des processus répressifs, la communication d'information au public doit se faire sans violation du principe de la présomption d'innocence.

La question a été posée relativement à la publication en annexe au rapport annuel de l'activité du Conseil supérieur de la magistrature. Un rapport annuel qui porte sur les décisions et avis pris par ses formations compétentes à l'égard des magistrats en matière disciplinaire. Le conseil d'Etat, en 2005, a déclaré que cette publication du rapport ne violait pas le principe de présomption d'innocence.

Cependant, l'application du principe de la présomption d'innocence n'est pas prévue de la même manière par les textes en vigueur car la nature des autorités répressives constitue un critère de différenciation. De fait, pour certaines autorités, il est prévu légalement⁸⁴³ que la publication du déroulement de l'instance répressive ou de la décision intervienne dans un délai maximum d'un mois à compter du jour où la décision est devenue définitive. Une publication de ce genre peut parfois violer le respect du principe de la présomption d'innocence de la personne objet de répression. La publication de cette décision ne pourra se faire qu'une fois devenue définitive à l'expiration du délai de recours contentieux⁸⁴⁴. Alors que pour d'autres autorités, la publication de la décision n'est pas soumise aux mêmes restrictions légales⁸⁴⁵. Dans cette imprécision législative, le Conseil d'Etat a admis que la publication d'une décision de sanction qui n'est pas devenue définitive ne méconnaissait pas le principe de la présomption d'innocence⁸⁴⁶. Quelle que soit la motivation du Conseil d'Etat, une incohérence de sa décision avec celle évoquée précédemment, est décelée. Face à certaines autorités, il exige que la

⁸⁴¹ Nous utilisons le thème « culpabilité » ici pour toute la matière répressive bien que seul le droit pénal peut normalement établir la culpabilité d'une personne mise en cause.

⁸⁴² Voy., *supra*, n° 114.

⁸⁴³ Article 26 du décret du 30 décembre 2005.

⁸⁴⁴ CE, 27 juillet 2012, n° 325371, *Société France Quick* ; CE, Sect., 17 nov. 2006, n° 276926, *Société CNP Assurances*.

⁸⁴⁵ Article L. 621-15 du Code monétaire et financier.

⁸⁴⁶ CE, 13 juillet 2011, n° 327980, *Société Edelweiss Gestion et autres*.

décision devienne définitive avant de passer à la publication. Face à d'autres autorités, le Conseil d'Etat efface cependant cette exigence.

On remarque donc qu'il n'y a pas d'uniformité des conditions d'application de la présomption d'innocence en matière de publication des décisions rendues par les diverses autorités répressives. Cette inégalité de traitement des personnes poursuivies selon la nature de l'autorité, ne fait que s'amplifier, quand même la loi est modifiée constamment. Auparavant, les décisions de sanction que prononçaient la Commission nationale informatique et des libertés, ne pouvaient être publiées que strictement. Elles ne pouvaient l'être que « dans un délai d'un mois à compter du jour où la sanction est devenue définitive ». Désormais l'article 78 du décret du 20 octobre 2005 avec sa modification par le décret du 29 décembre 2011 prévoit que cette publication intervient dès la notification de la décision de sanction.

Une application de la présomption d'innocence confrontée à un défaut de règles uniformes est par conséquent clairement relevée face à la diversité de la nature des autorités répressives.

174. Adaptation de l'application du principe de la présomption d'innocence en matière administrative répressive. La jurisprudence constitutionnelle a élargi l'application du principe de présomption d'innocence au domaine des sanctions administratives. Relativement au contentieux boursier, la Cour d'appel de Paris⁸⁴⁷ a fixé les limites au Président de la Commission des opérations de bourse⁸⁴⁸ qui, par ces propos avait méconnu la présomption d'innocence. Cependant, la juridiction du second degré avait refusé de condamner les propos tenus au motif que le Président de la Commission n'avait pas participé aux poursuites, ni au jugement⁸⁴⁹. Ce que va rejeter la Cour de cassation en faisant le rapprochement entre la violation de la présomption au cours d'un procès pénal et de cette instance administrative répressive. Pour la haute juridiction, « celui qui juge ne doit pas avoir de préjugé, en tout cas ne pas les exprimer ». Et c'est pour cette raison qu'elle a condamné les propos du Président de la Commission. Quelques temps après, la Cour d'Appel de Paris va contribuer à ce travail d'adaptation du principe de la présomption mise en place par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Elle va déclarer contraire à la présomption d'innocence, la publication de la décision de condamnation par la Commission. Le texte du rapport sous-entendait que des sanctions sont désormais contre quelqu'un non encore jugé et qui n'a pas usé de ses droits de défense.

⁸⁴⁷ CA Paris, 10 sept. 1996, *Oury*, *LPA*, 1996, note DUCOULOUX-FAVARD,

⁸⁴⁸ *Voy.*, *supra*, note n° 286.

⁸⁴⁹ CA Paris, 2 juillet 1999, *LPA*, 1999, p. 5, note CI. DUCOULOUX-FAVARD ; *RGDP*, 1999, n° 4, p. 721, obs. L. Idot.

Finalement, cette volonté jurisprudentielle d'application du principe de la présomption d'innocence aux procédures répressives administratives s'impose. Ce n'est donc pas que le Conseil constitutionnel qui y veille en cette matière. La Cour de cassation est sérieusement impliquée. Les personnes mises en cause en matière fiscale répressive peuvent aussi prétendre à la mise en œuvre de ce principe.

175. Application du principe de la présomption d'innocence en matière fiscale répressive. Déjà dans les années 1980, la Cour de cassation⁸⁵⁰ avait commencé à tracer un chemin pour l'application de la présomption d'innocence en matière répressive fiscale. Peu de temps après, c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui reconnaît enfin l'applicabilité des principes constitutionnels dédiés à la matière pénale, aux sanctions administratives fiscales⁸⁵¹. A travers une ordonnance de 1986, elle va introduire ce principe fondamental dans des contentieux relatifs au droit de la concurrence⁸⁵².

Sur cette lancée, il y eut un litige dans lequel un individu qui était condamné à verser une amende fiscale, était décédé, avant de s'en être acquitté. Ses héritiers ont été dispensés de ce paiement notamment en raison de la présomption d'innocence⁸⁵³. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, non seulement les héritiers ne peuvent pas hériter de la culpabilité de leur père car il n'y a pas de transfert de responsabilité pénale. La Cour ajoute surtout que la présomption d'innocence doit être reconnue à ces derniers. Elle concrétise ainsi une extension assez intéressante de l'application de la présomption d'innocence à la répression fiscale. En 2002, la Cour européenne des droits de l'homme dénonce une législation suédoise qui prévoit la possibilité de majorité d'impôts sur la base de la présomption⁸⁵⁴. Le Conseil d'Etat quant à lui, va beaucoup plus loin en admettant l'application du paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention européenne « sans faire jouer le critère organique »⁸⁵⁵.

Peu importe alors l'autorité – judiciaire ou non – qui a prononcé la sanction fiscale, la présomption d'innocence s'appliquera valablement du moment où une personne est poursuivie. Ce raisonnement est tout à fait logique⁸⁵⁶. Il n'y a aucune exigence sur la nature de l'autorité

⁸⁵⁰ Com. 20 novembre 1990, *préc.*; *Gaz. Pal.* 25 déc. 1990 ; *JCP* 1991, IV, 25.

⁸⁵¹ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, *préc.* ; Loi des finances rectificatives pour 1982, *rec.* p. 88 rendue à propos des sanctions applicables à l'impôt sur le revenu de Nouvelle Calédonie.

⁸⁵² Article 48 de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁸⁵³ CEDH, 29 août 1997, *préc.*

⁸⁵⁴ CEDH, 23 juillet 2002, n° 34619/97, *Janosevic c/ Suède* ; CEDH, 23 juillet 2002, n° 36985/97, *Vastberga Taxi Aktiebolag et Vulic c/ Suède*.

⁸⁵⁵ CE, 24 mars 2006, n° 257330, *SA Martell & Co.*

⁸⁵⁶ Les paragraphes 1^{er} et 3 de l'article 6 de la convention concernent précisément l'organe chargé du déroulement du procès, alors même que le paragraphe 2 qui prévoit la présomption d'innocence ne concerne que la personne poursuivie.

investie du pouvoir de sanction. Que peut-on dire du cas de l'application de ce principe en matière disciplinaire ?

176. Application du principe de la présomption d'innocence en matière disciplinaire. Le Conseil d'Etat a apporté sa pierre à l'édifice afin que la présomption d'innocence puisse être applicable également en matière répressive disciplinaire. De fait, relativement à un litige impliquant le président d'un club poursuivi disciplinairement devant le conseil fédéral de la Fédération française de football, le Conseil d'Etat a sanctionné la participation au délibéré, du Président de cette fédération. Ce dernier avait, en effet, au préalable pris parti. Le Conseil d'Etat a affirmé implicitement la violation de la présomption d'innocence du président de club poursuivi, en évoquant explicitement le principe de l'impartialité⁸⁵⁷.

Dans un arrêt de la Cour administrative d'Appel de Bordeaux⁸⁵⁸, la Cour a été confrontée à la question de savoir si les stipulations de l'article 6, alinéas 2 et 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont applicables aux sanctions disciplinaires infligées aux détenus. En effet, il s'agissait d'un détenu dénommé « M. Mallet » qui estimait qu'il a été sanctionné sans que sa faute soit valablement prouvée. A l'inverse, les conclusions du commissaire du gouvernement préconisaient qu'il fallait impérativement que deux conditions soient remplies pour que la présomption d'innocence soit applicable à cette sanction. Il faut d'abord que le litige ait trait à une « accusation en matière pénale » au sens de la convention⁸⁵⁹. Il est nécessaire ensuite que l'organe qui a pris la décision attaquée ait une nature juridictionnelle⁸⁶⁰. Ce qui, à notre avis, n'était pas totalement exclu en l'espèce. Et ceci, même si d'ordinaire, on peut avoir du mal à imaginer l'exercice du droit à la présomption d'innocence à ce stade.

Selon la jurisprudence⁸⁶¹, présentent plutôt un caractère pénal, les sanctions administratives qui revêtent une certaine importance et qui tendent non pas à la réparation d'un dommage, mais à punir des comportements et à éviter qu'ils ne se reproduisent. La sanction disciplinaire de mise en cellule durant quinze (15) jours dont neuf (9) jours avec sursis, prononcée à l'encontre du détenu est bel et bien une sanction de cette catégorie. Elle a pour but de punir les insultes et menaces envers le premier surveillant et à éviter qu'ils ne se reproduisent. Aussi selon les

⁸⁵⁷ CE, 27 octobre 1999, n° 196251, *Fédération française de football*, JCP, 2000, 11, 10376, note Raphaël PIASTRA.

⁸⁵⁸ CAA Bordeaux, 2 mai 2002, n° 98-BX00310, *M. Bruno Mallet*.

⁸⁵⁹ CE, 29 janvier 2001, n° 194914, *Léon SUBERBIELE*.

⁸⁶⁰ M. DREIFUSS, « Portée de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de pénalités fiscales », *AJDA*, n° 10, 1995, p. 739.

⁸⁶¹ CEDH, 8 juin 1976, *préc.* ; CEDH, 21 février 1984, *préc.* ; CEDH, 25 août 1987, *préc.* ; CEDH, 24 février 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France*.

dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article D. 249-2 du Code de procédure pénale, constitue une faute disciplinaire du deuxième degré le fait, pour un détenu de proférer des insultes ou des menaces à l'égard d'un membre du personnel de l'établissement ou d'une personne en mission ou en visite au sein de l'établissement pénitentiaire (...) ». La sanction disciplinaire prononcée à l'encontre du détenu tombe évidemment alors sous le coup de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et donc la présomption d'innocence se doit d'être appliquée. La Cour de cassation pour qui, la présomption d'innocence applicable à toute sanction disciplinaire est un acquis⁸⁶², va confirmer sa position dans un arrêt du 13 décembre 2017⁸⁶³. Elle précise dans quelle mesure le droit à la présomption d'innocence peut, on non, limiter l'incidence de l'action au pénal sur la procédure disciplinaire. Le domaine des sanctions civiles punitives reçoit aussi l'application de ce principe.

177. Application du principe dans le domaine des sanctions civiles punitives. Dans la décision du Conseil Constitutionnel du 13 janvier 2011⁸⁶⁴, il a validé le choix laissé au législateur d'assortir la violation de certaines obligations d'une sanction civile punitive. C'est seulement à la condition de suivre rigoureusement les exigences constitutionnelles concernant les principes fondamentaux. Le Conseil constitutionnel a précisé sur la base du fondement de l'article 34 de la Constitution que le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. L'objectif d'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux l'autorise à vérifier que l'amende civile en matière de déséquilibre significatif respecte ces principes fondamentaux dont la présomption d'innocence.

Différents principes du droit pénal s'appliquent à l'amende civile⁸⁶⁵. Le Conseil constitutionnel soutient en effet qu'une sanction ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés plusieurs principes dont la présomption d'innocence⁸⁶⁶. Il en ressort que l'amende civile prononcée en cas de violation de l'article L. 442-6, III du code de commerce doit respecter la présomption d'innocence de l'individu fautif jusqu'à ce que sa culpabilité puisse être démontrée. L'application de la présomption d'innocence a également été élargie aux sanctions civiles punitives. Cette extension de l'application de la présomption au prononcé d'une amende

⁸⁶² Soc., 26 janvier 2012, pourvoi n° 11-10479.

⁸⁶³ Soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-17193.

⁸⁶⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce est bien répressive », *Revue des contrats*, n° 2, 2011, p. 536.

⁸⁶⁵ Conseil constitutionnel, 17 janv. 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

⁸⁶⁶ Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2011, *préc.*

civile est également approuvée par la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision du 1^{er} octobre 2019⁸⁶⁷.

Somme toute, l'extension essentiellement jurisprudentielle de l'application du principe de la présomption d'innocence à toute la matière répressive est suivie par une volonté du Conseil constitutionnel de voir s'appliquer cette règle, peu importe le domaine de la sanction. Une volonté qui s'est d'ailleurs soldée par une adaptation concrète de l'application de la présomption d'innocence aux personnes mises en cause devant toute autorité répressive non judiciaire ou non juridictionnelle. Néanmoins, c'est sans ignorer l'adaptation *non uniformisée* à cause de la diversité de nature des autorités répressives extra-pénales.

Les personnes mises en cause en plus de ce droit fondamental qu'elles peuvent revendiquer peu importe l'autorité sanctionnatrice devant laquelle elles se trouvent, bénéficient aussi d'une extension de l'application des droits de la défense.

§ 2 : L'adaptation de l'application des droits de la défense à toute personne mise en cause

178. L'abstraction de la notion en droit pénal. Les droits de la défense sont des garanties liées à la qualité de la justice. Ils représentent une notion particulièrement difficile à comprendre. Si on devait se fier à la définition apportée aux « droits de la défense » par chaque praticien, on en aurait déduit que les pénalistes n'y portent pas une grande importance. Ils n'y apportent pas d'explication et l'utilisent de manière vague. La signification technique de la notion demeure ainsi obscure⁸⁶⁸.

Le Code de procédure pénale qui doit normalement élucider toutes les garanties procédurales mises en place pour le déroulement du procès, n'aborde d'ailleurs que quelques droits qui y sont attachés. L'article préliminaire de ce Code nous apprend exclusivement que toute personne suspectée ou poursuivie « a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ». A ce problème de définition, la Cour de cassation répond simplement avec des notions ou formules similaires⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ CEDH, 1^{er} octobre 2019, n° 37858/14.

⁸⁶⁸ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 122, 2013 ; F. SAINT-PIERRE, *Pratique de défense pénale*, éd. Dalloz, 9^e éd. 2017-2018.

⁸⁶⁹ Les « droits essentiels de la défense » (Crim., 16 janvier 1958, *Bull. Crim.*, n° 118) ; La « libre défense » (Crim., 6 mars 1958, *Gaz. Pal.*, 1958. I. 427) ; Les « garanties accordées à la défense » (Crim., 16 juin 1955, JCP, 1955.II.8851, note R. VOUIN) ; Les « droits de l'intéressé » (Crim., 29 avril 1988, *Bull. Crim.*, n° 145) ; Les « intérêts de la personne » (Crim., 18 juin 1998, pourvoi n° 98-81.369, *Bull. Crim.*, n° 200).

Le Conseil constitutionnel, sans pour autant casser le mythe autour de la signification de cette notion, déclare que les droits de défense impliquent l'existence d'une procédure juste et équitable⁸⁷⁰. Par conséquent, il ne donne ni de définition, ni une liste exhaustive quand il en a eu l'occasion⁸⁷¹. Tout au moins, G. CORNU dans son dictionnaire juridique propose une définition de la notion. Pour lui, les droits de la défense constituent l'ensemble des prérogatives qui garantissent à la personne suspecte ou poursuivie la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans la procédure pénale et dont la violation constitue, à certaines conditions, une cause de nullité de la procédure⁸⁷². Pour d'autres, ce sont « des droits procéduraux que possède toute personne pour se protéger de la menace que constitue pour elle un procès »⁸⁷³. Il ressort de ces explications un florilège de droits procéduraux⁸⁷⁴ dont l'égalité des armes et le principe du contradictoire⁸⁷⁵ qui en réalité, n'en sont que des exemples. Ces exemples de notion des droits de la défense qui lui servent de définitions sont d'ailleurs contenus de long en large dans le troisième paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est toutefois important de faire comprendre que les deux principes et contenus dans les droits de la défense et mentionnés tantôt sont des garanties inhérentes à la procédure répressive.

D'une part, le principe du contradictoire est essentiel parce qu'il permet aux parties de partir de toute pièce ou observation présentée au juge dans le but d'influencer sa décision et de la discuter⁸⁷⁶. Personne ne peut alors être jugée sans avoir été entendue ou appelée. Ainsi les droits de la défense comme le droit au silence, le droit de ne pas répondre peuvent parfois ignorer le contradictoire. Ce lien entre les droits de la défense et le principe du contradictoire fait penser

⁸⁷⁰ Conseil constitutionnel, 2 février 1995, décision n° 95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.

⁸⁷¹ Conseil constitutionnel, 2 décembre 1976, décision n° 76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*.

⁸⁷² G. CORNU, *op. cit.*, p. 309 ; Voy., aussi, J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 75.

⁸⁷³ C. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Dalloz, 24^e éd., 2018, p. 664.

⁸⁷⁴ Pour certains auteurs, on peut distinguer les droits de la défense à titre direct et les droits de la défense à titre indirect. Dans la première catégorie, on a la présence de l'avocat à différentes étapes de la procédure pénale (Articles 63-3-1 ; 114 et s. ; 417 du Code de procédure pénale), le droit de savoir la nature de la poursuite et le contenu du dossier (Article 116 du Code de procédure pénale), le principe du contradictoire (Article préliminaire du Code de procédure pénale, Articles 82-1 ; 199 ; 132-16-5 du Code de procédure pénale), le droit au silence (Articles 61-1 ; 63-1-3 ; 113-4 et 166 ; 393, al. 4 ; 328 ; 512 du Code de procédure pénale), le droit pour l'accusé d'assister à son procès (Directive UE 2016/343 DU 09 mars 2016 sur la présomption d'innocence).

Dans la catégorie des droits de la défense à titre indirect, s'inscrivent le droit à un interprète linguiste (Articles 63-1 ; 102 ; 121 ; 272 ; 344 ; 407 ; 443 ; 693-13 et 696-15 du Code de procédure pénale ; Article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme), le droit à l'interprète en langue des signes et le droit à un statut spécial si la personne poursuivie est un majeur protégé (Article 706-112 ; 706-113 ; 706-118 du Code de procédure pénale).

⁸⁷⁵ S. CLEMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, thèse, Nantes, 2007.

⁸⁷⁶ CEDH, 20 février 1996, n° 15764/89, *Lobo-Machado*, RTD civ., 1996, 1028.

aux concepts de « l'égalité des armes » - qui veille à ce qu'aucune partie ne soit désavantagée par rapport à l'autre partie⁸⁷⁷ - et du « procès équitable ».

179. Un renvoi à la notion du procès équitable. Les droits de la défense exercés à travers la mise en œuvre du principe du contradictoire renvoie à la notion de procès équitable. Une notion qu'il convient d'éclaircir, en fonction du lien avec les sanctions ayant le caractère d'une punition.

L'article 6 de la Convention européenne qui délimite le cadre du procès équitable est le fondement des garanties fondamentales dont tout justiciable devrait bénéficier⁸⁷⁸. Aujourd'hui la mise en œuvre de ce texte conforte les citoyens dans leur confiance à travers l'idée d'une bonne justice. Les exigences ou manifestations⁸⁷⁹ du procès équitable s'imposent au droit interne et toutes les règles de droit doivent s'y conformer. Ainsi, toute procédure qui a pour objet de vérifier « le bien-fondé d'une accusation en matière pénale » est soumise à un ensemble de garanties appelé « procès équitable »⁸⁸⁰. La notion d'accusation en matière pénale nous intéresse particulièrement. Elle n'est en réalité qu'une autre version des sanctions ayant le caractère d'une punition selon la Convention européenne.

La question principale est de savoir si les sanctions ayant le caractère d'une punition sont alors soumises au procès équitable ? D'abord, c'est le Conseil constitutionnel qui a soumis toute sanction ayant le caractère d'une punition aux principes constitutionnels en matière répressive⁸⁸¹. Ils avaient d'ailleurs déjà été ouverte de manière plus élargie aux sanctions administratives⁸⁸². La Cour européenne des droits de l'homme par application de l'article 6 à la fiscalité⁸⁸³ a soumis les sanctions administratives aux exigences du droit à un procès équitable par l'arrêt *Oztürk*⁸⁸⁴. Il en a été de même pour les sanctions fiscales principalement avec l'arrêt

⁸⁷⁷ Conseil constitutionnel, 2 février 1995, décision n° 95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* ; CEDH, 23 octobre 1996, n° 17748/91, *Ankerl C/ Suisse* ; Crim., 6 mai 1997, pourvoi n° 96-83.512, *Bull. Crim.*, n° 170.

⁸⁷⁸ X. VUITTON, « Le procès équitable », *LPA*, 2017, n° 117, p. 4.

⁸⁷⁹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 905

⁸⁸⁰ D. ZEROUKI, « La sanction en matière pénale », *op. cit.*, p. 37.

⁸⁸¹ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, *préc* ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc*.

⁸⁸² J.-B. DUBRULLE, « La difficile conciliation de l'article 6 de la CEDH avec le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *LPA*, 4 juillet 2007, n° 133, p. 14.

⁸⁸³ J.-P. MARGUENAUD, « Appliquer la Convention européenne des droits de l'homme à la fiscalité n'est-il pas paradoxal ? » *Hebdo édition fiscale*, juillet 2003, n° 78.

⁸⁸⁴ CEDH, 21 février 1984, n° 8544/79, *préc*.

*Bendenoun*⁸⁸⁵, contrairement à la procédure disciplinaire⁸⁸⁶. Ainsi, la répression para-pénale de manière globale est soumise au procès équitable.

180. Renforcement de la notion des droits de la défense. La valeur des droits de la défense est approuvée par leur lointaine assimilation à un droit naturel⁸⁸⁷. Cette assimilation est certifiée par la doctrine⁸⁸⁸. Ce n'est pas seulement la sanction de nullité en cas de violation des droits de la défense⁸⁸⁹ qui couronne cette importance mais également et surtout sa valeur constitutionnelle. La jurisprudence constitutionnelle a, en effet, hissé les droits de la défense au même rang que les principes fondamentaux figurant au sein du bloc de constitutionnalité et reconnus par les lois de la République⁸⁹⁰. Certains auteurs vont jusqu'à y voir déjà la constitutionnalisation du rôle de l'avocat⁸⁹¹.

181. Application du principe dans le domaine des sanctions administratives. La réception du principe des droits de la défense par le processus répressif administratif a été sérieusement marquée par le Conseil d'Etat avec l'arrêt *Parent*⁸⁹². Bien avant, elle l'avait annoncé dans une jurisprudence antérieure. « Lorsqu'une décision administrative prend le caractère d'une punition 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 mesure qui le frappe ». Ce dont a été convaincu le Conseil d'Etat dans sa décision du 5 mai 1944 en faisant des droits de la défense un principe général du droit⁸⁹³. Cette déclaration démontre de l'ancienneté de l'extension de l'applicabilité des droits de la défense aux sanctions administratives. Cet élargissement n'est pas très étonnant de la part du Conseil d'Etat car il avait, auparavant, répondu à la question de savoir si une mesure prise par l'administration était soumise ou non aux droits de la défense.

⁸⁸⁵ CEDH, 24 février 1994, *préc.*

⁸⁸⁶ TGI Paris, 1^{ère}, 12 mai 2015, n° 13/08318.

⁸⁸⁷ Civ., 7 mai 1828, pourvoi n° 18-28.329.

⁸⁸⁸ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le principe du respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges Roubier*, t. II, Dalloz-Sirey, 1961, 175 et s., n° 10.

⁸⁸⁹ Article 171 du Code de procédure pénale.

⁸⁹⁰ Conseil constitutionnel, 2 décembre 1976, décision n° 76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, *RJC*, I, 41 ; Conseil constitutionnel, 19-20 janvier 1981, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, décision n° 86-225 DC, *Loi portant diverses mesures d'ordre social* ; Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.* ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁹¹ J. PRADEL, *lot. cit.*

⁸⁹² CE, 27 octobre 2006, n° 276069, *Parent* ; *AJDA*, 2007, p. 80, note M. Collet ; *LPA*, 2006, p. 253, concl. M. Guyomar ; L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, novembre-décembre 2014, p. 1123.

⁸⁹³ CE, Sect., 5 mai 1944, n° 69751, *Trompier-Gravier* ; CE, Sect., 26 février 1971, n° 73120, *Sieur Roze*.

Le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence, ne s'arrête pas à la valorisation constitutionnelle du principe des droits de la défense. Il veille à son application, en sus du droit pénal. Avec le respect requis, il déclare que le pouvoir punitif des autorités administratives⁸⁹⁴ ne violait ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle. Et ceci, pourvu que des principes dont « les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition » soient reconnus.

Toutefois, l'application à la sanction administrative va montrer quelques particularités, par rapport à ce qui se fait en procédure pénale.

D'une part, la jurisprudence a cadré l'espace d'applicabilité des droits de la défense relative aux sanctions administratives. Le Conseil constitutionnel ne conditionne pas leur application à l'exigence du prononcé de la sanction administrative par un organe juridictionnel⁸⁹⁵. Peu importe donc que l'autorité de répression administrative soit un organe juridictionnel ou non, les droits de la défense doivent être respectés⁸⁹⁶.

D'autre part, contrairement à la procédure pénale où les droits de la défense doivent s'appliquer dans le temps, à toutes les étapes comme celles des poursuites, de l'instruction et du jugement, il n'en est pas de même pour la procédure administrative répressive. Ici, le Conseil constitutionnel permet une application des droits de la défense seulement *a posteriori* devant la juridiction administrative⁸⁹⁷. L'expression « *a posteriori* devant la juridiction administrative » prête à confusion. S'agit-il d'une application du principe uniquement devant la juridiction administrative ou d'une application durant tout le processus répressif de sanction, bien entendu à partir des poursuites ? Le Conseil constitutionnel n'a pas été assez explicite. « Le principe des droits de la défense s'applique seulement à la procédure de sanction » ouverte par la notification de griefs par le collège de l'Autorité des marchés financiers et par la saisine de la commission des sanctions⁸⁹⁸. Il va cependant rajouter l'importance de l'application du principe au cours des enquêtes⁸⁹⁹. Il en résulte un niveau plutôt satisfaisant d'adaptation de l'application des droits de la défense aux sanctions administratives.

⁸⁹⁴ La Commission des opérations de bourse (Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*, considérant n° 6) et celui du Conseil supérieur de l'audiovisuel devenue l'ARCOM (décision n° 2000-433 du 27 juillet 2000, *Rec.* p. 121, considérant n° 48 à 52.

⁸⁹⁵ Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, *préc.*

⁸⁹⁶ O. DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles*, thèse, Paris 1, 1996.

⁸⁹⁷ Conseil constitutionnel, 12 août 2004, *préc.*

⁸⁹⁸ CE, 15 mai 2013, n° 356054, *Société Alternative Ledears France*.

⁸⁹⁹ CE, 12 juin 2013, n° 349185, *Société Natixis et autre.* ; Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-18267, *Société Kelly*.

182. Application du principe dans le domaine des sanctions disciplinaires. L'application des droits de la défense au cours des procédures répressives disciplinaires n'est pas une nouveauté. La question de savoir ce qu'il en est des droits de la défense dans les procédures disciplinaires⁹⁰⁰, s'est posée plusieurs fois. Cependant, le niveau d'application de plusieurs droits composant les droits de la défense en matière répressive disciplinaire n'est pas négligeable.

Quand on considère *le droit à l'assistance d'un avocat* en matière disciplinaire, il est garanti par des textes juridiques. Par exemple, il est garanti d'une part par les dispositions de l'article L. 621-11 du Code monétaire et financier pour l'Autorité des marchés et d'autre part, par les dispositions de l'article L. 612-38 du même code pour l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. *Le droit d'être informé des poursuites* en matière disciplinaire n'est cependant pas établi légalement au même titre qu'en procédure pénale. Cependant, la Cour de cassation va par la suite, juger que le principe du contradictoire et des droits de la défense⁹⁰¹ ne s'appliquent pas lors de la phase d'enquête de l'Autorité des marchés et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Le Conseil d'Etat, une fois encore – et comme pour la procédure répressive administrative – va confirmer que le principe des droits de la défense ne s'applique pas à la phase préalable de l'enquête. Cela ne devrait normalement pas porter atteinte irrémédiablement aux droits des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés et il y a possibilité d'établir une applicabilité des droits de la défense en procédure répressive disciplinaire⁹⁰².

Enfin, quant au *droit au silence*, son application est incertaine en matière répressive disciplinaire, contrairement au droit pénal, car les enquêteurs ne sont point obligés d'informer la personne entendue de son droit de garder le silence⁹⁰³. La construction de l'extension de l'application du principe des droits de la défense se fait peut-être lentement mais sûrement ; même en matière de répression disciplinaire des notaires et de certains officiers ministériels⁹⁰⁴.

En conclusion de cette section, l'application des garanties bénéficiant aux personnes mises en cause crée une ressemblance entre les régimes de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition. La volonté du Conseil constitutionnel de voir des processus répressifs

⁹⁰⁰ C'est la question à laquelle le Master 2 de droit pénal financier de l'université de Cergy Pontoise a consacré son colloque annuel pour savoir ce qu'il en est des droits de la défense dans les procédures disciplinaires. Ce Master 2 Droit pénal financier organise un colloque sur "L'effectivité des droits de la défense dans les procédures disciplinaires", le mardi 20 mai 2014.

⁹⁰¹ Com., 12 juill. 2011, pourvoi n° 10-28375, *BJB*, 2011, p. 582, n° 305, note N. RONTCHEVSKY.

⁹⁰² CE, 15 mai 2013, *préc.* ; CE, 12 juin 2013, *préc.*

⁹⁰³ Com., 12 juillet 2011, pourvoi, n° 10-28375, *Bull.*, n° 122.

⁹⁰⁴ CA Lyon, 5 nov. 2013, n°s 13/07921, 13/06425 et 13/06426.

privilégiant une certaine qualité est relativement comblée par une application concrète de la présomption d'innocence et d'une mise en œuvre certes plus lente, à notre entendement des droits de la défense mais progressive.

A présent, quelle comparaison suscite l'adaptation de l'application des garanties de procédure aux sanctions ayant le caractère d'une punition avec leur application en droit pénal ?

Section 3 : Les garanties de la procédure

183. Au rang des garanties de droit pénal élargies aux sanctions ayant le caractère d'une punition⁹⁰⁵, sont comptées les garanties liées au jugement et les garanties liées aux sanctions. Nous procèderons alors à la distinction des régimes de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition sur la base de ces deux catégories de garanties de procédure. Il s'agit d'une part du principe de l'indépendance et de l'impartialité et du principe de publicité et (§ 1) et d'autre part du principe de nécessité et de proportionnalité des peines et de l'exigence de motivation des sanctions (§ 2).

§ 1 : L'application à la matière répressive des garanties liées au jugement

184. Les traits principaux de l'adaptation de l'application du principe de l'indépendance et de l'impartialité à toute autorité sanctionnatrice se rapprochent de ceux de l'application en droit pénal (A). Il en est de même pour l'exigence de publicité indispensable à l'équité du procès (B).

A. LA SOUMISSION DE L'AUTORITÉ SANCTIONNATRICE AU PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE ET DE L'IMPARTIALITÉ

185. L'alinéa 1^{er} de l'article 6 de la Convention européenne prévoit que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera [...] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Ainsi, en droit pénal, le droit à un tribunal est un droit accordé à toute personne accusée en matière pénale. Selon l'interprétation qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme, c'est une prérogative tant pour le mis en cause que pour la victime ou partie civile⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ Voy., *supra*, n° 17.

⁹⁰⁶ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 18 ; CEDH, 27 février 1980, n° 6903/75, *Deweert c/ Belgique*, Série A, n° 35.

Les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles⁹⁰⁷ et écartent normalement les autorités attributaires de sanction non juridictionnelles. Une confusion a toutefois toujours existé entre fonctions juridictionnelles et fonctions contentieuses depuis l'arrêt *Cadot* rendu en 1889⁹⁰⁸ qui avait fait du Conseil d'Etat, le juge de droit commun du contentieux administratif. Aujourd'hui avec un mouvement particulier de l'histoire, la juridictionnalisation⁹⁰⁹ des autorités administratives a ressuscité cette confusion entre les phases et les fonctions contentieuses et juridictionnelles. Une juridictionnalisation distinguée par un transfert spécial des garanties procédurales vers les phases préalables à la phase juridictionnelle. Ainsi, on peut confirmer que non seulement l'impartialité est l'un des points saillants⁹¹⁰ de la fonction juridictionnelle, mais, elle n'est pas le propre de cette fonction. Les autorités administratives indépendantes sont, de même, sérieusement touchées par la réception des garanties procédurales dont l'impartialité.

Alors, l'élargissement de l'application de ce principe à toute la matière répressive que ce soit en termes d'exigence d'impartialité (1) ou d'indépendance (2) connaît-il toujours une bonne réception dans toute la matière répressive extra-pénale ?

1. L'application de l'exigence d'impartialité en matière répressive extra-pénale

186. Présentation de l'exigence d'impartialité du juge. L'impartialité est définie comme l'absence de préjugé, de parti pris, de préférence, d'idée préconçue, l'exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité⁹¹¹. Selon le Portail lexical du Centre national de Ressources textuelles et lexicales, l'impartialité est le caractère de celui qui est impartial⁹¹². A la phase du débat, il est impartial lorsqu'il développe une attention scrupuleuse à respecter et à faire respecter le principe de la contradiction⁹¹³. Dans la sentence, son impartialité s'apparente à son abstention de tout

⁹⁰⁷ Conseil constitutionnel, 02 décembre 2011, décision n° 2011-200 QPC, *Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire]*.

⁹⁰⁸ CE, 13 décembre 1889, n° 66145, *Cadot c/ Ville de Marseille*, concl. Jagerschmidt ; B. GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, *Recueil Dalloz*, 19è éd., 2013.

⁹⁰⁹ L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, novembre-décembre 2014, p. 1121 ; P. IDOUX, « L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence », *AJDA*, 2016, n° 14, p. 773 ; I. LUC, « L'application du principe d'impartialité aux autorités de concurrence françaises », *LPA*, n° 34, 15 février 2002, p. 4.

⁹¹⁰ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », in *Mélanges R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* éd. Dalloz, 1996, p. 575.

⁹¹¹ G. CORNU, *op. cit.*, p. 525 ; J. BETAILLE, L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction, *op. cit.*, p. 289.

⁹¹² Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (<https://www.cnrtl.fr/definition/impartialit%C3%A9>, Consulté le 25 juillet 2022).

⁹¹³ G. CORNU, *lot. cit.*

favoritisme⁹¹⁴. Il faut donc distinguer l'impartialité objective de l'impartialité subjective. L'impartialité subjective concerne, par exemple, les liens d'amitié ou familiaux, les convictions personnelles de tout un chacun. L'impartialité objective, en revanche, est celle qui doit être examinée pour savoir si, en toute objectivité, un juge ou un expert offre des garanties suffisantes permettant d'exclure tout doute légitime⁹¹⁵. Un juge ou un expert ne peut être récusé que pour défaut d'impartialité objective. Et c'est bien de ça qu'il s'agit.

La jurisprudence constitutionnelle a élargi le contenu de ce principe d'impartialité et ses exigences en le redéfinissant, en le modulant de manière à l'adapter aux procédures juridictionnelles et aux procédures répressives non pénales⁹¹⁶. Ainsi, en droit répressif, qu'il s'agisse d'une juridiction ou d'une autorité administrative, l'organisme doit décider en toute impartialité. L'appréciation de l'application du principe aux juridictions est toutefois plus rigoureuse. Et il n'est pas inutile de tenir compte de la condition de séparation des fonctions répressives⁹¹⁷ pour que l'impartialité puisse être plus adaptable au droit répressif extra-pénal.

187. La réception de l'impartialité par le droit répressif extra-pénal. En droit répressif non pénal, aucun principe général de récusation en cas de risque de partialité n'est inscrit. Pour pouvoir l'appliquer, un texte spécifique au domaine répressif non pénal doit nécessairement le prévoir. C'est ce que confirme le Conseil d'Etat lorsqu'il affirme que la possibilité de récuser un membre d'un conseil de discipline n'existe « que si un texte la prévoit »⁹¹⁸. Cependant, il y a une forte vague de l'obligation de déport qui s'impose en la matière. La plupart des textes⁹¹⁹ inspirés de l'article L. 731-1 C. de l'organisation judiciaire⁹²⁰ sont édictés de façon préventive contre les contestations en prévoyant des motifs de déport. Quand par exemple, les membres des organismes disciplinaires ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt à l'affaire on y voit objectivement une étendue de l'impartialité telle qu'elle se présente en droit pénal. La jurisprudence va également renforcer les textes et la matière⁹²¹. La réception du

⁹¹⁴ *Idem*.

⁹¹⁵ La partialité du juge est toujours subjective (N. FRICERO, in *Droit et pratique de la procédure civile*, 2021-2022 ; V. CORNELOUP, « La présence de fonctionnaires parmi les membres d'une juridiction ne met pas en doute l'impartialité de celle-ci », *Hebdo édition affaires*, février 2003, n° 57).

⁹¹⁶ Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, AJDA, 2012, 1928 ; *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2382 ; RFDA 2013, p. 141, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; Constitutions 2013. 95, obs. O. Le Bot.

⁹¹⁷ Voy., *supra*, n° 126, 129 et 145.

⁹¹⁸ CE, 10 mai 1995 n° 135 431, *M. Arvieu*.

⁹¹⁹ Décret n° 93-1059 du 3 septembre 1993 relatif aux règlements disciplinaires des fédérations participant à l'exécution d'une mission de service public : JO 10 septembre 1993, p. 12682. ; L'article 30 L. n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières : JO 4 juillet 1996, p. 10063.

⁹²⁰ *Récusation*, Formulaire analytique de procédure, 9.

⁹²¹ CE, 2 avril 1954, *Ricross*, RPDA, n° 204.

principe de l'impartialité par les autorités administratives attributaires du pouvoir répressif⁹²² est fortement préservée aujourd'hui par les juristes⁹²³.

188. L'application du principe de l'impartialité conditionnée par la séparation des fonctions répressives. L'impartialité du juge en droit pénal implique la séparation des fonctions répressives de poursuite, d'instruction et de jugement⁹²⁴. En procédure pénale règne d'ailleurs ce principe fondamental de séparation des fonctions. Il constitue une règle de bonne justice à qui est accordée une valeur constitutionnelle en la rattachant directement au principe de séparation des pouvoirs. Cette valeur constitutionnelle est d'ailleurs confirmée par le Conseil constitutionnel⁹²⁵. En droit répressif non pénal cependant, le principe de la séparation des fonctions étant pratiquement banalisé, à cause de la confusion – décrite plus haut dans notre étude – et soulevée par la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris⁹²⁶ et celle de la Cour de cassation⁹²⁷.

Pour cette raison, la décision du 12 octobre 2012⁹²⁸ a été une solution décisive en matière répressive extra-pénale. Elle a déclaré que l'Autorité de la concurrence n'avait pas méconnu le principe d'impartialité parce que les fonctions d'instruction et de jugement sont fonctionnellement distinctes. A savoir qu'ici, il ne s'agit évidemment pas d'une obligation de séparation des organes, mais d'une séparation des fonctions. Le Conseil s'était fondé sur l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacrant les

⁹²² I. LUC, « L'application du principe d'impartialité aux autorités de concurrence françaises », *op. cit.*

⁹²³ L'exemple de Rapport qui fait état de l'importance d'adapter les principes d'indépendance et d'impartialité aux autorités administratives dotées d'attributions répressive : Rapport du Club des juristes, Commission Europe, 29 mai 2012, *BJB*, 1^{er} juillet 2012, n° 07, p. 290 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Remarques sur des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives », *BJB*, n° 09, 1^{er} septembre 2012, p. 330.

⁹²⁴ Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, *préc.*

⁹²⁵ Conseil constitutionnel, 2 février 1995, *préc.*

⁹²⁶ Par deux arrêts du 7 mai 1997, la chambre économique et financière de la Cour d'appel de Paris a annulé deux décisions de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse (COB). Le fondement de cette annulation est double. Le premier fondement, bien que concernant un principe essentiel, le respect de la présomption d'innocence, consacré par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, apparait, par rapport aux règles qui régissent la procédure suivie devant la COB, comme purement circonstanciel. A cet égard, l'annulation n'est que la conséquence d'un "accident" médiatique dont un ancien président de la COB s'est trouvé être l'auteur. Le second fondement, concerne cependant directement le fonctionnement institutionnel de la COB, dans le déroulement de la procédure de sanctions administratives prévue par l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967. Ce fondement est essentiellement relatif à la question de la compatibilité, au regard de l'article 6 de la Convention et du principe fondamental du respect des droits de la défense, de la participation du rapporteur, avec voix délibérative, au délibéré du collège de la Commission lors de la séance au cours de laquelle il est décidé sur la sanction.

⁹²⁷ Ass. Plén., 5 février 1999, *op. cit.*

⁹²⁸ Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, *préc.* ; Voy., P. IDOUX, « L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence », *op. cit.*

principes d'impartialité et d'indépendance réservés aux juridictions. Ceci a marqué l'adaptation de l'application de ces principes à des autorités non juridictionnelles.

Cette condition de séparation des fonctions de répression afin de voir s'adapter l'impartialité aux autorités répressives extra-pénales a d'ailleurs été confirmée. En effet, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a été censurée pour méconnaissance du principe d'impartialité. Elle cumulait ses fonctions de poursuites-instruction et de sanction⁹²⁹. Dans une décision du 21 avril 2021, le Conseil d'Etat a déclaré que la séparation entre les fonctions de poursuite et de jugement pour reconnaître l'application du principe d'impartialité des juridictions à l'Agence française de lutte contre le dopage⁹³⁰.

Ainsi, l'adaptation de l'application du principe d'impartialité par la juridictionnalisation des autorités administratives se réalise sur la base de la séparation des fonctions répressives. Ce qui permet à l'autorité sanctionnatrice d'éviter la sanction.

189. La punition de l'agent partial. Le processus répressif extra-pénal peut déclencher beaucoup de risques de partialité. Pour cette raison, une possibilité a été accordée au prévenu : prouver que l'autorité répressive non pénale a manqué à son obligation d'impartialité. La preuve de l'existence de la partialité peut être ramenée par des éléments objectifs, peu importe que la partialité contestée soit subjective ou objective. Cette preuve laissée à la charge du prévenu n'est toutefois pas simple à gérer car l'autorité répressive peut ou non avoir « connu des faits antérieurement ». Ceci peut créer une confusion des fonctions de l'organe répressif.

L'organe chargé de sanctionner le manquement extra pénal, s'il est soupçonné de partialité, peut se voir sanctionné par le juge administratif. Et ceci, selon que son comportement soit apprécié dans des fonctions administratives ou dans la sphère privée. Selon le Conseil d'Etat, même si l'agent ou l'autorité sanctionnatrice n'a pas extériorisé sa partialité, sa situation objective peut lui enlever toute sérénité⁹³¹. La partialité de l'agent est établie lorsqu'il existe un lien entre décision à prendre et l'évènement qui fait douter de l'impartialité de l'agent⁹³². C'est également l'avis de la Cour de cassation qui a censuré une procédure de la Commission des opérations de bourse⁹³³.

⁹²⁹ Conseil constitutionnel, 5 juillet 2013, *op. cit.*

⁹³⁰ CE, 21 avril 2021, n° 443043, *M. F.*

⁹³¹ CE 30 novembre 1994, n° 136 539, *M. Bonnet*.

⁹³² CE 13 novembre 1989, *M. Navarro et M ; Rouit, Association des orthodontistes français*.

⁹³³ Com., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 96-16.010 ; *Voy., supra*, note n° 286.

Par conséquent, on constate que ce n'est pas qu'en droit pénal que l'autorité répressive partielle peut faire objet de sanction. En droit répressif non pénal, également. Ce qui renforce l'application de l'impartialité en droit répressif non pénal.

De notre point de vue, il y a eu du progrès. Il y a une vingtaine d'années encore, certaines juridictions de contrôle⁹³⁴ affirmaient qu'il n'y a pas de violation du principe d'impartialité, du moment où les sanctions extra-pénales prononcées par une autorité administrative peuvent être contestées devant une instance juridictionnelle dotée d'une compétence de pleine juridiction. Et ceci, même si l'autorité administrative méconnaissait le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement et cumulait ces deux fonctions. Par conséquent, le niveau d'application de ce principe en matière répressive extra-pénale, aujourd'hui, obtenu grâce à la fonction juridictionnelle à laquelle est assimilée la fonction contentieuse de plusieurs autorités répressives extra-pénales, est prometteur. La rigueur de l'exigence de la séparation des fonctions qui réhausse le niveau de cette adaptation n'est certainement pas tout à fait identique à celle inscrite en droit pénal et des efforts doivent continuer dans ce domaine.

Notre idéal est que les garanties appliquées à la sanction pénale et celles appliquées aux sanctions extra-pénales se rejoignent véritablement, pour éviter les risques de violation des droits et libertés fondamentaux en jeu. Même si nous adhérons complètement au fait que l'intérêt des sanctions ayant le caractère d'une punition est dans leur procédure simplifiée, il n'en demeure pas moins que toute sanction punitive doit être prononcée dans le respect de garanties élémentaires. Qu'en est-il de l'adaptation de l'application de l'indépendance.

2. *L'application de l'exigence d'indépendance en matière répressive extra-pénale*

190. Présentation de l'exigence d'indépendance. Le principe de l'indépendance fait référence à une situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions⁹³⁵. L'indépendance n'est donc pas à confondre avec l'impartialité – absence de préjugé ou de parti pris – puisqu'un organe peut être impartial sans être indépendant.

Le principe de l'indépendance ayant été également rallongé au droit répressif non pénal. Il se pose souvent la question de l'adaptation de ce principe aux différents domaines de répression justifiant des sanctions ayant le caractère d'une punition.

⁹³⁴ La Cour n'avait toujours pas encore admis que la Commission était un « tribunal » au sens littéral de l'article 6 de la Convention européenne (CJCE, 11 mars 1999, n° T-156/94, *Siderurgica Aristrain Madrid, S.L. c/ Commission* ; CJCE, 7 juin 1983, *préc.*).

⁹³⁵ G. CORNU, *op. cit.*, p. 540.

191. Absence d'obligation générale d'indépendance en droit répressif extra-pénal. Le principe d'indépendance n'est pas imposé rigoureusement en matière répressive extra pénal. D'un côté, la Convention européenne évoque à l'article 6 « un tribunal impartial et indépendant », lorsqu'il s'agit de décider du bien fondé de toute accusation en matière pénale. On aurait pu en déduire une contrainte à l'égard de l'autorité répressive extra pénal mais sa jurisprudence ne va pas dans ce sens. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme admet qu'un pouvoir de sanction soit confié à une autorité non indépendante, sous réserve cependant de soumission de ses décisions à un contrôle juridictionnel de pleine juridiction⁹³⁶. Ainsi, l'attribution et l'exercice du pouvoir de sanction ne sont pas liées à l'indépendance de l'autorité.

En matière répressive administrative toutefois l'indépendance a été élargie aux autorités administratives indépendantes⁹³⁷. Cependant, de façon générale, en cette matière, l'indépendance en toute hypothèse est incompatible à la procédure répressive administrative, lorsque l'autorité chargée des règles est celle dotée également du pouvoir d'en punir les violations. Le problème se pose précisément lorsque cette autorité a une autre objection. Il est alors en réalité difficile d'identifier complètement l'indépendance du juge pénal comparée à une certaine indépendance de l'autorité sanctionnatrice administrative. En droit pénal, le juge de façon classique n'est pas l'auteur des règles qui s'appliquent. Cette obligation d'indépendance ne trouvera une adaptation qu'avec la présence d'obligations sectorielles d'indépendance⁹³⁸.

Cette règle de séparation va progressivement conduire à une présence d'autorités de régulation indépendantes dotées de pouvoir de sanction.

Cet élargissement de l'application du principe d'indépendance se fait progressivement en droit interne et beaucoup plus rapidement en droit européen. Comme le dit M. ROSANVALLON, il faut être indépendant pour être en mesure d'être impartial⁹³⁹ surtout en droit européen.

192. Conséquence de cette adaptation progressive. L'adaptation de l'application de l'indépendance en dehors du droit pénal favorise et participe à une amélioration de l'impartialité du titulaire du pouvoir de punir, puisque les exigences d'indépendance et d'impartialité se

⁹³⁶ CEDH, 23 juin 1981, n^{os} 6878/75 et 7238/75, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

⁹³⁷ Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, *préc.*

⁹³⁸ H. DELZANGLES, L'indépendance des autorités de régulation sectorielle, *op. cit.*, p. 122. Condamnation de la confusion des fonctions par la Cour de justice des communautés européennes devenue Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 20 mars 1985, affaire 41/83, *République Italienne c/ Commission* ; CJCE 19 mars, 1991, affaire, C-202/88, *République française c/ Commission*).

⁹³⁹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, éd. Seuil, 2008, p. 151.

complètent. Cependant, lorsque l'autorité sanctionnatrice n'est pas indépendante, elle pourra sous la pression venue de sa hiérarchie, risquer de ne pas adopter une répression assez dissuasive. Une répression qui aurait permis de décourager le plus possible de violations des règles. La répression par les autorités répressives non pénales peut alors parfois conduire à une faiblesse de répression. L'exemple de la faiblesse de répression dans les domaines où le préfet qui, avec un défaut d'indépendance, exerce un pouvoir de sanction s'avère intéressant. Certains exemples dans la pratique le démontrent précisément. Dans le domaine de l'eau, la grande partie des décisions de l'autorité sanctionnatrice ne constitue qu'un simple rappel à la réglementation. Une infime partie du contentieux seulement débouche sur une mise en demeure⁹⁴⁰. On peut clairement y voir une protection des intérêts locaux et des intérêts économiques. Elle ne va pas toujours dans le même sens qu'une sanction répressive objectivement dissuasive. C'est justement pour éviter ce type de conséquences découlant de la dépendance, de la capture⁹⁴¹ de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction qu'il faut bien analyser son positionnement institutionnel.

Finalement, grâce aux différentes modulations et nuances apportées par le Conseil constitutionnel et la jurisprudence de façon large, le principe de l'impartialité semble être le plus élargi en droit répressif non pénal et ce, grâce à la participation et à l'efficacité progressive de l'adaptation de l'application du principe d'indépendance du titulaire du pouvoir de punir.

En dehors de ce principe, une autre garantie procédurale liée au jugement a été étendue au prononcé de la sanction non pénale. Nous allons mettre en exergue l'adaptation de l'application de l'exigence de publicité des sanctions ayant le caractère d'une punition.

B. LA SOUMISSION DES SANCTIONS A L'EXIGENCE DE PUBLICITE

193. L'exigence de publicité et sa valeur fondamentale. Traditionnellement, pour que l'institution judiciaire conserve son crédit, il est indispensable que la justice soit rendue dans des conditions satisfaisantes. Nul n'est censé ignorer la valeur, la force du caractère public du procès pénal. La publicité ne fait évidemment pas expressément et de manière formelle, partie des principes directeurs énoncés par l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Ce n'est pas pour autant qu'elle ne constitue pas un moyen très satisfaisant pour protéger les

⁹⁴⁰ Conseil d'Etat, *L'eau et son droit, Rapport public 2010*, vol. 2, La Documentation française, 2010.

⁹⁴¹ P. LASCOUMES et J.-P. LE BOURHIS, « Le bien commun comme construit territorial. Identités d'action et procédures », *Politix*, 1998, vol. 11, n° 42, pp. 48 s.

justiciables contre la tyrannie du juge. En ce sens, M. CONSTANT n'avait-il pas déclaré que « l'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire, c'est la publicité »⁹⁴² ?

Sa valeur a été établie par la Convention européenne des droits de l'homme. Selon les dispositions de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] publiquement [...] par un tribunal [...] qui décidera [...] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement [...] ». Le jugement ne doit pas être gardé secret lorsque la décision porte sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Soulignons qu'ici, « la matière pénale » de l'article 6 de la Convention va bien au-delà du seul droit pénal. Ainsi, non seulement cette garantie couvre l'entièreté de la procédure – de l'ouverture de l'instance à la décision, en passant par les débats – mais également, elle ne concerne pas que la sanction pénale. Elle touche toute sanction incluse dans la matière pénale. Dans son interprétation, la Cour européenne des droits de l'homme en 1997, avait déclaré que le principe de publicité est une garantie qui a pour rôle de veiller à la protection « des justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ». Ce qui sera donc approuvé et validé plus tard par le Conseil constitutionnel et d'autres juridictions et institutions nationales.

Ainsi, sous l'influence « indéniable »⁹⁴³ de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel est passé d'une déclaration d'inexistence du principe de publicité⁹⁴⁴ à une constitutionnalisation de cette garantie.

En effet, en 2011, le Conseil constitutionnel a sanctionné la disposition d'une loi qui prévoyait l'aménagement de salles d'audiences au sein des centres de rétention administrative, alors qu'il importe de « statuer publiquement »⁹⁴⁵. Le Conseil constitutionnel, en rejetant les procès tenus dans le secret, accorde alors une valeur constitutionnelle à la publicité dès la procédure pénale. Sa décision sera appuyée par la Cour de cassation qui ira dans le même sens en 2018⁹⁴⁶. L'article

⁹⁴² B. CONSTANT, *Observations sur le discours prononcé par S. E. le ministre de l'intérieur*, 20 août 1814, cité par M. NICOLAS-GRECIANO, « Introduction », in M. NICOLAS-GRECIANO et E. RASCHEL (dir.), *"La publicité des procès. Analyses de droit comparé et international"*, Evènement de la Chaire Jean Monnet "Principes du procès en Europe", Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, Table-ronde du 2 avril 2021, éd. Lextenso, 2022, p. 7.

⁹⁴³ E. DREYER, O. MOUYSET, *Procédure pénale*, op. cit., p. 60.

⁹⁴⁴ Conseil constitutionnel, 8 novembre 1988, décision n° 88-1113AN. Une déclaration d'inexistence que soutenait farouchement le Conseil d'Etat par le passé. Le Conseil d'Etat excluait la publicité (CE, Sect., 27 oct. 1978, jurisprudence confirmée) en dépit des conclusions contraires de Bruno Genevois – spécialiste du droit public, ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat de 2004 à 2006.

⁹⁴⁵ Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, décision n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI)*.

⁹⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018, pourvoi n° 18-10.062, *Bull. civ.*, n° 133.

6-1 de la Convention européenne distingue bien la publicité des débats et la publicité du jugement⁹⁴⁷ applicable à la matière pénale et donc dépassant le cadre du droit pénal et en prenant en compte les procédures répressives aboutissant à des sanctions ayant le caractère d'une punition. Il s'agit de l'extension de la mise en oeuvre de la publicité aux sanctions extra pénales.

194. L'adaptation de son application aux sanctions administratives : un effort évolutif à soutenir. En matière administrative répressive, la publicité est requise seulement devant les juridictions administratives car un texte précis le prévoit⁹⁴⁸. C'est l'article L. 6 du Code de justice administrative consacrant le principe de publicité des audiences. Sur ce point, la jurisprudence n'est pas uniforme. Il fut un temps où la Cour européenne des droits de l'homme elle, l'admettait. Elle condamnera la France pour « absence d'audience publique devant les juridictions disciplinaires »⁹⁴⁹. Ce n'est qu'à partir de cette condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme que le Conseil d'Etat⁹⁵⁰ finit par admettre la publicité devant les juridictions administratives. Aujourd'hui, on assiste à une généralisation du principe de publicité aux procès administratifs, comme l'a affirmé M. TESTARD⁹⁵¹, tout en évoquant ses limites⁹⁵². Pour en venir à l'autre aspect qui intéresse notre étude, il faut déduire de la jurisprudence ci-dessus mentionnée que les procédures relevant de la matière pénale de l'article 6 de la Convention européenne sont précisément concernées par le principe de publicité. Et ceci, même si le droit à un procès équitable inclut déjà la publicité.

Cependant, la publicité de la procédure n'est pas exigée lorsque la sanction administrative est prononcée par une autorité administrative. Cette obligation n'est en réalité pas imposée au stade administratif de la procédure de sanction⁹⁵³. Du moins, c'est ce qu'affirmait la Cour européenne des droits de l'homme jusqu'en 2011 où, elle condamna la France à raison de l'absence de séance publique devant la Commission des opérations de bourse – devenue l'Autorité des marchés financiers depuis 2003.

Ainsi, une évolution se décline dans l'adaptation de l'exigence de publicité aux sanctions administratives. Désormais, il n'y a plus lieu de distinguer la procédure devant une autorité administrative ou devant une juridiction administrative, pour respecter l'exigence de publicité.

⁹⁴⁷ E. DREYER, O. MOUYSET, *Procédure pénale*, op. cit., 62.

⁹⁴⁸ Article L6 du Code de justice administrative.

⁹⁴⁹ CE, 26 septembre 1995, n° 18160/91, *Diennet c/ France* ; CE, Ass., 14 février 1996, n° 132369, *Maubleu*.

⁹⁵⁰ CE, Ass., 14 février 1996, *préc.*

⁹⁵¹ C. TESTARD, « La publicité du procès administratif ou la tentation d'une banalisation », in M. NICOLAS-GRECIANO et E. RASCHEL (dir.), *"La publicité des procès. Analyses de droit comparé et international"*, Evénement de la Chaire Jean Monnet "Principes du procès en Europe", Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, Table-ronde du 2 avril 2021, éd. Lextenso, 2022, pp. 43-46.

⁹⁵² C. TESTARD, *lot. cit.*, pp. 46-48.

⁹⁵³ CEDH, 22 février 1984, n° 8209/78, *Sutter c/ Suisse* ; CEDH, 10 mai 2004, n° 241587, *Crédit du Nord*.

Ceci a été confirmé à la table-ronde du 02 avril 2021 portant sur la publicité de la justice⁹⁵⁴. L'intérêt de la publicité est la transparence dans la procédure répressive administrative, à l'image de la procédure pénale. La loi relative à la lutte contre la fraude du 23 octobre 2018 qui s'attache aux sanctions contre la fraude fiscale, douanière et sociale, à la recherche de cette même transparence dans le système contributif, n'a-t-elle d'ailleurs pas prévu une publicité des condamnations des sociétés ? Une publication sur le site internet de l'administration pour dissuader les potentiels contrevenants. Ce point rappelle la mise à disposition des décisions rendues par les juridictions administratives⁹⁵⁵.

Dans un but de renforcement de cette adaptation, il faudrait ainsi penser à ramener au rang de principes directeurs, fondamentaux des procédures répressives, la publicité. Il constitue le louable travail de certaines autorités répressives administratives. A titre d'exemple, la Commission nationale de l'informatique et des libertés qui en 2015, par sa délibération n° 2015-312 du 17 septembre va affirmer que « la publicité des audiences, le caractère public des décisions de justice et la libre communication des jugements et des arrêts constituent des garanties fondamentales ». Cette autorité administrative indépendante doit nécessairement être soutenue et appuyée dans son élan pour une meilleure extension de l'application du principe de publicité aux sanctions administratives.

195. Extension de son applicabilité aux sanctions disciplinaires. L'extension de l'application du principe de publicité touche également les sanctions disciplinaires. C'est la réponse du Conseil d'Etat à une allégation de méconnaissance d'une obligation de lecture publique d'une sanction disciplinaire. Cette allégation provenait de la Chambre régionale de discipline des commissaires aux comptes ou du Haut Conseil du commissariat aux comptes⁹⁵⁶. En effet, dans cette affaire, le Conseil d'Etat a tranché. Il déclare que les dispositions réglementaires organisant la procédure disciplinaire devant le Haut Conseil du commissariat aux comptes peuvent ne pas avoir prévu la lecture publique des décisions qu'il rend. Il poursuit en affirmant qu'« il ressort toutefois de ses visas que la décision contestée fait expressément mention de ce que le Haut Conseil du commissariat aux comptes a statué publiquement » lors de sa séance du 11 octobre 2007. Ainsi pour la haute institution, du moment où la mention « statué publiquement » n'a pas été contredite par une pièce au dossier, elle fait foi jusqu'à

⁹⁵⁴ M. NICOLAS-GRECIANO et E. RASCHEL (*dir.*), "La publicité des procès. Analyses de droit comparé et international", Evénement de la Chaire Jean Monnet "Principes du procès en Europe", Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, Table-ronde du 2 avril 2021, éd. Lextenso, 2022.

⁹⁵⁵ F. ALHAMA, « Vers une plus grande accessibilité des décisions rendues par les juridictions administratives » *RFDA*, 2019, n° 4, p. 695.

⁹⁵⁶ CE, 12 octobre 2009, n° 311641.

preuve du contraire, de publicité au cours de cette procédure répressive disciplinaire⁹⁵⁷. Le Conseil d'Etat écarte de ce fait l'allégation de méconnaissance de publicité. L'élargissement de l'application de l'exigence de publicité aux sanctions disciplinaires par cette jurisprudence représente un nouveau souffle pour les procédures répressives disciplinaires.

En fin de compte, l'élargissement de l'application de l'exigence de publicité initié et complètement adopté par le Conseil constitutionnel connaît une réception progressive. Ce sont les sanctions administratives qui bénéficient largement de son adaptation en dehors du droit pénal. Ainsi l'obligation de transparence du processus administratif répressif, notamment devant certaines autorités de régulation⁹⁵⁸ manifestée sous forme de publicité, est satisfaite. Le droit répressif entier devrait soumettre ses différents processus à un caractère public pour une justice de plus en plus satisfaisante et semblable à la justice pénale.

Les garanties liées aux sanctions, de même, méritent d'être évaluées en termes d'adaptation en dehors du droit pénal.

§ 2 : L'application à la matière répressive des garanties liées aux sanctions

196. Au rang des principes liés aux sanctions, se hisse le principe de la nécessité et de la proportionnalité de la sanction. D'un côté, la condition *sine qua non* à la mise en œuvre des règles de droit de la peine est leur existence – légale⁹⁵⁹ et textuelle⁹⁶⁰ – sachant que leur existence se justifie par leur nécessité. De l'autre côté, la conception matérielle de la peine qui résulte de l'application du principe de légalité à son contenu, implique des règles fondamentales

⁹⁵⁷ *Idem.*

⁹⁵⁸ Voy., *supra*, n°s 81 et s.

⁹⁵⁹ Article 113-2, alinéa 2 du Code pénal : « Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

⁹⁶⁰ Le juge n'a pas de compétence pour décider d'une sanction – existante – non prévue par le texte d'incrimination qu'il a la charge d'appliquer (Crim., 18 février 2004, pourvoi n° 03-84.182, *Bull. crim.*, n° 47 ; Crim., 2 septembre 2004, pourvoi n° 04-82.182, *Bull. Crim.*, n° 198 ; Crim., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-84.520, *Inédit*).

telle que la proportionnalité⁹⁶¹. Outils de contrôle « privilégiés »⁹⁶² pour la Cour européenne des droits de l'homme, une large jurisprudence interne et européenne nourrit leur application aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Ces sanctions sont alors soumises aux principes de nécessité et de proportionnalité (A) ainsi qu'à l'exigence de motivation (B).

A. LA SOUMISSION DE TOUTE SANCTION PUNITIVE AUX RÈGLES DE NÉCESSITÉ ET DE PROPORTIONNALITÉ

197. Elargissement constitutionnel du principe de nécessité des peines au-delà du champ pénal. Entre en jeu ici la formule récurrente du Conseil constitutionnel selon laquelle « tous les principes constitutionnels ne concernent pas seulement les peines, mais s'étendent aux sanctions ayant le caractère d'une punition »⁹⁶³. Ceci, « même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »⁹⁶⁴ ou « non juridictionnelle »⁹⁶⁵ selon les hypothèses.

Ce lien entre le *droit de punir* et la nécessité des peines a été en réalité relevé très tôt par Cesare BECCARIA. Il consacre son paragraphe 2 au « droit de punir », dans son *Traité des délits et des peines*, en relevant l'importance de la nécessité des peines. Il entame ce paragraphe par une citation de Montesquieu : « tout châtiment qui ne découle pas d'une nécessité absolue [...] est tyrannique »⁹⁶⁶. Sur le fondement de cette restriction, l'applicabilité du principe de nécessité des peines s'est par conséquent renforcée.

⁹⁶¹ En plus de l'exigence de légitimité attachée à une incrimination ou à une sanction, le principe de la légalité criminelle conduit le législateur à ne se tourner vers la sanction pénale que si elle est strictement nécessaire. C'est dans cette idée que le Conseil constitutionnel a tiré de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires) deux principes : le principe de « nécessité » des incriminations et des peines et celui de la « proportionnalité » des sanctions.

De façon progressive, les principes de nécessité et de proportionnalité se sont trouvés finalement une place dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui prévoit que les mesures de contraintes [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure [et] proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée, pour être validées (Article 70, 77-4 et 706-95 du Code de procédure pénale ; Article 803 du Code de procédure pénale et l'article 62-3, alinéa 2 du Code de procédure pénale issu de la loi du 14 avril 2011 relatives à la garde à vue). G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence constitutionnelle », *RSC*, juin 2013, p. 66, note n° 87 ; *Idem*, *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, *op. cit.* ; *Idem*, « Cassation pour méconnaissance du principe de proportionnalité », *AJ pénal*, Octobre 2015, p. 488.

⁹⁶² E. DREYER, O. MOUYSET, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 56 ; CEDH, 12 juillet 2016, n° 50147/11, *Reichmann c/France*.

⁹⁶³ Conseil constitutionnel, 1^{er} avril 2011, décision n° 2011-114 QPC, *M. Didier P. [Déchéance de plein droit des juges consulaires]* ; Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2011, *préc.*

⁹⁶⁴ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

⁹⁶⁵ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, *préc.*

⁹⁶⁶ Cesare BECCARIA s'inscrit pleinement dans la philosophie politique des *Lumières* qui fonde la légitimité du droit de punir sur le principe de nécessité. Ce lien entre nécessité et droit de punir résulte du « contrat social » conceptualisé par Rousseau selon lequel le droit de punir est fondé sur le « don » d'une portion de sa liberté individuelle par chaque citoyen au souverain afin de garantir la sécurité collective des biens et des personnes et ainsi de satisfaire le bien commun. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015, p. 257.

Premièrement, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines s'impose nécessairement aux sanctions administratives. En effet, les sanctions prononcées par les autorités administratives dites indépendantes en cas de manquements aux textes législatifs et réglementaires⁹⁶⁷ relèvent du champ du principe de nécessité des sanctions. Il en est de même pour les sanctions prononcées par l'ancienne Commission des opérations de bourse à l'encontre des auteurs de pratiques contraires aux règlements qu'elle établit⁹⁶⁸. La nécessité des peines s'impose alors quelle que soit la nature des sanctions⁹⁶⁹, et même quand elles sont imposées par le pouvoir exécutif⁹⁷⁰.

Deuxièmement, en matière disciplinaire, l'application du principe de nécessité des peines semble être aménagée. En réalité, le Conseil constitutionnel vérifie en fonction d'une absence de définition claire et précise des infractions s'il y a une convenance ou une concordance entre les peines disciplinaires encourues et les obligations dont elles tendent à réprimer la méconnaissance.

Il n'y a pas que la sanction pénale qui doit être proportionnée au degré de gravité du manquement à la loi répressive. Le principe de la proportionnalité s'est élargi et s'est adapté à toute forme de sanction.

198. Application du principe de proportionnalité aux sanctions administratives. Comme nous l'avons démontré, la répression administrative est soumise au principe de nécessité des peines. Par conséquent, elle se soumet également à son corollaire, le principe de proportionnalité de la sanction. Ce principe impose que l'échelle des punitions édictées permette en toutes hypothèses à l'autorité sanctionnatrice d'adapter la répression à la gravité du manquement commis⁹⁷¹. Ce qui implique que l'échelle des sanctions prévues par la loi doit être adéquate et mesurée relativement au manquement à sanctionner et que la punition infligée ne soit concrètement pas excessive par rapport au comportement punissable⁹⁷².

Dans un arrêt du 12 octobre 2010⁹⁷³, la Cour de cassation annonce qu'« une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de

⁹⁶⁷ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, *préc.*

⁹⁶⁸ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

⁹⁶⁹ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

⁹⁷⁰ Conseil constitutionnel, 20 juillet 2012, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

⁹⁷¹ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., pp. 117 et s.

⁹⁷² E. DEZEUZE, La proportionnalité des sanctions administratives en matière économique et financière, *Gaz. Pal.*, 24 octobre 2017, n° 36, p. 82.

⁹⁷³ Crim., 12 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.044., *Bull. Crim.*, n° 156.

l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ». La volonté de préserver le principe de proportionnalité est souvent renouvelée par la Cour de cassation⁹⁷⁴. Cette vérification du respect de la proportionnalité est donc aujourd'hui abordée en matière de sanction administrative, en terme d'« adéquation »⁹⁷⁵ de la sanction à la faute administrative commise. En matière disciplinaire, le juge administratif chargé du contrôle apprécie aussi la correspondance adéquate entre la faute commise et la sanction disciplinaire⁹⁷⁶.

La loi, autant que la jurisprudence interviennent alors dans la mesure des sanctions extra-pénales prononcées par les autorités administratives. Ceci procure à la proportionnalité un caractère impératif. L'article L. 612-40 du Code monétaire et financier prévoit donc pour les sanctions à infliger aux établissements régulés que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution tienne compte de plusieurs éléments tels que la gravité, et la durée des manquements. Un impératif similaire de proportionnalité est imposé à l'Autorité de la concurrence par l'article L. 464-2, I, du Code de commerce pour infliger des sanctions pécuniaires. Il en est de même pour l'article L. 621-15, III ter⁹⁷⁷ du Code monétaire financier qui impose à la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers que les punitions qu'elle inflige tiennent compte « de la gravité et de la durée du manquement ».

Ainsi en matière administrative, le principe de proportionnalité élargi s'applique sous l'impératif que crée la loi. Ce principe est adapté à cette matière telle un principe supérieur. La proportionnalité devient alors commune⁹⁷⁸ pour les sanctions pécuniaires prononcées en l'occurrence par ces autorités administratives indépendantes.

199. Application maniable de la proportionnalité de la sanction aux sanctions fiscales.

La proportionnalité de la peine a également été transposée aux sanctions répressives fiscales. Le but est également de sanctionner celui qui commet un manquement fiscal de manière à

⁹⁷⁴ Crim., 10 décembre 2014, pourvoi n° 14-80.230, *Bull. Crim.*, n° 266.

⁹⁷⁵ G. HUTEAU, « Le contrôle du juge sur les sanctions administratives des organismes de Sécurité sociale », *Regards*, 2015, n° 47, pp. 223-230.

⁹⁷⁶ CE, 18 juillet 2018, *préc.* ; CE, Ass., 30 décembre 2014, n° 381245.

⁹⁷⁷ Depuis la révision par l'ordonnance n° 2015-1576 du 3 décembre 2015 portant transposition de la dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013 modifiant la directive n° 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé.

⁹⁷⁸ E. DEZEUZE, « La proportionnalité des sanctions administratives en matière économique et financière », *op. cit.*

respecter la règle selon laquelle l'échelle des sanctions prévues permette, dans tous les cas, de proportionner la répression à la gravité du manquement reproché⁹⁷⁹.

Ainsi, par exemple, selon le second alinéa de l'article 1766 du code général des impôts, le défaut de déclaration annuelle, auprès de l'administration fiscale, en violation de l'article 1649 AA du même code, des contrats de capitalisation est sanctionné d'une amende proportionnelle⁹⁸⁰. Cette amende qualifiée de sanction ayant le caractère d'une punition est appréciée par le Conseil constitutionnel comme une amende proportionnelle⁹⁸¹. Dans ce cas, s'observe effectivement une soumission des sanctions fiscales⁹⁸² au principe de la proportionnalité.

Toutefois, le Conseil d'État refuse d'octroyer au juge un pouvoir de modulation de l'amende infligée en matière fiscale, en l'absence de disposition légale le permettant⁹⁸³. Sa position a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁸⁴. Le Conseil constitutionnel a consécutivement affirmé que le juge fiscal ne disposait pas d'un pouvoir général de modulation de la sanction⁹⁸⁵. Cette négation suscite des interrogations, relativement au principe de proportionnalité des peines. S'il n'y a pas d'équivalent dans la Convention européenne, la Cour de Strasbourg parvient en revanche à imposer le respect de la proportionnalité par l'intermédiaire des garanties procédurales prévues à l'article 6-1 de la Convention.

Quant à la Cour de cassation, elle en a rapidement conclu contrairement au Conseil d'État, que le juge fiscal devait pouvoir abaisser le montant de la sanction. Il était toutefois précisé qu'il s'agissait d'une question de pur fait dont l'appréciation relevait des juges du fond. En somme, le principe de proportionnalité est maniable⁹⁸⁶ par l'autorité répressive dans le choix de la sanction. Est-ce une forme d'atténuation⁹⁸⁷? La maniabilité du principe de proportionnalité applicable aux sanctions fiscales ne peut pas de façon absolue être considérée comme une atténuation de la force juridique de ce principe. Au contraire, cette maniabilité permet à

⁹⁷⁹ CE, Sect., 23 avril 1997, n° 183689, *Préfet de la Manche c/ Société nouvelle entreprise Henry* ; CE, 19 juillet 2017, n° 406503 ; CE, 25 janvier 2016, n° 391178 ; P. GRAVELEAU, « Sanction disciplinaire infligée à un militaire : contrôle de proportionnalité », *Gaz. Pal.*, 16 février 2016, n° 07, p. 40.

⁹⁸⁰ Elle s'élève à 5 % de la valeur des contrats non déclarés.

⁹⁸¹ Conseil constitutionnel, 27 octobre 2017, décision 2017-667 QPC, *M. Didier C. [Amende proportionnelle pour défaut de déclaration des contrats de capitalisation souscrits à l'étranger]*.

⁹⁸² J. BELLAICHE, « Appréciation de la proportionnalité d'une sanction au comportement du contribuable », *Hebdo édition fiscale*, 2017, n° 716.

⁹⁸³ CE, avis, 8 juillet 1998, F., n° 195664, T. ; CE, 30 novembre 2007, *Société Sideme*, n° 292705, B ; CE, 27 juin 2008, M., n° 301342, *Rec.*

⁹⁸⁴ CEDH, 7 juin 2012, n° 4837/06, *Segame SA c/ France*.

⁹⁸⁵ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

⁹⁸⁶ C. COURTIN (dir.), *La QPC et la matière pénale – Deux ans d'application*, *op. cit.*, p. 78.

⁹⁸⁷ C. FROGER, « La sanction fiscale dans les jurisprudences constitutionnelle et européenne », *Revue du droit public*, 2013, n° 4, p. 929.

l'autorité répressive de mieux adapter la sanction selon la gravité⁹⁸⁸ du manquement fiscal, sans que ce ne soit uniquement les règles légales qui lui imposent des sanctions généralisées. La valeur de cet outil que constitue le principe de proportionnalité sera encore mieux évaluée en termes d'articulation des sanctions pénales et fiscales face à la règle *non bis in idem*⁹⁸⁹. Ce sera le cas dans la deuxième grande partie de notre travail⁹⁹⁰. Ces sanctions généralisées ne correspondent pas toujours à la particularité de chaque cas d'espèce.

200. Soumission des sanctions civiles punitives au principe de proportionnalité de la sanction. L'élargissement de l'application de la proportionnalité de la peine a également pris en compte les sanctions civiles punitives. En effet selon la Cour de justice de l'Union européenne, même une législation interne est à même d'adopter des sanctions pénales pour assurer l'efficacité du droit communautaire. La soumission au principe de proportionnalité est obligatoire même lorsqu'il s'agit de sanctions civiles⁹⁹¹.

Il en ressort une adaptation de l'application des principes de nécessité et de proportionnalité à la matière répressive, avec une rigueur dans son application aux sanctions administratives. Une application dont le niveau est rehaussé par la loi. Toutefois, la proportionnalité s'adapte globalement aux sanctions ayant le caractère d'une punition de manière maniable. L'autre garantie procédurale liée aux sanctions s'impose aussi avec flexibilité.

B. LA SOUMISSION DES SANCTIONS A L'EXIGENCE DE MOTIVATION

201. L'exigence de motivation en droit pénal. La motivation des sanctions est l'expression formelle du pouvoir de répression en droit pénal. Toute décision ou sentence aussi simple qu'elle soit doit avoir « un certain aspect formel et comporter des motifs et toujours un dispositif »⁹⁹². La motivation de la sanction est la nécessité de motiver les décisions de justice, en fait et en droit. Même si l'exigence n'est pas absolue, le principe de motivation oblige le juge à penser sa décision pour en permettre une meilleure compréhension. Introduite en droit français par la loi des 16-24 août 1790, elle est prévue par les articles 485 du Code de procédure pénale – pour la motivation des jugements rendus par les tribunaux correctionnels et de police. Cette exigence est également prévue par l'article 356 et suivants de la même loi pour les arrêts

⁹⁸⁸ Notion délicate, pour la Cour d'Appel de Paris selon l'article 13 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, elle « s'entend habituellement de la répétition des faits, de leur durée, de leur ancienneté et de leur ampleur [mais que] leur caractère ponctuel peut avoir [...] ».

⁹⁸⁹ Voy., *supra*, n° 248.

⁹⁹⁰ Voy., *supra*, n° 280 et s.

⁹⁹¹ CJCE, 8 juillet 1999, n° C-186/98, *Nunez et De Matos* ; CJCE, 7 décembre 2000, n° C-424/12, *Andrade*.

⁹⁹² J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*

rendus par la Cour d'assises qu'elle a fini par atteindre⁹⁹³. En droit pénal, la motivation de la peine fait toujours objet de débats. Sa valeur constitutionnelle est néanmoins préservée. La décision du 2 mars 2018 traitant de la motivation de la Cour d'assises en fait cas⁹⁹⁴. Toute peine doit donc être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle⁹⁹⁵. Et c'est sans ignorer l'influence du droit européen en la matière, car la motivation des sanctions y trouve également une valeur⁹⁹⁶ en droit processuel. En effet, parmi les garanties procédurales, l'équité du procès – prévue à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – s'applique avec autonomie. Et c'est au rang de ces applications autonomes, que l'équité procédurale s'inscrit dans la motivation des décisions de justice.

202. Elargissement constitutionnel de la motivation. Le juge constitutionnel a bel et bien étendu⁹⁹⁷ l'exigence de la motivation à toute sanction ayant le caractère d'une punition. La sanction doit obligatoirement être motivée, qu'elle soit un acte juridictionnel ou administratif. Cette exigence est renforcée par les règles générales de procédure et la 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.

La Cour européenne des droits de l'homme ajoute quelques précisions intéressantes à l'applicabilité de la motivation. D'abord, l'exigence de motivation ne signifie pas qu'un tribunal doit répondre de manière détaillée à chaque argument⁹⁹⁸. Ensuite, l'étendue de cette obligation peut varier selon la nature de la décision⁹⁹⁹ et enfin, la motivation ne peut pas être totalement absente non plus¹⁰⁰⁰.

Par ailleurs, pour certaines personnes, vu que cette exigence de motivation ne vient pas de la loi pénale, son étendue par le Conseil constitutionnel ne peut pas aller plus loin¹⁰⁰¹. Cette

⁹⁹³ M. GIACOPELLI, « Vers une généralisation de l'exigence de motivation en droit de la peine ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 931 ; GIACOPELLI (M.), PONSEILLE (A.), *Droit de la peine*, op. cit., pp. 192 et s.

⁹⁹⁴ Conseil constitutionnel, 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]* ; Voy., M. AIRIAU, « Motivation de la peine criminelle, en avant toute ! », *Gaz. Pal.*, n° 14, 2018, p. 18 ; Cour pénale internationale, 3 juin 2004, I, 192 *chron* ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, n° 55 ; Conseil constitutionnel, 22 janvier 1999, décision n° 98-408 DC, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.

⁹⁹⁵ Crim., 20 juin 2017, pourvoi n° 16-80982, *Publié au bulletin* ; Voy., C. ROBACZEWSKI, « Motivation de la peine d'interdiction de gérer au regard des exigences de l'article 132-1 du Code pénal », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 34, p. 82.

⁹⁹⁶ L. BORE, « La motivation des décisions de justice et la Convention EDH », *JCP*, 2002, I, p. 104.

⁹⁹⁷ Conseil constitutionnel., 17 janvier 1989, *préc.*

⁹⁹⁸ CEDH, 19 avril 1994, n° 16034/90, *Affaire Van de Hurk c/ Pays-Bas*.

⁹⁹⁹ CEDH, 9 décembre 1994, n° 18390/91, *Affaire Ruiz Torija et Hira Balani c/ Espagne*.

¹⁰⁰⁰ CEDH, 19 février 1998, n° 20124/92, *Affaire Higgins c/ France*.

¹⁰⁰¹ M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 115.

affirmation peut paraître logique, mais la réalité est tout autre puisque l'élargissement de l'application de l'exigence de motivation aux sanctions extra-pénales évolue grâce à la jurisprudence.

Il y a effectivement une extension de l'application de cette garantie procédurale au droit répressif non pénal.

203. Application de la motivation aux sanctions administratives : un haut degré d'exigibilité. En droit répressif administratif, la motivation est une garantie exigée. Son importance se manifeste dans le cadre du recours de plein contentieux dirigé contre la sanction prononcée¹⁰⁰². Si de manière générale, cette exigence ressort de la loi du 11 juillet 1979¹⁰⁰³, elle peut être également revue par les textes qui l'instituent¹⁰⁰⁴. La jurisprudence en adaptant la motivation au droit répressif non pénal, a également pu imposer la motivation en fait et en droit¹⁰⁰⁵. Cette exigence est renforcée par le juge constitutionnel qui fait « mention de la motivation formelle des sanctions administratives parmi les garanties effectivement offertes aux intéressés »¹⁰⁰⁶.

En matière administrative, l'exigence de motivation fait partie des moyens d'encadrement de la mise en œuvre des sanctions prononcées par l'autorité des marchés financiers. La motivation des sanctions de cette autorité administrative indépendante se voit renforcée.

Finalement, le niveau d'application de la motivation des sanctions en droit répressif administratif se rapproche véritablement de son niveau d'applicabilité en droit pénal, par son degré d'exigibilité. Effectivement, il ne s'agit pas d'une exigence posée par la loi mais elle est devenue un impératif constitutionnel d'autant plus valorisée par la jurisprudence surtout constitutionnelle et des textes de loi. En droit pénal non plus, l'exigence n'est absolue comme nous l'avons relevé. Cette valorisation jurisprudentielle fait grimper, par conséquent, le niveau d'applicabilité du principe de la motivation des sanctions à un ordre de forte ressemblance en droit pénal et en droit répressif administratif.

204. Application de la motivation aux sanctions disciplinaires : un durcissement conditionné. La motivation des sanctions disciplinaires est également inscrite en procédure

¹⁰⁰² CE, 18 février 2011, n° 316854, *Genêt*.

¹⁰⁰³ Alors qu'auparavant une telle obligation ne valait, dans le silence des textes, que pour les sanctions infligées par une juridiction. Voy., notamment, s'agissant d'une pénalité fiscale qui doit aussi être motivée en vertu de l'article L. 80 D du Livre des procédures fiscales CE, 6 mai 1996, n° 146161, *Colomer* ; CE, 26 janvier 2000, n° 168923, *Agostinelli*.

¹⁰⁰⁴ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 94.

¹⁰⁰⁵ Voy., par ex., CE, 15 décembre 1993, n° 129277, *Bénitah*.

¹⁰⁰⁶ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.*

répressive disciplinaire¹⁰⁰⁷. Il s'agit d'une obligation de motivation en fait et en droit. En outre, l'autorité disciplinaire va bénéficier d'une grande clémence en ce qui concerne les modalités de la motivation. Déjà en 1994, la Cour de cassation a jugé que « les décisions de la commission compétente en matière de retrait ou de suspension de l'habilitation des officiers de police judiciaire n'ayant pas, en vertu de la loi, à être motivées sur le fond, n'enfreignent pas les principes généraux du droit »¹⁰⁰⁸. Le Conseil d'Etat, également, approuve cette clémence relative à l'exigence de motivation des décisions répressives disciplinaires en ce qui concerne les références sur la décision. Bien qu'il ne précise pas les faits reprochés, un arrêté est déclaré suffisamment motivé lorsqu'il contient une référence expresse au « procès-verbal de la délibération du Conseil de discipline intercommunal de la Moselle en date du 28 juin 1989 dont copie est jointe en annexe, émettant l'avis que l'attitude de M. Schmitt soit sanctionnée par la révocation »¹⁰⁰⁹. On remarque par conséquent une souplesse effective relative à l'application de la motivation qui est accordée à l'autorité disciplinaire du moment où l'ensemble des documents contient donc les considérations de fait et de droit motivant la décision.

Cependant, si l'obligation de motivation n'impose pas qu'il soit répondu à l'intégralité des arguments évoqués devant l'autorité disciplinaire non judiciaire¹⁰¹⁰, le juge lui, y est obligé de manière plus rigoureuse. La juridiction doit répondre obligatoirement à tous les arguments des mémoires¹⁰¹¹ dans sa motivation et répondre aux moyens avancés par le prévenu pour sa défense.

Les contraintes ou exigences de motivation à l'égard de l'autorité disciplinaire ne se durcissent ou ne deviennent plus rigoureuses que si l'organisme prononçant la sanction disciplinaire est une juridiction.

205. Adaptation de l'application de la motivation aux sanctions fiscales : une souplesse approuvée. Les sanctions fiscales, à l'image de la sanction pénale, doivent être motivées en fait et en droit. Les raisons de cette motivation sont relatives à la légalité de la sanction et aux considérations de fait telle que la nature exacte des infractions commises par le contribuable prouvant l'application de la sanction. Cette motivation est importante puisqu'elle permet de vérifier si les sanctions sont appliquées de la même manière dans des situations similaires, par les agents des impôts « dépourvus d'instruction claire en la matière »¹⁰¹². Les modalités de la

¹⁰⁰⁷ Révocation d'un sous-préfet CE, 29 déc. 2000, *Treyssac*.

¹⁰⁰⁸ Ass. plén. 1^{er} juillet 1994, Bull. ass. plén., p. 9, Cité par S. Guinchard, *AJDA* 1998, n° spécial, p. 207.

¹⁰⁰⁹ CE, 12 avril 1995, *M. Schmitt*, n° 119 432.

¹⁰¹⁰ CE, 11 février, 2011, *Société générale*.

¹⁰¹¹ CE, 15 mai 1981, n° 21476, *Virag* ; CE, 17 décembre 1997, n° 1534476, *M. Chabert*.

¹⁰¹² Cour des comptes, Rapport public annuel 2010.

motivation des sanctions fiscales précisées par l'article L. 80 D LPF s'appliquent sous réserve d'une expiration d'un délai de trente jours à compter de la date de la notification du document. Un document par lequel l'administration a fait connaître au contribuable ou redevable concerné par la sanction qu'elle se propose d'appliquer. Une notification de la sanction est alors retenue et non une notification d'une sanction dûment motivée.

En procédure répressive disciplinaire¹⁰¹³ et comme prévu par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰¹⁴, l'autorité répressive n'est pas obligée de répondre à l'intégralité des arguments invoqués devant l'autorité disciplinaire. En procédure répressive fiscale, l'administration n'a « aucune obligation [...] de répondre aux observations du contribuable »¹⁰¹⁵. Ici, l'administration est totalement désengagée de la réponse aux observations du contribuable ou du redevable. Cette aisance s'étend également à la liberté de l'administration fiscale de ne pas mentionner la possibilité pour la personne susceptible d'amende le droit à l'assistance d'un conseil de son choix¹⁰¹⁶. Par conséquent, non seulement l'administration fiscale bénéficie d'une aisance quant à l'exigence de motivation des sanctions fiscales, mais également, le Conseil d'Etat semble approuver totalement cette souplesse.

En conclusion de section, les garanties procédurales liées au jugement ne sont pas appliquées avec le même niveau en droit pénal et en dehors du droit pénal. L'application du principe d'impartialité aux autorités sanctionnatrices extra-pénales diffère de celle observée par le juge pénal, à cause du niveau insuffisant de séparation des fonctions répressives. Le principe de l'impartialité semble toutefois être le plus élargi en droit répressif non pénal et ce, grâce à la participation et à l'efficacité progressive de l'adaptation de l'application du principe d'indépendance du titulaire du pouvoir de punir. C'est d'ailleurs la même réception progressive par les sanctions ayant le caractère d'une punition de l'exigence de publicité qui marque son adaptation en dehors du droit pénal.

Les garanties procédurales liées aux sanctions, quant à elles, créent, dans leur adaptation en dehors du droit pénal, des rapports variés avec le régime de la sanction pénale. Son adaptation du principe aux sanctions administrative rendu impérative par la loi rapproche les régimes. Un lien de ressemblance entre les régimes sur cette garantie est, de ce fait, acté. Toutefois, la plupart des sanctions extra-pénales réceptionnent le principe de nécessité et de proportionnalité avec

¹⁰¹³ CE, 11 février, 2011, n° 316508, *Société générale*.

¹⁰¹⁴ CEDH, 19 avril 1994, *préc.*

¹⁰¹⁵ CE, 27 juin 2008, n° 305702, *SCI Ingrid*, RJF 11/08, n° 1216.

¹⁰¹⁶ CE, 26 mai 2008, n° 288583, *SARL Norelec*, RJF, 8-9 août, n° 981, concl. F. SENERS.

maniabilité, flexibilité avec un éloignement avec le régime de la sanction pénale. La remarque est similaire avec l'adaptation de l'application de l'exigence de motivation qui n'est en réalité pas une garantie prioritaire dans la jurisprudence. D'ailleurs, son contrôle opéré de manière relative montre qu'on ne peut qu'adhérer à la pensée de ceux qui la qualifient de motivation de façade¹⁰¹⁷ lorsqu'elles s'appliquent globalement aux sanctions para-pénales. Et ceci, en dehors évidemment des efforts d'application en matière administrative répressive et même en matière civile punitive. Dans ce dernier domaine, la Cour de cassation a étonnement, au regard de sa jurisprudence antérieure¹⁰¹⁸, exigé une motivation du montant de l'amende civile décidée en cas de contestation de partie civile abusive¹⁰¹⁹.

206. Conclusion de chapitre. En somme, les garanties applicables à la sanction pénale et aux sanctions constituent un point déterminant dans la distinction de leurs régimes. L'application des garanties affectant l'incrimination, liées aux personnes mises en cause et relatives à la procédure témoigne de ce que l'objectif d'extension de la mise en œuvre des garanties de droit pénal à tout processus répressif a été atteint. Et ceci, peu importe le niveau de rigueur de l'application des garanties en dehors du droit pénal. Les régimes de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition, certes se différencient dans la caractérisation des fonctions, mais parce qu'ils partagent des règles communes, il en ressort une certaine cohérence. Aujourd'hui, une personne – physique ou morale – devant toute autorité sanctionnatrice dispose de droits et de garanties dont l'application s'avère globalement engageante. Et ceci, surtout en matière administrative répressive où les autorités administratives indépendantes, par le phénomène de la juridictionnalisation, s'assimilent véritablement à l'autorité judiciaire répressive – le juge pénal.

Cette cohérence est d'ailleurs entretenue par le contrôle des décisions des autorités répressives à l'égard de ces garanties (Chapitre 3).

¹⁰¹⁷ E. RASCHEL, La motivation des sanctions para-pénales, in F. SAFI, (dir.), "La motivation de la peine", Evènement organisé par le Master 2 Droit pénal et sciences criminelles et soutenu par la Chaire Jean Monnet "Principes du procès en Europe", Centre Michel de l'Hospital, Université Clermont Auvergne, Colloque du 22 mai 2022.

¹⁰¹⁸ Crim., 27 février 2002, *Bull. crim.*, n° 47.

¹⁰¹⁹ Crim., 5 septembre 2018, n° 17-84980, *Publié au bulletin*.

Chapitre 3. La contestation des sanctions

207. Le 12 avril 2022, le Conseil d'Etat¹⁰²⁰ en acceptant une demande de contestation d'une sanction administrative, a déclaré qu'il appartient au juge administratif de contrôler la sanction à l'égard du principe de la proportionnalité. Le cas, lorsque ce dernier est saisi comme juge de plein contentieux de la contestation est intéressant. Cette décision démontre la possibilité laissée aux personnes étant objet de sanctions extra-pénales de contester la décision de sanctions, en demandant un contrôle¹⁰²¹, comme c'est le cas en droit pénal. La contestation des sanctions pénales et extra-pénales à des fins de contrôle constitue l'objet de ce chapitre.

Le contrôle de la sanction, même en dehors du droit pénal, n'a rien d'une procédure récente. Il est au contraire « très ancien »¹⁰²². Soulignons qu'en droit pénal, le principe de base du Code pénal français entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 est la liberté d'appréciation du juge pénal. Elle s'exerce en conformité avec la règle de l'individualisation de la peine¹⁰²³. Les peines minimales

¹⁰²⁰ Le Conseil d'Etat a imposé au juge administratif d'examiner tant les moyens tirés des vices propres de la décision de sanction que ceux mettant en cause le bien-fondé de cette décision. Ceci, lorsqu'il est saisi comme juge de plein contentieux d'une contestation portant sur une sanction administrative prononcée sur le fondement de l'article L. 8253-1 du Code du travail. Dans cette affaire, un établissement avait été condamné à une sanction administrative. Une contribution spéciale qualifiée de sanction administrative par la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, pourvoi n° 99-14.094), La contribution spéciale instituée par l'article L. 8253-1 du Code du travail, due indépendamment des poursuites judiciaires, est de nature administrative). Evoquant comme moyens, la disproportion de la sanction (Une disproportionnalité de la sanction au regard des circonstances de l'infraction, notamment de sa brièveté, et de la propre situation financière de la société : CAA Nantes, 15 décembre 2020, n° 19NTO1696).), l'établissement a contesté cette décision devant le Tribunal administratif ensuite devant la Cour administrative d'appel qui ont successivement rejeté sa demande. Elle se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel (CAA Nantes, 15 décembre 2020, n° 19NTO1696). C'est finalement le Conseil d'Etat (CE, 12 avril 2022, n° 449684), devant qui elle s'est pourvue, qui a mieux apprécié sa contestation en annulant l'arrêt de la Cour d'Appel.

¹⁰²¹ Le contrôle peut conséquemment conduire à une annulation (CE, Sect., 22 juillet 1949, *Société des automobiles Berliet*), voire une modification (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 790 ; CE, Sect., 27 avril 1988, n° 74319, *Mbakam*, AJDA 1988, p. 438 ; CE, Ass., 26 juin 1992, n° 137345, n° 134980, n° 134981, n° 134983, n° 134984, n° 134985, AJDA 1992, p. 649.) de la sanction prononcée.

¹⁰²² M.-F. MAZARS, « Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge (Table ronde n° 4) », in *Colloque La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, 13 décembre 2013. En 1864, une ouvrière est frappée d'une amende de dix francs pour être entrée en sabots dans son atelier, alors que le règlement affiché à la porte l'interdit sous peine d'amende. Le conseil de prudhommes reconnaît le caractère conventionnel et obligatoire du règlement, mais réduit l'amende à cinquante centimes, la considérant comme exagérée. La Cour de cassation casse le jugement prudhommal en précisant qu'un règlement affiché à la porte de l'atelier est réputé être accepté par les ouvriers qui y adhèrent du fait de leur admission (Civ., 14 février 1866, *Bull.*, n° 34.).

¹⁰²³ La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales ; A. BOTTON, « Le principe d'individualisation des peines », in GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, pp. 137 et s.

autrefois imposées au juge ont même, dans ce sens, considérablement diminué¹⁰²⁴. Si le rôle du juge pénal a été renforcé par cette liberté de punir, il n'en demeure pas moins que son devoir est contrôlé¹⁰²⁵. N'étant cependant pas le seul détenteur du pouvoir de répression, des interrogations surgissent sur la vérification des sanctions prononcées par les autres autorités sanctionnatrices. Les décisions de répression doivent, en effet, être exemptes d'erreur de droit. Ceci représente un élément essentiel, décisif et vital du régime juridique de la répression pénale et extra-pénale¹⁰²⁶.

Quelle distinction peut-on faire des régimes de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition, sur la base de leurs contrôles déclenchés par des contestations ?

Les deux types de contrôles, quoi qu'il en soit, sont basés sur la vérification de principes cardinaux liés au prononcé des sanctions. Ces derniers ayant été aujourd'hui sérieusement influencés par le tandem « constitutionnel, conventionnel ». Le Conseil constitutionnel veille à l'effectivité du contrôle des sanctions. Le recours au juge devient une garantie pour les personnes sanctionnées au point où il est même assimilé au respect des droits de la défense devant l'autorité répressive¹⁰²⁷. De plus, la répercussion de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière est aujourd'hui incontournable. Le contrôle sur contestation des sanctions présente, de ce fait, un fondement double (Section 1). L'évolution du contrôle peut être analysée autant du point de vue de son champ que de son intensité. Et ceci, sans compter que le contrôle sur ces deux plans a connu des mouvements variés. C'est une évolution à plusieurs vitesses du contrôle des sanctions (section 2).

Section 1 : Un contrôle des sanctions à double fondement

208. Le contrôle des sanctions est manifesté par l'encadrement de la liberté de sanction exercée par le juge pénal ou toute autre autorité attributaire de ce pouvoir. La juridiction chargée du contrôle doit pouvoir vérifier les principes cardinaux (§ 1) imposés au prononcé de la

¹⁰²⁴ Dans l'ancien Code pénal français, les peines étaient représentées sous forme d'intervalles : il s'agit des peines minimales imposées autrefois au juge alors que le Code pénal du 1^{er} mars 1994 prévoit une peine maximale qui représente un plafond pour une infraction. Ce qui permet au juge, dans la limite de ce plafond, de disposer d'un large pouvoir d'appréciation en vertu de l'article 132-24 du Code pénal qui traite du principe d'individualisation de la sanction. Ces principes sont incompatibles avec les peines minimales.

¹⁰²⁵ Peu importe qu'il s'agisse d'un « contrôle léger » (D. GUERIN, « Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge (Table ronde n° 4) », in *Colloque La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, 13 décembre 2013.*) Ce n'est pas pour autant que le juge pénal est épargné du contrôle de l'application des principes cardinaux.

¹⁰²⁶ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 138.

¹⁰²⁷ Conseil constitutionnel, 27 septembre 2013, *préc.*

sanction. Le respect de ces principes constitue le fondement du contrôle. Ce fondement est d'ailleurs rehaussé par le tandem constitutionnel et conventionnel (§ 2).

§ 1 : Un fondement marqué par la vérification de principes cardinaux

209. Les principes cardinaux soumis au contrôle dans toute la matière répressive convergent (B), bien qu'ils proviennent de la jurisprudence constitutionnelle fortement influencée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, le contrôle de la sanction pénale et celui des sanctions ayant le caractère d'une punition présentent également des points divergents (A).

A. POINTS DE DIVERGENCE DU FONDEMENT

210. Les rôles des différentes juridictions chargées du contrôle. Il est certain que les deux catégories de sanctions font objet de contrôle. Il y a cependant des paramètres qui permettent de mettre en avant une nécessité de comparaison, tels que celui des fonctions des juges chargés du contrôle.

Selon Mme BOURGEOIS-MACHUREAU, Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public, en droit pénal, le juge intervient « au premier rang »¹⁰²⁸ en matière de contrôle car c'est lui qui prononce la sanction. Alors qu'en matière répressive extra-pénale, la sanction existe ou est prononcée avant même l'intervention du juge chargé de son contrôle. Par exemple, la sanction administrative est, au préalable, prononcée par une autorité administrative. Le juge administratif chargé du contrôle n'intervient qu'après, et surtout seulement s'il est saisi. Dans ce cas précis, la sanction punitive est au premier rang et le juge occupe par conséquent le second rang, contrairement au cas de la sanction pénale. Devant le juge pénal, la personne sanctionnée est « défenderesse » alors que devant le juge chargé de contrôler une sanction punitive extra-pénale, la personne sanctionnée est placée au rang de « demandeur ». Cette différence de rangs qu'occupent les juges en matière de contrôle des sanctions et de positions que détiennent les personnes sanctionnées de part et d'autre, constitue déjà une source de dissension dans l'organisation du contrôle.

En plus, il y a une différence de fonctionnement entre les organes juridictionnels chargés du contrôle.

211. Divergence des juridictions chargées du contrôle. Tout contentieux prévoit des voies de recours contre les décisions rendues en première et seconde instances : c'est le droit à un

¹⁰²⁸ *Idem.*

juge d'appel et ensuite au juge de cassation¹⁰²⁹. En matière pénale, la décision du juge pénal est contrôlée à travers cet ordre de juridictions de droit commun. Quant au contrôle des sanctions ayant le caractère d'une punition, les juridictions de contrôle divergent selon qu'on est en matière administrative, fiscale ou disciplinaire. La sanction administrative que prononce la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités au regard de la Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel est contestée devant le juge administratif. Il s'agit successivement et par ordre de juridiction du Tribunal administratif, de la Cour administrative d'appel et du Conseil d'Etat. De manière différente, l'amende prononcée par la Direction générale des finances publiques est contestée, quant à elle, devant le juge fiscal, avant d'aller en cassation. Ce ne sont pas les mêmes juridictions de contrôle qui sont saisies, à cause de la divergence des domaines et de la nature divergente des autorités sanctionnatrices¹⁰³⁰. L'organisation des juridictions de contrôle des sanctions diffère effectivement, mais leurs offices également.

212. La distinction de l'office du juge chargé du contrôle au sein de la catégorie des sanctions punitives. Le juge administratif principalement, exerçait l'office de contrôle des sanctions, conséquemment au caractère ancien de ce contrôle en matière administrative. Ce dernier a d'ailleurs été celui qui est intervenu le premier en matière de contestation contre des décisions de sanctions en matière disciplinaire¹⁰³¹. Le juge judiciaire lui, n'intervient en matière de contrôle de sanctions punitives extra-pénales que s'il détient des compétences spécifiques que lui accordent le législateur. Le cas en matière de sanctions fiscales prononcées par une juridiction de l'ordre judiciaire¹⁰³² éclaire davantage. C'est aussi au juge judiciaire que la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 confie par exemple le contrôle des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence. La problématique de l'exigence du contrôle des sanctions punitives extra-pénales devant une juridiction a quand même été solutionnée.

Une base a donc bien été fixée pour le contrôle des sanctions administratives, des sanctions disciplinaires et de certaines sanctions fiscales. Au sein de cette même catégorie de sanctions punitives extra-pénales, il y a toutefois une dissension de l'office du juge chargé du contrôle. Au sein des sanctions administratives, celles qui étaient prononcées par une catégorie¹⁰³³

¹⁰²⁹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 1465.

¹⁰³⁰ Voy., *supra*, n° 19.

¹⁰³¹ CE, 9 janvier 2017, n° 393288.

¹⁰³² M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit. p. 142.

¹⁰³³ Autorité des marchés financiers, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, ex-Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des jeux en ligne, Agence française de lutte contre le dopage, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

d'autorités administratives contre un administré¹⁰³⁴ peuvent faire l'objet d'un recours de plein contentieux. Selon la célèbre expression de E. LAFERRIERE, le recours pour excès de pouvoir « est un procès fait à un acte »¹⁰³⁵. En cas de contestation d'une sanction, ce juge est chargé de vérifier l'exactitude matérielle des faits reprochés et le caractère fautif de ceux-ci. Il vérifie la légalité de la sanction contestée à la date de son édition et son caractère proportionné. Dans ce cas, le juge a la capacité d'aller plus loin qu'une simple annulation. Non seulement le juge de plein contentieux peut infliger des sanctions pécuniaires, mais il peut surtout substituer sa décision à celle contestée. Le juge pénal quant à lui, exerce surtout la même fonction, qu'il s'agisse de contestation par voie de recours ordinaires comme l'appel¹⁰³⁶ et l'opposition¹⁰³⁷ ou même par voie de recours extraordinaires¹⁰³⁸. Pour les sanctions infligées par l'administration dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique, elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Dans une même catégorie de sanctions ayant le caractère d'une punition, les attributions, voire les capacités ainsi que les pouvoirs de contrôle du juge diffèrent, par conséquent. Cette différenciation de la fonction du juge chargé du contrôle est alors une conséquence de la distinction du domaine d'appartenance des sanctions. Le risque de cette différenciation peut être une source d'incertitude, d'« imprévisibilité »¹⁰³⁹ du contrôle des sanctions punitives. Les principes cardinaux formant la base du contrôle des sanctions convergent heureusement pour minimiser ces risques.

B. CONVERGENCE DES PRINCIPES CARDINAUX CONTROLÉS

213. Ralliement des autres sanctions punitives au contrôle juridictionnel. La protection des individus contre le risque d'arbitraire engendré par le prononcé des sanctions n'est pas effective grâce aux principes consacrés dans les dispositions de l'article 8 de la déclaration des

¹⁰³⁴ Aujourd'hui, les sanctions prononcées par l'administration contre un administré aussi peuvent être contesté devant ce juge (CE, Ass., 16 février 2009, n° 274000, *Société ATOM*, Recueil CE).

¹⁰³⁵ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} éd. 1887, t. 2, p. 560 ; Longtemps réservé aux seuls actes administratifs unilatéraux, il a été élargi progressivement à d'autres actes et sanctions (CE, Ass., 10 juillet 1996, n° 138536 ; *RFDA*, 1997, p. 89, note Delvolvé ; CE, Sect., 30 octobre 1998, n° 149662 ; Recueil CE, p. 375 ; CE, 14 mars 1997, n° 119055, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne* ; Recueil CE, p. 638 ; *RFDA* 1997, p. 349, note Delvolvé).

¹⁰³⁶ L'appel est traditionnellement la voie de recours la plus connue pour contester la condamnation en 1^{ère} instance ; avec des délais de recours bien précis : 10 jours pour le mis en cause et 20 jours pour le procureur général selon les dispositions de l'article 505 du Code de procédure pénal. Pour le contrôle des règles de procédure pénale en matière de sanction pénale, et pour assurer les droits de la défense, en 2000, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a introduit la faculté d'interjeter appel des décisions de la Cour de cassation rendues en premier ressort.

¹⁰³⁷ L'opposition est une voie de recours ouverte à une personne jugée en son absence et qui n'a pas pu avoir connaissance de la date d'audience.

¹⁰³⁸ Article 622 du Code de procédure pénale ; Le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire qui permet de contester les décisions rendues en dernier ressort, contradictoirement.

¹⁰³⁹ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 142.

droits de l'homme et du citoyen seulement. Par le contrôle intense du Conseil constitutionnel, constaté par sa jurisprudence ambitieuse, tout type de sanction peut être prononcé dans le respect des principes cardinaux. En effet, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 1989 a déclaré que « toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction ». Ce qui signifie dans un premier temps, qu'au même titre qu'une sanction pénale, les sanctions ayant le caractère d'une punition peuvent être contestées et contrôlées en cassation devant une juridiction commune qui est le Conseil d'Etat.

L'expression « ralliement » du fondement du contrôle des autres sanctions ayant le caractère d'une punition est utilisée à juste titre. C'est surtout parce qu'elle ne représente pas systématiquement une « généralisation » du contrôle des sanctions punitives prononcées en dehors du droit pénal. Ce ne sont plus seulement les garanties antérieures au prononcé de la sanction pénale qui ont été réellement élargies à la catégorie des sanctions ayant le caractère d'une punition. Les garanties postérieures à leur prononcé l'ont été aussi. Ces garanties postérieures, représentées par le contrôle juridictionnel, atteignent désormais chacune des sanctions extra pénales par ralliement.

214. Inspection commune du respect des principes cardinaux. Dans leurs statuts divergents, les juges chargés du contrôle des sanctions punitives extra pénales doivent vérifier le respect de principes communs à la matière répressive.

Il s'agit de principes de droit pénal étendus à la matière répressive et qui doivent être contrôlés par toute juridiction de contrôle, peu importe le domaine de la sanction. Le juge veille au respect du principe de la légalité criminelle, de la nécessité et de la proportionnalité des sanctions, mais vérifie également l'ensemble des garanties procédurales et formelles¹⁰⁴⁰ telles que le caractère contradictoire de la procédure et le respect des droits de la défense. L'exigence de motivation est également prise en compte. Il s'agit de trouver un équilibre entre l'efficacité de la répression et la nécessité de garantir les droits des personnes poursuivies tant devant un juge pénal que devant une autorité administrative¹⁰⁴¹. Aucune sanction n'échappe aujourd'hui à ce contrôle. Et comme le disait Mme DELMAS-MARTY, « Même pénale, la loi n'a pas tous les droits »¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ B. BOURGEOIS-MACHUREAU, *op. cit.*

¹⁰⁴¹ D. LIBAULT, « Quelques réflexions de la direction de la Sécurité sociale sur les fraudes », *Droit Social*, mars 2011, p. 544.

¹⁰⁴² M. DELMAS-MARTY, « Légalité pénale et prééminence du droit », *Mélanges A. Vitu*, Cujas, 1989, p. 151.

Le droit pénal n'est donc pas épargné du contrôle des principes applicables en droit pénal et constitutionnellement élargis à toute la matière répressive.

En matière pénale, la Cour de cassation se charge de vérifier si tous les éléments constitutifs de l'infraction étaient regroupés pour que le juge ait pu user de sa liberté de punir¹⁰⁴³. En dehors du droit pénal, ce contrôle est aussi présent, car le juge administratif chargé de contrôler les sanctions disciplinaires effectue aussi un contrôle de la matérialité des faits afin de déceler des présomptions propres à établir s'il y a bien eu un harcèlement ou, si la sanction est légale¹⁰⁴⁴.

Le juge pénal ne manque pas également, dès que l'occasion se présente, de contrôler le respect de l'application retroactive de certaines lois pénales comme les textes fixant les modalités de poursuites et les formes de la procédure¹⁰⁴⁵.

Enfin, en matière de choix de la sanction pénale et selon les dispositions de l'article 132-17 du Code pénal, le juge pénal peut ne prononcer que l'une des peines encourues pour l'infraction dont il est saisi. Toutefois, lors du contrôle de la sanction, il ne doit pas y avoir eu de violation du principe de l'individualisation de la peine¹⁰⁴⁶. Cette vérification touche fréquemment aussi les sanctions administratives¹⁰⁴⁷ et les sanctions civiles punitives¹⁰⁴⁸.

Le contrôle du choix de la peine est visé par la vérification du principe de nécessité et de proportionnalité des sanctions en droit pénal ou en dehors. La Cour de cassation dans une décision du 26 mars 2003¹⁰⁴⁹ a décidé que conformément à l'article 380-3 du Code de procédure pénale, la Cour d'assises statuant en appel sur l'action publique ne peut aggraver le sort de l'accusé sur le seul appel de ce dernier.

En matière administrative, lorsque le juge administratif chargé du contrôle apprécie l'adéquation¹⁰⁵⁰ de la sanction à la faute administrative commise, il doit procéder à certaines vérifications. A ce propos, le Conseil d'Etat a affirmé « 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

¹⁰⁴³ Crim., 29 mai 2019, pourvoi n° 18-81.013 ; *Bull. crim.*, n° 100 ; Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 09-85.153 ; *Bull. crim.*, n° 216 ; Sur cette même question et face à l'application de la loi pénale dans le temps, en 2018, la haute juridiction a encore lors du contrôle d'une sanction pénale, confirmé qu'en vertu du principe de la légalité, nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi (Crim., 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-86.418, *Inédit*).

¹⁰⁴⁴ CE, 18 juillet 2018, n° 401527, *Ministre de l'Éducation nationale*.

¹⁰⁴⁵ Crim., 16 décembre 2009, *préc.*

¹⁰⁴⁶ Conseil Constitutionnel, 11 juin 2010, *préc.*

¹⁰⁴⁷ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 13 janvier 2012, *préc.*

¹⁰⁴⁸ Com., 18 mars 1980, pourvoi n° 78-14.029, *Bull.*, n° 129.

¹⁰⁴⁹ Crim., 26 mars 2003, pourvoi n° 02-85.064, *Bull. Crim.*, n° 78.

¹⁰⁵⁰ Voy., *supra*, n° 952.

et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes ». Une attention particulière est consacrée à la vérification de ce principe et ce, même en matière civile¹⁰⁵¹. En octobre 2017, la Cour de cassation a démontré que les juges d'appel avaient valablement motivé leur décision quant au choix de la peine, puisqu'ils ne détenaient pas suffisamment d'éléments pour vérifier que la peine d'emprisonnement était une mesure inadéquate¹⁰⁵². Le juge attache pratiquement le même intérêt au contrôle de la motivation de la sanction pénale : peines criminelles¹⁰⁵³ ou peines correctionnelles¹⁰⁵⁴. Il en est de même en matière de contrôle de la motivation des sanctions ayant le caractère d'une punition¹⁰⁵⁵.

215. Contrôle conventionnel comme appui du contrôle commun. En plus du contrôle de la légalité criminelle par le juge constitutionnel, les magistrats français n'ayant pas les compétences pour déclarer une loi contraire à la constitution, peuvent décider d'écarter une loi pénale contraire à un traité qui contient des principes fondamentaux tels que le principe de la légalité. Ainsi, dans une décision en date du 1^{er} février 1990, la chambre criminelle de la Cour de cassation a mis en cause la légalité d'un texte. Elle a déclaré que « toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui »¹⁰⁵⁶. Le juge de la Cour de cassation s'est en effet fondé sur les dispositions de « l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les articles 34 et 37 de la Constitution et l'article 4 du Code pénal, ensemble les articles 6-3a et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Le juge national dans cette affaire, a joué sa carte de gardien de la liberté individuelle et a réussi à écarter cette loi pénale illégale, en se basant sur le droit interne et en s'appropriant surtout le droit de la Convention européenne. Le contrôle de conventionalité s'avère être un fondement solide. Ce pouvoir qu'exerce¹⁰⁵⁷ le juge et qui lui permet d'écarter une loi devient beaucoup plus légitime lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a constaté l'incompatibilité de la loi avec la Convention européenne.

¹⁰⁵¹ CEDH, 22 février 2005, n° 35839/97, *Pakdemirli c/ Turquie*.

¹⁰⁵² Crim., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-83.108, *Publié au Bulletin*.

¹⁰⁵³ Crim., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-82.086, *Inédit*.

¹⁰⁵⁴ Crim., 8 février 2017, pourvois n°s 15-86.914, 16-80.389 et n° 16-80.391, *Publiés au Bulletin* ; E. PICHON, « Une jurisprudence vivante », *Dr. pén.*, 2017, étude n° 7 ; J.-B. THIERRY, « La consécration de la motivation des peines correctionnelles », *Lexbase*, 2017, n° 689.

¹⁰⁵⁵ CE, 18 juillet 2018, *préc.* ; CE, 31 juillet 1992, n° 93179, *Communauté urbaine de Lyon* ; CE, 2 avril 1993, n° 95312, *District de l'agglomération Belfortaine c/ Nowak* ; TA Dijon, 29 mars 2018, n° 1601508.

¹⁰⁵⁶ Crim., 1^{er} février 1990, pourvoi n° 89-80.673, *Bull. crim.*, n° 56.

¹⁰⁵⁷ Crim., 30 octobre 1995, pourvoi n° 93-82.185, *Bull. crim.*, n° 329.

En somme, le contrôle des sanctions est renforcé par le contrôle conventionnel qui arrive à élargir la portée de ce principe. C'est une source de convergence. Par ailleurs, cette portée est plus probante si ce type de contrôle est exécuté de manière plus systématique et en complément du contrôle constitutionnel. L'uniformité des principes cardinaux rapproche le fondement du contrôle des sanctions en dépit des points relatifs aux fonctions des juges chargés du contrôle. L'activité du juge constitutionnel et du juge européen influence davantage le fondement de leur contrôle.

§ 2 : Un fondement influencé par le tandem constitutionnel et conventionnel

216. Rôle et philosophie des deux juges. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République a consacré un droit nouveau et a instauré la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁵⁸. Grâce à cette procédure, le Conseil constitutionnel a renforcé le contrôle des règles relatives à la sanction. L'extension du champ d'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen doublée des effets de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal substantiel¹⁰⁵⁹ a finalement donné une nouvelle dimension au contrôle des principes cardinaux des sanctions.

Dans cette dynamique, le Conseil constitutionnel entre parfois en concurrence avec d'autres juridictions qui protègent les droits et libertés identiques et qui sont basés sur les traités et conventions, telle que la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel de son côté défend la primauté de la constitution sur l'ensemble des normes sur le plan national. Quant à la Cour européenne, elle a pour but de préserver une harmonisation des systèmes juridiques au sein de l'Europe. Leurs relations peuvent paraître conflictuelles, mais au fond, la philosophie de la Cour est « son attachement au principe de subsidiarité »¹⁰⁶⁰.

Par conséquent, le rôle et la philosophie du juge constitutionnel et du juge européen en matière de contrôle des sanctions ne sont pas nécessairement inverses. Au contraire, grâce à l'émergence du droit constitutionnel punitif, c'est une conciliation de la jurisprudence

¹⁰⁵⁸ Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰⁵⁹ A. CAPPELLO, « L'impact de la QPC sur le droit pénal substantiel », *AJ pénal*, 2018, p. 388 ; M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme pénale*, thèse, Paris 2, 2016 ; *Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, préf. Y. MAYAUD, éd. LGDJ, coll. Bibliothèques des sciences criminelles, t. 58, 2014.

¹⁰⁶⁰ C'est un principe directeur du droit européen qui permet la répartition des compétences entre le juge national et le juge européen. La pire des choses serait l'abandon des souverainetés puisque ce principe de subsidiarité est un principe « fondamentalement ambigu » (L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, thèse, Montpellier, 2015, pp. 36 et s.). Si cette ambiguïté est liée à la difficulté de son identification, elle est surtout dû à son mauvais génie : c'est la marge d'appréciation qui peut être aussi bien le mal que le bien ; F. TULKENS, « Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge (Table ronde n° 4) », in *Colloque La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, 13 décembre 2013.

Constitutionnelle, de la jurisprudence du Conseil d'Etat, de celle de la Cour de cassation et de celle du juge européen qui permet de préserver le respect des garanties des sanctions.

Ce sont certainement leurs techniques de contrôle qui influent différemment sur le fondement du contrôle des sanctions.

217. Répercussion de la technique de contrôle du juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel s'est inscrit dans une dynamique incluant l'appréciation de la compétence des autorités chargées du contrôle et l'appréciation de la méthode ou technique de contrôle utilisée dans la vérification de tel ou tel principe cardinal. Ses techniques de contrôle du Conseil constitutionnel sont véritablement influentes.

Premièrement, en considérant la méthode de contrôle du principe de la légalité par exemple, les difficultés sont plus que rares. Une insuffisance de contrôle¹⁰⁶¹, voire un nivellement du contrôle constitutionnel de légalité peut être souligné. Cette souplesse du contrôle de la légalité est même parfois considérée comme « une restriction »¹⁰⁶². Un lien est, de ce fait, établi entre le contrôle de la légalité et celui du principe de proportionnalité. Certes le contrôle exercé sur le respect de la légalité pourrait effectivement être plus renforcé. La censure de la méconnaissance du principe de la légalité criminelle, prononcée régulièrement par le Conseil constitutionnel, ne peut cependant être négligée. Le Conseil fait donc aussi preuve d'une volonté de durcissement du contrôle de la légalité. Dans une décision du 18 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a contesté l'entrée en vigueur d'un texte inscrivant un délit de malversation¹⁰⁶³ ; lequel était mal défini. La seule lecture du texte ne permettait pas de déterminer le comportement incriminé. Ce type de censure a évidemment été confirmé¹⁰⁶⁴.

En réalité, la méthode utilisée par le Conseil constitutionnel en matière de vérification de la légalité est simple. Il fait clairement preuve de « prudence »¹⁰⁶⁵. Grâce à sa méthode, le Conseil

¹⁰⁶¹ Ils soulignent la monopolisation de l'interprétation du texte constitutionnel (E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 339). Le Conseil constitutionnel s'efforce de prouver l'autonomie de son contrôle mais d'autres institutions internes ou internationales comme la Cour de justice de l'Union européenne n'hésitent pas à déclarer l'application d'un délit validé par le Conseil, contraire à la directive. Il s'agissait du délit de séjour irrégulier sur le territoire de la République, reprochable à un étranger ressortant d'un Etat non-membre de l'Union européenne et punissable d'un an d'emprisonnement et d'une amende de trois mille sept-cent cinquante euros. E. DREYER, op. cit., p. 296

¹⁰⁶² C. GALLO, « La proportionnalité des sanctions administratives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2020, n° 1, p. 173.

¹⁰⁶³ Conseil constitutionnel, 18 janvier 1985, décision n° 84-183 DC, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*.

¹⁰⁶⁴ Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, *préc.* En juin 2017, le Conseil constitutionnel a encore principalement censuré des sanctions administratives et pénales liées à la transparence de la vie publique (Conseil constitutionnel, 23 juin 2017, décision n° 2017-639 QPC, *Mme Yamina B. [Amende sanctionnant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine]*).

¹⁰⁶⁵ C. COURTIN (dir.), *La QPC et la matière pénale – Deux ans d'application*, op. cit., p 75.

constitutionnel apporte au fondement du contrôle des sanctions, l'exigence d'une « double soumission »¹⁰⁶⁶ aux principes cardinaux applicables aux sanctions pénales et extra pénales. En tout, le Conseil constitutionnel doit prudemment toujours savoir où placer le curseur entre ces deux exigences. Dans l'absolu, plus le législateur use de son pouvoir d'action, plus le juge constitutionnel doit déployer son pouvoir de contrôle en brandissant les limites prévues à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Deuxièmement, il y a un autre domaine où le contrôle du Conseil constitutionnel est aiguillonnant. C'est en matière de vérification du principe de nécessité et de proportionnalité de la peine. Non seulement le Conseil constitutionnel apporte sa touche en conciliant cette exigence avec les droits et libertés¹⁰⁶⁷, mais il a dépassé la vérification traditionnelle et classique de la proportionnalité qui consiste à faire un « examen de l'erreur manifeste »¹⁰⁶⁸. Sa méthode permet en réalité de pallier ou d'atténuer les difficultés du contrôle de la proportionnalité des sanctions. Au rang de ces difficultés, peut être notamment énumérée la difficulté liée à l'utilisation récurrente de l'expression « proportionnalité de peine » au lieu de « proportionnalité des sanctions ». Elle renvoie plus à la sanction pénale qu'aux sanctions punitives extra pénales. L'autre difficulté importante est celle de la négligence par l'organe juridictionnel de contrôle de la phase d'exécution de la peine. Face à ces complications, le Conseil constitutionnel s'est tonifié avec une vision dynamique et ambitieuse. Il ne se satisfait alors plus seulement de mesurer la sanction, mais il va tenir compte aussi du « traitement du délinquant ou du fraudeur fiscal »¹⁰⁶⁹. Le juge constitutionnel, en plus d'étudier la peine, étudie véritablement l'usage qu'en font l'institution judiciaire ou les autorités administratives. C'est exactement ce qu'a fait en septembre 2015 le Conseil en contrôlant le respect du principe de proportionnalité de l'amende prononcée contre des époux n'ayant pas déclaré ouvertement des comptes bancaires à l'étranger¹⁰⁷⁰. Dans cette décision, la technique de contrôle a alors été scindée en deux temps. Dans un premier temps, il a mesuré la peine en retenant une absence

¹⁰⁶⁶ D. REBUT, « Le contrôle par le Conseil constitutionnel des sanctions administratives et pénales associées à la transparence de la vie publique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 59, 2018, pp. 47-55.

¹⁰⁶⁷ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, thèse, Paris, Economica, coll. « Science et droit administratifs », 1990, p. 499 ; Conseil constitutionnel, 8 septembre 2017, décision n° 2017-752 DC, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, considérant n° 13.

¹⁰⁶⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques », *JCP*, 2012, n° 7, p. 1 ; J.-B. DUCLERQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Lextenso, LGDJ, 2015.

¹⁰⁶⁹ S. SALLES, « Le principe de proportionnalité des peines », in GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, pp. 36 et s., p. 113.

¹⁰⁷⁰ Conseil constitutionnel, 17 septembre 2015, n° 2015-481 QPC, *Époux B. [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger]*.

d'erreur manifeste. Dans un second temps, il a précisé que le juge peut « proportionner les pénalités selon la gravité des agissements commis par le contribuable ».

Il constitue définitivement un point positif dans l'action du Conseil constitutionnel sur le fondement du contrôle. Les deux conceptions¹⁰⁷¹ de la proportionnalité sont en effet mises en valeur : la conception abstraite dans un premier temps et la conception concrète dans un second. D'ailleurs ces deux créations témoignent de la marge de manœuvre que le Conseil constitutionnel laisse aux organes juridictionnels de contrôle.

218. Autres révélations de l'apport du Conseil constitutionnel sur le contrôle.

L'influence ou la répercussion des actions du Conseil constitutionnel sur le fondement du contrôle se manifeste par d'autres procédés tout aussi efficaces. L'utilisation de nouvelles expressions¹⁰⁷² est l'une de ces révélations. En matière fiscale où pendant longtemps « plusieurs amendes étaient disproportionnées » et en matière disciplinaire¹⁰⁷³, l'utilisation de termes variés montre en effet une évolution, une progression du contrôle de proportionnalité. Ces termes varient entre « disproportion manifeste », « manifestement inapproprié », « inadéquation manifeste » à « manifestement hors de proportion ». Le juge constitutionnel tire, en effet, son inspiration de la jurisprudence européenne¹⁰⁷⁴. Il insère ainsi dans sa propre jurisprudence le concept de la triple exigence que doit respecter toute sanction : " Nécessité, adéquation, proportionnalité¹⁰⁷⁵. L'avantage de ce procédé est que l'utilisation de nouvelles expressions explicite considérablement le contrôle. Il constitue un réel avantage que propage le Conseil en matière de contrôle et également une pression sur le législateur.

En plus de cet apport, le dynamisme du Conseil constitutionnel en matière de contrôle est évalué d'une autre manière. Elle permet de se faire une idée générale des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en la matière. Lors du Colloque « Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? » organisé le 19 janvier 2018 par l'université de Montpellier, Mme SALLES dans son étude, s'est clairement prêtée à cette tendance. Elle a révélé, avec des chiffres, que l'usage du terme « proportionnalité des peines » ne forme pas un flux constant dans la jurisprudence

¹⁰⁷¹ A. CAPPELLO, La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel, *op. cit.*, p. 358.

¹⁰⁷² S. SALLES, « Le principe de proportionnalité des peines », *op. cit.*, p. 115 ; C. GALLO, « La proportionnalité des sanctions administratives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁷³ Conseil constitutionnel, 25 novembre 2011, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 28 mars 2014, *préc.*

¹⁰⁷⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, « A quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? », *RFDC*, 2017, n° 109, pp. 89-102.

¹⁰⁷⁵ A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014, pp. 50 et s.

constitutionnelle¹⁰⁷⁶. Les mouvements enregistrés dans ce contrôle révèlent, au contraire, l'investissement du Conseil constitutionnel, surtout à partir des années 2010¹⁰⁷⁷. Cette énergie du Conseil constitutionnel s'est davantage concrétisée grâce à des incriminations plus ou moins récentes¹⁰⁷⁸. Le travail réalisé par le Conseil constitutionnel en matière de contrôle pèse, en réalité, énormément dans la balance du fondement.

Mais de façon générale, tous les juges ont progressivement affiné, 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. Aujourd'hui, par quelles techniques de contrôle la Cour européenne des droits de l'homme participe alors à cet enrichissement ?

219. Répercussion de la technique de contrôle du juge européen. Le pouvoir de punir du juge pénal ou des autorités sanctionnatrices entre dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrant le procès équitable. C'est une solution pour pallier la complexité du caractère protéiforme de la sanction. Elle consiste surtout à apporter des précisions à chaque fois que l'occasion se présente, en se basant sur la vérification de principes incontournables en matière de sanction. La Cour déploie la même méthode d'utilisation d'expressions nouvelles. Elle a, ainsi, déjà utilisé l'expression de « peine incompressible » pour exprimer une disproportion de la sanction. Et ceci, dans son *arrêt Vinter*¹⁰⁷⁹. La Cour européenne des droits de l'homme n'y condamne absolument pas le principe même de la peine perpétuelle, mais plutôt son caractère incompressible. Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est une précision des principes dégagés antérieurement¹⁰⁸⁰. Même si certains y voient un manque de « précision »¹⁰⁸¹, cette technique de contrôle de la sanction s'appuie sur une interprétation peut être inattendue, mais constructive du contrôle du principe de la proportionnalité de la peine. L'interprétation constructive du juge européen en la matière est véritablement claire. Ce type d'interprétation régulière justifie la répercussion du juge européen sur le fondement du contrôle des sanctions.

¹⁰⁷⁶ S. SALLES, op. cit., p. 115.

¹⁰⁷⁷ S. SALLES, *lot. cit.* p. 117.

¹⁰⁷⁸ Le Dossier de l'Ajda 2018 rassemblant différentes contributions sur la QPC et le droit pénal.

¹⁰⁷⁹ CEDH, 9 juillet 2012, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*.

¹⁰⁸⁰ CEDH, 12 février 2008, n^o 21906/04, *Kafkaris c/ Chypre*.

¹⁰⁸¹ J.-P. MARGUENAUD, D. ROETS, « Droits de l'homme. Jurisprudence de la CEDH », RSC, 2013, n^o 3, pp. 649-675.

220. Le dialogue des juges pour une cohérence d'ensemble du contrôle. Les techniques de contrôle du juge constitutionnel et du juge européen dans le renforcement du fondement du contrôle des sanctions peuvent différer. Elles constituent, cependant, une source intarissable et incontournable de contrôle lorsqu'elles se complétaient. A ce propos, M. PERRIER parle d'une possibilité, d'une potentialité d'« alignement des seuils de protection au niveau le plus élevé »¹⁰⁸². De plus, les juges utilisent parfois les mêmes méthodes de contrôle des sanctions. Le Conseil constitutionnel, lors d'une vérification de sanctions fiscales, a déjà basé sa démarche sur un ensemble de critères absorbés de la technique du Conseil d'Etat inspirée elle-même du droit européen¹⁰⁸³.

Par la suite, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui va s'inspirer des critères utilisés par le Conseil constitutionnel. Le juge européen dans un arrêt du 7 juin 2012¹⁰⁸⁴ a reconnu que la loi elle-même proportionne, dans une certaine mesure, l'amende à la gravité du comportement du contribuable puisque celle-ci était fixée en pourcentage des droits éludés. La même grille d'analyse a, de fait, été retenue par le juge constitutionnel. Ce qui démontre bien, même si ce n'est pas permanent, leur complémentarité.

Certes, les décisions des deux juges n'ont pas les mêmes effets. Une déclaration d'inconstitutionnalité conduit à la censure des dispositions concernées et la déclaration d'inconventionnalité n'a d'effet que sur le cas d'espèce traité par le juge. Aujourd'hui cette force protectrice des droits et libertés qu'est le « dialogue des juges » est néanmoins reconnue. Père de cette expression, M. GENEVOIS n'avait peut-être pas, en préparant ses conclusions dans l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 6 décembre 1978¹⁰⁸⁵, pensé qu'un jour elle serait enrichie au point d'être légalisée. Ce dialogue des juges est attesté par l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 2018, du Protocole additionnel n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui a institué les demandes d'avis consultatifs sur ce type de questions.

Par leurs philosophies et leurs mécanismes de contrôle, les juges constitutionnel et européen continuent d'influencer le fondement jurisprudentiel du contrôle des sanctions, dans tous les cas. Sur le plan national ou international, le contrôle des sanctions a pris une autre tournure

¹⁰⁸² J.-B. PERRIER, « Primauté -- Europe(s) versus Constitution : la hiérarchie des normes et la protection des droits fondamentaux en matière pénale », *Europe*, 2014, étude n° 8, note n° 16.

¹⁰⁸³ Les stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne des droits Homme relatives au droit à un procès équitable ne doivent point être écartées (CE, avis, 8 juillet 1998, n° 195664 ; CE, 26 décembre 2008, n° 282995, *Gonzales-Castrillo*).

¹⁰⁸⁴ CEDH, 7 juin 2012, n° 4837-06, *Segame SA c/ France*.

¹⁰⁸⁵ CE, 6 décembre 1978, *Ministère de l'Intérieur c/Cohn-Bendit*.

grâce à cette influence sur la jurisprudence nationale produite par le juge pénal ou le juge administratif chargé du contrôle. Cette tournure marque une véritable évolution du contrôle déterminée par des mouvements inharmonieux mais progressifs.

Section 2 : Un contrôle des sanctions à plusieurs vitesses

221. Dans cette partie de notre étude, nous prendrons le soin de démontrer que le champ d'application et l'intensité du contrôle des sanctions sont témoins d'une progression remarquable¹⁰⁸⁶.

Apprécier la progression du contrôle des sanctions revient à analyser les mouvements tracés par ce contrôle, compte tenu de la divergence enregistrée par la distinction entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition.

D'un côté, le contrôle des sanctions opéré dans son champ d'application étendu aux divers domaines de sanctions, se réalise dans un sens « horizontal ». Dans ce sens, le contrôle connaît des variations, en touchant de manière plus large certains domaines de répression. C'est la progression à mouvements variés du contrôle dans son champ d'application (§ 1). De l'autre côté, le contrôle s'analyse en termes d'intensité, de rigueur, de teneur. L'intensité du contrôle varie compte tenu de la divergence des sanctions ; il s'agit d'un contrôle opéré dans un sens « vertical ». Le Conseil constitutionnel, sous l'influence des autres jurisprudences, enregistre une intensité assez variable du contrôle des sanctions (§ 2).

§ 1 : Progression à mouvements variés du contrôle dans son champ d'application

222. Progression du champ du contrôle de la sanction pénale – cas de la peine d'emprisonnement ferme. Le contrôle de la peine est souvent repensé par le législateur pénitentiaire, surtout lorsqu'il s'agit d'une peine d'emprisonnement. La tendance de ce contrôle a vraiment évolué avec l'avènement de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. Ce qui a contribué au fondement du contrôle de la motivation des sanctions pour la Cour de cassation.

¹⁰⁸⁶ Contrairement à la nature du contrôle qui n'a pas changé. Elle n'est qu'une conséquence de la nature de la sanction qui consistant à sanctionner une personne. Rémi Keller, Conseiller d'État, rapporteur public, Conclusions sur CE, Ass., 30 décembre 2014, n° 381245, *M. Bonnemaïson* ; *AJDA*, 2015, p. 5 ; *Recueil Dalloz*, 2015, p. 81, obs. F. Vialla.

Selon les dispositions de l'article 132-19 du Code pénal désormais, le juge correctionnel « en dehors des cas de récidive légale », doit motiver spécialement les décisions de peines d'emprisonnement sans sursis. Egalement, par la modification de l'article 132-24 du même Code en 2009, le législateur a surtout imposé au juge de justifier qu'aucune peine n'était manifestement adéquate, étant donné que l'enfermement n'est possible qu'en dernier recours. Au besoin, un aménagement de la peine devait se faire et si cela était impossible, le juge devait alors expliquer les raisons de son choix. Une double exigence dans le contrôle de la motivation d'une peine d'emprisonnement ferme y est clairement exposée. C'était alors sur cette double exigence que la Cour de cassation a dès lors établi son contrôle. Et c'est ce qu'a démontré sa jurisprudence¹⁰⁸⁷ qui a suivi un mouvement bien tracé : celui de la vérification « au plus près » de la motivation de l'emprisonnement ferme en matière correctionnelle. Mme GIACOPELLI déclarait, de ce fait, que « tout semblait avoir été dit - ou presque tout »¹⁰⁸⁸. Mais en 2014, une nouvelle loi¹⁰⁸⁹ a évacué l'exigence de motivation spéciale de l'emprisonnement ferme prévue à l'article 132-24 du Code pénal vers l'article 132-19 du même Code. Cette loi du 15 août 2014 a agrandi le champ de contrôle de la peine d'emprisonnement ferme en y incluant désormais « les cas de récidive ». Cet agrandissement du champ du contrôle n'a pas été spécifié peine par peine en droit pénal mais il a touché certaines phases de la répression comme l'étape du choix de la sanction.

223. Elargissement du contrôle au stade du choix de la peine. Le juge pénal est confronté à la question de la justification de son choix. Il doit en effet prendre en compte plusieurs points dans sa vérification : l'intérêt de la société et celui de la victime ainsi que l'insertion et la réinsertion du condamné. C'est suivant ces conditions que le Conseil constitutionnel a décidé, le 02 mars 2018, d'accorder une valeur constitutionnelle à la motivation de la peine et par conséquent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine¹⁰⁹⁰. Le juge constitutionnel s'est alors basé sur le principe de l'individualisation de la peine¹⁰⁹¹ pour faire évoluer le champ du contrôle des sanctions. Ce n'est plus seulement

¹⁰⁸⁷ Crim., 10 novembre 2010, pourvoi n° 10-80.265, *Bull. Crim.*, n° 179.

¹⁰⁸⁸ M. GIACOPELLI, « Retour sur le contrôle de la peine d'emprisonnement ferme à la suite de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *Lexbase*, n° 683, 12 janvier 2017.

¹⁰⁸⁹ La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁰⁹⁰ Conseil constitutionnel, 2 mars 2018, *préc.* Saisi par la Cour de cassation, le Conseil devait répondre à la question de savoir si les articles 362 et 365-1 du code de procédure pénale n'imposent pas à la cour d'assises de motiver la peine prononcée, de porter atteinte aux principes de nécessité et de légalité des peines, au principe d'individualisation des peines, au droit à une procédure juste et équitable, aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la loi et devant la justice ?

¹⁰⁹¹ Article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

« la culpabilité » qui doit avoir été motivée dans la décision du juge pénal mais également « le choix de la sanction prononcée ». Le développement du contrôle des sanctions dans le sens plan horizontal touche sérieusement ainsi la phase du choix de la peine prononcée. Il représente alors une extension importante qui traverse le droit pénal, de long en large. Cette extension du contrôle touche la phase de l'exécution aussi.

224. Le déploiement du contrôle à l'exécution de la sanction. Selon le dictionnaire de synonymes, nuances et contraires « le Robert » : le mot « *déployer* » signifie « déplier », « étendre »¹⁰⁹². C'est justement ce mouvement que suit le contrôle des sanctions. Il est déployé jusqu'à l'exécution de la peine.

À la lumière de la question sur le sens de la peine, revient souvent l'utilité des phases du prononcé et de l'exécution. La phase de l'exécution de la peine est la phase qui se déroule à la suite du prononcé de la peine. Elle est souvent considérée comme une phase secondaire¹⁰⁹³ et moins importante, alors que « tout écart entre ces deux pôles serait la manifestation d'une situation d'ineffectivité »¹⁰⁹⁴. Le Code de procédure pénale prévoit alors une surveillance de l'exécution de la peine¹⁰⁹⁵ et justement le juge désigné détient les habilités pour contrôler l'exécution des peines privatives de liberté.

Le juge de l'application des peines peut contrôler l'exécution d'une peine, en l'aménageant, en la transformant voire en libérant le condamné. Certains voient en cet agrandissement du contrôle de l'exécution de la peine, une remise en cause de la sanction privative de liberté. On peut comprendre ce genre de réflexion car une véritable question mérite d'être posée à ce propos. Prendre une peine et la remettre en cause peut-il être interprété par une mauvaise conscience du législateur ? A ce propos l'ancien contrôleur général des lieux de privation de liberté de 2008 à 2014, M. DELARUE, disait que « la conscience collective ne semble pas fixée sur le sens de la peine privative de la liberté »¹⁰⁹⁶. Sur le plan international, le juge européen inclut de plus en plus la règle du procès équitable à la phase d'exécution de la peine¹⁰⁹⁷. Tout compte

¹⁰⁹² Collectif d'auteurs, Dictionnaire de synonymes, nuances et contraires, Le Robert, Coll. Les usuels, p. 267.

¹⁰⁹³ A. CHAUVENET, F. ORLIC, « Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison », *Déviance et Société*, 2002, , n° 4, pp. 443-461.

¹⁰⁹⁴ C. TZUTZUIANO, DICE - Droits International, Comparé et Européen : CDPC, 29 novembre 2016.

¹⁰⁹⁵ Article 144 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁹⁶ J.-M. DELARUE, « Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge (Table ronde n° 4) », in *Colloque La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, 13 décembre 2013.

¹⁰⁹⁷ F. TULKENS, *op. cit.*

fait, on ne peut ignorer que malgré les mécontentements de certains, le contrôle de l'exécution de la sanction est un pas en avant, et non le contraire.

225. Premier bilan de la progression du contrôle dans son champ d'application. En fin de compte, la progression du contrôle des sanctions s'est confirmée par le cas spécifique de la peine d'emprisonnement. Le remaniement de l'article 132-19 a élargi le champ d'application du contrôle de la peine surtout grâce à l'ouverture sur les cas de récidive. Ce sont par la suite les deux phases du choix et de l'exécution de la sanction qui ont été touchées séparément par le contrôle et qui témoignent partiellement de son expansion. A côté de cet aspect de la progression, les sanctions ayant le caractère d'une punition aussi connaissent des mouvements dans l'évolution de leur contrôle. Les points forts de l'évolution du contrôle des sanctions se retrouvent également en matière répressive extra-pénale.

226. Un contrôle adapté à l'application extensive de l'article 6 de la Convention européenne - cas du droit administratif. Le contrôle des sanctions punitives extra-pénales a également évolué sur le plan horizontal. Cette progression ne se répand pas dans tous les domaines des sanctions punitives au même moment ou encore de la même manière. De ce fait, nous prendrons la peine de démontrer la progression du contrôle en distinguant bien l'élargissement des vérifications du juge sur le fond ou au niveau procédural. Et après, nous verrons comment le contrôle s'est développé progressivement jusqu'à atteindre toutes les phases de la sanction.

Sur ce premier point, il est question de voir comment dans une procédure purement administrative, le juge administratif a pu élargir son contrôle grâce à une implication inattendue du droit européen.

Alors qu'il était chargé de contrôler une sanction prononcée par une autorité régulatrice, le juge judiciaire ne se base plus seulement sur la forme de l'organisme pour vérifier le respect des garanties applicables en matière répressive. Dans son arrêt rendu le 05 février 1999, dit *Arrêt Oury*¹⁰⁹⁸, rendu en assemblée plénière, le raisonnement du droit européen s'est imposé. Le but était de requalifier l'autorité sanctionnatrice interne et vérifier finalement l'application de ce droit. En l'espèce l'organe en cause a exercé une activité de répression et donc le contrôle de sa décision s'est réalisé sur la base des qualifications de l'article 6 de la Convention européenne et par conséquent comme qu'un « tribunal ». *In fine*, c'est cette qualification fondée sur le droit

¹⁰⁹⁸ Ass. Plén., 5 février 1999, pourvoi n° 97-16.440, COB c/ Oury, *Bull. A. P.*, n° 1, *JCP* 1999, p. 957, note E. GARAUD.

européen qui avait permis au juge judiciaire de contrôler le respect de toutes les garanties consacrées à l'article 6 de la Convention. C'est néanmoins en décembre 1999, que cette fois-ci, le juge administratif va inclure aussi le droit européen au droit administratif interne.

Après une sanction prononcée par un organisme appartenant aujourd'hui à l'Autorité des marchés financiers à l'encontre d'un certain Monsieur Didier, ce dernier a fait une contestation auprès du Conseil d'Etat. Il soutenait devant le juge administratif que son « droit à un tribunal impartial » ne lui avait pas été reconnu. Le juge administratif pour contrôler le respect de cette garantie, a emprunté le raisonnement utilisé par le juge judiciaire dans l'*arrêt Oury* quelques mois plutôt. Il a par conséquent dans son arrêt *Didier* du 3 décembre 1996¹⁰⁹⁹, par analogie au juge judiciaire, admis l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne. La différence est que cette fois-ci, il s'agit d'une procédure purement administrative. Toutefois, le Conseil d'Etat pour justifier cet agrandissement de son champ de contrôle a déclaré qu'il y a dans ce cas d'espèce une dualité de qualification de l'organisme répressif. Il s'agit d'« une autorité administrative au sens du droit français » et d'« un tribunal au sens du droit européen ». D'où la nécessité d'appliquer à une autorité administrative le texte européen visant les tribunaux. Ce qui lui a permis de déclarer d'autre part que le principe d'impartialité n'a pas été méconnu.

Il n'y a alors pas de contradiction flagrante entre l'arrêt du juge judiciaire et celui du juge administratif certes. Mais grâce à l'arrêt *Didier*, le juge administratif a fait preuve d'une véritable enjambée dans la vérification des garanties de fond en se basant sur le droit européen.

227. La progression du champ du contrôle des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes. Au niveau procédural, le juge administratif a fait preuve de recherche d'équilibre entre le respect des garanties et l'efficacité des sanctions. Deux points forts marquent ces évolutions. D'abord, lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité¹¹⁰⁰ relative aux pouvoirs de sanction de l'autorité de la concurrence, il n'a pas hésité à trancher une question nouvelle de contrôle.

En raison de l'inexécution de plusieurs engagements pris par le *Groupe Canal Plus*, l'Autorité de concurrence avait prononcé une sanction administrative à son encontre le 20 septembre 2011. Elle a prononcé le retrait d'une autorisation ministérielle accordée au groupe et lui a infligé une

¹⁰⁹⁹ CE, Ass., 3 décembre 1999, n° 207434, *Didier*.

¹¹⁰⁰ Le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil constitutionnel, le 17 juillet 2012 une question prioritaire de constitutionnalité posée par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal portant sur la conformité à la Constitution des dispositions du IV de l'article L. 430-8, du II de l'article L. 461-1, de l'article L. 461-3 et du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, lesquelles portent sur l'organisation de l'Autorité de la concurrence et son pouvoir de sanction.

sanction pécuniaire de trente millions d'euros. Pour contester cette sanction, les sociétés requérantes déclarent que les dispositions fondatrices de la décision de l'autorité de concurrence portaient atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions. Et ceci, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En face, l'autorité de concurrence a soutenu qu'elle n'exerce pas une « fonction juridictionnelle »¹¹⁰¹ : ce qui la distingue ainsi de la Commission bancaire dans l'exercice de ses pouvoirs disciplinaires.

Une nouvelle question se posait sur le contrôle de cette sanction punitive. Les principes d'impartialité et d'indépendance qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont ou non applicables à de telles autorités administratives indépendantes lorsqu'elles exercent un pouvoir de sanction ? Depuis 1989¹¹⁰², le Conseil constitutionnel considère que le principe d'indépendance est indissociable de l'exercice des « fonctions judiciaires » ou « juridictionnelles » et que le principe de la séparation des pouvoirs ou aucun autre principe constitutionnel n'empêchait en rien l'exercice du pouvoir de sanction par une autorité administrative. Dans une décision du 2 décembre 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré que le principe de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes et par ricochet le principe d'indépendance et d'impartialité aussi, par référence à la jurisprudence européenne.

Pour ces différentes raisons le Conseil constitutionnel, dans la décision du 12 octobre 2012, a rappelé que les autorités administratives indépendantes aussi sont soumises au contrôle du respect du principe d'indépendance et d'impartialité.

Le Conseil a, par conséquent, appliqué de manière plus vive le principe fondamental de l'impartialité sur un terrain qui ne lui était pas destiné. La haute institution a décidé de contrôler le respect de ce principe non seulement parce que c'est une « exigence européenne » mais surtout parce que le principe d'impartialité a une valeur constitutionnelle.

Par conséquent, il s'agit un véritable élargissement du champ du contrôle des sanctions administratives au niveau procédural. C'est ce dont on peut être convaincu par le Conseil constitutionnel à travers sa décision *Numéricable* du 5 juillet 2013¹¹⁰³. Les mouvements de la

¹¹⁰¹ Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, *préc.*

¹¹⁰² Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

¹¹⁰³ Le Conseil constitutionnel a déclaré que « Les textes organisant la procédure de sanction par l'ARCEP n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité » (Conseil constitutionnel, 05 juillet 2013, *préc.*). Dans cette décision, le Conseil a non seulement déclaré contraires à la Constitution les dispositions appliquées par cette autorité administrative, il a

progression du champ du contrôle ont de même été guidés par les divers actes touchés à cet effet.

228. Multiplication du nombre d'actes susceptibles d'être contrôlés par le juge de l'excès de pouvoir. L'ouverture à la contestation de toute décision de sanction punitive, par recours pour excès de pouvoir n'est pas absolue. Autrefois, la jurisprudence assimilait les sanctions qui frappaient les détenus et les militaires comme des mesures d'ordre intérieur. Ainsi, pour ces types de sanctions, aucun recours n'était autorisé ou recevable devant le juge administratif, même si elles étaient particulièrement déséquilibrées.

Dans cette logique, lorsqu'il a été sollicité pour contrôler les sanctions infligées d'une part à un militaire sur un navire de guerre et à un détenu de la maison d'arrêt de *Fleury Mérogis*, le tribunal administratif compétent saisi respectivement a déclaré les deux requêtes irrecevables. C'est à ce moment que le Conseil d'Etat opère un revirement de jurisprudence en admettant la recevabilité des deux affaires devant le juge de l'excès de pouvoir. Ce que démontre sa longue jurisprudence en la matière¹¹⁰⁴.

Et même dans le domaine de la fonction publique, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur les mesures d'ordre intérieur qui sont désormais susceptibles de recours. Dans sa décision du 26 septembre 2015, le Conseil d'Etat a d'une part, défini ces mesures comme celles « qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches [que les agents] ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération »¹¹⁰⁵. D'autre part, le Conseil d'Etat a précisé clairement que même si la mesure est qualifiable de mesure d'ordre intérieur, elle pourrait quand même faire objet de recours devant le juge de l'excès de pouvoir, dès qu'elle comporte « une discrimination »¹¹⁰⁶.

Dorénavant, le juge de excès de pouvoir, dès qu'il reçoit un recours contestant une mesure prononcée dans la fonction publique, doit vérifier deux choses : la qualification ou non de

retenu que cet organisme a méconnu le principe d'impartialité de l'article 16 de la Déclaration mais surtout le Conseil lui a donc retiré ses pouvoirs de sanction.

¹¹⁰⁴ CE, 25 janvier 1991, n° 104497, *Vigier* ; CE, 2 novembre 1992, n° 130394, *Kherouaa* ; CE, Ass., 14 décembre 2007, n° 290730, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Boussouar* ; CE, Ass., 14 décembre 2007, n° 290420, *Planchenault* ; CE, Ass., 14 décembre 2007, n° 306432, *Payet* ; CE, 30 juillet 2003, n° 252712, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Remli* ; CE, 17 décembre 2008, n° 293786, *Section française de l'Observatoire international des prisons* ; CE, 26 novembre 2010, n° 329564, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Bompard* ; CE, 28 mars 2011, n° 316977, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Bennay* ; CE, 21 mai 2014, n° 359672, *Garde des sceaux, ministre de le justice c. Guimon* ; CE, 9 novembre 2015, n° 380982 et n° 383712, *Dos Santos Pedro*.

¹¹⁰⁵ CE, 26 septembre 2015, n° 372624.

¹¹⁰⁶ *Idem*.

mesure d'ordre intérieur et, le cas échéant, s'il y a une présence de discrimination. Ces deux conditions ont donc déjà permis au juge administratif de contrôler des mesures susceptibles d'être qualifiées de mesures d'ordre intérieur¹¹⁰⁷.

Le Conseil d'Etat a alors réussi à annuler « la contestable immunité juridictionnelle »¹¹⁰⁸ qui excluait certaines mesures punitives du contrôle.

Tout ceci marque davantage l'extension du contrôle du juge pour excès de pouvoir.

229. Elargissement du champ du contrôle du juge de plein contentieux aux phases amont et aval de la sanction. Face à la problématique de la distinction des phases de l'instance administrative, ou disciplinaire, le Conseil d'Etat a déjà choisi de formaliser cette distinction en écartant la fonction d'accusation des fonctions d'instruction et de jugement qui elles, sont regroupées. Ceci n'a pas empêché le juge administratif de continuer à circonscrire, pendant longtemps, le champ du contrôle à la phase des griefs. Avec la multiplication des requêtes formées pour contester, ce qui s'est déroulé tout en amont de la procédure répressive extra pénale, que la jurisprudence va enfin sauter le pas. Elle va enfin accepter de contrôler les phases de l'enquête administrative et même des visites domiciliaires¹¹⁰⁹. Ces contrôles en amont ont déjà permis de sanctionner des manquements enregistrés lors de visites domiciliaires¹¹¹⁰.

Cette extension du contrôle du Conseil d'Etat sur la phase d'enquête a été confirmée en 2013. Le Conseil d'Etat ne contrôlait le respect des droits de la défense uniquement qu'à la procédure de sanction entamée par la notification de griefs. Désormais, il va étaler son contrôle jusqu'à la phase d'enquête et vérifier que les droits de la défense n'ont pas été violés, dans un arrêt du 15 mai 2013. Le juge de plein contentieux procède à cette vérification en épluchant, en examinant « l'existence d'un lien suffisant avec l'objet figurant dans l'ordre de mission et l'absence d'atteinte irréversible aux droits de la défense des sociétés objets de l'enquête »¹¹¹¹. Même si cette ambition de bien contrôler le respect des droits de la défense à la phase d'enquête préalable a connu des limites¹¹¹², cela n'altère en rien la progression du champ du contrôle des sanctions par le juge de plein contentieux.

¹¹⁰⁷ Décision non constitutive d'une mesure d'ordre intérieur et susceptible de recours (TA Rouen, 13 décembre 2016, n° 1502847) ; Décision qualifiée de décision de mutation faisant grief à l'agent et de ce fait et susceptible de recours (TA Rouen 7 mars 2017 n° 1502316).

¹¹⁰⁸ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 152.

¹¹⁰⁹ CE, 6 novembre 2009, n° 304300, *Société Interconfort* ; *Lebon*.

¹¹¹⁰ CE, 27 juillet 2012, n° 340026, *Société AIS2*.

¹¹¹¹ CE, 15 mai 2013, n° 356054, *Société Alternative Leaders France* ; CE, 12 juin 2013, n° 349185, *Société Natixis*.

¹¹¹² CE, 18 nov. 2015, n° 371196, *Société PS Consulting*, *Inédit*.

Cette progression du champ du contrôle ne se fait pas seulement en amont de la sanction, mais également en aval. Les modalités peuvent avoir un impact sur la manière dont le public percevra la décision. C'est justement pourquoi le juge de plein contentieux peut désormais accepter les requêtes qui y sont relatives¹¹¹³. Le Conseil d'Etat, lors de ce contrôle en aval de la sanction, vérifie que les modalités de publicité respectent « un équilibre entre les exigences d'intérêt général et les intérêts de la personne sanctionnée ». Ce qu'a encore vérifié, le 28 septembre 2016, le Conseil d'Etat en aval d'une sanction prononcée par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés¹¹¹⁴.

230. Bilan de la progression du champ du contrôle des sanctions punitives. Finalement, le contrôle des sanctions punitives extra-pénales a confirmé la variation de la progression du champ du contrôle. Il a été rallongé effectivement aux différentes phases du processus aboutissant à ces sanctions.

L'extension progressive du contrôle des sanctions pénales et extra pénales s'observe aussi en termes d'intensité. Une profondeur du contrôle des sanctions qui est bien représentée par son intensité évoluant de manière saccadée.

§ 2 : Progressions à mouvements variés de l'intensité du contrôle

231. L'extension en profondeur du contrôle des sanctions pénales et des sanctions ayant le caractère d'une punition n'est pas uniformisée. Ce manque d'uniformité dans l'évolution de l'intensité du contrôle se justifie dans un premier temps par le degré de gravité de la sanction en droit pénal (A). Dans un second temps, cette intensité varie au sein de la même catégorie des sanctions punitives (B).

A. UNE VARIATION DE L'INTENSITÉ DU CONTROLE EN FONCTION DU DEGRÉ DE GRAVITÉ DE L'ACTE REPRÉHENSIBLE

232. Le choix d'un contrôle restreint de la peine. Le contrôle des règles relatives aux peines s'avère être délicat en termes d'intensité. Le Conseil constitutionnel, comme abordé plus haut a adopté un contrôle restreint de la peine, en faisant preuve de « prudence »¹¹¹⁵. Un contrôle des principes du droit de la peine amène inévitablement à s'interroger sur le choix du législateur.

¹¹¹³ CE, 7 février 2007, *Choquet* ; CE, 9 novembre 2007, *Société Bourse Direct SA*.

¹¹¹⁴ CE, 28 septembre 2016, n° 389448, *Théâtre national de Bretagne*.

¹¹¹⁵ F. GHELFI, « Les principes directeurs du droit de la peine à l'épreuve de la QPC », in C. COURTIN (dir.), *La QPC et la matière pénale – Deux ans d'application*, éd. Bruylant, 2013, p. 76.

Ce choix a poussé le Conseil constitutionnel à repousser un contrôle maximal du principe de nécessité de la peine¹¹¹⁶. Il est évident que le Conseil a su imposer le respect du principe de proportionnalité dès les années 1980. Et jusque-là l'applicabilité du principe semble assimilée. Qu'est-ce qui justifie cette limite ? Qu'est ce qui justifie le fait de se concentrer seulement sur la vérification de "l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue" ? Pourquoi une telle retenue ? C'est de ce type de questions qu'a traité M. CHETARD dans son étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français¹¹¹⁷.

Le pouvoir d'appréciation et de décision revient au Parlement¹¹¹⁸.

Le Conseil Constitutionnel, de ce fait, se contente de vérifier le but d'une sanction et ne s'hasarde pas sur le terrain du contrôle de la légitimité de ce but. Il en demeure que c'est dans l'idée de ne pas prendre la place du législateur. Il convient de se demander effectivement si : « la sanction est-elle ajustée à la gravité de la faute et de nature à procurer le résultat direct ou indirect qui l'autorise ? »¹¹¹⁹. Ce n'est donc que ce contrôle de la disproportion manifeste de la sanction qu'exerce véritablement et même rigoureusement¹¹²⁰ le Conseil. Le contrôle n'en perd pas plus sa « progressivité »¹¹²¹.

Cette retenue n'est pas le cas de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle examine d'abord, si la mesure est « prévue par la loi » et poursuit « un but légitime ». Ce n'est que par la suite qu'elle recherche si elle est « nécessaire dans une société démocratique »¹¹²². La limitation du choix ainsi justifiée est représentative du niveau du contrôle des sanctions en la matière. La gravité d'un acte peut augmenter l'intensité du contrôle.

¹¹¹⁶ Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, décision 2010-66 QPC, *M. Thibaut G. [Confiscation de véhicules]*; Conseil constitutionnel, 9 décembre 2011, décision 2011-204 QPC, *M. Jérémy M [Conduite après usage de stupéfiants]* ; J.-P. CERE, « Principe de légalité des délits et des peines et de nécessité des peines et usage de stupéfiants au volant », *AJ pénal*, 2012, n° 2, pp. 96-97.

¹¹¹⁷ Illustration récente : Conseil constitutionnel, 6 septembre 2019, n° 2019-799/800 QPC, *Mme Alaitz A. et autre [Conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme]*, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1655, *AJ Pénal*, 2019, p. 620, obs. G. CHETARD ; G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, *op. cit.* ; *Idem*, « Cassation pour méconnaissance du principe de proportionnalité », *op. cit.*

¹¹¹⁸ Formule employée pour la première fois dans la décision « IVG » du 15 décembre 1975, *AJDA*, 1975, p.134, note RIVERO. Elle fut par la suite étendue à l'ensemble des cas dans lesquels le Conseil exerce un contrôle restreint, et notamment en matière de sanctions administratives. Voy., par exemple, Conseil constitutionnel, 1^{er} juin 2018, 2018-710 QPC, *Association Al Badr et autre [Infraction à l'obligation scolaire au sein des établissements privés d'enseignement hors contrat]*, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1153 ; *RSC*, 2018, p. 675, obs. Y. MAYAUD.

¹¹¹⁹ C. GALLO, *op. cit.*, p. 178.

¹¹²⁰ Conseil constitutionnel, 4 décembre 2013, décision 2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*.

¹¹²¹ G. CHETARD, « Cassation pour méconnaissance du principe de proportionnalité », *lot. cit.*

¹¹²² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; M. YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*

233. La condition de la gravité de l'acte dans l'intensification du contrôle. Pour le Conseil, « eu égard aux conditions de gravité des infractions pour lesquelles elles sont applicables et aux biens qui peuvent en faire l'objet, les peines de confiscation ainsi instituées ne sont pas manifestement disproportionnées »¹¹²³. Cette méthode de vérification du contrôle en fonction de la gravité de l'acte a été reportée à l'époque en matière de contrôle du principe de proportionnalité en matière fiscale¹¹²⁴. Quant à la vérification du respect de la motivation des peines, une réelle accentuation de l'intensité du contrôle a été adaptée également en fonction de la gravité et dès l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales¹¹²⁵.

Il s'agit du respect de ces critères que vérifiait le juge de la Cour de cassation au moment du contrôle des sanctions, jusqu'au 3 juin 2016 où le législateur a émis une exigence concomitante du respect des deux critères¹¹²⁶. A la suite de ce renforcement du degré de contrôle de la motivation de la peine d'emprisonnement ferme et compte tenu du remaniement de ses critères, la Cour de cassation a opéré. Cce que démontrent ses trois arrêts rendus le 29 novembre 2016¹¹²⁷.

Par conséquent, on comprend aisément que ce contrôle de la peine a connu une réelle progression. Et pour aller plus loin encore dans notre analyse, cette évolution peut être interprétée comme un ralliement du législateur et du juge de la Cour de cassation - chargé du contrôle – contre la multiplication de l'exécution de l'emprisonnement ferme. Contrôler fermement la motivation est aujourd'hui un moyen de lutte contre le recours à l'emprisonnement ferme¹¹²⁸.

Ce n'est, en revanche, pas qu'en droit pénal que l'intensité du contrôle a connu des mouvements.

B. UNE VARIATION DE L'INTENSITÉ AU SEIN MÊME DE LA CATEGORIE DES SANCTIONS PUNITIVES

234. Progression de l'intensité du contrôle des sanctions punitives jusqu'à une normalisation. Dans les années 1930, le juge de l'excès de pouvoir exerçait un contrôle sur les

¹¹²³ *Idem.*

¹¹²⁴ Conseil constitutionnel, 17 mars 2011, décision n° 2010-103, *Société SERAS II*.

¹¹²⁵ Alinéa 2 de l'article 132-19 du Code pénal ; Alinéa 3 de l'article 132-19 du Code pénal.

¹¹²⁶ Article 132-19 du Code pénal modifié par la Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

¹¹²⁷ Crim., 29 novembre 2016, pourvois n° 15-86.116, n° 15-86.712, n° 15-83.108.

¹¹²⁸ L. SAENKO, « La motivation comme moyen de limiter le recours à l'emprisonnement ferme », *Gaz. Pal.*, 26 avril 2016, n° 16, p. 81.

motifs de la sanction¹¹²⁹, mais aucunement sur la punition elle-même¹¹³⁰. Tout ce que contrôlait le juge de l'excès de pouvoir à cette époque était de se rassurer que l'autorité sanctionnatrice pût légalement infliger une sanction punitive. Le degré de gravité de la sanction n'était absolument pas contrôlé. Il y avait donc une véritable absence de contrôle des sanctions en elle-même, que certains auteurs justifiaient tant bien que mal et qui a perduré¹¹³¹.

Cependant, le contrôle des sanctions punitives a connu un premier tournant dès 1975. Le Conseil d'Etat a pu reconnaître que rien n'empêchait finalement le juge administratif d'exercer le contrôle de « l'erreur manifeste d'appréciation »¹¹³². Et cela n'avait rien d'une substitution du juge à l'administration. A partir de ce moment, il y eu une « stabilisation »¹¹³³ de l'étendue du contrôle comme le disait si bien M. GUYOMAR. Ce progrès du contrôle a été durement confirmée en 2006¹¹³⁴ et en 2009¹¹³⁵ et a touché d'autres domaines¹¹³⁶.

Le contrôle était toujours « limité » à l'appréciation de l'erreur manifeste, c'est-à-dire d'une disproportion flagrante, malgré ces différentes confirmations. Le contrôle du juge administratif était distant et timide.

C'est finalement la remarquable et célèbre décision *Dahan* rendue en 2013, qui va accorder une seconde tournure, cette fois-ci décisive au contrôle des sanctions punitives. Le Conseil d'Etat a proclamé que le juge de l'excès de pouvoir exerce désormais un contrôle « normal » sur la justification d'une sanction infligée à un agent public. Et ceci, compte tenu du fait qui l'a provoqué et aussi si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de la faute commise. Le contrôle dépasse la vérification de la qualification des faits et de l'absence de disproportion entre la sanction infligée et la gravité. Il s'ouvre enfin sur la proportionnalité de la sanction aux faits reprochés. Il s'agit d'un revirement utile qui s'est d'ailleurs basé sur la progression du droit

¹¹²⁹ Le Conseil d'Etat pensait que, tant que la sanction était soit dirigée contre un agent public (CE, 16 juillet 1947, *Sieur Bensmaïn Ghalem Ben Hadj*) ou représentait une sanction professionnelle (CE, 5 avril 1944, *Sieur Guignard.*), il n'était pas habilité à apprécier si l'importance, la gravité de la sanction prise est en rapport avec les faits qui l'ont provoquée (CE, 27 janvier 1926, *Nguyen Hem Chank*).

¹¹³⁰ CE, Sect., 28 février 1930, *Sieur Remoux* ; CE, 20 janvier 1932, *Delle Merlet*.

¹¹³¹ CE, 22 novembre 1967, n° 66703.

¹¹³² CE, 3 février 1975, n° 94108, *Sieur Pardov*.

¹¹³³ M. GUYOMAR, Les sanctions administratives, *op. cit.*, p. 156.

¹¹³⁴ CE, 1^{er} février 2006, n° 271676, *Touzard*.

¹¹³⁵ CE, 27 janvier 2009, *Ministère de l'Education nationale c/ Mlle Boulonnois*.

¹¹³⁶ CE, Sect., 22 juin 2007, n° 272650, *Arfi* ; CE, 2 mars 2010, n° 328843, *Dalongeville*.

administratif liée à d'autres catégories de sanctions, sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹¹³⁷ et sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière¹¹³⁸.

Il ne pouvait y avoir meilleure décision pour marginaliser la place du contrôle timide et restreint et accéder à un contrôle entier ou normal de proportionnalité. A partir de ce moment, il y a eu une généralisation du contrôle normal des sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre d'un agent public. C'est le cas du renforcement du contrôle exercé par le juge de cassation¹¹³⁹. Le 1^{er} juin 2015, le Conseil d'Etat a décidé que désormais cette consécration du contrôle normal touchait également le domaine des sanctions infligées aux détenus¹¹⁴⁰. Certains auteurs diront même, en fonction de cette globalisation, que cette évolution était « inévitable »¹¹⁴¹. La généralisation de la normalisation du contrôle des sanctions est préservée¹¹⁴².

Ce cheminement représente l'approfondissement du contrôle des sanctions disciplinaires infligées aux agents publics. Une intensité qui a été élargie à d'autres types de sanctions et qui est la preuve du passage véritable d'un contrôle timide à un contrôle de plus en plus rigoureux : un contrôle intensifié de façon concrète par le juge de l'excès de pouvoir. Toutefois, celui dont le pouvoir de contrôle est le plus renforcé aujourd'hui c'est le juge du plein contentieux.

235. Le redoutable pouvoir du juge du plein contentieux. Le juge de plein contentieux est muni de pouvoirs lui permettant d'exercer un contrôle plus déterminant sur les sanctions. S'il peut annuler une sanction, il a également la possibilité de remplacer le dispositif réformé à celui de la décision attaquée soumise à son contrôle. De plus, il peut même faire une substitution de motifs¹¹⁴³, si l'autorité sanctionnatrice le lui demande. C'est pourquoi, dans une décision du 21 décembre 2012¹¹⁴⁴, le Conseil d'Etat a réexaminé les sanctions prononcées au regard des seuils

¹¹³⁷ L'existence d'un principe de proportionnalité s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition. (Conseil constitutionnel, 3 septembre 1986, décision n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*).

¹¹³⁸ « L'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme impose « d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction » (CEDH, 19 avril 2007, n° 63235/00, *Vilho Eskelinen c/ Finlande*).

¹¹³⁹ G. LE CHATELIER, « Le renforcement du contrôle du juge sur la proportionnalité des sanctions infligées aux agents publics – Deux ans d'application de la jurisprudence Dahan », *AJCT*, Octobre 2015, p. 512 ; CE, 21 juin 2000, n° 179218, *Midelton* ; CE, 30 juin 2010, n° 325319, *Mme Ponsard* ; *AJDA*, 2010, p. 1345.

¹¹⁴⁰ CE, 1^{er} juin 2015, n° 380449, *M. Boromé*.

¹¹⁴¹ A. PLANCHARD, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 05 juillet 2015, consulté le 04 mars 2021.

¹¹⁴² CE, 16 février 2016, n° 369831, *Commune de Saint Dié des Vosges* ; CE, 13 décembre 2017, n° 400629, *Société La Poste* : Un contrôle normal sur la proposition de sanction d'un agent public.

¹¹⁴³ CE, Sect., 21 novembre 2001, *Compagnie Nationale Air France*.

¹¹⁴⁴ CE, 21 décembre 2012, n° 353856, *Société Groupe Canal Plus et Société Viendi Universal*.

qui lui apparaissaient de nature à justifier légalement le prononcé d'une sanction administrative. Pour le faire, il procède à un contrôle complet de la proportionnalité de la sanction¹¹⁴⁵.

Parallèlement à cette possibilité de substitution de l'appréciation du juge de plein contentieux à celle de l'autorité de sanction, le Conseil d'Etat va se positionner sur un terrain sur lequel on ne l'attendait pas. Dans l'affaire dite *société ATOM*, cette personne morale a été mise en demeure par l'Etat de payer une amende basée sur les dispositions du code monétaire et financier. Pour contester cette sanction, la requérante va saisir le juge de l'excès de pouvoir qui, ne peut qu'annuler la sanction ou rejeter le recours. Mais à la grande surprise de tous, le Conseil d'Etat, dans sa décision du 16 février 2009, a déclaré que « la sanction encourue, en vertu des dispositions de l'article 1840 N sexies du code général des impôts alors applicables, pour inobservation des prescriptions de l'article 1er 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 ». Ce qui signifie que la contestation qui met en jeu une sanction prononcée par l'administration contre un administré, même si elle est formée devant le juge administratif pour excès de pouvoir, ce recours relève du plein contentieux. Le juge administratif doit alors se conduire comme un juge de plein contentieux, lors du contrôle de la sanction.

En rendant cette décision, le Conseil d'Etat a complètement abandonné ses jurisprudences précédentes. Auparavant ce genre d'amende, lorsqu'elle constituait une sanction administrative, sa contestation était confiée au juge de l'excès de pouvoir et surtout quand il s'agissait d'un cas d'absence de texte¹¹⁴⁶. Il a quasiment créé une « atomisation »¹¹⁴⁷ du recours pour excès de pouvoir.

Ceci constitue un revirement qui a réellement augmenté l'intensité du contrôle du juge en matière administrative répressive. Cette augmentation du pouvoir de contrôle du juge administratif est d'ailleurs amplifiée par le Conseil d'Etat. En effet, le Conseil d'Etat, en plus de la possibilité de substitution d'appréciation de la sanction laissée au juge de plein contentieux, permet au juge administratif qui agit désormais comme tel, de faire application d'une loi nouvelle plus douce que celle qui existait au moment du prononcé de la sanction par l'administration.

¹¹⁴⁵ CE, 23 avril 2009, n° 312824, *Société Air France* ; CE, 13 juillet 2013, n° 347704, *Dahan*.

¹¹⁴⁶ CE, Section, 4 décembre 1992, n° 118311, *Ministre du budget c/ Établissements Quiblier fils* ; CE, Assemblée, 1^{er} mars 1991, n° 112820, *Le Cun..*

¹¹⁴⁷ J. MARTINEZ-MEHLINGER, « Vers l'« atomisation » du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des sanctions administratives », *RFDA*, 2012, p. 257.

On constate alors que c'est un réel renforcement du pouvoir de contrôle du juge administratif sur les sanctions administratives. Cette extension prend en compte la « rétroactivité *in mitius* » et met par conséquent le juge administratif de l'excès de pouvoir, d'abord au même niveau que le juge pénal et l'élève définitivement au rang de juge de plein contentieux¹¹⁴⁸. Cette amplification du pouvoir du juge administratif est limitée à un champ d'application précis : celui des sanctions prononcées par l'administration à l'encontre de l'administré, comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans sa décision.

Une question mérite néanmoins d'être posée face à ce basculement du contentieux des sanctions administratives dans la sphère du contentieux de pleine juridiction. C'est la question de la coexistence du contrôle du juge de l'excès de pouvoir et du juge de plein contentieux. Est-ce une coexistence pérenne, justifiée ? Il est difficile de répondre à cette question sans se tourner vers les avantages supplémentaires qu'offre le recours de plein contentieux. Dans tous les cas, le recours de pleine juridiction permet de se prononcer désormais en matière de contentieux de sanctions administratives sur la loi postérieure plus douce. Également, ce recours n'oblige pas le juge chargé du contrôle à faire un choix brutal, c'est-à-dire le « tout ou rien » : soit annuler soit maintenir. L'avis de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question est tranché. Elle impose un contrôle de plein contentieux¹¹⁴⁹.

236. Un maintien de la distinction de l'intensité du contrôle selon la nature des sanctions. Sur la notion de l'excès de pouvoir aujourd'hui, on ne peut ignorer que la distinction entre la nature des sanctions administratives et des sanctions disciplinaires a toujours une répercussion sur l'approfondissement de leur contrôle par le juge administratif. Le juge administratif exerce logiquement un office plus proche du juge pénal. Cela lui permet de prononcer la sanction la mieux adaptée. Alors qu'en parallèle, un juge prudhommal, lorsqu'il exerce un contrôle, peut annuler une sanction disciplinaire. Il ne peut, en revanche, pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité sanctionnatrice.

Cette extension est enfermée dans le champ du contentieux des sanctions administratives et ne touche pas celui des sanctions disciplinaires, malgré la grande évolution apportée par la décision *Société ATOM*. C'est clairement la position de la Cour administrative d'appel de Nancy qui a considéré que le juge administratif devrait seulement se prononcer comme pour un recours de

¹¹⁴⁸ CE, Ass., 4 juillet 2011, n^{os} 338033 et 338199, *Elections régionales d'Ile-de-France, Mme Arnautu et Midy* ; CE, 15 mars 2017, n^o 395286, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Levannier*.

¹¹⁴⁹ CEDH, 23 octobre 1995, *Schmautzer c/ Autriche, Umlauf c/ Autriche, Gradinger c/ Autriche*, série A n^o 328 ; CEDH, 23 octobre 1995, *Pramstaller c/ Autriche, Palaoro c. Autriche, Pfarrmeier c/ Autriche*, série A n^o 329.

l'excès de pouvoir. La Cour d'appel a donc annulé la décision du Tribunal administratif de Strasbourg qui a statué « en plein contentieux sur deux sanctions disciplinaires pénitenciaires » en effectuant un contrôle de proportionnalité pour réformer les deux décisions¹¹⁵⁰. La position de la Cour d'appel a été confirmée par le Conseil d'Etat qui a clairement interdit au juge administratif de se comporter comme un juge de plein contentieux « en matière de sanctions disciplinaires »¹¹⁵¹.

Par conséquent, le pouvoir laissé au juge administratif de se prononcer comme un juge de plein contentieux et de substituer son appréciation n'est pas possible en matière de sanctions disciplinaires. Un manque de cohérence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et une « incompatibilité » de cette réduction du pouvoir du juge en matière de contrôle des sanctions disciplinaires sont observés avec la jurisprudence européenne qui opte pour un contrôle de pleine juridiction.

237. Un exemple de la divergence de l'intensification du contrôle : le cas du contrôle de l'exigence de clarté et de précision. En matière répressive extra-pénale, le principe de légalité criminelle à travers ses exigences de clarté et de précision ne contraint que de manière souple le titulaire d'une autorisation administrative ou le responsable d'une fonction publique. Une simple référence aux obligations auxquelles il est soumis en vertu des lois et règlements¹¹⁵² suffit¹¹⁵³.

Il subsiste un contrôle en dents de scie qui se dessine ensuite, quand on se réfère aux sanctions disciplinaires. Le Conseil constitutionnel évoluant à pas de danse, a déjà reconnu plus d'une fois que l'application faite des exigences de clarté et de précision devait être révisée. En effet, dans une décision du 25 novembre 2011, le Conseil constitutionnel avait à travers son contrôle, laissé un certain assouplissement dans le respect du principe de clarté et de précision de la loi punitive disciplinaire. Dans cette décision, la légalité criminelle était respectée « 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 ». On constate alors un relâchement de la part du Conseil constitutionnel tout simplement parce que l'exigence de précision imposée par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme n'est pas respectée. La haute institution aurait pu être plus

¹¹⁵⁰ TA Strasbourg, 25 juin 2009, n° 0800620, *M. M.* ; 25 juin 2009, n° 0803184, *M. R.*, *AJDA*, 2009, p. 2356, concl. M. Bilocq.

¹¹⁵¹ CE, 20 mai 2011, n° 326084, *M. B.*

¹¹⁵² Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 13 janvier 2012, *préc.*

¹¹⁵³ Conseil constitutionnel, 2 juin 2017, *préc.* ; *Voy., supra*, n° 158.

ferme comme elle l'a fait dans une décision du 28 mars 2014 où elle contraint le législateur à fixer les sanctions disciplinaires « en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». Là au moins, il peut être soutenu que le Conseil constitutionnel a été plus strict dans son contrôle du respect des exigences de clarté et de précision de la loi punitive. L'intensité du contrôle en fonction de la nature des sanctions punitives évolue en dents de scie. Ce n'est pourtant pas le cas en matière de sanction pénale.

L'intensité du contrôle du respect de cette exigence en matière de sanctions civiles punitives, pour finir, n'est pas très claire. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 23 mars 2017 par souci d'efficacité de son contrôle a quand même censuré la méconnaissance du principe de légalité criminelle en condamnant le défaut de clarté et de précision. Il s'agit d'un contrôle des exigences de clarté et de précision d'une loi punitive en matière civile, plus précisément de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Par cette loi punitive, le législateur avait instauré une nouvelle obligation civile en l'assortissant d'une sanction ayant le caractère d'une punition. Quand les sénateurs requérants l'ont sollicité sur la non-conformité à la Constitution de cette loi, le Conseil constitutionnel a étonnamment censuré la sanction punitive en cause. Selon les requérants, le « référentiel normatif » au regard duquel doivent être appréciés les risques à identifier et les atteintes graves à prévenir seraient imprécis. Ce qu'a censuré le Conseil constitutionnel en décidant que la définition de ces manquements et sanctions prévues au dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi déferée est contraire à la Constitution¹¹⁵⁴. Dans sa décision, le Conseil a vaillamment affirmé que le « référentiel normatif » ne suffisait pas pour déclarer la bonne application du principe de clarté et de précision de la loi punitive civile.

Ainsi, l'intensité du contrôle des sanctions évolue certes en fonction de la gravité de l'acte, mais la variation de cette progression n'est que le résultat des différents paramètres qui entrent en jeu.

En conclusion de cette section, on retient combien l'intensité du contrôle des sanctions punitives extra-pénales peut varier selon la nature de la sanction, selon l'attribut du juge en charge contrôle – selon qu'il s'agit d'un contentieux de l'excès de pouvoir ou d'un contentieux de pleine juridiction. Même dans une même branche de droit, l'intensité du contrôle varie. La variation est plus grande qu'en matière pénale où la restriction du choix du contrôle et la condition de gravité imposée ont uniformisé relativement l'intensité du contrôle des sanctions.

¹¹⁵⁴ Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, décision n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

Le contrôle à plusieurs vitesses n'est effectivement pas lié qu'à l'intensité. Le champ du contrôle dans le cas de la sanction pénale que dans le cas des sanctions ayant le caractère d'une punition s'élargit en touchant plusieurs phases du processus.

238. Conclusion de Chapitre. Cette partie de notre étude nous a permis de distinguer les régimes de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition à travers l'appréciation de leurs contrôles. Le fondement du contrôle contient des principes cardinaux convergents et découlant de la jurisprudence constitutionnelle profondément complétée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il reste, cependant, difficile de soutenir qu'il y a une uniformité de la progression du contrôle des sanctions en droit répressif.

C'est une progression divergente de l'intensité du contrôle des sanctions qui s'en suit. D'une part, le contrôle dans le sens horizontal se répand à toutes les phases de la répression ou pour s'ouvrir à d'autres types de punitions. D'autre part, le sens vertical qui va de la vérification restreinte, timide à un approfondissement¹¹⁵⁵, une intensification. Le plus étonnant reste la vitesse à laquelle cette évolution du contrôle se manifeste. La vérification ne s'étend pas ou ne s'intensifie de la même manière et au même moment pour toutes les sanctions. Encore que dans la même catégorie de sanctions ayant le caractère d'une punition, la nature d'une sanction peut la faire profiter plus rapidement ou plus lentement du vent de l'évolution du contrôle.

Il en ressort un net renforcement¹¹⁵⁶ du contrôle des sanctions, avec une progression assez rapide en matière répressive extra pénale. Il y a quelques décennies seulement, le contrôle était quasi inexistant dans certains domaines. La distinction des régimes à travers leurs contrôles ne nous fait alors pas tirer une conclusion de grands déséquilibres entre le contrôle de la sanction pénale et le contrôle des sanctions ayant le caractère d'une punition. S'il n'y a pas de contrôle parfait des sanctions, on peut en revanche affirmer qu'en droit pénal et en droit répressif extra-pénal, les sanctions contestées sont « de plus en plus » et « de mieux en mieux » contrôlées.

239. Conclusion de Titre. Derrière l'apparente simplicité de la distinction des sanctions par leurs régimes se révèle ainsi une profonde complexité dans la comparaison. Il s'agit bien de

¹¹⁵⁵ L. SEUROT, « Le contentieux de la sanction administrative insuffisamment sévère », *RFDA*, janvier-février 2021, p. 54.

¹¹⁵⁶ S. ETOA, « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », *AJDA*, 2012, p. 358 ; M. GUYOMAR, « Sanctions administratives et contrôle du juge », *JCP Adm.*, 2013, p. 2079.

dépasser l'assimilation constitutionnelle¹¹⁵⁷ des sanctions ayant le caractère d'une punition à la sanction pénale et de raisonner en termes d'organes, de garanties et de contrôle sur contestation.

D'abord, la nature des organes de sanctions et l'organisation des fonctions répressives font des facteurs déterminant de la caractérisation des sanctions une source de différenciation des régimes. Cependant, les garanties applicables à la sanction pénale et élargies aux sanctions ayant le caractère d'une punition créent une sorte de partage de règles communes formant un tout cohérent. Et ceci, malgré la disparité dans la rigueur d'application de ces garanties aux sanctions. Tout processus répressif est aujourd'hui soumis à l'application des mêmes garanties, sans compter que toute sanction punitive qui en ressort peut sur contestation être soumise à un contrôle de plus en plus renforcé et uniformisé. C'est enfin ce troisième élément de la mise en œuvre des régimes des sanctions. Il atteste davantage d'une sorte d'harmonisation des régimes en raison du renforcement du contrôle des sanctions ayant le caractère d'une punition avec des variations de vitesses encore plus élevées que celui de la sanction pénale. Et ceci, en dépit des points de différenciation relevés.

Ces éléments illustrent, une fois de plus, les rapports qu'entretiennent la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition.

240. Conclusion de Partie. L'analyse critique de la distinction de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition confirme, à bien y regarder, une sensation probable. D'un côté, une première approche nous rapproche à l'assimilation des deux types de sanctions. Les finalités de répression et de prévention des sanctions, en effet, génèrent tantôt des résultats de ressemblance et de dissemblance des sanctions. La finalité de répression laisse chez l'observateur un sentiment d'assurance d'un profond rapprochement des punitions qu'infligent le juge pénal et les autorités répressives extra-pénales. Cette assurance s'active même avec la distinction des sanctions par la finalité de prévention générale. Ce n'est que par la finalité préventive spéciale que s'effrite cette assurance de ressemblance des sanctions. Il est indéniable que les punitions qu'infligent l'autorité judiciaire répressive et les autres autorités sanctionnatrices non judiciaires ou non juridictionnelles poursuivent majoritairement les mêmes objectifs. Les personnes sanctionnées connaissent le même type de souffrance due au même caractère punitif¹¹⁵⁸ des sanctions. Cette ressemblance n'est que plus que logique et reflète bien la réalité plantée par le Conseil constitutionnel.

¹¹⁵⁷ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, *préc.*, considérant n° 15 ; Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, *préc.*, considérant n° 36 ; Conseil constitutionnel, 12 août 2004, *préc.*, considérant n° 22.

¹¹⁵⁸ Voy., *supra*, note n° 76.

La seconde approche, conforte considérablement ce résultat de la distinction des finalités. L'étude approfondie des régimes des sanctions ayant le caractère d'une punition à l'image de celui de la sanction pénale a démontré certes que les organes de sanctions fonctionnent différemment. Cependant, les garanties et les contrôles des sanctions sur contestation réservent une cohérence dans la répression des fautes répréhensibles et des infractions pénales. Cette harmonisation des sanctions cache une ressemblance des sanctions pénales et extra-pénales. Une ressemblance des sanctions manifestée par leurs finalités de répression, leurs finalités de dissuasion générale et leurs régimes.

Partant, une question essentielle naît naturellement de ce rapprochement des sanctions. Quelle articulation peut-on faire de ces sanctions semblables afin de ne pas se retrouver à répéter la même chose pour les mêmes faits sanctionnés doublement (Seconde partie)?

SECONDE PARTIE : L' ARTICULATION DES SANCTIONS

241. Entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition telles que les sanctions répressives disciplinaires¹¹⁵⁹, fiscales¹¹⁶⁰, administratives¹¹⁶¹ s'établit une proximité de sévérité¹¹⁶². La sévérité est d'ailleurs un critère efficient¹¹⁶³ à la qualification de peine ou de sanctions punitives. Si cette sévérité commune et caractéristique des sanctions nous a permis de relever le rapprochement¹¹⁶⁴ entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition – sanctions extra-pénales –, elle nous conduit aussi à présent à réfléchir à leur articulation.

Selon le Centre national des ressources textuelles et lexicales, l'articulation est le « mécanisme permettant à deux pièces solidaires de conserver l'une par rapport à l'autre une certaine faculté de mouvement »¹¹⁶⁵. Ce rapport permet aux répressions pénales et extra pénales, quelle que soit

¹¹⁵⁹ J.-M. BRIGANT, « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la constitution », *Gaz. Pal.*, 27 novembre 2018, n° 41, p. 16, note sous Conseil constitutionnel, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC, *M. Pascal D. [Absence de prescription des poursuites disciplinaires contre les avocats]* (L'auteur parle de la nécessité de compensation de la sévérité de ce régime répressif disciplinaire). Dans le même sens, J. MOREL-MAROGIER, « Sévérité de l'ACPR en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux », *Gaz. Pal.*, 4 août 2015, n° 216, p. 28, note sous ACPR Sanction, 21 mai 2015, n° 2015-01, *SARL Ambition des frères c/M. Akash A.* (L'auteur affirme qu'« il s'agit de la première fois qu'une sanction disciplinaire d'une telle sévérité est prononcée par l'ACPR »); L. BRIAND, « Disciplinaire des notaires et QPC : un lent développement », *Gaz. Pal.*, 16 novembre 2013, n° 320, note sous CA Lyon, 1^{ère} ch. B, 5 nov. 2013, n°s 13/07921, 13/06425 et 13/06426.

¹¹⁶⁰ J.-F. FLAUSS, « Pénalités fiscales et convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 11 mai 1994, n° 56.

¹¹⁶¹ E. DEZEUZE, E. STERU, « Manquements d'initié : la proportionnalité dissuasive des sanctions pécuniaires », *BJB*, 1^{er} septembre 2013, n° 09, p. 396, note sous AMF Sanction, 17 mai 2013, *M. André Talmon* (L'auteur soutient qu'il y a une sévérité manifeste de la sanction administrative : « Un administrateur de la société cible d'une offre publique d'achat a été sanctionné par la commission des sanctions de l'AMF à hauteur de 3,5 millions d'euros c'est-à-dire près de quatre fois le montant de ses profits réalisés, pour avoir utilisé deux informations privilégiées distinctes relatives à deux projets successifs d'offre publique d'achat et omis de déclarer ces opérations à l'AMF dans les cinq jours suivant leur réalisation »).

¹¹⁶² J.-M. BRIGANT, « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la constitution », *lot. cit.*; J. MOREL-MAROGIER, *lot. cit.*; L. BRIAND, *lot. cit.*; J.-F. FLAUSS, *lot. cit.*; E. DEZEUZE, E. STERU, *lot. cit.*

¹¹⁶³ R. OLLARD, « Pot-pourri autour de la notion de peine », *Hebdo édition privée, Lexbase*, juin 2012, note sous CJUE, 5 juin 2012, n° C-489/10. La Cour européenne (CEDH, 28 juin 1984, n° 7819/77, Série A, n° 80; CEDH, 24 février 1994, *préc.*, § 47) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 5 juin 2012, aff. C-489/10) se sont basées sur ce critère de « sévérité » pour déterminer que la mesure contestée n'était pas de nature pénale.

¹¹⁶⁴ Voy., *supra*, n° 32.

¹¹⁶⁵ Le thème « articulation » est parfois remplacé par l'« interdépendance » (O. DÉCIMA, « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ pénal*, n°s 7 et 8, juillet 2012, p. 380; Il est largement employé par la doctrine dans la volonté de freiner les cumuls non admis par la loi ou par la jurisprudence (V. OLLIVIER, E. PLANCHAT, « La Cour de cassation relance le dialogue des juges sur le cumul des sanctions fiscales et pénales », *Recueil Dalloz*, Novembre 2020; S. DETRAZ, « L'administration et le juge pénal - Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal, Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *RSC*, janvier-mars 2019, p. 47; J. CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », *op. cit.*). Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales ([241](https://www.cnrtl.fr/lexicographie/articulation#:~:text=ARTICULATION%2C%20subst.-,f%C3%A9m.,uns%20aux%20autres%60%60%20(M%C3%A9d, consulté le 16 août 2022).</p>
</div>
<div data-bbox=)

l'intensité de leur rapprochement ou même de leur autonomie, de maintenir une faculté, une liberté de mouvement afin d'éviter les cumuls ou pluralités systématiques¹¹⁶⁶ de sanctions.

Les autorités¹¹⁶⁷ dont émanent les sanctions se tournent-elles, de ce fait, vers un choix de sanction unique ou plutôt vers un cumul¹¹⁶⁸ des sanctions ? L'organisation des systèmes répressifs favorise-t-elle une articulation entre les répressions ? De toute évidence et depuis longtemps, la doctrine¹¹⁶⁹ a ouvertement critiqué la répression excessive puisqu'il peut paraître inutile de se voir appliquer deux sanctions d'une sévérité identique. Or, justement, les sanctions construisent entre elles une réelle indépendance malgré leurs nombreux points de rapprochement¹¹⁷⁰. L'indépendance des sanctions nourrit sans cesse leur cumul.

Dans ces conditions, il nous paraît nécessaire de procéder plutôt à la mise en œuvre de l'articulation des sanctions (Titre I) au lieu de s'en tenir aux insuffisances de l'encadrement du cumul des sanctions. Ceci, en répondant à plusieurs interrogations délicates mais essentielles : Faut-il persister dans un système de validation du cumul qui a montré ses failles ? Faut-il s'arrêter à la critique en cas d'invalidation du cumul ? N'y a-t-il pas de possibilité de prévenir, d'éviter le cumul des sanctions ? En cas d'échec de la prévention du cumul, quels types d'instruments permettent de prioriser la mise en place d'une interdépendance entre les sanctions plutôt qu'une simple répétition ou un cumul ?

¹¹⁶⁶ Le thème « articulation » est parfois remplacé par l'« interdépendance » (O. DÉCIMA, « Pour l'articulation des sanction pénales et disciplinaires du médecin », *op. cit.*). Il est largement employé par la doctrine dans la volonté de freiner les cumuls non admis par la loi ou par la jurisprudence (V. OLLIVIER, E. PLANCHAT, « La Cour de cassation relance le dialogue des juges sur le cumul des sanctions fiscales et pénales », *op. cit.* ; S. DETRAZ, « L'administration et le juge pénal - Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal, Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *op. cit.* ; J. CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? *op. cit.*).

¹¹⁶⁷ Le législateur, le juge ou l'autorité répressive (E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, éd. LexisNexis, 2^{ème} éd., 2015, pp. 126 ; 130 et s).

¹¹⁶⁸ Notion évoquée de façon éparpillée dans la loi et utilisée couramment par la jurisprudence, sans être profondément défini. Dans sa thèse, Leslie NARDARI évoque l'« absence du cumul des sanctions » (L. NARDARI, *Le cumul des sanctions*, préc., p. 13). C'est le « fait de réunir plusieurs éléments distincts ». Le cumul de peines est un « système en vertu duquel en cas de pluralités d'infractions, la peine la plus grave n'absorbe pas les moins graves ». En effet, lorsqu'il y a une pluralité d'infractions soumise au juge pénal, il peut tenir compte de la spécificité du concours en choisissant soit de ne pas cumuler les peines et de ne retenir que la peine la plus sévère, soit prononcer la peine la plus forte, mais en l'aggravant encore du fait de l'existence du concours (E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, éd. LexisNexis, 2^{ème} éd., 2015, pp. 186-187). Avec le nouveau code pénal, le législateur a opté pour un cumul limité des peines consacré aux articles 132-3 et suivants du Code pénal, en tenant compte de l'hypothèse où les infractions entrent en concours lors d'une procédure unique ou devant plusieurs juridictions.). Aujourd'hui, le législateur a opté pour une autre solution. Cette définition est disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (<https://www.cnrtl.fr/definition/cumul>) Consulté le 04 juin 2021).

¹¹⁶⁹ P. MARINI, « La modernisation du droit des sociétés », *op. cit.*

¹¹⁷⁰ Voy., *supra*, n^{os} 32 et s.

A l'issue de cette mise en œuvre de l'articulation des sanctions qui sera sans doute confrontée à la question de l'uniformisation des techniques développées face aux particularités rencontrées dans chaque domaine répressif, la solution ne pourra, à notre humble avis, être que l'amélioration de l'articulation (titre II). Il faudra alors proposer des méthodes qui ne sont plus seulement fermées sur un ou quelques domaines, mais ouvertes sur l'ensemble de la matière répressive. À cette fin, la voie d'une nouvelle législation sera préférée aux pistes exclues telle que l'alternative des sanctions ?

TITRE I : LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICULATION

242. La validation de la pluralité ou du cumul des sanctions est obligatoirement soumise à des conditions prévues dans l'ordre juridique interne et sur le plan international. Il s'agit sur le plan interne du principe de nécessité et de proportionnalité des peines¹¹⁷¹ consacré à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Sur le plan européen, la règle *non bis in idem*¹¹⁷² s'inscrit dans le même esprit de sécurité juridique que l'article 8 précitée et signifie que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits. Néanmoins, ces normes sont insuffisantes¹¹⁷³ face aux manifestations¹¹⁷⁴ de l'indépendance des sanctions marquées par l'indépendance des actions répressives concomitantes et successives¹¹⁷⁵.

L'objectif est d'empêcher le cumul des répressions insusceptibles de *validation*, soit de faire en sorte que la pluralité qui n'a pas pu être évitée puisse laisser place à une interdépendance des sanctions. Dans ces conditions, il est nécessaire de réfléchir à l'évitement du cumul des sanctions (Chapitre 1^{er}). Et si le cumul ne peut être évité, il faut préparer l'organisation du cumul dans le sens d'une articulation des répressions (chapitre 2).

¹¹⁷¹ Voy., *supra*, n° 194 et s.

¹¹⁷² Le principe *non bis in idem* est consacré par l'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le Pacte international des Droits civils et politiques de 1966, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

¹¹⁷³ Même si les dispositions de l'article 8 de la DDHC et la règle *non bis in idem* conditionnent le cumul répressif, le principe *non bis in idem* n'empêche pas les cumuls invalidés. Non seulement il est souvent écarté par la Cour de cassation surtout en cas d'intervention de réseaux répressifs différents (Crim., 9 avril 2015, *préc.*) et bien qu'elle ne soit interprétée de la matière pour chaque réseau répressif. Il est aussi dépourvu de valeur constitutionnelle (Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 25 février 2010, décision n° 2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*). Il connaît surtout une divergence d'interprétation (J. CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? *op. cit.*). Ce qui a pour conséquence son application « discutable » (M. COLLET, « Le cumul des sanctions pénale et fiscale », *RDP*, janvier 2018, n° 1, pp. 49 et s.).

¹¹⁷⁴ Voy., *supra*, n° 34.

¹¹⁷⁵ *Ibidem*.

Chapitre 1. L'évitement du cumul des sanctions

243. L'objet de ce chapitre est de montrer que le mode de répartition du contentieux pénal et extra pénal est déterminant pour prévenir le cumul des sanctions et pour expérimenter le plus possible l'articulation des répressions pénales et des répressions mixtes – pénale et extra pénale.

Il y a une opportunité¹¹⁷⁶ à agir en faveur d'une prévention du cumul des répressions dès l'étape des poursuites. Le législateur devrait, selon nous, légiférer en visant davantage cette phase des processus répressifs afin de prendre le devant des choses pour freiner plus tard le risque de cumul de sanctions ou pour atténuer sa portée. Le Conseil constitutionnel par sa décision du 18 mars 2015¹¹⁷⁷ n'a-t-il pas déjà réussi à imposer au législateur français de *prévenir légalement le cumul*¹¹⁷⁸ en matière d'infractions d'initié ? De plus, une procédure ne peut être déclenchée sans une caractérisation de l'interdit ou du fait répréhensible. La phase de la qualification¹¹⁷⁹ de l'infraction est donc tout aussi importante dans la prévention de cumul de sanctions.

La prévention du cumul des sanctions intervient, de ce fait, au stade de qualification et de poursuite. La prévention consiste alors à répartir le contentieux de manière à *éviter* la pluralité de qualifications¹¹⁸⁰ et la pluralité de poursuites¹¹⁸¹ lorsque celles-ci ne sont pas nécessaires et justifiées. Des méthodes d'élimination de toute cause de cumul de qualifications ou de cumul de procédures ont été pensées, pour la répartition du contentieux. Elles sont inspirées des conditions de validation¹¹⁸² de cumul des sanctions et sont surtout globalement jurisprudentielles. L'enjeu ici, par conséquent, est de ne pas se perdre dans une étude qui se fige à découvrir tout simplement ces moyens d'élimination de pluralité de qualifications et de pluralité de poursuites. Il est important de les approfondir en dirigeant l'analyse dans le sens de

¹¹⁷⁶ Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « s'agissant de faits punissables aussi bien sur le terrain du droit pénal que sur celui du droit administratif, la manière la plus sûre de veiller au respect de l'article 4 du Protocole n° 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau ... » (CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*).

¹¹⁷⁷ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹¹⁷⁸ La loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, réformant le système de répression des abus de marché : JORF n° 0144, 22 juin 2016 : *BJB*, juillet 2016, p. 323, note Conac P.-H. ; E. DEZEUZE, « Vade retro, ne bis in idem », *BJB*, 1^{er} janvier 2018, n° 01, p. 10.

¹¹⁷⁹ C'est l'opération consistant à confronter les faits délictueux avec les diverses variétés de faits réprimés par la loi pénale, en leur donnant l'appellation légale qui leur convient (<https://www.cnrtl.fr/definition/qualification>, consulté le 28 octobre 2021).

¹¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹¹⁸¹ Voy., *infra*, n°s 249 et s.

¹¹⁸² Le principe de nécessité des peines prévue à l'article 8 de la DDHC et le principe européen *non bis in idem* prévu à l'article 4 du protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

leur évaluation en termes d'efficacité, de productivité, à travers le temps et surtout l'espace – pénal et extra pénal.

La question qui se pose alors est celle de l'évaluation de l'efficacité de la répartition du contentieux pénal et extra pénal en termes de prévention du cumul de sanctions mixtes¹¹⁸³ – sanction pénale et sanction ayant le caractère d'une punition ?

Pour autant que cette prévention nécessitée puisse s'avérer efficace, il sera pertinent de faire la lumière sur ce qu'il y a lieu de prévenir ; c'est-à-dire sur le cumul de qualifications et le cumul de poursuites (Section préliminaire), manifestation de l'indépendance des sanctions.

Ensuite, la répartition préventive du contentieux pénal et extra-pénal ne peut commencer qu'à la phase de la qualification. Ce qui justifie la nécessité d'une répartition préventive « substantielle » du contentieux pénal et extra pénal (Section 1). Le choix de ce qualificatif « substantiel », d'ailleurs utilisé par certains auteurs¹¹⁸⁴, se justifie par le fait que ce mode de prévention du cumul est directement rattaché à la base même, à la substance de la sanction. Sans cette phase de qualification, il n'y a pas de procès pénal et de sanction. Dans le contexte de notre travail, lorsqu'entrent en collision plusieurs réseaux répressifs pour le même fait commis par le même individu, il convient alors d'agir sur la substance même de la répression. Il revient essentiellement à cette phase d'agir sur la qualification – en répartissant sur ce point le contentieux, afin de prévenir la pluralité de qualifications pénales et extra pénales. Suivra logiquement, la prévention du cumul des poursuites, autrement dit, sur le plan procédural (Section 2).

Section préliminaire : L'indépendance des actions répressives liée à une faible réceptivité de la règle de l'autorité de la chose jugée

244. Une indépendance des actions répressives marquée par la concomitance ou la succession des actions. Comme précisé plus haut dans la partie introductive de notre étude, la pluralité d'interventions se matérialise par une concomitance ou une succession¹¹⁸⁵ d'actions répressives mixtes¹¹⁸⁶.

¹¹⁸³ Voy., *supra*, n° 35 et note n° 228.

¹¹⁸⁴ J. CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème *de non bis in idem* ? » *op. cit.* ; L. NARDARI, *Le cumul des sanctions*, *op. cit.*, p. 349.

¹¹⁸⁵ Voy., *supra*, n° 241.

¹¹⁸⁶ *Ibidem*.

La concomitance et la succession représentent la même situation : un doublement ou une pluralité de procédures pour les mêmes faits devant plusieurs juges ou autorités répressives compétentes. La différence entre ces deux sortes de pluralités se situe au moment du déclenchement de la seconde action répressive. La succession d'actions répressives ou de poursuites s'assimile à la survenance d'une seconde poursuite après qu'une première a été déclenchée, c'est-à-dire *l'une après l'autre*. *A contrario*, pour les cas de concomitance, les actions répressives sont déclenchées *au même moment*¹¹⁸⁷.

Dans tous les cas, cette situation de pluralité d'actions répressives est solidement justifiée dans les cas de pluralité mixte – pénale et extra pénale. Elle est justifiée par une validation opérée par la Cour de cassation¹¹⁸⁸ et le Conseil constitutionnel¹¹⁸⁹. Elle est, de plus, appuyée par une consécration législative spécifique à chaque système répressif¹¹⁹⁰ et par des critères tels que celui de la distinction de valeurs et intérêts protégés¹¹⁹¹. Au-delà de cette justification, la concomitance et la succession des actions répressives résulte d'un manque d'adaptation de la règle de l'autorité de la chose jugée au contexte.

245. Concomitance ou succession : *a priori* un effet de l'inadaptation de la chose jugée en dehors du droit pénal. Cette validation de la pluralité de poursuites est justement la preuve du défaut de soumission des autorités répressives extra pénales à la décision du juge pénal et vice versa. L'application de la règle de l'autorité de la chose jugée est mise à mal dans cette sphère. L'influence d'une première condamnation pénale sur un autre de nature

¹¹⁸⁷ L. NARDARI, *op. cit.*, p. 421.

¹¹⁸⁸ Crim., 6 novembre 1952, *Recueil Dalloz*, 1953, p. 38 ; CE, 15 janvier 1951, *Dame Faure* : En matière disciplinaire, la juridiction pénale et la juridiction disciplinaire peuvent ainsi être saisies de façon cumulée

¹¹⁸⁹ Concomitance des poursuites pénales et administratives validée par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, 14 janvier 2016, *op. cit.*).

¹¹⁹⁰ Article R. 5015-1 du Code de santé publique : selon les dispositions de l'article L. 4126-5 du Code de Santé publique, l'exercice de l'action disciplinaire en matière médicale n'empêche ni les poursuites pénales, ni les actions civiles en réparation d'un délit, ni l'action disciplinaire devant l'administration dont dépend le professionnel. Il en est de même pour les pharmaciens qui, en cas de manquement disciplinaire pourront être poursuivis devant la juridiction disciplinaire sans préjudice des poursuites pénales qu'ils seraient susceptibles d'entraîner.

¹¹⁹¹ Qu'il s'agisse de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat ou récemment encore du Conseil constitutionnel, ces hautes juridictions valident la différence entre deux dispositifs de poursuite par ce critère. Le Conseil d'Etat dans une décision du 18 mars 2019 a déclaré la concomitance de deux poursuites déclenchées devant deux juridictions différentes – pénale et disciplinaire – complètement conforme au principe de nécessité des peines. Il s'est à cet effet appuyé sur une distinction des valeurs et intérêts protégés par l'action pénale et l'action disciplinaire. Pour le même manquement commis par un professionnel de santé, la première action protège ainsi la société dans son ensemble contre des personnes usant de tromperie. La seconde vise à faire respecter la moralité et la probité indispensables à l'exercice de la profession de santé (CE, 18 mars 2019, n° 424610).

De toute évidence, ce raisonnement fondé sur les valeurs sociales est souvent utilisé dans différents systèmes répressifs pour justifier l'indépendance manifestée par une pluralité de poursuites comme en matière électorale (Conseil constitutionnel, 17 mai 2019, n° 2019-783 QPC, *M. Nicolas S. [Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle]*).

administrative ou disciplinaire appelle à la clémence¹¹⁹² quand il s'agit de la poursuite des mêmes faits. La jurisprudence constitutionnelle et européenne autorise le cumul des actions pénales et extra-pénales, sous certaines conditions¹¹⁹³. Cette clémence assouplit la contrainte de la chose jugée au pénal sur les autres actions répressives extra-pénales. L'autorité disciplinaire, par exemple, n'est pas soumise à une obligation de subordonner sa propre décision à une décision du juge pénal. Et ceci, parfois même si la décision du juge pénal présente un caractère définitif¹¹⁹⁴. Si l'autorité administrative a la faculté d'attendre l'issue de la procédure, elle n'est, toutefois, pas tenue par la chose jugée au pénal. L'administration reste tout à fait libre de poursuivre un fait ayant déjà fait l'objet de sanction définitive par le juge pénal. Quelques conditions viennent limiter cette autonomie¹¹⁹⁵.

Au premier abord, la chose jugée semble être une règle inadaptée à la matière répressive extra-pénale qui semble peu réceptive. Quelle est alors la source réelle de cette faible réceptivité de la chose jugée ?

246. Variation de l'indépendance des autorités de poursuite les unes vis-à-vis des autres, en fonction des domaines répressifs. Dans l'exercice de l'action pénale, le parquet reste indépendant vis-à-vis des autres autorités de poursuites en cas de contentieux pénal et extra-pénal et vice-versa. Et c'est la source même de la faible réceptivité de la chose jugée dans plusieurs systèmes répressifs. Cependant, cette indépendance du parquet revêt une intensité qui varie selon les systèmes répressifs.

D'abord, la loi peut favoriser une réception de la règle de l'autorité de la chose jugée en matière répressive. Sous l'influence de la jurisprudence en date du 18 mars 2015 interdisant les doubles poursuites et sanctions d'un même comportement sous les qualifications de délit et de manquement d'initié¹¹⁹⁶, la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché a été

¹¹⁹² Ce n'est pas le cas lorsque les faits poursuivis sont différents (E. DREYER, « La condamnation pénale », *Gaz. Pal.*, 10 mai 2022, n° 16, p. 55).

¹¹⁹³ Selon le Conseil constitutionnel, « si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, 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 » (Conseil constitutionnel, 3 décembre 2021, *préc.*, considérant n° 6). Quant aux juges européens, un tel cumul d'actions répressives mixtes impose de savoir « si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif » (CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, § 132).

¹¹⁹⁴ CE, 27 juillet 2009, *ministre de l'Éducation nationale* ; Article 44, alinéa 4 de la loi du 13 juillet 1983 ; CE, 2 février 2005, *Touchet*.

¹¹⁹⁵ CE, 15 juillet 1959, n° 16.815, *CPSS de Nantes*, T. 1088 ; 17 octobre 1977, *CPAM de Montauban*, RJS 1997, n° 1445 : La subordination de l'autorité administrative ou disciplinaire à l'établissement des faits appréciés par le juge pénal – le constat de la matérialité des faits par le juge pénal ; le sursis à statuer de la chambre criminelle en attendant la décision du juge pénal ; l'annulation d'un acte administratif par le juge administratif ; l'impossibilité de répression par le juge pénal en cas de décision définitive par le juge de l'import par un motif de fond.

¹¹⁹⁶ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

votée. Complétée par un décret d'application du 11 août 2016, l'entrée en vigueur de cette loi du 21 juin 2016 influe sur l'indépendance du parquet vis-à-vis de autres poursuites en la matière.

Ainsi, est désormais consacré par cette loi, un choix entre la procédure déclenchée par le Collège de l'Autorité des marchés financiers et celle déclenchée par le parquet national financier après une concertation préalable des autorités concernées. Ce choix est basé sur une collaboration entre les autorités de poursuite. Chaque autorité de poursuite peut, en effet, mettre en mouvement l'action publique après avoir obtenu l'accord de l'autre pour y procéder¹¹⁹⁷.

En matière d'abus de marché, l'intensité de l'indépendance du parquet est effectivement réduite. Par ricochet, la réception de la règle de l'autorité de la chose jugée en la matière se retrouve élevée. Il s'agit d'une influence plus rigoureuse de la règle favorisée par la loi.

En matière fiscale, pour les cas de manquements « les plus graves »¹¹⁹⁸, les contribuables font l'objet de deux types d'actions répressives – fiscale et pénale – successives. Certes la successivité des poursuites fiscales et pénales marque ici leur autonomie, mais la procédure est particulière. Selon la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, pour que l'action pénale soit déclenchée par le parquet, c'est l'administration qui doit lui énoncer, après saisine de la Commission des infractions fiscales. C'est elle qui désigne les infractions les plus graves¹¹⁹⁹. Dans tous les cas, l'indépendance des actions répressives est réduite en la matière, par l'effet de la loi comme en matière d'abus de marché.

Par conséquent, la réception de la règle de la chose jugée en matière répressive est variée ainsi que l'intensité de l'indépendance des sanctions répressives. La loi comme la spécificité d'un domaine répressif peuvent influencer cette réceptivité. L'indépendance des actions répressives varie alors en fonction des systèmes répressifs.

247. Réception variée de la règle de la chose jugée : réception plus rigoureuse en matière fiscale, en cas de décision définitive. La réception de la règle de la chose jugée s'est progressivement développée en matière fiscale. En effet, la Cour de cassation avait toujours

¹¹⁹⁷ L'accord de l'autre autorité de poursuite doit être recueilli dans un délai de deux mois. En cas de désaccord, c'est le procureur général près la Cour d'Appel de Paris qui décide de la voie procédurale à choisir dans un délai d'un mois (Article L. 465-3-6 du Code monétaire financier ; Délais consultés le 05 juillet 2021 sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers) <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/un-nouveau-systeme-pour-la-repression-des-abus-de-marche-en-france>.

¹¹⁹⁸ Critère de gravité des faits adopté par le Conseil constitutionnel pour imposer une sanction pénale en complément d'une sanction fiscale (Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.* ; Crim., 24 juin 2020, *préc.*).

¹¹⁹⁹ En effet, depuis la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, l'opportunité des poursuites des fraudes fiscales a laissé place à une obligation incombant à l'administration de transmettre automatiquement les cas de fraude les plus graves.

prôné l'indépendance de la poursuite fiscale et de la poursuite pénale, notamment en 2012¹²⁰⁰. De manière progressive, l'indépendance des poursuites fiscales et pénales a créé une situation anormale. Pour cette raison, l'incohérence de l'indépendance excessive des poursuites a été recadrée. En effet, en 2016 par deux requêtes différentes de contestations de cumul de sanctions pénales¹²⁰¹ et de majorations d'impôts¹²⁰², le Conseil constitutionnel¹²⁰³ a dû répondre en se prononçant sur la question de l'indépendance des poursuites. Le juge constitutionnel déclare contraire au principe de nécessité des délits, la condamnation pour fraude fiscale d'un contribuable alors que ce dernier aurait été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive.

Les sanctions pénales prévues à l'article 1741 du Code général des impôts s'appliquent certes indépendamment des sanctions fiscales applicables, mais désormais à partir de cette jurisprudence, la règle de chose jugée intervient en cas de décision définitive du juge pénal et s'oppose au déclenchement de poursuites fiscales. Le juge fiscal doit aussi surseoir à statuer pour attendre la décision du juge pénal. D'ailleurs, l'autorité sanctionnatrice peut être tenue par une décision pénale devenue définitive, même si cette décision n'était que provisoire au moment du prononcé de la première décision¹²⁰⁴. Cette exclusion des sanctions fiscales, face aux sanctions pénales est bien la preuve de l'effort d'articulation entre les deux procédures fiscale et pénale et par conséquent de réception de la règle de la chose jugée.

Toutefois, il est important de se demander si la réception de cette règle est toujours valable dans le sens inverse. Le juge pénal est-il soumis également au respect de la chose jugée lorsque c'est le juge fiscal qui a été saisi en premier ? Doit-il surseoir à statuer en attendant la décision du juge fiscal ?

En la matière, la Cour de justice des communautés européennes a été la première à évoquer la question en appliquant la charte des droits fondamentaux et en déclarant que rien ne s'oppose à ce qu'une sanction fiscale et une sanction pénale soient successivement prononcées sous réserve que la première ne revêt pas un caractère pénal¹²⁰⁵.

¹²⁰⁰ Crim., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-85.280, *Inédit*. Pour cette juridiction, les décisions du juge fiscal ne liaient pas la Cour de cassation. C'est pour cette raison que même lorsqu'un contribuable était déchargé de l'impôt, il pouvait quand même être condamné pour les mêmes infractions de fraudes fiscales (V. DUSSART, « Cumul des sanctions pénales et fiscales, une validation constitutionnelle définitive ? », *Lexbase*, juillet 2016, n° 664).

¹²⁰¹ Sanctions prévues à l'article 1741 du Code général des impôts.

¹²⁰² Majorations d'impôt prévues par l'article 1729 du Code général des impôts.

¹²⁰³ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

¹²⁰⁴ CE, 16 février 2018, n° 395371 ; CE, 5 juillet 1996, n° 129448 ; S. DETRAZ, « La force d'une condamnation pénale non définitive », *Gaz. Pal.*, 10 mai 2022, n° 16, pp. 55 et s.

¹²⁰⁵ CJUE, 26 février 2013, n° C-617/70, *Aklagaren c/ Hans Akeberg Fransson* ; CJUE, 20 mars 2018, *préc.* ; O. DUFOUR, « Le juge pénal n'entend pas être un juge « résiduel » en matière fiscale », *LPA*, 4 octobre 2016, n°

La Cour de cassation, auparavant, avait retenu que la décision du juge de l'impôt n'avait pas autorité de chose jugée à l'égard du juge pénal. Ce dernier n'avait pas à surseoir à statuer jusqu'à la décision définitive du juge fiscal¹²⁰⁶. Avec le temps et par le choix de l'articulation des poursuites pénales et fiscales opéré par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a déclaré que sa jurisprudence prohibant tout sursis à statuer doit être infléchie pour limiter le risque de contrariété de décisions au regard de l'exigence posée par cette réserve¹²⁰⁷. Ainsi, la chose jugée au fiscal s'impose au juge pénal lorsqu'un risque de contrariété de décisions a été détecté. On retient donc que cette réceptivité de la chose jugée au fiscal par le juge pénal ne s'attache ici qu'à une décision juridictionnelle présentant un caractère définitif.

C'est un bon début pour la réduction de l'indépendance des poursuites en matière fiscale qui, par rapport aux autres réseaux répressifs possède une jurisprudence plus disposée à l'articulation des sanctions.

Le caractère définitif d'une décision de la juridiction fiscale représente un moyen d'encadrement de l'indépendance des poursuites. Et c'est justement pour mettre fin aux irrégularités dues au cumul de poursuites pénales et fiscales.

248. L'encadrement de l'indépendance des actions répressives : une source d'incohérence. L'indépendance des actions répressives pose moins de difficultés que l'incohérence qui l'entoure. Une incohérence se dégage de l'usage de cette indépendance qui suscite de vives inquiétudes, car l'indépendance des poursuites est tout à fait légitimée par l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est plutôt de la réserve d'interprétation française de cette interdiction que découlent les difficultés de mise en œuvre de l'indépendance. La réserve française limite l'interdiction du cumul aux seules poursuites pénales. Ainsi, selon cette réserve, le cumul n'est interdit que lorsque les poursuites ont été déclenchées en droit pénal. En dehors du droit pénal, lorsqu'intervient une faute administrative, une faute disciplinaire ou une infraction fiscale, un double système répressif intervient en imposant une double poursuite, sous prétexte de leur autonomie l'une de l'autre. C'est donc la mise en œuvre de cette indépendance des poursuites qui est déplorée.

La concomitance et la succession des poursuites sont effectivement soutenues par de multiples circonstances qui viennent d'être d'analysées. Ce qui retient encore plus l'attention dans

198, p. 4 ; C. BERLAUD, « Indépendance des juridictions pénales et fiscales : infléchissement modéré après les QPC », *Gaz. Pal.*, 17 septembre 2019, n° 31, p. 29 ; note sous *Crim.*, 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81.980.

¹²⁰⁶ *Crim.*, 11 janvier 2006, pourvoi n° 05-82.674, *Bull. crim.*, n° 16.

¹²⁰⁷ *Crim.*, 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81.980, *Publié au bulletin*.

l'incohérence dénoncée, ce sont les contradictions qui peuvent s'observer notamment dans certaines matières comme la matière fiscale. La fréquence des revirements et réajustements de la jurisprudence européenne et interne montre à quel point l'indépendance des poursuites est une situation complexe.

A ce propos, par son arrêt *Serguei Zolotoukhine*, la Grande chambre de la Cour qui a été confrontée à la remise en cause de l'article 4 du Protocole n° 7, avait dû définir plus précisément sa portée. L'interdiction de doubles poursuites consacrée par cet article « entre en jeu lorsque de nouvelles poursuites sont engagées et que la décision antérieure d'acquittement ou de condamnation est déjà passée en force de chose jugée »¹²⁰⁸. Pour un contournement de cette règle jurisprudentielle ainsi définie, le gouvernement Norvégien dans un cas de double poursuites – fiscales et pénales – va soutenir qu'il s'agit de « procédures parallèles », c'est à dire indépendantes. C'est justement pour cette raison que la cour européenne des droits de l'homme propose aujourd'hui une complémentarité¹²⁰⁹ des poursuites afin de favoriser l'articulation des sanctions.

En conclusion de cette section, la succession ou la concomitance des actions répressives provient de l'adaptation inachevée de la règle de l'autorité de la chose jugée à la globalité de la matière répressive. Toutefois, certains domaines par leur spécificité, la gravité des fautes à sanctionner ou encore par la loi, reçoivent plus rigoureusement cette règle de l'autorité de la chose jugée. D'ailleurs, l'incohérence qui entoure le déploiement du principe d'indépendance des actions répressives est une explication à ce qui entretient le cumul des sanctions malgré les avancées apportées par la jurisprudence et la loi.

A présent, la priorité est de réfléchir à la *prévention du cumul des sanctions* en évitant d'abord le cumul des qualifications.

Section 1 : Répartition substantielle du contentieux pénal et extra pénal

249. Le modèle de répartition substantielle du contentieux en droit pénal : la méthode du choix de qualification. Ici, nous comptons analyser de la prévention en termes d'élimination de toute cause de cumul liée à la pluralité de qualifications des faits répréhensibles. Si la pluralité de qualifications favorise souvent¹²¹⁰ le cumul de sanctions, la

¹²⁰⁸ CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹²⁰⁹ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

¹²¹⁰ Une double qualification ne conduit pas toujours à un cumul de répressions. Mais un cumul de répressions vient toujours d'un cumul de qualifications.

prévention de sa survenance consiste à répartir le contentieux de manière à opter pour une qualification *unique*. Le Conseil constitutionnel a retenu en revanche que « le principe de nécessité des peines n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales »¹²¹¹. Le juge constitutionnel a ainsi indirectement rejeté l'application du *non bis in idem* en matière de cumul des qualifications¹²¹². Ce principe n'interdit pas le cumul de qualifications.

Progressivement, la jurisprudence a, par conséquent, mis en œuvre des méthodes pour solutionner la pluralité des qualifications à travers une qualification unique. Ces méthodes de prévention substantielle du cumul consistent ainsi à éliminer toute raison ou toute cause substantielle de pluralité, lors de la répartition du contentieux.

Dans ce contexte, une méthode du *choix de la qualification* a été instaurée selon la règle jurisprudentielle d'unicité de qualification. Cette règle de l'unicité de qualification connaît dans sa mise en œuvre un bémol. Il est relatif aux difficultés liées à l'*identité des faits*¹²¹³. C'est-à-dire au « *idem* ». La problématique de la notion de « même fait » est d'ailleurs au cœur de la question de la chose jugée. Cette dernière fait, en effet, de l'identité de cause l'une de ses conditions. Ce qu'a traité avec clarté M. DÉCIMA dans sa thèse, en soutenant « l'insuffisance des critères classiques de l'identité des faits »¹²¹⁴. Cette méthode du choix de qualification est cependant circonscrite au contentieux pénal et n'est consacrée qu'au cumul de qualifications « purement »¹²¹⁵ pénales¹²¹⁶. Notre étude portant à ce stade sur la prévention du cumul de

¹²¹¹ Conseil constitutionnel, 25 février 2010, *préc.* ; E. DREYER, S. DETRAZ, « Chronique de jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 6, p. 14.

¹²¹² Même si le principe *non bis in idem* encadre le cumul des sanctions, elle n'est pas reconnue comme un droit fondamental à valeur constitutionnelle en termes de prévention de la pluralité de qualifications et de poursuites (Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*).

¹²¹³ F. FOURMENT, « Faire et défaire les qualifications, c'est toujours qualifier. Brèves remarques sur le principe *Ne bis in idem* tel qu'appliqué aux conflits de qualifications pénales », *Gaz. Pal.*, 4 février 2020, n° 05, p. 87 ; R. MESA, « Concours et cumul de qualifications contre règle *non bis in idem* », *Gaz. Pal.*, 16 février 2016, n° 07, p. 18, note sous *Crim.*, 8 décembre 2015, pourvoi n° 14-85.548, *Bull. crim.*, n° 278 et *Crim.*, 9 décembre 2015, pourvoi n° 15-83204, *Bull.* 2016, n° 840, *Crim.*, n° 586.

¹²¹⁴ O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, préf. Ph. CONTE, éd. Dalloz, LGDJ, coll. Nouvelle collection de Thèses, vol. 74, 2008, pp. 23 et s.

¹²¹⁵ Nous utilisons ici l'expression « purement » pour désigner deux procédures déclenchées successivement dans le même réseau répressif. Il peut s'agir de plusieurs procédures toutes déclenchées devant le juge pénal ou déclenchées devant une même autorité répressive non pénale.

¹²¹⁶ Premièrement, la règle *non bis in idem*, dans sa formulation s'oppose seulement au cumul de poursuites et au cumul des peines. Il n'empêche pas le cumul des qualifications.

Deuxièmement, ce principe connaît une réserve émise par la France. Cette réserve réduit l'application de la règle en droit français aux infractions relevant de la compétence des juridictions statuant en matière pénale. Ce qui signifie que l'application du principe *non bis in idem* est réservée seulement aux infractions pénales. Sont donc exclues les infractions répréhensibles dans d'autres systèmes répressifs et susceptibles de sanctions ayant le caractère d'une punition. C'est ce que rappelle la note explicative des arrêts rendus en matière de fraude fiscale et de cumul idéal par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 11 septembre 2019. Aux termes de la jurisprudence constante de la Cour, le principe du *non bis in idem* en fonction de la réserve « n'interdit pas le

sanctions pénales et extra pénales, il convient alors de se recentrer sur les cas de qualifications mixtes – pénale et extra pénale.

Le but est d'analyser par conséquent les modes de répartition du contentieux de sorte que le même comportement ne soit pas incriminé injustement par des systèmes répressifs mixtes.

250. La répartition substantielle du contentieux pénal et extra-pénal : la prévention de cumul de qualifications « mixtes ». Le maintien d'une seule qualification est toujours au cœur de la répartition substantielle du contentieux, lorsqu'interviennent plusieurs réseaux répressifs. Le 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel interdit les doubles poursuites et sanctions d'un même comportement sous les qualifications de délit et de manquement d'initié¹²¹⁷. Sous la tension de cette décision qualifiée d'« historique »¹²¹⁸ le législateur est intervenu en votant la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 pour modifier le système de répression des abus de marchés. Cependant, le juge constitutionnel a été confronté une nouvelle fois en 2016, à la question de pluralité de poursuites découlant de plusieurs réseaux répressifs – pénal et fiscal. Il a dû faire face à la *réserve d'interprétation*¹²¹⁹ formulée par la France sur le principe *non bis in idem*. C'est pourquoi à partir des affaires *Cahuzac*¹²²⁰ et *Wildenstein*¹²²¹, le Conseil constitutionnel a émis des réserves d'interprétations¹²²². Le but était que la conformité du système répressif de cumul aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines soit maintenue¹²²³. Ces réserves sont essentielles à la prévention du cumul de qualifications des mêmes faits par des systèmes répressifs différents.

251. La prévention de cumul de qualifications « mixtes » : la méthode jurisprudentielle de la distinction des faits. S'il y a une chose sur laquelle s'accorde le principe de nécessité des

prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux peines infligées par le juge répressif ». Ce qui signifie que si le cumul de sanctions pénale et fiscale n'est pas interdit par le principe, le cumul de qualifications non plus puisque la sanction est une finalité de l'incrimination. Par conséquent, non seulement le cumul de qualifications, encore moins extra pénales n'est pas empêché par le *non bis in idem*, mais le critère jurisprudentiel d'unicité de qualification non plus. E. DREYER, S. DETRAZ, *op. cit.*

¹²¹⁷ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹²¹⁸ H. Le NABASQUE, « L'audace du Conseil constitutionnel, À propos de la règle *non bis in idem* », *Revue de droit bancaire et financier*, mai-juin 2015, Repère 3.

¹²¹⁹ Le principe européen *non bis in idem* qui, rappelons-le en droit français, compte tenue de la réserve à l'article 4 du protocole n° 7 précitée, n'est applicable qu'en matière pénale.

¹²²⁰ Conseil constitutionnel, 24 juin, *préc.*

¹²²¹ *Idem.*

¹²²² Ces réserves seront élargies à plusieurs matières Conseil constitutionnel, 24 juin, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.*

¹²²³ La première réserve prohibe une condamnation pénale en cas de décharge définitive de l'impôt par le juge fiscal pour un motif de fond. La deuxième limite l'application de la loi pénale aux cas les plus graves et la troisième fixe une exigence de proportionnalité du cumul des sanctions. Nous avons déjà étudié la première réserve en étudiant la réception de la chose jugée (Voy., *infra*, n°s 256 et s.).

peines et le principe *non bis in idem*, c'est qu'il ne peut y avoir de chevauchement, de cumul de sanctions pénales ou de répressions mixtes pour les mêmes faits. Il faut donc justifier le cumul de sanctions par la répression de comportements distincts. Il constitue le gage d'une articulation des répressions respectueuse des droits fondamentaux des individus. Il en résulte la raison pour laquelle dans sa note explicative précitée en matière de fraude fiscale¹²²⁴, la Cour de cassation a pris le soin de le vérifier, avant de rendre chacune des six décisions afférentes. Elle a contrôlé si le juge pénal avait caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction pénale au regard de l'article 1741 du code général des impôts. Elle a vérifié, de même, si les faits retenus présentaient véritablement le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale complémentaire.

Ainsi, la prévention du cumul des sanctions passe effectivement par l'exigence de justification de la distinction des comportements et par l'analyse du degré de gravité des faits. Ces critères de distinction ne viennent donc pas de nous, mais de la jurisprudence et il est important de les élucider.

La distinction des faits conditionne et rationalise finalement le cumul de qualifications pénale et extra pénale à l'instar du cumul de deux qualifications purement pénales¹²²⁵.

Dans cet esprit, la répression pénale est circonscrite lorsqu'elle s'inscrit dans une procédure qui s'ajoute à une autre procédure déclenchée dans un autre système répressif. Sa circonscription face à un manquement extra-pénal se réalise par l'obligation d'appréciation de son caractère pénal. La caractérisation de l'infraction pénale à travers la caractérisation de ses éléments constitutifs s'avère alors précieuse.

Nous allons démontrer dans un premier temps que *l'élément moral* bien que contestable dans certaines matières dans la distinction des infractions pénales et manquements extra pénaux reste un critère de distinction utile à la prévention du cumul de qualifications. C'est par la suite que nous montrerons que *l'élément matériel* est fortement précieux à la distinction des infractions en termes de prévention du cumul. Cette démonstration basée sur la vérification de la caractérisation de l'élément moral et de l'élément matériel de l'infraction pénale (§ 1) ne

¹²²⁴ Crim., 11 septembre 2019, pourvois n°s 18-81980, 18-81067, 18-82430, 18-83484 et 18-84144 ; *Publiés au bulletin* ; Note explicative relative aux arrêts n° 1174, 1175, 1176, 1177, 1178 et 1179 du 11 septembre 2019 (chambre criminelle) disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹²²⁵ J.-M. MOULIN, « Cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, n° 132, 12 mai 2015, p. 7 ; R. MESA, « Autorité de la chose jugée, cumul de qualifications et de sanctions punitives : retour sur la règle *non bis in idem* », *Gaz. Pal.*, 24 janvier 2015, n° 24, p. 17 ; N. CATELAN, « Bis in idem fiscal et substantiel », *Gaz. Pal.*, 5 avril 2022, n° 11, p. 49, note sous Crim., 1^{er} décembre 2021, pourvoi n° 20-83969.

consiste aucunement à écarter cependant *la gravité du comportement* comme critère distinctif. Nous allons justement en démontrer l'efficacité dans certaines matières (§ 2).

§ 1 : Les éléments constitutifs de l'infraction : des critères de prévention du cumul de qualifications

252. L'élément moral : un critère distinctif des faits utile à la prévention substantielle du cumul. Pour caractériser l'infraction pénale, une distinction est fondée sur le caractère intentionnel. Ainsi, la directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché conditionne l'obligation de pénalisation des infractions d'abus de marché. En matière électorale aussi, la double condamnation – pénale et financière – d'un candidat en cas de dépassement du plafond de dépenses à l'élection présidentielle, est conditionnée par la même obligation. C'est-à-dire, apprécier le caractère pénal de l'infraction – préalablement sanctionnée financièrement. L'appréciation du caractère pénal de l'infraction repose, de fait, sur la preuve d'un élément intentionnel. Ce que confirme le Conseil constitutionnel dans sa décision en date du 17 mai 2019 lorsqu'il fut saisi pour se prononcer sur la loi électorale¹²²⁶ autorisant la double condamnation. Des fautes administratives peuvent constituer des délits de fraudes fiscales si les éléments matériel et intentionnel¹²²⁷ sont démontrés.

Toutefois, cette modalité de caractérisation de l'infraction pénale paraît contestable. Elle ne correspond pas à certaines matières. C'est le cas de la matière boursière où la plupart des infractions sont « le plus souvent »¹²²⁸ intentionnels. La distinction de qualifications – pénale et boursière – y est souvent difficile à établir pour justifier le cumul de répression. Ce qui ne favorise pas la prévention du cumul des répressions pénale et extra pénale de façon générale.

En fin de compte, on ne peut pas se focaliser sur la difficulté d'appréciation du caractère pénal à travers l'élément moral pour l'exclure des modalités de distinction entre l'infraction pénale et un manquement extra pénal. Surtout que cette difficulté n'est limitée qu'à certaines matières. L'élément moral aide à répondre à l'exigence de distinction des infractions. Il est bénéfique

¹²²⁶ Le point n° 3 du paragraphe I de l'article L. 113-1 du Code électoral dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 19 septembre 2000. « En instaurant une répression pénale des mêmes faits, qui exige un élément intentionnel [...] le législateur a entendu sanctionner les éventuels manquements à la probité des candidats et des élus » Conseil constitutionnel, 17 mai 2019, *préc.*

¹²²⁷ C. GARCIN, « Le droit pénal fiscal français : les principales infractions et les personnes punissables », in *Les sanctions pénales fiscales*, éd. L'harmattan, 2000, p. 47.

¹²²⁸ J. CHACORNAC, *op. cit.*

pour la prévention du cumul de qualifications et plus tard pour celle du cumul de répressions. L'incapacité de cette distinction des infractions constitue paradoxalement un gage du maintien d'une seule qualificatio, à moins qu'un autre critère de distinction entre en jeu.

253. Prévention substantielle du cumul par la modalité de distinction fondée sur l'élément matériel. Élément constitutif et partie extériorisée de l'infraction pénale, l'élément matériel¹²²⁹ sert également à distinguer une infraction pénale d'un manquement extra pénal. Ce qu'a révélé la partie de notre étude traitant de l'indépendance des sanctions¹²³⁰. Comment l'élément matériel par cette distinction, contribue à la prévention du cumul des sanctions ?

La Cour de cassation valide la distinction des faits réprimés par le droit pénal et un autre système répressif en se basant sur la démonstration de la nature des infractions. C'est pourquoi en cas de double poursuites pour fraude fiscale et pour blanchiment contre le même auteur, la Cour s'est attelée à la vérification de la caractérisation des infractions par leur nature¹²³¹.

Elle procède par un autre mode de caractérisation de l'infraction pénale, en s'appuyant sur la durée du comportement. Selon la durée, une infraction pénale peut être *instantanée*, *permanente* ou *continue*. Cette caractérisation de la durée de l'infraction pénale est un point primordial dans la mise en œuvre du régime de la prescription de l'action publique.

L'action publique est un point de distinction entre les sanctions développées plus haut à travers la particularité de l'organisation de la fonction de poursuite en dehors du droit pénal. En effet, la chambre criminelle est souvent¹²³² confrontée à la distinction de la fraude fiscale et du blanchiment en cas de double poursuite. Ce qui, d'ailleurs, a été encore le cas dans une décision 1^{er} décembre 2021 ou a été affirmé que peuvent se cumuler les qualifications de fraude fiscale par dissimulation de sommes sujettes à l'impôt et d'autoblanchiment par dissimulation du produit de cette fraude.

La Cour de cassation a, avant cela, répondu à une double interrogation en apportant un éclaircissement salutaire sur le caractère instantané et occulte de ce délit¹²³³. En partant de la définition du blanchiment consacrée à l'article 324-1 du code pénal, la Chambre criminelle répond que ce délit constitue une infraction instantanée lorsqu'il s'exécute en un trait de temps. Ainsi, la prescription de ce type de blanchiment commencera à courir le jour de sa commission

¹²²⁹ R. MESA, « Autorité de la chose jugée, cumul de qualifications et de sanctions punitives : retour sur la règle *non bis in idem* », *op. cit.*

¹²³⁰ Voy., *supra*, n°s 33-34.

¹²³¹ Note explicative relative aux arrêts n° 1174, 1175, 1176, 1177, 1178 et 1179 du 11 septembre 2019 (chambre criminelle) disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹²³² N. CATELAN, « Bis in idem fiscal et substantiel », *op. cit.*

¹²³³ Crim., 11 septembre 2019, pourvois n°s 18-81040 et 18-83484, *Publiés au bulletin*.

sauf dans les cas de dissimulation¹²³⁴ des faits. C'est justement pour cette raison que la Cour de cassation a jugé que le point de départ de la prescription était la date à laquelle le procureur de la République a pris connaissance des faits. Le prévenu était en fait poursuivi pour une opération de dissimulation de fonds découlant d'une fraude fiscale.

Tout ceci, permet désormais au juge de se baser sur cette possibilité d'application du régime de la prescription de l'action publique pour enfin la distinguer d'un manquement extra pénal, en cas de cumul de qualifications mixtes. Et ceci, en procédant à l'analyse de la durée de l'élément matériel de l'infraction pénale

En définitif, qu'il s'agisse de la nature du comportement ou de sa durée, l'élément matériel par son caractère distinctif permet soit de justifier un cumul de qualifications soit à l'opposé de se tourner vers une qualification unique lorsque la distinction ne peut être établie entre les faits. Ceci favorise également la prévention substantielle du cumul. Qu'en est du critère distinctif de la gravité des faits ?

§ 2 : Le critère de gravité des faits : un critère de prévention du cumul de qualifications

254. La circonscription de la répression pénale en cas de doublement d'actions répressives mixtes – pénale et extra pénale – se poursuit dans l'analyse de la gravité de l'infraction identifiée. La distinction des faits fondée sur la gravité des faits représentant une source d'autonomie des sanctions, est également une piste à explorer en termes de maintien d'une condamnation devant le juge pénal.

Devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, des individus ayant fait l'objet d'une double condamnation – pénale et fiscale – en appel reprochent divers points aux juges du fond, dans trois affaires. Ils reprochent au juge d'appel « d'avoir rejeté l'exception d'extinction de l'action publique fondée sur le défaut de gravité de faits d'omissions déclaratives et de les avoir déclarés coupables de fraude fiscale »¹²³⁵. Ils désapprouvent le fait « de ne pas avoir recherché si les faits présentaient une gravité suffisante »¹²³⁶, « d'avoir jugé que les faits présentaient des caractères de gravité »¹²³⁷. En réponse à ces trois contestations, la chambre criminelle a dégagé les outils de démonstration de la gravité des faits.

¹²³⁴ L'article 9-1, alinéa 5, du Code de procédure pénale.

¹²³⁵ Crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81067, *Publié au bulletin*.

¹²³⁶ Crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81040, *Publié au bulletin*.

¹²³⁷ Crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-84144, *Publié au bulletin*.

Elle retient donc en matière fiscale les critères de gravité fixés par le Conseil constitutionnel tels que le montant des droits fraudés, la nature des agissements ou circonstances de leur intervention. Il est précisé, s'agissant de ces dernières, qu'il peut s'agir notamment de celles constitutives. Non seulement, il incombe au juge pénal de justifier de la gravité des faits en motivant sa décision mais cette justification doit intervenir avant la motivation des peines prononcées. A défaut, le juge pénal est tenu de relaxer le prévenu¹²³⁸. Cette décision de la Cour de cassation montre à quel point le critère de gravité doit être considéré avec rigueur. La gravité des faits n'est pas appréciée par le simple fait que le ministère public a engagé des poursuites. Si la démonstration de la gravité des faits fait défaut, la répression pénale laisse place dans ce cas à la répression fiscale.

Cette exigence rejoint complètement la jurisprudence constitutionnelle du 24 juin 2016 dans les affaires *Jérôme Cahuzac* et *Alec Wildenstein*¹²³⁹. Le critère de distinction des faits – pénal et extra pénal – fondé sur la gravité est par conséquent nécessaire en matière fiscale. Il permet surtout de prévenir le cumul de sanctions lorsque la double condamnation n'est aucunement justifiée par le juge pénal. Tant qu'il n'y a pas d'infraction pénale justifiée par la gravité de la fraude fiscale, une seule voie répressive est possible et aucune sanction pénale ne peut venir compléter la sanction ayant le caractère d'une punition.

Par conséquent, le critère selon lequel il faut opter pour un « tout pénal » ou « tout extra pénal »¹²⁴⁰ en supprimant d'office la voie pénale par exemple n'est pas adapté en matière fiscale. En effet, supprimer d'office la voie pénale, ne laisse pas la possibilité au juge pénal d'apprécier d'abord la gravité des comportements en cause. Or cette appréciation est primordiale, même pour éviter le cumul. De plus, le critère de choix d'office d'une seule voie répressive par option du « tout pénal » ou du « tout extra pénal » méconnaît l'autonomie soutenue des sanctions fondée sur la distinction organique des sanctions développée plus haut¹²⁴¹.

¹²³⁸ Crim., 11 septembre 2019, pourvoi, n° 18-81067, note n° 36, *Publié au bulletin*.

¹²³⁹ La fraude fiscale est une infraction grave qui justifie non seulement des peines d'amende, mais aussi, le cas échéant, des peines de prison ; Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

¹²⁴⁰ Le critère du choix entre qualifications pénale et extra pénale, pour la suppression de l'une des voies répressives. En effet, dans sa décision *A. et B. contre Norvège*, la Cour européenne a relevé que « la manière la plus sûre de veiller au respect de l'article 4 du Protocole n° 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau, permettant la réunion des branches parallèles du régime légal régissant l'activité en cause, de façon à satisfaire dans le cadre d'un seul et même processus aux différents impératifs poursuivis par la société dans sa réaction face à l'infraction » (CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*). C'est l'unicité de l'action répressive qui est prioritairement encouragée. Cette voie est peut-être plus adaptable à l'étape des poursuites.

¹²⁴¹ M. NORD-WAGNER, « La double sanction des infractions boursières à l'épreuve du principe non bis in idem », *AJ pénal*, Février 2011, p. 67.

Toutefois, en matière civile, le juge prononce parfois une amende civile en fonction de la lourdeur de la faute. La lourdeur peut être confondue à la gravité de la faute puisqu'en dehors du droit pénal, les notions de lourdeur ou de légèreté sont liées intrinsèquement à la notion de faute. Ainsi le concept de faute lourde retrouvé en droit du travail¹²⁴² comme en droit du transport public¹²⁴³ fait référence à un acte ou une négligence d'une extrême gravité. Par conséquent, se fonder sur la gravité de la fraude pour distinguer une infraction pénale d'une faute civile passible de sanction civile punitive reste un exercice délicat.

Finalement la distinction sur la gravité des faits constitue un moyen efficace dans certaines matières notamment en matière fiscale pour justifier la complémentarité d'une sanction ayant le caractère d'une punition par une sanction pénale.

En fin de compte, il est évident que la prévention substantielle des sanctions n'est pas réservée qu'au droit pénal. Et même si la règle jurisprudentielle de l'unicité de qualification n'est pas applicable en cas de confrontation de plusieurs réseaux répressifs pour les mêmes faits, le maintien d'une seule voie répressive est possible.

Les critères de distinction – fondement d'autonomie – entre l'infraction pénale et le manquement extra pénal présentent, par ailleurs, une sorte d'assurance pour la répartition du contentieux pénal et/ou extra pénal. Même si la distinction des faits par la caractérisation de l'élément moral de l'infraction pénale dans un autre réseau répressif constitue un défi dans certaines matières, ce critère est approuvé par le Conseil constitutionnel¹²⁴⁴. Quant au critère de gravité des faits, son efficience est plus libérée en matière fiscale. Il reste délicat dans certains domaines comme celui des transports ou du travail en vertu des concepts de lourdeur et de *gravité* qui ne sont pas exclusifs à un réseau répressif.

Cependant, la distinction entre l'infraction pénale et le manquement extra pénal sur la base de la caractérisation de l'élément matériel est un exercice intéressant puisque le juge peut se baser sur la nature du comportement mais également sur sa durée. Néanmoins, ce critère comme les autres devrait être plus approfondi par la jurisprudence compte tenu de sa capacité à apporter des précisions en matière d'incrimination. Tout ce qui est nécessaire à la prévention du cumul des sanctions, lorsqu'il est effectif, laisse plus de chance à l'articulation des répressions.

¹²⁴² N. MAGGI-GERMAIN, « Le compte personnel de formation », *Les Cahiers Sociaux*, 1^{er} février 2015, n° 271, p. 124 ; A. MAZEAUD, « Proportionnalité en droit social ? », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 64.

¹²⁴³ J. VALLENSAN, « F. PETIT, Existe-t-il une théorie du contrat de transport ? », *LPA*, 28 novembre 2012, n° 238, p. 37 ; D. MAZEAUD, « Faute lourde et plafond légal de réparation, Faute lourde et plafond légal de réparation », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2005, n° 3, p. 673.

¹²⁴⁴ Conseil constitutionnel, 17 mai 2019, *préc.*

En conclusion de cette section, on se rend compte que la répartition du contentieux pénal et extra pénal à l'étape de la qualification se fait sur la base de règles issues du principe *non bis in idem* – inapplicables en matière de qualification. Elle se fait aussi sur la base de modalités permettant de restreindre le cumul des qualifications grâce à l'exigence de distinction entre les faits fondés sur la démonstration de la caractérisation pénale d'une infraction. Le nœud de l'équation à résoudre réside dans l'identité des faits répréhensibles. L'efficacité des modalités utilisées de part et d'autre pour empêcher la pluralité de qualifications pénales ou mixtes varie selon l'implication du législateur et du juge surtout. C'est ce dernier qui demeure le maître de la caractérisation de l'interdit dans les faits soumis à lui, grâce à sa liberté de qualification. A présent, qu'en est-il de la répartition procédurale du contentieux pénal et extra pénal ?

Section 2 : Répartition procédurale du contentieux pénal et extra pénal

255. La pluralité de poursuites, tel qu'évoquée plus haut peut être entendue comme la survenance d'une seconde poursuite après qu'une première a été déclenchée – *première forme de pluralité*. Elle peut également être un doublement ou une pluralité de procédures déclenchées au même moment, pour les mêmes faits devant plusieurs juges ou autorités répressives compétentes – *seconde forme de pluralité*. Ces deux formes de pluralité de poursuites peuvent subvenir tant dans le même réseau répressif – pénal *ou* extra pénal – que de façon transversale en impliquant deux ou plusieurs réseaux répressifs – pénal *et* extra pénal.

Naturellement, ensemble avec l'instrument de contrôle de la nécessité de la pluralité de poursuites que constitue le principe de nécessité des peines, le principe *non bis in idem*¹²⁴⁵ privilégie l'unicité de poursuite. Ce principe européen de nature procédurale interdit clairement la pluralité non justifiée de poursuites et de sanctions. C'est-à-dire qu'il interdit le « bis ». Ce principe n'a cependant pas de valeur constitutionnelle en droit français, en matière de prévention procédurale¹²⁴⁶ à l'instar de la prévention substantielle¹²⁴⁷. Dans ce cas, y a-t-il un système efficace de prévention de toute cause de pluralité des poursuites en droit pénal et en droit répressif non pénal ? Pour répondre à cette interrogation, il nous paraît important d'*analyser en termes de prévention* de la première forme de pluralité, *l'efficacité en droit pénal*

¹²⁴⁵ Selon le principe européen *non bis in idem*, nul ne peut être poursuivi pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.

¹²⁴⁶ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

¹²⁴⁷ Conseil constitutionnel, 25 février 2010, *préc.*

et en droit répressif non pénal de la règle d'autorité de la chose jugée qui permet d'empêcher l'arrivée de la seconde procédure.

Pour ce qui est de la seconde forme de pluralité, puisque les poursuites sont déclenchées concomitamment, une autre méthode de prévention du cumul est fondée sur *le choix d'une voie procédurale* en cas de procédures simultanées. En matière pénale de droit français, la solution de choix d'une seule voie procédurale est une option largement consacrée par le Code de procédure pénale à travers plusieurs instruments compatibles à des cas généraux¹²⁴⁸.

Ces moyens de choix d'une voie procédurale n'ont toutefois pas été véritablement élargis en dehors du droit pénal ni par la jurisprudence, ni par la doctrine malgré les efforts d'extension. Il en résulte l'adoption d'autres techniques de choix d'une voie procédurale. Il s'agit d'extension de la *litispendance* seulement aux cumuls de procédures mixtes¹²⁴⁹. La litispendance est mise en œuvre tout comme la technique de *la connexité* avec qui elle partage un régime commun consacré aux articles 102 à 107 du Code de procédure civile. Il s'agit d'un instrument de choix général d'une procédure unique, en cas de pluralité. Elle permet, lorsque des affaires « identiques » sont portées devant deux juridictions distinctes, qu'elles soient jugées ensemble. Une des juridictions se dessaisit alors, comme dans le cas du règlement des juges en matière pénale¹²⁵⁰. Son extension n'est, en revanche, pas tout à fait adaptée à notre étude puisqu'elle s'applique dans le cas de réseaux répressifs pris isolément et non dans le cas de procédures mixtes.

C'est pourquoi dans notre étude, nous nous attacherons à l'outil de choix d'une seule voie procédurale en cas de procédures concomitantes *mixtes* faisant intervenir le droit pénal et un autre réseau répressif. Ce qui nous permettra d'élargir l'analyse de son efficacité aux autres réseaux répressifs. Il s'agit bien du système d'aiguillage des dossiers favorisant un choix entre la procédure pénale et la procédure administrative, en cas de poursuite de faits d'abus de marché contre une même personne.

¹²⁴⁸ Il s'agit de la connexité, de la litispendance et de l'indivisibilité qui sont des instruments qui permettent de conduire devant une unique juridiction une affaire poursuivie devant plusieurs juridictions pénales (La connexité, la litispendance : Article 203 du Code de procédure pénale, Articles 102 à 107 du Code de procédure ; L'indivisibilité permet « la jonction des procédures devant un seul et même tribunal » B. BOULOC, *Procédure pénale*, éd. Dalloz, 26^e éd., 2018, p. 618, n° 711 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, éd. Economica, 4^e éd., 2015, p. 547, n° 745).

¹²⁴⁹ Voy., à ce propos, L. NARDARI, *op. cit.*, p. 791, n° 347 et s.

¹²⁵⁰ Les articles 657 et suivants du Code de procédure pénale ; J.-B. PERRIER, « Délimitation de la portée de l'arrêt de règlement des juges et maintien en détention », *AJ pénal*, 2014, n° 1, p. 43, note sous Crim., 8 octobre 2013, pourvoi n° 13-85.014, *Bull. crim.*, n° 189.

L'étude de l'efficience du choix d'une seule poursuite en cas de procédures concomitantes mixtes (§ 2) s'impose donc après une analyse de l'efficacité de l'interdiction de cumul originellement pénale fondée sur l'autorité de la chose jugée (§ 1). Il importe subséquemment d'évacuer dans un paragraphe préliminaire, le caractère strict de l'interdiction du cumul de poursuites imposée par le droit pénal (§ préliminaire). Même si cette dernière étude ne prend pas en compte le cas de pluralité de poursuites mixtes, elle reste inévitable à notre avis. Elle servira à mieux comprendre la suite de notre travail qui expose l'extensibilité de cette interdiction stricte en dehors du droit pénal.

§ préliminaire : L'interdiction stricte du cumul de poursuites purement pénales

256. L'application de la règle de l'autorité de la chose jugée en droit pénal soumise à des conditions similaires à celles de son analogue le principe *non bis in idem*. Il s'agit de démontrer ici *l'élimination de la cause procédurale de cumul* en droit pénal par la chose jugée. Si elle constitue une règle d'ordre public, l'application de l'autorité de la chose jugée¹²⁵¹ en droit pénal est néanmoins soumise à une triple exigence *d'identité de partie, d'objet, et de cause*.

D'abord, l'objet d'une poursuite pénale devant le juge pénal consiste à faire condamner un individu. L'objet ici est la recherche d'une condamnation pénale. Les poursuites pénales portent toutes, de ce fait, sur l'action publique pour l'application des peines. Par conséquent, la condition d'identité d'objet en cas de pluralité de procédures purement pénales ne pose pas de problème. La première sanction pénale empêche le déclenchement d'une autre action publique pour l'application d'une peine.

Ensuite, la partie ou la personne contre laquelle s'ouvrent les procédures successives doit être la même¹²⁵². C'est également une condition d'application du principe *non bis in idem* puisque même dans la formulation du principe, l'unité de partie est clairement exigée. Dans le droit pénal *stricto sensu*, l'exigence d'identité d'objet et de partie ne cause pas souvent de problème. La seule difficulté est le cas où la même personne présente des qualités différentes¹²⁵³ et peut par conséquent faire objet de pluralité de poursuites sous des qualifications.

¹²⁵¹ Voy., *supra*, note n° 108 ; A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préf. B. de LAMY, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 49, 2010.

¹²⁵² Règle requise en droit civil et appliquée également en matière pénale (Article 1355 du Code civil) ; Crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 07-86.077, *Bull. Crim.*, n° 8.

¹²⁵³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc. p. 1553.

Enfin, quant à l'exigence de la condition de *l'identité de cause*, elle renvoie à une identité de faits. Elle constitue la condition dont même la définition a longtemps troublé la jurisprudence ainsi que la doctrine¹²⁵⁴. Aujourd'hui, fondée sur une conception matérielle, l'identité de cause est donc détachée de la qualification juridique du fait. Le même fait, « sous quelque qualification que ce soit »¹²⁵⁵ ne peut faire objet de deux actions pénales distinctes. Ceci constitue une solution purement jurisprudentielle affirmée par la loi en matière criminelle uniquement¹²⁵⁶. L'autorité de la chose jugée ne peut donc s'appliquer si l'identité de fait n'est pas démontrée, soit par l'absence de deux infractions distinctes de fait et de droit, soit lorsqu'une infraction sanctionnée par une première décision ne présente pas un caractère successif.

Finalement, les exigences imposées à l'application de la chose jugée sont les mêmes qui conditionnent l'application du *non bis in idem*. C'est pour cette raison que la chose jugée permet d'utiliser le *non bis in idem*. D'ailleurs, la règle du *non bis in idem* ne se retrouve-t-elle pas implicitement à l'alinéa 1^{er} de l'article 6 du Code de procédure pénale qui dispose que : « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par [...] la chose jugée ». N'ayant également pas de valeur constitutionnelle, ce principe n'est utilisé qu'implicitement pour empêcher la pluralité¹²⁵⁷. En effet, c'est en s'appliquant sous couvert de l'autorité de chose jugée que le principe *non bis in idem* déploie toute sa portée. Certains auteurs utilisent justement l'expression de « réaffirmation »¹²⁵⁸ en droit pénal du principe à travers l'application de chose jugée.

257. Elargissement de la portée du *non bis in idem* en matière de suppression de la seconde poursuite en cas de pluralité de procédures purement pénales. Suivant l'exigence d'identité de partie, d'objet et de cause, le principe *non bis in idem* camouflé en autorité de la chose jugée est souvent utilisé en droit pénal¹²⁵⁹ pour empêcher une seconde poursuite contre

¹²⁵⁴ *Ibidem*.

¹²⁵⁵ Crim., 10 décembre 2014, *préc.* ; Crim., 19 janvier 2005, pourvoi n° 04-81.686, *Bull. crim.*, n° 25 ; Crim., 3 février 1998, pourvoi n° 97-80089 ; *Bull. crim.*, n° 38 ; Crim., 6 juin 1979, pourvoi n° 79-90.37, *Bull. crim.*, n° 193.

¹²⁵⁶ Article 368 du code de procédure pénale.

¹²⁵⁷ J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA, S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », *Recueil Dalloz*, 15 mars 2012, n° 11, p. 694.

¹²⁵⁸ R. MESA, « Autorité de la chose jugée, cumul de qualifications et de sanctions punitives : retour sur la règle *non bis in idem* », *op. cit.*

¹²⁵⁹ D. BRACH-THIEL, « A propos d'une interdiction stricte de la règle de l'autorité de la chose jugée à l'étranger », *Recueil Dalloz*, 25 octobre 2012, n° 37, p. 2500, note sous Crim., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-88.084, *Inédit* ; K. HAERI, V. MUNOZ-PONS, « Appréciation stricte du principe *non bis in idem* en matière de droit pénal international », *Recueil Dalloz*, 14 juin 2018, n° 22, p. 1243, note sous Crim., 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-87-135, *Inédit*.

un individu en raison des mêmes faits, même autrement qualifiés. La chose jugée au criminel sur le criminel¹²⁶⁰ est respectée grâce au *non bis in idem*, puisqu'un individu puni pour un fait réprimé pénalement ne peut plus être jugé à nouveau. La jurisprudence de la Cour de cassation¹²⁶¹ confirme¹²⁶² l'utilisation *ciblée* de la chose jugée et du *non bis in idem* comme méthode d'interdiction d'une seconde poursuite, en raison des mêmes faits.

En effet, sa portée est circonscrite à la matière pénale, telle que conçue par le droit français, c'est à dire liée aux infractions relevant de la compétence du juge pénal. Il en demeure que c'est justement dans ce système répressif « pénal » que le principe *non bis in idem* dévoile amplement sa portée.

En résumé de cette partie, il y a une efficience réelle du couple « *non bis in idem* ; chose jugée » en matière de prévention du cumul des répressions par une prévention de la pluralité des procédures. L'élargissement de la portée du principe dans la prévention de la pluralité de procédures successives purement pénales s'impose à un moment donné.

A présent, nous allons démontrer en quoi l'interdiction originellement pénale fondée sur l'autorité de la chose jugée de la pluralité de poursuites est difficile d'application en cas d'intervention de plusieurs réseaux répressifs – pénal et extra pénal.

§ 1 : La difficile application de l'interdiction originellement pénale en cas de pluralité de poursuites mixtes

258. La règle d'autorité de la chose jugée, une règle d'interdiction de cumul consacrée initialement en droit pénal. Une correspondance se fait entre la chose jugée et le principe européen *non bis in idem*. Ce principe qui, rappelons-le en droit français, compte tenu de la réserve d'interprétation¹²⁶³ formulée par la France à l'article 4 du protocole n° 7 précitée, n'est applicable qu'en matière pénale. C'est pourquoi il n'y a pas si longtemps que ça¹²⁶⁴, la règle de l'autorité de la chose jugée était encore écartée en matière de succession de poursuites déclenchées de façon transversale en matière pénale et fiscale. De plus en plus¹²⁶⁵, elle va cependant pouvoir être utilisée comme un instrument empêchant la survenance d'une seconde

¹²⁶⁰ V. MALABAT, « *Ne bis in idem* et le juge pénal », *RDP*, n° 1, 1^{er} janvier 2018, p. 27.

¹²⁶¹ *Crim.*, 10 décembre 2014, *préc.*

¹²⁶² *Crim.*, 19 janvier 2005, *préc.* ; *Recueil Dalloz*, 2006, pan. p. 622, obs. J. Pradel.

¹²⁶³ S. DETRAZ, « *Non bis in idem* : Convention européenne et réserve française », *op. cit.*

¹²⁶⁴ *Crim.*, 13 juin 2012, pourvoi n° 11-84.092, Inédit ; *Dr. fisc.*, 2012, n° 42, comm. 488, Meier E. et Torlet R.

¹²⁶⁵ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545, *préc.*, considérant n° 15.

procédure lancée dans un autre système répressif. La chose jugée initialement prévue en droit pénal s'étend en dehors de ce champ en tant que règle d'interdiction de cumul de procédures.

259. Suppression de la seconde poursuite en cas de procédures purement extra pénales et de procédures mixtes : la problématique de la difficulté de l'autorité de chose jugée en dehors du droit pénal. La chose jugée elle, continue de s'appliquer même lorsque le principe *non bis in idem* est écarté. Dans l'hypothèse de pluralité de procédures mixtes, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà confirmé en matière fiscale que l'existence d'une décision définitive – pénale ou fiscale – empêche qu'une seconde procédure soit déclenchée¹²⁶⁶. Le Conseil constitutionnel dans ces deux décisions du 24 juin 2016¹²⁶⁷ rejoint cette solution de la Cour européenne des droits de l'homme, sans pour autant utiliser le principe *non bis in idem*¹²⁶⁸.

En effet, il déclare que « les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale ». La décision juridictionnelle devenue définitive représente l'adoption de la chose jugée par le Conseil constitutionnel pour empêcher le cumul de poursuites fiscales et pénales. Certes, le Conseil constitutionnel se base sur « le principe de nécessité des délits » pour appliquer la chose jugée, mais il faut bien reconnaître qu'elle suffit selon le Conseil, pour interdire la pluralité de poursuites pénales et fiscales. Et ceci, bien qu'elle ne soit utilisée qu'indirectement.

Néanmoins dans la pratique, l'application de la chose jugée pose véritablement des difficultés lorsque c'est le juge pénal qui prononce en premier une sanction. Le sursis à statuer dans ce cas ne va-t-il pas à l'encontre de l'indépendance des procédures protégée par la Cour de cassation ? En effet, c'est sur la base de ce principe d'indépendance que la Cour de cassation donne la liberté à l'autorité répressive disciplinaire de ne pas surseoir à statuer. L'autorité est exemptée de cette obligation en attendant la décision du juge pénal¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ CEDH, 27 novembre 2014, n° 7356/10, *Lucky Dev c/ Suède*.

¹²⁶⁷ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant, n° 13.

¹²⁶⁸ Dans une décision du 07 mai 2020, le Conseil constitutionnel qui définitivement ne veut pas reconnaître au principe *non bis in idem* une valeur constitutionnelle, l'a encore écarté en conditionnant un cumul de poursuites en cas de gestion de fait au respect du principe de nécessité des peines (Conseil constitutionnel, 07 mai 2020, décision n° 2020-838/839 QPC).

¹²⁶⁹ Le Conseil de l'ordre des avocats n'est pas soumis obligatoirement à la chose jugée au pénal : Civ. 1^{ère}, 15 mai 1984, pourvoi n° 83-14.322, *Bull.*, n° 159 ; Le Conseil d'Etat va dans le même sens et précise même que le juge administratif ayant des pouvoirs répressifs ne peut surseoir à statuer sur l'action disciplinaire sans méconnaître sa compétence (CE, 11 juill. 1995, *AJDA*, 1996, p. 83, note S. Salon ; CE, 28 janvier 1994, *L'Hermitte*, RDP, 1995, p. 1662).

Par conséquent, cet outil d'interdiction de la pluralité des poursuites originellement prévu par le législateur, en droit pénal français, peine à être élargi à tous les autres réseaux répressifs, toujours en dehors du droit pénal, la chose jugée s'est quand même fait aujourd'hui une place et s'est imposée spécialement en matière fiscale où elle se joint à une autre condition européenne¹²⁷⁰. Elle permet ainsi d'éviter un cumul invalidé des sanctions. Cet outil de prévention qu'est la chose jugée démontre son efficacité en cette matière. C'est peut-être dû à une utilisation inavouée du *non bis in idem*.

260. La problématique du caractère « pénal » de la première sanction devenue définitive et de l'application dissimulée du *non bis in idem*. La pluralité de procédures purement extra pénales concerne les poursuites déployées contre un même individu pour les mêmes faits, mais dans le même système répressif non pénal – administratif, disciplinaire, fiscal ou civil. Sur ce premier terrain purement extra pénal, le doute sur l'application du principe *non bis in idem* qui n'a fait que trop durer s'est finalement soldé par un rejet du principe. Le Conseil constitutionnel pour empêcher la pluralité de procédures successives administratives, utilise plutôt le principe de nécessité et de proportionnalité des peines¹²⁷¹. Certes, il n'écarte pas explicitement le principe *non bis in idem*, mais il le rejette implicitement. Dans cette même matière administrative, le Conseil d'Etat lui, écarte explicitement le principe *non bis in idem* en déclarant qu'il ne fait pas obstacle au cumul de poursuites administratives *différentes*¹²⁷².

En matière disciplinaire, la doctrine a longuement prouvé que le même fait commis par un médecin peut constituer une faute disciplinaire dans plusieurs ordres¹²⁷³ et qu'ainsi le principe *non bis in idem* ne peut être utilisé¹²⁷⁴. En effet, la pluralité de procédures est légitime dans ce cas. En cette matière, la mise à l'écart du principe *non bis in idem* était donc surtout justifiée par la compétence de plusieurs ordres pour connaître de la même faute disciplinaire. Cette justification basée sur le « *in rem* », lié à l'ordre juridictionnel n'est plus une condition de validation du cumul. Elle est fortement exclue en droit français qu'en droit européen¹²⁷⁵. Le Conseil constitutionnel conditionne le cumul des effets de ces procédures purement

¹²⁷⁰ L'exigence de lien de complémentarité entre la procédure pénale et la procédure fiscale CEDH, 15 novembre 2016, *préc.* On étudiera ce lien dans la suite de notre étude.

¹²⁷¹ Conseil constitutionnel, 17 janvier 2013, décision n° 2012-289 QPC, *M. Laurent D. [Discipline des médecins]*.

¹²⁷² CE, Sect., 12 juillet 1955, *Sieur Conan*.

¹²⁷³ J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem, du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, op. cit., p. 475.

¹²⁷⁴ M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 79.

¹²⁷⁵ CEDH, 30 avril 2015, n°s 3453/12 et 42941/12 et 9028/13, *Kapetanios et A. c/ Grèce* ; *AJ pénal*, 2015, p. 367, obs. C. Mauro ; Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545, *préc.* n° 15.

administratives ou purement disciplinaires¹²⁷⁶. Le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

Sur le terrain de la pluralité de procédures mixtes – pénale et extra pénale, ce n'est pas une affirmation gratuite que de dire que le principe *non bis in idem* ne s'y oppose pas. Qu'il s'agisse de cumul des poursuites pénales et administratives¹²⁷⁷, de cumul de poursuites pénales et fiscales¹²⁷⁸, de cumul de poursuites pénales et disciplinaires¹²⁷⁹, le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et même la Cour européenne des droits de l'homme l'ont à plusieurs reprises confirmé. Mais quel est aujourd'hui le meilleur raisonnement qui soutient cette affirmation ?

D'une part, le principe *non bis in idem* semble être non seulement limité par la *matière pénale de droit français* mais également parfois par la *matière pénale de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* censée¹²⁸⁰ être plus large. En effet, comme souligné précédemment, le principe *non bis in idem* est appliqué en cas de pluralité de procédures purement pénales, en vertu de la chose jugée. En droit français, une clarification a été opérée. La matière pénale limite le principe *non bis in idem* dans son application en matière de pluralité de procédures successives. Il est, par conséquent, inapplicable en cas de procédures mixtes¹²⁸¹ parce que la seconde procédure ressort d'un autre système répressif que le droit pénal et est donc exclue de la matière pénale. C'est exactement la justification qu'adopte la chambre criminelle pour empêcher la pluralité de poursuites pénale et disciplinaire¹²⁸² et qu'elle a confirmé le 13 septembre 2017¹²⁸³. Non seulement elle évoque

¹²⁷⁶ Conseil constitutionnel, 17 janvier 2013, *préc.*

¹²⁷⁷ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.* ; CE, Sect., 9 mars 1951, *Sieur Hay* ; Crim., 1^{er} mars 2000, pourvoi n° 99-86299, *Bull. Crim.*, n° 98.

¹²⁷⁸ Crim., 4 juin 1998, *préc.*

¹²⁷⁹ Crim., 27 mars 1997, pourvoi n° 96-82.669, *Bull. Crim.*, n° 128 ; CEDH, 29 septembre 2020, n° 59389/16 et 59392/16, *Faller et Steinmetz c/ France*.

¹²⁸⁰ Il en va ainsi des poursuites devant l'Autorité des marchés financiers (CEDH, 27 août 2002, n° 58188/00, *Didier c/ France*, ou la Commission bancaire CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus SA c/ France* ; AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss ; *AJ pénal*, 2009, p. 354, étude J. Lasserre Capdeville, le retrait de points du permis de conduire : CEDH 23 septembre 1998, n° 27812/9, *Malige c/ France*, AJDA, 1998, p. 984, chron. J.-F. Flauss ; *ibid.*, 267, obs. J.-F. Renucci ; *RFDA*, 1999, p. 1004, étude C. Mamontoff ; *RSC*, 1999, p. 145, obs. F. Massias ; et plus largement tous les cas où une amende importante est infligée par une autorité administrative : CEDH, 4 mars 2014, *préc.*, Recueil Dalloz, 2015, p. 1506, obs. C. Mascala ; *Rev. Sociétés*, 2014, p. 675, note H. Matsopoulou ; *ibid.*, 2015, p. 169, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD eur.*, 2015, p. 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Vozza) ou encore des procédures pour l'application de sanctions fiscales (CEDH, 24 février 1994, *préc.*, *RFDA*, 1995, p. 1172, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *RSC*, 1994, p. 612, obs. L.-E. Pettiti).

¹²⁸¹ Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, la règle *non bis in idem* ne s'applique, pour un même fait, ni au cumul de qualifications pénales et douanières, ni aux poursuites pénales et disciplinaires (R. MESA, « *Non bis in idem* : La chambre criminelle fait de la résistance », *Gaz. Pal.*, 7 novembre 2017, n° 38, p. 23 ; A.-C. BEZZINA, « L'identité menacée de la règle *non bis in idem* en droit public français », *RDP*, 1^{er} juillet 2015, n° 4, p. 945).

¹²⁸² Crim., 9 avril 2015, *préc.* ; Crim., 27 mars 1997, *préc.*

¹²⁸³ Crim., 13 septembre 2017, pourvoi n° 15-84.823, *Bull. crim.*, n° 221.

la matière pénale de droit français mais elle précise « qu'un organe disciplinaire ne peut être considéré comme une juridiction pénale ».

261. Sur le plan européen. La matière pénale a été étendue au-delà du droit pénal. Pourquoi une seconde procédure extra pénale censée faire partie de cette matière limiterait alors le principe *non bis in idem* consacré par la même convention ?

A ce propos, dans une décision rendue le 29 septembre 2020¹²⁸⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a écarté le principe *non bis in idem* dans un cas de pluralité de poursuites pénales et disciplinaires. La cour relève une fois encore que les procédures disciplinaires engagées à l'encontre de deux médecins devant la chambre disciplinaire du conseil de l'ordre des médecins ne relèvent pas de la matière pénale visée à l'article 6 de la Convention. Au prime abord, ceci peut paraître regrettable mais la Cour n'a fait que confirmer sa position selon laquelle les poursuites disciplinaires ne font en principe pas partie de la matière pénale¹²⁸⁵. Cette démonstration du caractère « pénal » d'une sanction devenue définitive permet d'ailleurs à la Cour de justice de l'Union européenne d'interdire exceptionnellement la seconde poursuite¹²⁸⁶. La Cour applique donc exceptionnellement le principe de l'interdiction de la double peine¹²⁸⁷ qui s'oppose à ce que pour les mêmes faits, des poursuites pénales soient déclenchées contre le même individu. Cette même qualification « pénale » a déjà permis en 2014 à la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁸⁸ de constater la violation du principe *non bis in idem* et donc d'interdire la pluralité de poursuites et de sanctions pénales et administratives. En s'inspirant de la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne, elle a requalifié des sanctions administratives en « mesures pénales » entrant dans le champ de la matière pénale visée par l'article 6 de la Convention européenne.

D'autre part, on écarte le principe *non bis in idem* de cas de pluralité de procédures mixtes parce qu'on utilise implicitement les conditions qu'il partage avec l'autorité de chose jugée. Dans ce sens, le Conseil d'Etat a déjà justifié le rejet du principe en admettant le cumul de poursuites disciplinaires, professionnelles et statutaires parce qu'elles présentent « des objectifs distincts et sont de nature différente »¹²⁸⁹.

¹²⁸⁴ CEDH, 29 septembre 2020, *préc.*

¹²⁸⁵ CEDH, 8 juin 1976, *préc.* : Les trois conditions de la qualification « pénale » ne sont pas remplies : la qualification retenue en droit national, la nature de l'infraction et la nature et la gravité de la sanction.

¹²⁸⁶ CJUE, 26 février 2013, n° C-617/10.

¹²⁸⁷ Principe prévu à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000.

¹²⁸⁸ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹²⁸⁹ CE, 27 janvier 2006, n° 265600.

En cas de poursuites mixtes, finalement, le principe *non bis in idem* est limité en fonction du champ déterminé par la matière pénale. Si une première décision répressive a été prononcée à l'encontre d'un individu dans un réseau répressif non pénal, la modalité d'interdiction d'une seconde poursuite, cette fois-ci « pénale », pour les mêmes faits réside en ce que la première décision présente *un caractère pénal justifié* et est *définitive*. Or la justification de cette qualification pénale à l'égard de la matière pénale fixée par l'article 6 de la Convention européenne reste sous l'appréciation du juge en l'occurrence du juge européen. Ce qui crée déjà un premier problème en matière d'efficacité pour cette modalité d'interdiction de cumul de poursuites, compte tenu de la liberté reconnue au juge.

En plus, cette modalité d'interdiction du cumul de procédures est justifiée d'une part par une combinaison de la chose jugée et du caractère pénal de la sanction prononcée soit par une démonstration des conditions d'identité d'objet et de cause des procédures successives.

En fin de compte, il n'y a pas une généralisation certaine¹²⁹⁰ du principe *non bis in idem* à la matière répressive, en termes de prévention du cumul. Toutefois, il est quand même applicable à travers les conditions fixées pour sa mise en œuvre et identiques à celle de la chose jugée. Il s'agit d'un second problème en matière d'efficacité.

Somme toute, l'interdiction du cumul de poursuites en droit pénal est d'application stricte et rigoureuse grâce à cette fusion du principe *non bis in idem* et de la règle d'autorité de chose jugée. C'est la chose jugée qui fortifie la portée du *non bis in idem*. Ce qui fait régner en termes d'efficacité, une certaine assurance de préservation d'une double condamnation pour le prévenu en droit pénal.

Cependant, une fois sorti de la matière pénale consacrée par le droit français, le principe *non bis in idem* perd toute sa reconnaissance en matière de prévention de pluralité de procédures successives. Si son rejet est lié à la réserve d'interprétation française limitant son application aux seules infractions relevant de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale¹²⁹¹, il va plus loin. L'interdiction du cumul de pluralité de procédures en dehors du droit pénal s'appuie certes sur la justification du caractère pénal de la conséquence de la seconde procédure. Ce sont les conditions de mise en œuvre du *non bis in idem* et de la chose jugée en l'occurrence la démonstration d'identité d'objet et de cause des poursuites qui permettent la prévention du

¹²⁹⁰ A.-C. BEZZINA, « L'identité menacée de la règle *non bis in idem* en droit public français », *RDP*, 1^{er} juillet 2015, n° 4, p. 945.

¹²⁹¹ CE, 26 décembre 2008, n° 282995, *Gonzales-Castrillo*.

cumul, lorsque la pluralité de poursuites est purement liée à un seul système répressif non pénal, Ce que soutient Mme PRADEL¹²⁹².

L'interdiction du cumul de procédures se retrouve confrontée à un problème de délimitation du champ de la matière pénale fixée pour empêcher une seconde poursuite pénale de venir se rajouter à une décision à caractère *pénal et définitif*, sans oublier la difficulté de l'application dissimulée du principe *non bis in idem* à travers ses conditions de mise en œuvre pour prévenir les cumuls de procédures. Sur le plan national, le Conseil constitutionnel apporte ses solutions de conformité des procédures déclenchées successivement au principe de nécessité des peines et de conformité des conséquences de ces procédures au principe de proportionnalité des peines. Ce mode de répartition procédurale n'est pas inexploité mais il n'empêche cependant pas l'utilisation de la méthode de délimitation problématique de la matière pénale et l'utilisation dissimulée de *non bis in idem*. Et cette façon voilée d'utiliser le principe *non bis in idem* pour prévenir la pluralité de poursuites successives tout en l'écartant, ne garantit pas la sécurité juridique. Il faudrait objectivement lui trouver un fondement juridique efficient tant en droit pénal qu'en droit répressif non pénal. Ce serait par analogie le principe d'unicité de l'action répressive dont l'applicabilité sera légitime dans tous les cas de double poursuite répressive purement extra pénal ou mixte.

Cependant, en cas de procédures concomitantes, une autre méthode d'interdiction du cumul s'impose.

§ 2 : L'interdiction fondée sur le choix d'une seule poursuite

262. Consécration du principe d'aiguillage des dossiers interdisant le cumul de procédures pénales et administratives. En droit répressif administratif, dès la mise en place de la Commission des opérations de bourse créée en 1989¹²⁹³, il a toujours existé ce risque de cumul de poursuites concomitantes devant cette autorité administrative indépendante et l'autorité judiciaire – le juge pénal.

Comme solution, le Conseil a imposé le respect du principe de proportionnalité de la sanction. Cette exigence est conditionnée par la condition de différence de nature des sanctions prononcées. En réalité ce n'est qu'une façon de « circonvenir »¹²⁹⁴ à la problématique du cumul

¹²⁹² P.-M., PRADEL, *Le médecin libéral face au service public de sécurité sociale*, thèse, Angers, 7 septembre 2010, p. 248.

¹²⁹³ Voy., *supra*, note n° 286.

¹²⁹⁴ N. CATELAN, « Constitution vs CESDH vs UE : ne bis in idem et la répression des opérations d'initié », *RSC*, 2016, n° 3, pp. 467-484.

parce qu'il n'y a pas de modalités de choix d'une des procédures. Ces outils ne permettent pas de prévenir, ou d'empêcher réellement le cumul des poursuites. C'est justement pour pallier l'insuffisance de ces outils qu'en 2015, le Conseil constitutionnel a opté pour un principe de non-cumul des poursuites et des sanctions administratives et pénales en matière boursière. Le Conseil constitutionnel, par son historique décision du 18 mars 2015¹²⁹⁵ a incité le législateur vers le vote de la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché. Par cette loi, le législateur a ainsi créé le système d'aiguillage qui permet de faire un choix entre la procédure déclenchée par le Collège de l'Autorité des marchés financiers et celle déclenchée par le parquet national financier après une concertation préalable des autorités concernées.

Les avis sur les conditions d'élaboration et sur l'efficacité de cette loi sont nombreux et partagés. Pour certains, cette loi est une avancée majeure dans le système de répression des abus de marché et assure incontestablement l'application du principe *non bis in idem*. Elle serait le résultat d'un « travail préalable remarquable » découlant d'un débat parlementaire qualitatif et consensuel et résultant d'auditions supplémentaires avec l'Autorité des marchés financiers et le parquet national financier¹²⁹⁶.

Pour les autres, cette consécration législative de la voie procédurale d'aiguillage n'est qu'une précipitation. En effet, cette loi ne serait que le résultat de « la pression de la CEDH »¹²⁹⁷ subie par le Conseil constitutionnel. Sa décision du 18 mars 2015 n'a créé qu'une évolution législative contrainte du droit interne car elle est contradictoire avec la réalité du système juridique. Elle est en contradiction avec la réalité selon laquelle le principe européen *non bis in idem* est lettre morte en droit interne. C'est dans ce contexte qu'en sortant le mot « aiguillage » de son domaine ferroviaire original, M. BONNEAU compare le résultat de cette voie procédurale à un ensemble de confusions, de désordres et donc de déraillement¹²⁹⁸.

Finalement, on a du mal à ne pas choisir cette position sur les conditions d'élaboration de cette loi, même si elle est conforme aux exigences conventionnelles. La véritable inquiétude étant l'adaptabilité de cette voie procédurale d'aiguillage et son efficacité en droit répressif.

263. Le principe d'aiguillage : un principe à portée limitée. Ce principe d'aiguillage est certes une évolution en matière de prévention de la pluralité de poursuites en ce qu'il n'est

¹²⁹⁵ H. Le NABASQUE, « L'audace du Conseil constitutionnel, À propos de la règle *non bis in idem* », *op. cit.* ; Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹²⁹⁶ P.-H. CONAC, « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *BJB*, 08 juillet 2016, n° 07, p. 323.

¹²⁹⁷ F. DRUMMOND, « La décision de la CEDH du 4 mars 2014 et la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 et leurs conséquences », *BJB*, mars 2017, n° 02, p. 162.

¹²⁹⁸ T. BONNEAU, « Aiguillage et déraillement », *BJB*, 08 juillet 2016, n° 07, p. 297.

qu'une constitutionnalisation du principe européen *non bis in idem*. Et ceci, même s'il n'y a pas de référence à la jurisprudence européenne ou précisément au principe lui-même. Les critères fixés – d'identité des faits, d'intérêts sociaux, de nature différente des sanctions encourues et d'ordre juridictionnel – par le Conseil constitutionnel ne sont en réalité pas des exigences nouvelles en matière d'interdiction de cumul. En plus, ces critères sont ceux dont la clarification n'a pas été résolue par la jurisprudence.

Si le critère fondé sur la différence de nature des sanctions découlant des deux types de procédures a été utilisé par le Conseil constitutionnel lui-même le 30 septembre 2016¹²⁹⁹, la distinction des faits basée sur les intérêts protégés¹³⁰⁰ est au contraire un critère fortement critiqué et d'ailleurs rejeté¹³⁰¹. La distinction des poursuites fondée sur le critère « *in rem* » fait également objet de rejet¹³⁰². On peut effectivement confirmer que l'évolution jurisprudentielle de cette interdiction du cumul à travers un système dont les critères ne sont pas pertinents, n'est qu'« infime »¹³⁰³.

En matière d'influence, certes cette jurisprudence a déjà permis à la Cour de cassation de sanctionner le cumul de procédures en matière de répression de faits d'initiés déclaré contraire à la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁰⁴. Ce n'est en rien une réelle répercussion de la constitutionnalisation du *non bis in idem* sur la Cour de cassation. Elle ne reconnaît cette invalidation constitutionnelle du cumul qu'en terme de qualification en matière boursière. Elle refuse de reconnaître le principe du *non bis in idem* et donc cette invalidation constitutionnelle du cumul à d'autres matières répressives. C'est le cas en matière disciplinaire¹³⁰⁵, en matière civile¹³⁰⁶ et récemment en matière fiscale où elle pose des conditions de cumul¹³⁰⁷. Le Conseil constitutionnel¹³⁰⁸, lui-même, autorise le cumul de poursuites par exemple en matière de dépenses électorales. Le principe d'aiguillage n'a donc pas été étendu à toute hypothèse de procédures concomitantes mixtes. Il n'est applicable qu'en matière d'abus de marché. La Constitutionnalité du *non bis in idem* n'est malheureusement rattachée qu'à ce seul domaine.

¹²⁹⁹ Conseil constitutionnel, 30 septembre 2016, *préc.*, obs. H. MATSOPOULOU, *Revue des sociétés*, février 2017, n° 2, p. 99.

¹³⁰⁰ Critère utilisé par le Conseil d'Etat en 2019 pour faire une distinction entre « poursuite pénale et poursuites disciplinaire » : CE, 18 mars 2019, n° 424610.

¹³⁰¹ Voy., *supra*, n° 243.

¹³⁰² Voy., *supra*, n° 262.

¹³⁰³ S. FUCINI, « L'interdiction du cumul de poursuites en matière d'abus de marché : la constitutionnalisation minimaliste du principe non bis in idem », *RFDC*, 2015.

¹³⁰⁴ Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 13-83.489, *Bull. crim.*, n° 117.

¹³⁰⁵ Crim., 9 avril 2015, *préc.*

¹³⁰⁶ Crim., 22 septembre 2015, *préc.*

¹³⁰⁷ Crim., 21 octobre 2020, pourvoi n° 20-83.540, *Inédit*.

¹³⁰⁸ Conseil constitutionnel, 17 mai 2019, *préc.*

Le Conseil constitutionnel, de surcroît, se contredit après ce principe d'interdiction de cumul. En effet, après sa tapageuse décision de 2015, le Conseil constitutionnel a quand même validé en 2016 un cumul de procédures pénale et administrative¹³⁰⁹ remettant ainsi un doute sur le principe d'aiguillage. Ainsi, la fin du cumul des poursuites administratives et pénales en matière d'opération d'initié annoncée par cette décision et consacrée par la loi du 21 juin 2016 n'est qu'une pure illusion dans laquelle ont été bercés plusieurs auteurs¹³¹⁰.

Globalement, les critères de mise en œuvre du principe d'aiguillage n'inspirent pas la stabilité en matière de prévention de la pluralité des poursuites. Sans grande influence sur le droit français et surtout sur la jurisprudence de la Cour de cassation, ce choix préventif de pluralité non applicable à tout hypothèse de cumul n'inspire d'ailleurs pas une entière confiance dans son propre domaine de prédilection – en matière d'abus de marché¹³¹¹.

En somme, ce principe d'aiguillage permettant le choix d'une procédure n'est pas fondé sur des critères à valeur légale. Il dépend d'une simple concertation des autorités de poursuites concernées. Ces critères d'invalidation constitutionnelle du cumul de procédure pénale et administrative ne constituent pas une garantie en termes de sécurité juridique.

D'abord, l'exigence de « prévisibilité de la loi »¹³¹² qui découle du principe de la légalité criminelle n'est pas respectée, alors même que la Cour européenne a déjà condamné un Etat par ces motifs et sur le fondement de l'article 7 de la Convention. Ce qui explique en partie l'instabilité que présente l'application du principe d'aiguillage tant par la Cour de cassation que par le Conseil constitutionnel lui-même.

Également, en vertu de la légalisation de la seule condition de concertation préalable des autorités, une autre conséquence dangereuse se révèle. Elle concerne l'étape des conséquences de la sanction prononcée pour différents cas d'infractions d'abus de marché. En effet, si pour des infractions d'abus de marchés commises par des personnes différentes, l'action publique est tantôt laissée entre les mains de l'Autorité des marchés financiers tantôt entre les mains du Parquet national financier, les sanctions imposées à ces personnes seront obligatoirement différentes alors qu'elles auraient commis les mêmes infractions.

¹³⁰⁹ Conseil constitutionnel, 14 janv. 2016, préc., RSC, 2016. 293, note F. Stasiak ; *Recueil Dalloz*, 2016, p. 931, note O. Décima ; *Rev. Sociétés*, 2016, p. 246, note E. Dezeuze et G. Pellegrin.

¹³¹⁰ A. GAUDEMET, « Fin du cumul des poursuites administratives et pénales en matière d'opérations d'initié », *BJS*, juin 2015, n° 06, p. 273 ; J.-M. MOULIN, « Cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », *op. cit.*

¹³¹¹ S. TORCK, « La réforme des abus de marché », *BJB*, 1^{er} septembre 2015, n° 09, p. 379 ; P. PAILLER, « Directive et règlement Abus de marché : quelle articulation pour les dispositifs de répression pénale et administrative ? », *BJB*, 1^{er} septembre 2015, n° 09, p. 380.

¹³¹² CEDH, 22 janvier 2013, n° 42931/10, *Camilleri c/ Malte*.

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Et le Conseil constitutionnel précise que « la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente ». Une autre conséquence dangereuse de ce système d'aiguillage est la violation du principe d'égalité entre les individus ayant commis les mêmes infractions d'abus de marché ; d'autant plus que dans sa jurisprudence, le Conseil a déjà relevé la violation de ce principe¹³¹³. Compte tenu du défaut d'ouverture à d'autres matières répressives et de ses conséquences dangereuses dénoncées, il serait plus raisonnable de reformer ou de supprimer le principe d'aiguillage.

En conclusion de cette section, l'interdiction de la pluralité en cas de procédures successives par l'autorité de chose jugée est rigoureuse en droit pénal. C'est grâce à la fortification du principe *non bis in idem* en la matière. En dehors du droit pénal, l'interdiction est plus délicate compte tenu de la délimitation problématique de la matière pénale et de l'utilisation dissimulée du principe *non bis in idem* et soumise à la démonstration du caractère pénal des procédures. Il faudrait objectivement lui trouver un fondement juridique efficient tant en droit pénal qu'en droit répressif non pénal. Ce serait par analogie le principe d'unicité de l'action répressive dont l'applicabilité sera légitime dans tous les cas de double poursuite répressive purement extra pénale ou mixte.

L'interdiction de la pluralité de procédures mixtes et concomitantes, marquée par le principe restreint d'aiguillage est loin aujourd'hui d'être une réussite.

Pour plus de satisfactions de cette avancée jurisprudentielle, tout au moins en matière de faits d'abus de marché, cette interdiction du cumul de procédures basée sur ce système d'aiguillage devrait être reformée. Le remaniement de ce principe devrait tenir compte des objectifs du droit international¹³¹⁴ tout en respectant les droits fondamentaux des individus. Cela passe notamment par le respect de règles claires et précises garantissant au justiciable la connaissance des délits et des sanctions. Ces règles seraient susceptibles de lui être cumulées, dans le respect du principe de nécessité et de proportionnalité des peines.

264. Conclusion de chapitre. Le stade opportun de la qualification des faits répréhensibles et de la poursuite est effectivement primordial si l'on veut éviter toute cause de pluralité des répressions.

¹³¹³ Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, *préc.*

¹³¹⁴ CJUE, 20 mars 2018, *préc.*

La prévention du cumul à ces deux phases fait intervenir le principe *non bis in idem*, soit pleinement, soit sensiblement par dissimulation. Même si ce principe n'a définitivement pas reçu de valeur constitutionnelle en matière de non-cumul, il est utilisé discrètement dans la version jurisprudentielle de la règle de l'unicité de qualification, d'une part. D'autre part, il est de manière déguisée, utilisé en se basant dans la règle de l'autorité de chose jugée pour favoriser une unité de procédure¹³¹⁵. Dans sa thèse, Mme NARDARI avait justement raison de déclarer que les textes du principe *non bis in idem* « se bornent simplement à énoncer que nul ne peut être poursuivi, jugé ou puni deux fois pour le même fait, laissant indéterminée la manière de satisfaire cet objectif »¹³¹⁶. Son jumelage avec l'autorité de chose jugée booste incontestablement son efficacité, en termes de prévention, en l'occurrence en droit pénal où l'autorité de chose jugée est une règle entière d'invalidation de cumul des procédures.

On en déduit que la répartition du contentieux purement pénal est plus respectueuse de la nécessité de prévenir les cumuls. Le partage du contentieux pénal et extra pénal connaît des résultats plus sensibles et variables.

Ainsi, empêcher le cumul des sanctions reste difficile malgré l'implication du *non bis in idem* et des exigences constitutionnelles de nécessité et de proportionnalité des peines. Ce n'est que le résultat du manque d'un dialogue franc entre les juges¹³¹⁷.

Alors naturellement, si ces conditions de validité évoquées plus haut ne sont pas respectées rigoureusement, le dernier espoir repose sur la soumission du cumul à des preuves d'admission pour favoriser une articulation des sanctions. Autrement dit, si les cumuls de qualifications et de poursuites ne peuvent pas être évités, la solution reste la mise en place d'une interdépendance

¹³¹⁵ La nuance qui relève de son implication discrète dans la prévention de la pluralité de qualifications premièrement, est qu'une efficience se ressent beaucoup plus en matière pénale de droit français. Quoique cette efficience est moins pleine puisque la règle de l'unicité des qualifications manque toujours de précisions quant à la méthode de distinction des faits. *Secundo*, dans la prévention de la pluralité des procédures, malgré son utilité d'encadrement, le principe *non bis in idem*, vide de précisions, a une moindre aptitude à prévenir avec efficience le cumul des procédures.

¹³¹⁶ L. NARDARI, *op. cit.*, p. 423.

¹³¹⁷ Entre, premièrement le Conseil constitutionnel qui n'accorde pas de valeur au principe européen d'interdiction du cumul mais qui s'en inspire pour faire une constitutionnalisation minimaliste (S. FUCINI, « L'interdiction du cumul de poursuites en matière d'abus de marché : la constitutionnalisation minimaliste du principe non bis in idem », *op. cit.*) restreinte aux infractions d'abus de marché, deuxièmement la Cour de cassation (Crim., 20 mai 2015, *préc.*), qui refuse de reconnaître le même principe, mais qui pour l'utiliser indirectement va justement se rabattre sur sa constitutionnalisation minimaliste (M. ROUSSILLE, « L'ordre juridique français sort gagnant de la partie d'échecs qui l'opposait à la Cour européenne sur le cumul des poursuites », *BJB*, septembre 2015, n° 09, p. 372 : la Cour de cassation dans son arrêt du 20 mai 2015 utilise un moyen fondé sur la contrariété à la Convention européenne, mais pour prononcer l'annulation de la décision contestée devant elle, va se rabattre sur le fondement de la décision QPC du Conseil constitutionnel. Toute cette gymnastique pour ne pas reconnaître de manière translucide le principe européen *non bis in idem*) et troisièmement la Cour européenne des droits de l'homme qui semble désormais avoir évolué en matière de cumul admissible des procédures (CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*) pour une meilleure articulation des répressions, le manque de transparence demeure flagrant.

entre les répressions. Cette interdépendance est proposée justement par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de procédures concomitantes mixtes¹³¹⁸. Elle évoque la nécessité d'établir des liens de complémentarité entre les procédures pénale et extra pénale.

C'est dans cet ordre d'idées et toujours dans le cadre de la réalisation de l'articulation des répressions, que nous allons étudier l'organisation du cumul des sanctions (chapitre 2).

¹³¹⁸ *Idem.*

Chapitre 2. L'organisation du cumul des sanctions

265. Le cumul des sanctions qui n'a pas pu être évité par voie préventive fera l'objet d'une organisation propice à la mise en œuvre de l'articulation. L'objet de ce chapitre est de montrer qu'on peut développer une articulation des sanctions, certes axée sur un encadrement du cumul des sanctions, mais définie par des règles propres.

L'articulation – comme définie plus haut¹³¹⁹ – représente une faculté de mouvements de deux ou plusieurs corps qui se ressemblent. Ce qui laisse la faculté à ces corps, *de se séparer ou de s'assembler* pour former un tout, un même corps. A l'inverse, cette faculté est manquante en matière de cumul puisque *cumuler* consiste à « réunir plusieurs éléments distincts, de manière à obtenir plus sûrement un résultat recherché »¹³²⁰.

Le risque est alors de cumuler des corps qui se ressemblent ou des corps qu'on a du mal à distinguer clairement. Dans cette hypothèse, c'est une répétition sans pertinence¹³²¹.

Comment cumuler alors les sanctions, sans répétition, mais tout en leur accordant plutôt une faculté de mouvements les conduisant à un tout cohérent ? Un tout cohérent qui maintiendrait tout à fait leur indépendance et serait respectueux des principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des peines¹³²² ?

La solution de *l'articulation des sanctions* est celle qui semble répondre le mieux à ces interrogations. Elle consiste à repenser le cumul des sanctions dès la phase de déclenchement des poursuites, dans différents réseaux répressifs. A ce propos, certains auteurs comme M. GUYOMAR¹³²³, M. DÉCIMA¹³²⁴ et M. LAGOUTTE¹³²⁵ ont pensé, dans des domaines

¹³¹⁹ Voy., *supra*, n° 240.

¹³²⁰ <https://www.cnrtl.fr/definition/cumuler>, consulté le 22 janvier 2022.

¹³²¹ C'est justement ce qu'on retrouve en matière pénale, pour la répression d'un même fait : une répétition de procédures ou ce chevauchement (M. GUYOMAR, *les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 49) de sanctions. C'est cette répétition que prohibe l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tant qu'il y a eu une décision définitive (Article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État »). Le principe *non bis in idem* est consacré par l'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le Pacte international des Droits civils et politiques de 1966, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

¹³²² Principes prévus à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d 1789.

¹³²³ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *lot. cit.*

¹³²⁴ O. DÉCIMA, « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *op. cit.*

¹³²⁵ J. LAGOUTTE, « Les conséquences sur la sanction en droit français : la question de l'amende civile », *Revue des contrats*, 1^{er} janvier 2022, n° 01, p. 159.

répressifs spécifiques, à cette articulation des sanctions. Ils n'ont cependant pas eu l'occasion de l'étendre à toute la matière répressive. La jurisprudence enclenche ainsi le progrès. En ce sens, l'année 2016 fut l'année de révélation de l'articulation. D'abord, c'est le Conseil constitutionnel qui a ouvert le bal. Il a instauré des règles permettant de faire des sanctions pénales et extra-pénales un tout cohérent conformément aux principes constitutionnels de stricte nécessité et de proportionnalité des peines aussi bien en matière fiscale¹³²⁶ que civile¹³²⁷. A alors suivi la Cour européenne des droits de l'homme¹³²⁸ qui a validé le cumul de sanctions pénales et extra-pénales en matière fiscale sur le fondement de la règle *non bis in idem*¹³²⁹ en ressortant également des règles d'articulation.

Ainsi, il y eut un effort d'élaboration de règles d'articulation des sanctions répressives. Par conséquent, les règles d'articulation établies jurisprudentiellement (Section 1) doivent être étudiées, avant que l'analyse ne soit menée dans le sens des difficultés auxquelles est confrontée aujourd'hui leur extension à la matière répressive (Section 2).

Section 1. L'instauration jurisprudentielle de l'articulation des sanctions

266. A travers une validation jurisprudentielle du cumul, l'articulation des sanctions a été instaurée dans la matière répressive.

La décision du 18 mars 2015 du Conseil constitutionnel a interdit le cumul de poursuites et de sanctions pour un même comportement sous les qualifications de délit et de manquement d'initié¹³³⁰. Cette décision a marqué le début d'une vague jurisprudentielle de remise en cause du cumul et de son organisation du cumul. Ainsi, pour ces débuts, le juge constitutionnel en contrôla la nécessité au regard de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen en insérant des critères¹³³¹. Ce qui a valu peu de temps après l'élaboration de la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché. Cette loi a, en son sein, instauré une collaboration entre

¹³²⁶ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

¹³²⁷ Conseil constitutionnel, 29 septembre 2016, décisions n°s 2016-570 QPC, M. Pierre M. [*Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres*] et n° 2016-573 QPC, M. Lakhdar Y. [*Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres*], JCP E, 2016, 48, comm. 1632, note A. Cerf-Hollender.

¹³²⁸ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

¹³²⁹ Article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne.

¹³³⁰ *Idem.*

¹³³¹ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.* ; Une décision qui a incité le législateur à voter la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché.

les autorités de poursuites qui ne peuvent chacun, mettre en mouvement l'action publique qu'après avoir obtenu l'accord de l'autre pour y procéder¹³³². Toutefois, cette concrétisation de la limitation du cumul par le législateur avait non seulement un champ d'application limité – limité aux abus de marché – mais encore elle ne permettait pas directement d'articuler les sanctions. Le juge constitutionnel a instauré une méthode de limitation du cumul permettant d'agir directement à l'étape de la répression pour articuler les sanctions. En effet, par ses deux décisions *Wildenstein*¹³³³ et *Cahuzac*¹³³⁴ rendues le même jour en matière répressive fiscale, le Conseil constitutionnel a pu établir qu'un contribuable auteur de fautes graves peut faire l'objet « de procédures complémentaires et de sanctions proportionnées »¹³³⁵.

Les deux arrêts du 24 juin 2016 traitent des pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale. Deux contribuables, ayant soulevé une question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale ont évoqué que les sanctions administratives et pénales s'appliquent non seulement aux mêmes faits, mais protègent les mêmes intérêts sociaux. Ils avancent qu'elles sont d'une sévérité et d'une nature équivalente et relèvent d'ordres juridiques différents. Ces quatre critères avaient été posés quelques temps avant par le Conseil constitutionnel pour rejeter le cumul de sanctions dans sa décision du 18 mars 2015. Les deux contribuables avaient cru pouvoir faire annuler le cumul de sanctions en s'appuyant sur ces quatre critères.

Le Conseil constitutionnel, cependant, écarte sa propre jurisprudence, rend sa décision en leur défaveur et valide le cumul de sanctions pénales¹³³⁶ et fiscales sous l'application respective des articles 1741 et 1729 du Code général des impôts.

Après avoir analysé séparément ces sanctions, le Conseil constitutionnel ressort les objectifs poursuivis par chacune de ces sanctions. D'un côté, les sanctions pécuniaires infligées par l'Administration fiscale visent à garantir la perception de la contribution commune et à préserver les intérêts financiers de l'État. De l'autre côté, les poursuites pénales ont un caractère public qui leur confère une exemplarité et une portée dissuasive supplémentaire pour

¹³³² L'accord de l'autre autorité de poursuite doit être recueilli dans un délai de deux mois. En cas de désaccord, c'est le procureur général près la Cour d'Appel de Paris qui décide de la voie procédurale à choisir dans un délai d'un mois (Article L. 465-3-6 du Code monétaire financier ; Délais consultés le 05 juillet 2021 sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers) <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/un-nouveau-systeme-pour-la-repression-des-abus-de-marche-en-france>.

¹³³³ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*

¹³³⁴ *Idem.*

¹³³⁵ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 22.

¹³³⁶ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérants n° 10 et 12.

l'ensemble des personnes susceptibles de manquer frauduleusement à leurs obligations fiscales. Il en ressort de part et d'autre un recouvrement de la nécessaire contribution publique et un objectif de lutte contre la fraude fiscale. Et c'est pour atteindre ces objectifs que le Conseil constitutionnel déclare l'engagement de « procédures complémentaires » dans les cas de fraudes les plus graves »¹³³⁷.

Cependant, ce cumul des sanctions basé sur la complémentarité des procédures est conditionné. Le Conseil constitutionnel émet trois réserves. Premièrement, le respect de l'autorité de la chose jugée au fiscal sur le pénal. Le cumul est ainsi autorisé, les procédures étant « complémentaires » et non distinctes. Cette réserve tombait à pic dans les discussions doctrinales sur le sursis à statuer du juge répressif (ce qui n'a quand même pas empêché dans une décision du 26 septembre 2016 de refuser de surseoir à statuer en attendant la décision du juge fiscal). Deuxièmement, ce cumul par complémentarité doit se faire en application du principe de nécessité et incombe de ne cumuler que pour les cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt¹³³⁸. En ressort la question de l'appréciation de la gravité » des fautes¹³³⁹.

Troisièmement, le montant global des sanctions pénales et administratives ne doit pas excéder le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues¹³⁴⁰. Ceci représente l'application du principe de proportionnalité par plafonnement du montant des sanctions cumulées¹³⁴¹. Ce fut un alignement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a rejeté des procédures pénales et fiscales indépendantes¹³⁴². Mais le moins qu'on puisse dire sur cette déclaration du cumul des sanctions par complémentarité des procédures est qu'elle est basée sur une démonstration qui bien que sinieuse, était nécessaire pour développer l'articulation des sanctions

De cette jurisprudence ressortent essentiellement deux exigences : l'exigence de complémentarité des procédures issues de deux réseaux répressifs différents et l'exigence de proportionnalité des sanctions cumulées. Ce sont ces mêmes exigences qu'évoque la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence du 15 novembre 2016¹³⁴³.

¹³³⁷ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 20.

¹³³⁸ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 21.

¹³³⁹ J.-E. GICQUEL, *e.a.*, « Chronique QPC (Janvier - juin 2016) (2ème partie) – la jurisprudence – Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale », *LPA*, 28 février 2017, n° 042, p. 5.

¹³⁴⁰ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*, considérant n° 24 QPC n° 546, et considérant n° 8 QPC n° 545.

¹³⁴¹ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*, considérant n° 22

¹³⁴² CEDH, 27 janvier 2015, n° 17039/13, *Rinas c/ Finlande*, § 54.

¹³⁴³ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

Premièrement sur l'exigence de complémentarité des procédures, les jurisprudences constitutionnelle et européenne nous éclairent de part et d'autre. Elle permet de ne pas aboutir à l'engagement de poursuites différentes. La complémentarité est alors considérée comme une combinaison des procédures. C'est-à-dire des procédures engagées de manière qu'elles soient comprises dans un tout cohérent. Cette modalité d'encadrement du cumul serait tout à fait conforme à l'article 4 du protocole n° 7 car la répétition (*bis*) serait évitée pour les mêmes faits (*idem*). La jurisprudence interne et européenne s'accorde, de ce fait, sur cette modalité d'articulation des sanctions. Deuxièmement, l'exigence de proportionnalité a été adoptée unanimement par la jurisprudence en termes d'articulation des sanctions. Garantie de la sanction pénale élargie à la matière répressive¹³⁴⁴, la proportionnalité permet aussi d'éviter des sanctions cumulées excessivement. A ce stade de notre travail, nous étudierons cette exigence, comme un outil d'articulation, dans les cas de procédures mixtes – pénal et extra pénal – portant sur un même fait¹³⁴⁵.

La question à laquelle nous essayons néanmoins de répondre est celle de l'uniformisation des techniques développées dans la jurisprudence interne et européenne en termes d'application de chacune de ces modalités d'articulation.

En répondant à cette interrogation, nous allons démontrer qu'il y a d'une part une diversification dans l'instauration jurisprudentielle de l'articulation basée sur la complémentarité des procédures (§ 1). D'autre part, notre tâche sera de prouver l'homogénéité dans l'instauration de l'articulation basée sur la proportionnalité des sanctions (§ 2).

§ 1 : La règle de complémentarité des procédures : une application diversifiée de l'articulation

267. La règle de complémentarité est jurisprudentielle. Elle a été élaborée sur le plan interne pour une articulation des sanctions. Cependant, les conceptions développées relativement à cette règle diffèrent. Nous étudierons donc la conception constitutionnaliste de la complémentarité des procédures (A) avant d'en faire le lien avec la conception européenne (B).

¹³⁴⁴ Voy., *supra*, n° 195 et s.

¹³⁴⁵ S'il s'agit de faits matériellement distincts, ils peuvent être punis par différents réseaux répressifs sans que le principe de non-cumul de l'article 4 du protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne et encore moins le principe de proportionnalité ne soient imposés.

A. LA CONCEPTION CONSTITUTIONNALISTE DE LA COMPLÉMENTARITÉ DES PROCÉDURES

268. L'exigence de complémentarité justifiée au regard des principes de nécessité et de proportionnalité des peines. A la suite de ses deux décisions du 24 juin 2016¹³⁴⁶, le Conseil constitutionnel a maintenu l'exigence de complémentarité des poursuites fiscales et pénales¹³⁴⁷.

Il a justifié son choix par une conformité du cumul des poursuites et des sanctions aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Il a suffi d'aller en arrière pour vérifier ce que le Conseil constitutionnel met dans la conformité du cumul à ces principes mentionnés. Dans sa décision du 18 mars 2015¹³⁴⁸, le Conseil avait déjà affirmé que pour qu'il y ait violation du principe de nécessité, il faut quatre conditions : « les sanctions doivent réprimer les mêmes faits, ne pas être d'une nature différente et relever du même ordre de juridiction et les intérêts sociaux protégés doivent être les mêmes »¹³⁴⁹. Ces conditions n'ayant pas été remplies dans cette affaire, le Conseil avait donc retenu que les disproportions liées au délit et au manquement d'initié ne sont pas conformes à la constitution.

Dans les affaires faisant objet de questions prioritaires de constitutionnalité en 2016, il n'y avait aucune violation du principe de nécessité, d'où la validation du cumul. Sur ce point, on observe une cohérence dans la motivation du Conseil constitutionnel. La même motivation a été utilisée en dehors du champ fiscal, précisément en matière administrative¹³⁵⁰.

Cependant, ce qui diffère dans la déclaration de conformité de la complémentarité des procédures au principe de nécessité dans le domaine fiscal est qu'elle est assortie des trois réserves abordées dans le bref résumé commenté¹³⁵¹. La réserve de la reconnaissance du

¹³⁴⁶ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

¹³⁴⁷ Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, *préc.*

¹³⁴⁸ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*, note C. Mauro, « Ne bis in idem : un tremblement de terre ? », *AJ pénal*, 2015, p. 172 ; *AJ pénal*, 2015, p. 179, note J. Bosson et p. 182, note J. Lasserre Capdeville ; *BJB*, mai 2015, p. 204, obs. T. Bonneau ; *JCP E*, 2015, 36, comm. 1395, note J.-L. Sauron ; *JCP G*, 2015, 368, note F. Sudre ; *JCP G*, 2015, 369, note J.-H. Robert ; *JCP G*, 2015, doct. 547, n^{os} 23 et 24, obs. B. Mathieu ; *Dr. pén.*, 2015, comm. 79, note F. Peltier ; Recueil Dalloz, 2015, p. 874, note O. Décima O. et p. 894, obs. A.-V. Le Fur. Et D. Schmidt ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 380, note H. Matsopoulou.

¹³⁴⁹ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*, considérant n^o 7 ; Précisions que la dernière condition fut abandonnée plus tard par le Conseil constitutionnel : Conseil constitutionnel, 30 septembre 2016, *préc.*

¹³⁵⁰ Conseil constitutionnel, 07 mai 2020, décision n^o 2020-838/839 QPC ; En dehors du champ fiscal, la conformité du cumul des sanctions aux principes de nécessité et de proportionnalité a également servi d'appui au Conseil constitutionnel pour confirmer la validation du cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives en cas de gestion de fait.

¹³⁵¹ Voy., *supra*, n^o 268.

caractère définitif de la chose jugée par le juge fiscal face à la procédure pénale¹³⁵². Nous y reviendrons¹³⁵³. Une autre réserve est celle du respect du principe de proportionnalité imposé aux sanctions cumulées¹³⁵⁴. La dernière réserve est celle de la gravité de la fraude fiscale¹³⁵⁵.

Le Conseil constitutionnel malgré sa déclaration de conformité de la complémentarité aux principes de nécessité et de proportionnalité s'est senti obligé d'appuyer sa position par ces trois réserves. C'est à croire qu'il a cru nécessaire de pallier lui-même à une certaine insuffisance dans sa déclaration de conformité.

A ce stade, en dehors des deux premières réserves sur lesquelles nous reviendrons, c'est la réserve de gravité qui semble conditionner le plus le déclenchement d'une complémentarité de procédures.

269. L'application de la complémentarité face à la problématique de l'appréciation de la réserve de « gravité ». Dans ses décisions en date du 24 juin 2016 rendues en matière fiscale, le Conseil constitutionnel a énoncé que « [...]Le recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires dans les cas de fraudes les plus graves »¹³⁵⁶. Ainsi, la complémentarité des procédures est conditionnée par la gravité du manquement, en tous les cas, en matière fiscale. C'est d'ailleurs une condition d'encadrement du cumul des sanctions validée par la Cour de cassation¹³⁵⁷. Comment apprécie-t-on donc cette gravité ?

La condition de gravité peut paraître simple à apprécier au premier abord. La jurisprudence constitutionnelle précise que la gravité d'une fraude fiscale « peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention »¹³⁵⁸. Ce qui signifie que les différentes juridictions qui voudraient s'aventurer sur le terrain de la complémentarité de procédures mixtes pour punir devraient obligatoirement

¹³⁵² Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 13 : « les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale ».

¹³⁵³ Voy., *infra*, n°s 245, 266.

¹³⁵⁴ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 24.

¹³⁵⁵ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 21 ; Voy., O. DÉCIMA, « C'est grave ? À propos du cumul des sanctions pénales et fiscales », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2442 ; N. JACQUOT et P. MISPELON, « QPC sur le cumul des sanctions pénales et fiscales : une décision sans gravité ? », *Revue de droit fiscal*, 30 juin 2016, n° 26, pp. 3-5.

¹³⁵⁶ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.* ; C. SOURZAT, « Essai d'une analyse des rapports entre procédures fiscale et pénale », *op. cit.*

¹³⁵⁷ Crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81040, *préc.*

¹³⁵⁸ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.*

insérer la gravité des faits dans l'un des cas énumérés par le Conseil constitutionnel : montant des droits fraudés, nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention. L'énumération de ces conditions n'est que la suite d'un long parcours jurisprudentiel. En effet, il a toujours été reproché au Conseil constitutionnel de ne pas apporter plus d'éclaircissement à la réserve de *gravité*. Les sages ont alors essayé d'énumérer quelques conditions mais sans les approfondir. Ce qui ne crée pas vraiment un grand bouleversement dans la problématique de l'appréciation de cette condition. En plus de la dénonciation de la violation du principe de précision et de clarté, l'insécurité juridique soulevée à l'époque¹³⁵⁹ n'est pas vraiment résolue.

Si le législateur reste silencieux sur la question, la Cour de cassation, non plus, n'a pas fait progresser les choses. Cette dernière fut confrontée à la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « Les dispositions prévues par les articles 1729 et 1741 du code général des impôts ainsi qu'elles ont été interprétées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions en date du 24 juin 2016 (n^{os} 2016-545 QPC et 2016-546 QPC), portent-elles atteinte à l'article 34 de la Constitution ou au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines dès lors que le législateur s'est abstenu de définir les critères permettant d'identifier les cas les plus graves de fraude fiscale ? »¹³⁶⁰ Pour le requérant, l'utilisation combinée des procédures découlant des articles 1729 et 1741 du code général des impôts violerait le principe de légalité criminelle du moment où la condition de gravité n'a pas été préalablement définie par la loi. La Cour de cassation a cependant refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Ce refus en dit d'ailleurs long sur sa position, quant au vœu de dialogue¹³⁶¹ entre les juges pour un développement de l'articulation des sanctions. La difficulté d'appréciation de la gravité n'est pas sans retombée.

270. La première conséquence de la difficulté d'appréciation de la gravité. On peut reprocher au Conseil constitutionnel de n'avoir pas approfondi les différentes conditions de la gravité. Le juge ordinaire, néanmoins, doit fournir un effort d'application de ces conditions pour éviter la différence de traitements. L'idée d'égalité devant l'impôt est-elle vraiment respectée, face à la différence de traitement basé sur la condition de gravité du manquement ?

¹³⁵⁹ Lors de l'établissement du rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, face à l'absence de définition législative de la « gravité », de hauts magistrats avaient évoqué une insécurité juridique indéniable (J. ALIX, A. DARSONVILLE (dir.), « Gravité et droit pénal », *Colloque XXIV^e congrès de l'Association Française de Droit pénal*, éd. Mare & Martin, novembre 2021).

¹³⁶⁰ Crim, 6 mars 2019, pourvoi n° 18-90.035 ; C'est nous qui soulignons.

¹³⁶¹ V. OLLIVIER, E. PLANCHAT, « La Cour de cassation relance le dialogue des juges sur le cumul des sanctions fiscales et pénales », *op. cit.*

C'est une question que se pose également M. COLLET¹³⁶² à l'égard des contribuables fautifs. Et malheureusement, la Cour de cassation continue d'opposer de la résistance. Sa chambre criminelle dans une succession de décisions du 11 septembre 2019¹³⁶³ n'a pas facilité la compréhension de la notion de « gravité » qui a valu la complémentarité des procédures fiscales et pénales. Les demandeurs au pourvoi ont pourtant contesté la complémentarité de procédures qui leur a été imposée par la Cour d'appel pourtant silencieuse sur l'exigence de gravité. Pour répondre à la contestation, elle a arbitrairement déclaré qu'elle « est en mesure de s'assurer de la gravité des faits retenus à l'encontre du prévenu tenant à la circonstance du recours à des intermédiaires établis à l'étranger et au montant des droits éludés s'élevant à 235 580 € »¹³⁶⁴.

A notre avis, c'est à croire qu'il n'y a pas de continuité dans l'application de cette réserve d'encadrement du cumul des sanctions. Comme M. DREYER l'a si bien soutenu : « Tous les coups sont permis dans la lutte contre la fraude fiscale (ou presque) »¹³⁶⁵. Par conséquent, l'application de la règle de complémentarité est mise à mal déjà dans le réseau répressif ou elle a été élaborée. La problématique de l'appréciation de la gravité de la fraude fiscale ne devrait normalement pas en être une, au moins en matière fiscale. Qu'en serait-il de l'application de cette règle d'articulation des sanctions dans les autres réseaux répressifs ?

271. La seconde conséquence de la difficulté d'appréciation de la gravité. La gravité s'avère être une condition d'application de la complémentarité en matière fiscale. En encadrant plus tard le cumul de sanctions pénales et extra pénales en matière civile¹³⁶⁶ ou administrative¹³⁶⁷, le Conseil constitutionnel ne s'est pas fondé sur cette réserve jurisprudentielle limitant l'applicabilité de l'articulation. Peut-être que cette réserve est justifiée par les impératifs de ce domaine répressif, c'est-à-dire la conciliation de la protection des droits fondamentaux et de la nécessité de recouvrement des impôts. Au moins, on peut être convaincu aujourd'hui qu'au plan interne, le juge de la Cour de cassation¹³⁶⁸ interprète de manière « stricte »¹³⁶⁹ les réserves au régime du cumul des sanctions en matière fiscale.

¹³⁶² M. COLLET, « Le cumul des sanctions pénale et fiscale », *RDP*, janvier 2018, n° 1, p. 49.

¹³⁶³ *Crim.*, 11 sept. 2019, *préc.*

¹³⁶⁴ *Crim.*, 11 sept. 2019, pourvoi n° 18-81040, *préc.*, § 22.

¹³⁶⁵ E. DREYER, « Tous les coups sont permis dans la lutte contre la fraude fiscale (ou presque) », *Gaz. Pal.*, novembre 2019, n° 40, p. 46.

¹³⁶⁶ Conseil constitutionnel, 29 septembre 2016, *préc.*

¹³⁶⁷ Conseil constitutionnel, 07 mai 2020, *préc.*

¹³⁶⁸ *Crim.*, 31 mai 2017, n° 15-82.159, *Publié au bulletin.*

¹³⁶⁹ T. LAMULLE, « Une interprétation stricte des réserves du Conseil constitutionnel en matière de cumul des sanctions fiscales et pénales », *Lexbase*, 20 juillet 2017.

Finalement, la complémentarité des procédures telle que l'a élaborée le Conseil constitutionnel témoigne de son ambition d'aménager le cumul. Les sages se détournent d'une certaine manière de la répétition injustifiée de procédures et de sanctions pour les mêmes faits. Cependant, la condition d'applicabilité imposée par le juge constitutionnel entraîne des conséquences déplorables sur cette ambition de passer du cumul à l'articulation dans la matière répressive.

Le Conseil constitutionnel n'avait peut-être pensé, depuis le départ, à cette règle d'articulation que dans le but de répondre à la particularité de la matière fiscale. Voyons, à présent, la manière dont les juridictions européennes conçoivent la complémentarité des procédures.

B. LE LIEN AVEC LA CONCEPTION EUROPÉENNE

272. La concordance retrouvée. Pendant que le Conseil constitutionnel faisait régner sur le plan interne son mécanisme de complémentarité des procédures nécessité par l'articulation des sanctions, des craintes s'élevèrent. Ces sentiments d'inquiétude émis sur la légitimité de ce mécanisme face au droit européen étaient justifiés. En effet, un peu avant les questions prioritaires de constitutionnalité du 24 juin 2016, du côté de la jurisprudence européenne, la censure du cumul des sanctions pénales et fiscales battait son plein¹³⁷⁰. Et ceci, sans compter sur son interprétation *garantiste* de la règle du non-cumul¹³⁷¹ dans l'arrêt *Zolotoukhine contre Russie* de 2009¹³⁷² et confirmée dans l'arrêt *Grande Stevens contre Italie* de 2014¹³⁷³. Ainsi, la concordance ne se lisait plus vraiment entre la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence européenne. Elle ne se renouvela qu'à partir du moment où la Cour européenne a opté également pour l'aménagement du cumul par la règle de complémentarité des procédures. Nous parlons par ailleurs d'*aménagement du cumul* en termes d'articulation des sanctions, bien sûr. Par cette concordance, la question de la compatibilité entre les deux jurisprudences (1) est tout à fait légitime. Cependant, on se rendra très vite compte des modalités de complémentarité propres à la cour européenne (2).

1. La question de la compatibilité de la jurisprudence constitutionnelle avec la jurisprudence européenne

273. Le choix de la complémentarité par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union européenne. Nous sommes toujours en 2016. La Cour

¹³⁷⁰ CEDH, 27 novembre 2014, *préc.* ; CEDH, 10 février 2015, n° 53753/12, *Kiiveri c/ Finlande* ; CEDH, 30 avril 2015, *préc.*

¹³⁷¹ Article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention.

¹³⁷² CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹³⁷³ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

européenne des droits de l'homme met en place un système d'encadrement du cumul des sanctions. Et qui dit encadrement dit quelque part acceptation du *cumul aménagé, repensé*. La Cour adopte alors, dans son arrêt de Grande chambre, *A. et B. c/ Norvège du 15 novembre 2016*¹³⁷⁴, une conventionnalité du cumul fondée sur la complémentarité des procédures. Dans cette affaire, les requérants estimaient avoir été poursuivis et punis deux fois pour la même infraction fiscale, en violation de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne.

La Cour répond que les dispositions de cet article n'excluent pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, du moment où certaines conditions sont remplies. Est-ce une autorisation accordée par la Cour aux États de répéter le procès ou les peines ? La haute juridiction écarte cette répétition. Elle déclare que l'État défendeur doit établir de manière probante que les procédures mixtes en question étaient unies par un lien matériel et temporel suffisamment étroit. Ce qui signifie que tant que les procédures issues de différents réseaux répressifs partagent un rapport de complémentarité par *un lien* du point de vue *matériel* que *temporel*, le cumul des sanctions peut être validé. Dans ce mode d'adoption de la complémentarité des poursuites, la Cour de Strasbourg est soutenue également par la Cour de justice de l'Union européenne¹³⁷⁵.

En effet, il doit alors être démontré que les procédures se combinent au point de pouvoir intégrer un tout cohérent. Les moyens utilisés pour y parvenir ainsi que les finalités poursuivies doivent être complémentaires avec un lien temporel. Pour établir cette combinaison, les Etats défendeurs ont désormais du pain sur la planche. Matériellement, le lien entre les procédures n'est établi que si toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des preuves a été évité entre les diverses autorités compétentes. Temporellement, le lien entre les procédures combinées doit vouloir dire que celles-ci ne s'étalent pas trop dans le temps. Toute lenteur entre les procédures combinées doit être justifiée. Si ces deux aspects de la combinaison ne sont attestés, la dualité de procédures sera déclarée à l'encontre de l'Etat défendeur par la Cour, au sens de l'article 4 § 1 du protocole n° 7 à la Convention.

A notre avis, cette conception de l'articulation n'est pas troublante, encore moins déstabilisante si les Etats font preuve de responsabilité¹³⁷⁶ dans la combinaison des procédures. Les

¹³⁷⁴ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

¹³⁷⁵ CJUE, 20 mars 2018, *préc.*

¹³⁷⁶ Voy., à ce propos, J.-L. SAURON, « La jurisprudence de la CEDH : vers une responsabilité partagée avec les États parties ? », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 43, p. 18.

conséquences découlant d'un tel mécanisme doivent être proportionnées et prévisibles pour le justiciable. On peut comprendre que la Cour inclut aussi les conséquences de ce mécanisme de complémentarité des procédures puisqu'elle précise qu'elles peuvent aller jusqu'à leur terme.

274. Justification de cette complémentarité par l'équation du « noyau dur du droit pénal » : une question assez floue. La nécessité de la complémentarité des procédures énoncée par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas justifiée pareillement par la jurisprudence constitutionnelle. Sa justification est fondée sur une distinction entre les champs d'application de l'article 4 alinéa 1^{er} du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne. Toute accusation, même si relevant de la matière pénale consacrée à l'article 6 de la Convention, qui n'entre pas dans le *noyau dur du droit pénal*¹³⁷⁷ ne peut bénéficier de toutes les garanties prévues par cet article dont la garantie de non-cumul. En effet, cette justification avait déjà été utilisée dans l'arrêt de sa Grande chambre *Jussila contre Finlande* rendu le 23 novembre 2006¹³⁷⁸. A l'époque, la Cour avait affirmé que les accusations en matière pénale n'ont pas toutes le même poids, « les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal ». Il s'agit d'une question assez floue. Certains auteurs voient en cette démonstration, « une application à géométrie variable »¹³⁷⁹. Un véritable problème de détermination de la matière pénale se pose et nous en débattons dans la suite¹³⁸⁰.

En revanche, lorsqu'on se place sur le terrain de prédilection de ce concept, la justification de la complémentarité paraît sensiblement accessible. En réalité, le noyau dur du droit pénal est une expression très importante en Criminologie. Elle est directement attachée à la nature même du droit pénal ; un droit pénal envisagé comme un droit des moyens par opposition aux droits des fins, comme le droit de la responsabilité civile. M. GASSIN soutient que la caractéristique de « moyens » se révèle à l'analyse des incriminations positives, lorsqu'on distingue dans chaque incrimination une « valeur protégée »¹³⁸¹. Dans le meurtre par exemple, la valeur protégée est la vie humaine. Dans le contexte de la Cour européenne des droits de l'homme

¹³⁷⁷ CEDH, 23 novembre 2006, *Jussila c/ Finlande*, n° 73053/01, § 133 ; M. GUYOMAR, « Il n'appartient pas au juge de l'impôt de contrôler la proportionnalité du montant de l'amende fiscale infligée sur le fondement de l'article 1734 ter du CGI, *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, n° 5, p. 17 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Une amende civile peut être prononcée à l'encontre de la société absorbante pour des pratiques restrictives de concurrence commises par la société absorbée », *Revue des contrats*, 1^{er} décembre 2016, n° 4, p. 683 ; P. PHILIP, « L'évolution des garanties fiscales résultant de la jurisprudence rendue au regard de la Convention EDH », *LPA*, 24 août 2012, n° 170, p. 3 ; F.-X. LUCAS, « Éditorial. Faut-il dépénaliser la vie des affaires ? », *BJB*, 1^{er} mars 2008, n° 3, p. 167.

¹³⁷⁸ *Idem*.

¹³⁷⁹ M. MICHINEAU, Le cumul des sanctions et poursuites, colloque sur le droit constitutionnel punitif, in GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, pp. 36 et s., p. 124.

¹³⁸⁰ Voy., *infra*, n° 287-288.

¹³⁸¹ R. GASSIN, P. BONFILS, S. CIMAMONTI, *Criminologie*, éd. Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 84.

prouver l'appartenance d'une accusation à la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention exigerait, à notre sens, que cette accusation soit fondée sur des moyens ou des valeurs protégées par le droit pénal. C'est ce qui donnerait plus de poids à l'accusation et pourrait justifier une complémentarité de procédures.

275. Une compatibilité fragile des jurisprudences sur la justification de la complémentarité. La Cour européenne des droits de l'homme adopte alors complètement le principe de complémentarité des procédures mixtes. Si elle rejoint ainsi le principe de complémentarité inscrite par le Conseil constitutionnel, elle est surtout soutenue par la Cour de justice de l'Union européenne¹³⁸². Cependant, sur plusieurs points, la compatibilité des jurisprudences constitutionnelle et européenne s'avère fragile. L'exemple de la motivation de la complémentarité des procédures relatives à l'examen de la complémentarité des buts poursuivis éclaire davantage.

Selon la haute juridiction de l'Union européenne, les buts poursuivis par les deux procédures - pénale et extra pénale – sont complémentaires puisqu'ils ont pour objet « des aspects différents du même comportement infractionnel concerné »¹³⁸³. La Cour européenne des droits de l'homme parle également de « phases parallèles menées par des autorités différentes à des fins différentes »¹³⁸⁴. Ceci signifie que les deux Cours européennes affirment que c'est parce que les buts sont différents qu'ils se complètent et permettent une complémentarité des procédures. Ce n'est pas du tout la position du Conseil constitutionnel. Selon les sages du Conseil constitutionnel la procédure pénale et la procédure fiscale permettent la « protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive »¹³⁸⁵. Pour le Conseil constitutionnel, des objectifs communs¹³⁸⁶ peuvent donc se compléter. Nous trouvons que c'est incompréhensible, car dans l'ordre des choses, ce sont des choses différentes qui se complètent, s'unissent pour former un tout harmonieux. De plus, le Conseil constitutionnel n'explique pas en quoi cette identité peut justifier la complémentarité des procédures.

Ainsi, par ce type de divergence, la compatibilité entre les jurisprudences sur la justification de cette règle d'articulation commune est presque superficielle. La Cour européenne des droits de

¹³⁸² CJUE, 20 mars 2018, *préc.*

¹³⁸³ CJUE, 20 mars 2018, *préc.*, §44 ; C'est nous qui soulignons.

¹³⁸⁴ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, §123 ; C'est nous qui soulignons.

¹³⁸⁵ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 20.

¹³⁸⁶ C. SOURZAT, « Essai d'une analyse des rapports entre procédures fiscale et pénale », *op. cit.*

l'homme, pour le même principe de complémentarité des procédures, a choisi des conditions propres à elle. La question de la compatibilité de la jurisprudence constitutionnelle avec la jurisprudence européenne se solde, par conséquent, par la fragilité. Une fragilité définie par la différence de réserves entre ces jurisprudences lorsqu'on ambitionne de les articuler. Et c'est ce que nous allons continuer à démontrer.

2. Les conditions disparates propres à la jurisprudence européenne

276. Des réserves liées aux liens matériel et temporel entre les procédures. La Cour évoque deux critères à remplir pour qu'un cumul de sanctions soit acceptable. Il faut qu'il y ait eu à l'étape procédurale « un lien matériel et temporel suffisamment étroit »¹³⁸⁷ entre la procédure pénale et la procédure fiscale. Si ces deux critères ne sont pas remplis, le cumul de sanctions est alors déclaré contraire à la règle *non bis in idem*. C'est clairement un adoucissement de la jurisprudence *Zolotoukhine C/ Russie de 2009*¹³⁸⁸ dont la portée « garantiste » du principe de non-cumul se trouve par conséquent limitée aujourd'hui. Contrairement à cette ancienne jurisprudence qui rejetait l'indépendance des sanctions et conséquemment le cumul des sanctions, la Cour par son arrêt *A. et B. c/ Norvège* en 2016¹³⁸⁹ autorise les Etats à adopter des réponses juridiques *parallèles, mixtes et complémentaires*. Chacun des critères évoqués est abordé différemment. Pour vérifier l'établissement d'un *lien matériel* entre les procédures mixtes, la Cour évoque quatre conditions : premièrement, la *complémentarité des buts dirigés par les différentes procédures* ; deuxièmement, la *mixité des procédures* ; troisièmement, la *vérification de toute erreur de répétition faisant apparaître que l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre* ; quatrièmement, la *vérification de la prise en compte de la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme dans la procédure ayant pris fin en dernier*. Toutefois, avant de revenir sur chacune de ces conditions du lien matériel utile à la complémentarité des procédures, nous allons apprécier l'établissement du *lien temporel*.

277. L'établissement du lien temporel. Selon la Cour, l'établissement du lien temporel entre les procédures ne signifie pas que les deux procédures doivent être conduites simultanément du début jusqu'à la fin. Les Etats sont libres de mener progressivement les procédures. Néanmoins, selon la jurisprudence *Kapetanios*¹³⁹⁰, le lien temporel entre les

¹³⁸⁷ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, § 130.

¹³⁸⁸ CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹³⁸⁹ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

¹³⁹⁰ CEDH, 30 avril 2015, *préc.*

procédures doit être établi de sorte que « le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs, et pour que les procédures ne s'étalent pas trop dans le temps »¹³⁹¹.

Ainsi énoncé, n'est pas forcément saisissable ce que représentent deux procédures qui ne s'étalent pas trop dans le temps. Selon nous, il y a ici un manque de précision. Où est donc la sécurité juridique qui doit pourtant être garanti au justiciable ? Sur ce point, il est facile de s'accorder avec l'opinion dissente¹³⁹² du juge Pinto De ALBUQUERQUE sur la question lorsqu'il dénonce dans cet arrêt « une politique répressive digne d'un Léviathan »¹³⁹³. Cependant, nous n'épousons que partiellement cette dénonciation qui semble trop poussée, exagérée à notre avis. Nous ne trouvons pas dans ce manque de précision du lien temporel une politique autorisant l'Etat à « ouvrir des procédures multiples, stratégiquement articulées et mises en place en vue d'atteindre l'effet répressif maximal »¹³⁹⁴. En effet, dans cette même décision, le juge a quand même exigé le respect de la proportionnalité des sanctions cumulées, de manière à éviter à l'intéressé un fardeau excessif. Tout n'est pas que signe d'arbitraire dans cet établissement du lien temporel.

278. Première condition d'établissement du lien matériel : la complémentarité des buts dirigés par les différentes procédures. La première condition traite de la complémentarité des buts différents. Ceci constitue une différence qui doit être établie relativement aux pans du même acte préjudiciable à la société. Ce sont des procédures différentes présentant des buts complémentaires.

Cette preuve d'établissement du lien matériel entre les procédures fiscales et pénales dans l'affaire *A. et B. contre Norvège* du 15 novembre 2016¹³⁹⁵, a été établie sur la différence entre les majorations d'impôts et la condamnation pénale. En effet, les majorations d'impôts présenteraient un but de dissuasion générale alors que la condamnation pénale est conduite par un but punitif. Classer dans un premier temps les majorations d'impôts lourdes sous le volet pénal et affirmer dans un second temps que ces majorations ne présentent pas un but punitif relève une fois encore l'instabilité de cette jurisprudence, à notre sens.

¹³⁹¹ CEDH, 30 avril 2015, *préc.*, § 67.

¹³⁹² Le juge Pinto De ALBUQUERQUE manifeste son désaccord avec la décision *A. et B. c/ Norvège* du 15 novembre 2016 rendue de la Grande chambre (CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*).

¹³⁹³ Juge Pinto De ALBURQUERQUE, Opinion dissente, *lot. cit.*, § 79.

¹³⁹⁴ *Idem.*

¹³⁹⁵ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

Cette qualification du but des majorations d'impôts afin de compléter la procédure fiscale par la procédure pénale n'est point convaincante. Finalement, cette première condition d'établissement du lien matériel entre les procédures est loin d'être une condition accessible.

279. La deuxième condition : la mixité des procédures complémentaires. De toutes les conditions d'établissement du lien matériel, la deuxième est de loin la plus sérieusement traitée par la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit de la mixité des procédures.

Selon la Cour, l'article 4 du protocole additionnel n° 7 n'exclut pas la conduite de procédures mixtes¹³⁹⁶. Néanmoins les procédures mixtes doivent présenter une absence de répétition de procès ou de peines, pour être compatibles avec le critère de « *bis* » découlant de ce texte. Cependant, selon elle, il y a plus de chance que les sanctions découlant d'une procédure ne faisant pas partie du *noyau dur du droit pénal*¹³⁹⁷ contiennent une charge disproportionnée¹³⁹⁸. Si la mixité entre les procédures est respectée, l'exigence du « *bis* » de l'article 4 du protocole n° 7 est alors respectée et il n'y a donc pas de violation dudit article. Et c'est ce qui est souhaitable pour une réorganisation du cumul des sanctions ou simplement pour une articulation des sanctions.

Cela peut paraître remarquable mais une incohérence s'est à cet effet installée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a dû pour la présente jurisprudence, interpréter plus rigoureusement que d'habitude *la matière pénale* visée par l'article 6 de la Convention européenne. Ce qu'elle a appliqué pour la procédure ayant conduit à la sanction administrative. Plusieurs interrogations se déclinent : adopterait-elle toujours cette rigueur en matière d'interprétation générale de la matière pénale ou le fera-t-elle seulement dans le but précis de créer une mixité des procédures ? Un doute s'installe alors que la cohérence est l'une des devises de la jurisprudence de la Cour¹³⁹⁹. Un regard critique sur ce défaut de cohérence a été soulevé également par M. ROETS dans son étude sur le cumul des sanctions¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁶ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, § 130.

¹³⁹⁷ Voy., *supra*, n° 272.

¹³⁹⁸ C'est une allusion faite au principe de proportionnalité imposée par le Conseil constitutionnel pour plafonner le cumul des sanctions sur l'accusé. Ce risque de fardeau supplémentaire en cas d'absence de procédures mixtes a été largement pris en compte dans plusieurs décisions de la Cour : CEDH, 30 mai 2000, n° 31982/96, *R.T. c/ Suisse* ; CEDH, 13 décembre 2005, n° 73661/01, *Nilsson c. Suède*.

¹³⁹⁹ CEDH, 6 septembre 1978, n° 5029/71, *Klass et autres c/ RFA*, § 68 ; CEDH, 26 octobre 2000, n° 30210/96, *Kudla c/ Pologne*, § 152.

¹⁴⁰⁰ D. ROETS, « La question du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales : tango jurisprudentiel à Strasbourg », *RSC*, avril 2017, p. 134.

En fin de compte, certes la Cour fait un effort dans la détermination de la mixité des procédures en se basant sur une appartenance au *noyau dur du droit pénal*, mais cette condition reste une condition à valeur discutable.

280. La troisième condition : la prohibition de toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve. A la lecture du paragraphe 132 de l'arrêt du 15 novembre 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a mentionné qu'il est question troisièmement de savoir « si les procédures en question ont été conduites d'une manière qui évite autant que possible toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve, notamment grâce à une interaction adéquate entre les diverses autorités compétentes, faisant apparaître que l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre »¹⁴⁰¹. Cette troisième condition d'établissement du lien matériel entre les procédures ne semble alors pas être une contrainte. L'expression « autant que possible » assemblée à la prohibition de la répétition de la collecte et de l'appréciation des preuves laisse derrière elle une certaine flexibilité dans la contrainte.

Ainsi, face à cette condition, comment ne pas dénoncer la légèreté, la souplesse de la contrainte de la répétition qui dessert le contribuable poursuivi, ou comment ne pas penser à une situation de deux poids, deux mesures? Un risque de conclusions contradictoires dans les procédures pénales et administratives est présent à cause des règles de preuve différentes.

281. La dernière condition : la prise en compte de la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme dans la procédure ayant pris fin en dernier. Dans l'établissement du lien matériel entre les procédures, la Cour a imposé une vérification : celle de savoir « si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier »¹⁴⁰². Ceci doit être respecté dans l'esprit d'éviter à l'intéressé un fardeau excessif. Pour la Cour, la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme peut être une sanction définitive. Elle peut donc faire « potentiellement obstacle à la poursuite de l'autre procédure »¹⁴⁰³. Dans ce cas, l'individu peut bénéficier de la protection prévue par le principe de non-cumul des sanctions. C'est une réserve adoptée par ailleurs par le conseil constitutionnel¹⁴⁰⁴ et qui n'est d'ailleurs que la preuve de la constance. La seule question qui se posait en présence d'un jugement définitif était la question

¹⁴⁰¹ C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁰² CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, § 132.

¹⁴⁰³ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, § 126.

¹⁴⁰⁴ En matière fiscale : Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, *préc.* ; En matière civile : Conseil constitutionnel, 29 septembre 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.*

de l'appréciation du caractère *définitif* d'une décision. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, cette interrogation se dissout dès lors qu'il n'y a non pas une répétition des poursuites à proprement parler mais plutôt une combinaison de procédures. Des procédures dont on peut considérer qu'elles forment un tout intégré¹⁴⁰⁵. Le juge pénal ne pourra peut-être plus ignorer la chose jugée par le juge administratif, par le juge civil ou par le juge disciplinaire sur ce fondement. Il n'y a, en effet, pas de répétition de procédures mais des procédures regroupées en un tout. Ce qui semble être une solution assez globale apportée par la complémentarité des procédures, de notre point de vue. C'est une solution également apportée par le Conseil constitutionnel en matière fiscale¹⁴⁰⁶. Ceci sous-entend que même la question de l'autorité de la chose jugée en dehors du droit pénal, face à la poursuite pénale serait résolue grâce à la complémentarité des procédures.

La fixation de ces conditions, établissant le lien matériel et temporel entre les procédures, manifeste alors la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme de protéger les droits des personnes poursuivies. Le lien matériel et le lien temporel suffisamment étroits entre les procédures ne peuvent être établis sans que les Etats n'assimilent ou ne respectent les conditions qui soutiennent chacun de ces liens. C'est un rappel à la responsabilisation des Etats. L'application de la complémentarité des procédures semble plus meublée ici. Néanmoins, un manque de clarté et de précision touche autant la détermination du lien temporel que la détermination de la plupart des conditions du lien matériel.

En résumé, on se rend compte que même si elle a été adoptée par le Conseil et par la Cour européenne des droits de l'homme, la complémentarité n'est pas conçue à l'identique de part et d'autre. La combinaison de la jurisprudence constitutionnelle avec la jurisprudence européenne en la matière montre son insuffisance. Il n'en ressort pas une harmonisation des conditions d'application de la complémentarité des procédures, malgré tout l'intérêt¹⁴⁰⁷ de cette méthode d'articulation des sanctions. Ce n'est qu'une conséquence du manque d'uniformité des

¹⁴⁰⁵ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, §126.

¹⁴⁰⁶ « Les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale » Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*, §13 ; S. DETRAZ, « Une brèche dans l'indépendance des procédures fiscales et pénale », note sous Conseil Constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*, RSC, 2016, p. 524.

¹⁴⁰⁷ N. HAUPTMANN, N. PEHAU, « La CDBF clarifie encore le non bis in idem », in *Chronique de jurisprudence de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière*, AJDA, 23 mars 2020, n° 11, p. 619, note sous une décision de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) : CDBF, 2 décembre 2019, n° 328-794. Intérêt soulevé en 2007 dans une décision de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF, 11 juillet 2007, n° 157-523, *ministère de la Défense, service interarmées de liquidation des transports*, AJDA 2007. 2431, chron. N. Groper et C. Michaut. AJFP, 2008, p. 31).

conditions. Le Conseil constitutionnel utilise une règle d'articulation fondée de manière inexplicite sur une certaine conformité avec le principe de nécessité des peines. Nous ne sommes pas complètement convaincus de la nécessité de la complémentarité des procédures, en dehors de l'argument de la gravité du manquement. Le point positif de cet emboîtement est la ressemblance de la conception de la complémentarité à travers la condition du respect du jugement *définitif*. Il en résulte un moyen d'encadrement commun aux jurisprudences constitutionnelle et européenne.

A présent, nous allons nous consacrer à la seconde règle d'articulation des sanctions. Nous allons démontrer que la seule règle d'articulation des sanctions qui semble être validée de manière homogène dans l'ordre juridique interne et dans les ordres juridiques européens est la proportionnalité des sanctions. Il est question de la règle d'articulation que nous soutenons pour son applicabilité élargie au vaste champ répressif ; et c'est ce que nous allons démontrer.

§ 2 : La proportionnalité des sanctions : une applicabilité relativement homogène de l'articulation

282. De l'ordre juridique interne aux ordres juridiques européens : un choix commun de proportionnalité. L'exigence de proportionnalité en matière de cumul des sanctions pour un même fait et par plusieurs réseaux répressifs est exprimé dans l'ordre juridique interne et sur le plan européen. Premièrement, sur le plan interne, la proportionnalité, comme étudié dans la première partie de la thèse, est l'une des règles de fond élargie globalement par le Conseil constitutionnel à toute sanction punitive¹⁴⁰⁸. Sa principale source est l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui consacre le principe de nécessité des peines. C'est le fondement légal de la proportionnalité sur le plan interne¹⁴⁰⁹.

Quant à son fondement jurisprudentiel, c'est depuis décembre 1989 que le Conseil constitutionnel rappelle sans cesse que « 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 »¹⁴¹⁰. Ainsi, la nécessité des peines appelle au respect du principe de proportionnalité qui impose le respect d'un *quantum* lié au

¹⁴⁰⁸ Voy., *supra*, n° 16 ; M. CAFFIN-MOI, « Les sanctions facultatives à l'encontre du dirigeant de société liquidée : attention à la proportionnalité ! » *Gaz. Pal.*, 17 décembre 2019, n° 44, p. 81, note sous Com., 12 juin 2019, pourvoi n° 16-25025.

¹⁴⁰⁹ G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, *op. cit.*

¹⁴¹⁰ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 20 juillet 2012, *préc.*

comportement commis concrètement. Il en ressort une exigence à valeur constitutionnelle relative à la quantité des sanctions.

C'est également cette valeur constitutionnelle conférée à cette exigence quantitative qui permet au Conseil constitutionnel de limiter le cumul des sanctions sans avoir à reconnaître le principe européen *non bis in idem* prévu à l'article 4 du protocole additionnel à la Convention. Tel a été le cas en matière administrative¹⁴¹¹, en matière fiscale¹⁴¹² et même en matière civile répressive¹⁴¹³.

Le fondement légal et jurisprudentiel dégagé par le Conseil constitutionnel et l'usage qu'il en fait, donnent au principe de proportionnalité une certaine indépendance à ce moyen d'encadrement du cumul et d'articulation des sanctions. Il revient souvent au juge ordinaire de préserver cette exigence dans le contrôle des sanctions cumulées, comme on le verra par la suite.

Secundo, sur le plan européen, le même choix de moyen d'encadrement des sanctions cumulées a été opéré tant sur le plan légal que jurisprudentiel.

D'abord, la Cour de justice de l'Union européenne met en application l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il conditionne ainsi la double poursuite à l'existence de règles claires et précises. Ces règles permettent au justiciable de prévoir les actes et omissions susceptibles d'être ainsi cumulativement sanctionnés. La double poursuite est également conditionnée à l'existence de *sanctions nécessaires et proportionnées*¹⁴¹⁴. La haute juridiction de l'Union européenne a choisi de conditionner aussi l'admissibilité du cumul de sanctions par l'exigence de nécessité et de proportionnalité des sanctions. Mais ce choix de l'exigence de la proportionnalité des sanctions cumulées opéré par la Cour de justice des Communautés européennes remonte à plusieurs décennies.

Dès 1951, on déduit des dispositions de l'article 90 du Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'acier¹⁴¹⁵ du 18 avril 1951 que toute décision répressive – pénale,

¹⁴¹¹ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.* ; R. SALOMON (*dir.*), « Le contentieux boursier : entre répression pénale et sanction administrative », in *Colloque organisé par la Cour De Cassation, BJB*, n° 02, 1^{er} janvier 2017, p. 130 ; P. PAILLER, « Directive et règlement Abus de marché : quelle articulation pour les dispositifs de répression pénale et administrative ? », *BJB*, 1^{er} septembre 2015, n° 09, p. 380 ; J.-M. MOULIN, « Cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », *op. cit.*

¹⁴¹² Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.* ; C. HERMON, « Retour sur le cumul des poursuites et des sanctions pénales et fiscales, une partition inachevée », *RDP*, 1^{er} septembre 2016, n° 5, p. 1395.

¹⁴¹³ J. LAGOUTTE, « Les conséquences sur la sanction en droit français : la question de l'amende civile », *op. cit.*

¹⁴¹⁴ CJUE, 20 mars 2018, *préc.* ; B. SAINTOURENS, « Cumul des sanctions civiles et pénales applicables au chef de l'entreprise en difficulté : le contrôle de constitutionnalité », *BJB*, 31 décembre 2016, n° 12, p. 738, note sous Cons. const., 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC ; C. HERMON, *lot. cit.*

¹⁴¹⁵ La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier ayant donné naissance en 1958 à la Cour de justice des communautés européennes qui, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, a été renommée : Cour de justice de l'Union européenne.

administrative – antérieure doit être prise en compte pour la détermination d’une nouvelle sanction à prononcer éventuellement, dans le cadre de la répression du même manquement. De cette règle d’articulation des sanctions prononcées pour un même fait par la Communauté européenne et une juridiction nationale, la Cour de justice des communautés européennes a ressorti « une exigence générale d’équité »¹⁴¹⁶.

Une fois encore, c’est un encadrement de la quantité des sanctions cumulées par référence au principe de proportionnalité. Ce qu’a d’ailleurs confirmé plus tard la même juridiction de l’Union européenne. Selon elle, la proportionnalité « exige que les moyens mis en œuvre par une disposition communautaire soient aptes à réaliser l’objectif visé et n’aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l’atteindre »¹⁴¹⁷. Ainsi, toute décision répressive antérieure doit effectivement être prise en compte dans la détermination d’une éventuelle sanction. Et ceci, sans que les sanctions cumulées n’excèdent ce qui est suffisant.

Non seulement le principe de nécessité reste le socle de cette exigence de proportionnalité, même en dehors du droit interne, mais la protection juridique des justiciables reste une priorité. La Cour a rappelé que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect, sachant que « les dispositions de ce droit communautaire doivent être conformes au principe de proportionnalité »¹⁴¹⁸.

De son côté, la Cour européenne des droits de l’homme, pour articuler les sanctions pénales et fiscales issues des procédures complémentaires, dans l’arrêt *A. et B. contre Norvège* du 15 novembre 2016, a également imposé que soit respecté le principe de proportionnalité¹⁴¹⁹. C’est ce que nous avons développé comme la quatrième condition du lien matériel instaurant la complémentarité évoquée par la Cour de Strasbourg¹⁴²⁰.

Finalement, une manifestation assez claire de la portée de l’exigence de proportionnalité sur le plan européen est constatée. Une manifestation qui ne fait que confirmer d’ailleurs l’homogénéité sur le plan interne et européen de ce choix d’encadrement du cumul des sanctions, favorable à leur articulation.

283. Différentes techniques de proportionnalité convergeant vers un but unique. De part et d’autre, l’exigence de proportionnalité est solutionnée globalement par la nécessité de plafonner les sanctions cumulées à l’issue d’une double poursuite. Pour le Conseil

¹⁴¹⁶ CJCE, 13 février 1969, n° 14-68, *Walt Wilhem et autres c. Bundeskartellamt*, §11.

¹⁴¹⁷ CJCE, 18 mars 1987, n° 56/86, *Société pour l’exportation des sucres c/ ohea* ; CJCE, 11 juillet 2002, n° C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt HamburgJonas*, § 59.

¹⁴¹⁸ CJCE, 18 novembre 1987, n° 137/85, *Maizena GmbH et autres c/ BALM*, § 15.

¹⁴¹⁹ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, § 132.

¹⁴²⁰ *Ibidem*.

Constitutionnel, une sanction pécuniaire peut se cumuler avec des sanctions pénales prononcées à raison des mêmes faits avec la possibilité pour les sanctions pénales d'atteindre un montant identique.

La technique de mesure ou de plafonnement est 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 »¹⁴²¹. Également, la technique du plafonnement consiste à mesurer les sanctions afin que le maximum à infliger au justiciable soit égal au montant le plus élevé. C'est d'ailleurs sous cette réserve liée au « montant global des sanctions » que le Conseil constitutionnel a décidé que l'application combinée des dispositions de l'article 1729 du code général des impôts¹⁴²² et des dispositions contestées de l'article 1741 du même Code¹⁴²³ ne méconnaît pas le principe de proportionnalité des peines. C'est après avoir décidé que ni l'un ni l'autre de ces deux textes pris isolément n'était contraire au principe de proportionnalité des peines.

Le respect de cette technique de plafonnement des sanctions imposé ici en matière administrative, en matière fiscale l'est également en matière disciplinaire. Le Conseil constitutionnel a déjà retenu en octobre 2014 que pour la répression d'un même fait, « il appartient aux autorités juridictionnelles et disciplinaires compétentes de veiller au respect de cette exigence et de tenir compte, lorsqu'elles se prononcent, des sanctions de même nature antérieurement infligées »¹⁴²⁴.

Le Conseil constitutionnel continue à appliquer cette technique de proportionnalité pour atteindre un objectif qui ne change pas : celui d'assurer que le montant global des sanctions¹⁴²⁵. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme pour encadrer le cumul des sanctions pénales et fiscales grâce à l'exigence de proportionnalité, a opté pour un mécanisme de compensation. En effet, en faisant le choix d'une articulation des sanctions pénales et fiscales à travers le contrôle des conditions d'une complémentarité entre les procédures, elle a exprimé sa technique de proportionnalité. Elle apprécie plusieurs points dont celui de savoir « si la

¹⁴²¹ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc* ; B. SAINTOURENS, « Cumul des sanctions civiles et pénales applicables au chef de l'entreprise en difficulté : le contrôle de constitutionnalité », *op. cit.*

¹⁴²² Dispositions consacrant la procédure répressive fiscale pouvant aboutir à sanction fiscale de majoration située entre 40 et 80% pour le contribuable coupable de manœuvres frauduleuses (*Les taux de majoration fixés par le législateur ne sont pas manifestement disproportionnés.*)

¹⁴²³ Dispositions qui prévoient une amende de 500 000 euros, qui s'élève à 1 000 000 euros en cas de fraude aggravée, et d'un emprisonnement de cinq ans, qui s'élève à sept ans en cas de fraude aggravée, quiconque a « volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt ».

¹⁴²⁴ Conseil constitutionnel, 24 octobre 2014, décision n° 2014-423 QPC, *M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière]*.

¹⁴²⁵ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif, ce dernier risque étant moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné »¹⁴²⁶.

En effet, la Cour n'a pas véritablement suivi les solutions de proportionnalité comme le plafonnement des sanctions ou même la solution du sursis à statuer¹⁴²⁷ adoptée dans la jurisprudence précédente¹⁴²⁸. De notre point de vue, c'est particulier parce que la Cour adhère aujourd'hui à une proposition de proportionnalité qu'elle rejetait encore en 2014¹⁴²⁹. A l'époque, pour assurer la proportionnalité, le gouvernement italien avançait que « le montant de l'amende administrative avait été déduite de la sanction pénale ». Il s'agit d'une méthode de déduction de sanctions.

Ainsi aujourd'hui, cette méthode de compensation d'une sanction par une autre est celle qu'il faut pour amoindrir le risque pour le justiciable de porter un fardeau excessif. Ce raisonnement nous semble correct, même si certains auteurs n'y adhèrent aucunement¹⁴³⁰. Et de plus, l'objectif de la Cour européenne des droits de l'homme converge avec celui du Conseil constitutionnel : *assurer le montant global des sanctions*.

Somme toute, malgré la différence de solution ou de technique de proportionnalité que peuvent choisir la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence européenne, l'objectif de l'exigence de la proportionnalité reste le même partout en matière d'encadrement du cumul et d'articulation des sanctions.

Ce sont plutôt les caractéristiques de ce mécanisme de compensation qui méritent d'être critiquées.

284. Critiques des caractéristiques du mécanisme de compensation et sa portée. Ce revirement de jurisprudence européenne en matière de solution de proportionnalité génère deux questions importantes.

D'abord, cette technique s'applique aux déductions de sanctions imposées dans la procédure définitivement close en premier. Ce qui exclut les autres formes d'aboutissement d'une procédure comme l'acquiescement, le non-lieu. Ceci est surprenant.

¹⁴²⁶ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*, § 132 ; C'est nous qui soulignons.

¹⁴²⁷ Suspendre l'une des procédures pendant que l'autre est pendante.

¹⁴²⁸ CEDH, 30 avril 2015, *préc.*, § 72 ; CEDH, 25 septembre 2019, n^{os} 66602/09 et 71879/12, *Sismanidis et Sitaridis c/ Grèce*, § 72.

¹⁴²⁹ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁴³⁰ Juge Pinto De ALBURQUERQUE, Opinion dissente, *préc.*

On se demande légitimement alors si les décisions d'acquittement ne sont pas dotées elles aussi de l'autorité de la chose jugée au point d'être pris en compte par les autorités sanctionnatrices extra pénales ? La réponse à cette question se trouve dans la jurisprudence antérieure de la Cour. Elle a déjà affirmé avec constance qu'« un acquittement au pénal doit être pris en compte dans toute procédure ultérieure pénale ou non pénale »¹⁴³¹. Ce qui signifie finalement que le mécanisme compensatoire exclut la déduction par rapport aux décisions d'acquittement et est contraire à la jurisprudence antérieure. Selon nous, ne pas considérer l'acquittement intervenu à l'issue de la première procédure et déclencher une seconde procédure est un processus qui viole le principe de présomption d'innocence pourtant élargi à la matière répressive¹⁴³².

L'autre question qu'impose cette solution de proportionnalité est de savoir si cette solution peut au moins être applicable dans l'hypothèse la moins simple. C'est l'hypothèse où l'action extra pénale serait la première sanction à devenir définitive. Le justiciable peut-il encore être condamné par le juge pénal alors que l'autorité sanctionnatrice aurait déjà prononcé une décision extra pénale devenue définitive ? Le problème de l'autorité de la chose jugée risquerait de persister, malgré la solution de la Cour.

En résumé de ce paragraphe, le choix unanime de l'exigence de proportionnalité par les juges sur le plan interne et européen¹⁴³³ est remarquable. Le Conseil constitutionnel, la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme ont de manière générale opté pour un objectif commun : encadrer le cumul des sanctions ou articuler les sanctions pour un même fait en assurant le montant global des sanctions. Et c'est la base même de l'homogénéité de l'applicabilité de cette règle d'articulation des sanctions.

Peu importe la technique de proportionnalité adoptée, une convergence se décline incontestablement sur le plan interne et européen. La seule difficulté est liée aux caractéristiques parfois critiquables de certaines techniques telles que la solution de proportionnalité – la compensation – proposée par la Cour européenne des droits de l'homme.

En conclusion de cette section, l'articulation des sanctions n'est plus aujourd'hui un simple vœu. Les différentes juridictions ont fait de ce mécanisme un véritable moyen d'harmoniser le cumul des sanctions tout en respectant le principe européen de non-cumul des sanctions. Les juridictions internes et européennes respectent toujours le droit à ne pas être jugé ou puni deux

¹⁴³¹ CEDH, 30 avril 2015, *préc.*, § 66 ; CEDH, 23 octobre 2015, n° 27785/10, *Melo Tadeu c/ Portugal*, § 64.

¹⁴³² CEDH, 30 avril 2015, *préc.*, § 88 ; CEDH, 25 septembre 2019, *préc.*, § 58.

¹⁴³³ J. LAGOUTTE, « Les conséquences sur la sanction en droit français : la question de l'amende civile », *op. cit.*

fois pour la même infraction proclamée par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention. Depuis que les exigences de complémentarité et de proportionnalité ont été adoptées par les hautes juridictions, on y voit une application plus souple du *non bis in idem*. C'est tout à fait juste selon nous car la règle *non bis in idem* n'interdit en rien que des procédures soient déclenchées harmonieusement. L'essentiel étant qu'elles forment *un tout cohérent* avec une peine mesurée et assurant le montant global des sanctions selon l'objectif commun des techniques de proportionnalité. A présent, comment peut-on apprécier l'extension des règles d'articulation à l'ensemble de la matière répressive ?

A présent, nous allons consacrer la suite de notre étude à l'extension de l'articulation des sanctions à l'ensemble de la matière répressive.

Section 2. L'extension de l'articulation des sanctions à toute la matière répressive

285. A la lumière de la jurisprudence constitutionnelle et européenne, l'articulation des sanctions a vu le jour. Néanmoins, les règles jurisprudentielles de cette articulation n'ont été élaborées que dans certains réseaux répressifs. Il n'y a pas eu de règle d'articulation qui ait été explicitement élargie à toute la matière répressive.

En parallèle, la résistance de la réserve française¹⁴³⁴ à la règle *non bis in idem* fait davantage débat depuis la jurisprudence *A et B. c/ Norvège* du 15 novembre 2016. En effet, dans cette décision, la Cour a rappelé que « les réserves formulées par l'Autriche et l'Italie ont été jugées non valables [...] contrairement à la réserve émise par la France »¹⁴³⁵. Dans l'arrêt *Goktan contre France*, la réserve française a alors implicitement été validée par la Cour européenne des droits de l'homme. Le caractère implicite de cette validation est à l'origine du débat. Pour la doctrine majoritaire, cette validation bien qu'implicite reste une validation. Cependant, les pessimistes continuent de penser que du moment où la Cour n'a pas explicitement validé cette réserve, elle pourrait subir à tout moment le même sort que les réserves autrichienne et italienne¹⁴³⁶ qui lui étaient semblables. Nous partageons cet avis. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles il est important, de notre point de vue,

¹⁴³⁴ En vertu de cette réserve, d'ailleurs formulée par plusieurs autres Etats comme l'Italie, l'Autriche, la règle *non bis in idem* ne peut concerner que les sanctions qualifiées de pénales, au sens du droit interne.

¹⁴³⁵ Cf., respectivement CEDH, 23 octobre 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*, § 5, série An° 328-C et CEDH, 4 mars 2014, préc., §§ 204-211, contrairement à la réserve émise par la France [CEDH, 2 juillet 2002, n° 33402/96, *Goktan C/ France*, § 21.

¹⁴³⁶ *Idem*.

d'anticiper une possible invalidation en réfléchissant d'avantage à des solutions de secours. Il est alors indispensable dès maintenant de réfléchir aux difficultés de mise en œuvre de l'articulation.

La détermination de deux notions importantes complique les choses : il s'agit de la notion de matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne mais aussi de la notion de nature des sanctions. Nous allons donc montrer comment la détermination difficile des notions de matière pénale et de nature des sanctions complexifie l'extension de l'articulation des sanctions à tous les réseaux répressifs.

D'un côté, la première notion est relative à la justification de la complémentarité des procédures par la Cour européenne dans son arrêt A et B c/ Norvège du 15 novembre 2016¹⁴³⁷. Ce qui représente une justification fondée sur la distinction entre la matière pénale appartenant au noyau dur du droit pénal et la matière pénale n'y appartenant pas (§ 1). Cette détermination à l'étape des accusations pénales est, de fait, fondamentale pour la mixité des procédures. De l'autre côté, la détermination de la notion de nature des sanctions (§ 2) influence l'application de l'exigence de proportionnalité des sanctions articulées.

§ 1 : La détermination de la notion de « matière pénale » : source de difficulté d'application de la mixité des procédures dans divers réseaux répressifs

286. Après l'examen de l'appréciation de la notion de matière pénale (A), nous démontrerons l'incohérence notionnelle ressentie dans plusieurs réseaux répressifs (B).

A. APPRÉCIATION DE LA NOTION DE « MATIÈRE PÉNALE »

287. Du passage des critères de la jurisprudence « Engel » au critère du caractère infamant de la procédure répressive non pénale. A l'étape des accusations en matière pénale, il est important de déterminer si elles relèvent toutes du *noyau dur du droit pénal*¹⁴³⁸. Si toutes les accusations en matière pénale mises en œuvre pour les mêmes faits ont le même poids, on parlera de répétition de procédures. L'article 4 du Protocole additionnel

¹⁴³⁷ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

¹⁴³⁸ CEDH, 23 novembre 2006, *préc.*, § 133 ; M. GUYOMAR, « Il n'appartient pas au juge de l'impôt de contrôler la proportionnalité du montant de l'amende fiscale infligée sur le fondement de l'article 1734 ter du CGI », *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, n° 5, p. 17 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Une amende civile peut être prononcée à l'encontre de la société absorbante pour des pratiques restrictives de concurrence commises par la société absorbée », *op. cit.* ; P. PHILIP, « L'évolution des garanties fiscales résultant de la jurisprudence rendue au regard de la Convention EDH », *op. cit.* ; F.-X. LUCAS, « Éditorial. Faut-il dépénaliser la vie des affaires ? », *op. cit.*

n° 7 de la Convention consacrant le non-cumul des sanctions serait, de ce fait, considéré comme violé. Comment relever alors le poids de chaque accusation en matière pénale ?

Nous avons évoqué la question plus haut¹⁴³⁹ et avons retenu que la Cour n'applique pas les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 de la Convention dans toute leur rigueur aux majorations d'impôt parce qu'elles ne feraient pas partie du noyau dur du droit pénal. La Cour a déployé un nouveau critère. Il s'agit du *critère du caractère infamant* de la procédure répressive extra pénale.

Selon la Cour, ce critère permettrait de distinguer la matière pénale relevant du *noyau dur du droit pénal* et la matière pénale ne pouvant y entrer et pouvant par conséquent se cumuler avec la procédure pénale. Ainsi, pour elle, plus la procédure administrative présente des caractéristiques infamantes la rapprochant dans une large mesure d'une procédure pénale ordinaire, plus les finalités sociales poursuivies par la punition du comportement fautif dans des procédures différentes risquent de se répéter (*bis*) au lieu de se compléter.

A notre sens, c'est une cassure de la notion de matière pénale tel que présentée autrefois dans les arrêts *Zolotoukhine* et *Grande Stevens*¹⁴⁴⁰. La Cour se base alors sur le caractère non infamant de la procédure administrative pour établir une différence entre les finalités pénales et administratives. L'objectif est d'obtenir deux procédures différentes dont les finalités se complètent et non se répètent. Le caractère non infamant de la procédure administrative ne ferait pas entrer dans *le noyau dur du droit pénal* ce qui serait bénéfique pour une complémentarité de procédures. Les garanties pénales de l'article 6 de la Convention dont le non-cumul ne peuvent donc s'appliquer dans toute leur vigueur à une accusation pénale dépourvue de caractère infamant¹⁴⁴¹.

Par conséquent, c'est un nouveau critère établi par la Cour dans l'arrêt *Jussila*¹⁴⁴² et reconduit dans l'arrêt *A. et B. contre Norvège* qui fait naître une catégorie d'infractions mineures dont la procédure répressive peut s'articuler à chaque fois avec la procédure pénale, si nécessaire.

288. Le critère du caractère infamant de la procédure répressive extra pénale. La démarcation entre le *noyau dur du droit pénal* et le reste du droit pénal à travers le critère du

¹⁴³⁹ Voy., *supra*, n° 272.

¹⁴⁴⁰ CEDH, 10 février 2009, *préc* ; CEDH, 4 mars 2014, *préc*.

¹⁴⁴¹ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*, § 43.

¹⁴⁴² CEDH, 23 novembre 2006, *préc*.

caractère *infamant* n'est pas vraiment convaincante. Depuis l'arrêt *Jussila*¹⁴⁴³, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas réussi à en élaborer une approche harmonieuse.

La clarification conceptuelle du *noyau dur du droit pénal* au vu de l'article 6 de la Convention telle que dressée par l'application des critères de la jurisprudence *Engel*¹⁴⁴⁴ nous inspirent plus. Au moins avec ces critères, pouvait être établie clairement la différence entre les sanctions applicables et appliquées découlant de procédures mixtes à travers leur sévérité, leur quantité. C'était une appréciation quantitative des infractions qui nous permettait au moins de faire entrer une accusation dans le noyau dur du droit pénal.

Dans le cas du critère du caractère infamant, la Cour n'a fait qu'une qualification pratiquement théorique et purement artificielle. Quand on se réfère à l'utilisation jurisprudentielle antérieure de ce critère, nous ne pouvons que nous en convaincre davantage. Dans l'arrêt *Grande Stevens*¹⁴⁴⁵, la Cour avait relevé le caractère *infamant* des sanctions. Ce qui signifie que le caractère *infamant* est lié aux sanctions applicables à l'infraction alors que dans la plupart des cas où il est utilisé, il est lié à la nature même du comportement. Ce sont souvent les cas de meurtre, corruption, abus sexuel ou torture¹⁴⁴⁶.

La rareté de l'utilisation de ce critère ne permet pas de mieux le cerner. Cependant, c'est son attribution – non à un comportement ou sanction – mais à une procédure qui confirme sa superficialité surtout qu'elle n'a pas été justifiée par la Cour.

La Cour s'est servie d'un critère mal approfondi pour exclure du *noyau dur du droit pénal* les majorations d'impôts. Ceci l'a amené à retenir la mixité des procédures pénales et fiscales dans cette affaire de 2016. La Cour a voulu prouver par tous les moyens la mixité entre la procédure fiscale et la procédure pénale. Etant donné que la mixité peut être considérée comme l'assemblage de deux choses différentes, la Cour a créé une différence entre les procédures pour rapprocher ensuite en créant un *tout cohérent*.

La méthode de détermination de la matière pénale relevant du *noyau dur du droit pénal* doit soit mieux être approfondie par la Cour, soit elle doit être écartée tout simplement pour ne pas créer plus de confusion.

¹⁴⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴⁴ CEDH, 8 juin 1976, *préc.*

¹⁴⁴⁵ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁴⁴⁶ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, § 167, série A n° 25 ; CEDH, 25 septembre 1997, *Aydın c. Turquie*, §§ 83-84 et 86, Recueil 1997-VI ; CEDH, 28 juillet 1999, n° 25803/94, *Selmouni c. France*, § 74.

B. UNE INCOHERENCE NOTIONNELLE RESSENTIE DANS PLUSIEURS DOMAINES RÉPRESSIFS

289. Problème d'uniformité. Outre sa méconnaissance par le Conseil constitutionnel, les difficultés d'interprétation du principe *non bis in idem* se ressentent différemment dans chaque domaine répressif. Selon M. CHACORNAC, la politique répressive répondrait à des impératifs spécifiques à chaque réseau répressif¹⁴⁴⁷.

Le même problème se pose en termes d'application des règles d'articulation des sanctions. Selon que l'on traite de la répression d'un abus de marché financier en matière administrative, de la répression d'une fausse déclaration d'impôts en matière fiscale, de la répression de la faute professionnelle d'un notaire en matière disciplinaire ou encore de la répression d'un abus de la grande distribution en matière répressive civile, la mise en œuvre de ces règles peine à s'imposer de manière uniforme.

Cependant, l'extension des règles d'articulation connaît pratiquement les mêmes difficultés en matière disciplinaire et en matière civile.

290. Un problème notionnel ressenti dans les matières répressives disciplinaire et civile.

Le 29 septembre 2020, la Cour européenne, dans sa décision *Faller et Steinmetz c/ France*¹⁴⁴⁸, a considéré qu'étant de nature différente, la peine d'interdiction d'exercer la profession de médecin prononcée par le juge pénal et l'interdiction temporaire de donner des soins aux assurés sociaux infligée par la juridiction disciplinaire à l'encontre d'un praticien pour les mêmes faits se cumulent. La Cour justifie cette différence de nature au sens de sa jurisprudence « Engel »¹⁴⁴⁹. Cette motivation du cumul des sanctions fondée sur la *différence de nature des sanctions* nous interpelle.

Cette déclaration de *différence de nature* est bien connue sur le plan interne. Quand on remonte dans le temps, la chambre criminelle de la Cour de cassation l'avait déjà évoqué en matière disciplinaire. C'était le 09 avril 2015, pour écarter l'application de la règle *non bis in idem* et autoriser le cumul des sanctions pénales et disciplinaires¹⁴⁵⁰. En ce moment, c'était assez surprenant. Nous étions encore aux lendemains de la décision symbolique du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 de refus du cumul des sanctions en matière d'abus de marché financier¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁷ J. CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? » *op. cit.*

¹⁴⁴⁸ CEDH, 29 septembre 2020, *préc.*

¹⁴⁴⁹ CEDH, 8 juin 1976, *préc.*

¹⁴⁵⁰ Crim., 09 avril 2015, *préc.*

¹⁴⁵¹ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

Dans son commentaire datant de 2015¹⁴⁵², M. RASCHEL a tenté de trouver une explication à cette affirmation de différence de nature qui a d'ailleurs déjà servi d'argument au Conseil¹⁴⁵³ sur la question. Quand il s'est penché sur l'explication donnée par le Conseil constitutionnel fondée sur un critère de sévérité des sanctions, il a démontré à juste titre que cet argument n'était pas *plausible*. Les deux sanctions étaient, en effet, dotées d'une même sévérité. Et pour finir, il n'a pas été convaincu, et nous non plus, par une explication de la *différence de nature* des sanctions disciplinaires et pénales basée sur leurs contenus et effets respectifs. La sanction pénale d'interdiction professionnelle et certaines sanctions disciplinaires ont le même résultat, et pour une durée comparable¹⁴⁵⁴. Même l'explication apportée par la différence de valeurs et d'intérêts protégés par ces sanctions paraissait bien *poreuse*, affirma-t-il. A ce propos, il est difficile de ne pas croire que « la protection de l'intérêt général passe en effet parfois par la répression des comportements qui s'inscrivent au sein d'une collectivité restreinte »¹⁴⁵⁵. Le but de la sanction disciplinaire serait inclus dans celui de la sanction pénale.

L'appréciation de la différence de nature des sanctions cumulées en matière disciplinaire continue donc d'être problématique sur le plan interne. Cette différence de nature des sanctions justifiant leur cumul s'observe également en matière civile répressive.

Dans cette matière, les choses ont certes évolué, contrairement à la période où l'amende civile ne pouvait bénéficier des règles protectrices du droit pénal malgré la reconnaissance de son caractère répressif¹⁴⁵⁶.

Et si aujourd'hui au moins, le juge ordinaire peut valider le cumul de sanctions civiles et pénales à l'égard des principes établis par la Constitution¹⁴⁵⁷, c'est cependant en justifiant ce cumul par une *différence de nature des sanctions*. La chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt en date du 29 septembre 2016¹⁴⁵⁸ a validé le cumul de sanctions pénales et civiles en cas d'infractions en matière de travail illégal¹⁴⁵⁹. Pour le juge judiciaire, ce cumul ne méconnaît pas les principes de nécessité et de proportionnalité des peines prévus à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 du moment où la majoration prévue n'a *ni la*

¹⁴⁵² E. RASCHEL, « Nouvel épisode dans l'application de la règle ne bis in idem en droit français : l'autorisation du cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *op. cit.*

¹⁴⁵³ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹⁴⁵⁴ Voy., E. RASCHEL « Nouvel épisode dans l'application de la règle ne bis in idem en droit français : l'autorisation du cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *op. cit.*

¹⁴⁵⁵ Crim., 9 avril 2015, *préc.*

¹⁴⁵⁶ CA Nîmes, 25 février 2010, n° 07-00606, SAS Carrefour France c/ Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

¹⁴⁵⁷ Principes prévus à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

¹⁴⁵⁸ Civ., 2^e, 29 sept. 2016, pourvoi n° 16-40.227, *Bull. civ.*, n° 216 ; *Dr. soc.*, mars 2017, note Salomon R.

¹⁴⁵⁹ Articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du travail, tel que créé par la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

même nature, ni la même finalité que les sanctions pénales auxquelles s'expose le redevable. Par ailleurs, certaines sanctions civiles punitives peuvent présenter une double nature tantôt pénale tantôt commerciale¹⁴⁶⁰. L'exemple des sanctions de faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer est révélateur. La différence de nature des sanctions est alors encore plus difficile à prouver pour justifier valablement le cumul.

Finalement, la différence de nature des sanctions cumulées revient souvent en matière disciplinaire et en matière civile, sans que le juge de la Cour de cassation ne prenne le temps d'expliquer cette différence de nature. C'est un silence, qui à notre avis, ne concorde pas avec le respect des règles protectrices du droit pénal dont devraient bénéficier les personnes sanctionnées doublement. A ce propos, une référence aux critères de la jurisprudence *Engel*¹⁴⁶¹, comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision du 29 septembre 2020¹⁴⁶², rassure un peu plus et nous édifie mieux sur l'appréciation de la différence de nature des sanctions cumulées.

291. Un problème défavorable à l'application des règles d'articulation des sanctions.

Cette forme d'exclusion de certaines sanctions répressives de la matière pénale visée par l'article 6 de la Convention européenne n'est toutefois pas sans conséquence sur les efforts d'articulation des sanctions menés jusque-là. Avant tout, avec sa décision du 29 septembre 2020, c'est la Cour européenne qui nous surprend sur la violation de ces propres règles d'encadrement du cumul des sanctions répressives. Peut-être, avions-nous eu tort de croire en une extension effective de ces règles d'articulation des sanctions à toute la matière répressive ! En tous les cas, la Cour européenne n'évoque pas les réserves de complémentarité ou de proportionnalité pour valider le cumul des sanctions pénales et disciplinaires. Pour elle, la *différence de nature des sanctions* suffit. Pour ce qui est de la matière civile par exemple, le juge de la Cour de cassation déclare certes que ce cumul ne viole pas la Constitution, mais il ne met pas non plus en avant dans cette matière les règles d'articulation des sanctions mises en place par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme.

Comme relevé plus haut, l'exigence de complémentarité impose l'appartenance à la matière pénale visée par l'article 6 de la Convention de la sanction répressive extra pénale. Cette appartenance permet de faire la distinction entre la sanction comprise dans la matière pénale

¹⁴⁶⁰ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, O. DÉCIMA, « Droit pénal et droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 216.

¹⁴⁶¹ CEDH, 8 juin 1976, *préc.*

¹⁴⁶² CEDH, 29 septembre 2020, *préc.*

incluse dans le noyau dur du droit pénal et celle comprise dans la matière pénale tout court. Ainsi, en cas de cumul avec la sanction pénale, la sanction civile, à l'instar de la sanction disciplinaire ne bénéficie pas véritablement de l'extension des règles d'articulation des sanctions. Le cumul des sanctions en matière civile et en matière disciplinaire se fait encore différemment du sens de l'articulation.

292. Des spécificités problématiques de chacun de ces domaines répressifs. Les spécificités de chacune de ces deux matières en sont pour beaucoup dans cette absence d'extension des règles d'articulation des sanctions. La non-reconnaissance avec force de la nature pénale aux sanctions disciplinaires reste typique à cette matière qui contient pourtant des sanctions aussi sévères que certaines sanctions pénales. C'est une véritable question à résoudre pour espérer une véritable articulation des sanctions et pour ne plus se contenter d'un cumul répétitif de sanctions sans protection pénale garantie à l'intéressé. Et ceci, même si pour Mme PELTIER, le problème vient de ce que la question ne peut se résoudre facilement¹⁴⁶³.

Du côté du réseau répressif civil, le défaut d'accroissement de ce domaine, l'insuffisance des sanctions civiles répressives¹⁴⁶⁴ ne favorise pas la réception de l'application des règles d'articulation. Les abandons¹⁴⁶⁵ de projets de textes législatifs dans ce domaine répressif ne sont pas non plus bénéfiques ou plutôt ne préparent pas le terrain à l'articulation des sanctions.

En résumé de ce paragraphe, pour apprécier la notion de *matière pénale* au sens de l'article 6 de la Convention européenne, la Cour est passée au critère infamant de la procédure répressive non pénale. Ce faisant, elle n'a pas complètement abandonné les critères de la jurisprudence *Engel*¹⁴⁶⁶, même si aujourd'hui on observe une cassure de la conception utilisée autrefois dans les arrêts *Zolotoukhine* et *Grande Stevens*¹⁴⁶⁷. Le critère du caractère infamant qui permettrait d'opérer une distinction entre la matière pénale relevant du *noyau dur du droit pénal* et la matière pénale n'y relevant pas, souffre de précision. Doit-elle être déterminée à l'égard de l'infraction, du manquement extra pénal ou à l'égard de la procédure ? A présent, ce qui est évident est qu'il crée une catégorie d'infractions mineures dont l'accusation en matière pénale

¹⁴⁶³ *Idem*.

¹⁴⁶⁴ Voy., N. ALLIX, *La sanction pécuniaire civile*, op. cit.

¹⁴⁶⁵ Alors que ce projet constituait une innovation ambitieuse et audacieuse, l'institution d'une amende civile Article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile pour faute lucrative dans le projet de réforme du droit de la responsabilité civile fut abandonnée.

¹⁴⁶⁶ CEDH, 8 juin 1976, *préc.*

¹⁴⁶⁷ CEDH, 10 février 2009, *préc.* ; CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

s'articule aisément avec la procédure pénale. C'est le cas des accusations en matière fiscale et administrative.

Par conséquent, l'incohérence notionnelle ressentie davantage dans les matières disciplinaires et civiles a tendance à être résolue par une appréciation d'office du poids de l'accusation en matière pénale des procédures disciplinaires à l'égard des critères de la jurisprudence Engel¹⁴⁶⁸. Ceci permet d'éjecter simplement les procédures disciplinaires et parfois civiles de la matière pénale et donc d'y appliquer facilement un cumul basé sur la différence de nature des sanctions. Une articulation des sanctions au regard de l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention est ainsi écartée. La conséquence de la difficile détermination de la nature des sanctions se ressent dans l'application de la proportionnalité.

§ 2 : La détermination de la notion de « nature des sanctions » : source de difficulté d'application de la proportionnalité à toute la matière répressive

293. Une modalité commune d'extension de l'application de la proportionnalité à toute la matière répressive. A l'étape du prononcé des sanctions cumulées : la détermination de la nature identique des sanctions est la modalité de mise en œuvre de l'exigence de proportionnalité. Et si l'on s'inspire de la matière « purement pénale »¹⁴⁶⁹ le législateur a prévu une condition pour la personne reconnue coupable de plusieurs infractions en concours. A l'occasion de procédures séparées, cette dernière peut se voir imposer par la dernière juridiction la confusion totale ou partielle, *du moment où elles sont de même nature*. Ainsi, le principe de proportionnalité des sanctions pénales cumulées s'applique sous condition d'identité des sanctions.

Cependant, cette modalité d'application de la proportionnalité relative à la nature des sanctions n'est pas à confondre avec l'appartenance à la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne comme examiné ci-dessus, avec les critères Engel¹⁴⁷⁰.

Alors, revenons-en à l'identité des sanctions pour une mise en œuvre de la proportionnalité sur le plan interne. En dehors du cadre purement pénal, c'est le Conseil constitutionnel qui hisse cette modalité de même nature au rang constitutionnel. Le juge constitutionnel prévoit en matière disciplinaire qu'il revient aux autorités juridictionnelles et disciplinaires de tenir compte « des sanctions de même nature antérieurement infligées »¹⁴⁷¹. Le Conseil

¹⁴⁶⁸ CEDH, 8 juin 1976, préc.

¹⁴⁶⁹ Voy., *supra*, n° 289.

¹⁴⁷⁰ CEDH, 8 juin 1976, préc.

¹⁴⁷¹ Conseil constitutionnel, 24 octobre 2014, préc.

constitutionnel, en matière administrative, montre explicitement ce qu'il avait camouflé dans sa décision du 28 juillet 1989¹⁴⁷². En parlant de l'exigence quantitative de proportionnalité des sanctions, il a utilisé l'expression « le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁴⁷³. Ce qui signifie que les sanctions cumulées ne peuvent qu'être des sanctions de la *même nature*. Dans ce cas précis, il s'agissait de sanctions pécuniaires. C'est absolument logique. On ne peut pas, en raison du même fait, réprimer dans plusieurs réseaux répressifs, cumuler une peine d'emprisonnement et une sanction pécuniaire. Le cumul ne peut se faire qu'entre des sanctions pouvant être plafonnées, déduites, compensées selon les différentes techniques de proportionnalité.

Cette condition a également été confirmée par le Conseil d'Etat¹⁴⁷⁴ et par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2010¹⁴⁷⁵ et renouvelée en septembre 2019. En effet, en matière fiscale, dans un arrêt du 11 septembre 2019 « Lorsque le prévenu justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale définitivement prononcée pour les mêmes faits, le juge pénal n'est tenu de veiller au respect de l'exigence de proportionnalité que s'il prononce une peine de même nature »¹⁴⁷⁶.

Il est évident que l'extension de l'exigence de proportionnalité à toute la matière répressive est soumise à une même modalité, peu importe le réseau répressif. Que ce soit en matière administrative¹⁴⁷⁷, ou fiscale¹⁴⁷⁸ la modalité d'un cumul de sanctions « de même nature » s'impose de long en large par la jurisprudence. Quelle détermination formelle peut-on faire de la notion ?

294. Détermination formelle de la notion de « même nature » des sanctions. La modalité d'identité des sanctions cumulées fait l'unanimité dans l'application de la proportionnalité des sanctions certes, mais comment la définit-on ou comment l'apprécie-t-on ? Cette condition de sanctions répressives « de même nature » n'est pas simple à déterminer.

Dans une étude portant sur le cumul des sanctions disciplinaires et pénales¹⁴⁷⁹, Monsieur M. DÉCIMA propose d'apprécier la « même nature » des sanctions répressives par deux

¹⁴⁷² Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

¹⁴⁷³ *Idem.*

¹⁴⁷⁴ CE, 15 janvier 2016, n° 394447.

¹⁴⁷⁵ Crim., 2 mars 2010, pourvoi n° 09-82-607, *Bull. crim.*, n° 44, *Dr. pén.*, 2010.

¹⁴⁷⁶ Crim., 11 septembre 2019, pourvois n° 18-81.067 et n° 18-82.430, *préc.* C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁷⁷ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 24 octobre 2014, *préc.*

¹⁴⁷⁸ Crim., 11 septembre 2019, *préc.*

¹⁴⁷⁹ « Polysémique, voire incertain, ce terme est défini, tout à la fois, de façon matérielle et formelle. Matériellement, la sanction est déterminée par son objet : être privé de liberté, devoir payer une somme d'argent, être privé de l'exercice d'un droit. De ce point de vue, deux punitions ont la même nature si, par exemple, elles consistent toutes deux à priver le condamné de l'exercice d'un même droit, tel que celui d'exercer sa profession

possibilités dont la conception formelle. Elle consiste à rapprocher les sanctions par leur qualification c'est-à-dire par leur affiliation à une catégorie juridique. Et en la matière, on peut faire attribuer la même nature aux « sanctions ayant le caractère d'une punition » selon le Conseil constitutionnel ; la même nature aux « sanctions appartenant à la matière pénale » selon l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou encore la même nature des sanctions peut être retrouvée dans la classification des sanctions administratives, disciplinaires, fiscales ou pénales.

Cependant, l'application de cette conception formelle n'est pas sans difficulté. Par exemple, la Chambre criminelle s'est prononcée en 2015 sur la détermination de la nature de « la peine complémentaire d'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale prévue en matière pénale et la sanction disciplinaire de destitution susceptible de frapper un notaire »¹⁴⁸⁰. Elle a déclaré qu'une sanction disciplinaire et une sanction pénale prononcées contre un notaire n'étaient pas identiques, alors même qu'elles avaient toutes pour objet de priver ce dernier du droit d'exercer sa profession. Normalement, cela signifie qu'en substance, les deux sanctions étaient de la « même nature ». Mais la chambre criminelle a plutôt utilisé la conception formelle de manière insatisfaisante. L'insatisfaction est l'absence d'une catégorisation générale des sanctions répressives par le législateur.

La catégorisation du Conseil constitutionnel peine certainement à être utilisée par le juge ordinaire. *A contrario*, le Conseil constitutionnel, titulaire de cette catégorisation des sanctions ayant le caractère d'une punition a déjà réussi à déclarer à cet égard *l'identité de sanctions* prononcées d'une part par le juge pénal et d'autre part par l'autorité des marchés financiers¹⁴⁸¹. Dans une décision du 30 septembre 2016, toujours en matière administrative, le Conseil a retenu la même conclusion : l'identité des sanctions administrative et pénale en évoquant la *très grande sévérité* des sanctions de l'Autorité des marchés financiers¹⁴⁸². Cependant ce n'est pas une raison pour affirmer que le Conseil constitutionnel a adopté le critère de sévérité pour attribuer la même nature aux sanctions. Il ne faut pas oublier que c'est par sa catégorisation des

[...] Formellement, la sanction est définie par sa qualification, c'est-à-dire par son rattachement à une catégorie juridique, qui peut être elle-même variable : qualification pénale ou disciplinaire en droit interne, matière pénale au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) ou mesure présentant le caractère d'une punition aux yeux du Conseil constitutionnel » O. DÉCIMA, « Bis repetita placent : cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1192.

¹⁴⁸⁰ Crim., 9 avril 2015, *préc.*

¹⁴⁸¹ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*, considérant n° 26.

¹⁴⁸² Conseil constitutionnel, 30 septembre 2016, *préc.*, §12 : « les sanctions pécuniaires prononcées par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers peuvent être d'une très grande sévérité et atteindre, selon les dispositions contestées de l'article L. 621-15, jusqu'à plus de soixante-six fois celles encourues devant la juridiction pénale ».

sanctions répressives en sanctions ayant le caractère d'une punition que le Conseil constitutionnel appuie son appréciation formelle de l'identité des sanctions.

Finalement la détermination de la *même nature* des sanctions répressives ne fait pas forcément l'unanimité que nous soyons en matière administrative, disciplinaire¹⁴⁸³. Le véritable problème est le défaut d'uniformisation de la catégorisation des sanctions. La catégorisation des sanctions répressives en sanctions ayant le caractère d'une punition par le Conseil constitutionnel n'est pas fidèlement appliquée par la chambre criminelle. Également, la catégorisation proposée par la Convention européenne à travers la notion de matière pénale n'est pas non plus sans critique. Cette notion est déjà toute seule difficile à apprécier comme nous l'avons montré plus haut. Qu'en est-il de sa détermination matérielle ?

295. Détermination matérielle de la notion de « même nature » des sanctions. Apprécier la même nature des sanctions répressives se fait matériellement par l'identité de leur objet : « être privé de liberté, devoir payer une somme d'argent, être privé de l'exercice d'un droit »¹⁴⁸⁴. Ainsi, deux sanctions même découlant de réseaux répressifs différents ayant toutes pour objet de faire payer une somme d'agent, sont de même nature. Elles sont considérées comme dotées de la même substance.

Par cette conception matérielle, l'articulation de sanctions relevant du réseau pénal et fiscal a été déclarée « réalisée » en respectant l'exigence de proportionnalité selon laquelle : « le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁴⁸⁵. En effet, la Cour de cassation¹⁴⁸⁶ a relevé qu'une amende fiscale et une amende pénale reposent sur le même objet : celui de payer une somme d'agent. Ce qui justifie l'identité de leur nature du point de vue matériel et a permis de limiter leur quantum au montant le plus élevé des deux amendes. Par cette même conception matérielle par exemple, le cumul des sanctions pénales et patrimoniales se justifie à travers leur nature indemnitaire¹⁴⁸⁷.

De l'autre côté, en matière administrative, l'identité de nature d'une sanction pénale et d'une sanction disciplinaire a été déclarée. Cette identité de nature reposait sur l'identité de leur objet : privation d'exercer une profession. Par conséquent, ces sanctions ont pu être cumulées

¹⁴⁸³ J.-M. BRIGANT, « Cumul de sanctions pénales et disciplinaires : la règle *Non bis in idem* toujours hors-jeu », *Lexbase*, 16 décembre 2020.

¹⁴⁸⁴ O. DÉCIMA, « Bis repetita placent : cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *op. cit.*

¹⁴⁸⁵ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*

¹⁴⁸⁶ Crim., 11 septembre 2019, *préc.*

¹⁴⁸⁷ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, O. DÉCIMA, « Droit pénal et droit des entreprises en difficulté », *préc.*

conformément à l'exigence de limiter le quantum de la peine globale d'interdiction d'exercice de la profession à la peine d'interdiction la plus élevée des deux. Pour le Conseil d'Etat, « la durée totale de la période d'interdiction résultant des décisions des juges pénal et disciplinaire excédait le maximum légal de cinq ans, la chambre de discipline a méconnu la règle de cumul impliquée par le principe de proportionnalité et ainsi commis une erreur de droit »¹⁴⁸⁸.

En résumé, la détermination de la même nature des sanctions répressives mixtes à travers la conception matérielle semble plus accessible pour les juridictions internes. Ceci permet d'espérer une meilleure extension de l'exigence de la proportionnalité pour une application plus développée de l'articulation des sanctions. Malheureusement, certaines sanctions ne s'identifient pas matériellement. Elles partagent plutôt une catégorisation formelle comme celle des sanctions ayant le caractère d'une punition.

En conclusion de cette section, l'absence d'extension explicite des règles jurisprudentielles de l'articulation à la matière répressive complexifie leur mise en œuvre. Cette partie de notre étude nous a permis de comprendre que l'incohérence notionnelle de la matière pénale met à mal la possibilité d'engager des procédures complémentaires. Certaines accusations appartenant à certains réseaux répressifs n'arrivent pas à trouver une place dans cette matière pénale et ne peuvent donc pas former une mixité avec la procédure pénale. La mise en œuvre de la règle de complémentarité manque alors d'harmonie dans la matière répressive. Ce fut aussi l'occasion de voir que la progression de l'extension de l'articulation des sanctions dépend de la résolution définitive par le législateur ou une jurisprudence unanime sur l'appréciation de la nature identique des sanctions. Pour le moment, c'est la mise en œuvre de l'exigence de proportionnalité qui continue d'être défavorable pour certains justiciables. Ces derniers encourent toujours le risque d'insécurité juridique par défaut d'uniformisation d'une règle de détermination de l'identité des sanctions répressives.

296. Conclusion de chapitre. Il existe aujourd'hui un mécanisme d'articulation des sanctions qui permet de se servir même de l'indépendance des procédures pour exercer des mouvements de complémentarité afin d'aménager ensuite les sanctions en un ensemble harmonieux. Il constitue une évidence.

Cependant, répondre à la question de l'uniformisation des techniques développées en termes d'applicabilité de chaque modalité d'articulation nous refroidit un peu. D'un côté et

¹⁴⁸⁸ CE, 21 juin 2013, n° 345500, *préc.*, § 6.

globalement, la complémentarité des procédures est conçue différemment sur le plan interne et le plan européen. Et si la question de la compatibilité des jurisprudences sur l'élaboration de la règle de complémentarité s'est révélée judicieuse, on retient une élaboration jurisprudentielle hétéroclite de cette règle d'articulation des sanctions. De l'autre côté, on a au moins quelque chose de plus fascinant. La proportionnalité – en tant que seconde règle d'articulation des sanctions – a conquis l'ordre juridique interne et les ordres juridiques européens.

Réfléchir à la mise en œuvre de l'articulation des sanctions nous a permis de nous rendre compte que l'échec de son extension remarquée en matière disciplinaire et parfois en matière civile répressive est la conséquence d'un manque de précision sur la détermination de la matière pénale. Également, le défaut d'uniformisation d'une règle de détermination de l'identité des sanctions répressives met à mal l'exigence de proportionnalité des sanctions.

297. Conclusion de titre. L'évitement du cumul des sanctions est *profondément* basé sur la règle de l'autorité de la chose jugée. Ce n'est, en réalité, qu'un camouflage de la sollicitation récurrente de la règle européenne *non bis in idem*, utilisée finalement de manière implicite. Cependant, éviter le cumul reste un pari difficile à relever à cause de l'hétérogénéité de la réception de la chose jugée en matière répressive extra-pénale.

Face à ces difficultés, il est important de penser à l'amélioration de l'articulation des sanctions (Titre II).

TITRE II : L'AMÉLIORATION DE L'ARTICULATION DES SANCTIONS

298. La mise en œuvre de l'articulation des sanctions, confrontée à la question de l'uniformisation des techniques développées, ne peut tendre vers une effectivité que par son amélioration. L'amélioration de l'articulation doit toutefois présenter des méthodes qui ne sont plus seulement fermées sur un ou quelques domaines, mais ouvert sur l'ensemble de la matière répressive. Nous pensons, dans ce sens, à l'important colloque qui s'est tenu le 15 juin 2017 à l'Université Panthéon-Sorbonne et a été dédié à « l'avenir de la répression extra-pénale ». L'articulation des sanctions y a été soulevée¹⁴⁸⁹ mais n'y a été traitée que le cas des « sanctions administratives dans les secteurs techniques »¹⁴⁹⁰.

C'est pourquoi l'amélioration de l'articulation doit constituer une réflexion d'ensemble consacrée à l'articulation des sanctions pénales et des sanctions ayant le caractère d'une punition. Ceci ne doit en aucun cas engendrer une diminution de la protection des individus faisant objet de répression. Notre démonstration envisage s'appuyer sur des bases tangibles. L'amélioration de l'articulation des sanctions ne peut continuer à être du seul ressort des autorités sanctionnatrices ; le législateur et l'exécutif détiennent des capacités utiles à cet effet. L'articulation des autorités répressives est sans doute une proposition souvent déclinée parce que non adaptable à certains domaines répressifs. En effet, ce point négatif peut être contourné avec la consécration de formes législatives de cette méthode. Par conséquent, tout n'est pas à rejeter. Une autre proposition est l'alternative des sanctions dont le but est de choisir entre les procédures, entre sanctions administratives et sanctions pénales judiciaires. En revanche, il est indéniable que ces méthodes d'articulation font preuve d'un intérêt limité. Envisageables, ces

¹⁴⁸⁹ C. CHASSANG, « La communication des administrations sur leur politique répressive : prendre modèle sur le droit pénal ? », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 55-63.

¹⁴⁹⁰ Une recherche sur Les sanctions administratives dans les secteurs techniques a été menée au préalable sur ce thème par Maryse DEGUERGUE, Catherine TEITGEN-COLLY, Gérard MARCOU et Thomas PERROUD avec le Centre d'Etude et de Recherche sur l'administration publique (CERAP) et l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, de 2013 à 2016 : Recherche disponible sur le site du Groupement d'intérêt public « Justice » : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-sanctions-administratives-dans-les-secteurs-techniques/>.

voies nous semblent donc sérieusement discutables, au point d'être considérées comme des pistes exclues (Chapitre 1^{er}).

Les implications du législateur et du pouvoir exécutif présentent plus d'avantages que d'inconvénients. Un renouveau juridique est en réalité nécessaire pour éviter ou tout au moins amoindrir les disparités dans le traitement des justiciables – particuliers, entreprises, agents administratifs, ... – face à la répression. Aussi protectrice qu'elle soit, cette piste d'articulation des sanctions mérite en revanche d'être approfondie pour être plus attrayante par une meilleure crédibilité. Justifier en quoi elle constitue une piste retenue en dépend (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les pistes exclues

299. En veillant à la réalisation de l'articulation par une organisation du cumul, les autorités répressives peuvent punir deux fois la même personne en privilégiant la complémentarité des sanctions. Ce qui doit être encouragé, c'est l'unicité de la réponse répressive¹⁴⁹¹. A ce jour, la forme légale de cette technique de répression nous renvoie directement vers la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché et vers le principe de l'aiguillage qui y est inscrit. En l'état et de notre point de vue, ce principe de l'aiguillage proposé uniquement en matière d'abus de marché devrait être réformé ou supprimé comme nous l'avons mentionné plus haut¹⁴⁹².

Cependant, il est important de reconsidérer la technique que représente l'unicité de la réponse répressive dans sa globalité, en ce qu'elle incite à envisager l'articulation entre les autorités répressives et l'alternative des sanctions telles des pistes envisageables en termes d'articulation des sanctions. Cette idée est cependant freinée par la négligence de l'articulation entre les procédures et la contestation de l'effet radical de la méthode d'alternative des sanctions. Ce raisonnement réfractaire n'est point rédhibitoire à notre sens.

D'un côté, les notions d'« identité des objectifs »¹⁴⁹³ et de « distinction des objectifs »¹⁴⁹⁴ des sanctions, développées respectivement par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, ont été incluses dans la mise en œuvre de l'interdépendance entre autorités répressives ? Elles apportent progressivement plus de garantie à la personne poursuivie. De l'autre côté, l'alternative des sanctions n'est pas radicale telle que la méthode de la *procédure unique*¹⁴⁹⁵ que nous n'aborderons d'ailleurs pas dans notre démonstration. Elle est opposée à la faculté de mouvements que propose l'articulation des sanctions entre les processus répressifs enclenchés pour les mêmes faits.

¹⁴⁹¹ J. CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de non bis in idem ? », *op. cit.*

¹⁴⁹² Voy., *supra*, n° 260.

¹⁴⁹³ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 20 : « les dispositions de l'article 1729 comme les dispositions contestées de l'article 1741 permettent d'assurer ensemble la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive ».

¹⁴⁹⁴ Pour la Cour, la complémentarité des procédures est conditionnée par la différence de leurs buts ou objectifs (CEDH, 15 nov. 2016, *préc.*).

¹⁴⁹⁵ C'est une proposition d'origine doctrinale (A.-V. LE FUR, D. SCHMIDT, « Pour un tribunal des marchés financiers », *op. cit.* ; IDEM, « Il faut un tribunal des marchés financiers », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 551.) qui sert à étendre la compétence de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers aux infractions pénales et aux actions en indemnisation de manière à rationaliser le contentieux des abus de marché. La Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers endosserait alors la qualité de Tribunal, au sens du droit interne.

Partant, ces deux méthodes d'amélioration de l'articulation paraissent tout à fait envisageables. Toutefois, leur champ est restreint et limité à quelques domaines répressifs et quand il s'agit de l'alternative des sanctions, elle est soit techniquement difficile à étendre à certains domaines soit considérée comme un retour en arrière.

Cette remise en cause de l'articulation des autorités de poursuite (Section 1) et l'alternative des sanctions (Section 2) en tant que méthodes d'amélioration de l'articulation des sanctions paraissent, de ce fait, largement discutables.

Section 1 : La piste d'articulation des autorités de poursuite

300. L'idée de l'articulation des sanctions recouvre cette volonté de voir participer les autres autorités répressives à la répression autant que le juge pénal sanctionne des infractions ne relevant pas directement de son champ. A ce propos, M. DETRAZ met en exergue les avantages de la participation de l'administration à la procédure pénale¹⁴⁹⁶, avec une possibilité de *concertation* entre les autorités répressives. Cette intégration des autorités répressives extra-pénales à la procédure pénale se ferait de la phase de l'enquête à celle du jugement. Le but est souvent de choisir une seule voie ou passer à un cumul¹⁴⁹⁷ prévu par la loi et qui ne va pas à l'encontre du principe *non bis in idem* et du principe de nécessité des délits et des peines.

Quand on fait le parallèle avec le droit pénal pur, on relève que le parquet qui déclenche les poursuites se conforme au Code de procédure pénale et au Code pénal. Ainsi, penser l'articulation des sanctions dès cette phase convient de manière logique à laisser une place à l'articulation des autorités de poursuite et à penser à la création d'un droit des sanctions répressives¹⁴⁹⁸ – pénales et extra-pénales¹⁴⁹⁹. L'idée de collaboration entre autorités répressives ne date évidemment pas d'aujourd'hui. Elle a surtout été évoquée en matière répressive administrative, notamment en droit de l'urbanisme où elle avait même fait l'objet d'une recherche¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁶ S. DETRAZ, « L'Administration et le juge pénal. Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal ? Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *op. cit.*

¹⁴⁹⁷ T. PERROUD, « Les rapports entre l'administration et l'appareil judiciaire », *Rapport de recherche sur Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, *op. cit.*

¹⁴⁹⁸ M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, éd. Economica, 1992 ; S. SAUNIER, « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 31-39.

¹⁴⁹⁹ M. DEGOS, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵⁰⁰ M. JUHAN, *L'intervention pénale en matière d'urbanisme : étude des rapports entre la justice pénale et l'autorité administrative*, thèse, Nice, 2003.

De manière concrète aujourd'hui, quelles solutions législatives ont été apportées pour l'articulation des sanctions pénales et extra-pénales dans toute la matière répressive (§ 1)?

Répondre à cette interrogation nous amène à discuter de l'extensibilité du modèle mis en place par le législateur à l'ensemble de la matière répressive (§ 2).

§ 1 : Les formes législatives existantes d'articulation des autorités de poursuite pénales et extra-pénales

301. Les solutions législatives existantes : le cas du droit administratif boursier. De manière concrète, d'abord la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché¹⁵⁰¹ a permis de mettre en place une prévention du cumul des sanctions pénales et administratives boursières. Il importe de consacrer quelques lignes à cette loi.

Par sa jurisprudence en date du 18 mars 2015¹⁵⁰², le Conseil constitutionnel a interdit les doubles poursuites et sanctions d'un même comportement sous les qualifications de délit et de manquement d'initié. Il a jugé que l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier relatif au délit d'initié réprimé par le juge pénal, et l'article L. 621-15 du même code relatif au manquement d'initié réprimé par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers sont contraires à la constitution. N'étant pas de nature différente en application de corps de règles distincts, le cumul de poursuites et de sanctions ne pouvait être validé surtout que l'application de ces textes méconnaît le principe de nécessité des délits et des peines¹⁵⁰³. Par cette pression imposée par le juge constitutionnel, le législateur n'a pas eu le choix que de reformer le système de répression des abus de marché. À la suite d'un processus accéléré¹⁵⁰⁴, la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché a été votée. Cette loi a mis en place un régime nouveau de répression en la matière. Toutefois, elle a également redéfini les incriminations pénales en matière d'abus de marché¹⁵⁰⁵ et a renforcé le niveau de répression des peines d'emprisonnement et des amendes que nous ne développerons pas dans notre contexte.

Ce qui nous intéresse particulièrement, c'est la mise en œuvre du régime de cette loi qui est incontournable en matière d'articulation des sanctions et particulièrement en termes de

¹⁵⁰¹ P.-H. CONAC, « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *op. cit.* ; J. CHACORNAC, *e. a.*, « La réforme du contentieux boursier : répression des abus de marché en France et solutions étrangères », *BJB*, 1^{er} novembre 2016, n° 11, p. 468.

¹⁵⁰² Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹⁵⁰³ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁵⁰⁴ V. TECHENE, « Réforme du système de répression des abus de marché », *Hebdo édition affaires*, juillet 2016, n° 473.

¹⁵⁰⁵ Article 1^{er} de la loi du 21 juin 2016 ; A. PERON, Pour l'AMF : AMF, « La bouilloire est pleine », *Hebdo édition affaires*, septembre 2019, n° 607.

collaboration entre les autorités de poursuite. Dans la décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a proposé plusieurs voies envisageables pour inciter le législateur à réformer les règles de poursuites en matière d'abus de marché¹⁵⁰⁶.

Nous comprenons mieux d'où est partie la collaboration entre l'autorité des marchés financiers et le procureur de la République financier. Une collaboration dument consacrée par la loi du 21 juin 2016 nécessitant que l'autorité des marchés financiers soit informée de toute intention de mise en mouvement de l'action publique. En parallèle, cette dernière doit notifier ses griefs au parquet financier dans un délai de deux mois. Cette nouveauté est le système d'aiguillage dont l'utilité¹⁵⁰⁷ dans son champ d'application relatif aux abus de marché et dans la matière répressive a été largement discutée.

Ce fut ensuite par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude que le législateur va apporter une touche d'articulation des sanctions en matière fiscale, dès l'étape des poursuites.

302. Les solutions législatives existantes : le cas du droit fiscal. La politique de la lutte contre la fraude fiscale consistant à renforcer la répression de la fraude fiscale s'est concrétisée davantage¹⁵⁰⁸ avec la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude¹⁵⁰⁹. En dehors de la définition de la fraude fiscale¹⁵¹⁰, l'arsenal répressif a évolué en termes d'augmentation considérable du montant des amendes. Au paragraphe 3 de la loi, on peut voir que le montant de l'amende fixée au départ à cinq cent mille (500.000) fut élevée à trois millions (3.000.000) d'euros en cas de circonstances aggravantes. Une augmentation brusque observée rien qu'au cours de l'année 2018. En dehors de ce renforcement du système répressif de la fraude fiscale, la loi du 23 octobre 2018 a reformé les modalités de poursuites en la matière. Avant son avènement, la mise en œuvre des poursuites pénales de fraude fiscale était déclenchée par le seul ministre en charge du Budget. En 1977, ce monopole a été confié à la Commission des infractions fiscales qui doit être saisi pour avis. C'est le mécanisme du « verrou

¹⁵⁰⁶ Le rapport Coulon de janvier 2008 avait auparavant fait des propositions dans le sens de l'articulation des procédures administrative et pénale.

¹⁵⁰⁷ T. BONNEAU, « Le système de l'aiguillage, une réforme inutile ? », *BJB*, 1^{er} mai 2018, n° 03, p. 129 ; T. BONNEAU, « Aiguillage et déraillement », *op. cit.*

¹⁵⁰⁸ Avant elle, il y a eu la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

¹⁵⁰⁹ M.-C. SGARRA, « Publication de la loi relative à la lutte contre la fraude : focus sur les mesures fiscales et douanières », *La lettre juridique*, novembre 2018.

¹⁵¹⁰ C. WILLMANN, « Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 : les modestes mais controversées mesures portant sur la fraude sociale », *Hebdo édition sociale*, novembre 2018, n° 761.

de Bercy » qui existant depuis 1920 et était fortement contesté¹⁵¹¹ pour contrariété avec la maîtrise de l'opportunité de poursuites, la transparence de l'action dirigée par les autorités fiscales et le principe de la séparation de pouvoir. Cependant, la loi du 23 octobre 2018 a changé les règles de poursuite en la matière.

Désormais pour plus de transparence, le procureur de la République doit être informé par l'administration fiscale des faits considérés de la fraude fiscale spécialement grave¹⁵¹². En réalité, bien qu'il demeure, le mécanisme du « verrou de Bercy » a été profondément réaménagé. Il y eut un aménagement des conditions de mise en œuvre des poursuites pénales contre les contribuables fautifs¹⁵¹³. A ce propos, est distinguée la procédure selon la gravité des faits constitutifs de la fraude fiscale. Elle peut être automatique ou facultative. L'administration fiscale ne maintient l'initiative des poursuites que si la fraude n'est pas grave. Elle perd alors le monopole en matière de poursuites. Le parquet juge désormais de l'opportunité des poursuites en cas de fraude fiscale. Ce n'est, par conséquent, pas une disparition définitive, mais un assouplissement du dispositif « verrou de Bercy »¹⁵¹⁴. A ce propos, le Conseil constitutionnel¹⁵¹⁵, dans sa décision du 27 septembre 2019¹⁵¹⁶, a justement validé les dispositions législatives encadrant l'assouplissement du dispositif « verrou de Bercy ». C'est le déverrouillage du « verrou de Bercy »¹⁵¹⁷. Une collaboration s'établit, de ce fait, entre les autorités de poursuite comme en matière d'abus de marché.

303. Point commun des solutions législatives d'articulation des autorités répressives. Le point commun de ces lois en termes d'articulation des sanctions est l'organisation particulière des relations entre les autorités de poursuites. Et comme nous l'avons soulevé plus haut¹⁵¹⁸ l'indépendance du parquet vis-à-vis des autorités de poursuites extra-pénales dans ces deux

¹⁵¹¹ B. THEVENET, « Fraude fiscale : la nouvelle loi du 23 octobre 2018 », *Hebdo édition fiscale*, février 2019, n° 773 ; *Idem*, Fraude fiscale : procédures, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, Octobre 2019.

¹⁵¹² L'article L. 228-I du Livre des procédures fiscales.

¹⁵¹³ H. MARQUETTY, « Verrou de Bercy, état des lieux deux ans après la loi du 23 octobre 2018 », *Les Nouvelles fiscales*, 15 février 2021, n° 1282 ; Rapport d'information du 16 octobre 2020 sur l'application de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude et présenté par Mme Emilie CARIOU et M. Éric DIARD, députés.

¹⁵¹⁴ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « De quelques évolutions notables découlant de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude », *Lexbase Pénal*, décembre 2018.

¹⁵¹⁵ Le Conseil constitutionnel fut saisi par une question prioritaire de constitutionnalité – renvoyée par le Conseil d'Etat (CE, 1^{er} juillet 2019, n° 429742) – visant l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales dont les dispositions encadrent le dispositif « verrou de Bercy ».

¹⁵¹⁶ Conseil constitutionnel, 27 septembre 2019, décision n° 2019-804 QPC, *Association française des entreprises privées*, note M.-C. SGARRA, « L'assouplissement du « verrou de Bercy » validé par le Conseil constitutionnel », *Quotidien*, *Lexbase*, septembre 2019.

¹⁵¹⁷ E. DAOUD, « Rappel pratique des conditions de l'ouverture d'une procédure pénale et du prononcé d'une sanction pénale à l'issue d'une procédure fiscale – La défense pénale fiscale : procédures, outils d'enquête et droits de la défense », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1^{er} février 2020, n° 156.

¹⁵¹⁸ Voy., *supra*, n° 245 et 247.

matières a été réduite pour favoriser leur concertation, leur collaboration. De cette ressemblance découle alors une question primordiale : l'adaptabilité de ces modèles à toute la matière répressive.

304. Une adaptabilité problématique du modèle boursier d'articulation des autorités de poursuite. Nous avons déjà répondu à cette interrogation en ce qui concerne le modèle boursier de l'articulation des autorités de poursuite. En effet, le système d'aiguillage des dossiers¹⁵¹⁹ permet effectivement d'opérer une *concertation préalable*¹⁵²⁰ des autorités de poursuites pénales et extra-pénales. Il s'agit d'une collaboration entre le Collège de l'Autorité des marchés financiers et le parquet national financier créée par la loi du 6 décembre 2013¹⁵²¹. Cependant, ce système d'aiguillage des dossiers a une portée limitée, comme nous l'avons démontré¹⁵²². Non seulement cette solution comporte des conséquences dangereuses dénoncées, mais il contient un défaut d'ouverture à d'autres matières répressives¹⁵²³.

Par conséquent, il est question ici de se concentrer sur l'adaptabilité du modèle fiscal de l'articulation législative des autorités répressives pénales et extra-pénales.

305. Le modèle fiscal de l'articulation des autorités répressives pénales et extra-pénales. Pour les cas de fraude fiscale « *les plus graves* »¹⁵²⁴, l'action pénale ne peut être déclenchée par le parquet que si l'administration lui a dénoncé ces infractions, après saisine de la Commission des infractions. C'est la procédure mise en place par le législateur dans la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

A priori, le parquet a vu son rôle se transformer en matière de poursuites de chefs de fraudes fiscales. D'ailleurs, dans un Rapport d'information du 16 octobre 2020 sur l'application de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, les rapporteurs ont relevé que si le parquet se limitait auparavant à un rôle passif, sans possibilité de véritable enquête complémentaire, la loi de 2018 a fait de lui un véritable acteur dans la sélection des dossiers ainsi que dans leur orientation. Ce qui conforte sa liberté de conclure des comparutions

¹⁵¹⁹ *Idem*.

¹⁵²⁰ Le décret n° 2016-1121 du 11 août 2016 précise les modalités de cette démarche de concertation ; Article R. 465-1 à R. 465-4 du Code monétaire financier ; Voy., R. SALOMON, *BJB*, n° 04, juillet 2019, p. 10, note sous CEDH, 6 juin 2019, N. c/ France, n° 47342/14 ; G. RAMEIX, « Le point de vue du régulateur boursier », *BJB*, n° 02, 1^{er} mars 2013, p. 151.

¹⁵²¹ Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ; G. RAMEIX, *op. cit.*

¹⁵²² Voy., *Supra*, n°s 265 et s.

¹⁵²³ *Idem*.

¹⁵²⁴ Critère de gravité des faits adopté par le Conseil constitutionnel pour imposer une sanction pénale en complément d'une sanction fiscale (Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.* ; Crim., 24 juin 2020, *préc.*).

sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) ou des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP)¹⁵²⁵ pour faits de fraude fiscale¹⁵²⁶.

Sans l'administration fiscale, néanmoins, il n'y a alors pas de mise en mouvement de l'action publique. Sans la plainte de l'administration, le parquet est limité. A notre sens, certes le rôle du parquet s'est amplifié, mais est notée également la prééminence de l'administration fiscale dans l'engagement de la procédure pénale à l'encontre du contribuable fautif. La poursuite pénale dépend aussi d'elle. Également, une condition ultime pour laisser libre cours à l'articulation des autorités répressives pénales et fiscales. Il s'agit des cas de fraude fiscales « les plus graves » comme mentionné dans la loi de 2018 et confirmée par la jurisprudence¹⁵²⁷. D'ailleurs, la gravité et la réitération de la faute extra-pénale sont des critères retrouvés dans plusieurs domaines ou réseaux répressifs. Par ailleurs, comment se manifeste cette intégration de l'administration fiscale dans la procédure pénale.

306. Le modèle fiscal de l'articulation des autorités répressives pénales et extra-pénales : manifestations de l'intégration de l'administration fiscale dans la procédure pénale. L'intégration ou la participation de l'administration fiscale à la procédure pénale se manifeste premièrement à la phase de l'enquête. L'administration exerce des pouvoirs de contrôle et d'enquête. Ces pouvoirs sont conférés par la procédure fiscale, avec la possibilité de réaliser des visites et saisies domiciliaires¹⁵²⁸ et par la procédure pénale¹⁵²⁹ avec la possibilité de participer à des enquêtes de police judiciaire. La concertation étant de mise dans l'articulation des autorités répressives, les résultats obtenus par l'administration enquêtrice doivent être transférés en cas de poursuites pénales, à l'autorité judiciaire. En la matière, le circulaire du 7 mars 2019 met un accent particulier sur le « renforcement »¹⁵³⁰ de la coopération entre les parquets et l'administration fiscale.

¹⁵²⁵ Contrairement à la CRPC, la convention judiciaire d'intérêt public est un mécanisme réservé aux personnes morales ayant commis certaines infractions relevant de la délinquance économique (L. LADOUX, « La convention judiciaire d'intérêt public : une alternative au procès pénal fiscal de plus en plus utilisée », *Les Nouvelles fiscales*, 1er novembre 2021, n° 1297).

¹⁵²⁶ E. DAOUD, *e. a.*, « Circulaire du 4 octobre 2021 : Épisode 7 - La place de la CRPC et de la CJIP dans la lutte contre la fraude fiscale », *Recueil Dalloz*, 25 janvier 2022 ; Circulaire du 4 octobre 2021 relative à la lutte contre la fraude fiscale, CRIM 2021 10/G3, BOMJ 8 Octobre.

¹⁵²⁷ *Idem.*

¹⁵²⁸ Article L. 16 B du Livre des procédures fiscales.

¹⁵²⁹ Article 28-2 du Code de procédure pénale.

¹⁵³⁰ J.-P. BIDEGAINBERRY, « Ouverture du verrou de Bercy : contours et conséquences de la loi du 23 octobre 2018 – La défense pénale fiscale : procédures, outils d'enquête et droits de la défense, », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1^{er} février 2020, n° 156

Deuxièmement, l'administration fiscale comme annoncé plus haut détient la clé de l'action publique, même si elle est mise en mouvement par le ministère public¹⁵³¹.

Autrefois cette procédure déclenchée par la plainte de l'administration fiscale était fort critiquée. Le risque d'arbitraire¹⁵³² était dénoncé jusqu'à l'arrivée de la loi de 2018 qui a instauré une transmission automatique des dossiers les plus graves avec des critères légaux. Le risque n'a peut-être pas totalement été éliminé mais il a diminué avec la mise en avant de la protection de l'intérêt général en matière fiscale¹⁵³³. Troisièmement, l'administration fiscale est également partie au stade de l'instruction préparatoire et au stade du jugement. De toutes ces manifestations, la loi de 2018 n'a pas réussi à effacer toutes les critiques liées à cette forme d'articulation des autorités répressives.

307. Intégration excessive de l'administration fiscale dans la procédure pénale. La première manifestation de la participation de l'administration fiscale à la procédure pénale judiciaire n'est pas sans risque. L'administration en tant qu'enquêtrice n'a pas reçu la formation ou n'a pas toutes les compétences d'une autorité judiciaire. D'où, il peut y avoir au cours des enquêtes menées par elle, une méconnaissance des garanties essentielles de procédure¹⁵³⁴.

De plus, en tant que partie, la présence de l'administration fiscale dans la procédure soulève deux grandes difficultés. D'une part, ni le droit procédural fiscal ni le droit procédural pénal ne prévoient ou ne régissent les modalités de la possibilité pour l'administration d'être une partie au moment de l'instruction préparatoire. D'autre part, à la phase du jugement, elle est à la fois partie civile privilégiée¹⁵³⁵ et détient aussi un statut égal à celui du ministère public¹⁵³⁶. On ne peut nier qu'il y a une confusion qui se crée à ce stade dans le rôle de l'administration fiscale. En fin de compte et effectivement, on se retrouve ici face à une administration fiscale portant le statut d'un parquet « *spécialisé* »¹⁵³⁷. Dans ces manifestations, est révélée une présence accrue de l'administration dans la procédure pénale envisagée pour les faits graves de fraude fiscale. Ce qui pour certains, représente plutôt un avantage dans le sens où les agents et

¹⁵³¹ Articles 1741 et 1743 du Code général des impôts ; Article L. 228 du du Livre des procédures fiscales.

¹⁵³² S. DETRAZ, « L'Administration et le juge pénal - Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal ? Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *op. cit.*

¹⁵³³ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

¹⁵³⁴ Article L. 47 du du Livre des procédures fiscales.

¹⁵³⁵ Crim. 16 janv. 2013, pourvoi n° 12-82.546, *Bull. crim.*, n° 14 ; RSC, 2013, p. 579, obs. S. DETRAZ ; *Dr. pén.*, 2013, comm. 92, obs. J.-H. Robert ; Crim. 29 juin 2016, pourvoi n° 15-85.759, *Bull. crim.*, n° 207 ; *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1571 ; AJ pénal, 2016 p. 493, obs. P. de Comblès de Nayves ; Crim. 8 novembre 2017, pourvoi n° 17-82.968, *Publié au bulletin, Recueil Dalloz*, 2018, p. 1611, obs. J. Pradel ; RSC, 2018, p. 693, obs. S. DETRAZ ; *Dr. pén.*, 2018, comm. 15, obs. J.-H. Robert.

¹⁵³⁶ Crim. 19 mai 2010, pourvoi n° 09-83.970, *Bull. crim.* n° 89 ; AJ pénal, 2010, p. 445, obs. J. Lasserre Capdeville ; Crim. 16 janv. 2013, pourvoi n° 12-82.546, *Bull. crim.*, n° 14 ; RSC 2013. 579, obs. S. Detraz.

¹⁵³⁷ S. DETRAZ, *lot. cit.*

fonctionnaires¹⁵³⁸ de l'administration grâce à leur expertise en matière de caractérisation d'une fraude fiscale feront accélérer les choses.

308. Le modèle fiscal : un modèle exceptionnellement justifié. En matière fiscale, l'intervention de l'administration est tout à fait justifiée par la loi de 2018. De plus, rien n'oblige le ministère public, titulaire de l'opportunité des poursuites, à mettre en mouvement l'action publique, même après une plainte de l'administration. Elle a la faculté de décider librement. L'administration fiscale, dans tous les cas, doit respecter la politique pénale annoncée par le gouvernement¹⁵³⁹, sachant que la garantie du principe d'égalité est une préoccupation du parlement qui a fait sauter le « verrou de Bercy »¹⁵⁴⁰ avec la loi de 2018.

De notre point de vue, le législateur a veillé à la maintenance d'un certain *équilibre* dans les rapports entre les autorités répressives afin que l'articulation recherchée ne puisse tomber dans une spirale de violation des droits garantis en matière répressive. En plus aujourd'hui, on ne peut pas méconnaître que l'articulation légale des autorités de poursuite en matière de fraude fiscale participe à la réduction de l'indépendance qui régnait entre le parquet et les autorités extra-pénales en cette matière¹⁵⁴¹.

En résumé, la condition ultime de mise en œuvre de l'articulation des autorités répressives en matière fiscale fait toute sa particularité. Et ceci, peu importe la manifestation de l'intégration de l'administration fiscale dans la procédure pénale. C'est peut-être la sensibilité de ce domaine répressif attaché à l'intérêt économique de l'Etat qui explique cette particularité en dépit de toutes les critiques liées au caractère excessif de l'intégration de l'administration fiscale. C'est pourquoi, nous retenons que le modèle fiscal de l'articulation des autorités répressives est un modèle exceptionnellement justifié en matière de l'amélioration de l'articulation des sanctions. Il est tout à fait logique de se demander à présent si cette spécificité n'aura pas un impact sur l'extensibilité de ce modèle d'articulation à l'ensemble de la matière répressive. Sa portée est-elle assez large, à cet effet ?

§ 2 : La portée limitée de l'articulation des autorités de poursuites

309. Une portée liée aux efforts législatifs. L'ambition d'une articulation des autorités répressives dans toute la matière répressive selon ce modèle fiscal est-elle démesurée ? En effet,

¹⁵³⁸ Articles 28-1 et 28-2 du Code de procédure pénale.

¹⁵³⁹ Article 20 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

¹⁵⁴⁰ Voy., *supra*, note n° 130 : Depuis la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, l'opportunité des poursuites des fraudes fiscales a laissé place à une obligation incombant à l'administration de transmettre *automatiquement* les cas de fraude les plus graves : ce qui écarte le dispositif de « verrou de Bercy ».

¹⁵⁴¹ Voy., *supra*, n° 244 et s.

rien n'oblige effectivement à laisser engager l'action publique par une autorité autre que l'autorité judiciaire titulaire de cette prérogative, c'est à dire le parquet ; surtout si cette procédure n'a pas été prévue par la loi. Le risque de violation du principe de la séparation des pouvoirs si cher à Montesquieu¹⁵⁴², ne se répandrait-il pas dans toute la matière répressive ?

Si nous avons pu démontrer que la double action répressive nourrit l'indépendance des sanctions, subséquemment toutes les possibilités de mise à l'écart de cette doublure offrent une chance de réduction de l'indépendance. D'ores et déjà, certains auteurs affirment que le modèle fiscal de l'articulation des autorités répressives ne pouvait s'élargir à d'autres domaines répressifs à caractère technique. Cette réponse négative serait méritée au vu « des difficultés juridiques que suscite le système pénal en vigueur en matière fiscale, mais également au vu des défauts que représenterait, en général, une incursion accrue de l'Administration dans la répression pénale inspirée du système en question »¹⁵⁴³. Contrairement à cet avis tout à fait justifié, nous voyons plutôt en l'articulation des autorités répressives en matière fiscale une source d'espoir à exploiter, tant que le législateur manifeste un peu d'effort pour ne pas tomber dans l'arbitraire ou encore dans la violation de tous les principes de droit pénal.

310. L'articulation des autorités répressives en droit administratif du travail – une articulation basée aussi sur des efforts du législateur. Le domaine répressif que couvre le droit du travail n'est pas négligeable¹⁵⁴⁴. Il est très révélateur de prendre son exemple en termes d'efforts législatifs d'articulation des autorités répressives pour une meilleure articulation des sanctions pénales et extra-pénales.

En droit du travail, l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, a été complétée par une circulaire de 2016¹⁵⁴⁵. Ce dernier texte apporte dans le respect du principe *non bis in idem*, des précisions sur les contours des voies

¹⁵⁴² Le principe de la séparation des pouvoirs vise à la séparation des différentes fonctions de l'Etat, pour réduire l'arbitraire et empêcher les violations liées à l'exercice de la mission souveraine (Locke 1631-1704 ; Montesquieu 1689-1755). Dans notre contexte, il interdit que l'administration entrave le domaine de compétence de l'autorité judiciaire et vice-versa.

¹⁵⁴³ S. DETRAZ, « L'Administration et le juge pénal. Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal ? Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *op. cit.*

¹⁵⁴⁴ En droit du travail, il y a différents types de sanction répressives. Les sanctions pénales « principalement dirigés contre les employeurs et prononcées par une juridiction pénale en cas d'infractions commises dans le cadre des relations de travail employeurs et salariés » : Les sanctions civiles, disciplinaires et pénales en droit du travail belge, français et italien, Collection « Congrès et Colloques de l'Université de Liège, Revue internationale de droit comparé », 1963, pp. 627-629. Les sanctions civiles constituées principalement par la rupture du contrat aux torts du salarié lorsqu'il a commis une faute et par la condamnation au paiement de dommages et intérêts de l'employeur pour résiliation injustifiée. Les sanctions disciplinaires servent à maintenir l'ordre au sein de l'entreprise et s'appliquent en cas de manquement fautif et administratives.

¹⁵⁴⁵ Circulaire du ministère de la justice et de l'instruction DGT n° 2016/03 du 12 juillet 2016 sur la mise en œuvre de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail.

administratives et pénales en cas d'infractions réprimées par les mécanismes de ces deux réseaux répressifs. Certes, le cumul des poursuites administratives et pénales en droit du travail est possible en cas de travail illégal¹⁵⁴⁶. Cependant, ces textes ci-dessus cités donnent la possibilité d'alterner entre la voie pénale et la voie administrative.

Aussi vrai qu'on puisse déplorer que cette forme de concertation des autorités ne découle pas directement du pouvoir législatif, il faut aussi reconnaître qu'une ordonnance reçoit l'habilitation votée par le Parlement. De plus, cette alternance est basée sur une politique répressive commune établie entre les deux autorités de poursuites, c'est-à-dire entre les services de l'inspection du travail et du ministère public. Pour nous, cette entente sur la primauté de la voie pénale en cas d'infractions graves ou répétées n'est que le fruit d'un *dialogue* entre les autorités répressives et engagé par le gouvernement. On peut assimiler le choix d'une voie répressive à un consentement préalablement requis des deux autorités de poursuite et constaté par des textes comme une garantie des droits des justiciables. Il est indéniable que les rapports entre ces autorités de poursuites en droit pénal et en droit du travail sont régis par une communication qui porte des fruits, parce qu'elle a été établie légalement.

311. L'articulation des autorités répressives en droit civil – un effort de dénonciation du manque d'équilibre dans les relations. Dans sa décision en date du 29 septembre 2016¹⁵⁴⁷, le Conseil constitutionnel a déclaré que sont contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 654-6 du Code de commerce. Ce texte interdit au juge pénal de prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer si une telle mesure a déjà été prise par une juridiction civile ou commerciale. Il en résulte un déséquilibre dans les rapports entre les autorités répressives que condamne le Conseil constitutionnel. Le juge pénal et le juge civil doivent être soumis aux mêmes interdictions, tant que l'enjeu de l'articulation des sanctions est présent. C'est d'ailleurs ce même équilibre¹⁵⁴⁸ que maintient le législateur entre les prérogatives de l'administration fiscale et celles des autorités répressives pénales. Ce qui signifie que même en matière civile répressive, le législateur ne manque pas de volonté d'établir de bons rapports entre les autorités répressives pénales et civiles punitives pour la condamnation d'une même faute. Cependant, on ne peut attester d'une implication des autorités répressives civiles dans la procédure pénale au même titre que l'administration fiscale.

¹⁵⁴⁶ Article L. 8272-2 et L. 8272-4 du Code du travail ; T. CHEVALIER, « La coordination des sanctions pénales et administratives en droit du travail », *op. cit.*

¹⁵⁴⁷ Conseil constitutionnel, 29 septembre 2016, *préc.*

¹⁵⁴⁸ Voy., *supra*, n° 303.

312. L’articulation des autorités répressives en droit répressif administratif – un effort de collaboration entre les autorités répressives non généralisé. De manière générale en droit répressif administratif, les agents, officiers publics ou fonctionnaires se soumettent à l’obligation d’information et de communication à l’endroit du parquet, pour toute infraction portée à leur connaissance dans l’exercice de leur fonction. Ainsi, l’article 40 du Code de procédure pénale en son deuxième alinéa établit déjà une forme de concertation entre les autorités administratives et l’autorité judiciaire représentée par le parquet. Selon les dispositions de ce texte, ces autorités administratives dès qu’elles ont connaissance d’un crime ou d’un délit, sont tenues « d’en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs »¹⁵⁴⁹.

En droit de l’environnement par exemple, ces autorités administratives sont les inspecteurs¹⁵⁵⁰ de l’Office française de la biodiversité. Ils sont compétents pour constater les infractions et violations aux lois et aux règlements intégrés au code de l’environnement, mais également au code de procédure pénale, au code forestier et au code rural et de la pêche maritime. Relevant de l’administration, ces inspecteurs de l’environnement bénéficient aujourd’hui de prérogatives élargies. Ils ont la possibilité de procéder à des réquisitions et de délivrer des convocations en justice, grâce aux lois du 23 mars 2019 portant réforme de la justice et du 24 juillet 2019 consacrant la création de l’Office française de la biodiversité. Avec la loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, ces autorités administratives obtiennent une habilitation d’officier de police judiciaire. Ce qui nous rappelle les pouvoirs de contrôle accordés à la « police fiscale administrative »¹⁵⁵¹ ou aux « officiers fiscaux judiciaires »¹⁵⁵².

Au-delà du contrôle et des enquêtes, les inspecteurs de l’environnement peuvent envoyer un dossier directement devant le tribunal. On peut alors dire qu’en termes de concertation, de collaboration entre autorités répressives administratives et pénales dans le domaine de l’environnement, les choses sont désormais avancées au profit de l’articulation des sanctions. Cette collaboration entre institutions administratives et judiciaire dans ce domaine démontre la possibilité de reprise du modèle fiscal de l’articulation des autorités répressives dans d’autres domaines du droit. Toutefois, l’équilibre doit toujours être recherché dans les rapports afin

¹⁵⁴⁹ Article 40 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁵⁰ Agents de l’établissement commissionnés par le Ministre chargé de l’écologie et assermentés auprès des tribunaux.

¹⁵⁵¹ Article 28-2 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁵² *Idem*.

qu'on ne tombe pas non plus dans l'arbitraire de l'administration ou dans la violation des prérogatives accordées aux autorités répressives pénales.

En résumé, on peut retenir que l'extension du modèle fiscal d'articulation des sanctions se justifie nécessairement à travers les efforts du législateur. Cette nécessité est relative au besoin de préserver les autorités répressives et évidemment les justiciables de la voie de l'arbitraire. Si quelques domaines répressifs forcent à juste titre la collaboration entre les autorités répressives pénales et extra-pénales, des efforts législatifs concrètement réalisés par exemple en droit administratif de l'environnement se distinguent. Ces efforts permettent d'espérer une amélioration de l'articulation des autorités répressives qui rejaillira forcément sur l'articulation des sanctions. La portée de cette méthode d'articulation des sanctions en dépend et bien que non élargie à toute la matière répressive et exclue à certains égards, elle ne peut pas être définitivement écartée de la réflexion ou de l'analyse juridique.

En conclusion de cette section, retenons que la réflexion sur l'articulation des autorités répressives laisse entrevoir globalement un modèle existant et législatif. Certes, ce modèle n'est pratiquement pas reproduit dans d'autres domaines répressifs à cause des hauts risques d'arbitraire et de violation des principes de procédure pénale. Il faut, toutefois, nuancer la limitation de la portée de cette méthode d'articulation.

D'une part, dans son propre domaine, le modèle fiscal d'articulation est au-dessus de ces risques. Le législateur, tant dans la procédure pénale que dans la procédure répressive fiscale a su trouver un équilibre dans les rapports des autorités répressives. D'autre part, les domaines répressifs comme ceux du droit du travail, du droit de l'environnement montrent également une facette plutôt positive de l'extension de l'articulation des autorités répressives.

A présent, nous allons porter notre réflexion sur une autre piste exclue de l'articulation des sanctions.

Section 2 : La piste de l'alternative des sanctions

313. Une conception de l'alternative des sanctions basée sur le système pyramidal répressif. La règle de l'alternative des sanctions est connue pour sa conception basée sur le choix de la répression. Mesure palliative du temps d'attente entre la déclaration d'inconstitutionnalité du cumul des sanctions pénales et administratives boursières¹⁵⁵³ et sa date

¹⁵⁵³ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

d'entrée en vigueur effective, le 1^{er} septembre 2016, cette règle a été proposée pour donner un effet utile à cette inconstitutionnalité constatée. Le « principe de l'alternative de sanctions »¹⁵⁵⁴ est donc une règle constitutionnelle dont le but est de choisir entre les procédures, entre sanctions administratives et pénales judiciaires¹⁵⁵⁵.

Cependant, une autre conception de cette règle semble se prêter à la réflexion de l'amélioration de l'articulation des sanctions. Il s'agit de l'alternative des sanctions basée sur le système de pyramide répressive. Cette conception n'est certes pas exploitée officiellement en droit français. Sa faisabilité ne mérite, toutefois, pas moins d'être étudiée. Elaboré en 1990, ce système pyramidal fut modélisé en 1992 par MM. AYRES et BRAITHWAITE¹⁵⁵⁶. Il décrit une possibilité d'articulation des sanctions à l'opposé du cumul, avec pour finalité d'éviter toute sanction au départ. Ce qui permet de monter progressivement en intensité en termes de sanction. Il s'agit de la théorie de « *responsive regulation* »¹⁵⁵⁷. Notons que cette méthode d'articulation intervient dans certains domaines administratifs techniques mettant en cause l'entreprise. C'est son domaine de prédilection.

Peut-elle alors être expérimentée dans toute la matière répressive ?

314. Définition de la méthode. De la phase de contrôle de l'entreprise jusqu'à son éventuelle sanction, elle offre une chance à l'entreprise de ne pas faire l'objet d'un cumul de sanctions administratives et pénales. Au début, cette méthode privilégie la persuasion, la négociation et le dialogue. Si cette première étape n'aboutit pas, une deuxième phase de mise en demeure adressée à l'entreprise doit lui rappeler le nécessaire respect du droit. Une injonction de se conformer à telle ou telle obligation peut éventuellement y être jointe. En cas de résistance de l'entreprise, l'administration peut alors lui infliger une sanction administrative, qui pourra être suivie, le cas échéant, d'une sanction pénale, puis d'une sanction ultime de suspension ou de retrait de l'autorisation. En effet, l'administration représentée par ces agents d'inspection et de contrôle va interagir avec les entreprises contrôlées dans un esprit partant *graduellement* de l'accommodation. Elle passe par la possibilité d'une sanction administrative jusqu'au cumul des sanctions administratives et pénales. Finalement, cette méthode régit les rapports entre contrôleurs et contrôlés.

¹⁵⁵⁴ D. ROUSSEAU, « La construction par le Conseil constitutionnel du principe de l'alternative des poursuites et sanctions », *RDP*, n° 1, 2018, p. 19

¹⁵⁵⁵ Plus tard, le Conseil précisera la modalité principale qui permet d'écarter l'alternative au profit du cumul : la gravité ; Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

¹⁵⁵⁶ I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation : Transcending the Deregulation Debate*, New York, 1992, Oxford University Press, p. 205.

¹⁵⁵⁷ *Idem.*

315. Limites de la méthode dans son propre domaine de prédilection, en termes de collaboration des autorités. Quelles que soient les caractéristiques principales¹⁵⁵⁸ de la mise en œuvre de la réglementation reposant sur cette méthode de régulation, des limites ont été soulevées, à la suite d'expériences réalisées par plusieurs chercheurs comme l'explique M. BONNAUD¹⁵⁵⁹. Sur le plan théorique également, des limites ont été dénoncées. Ce dernier aspect nous servira pour la suite de notre étude.

Ainsi, sur le plan théorique¹⁵⁶⁰, ces auteurs ont mis en place une synthèse des critiques diverses. D'abord, peut-on toujours espérer une approche de « pas à pas » basée d'abord sur une volonté de négociation et de coopération entre les contrôleurs et les entreprises contrôlées ? Des cas de contamination de produits laitiers pour nourrissons ou encore de pollution extrêmement grave d'un lac servant de source pour l'agriculture ne méritent-ils pas des sanctions immédiates qui ne laissent aucune place pour la négociation ? Ensuite, les entreprises sont-elles toujours prêtes à se conformer aux instructions données pour éviter le passage à la phase de la sanction ? On sait pertinemment que tant que l'intérêt économique de l'entreprise n'est pas palpable, elle aura toujours du mal à se conformer aux prescriptions. C'est l'argument théorique traditionnel de la méthode de la pyramide répressive. En réponse à ces critiques, les fondateurs de cette méthode d'alternative des sanctions ont toujours compté sur la « motivation sociale »¹⁵⁶¹ ou la « motivation normative »¹⁵⁶² des entreprises. Elle permet de coopérer avec les services de contrôle, afin d'éviter d'aller jusqu'à la répression. Par ailleurs, des critiques ont également été soulevées relativement aux risques encourus par le défaut d'une relation suivie parmi ses deux acteurs de la théorie de la *responsive regulation*.

Ainsi, dans son propre champ de prédilection, la méthode de la pyramide répressive soulève quelques doutes. Cependant, le système de coopération des services d'inspection, laissant une chance à une répression évoluant progressivement en intensité permet d'écarter, au prime abord, le cumul des sanctions administratives et pénales.

316. L'extension de cette méthode d'articulation des sanctions sur le plan répressif général. Dans notre réflexion sur les pistes d'articulation des sanctions pénales et extra-pénales,

¹⁵⁵⁸ L. BONNAUD, « Comment théoriser l'action répressive des services d'inspection ? Origines et critiques de la notion de responsive regulation », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 65-74.

¹⁵⁵⁹ *Idem*.

¹⁵⁶⁰ R. Baldwin, J. Black, *Really Responsive Regulation*, *Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n° 1, pp. 59-94.

¹⁵⁶¹ Motivées par le désir de gagner le respect et l'approbation d'autrui, tout comme la crainte de la mauvaise publicité, les entreprises peuvent pousser les entreprises à appliquer les prescriptions.

¹⁵⁶² Les entreprises peuvent considérer qu'elles ont l'obligation de respecter la loi et que cela fait partie de leurs valeurs ; et ce, sans espérer un gain financier ou un gain de réputation.

nous nous posons des questions sur l'extension de la méthode de la pyramide répressive à tous les domaines répressifs. Peut-on par exemple en matière fiscale ou en matière disciplinaire faire preuve d'accommodement, de coopération, de mise en conformité ou de répression progressive envers l'individu ayant commis un manquement ?

D'abord en matière disciplinaire, la sanction est un acte unilatéral pris par l'employeur¹⁵⁶³. Il ne constitue pas le résultat de négociations entre employeur et salarié. Ainsi, le droit de sanction de l'employeur prévu à l'article L 122-40 risquerait d'être violé si on lui imposait un accommodement, une coopération et le règlement par l'entreprise également. En l'état, le droit du travail n'est pas compatible avec cette méthode, quoiqu'une légère ressemblance les réunit. En effet, en matière de répression disciplinaire, le droit prévoit des sanctions mineures¹⁵⁶⁴ et des sanctions lourdes¹⁵⁶⁵. Ainsi, l'avertissement en tant que sanction mineure est comparable aux prescriptions données par les services de contrôle à une entreprise dans la mise en œuvre de la réglementation par le modèle de la pyramide répressive. On laisse ici une chance à l'individu fautif de se racheter et ne pas se voir appliquer directement une sanction lourde. Le Conseil de prudhomme saisi dans une affaire peut adopter une démarche de répression progressive mais ne peut pas non plus aller à l'encontre de ce que prévoit la loi.

En matière de répression fiscale où l'intérêt économique de l'Etat est en jeu, peut-on consentir à une adoption de la méthode de la pyramide répressive ? Depuis l'entrée en vigueur de la Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, les sanctions de la fraude fiscale, sociale et douanière ont été renforcées¹⁵⁶⁶ avec des peines complémentaires. Toutefois, lorsqu'un contrôle fiscal a été effectué et tant que le délit de fraude fiscale prévue à l'article 1741 du Code général des impôts n'a pas été constaté, la loi laisse quand même des délais aux contribuables. Les particuliers ou les entreprises concernées pourront se racheter et se mettre à jour de leur déclaration. En cas de contestation des informations contenues dans un redressement, le contribuable dispose d'un délai de trente jours supplémentaires¹⁵⁶⁷. Entre 2018¹⁵⁶⁸ et 2020¹⁵⁶⁹, également, la loi a reconnu et intégré le droit à l'erreur accordé au

¹⁵⁶³ Article L 122-40 du Code du travail.

¹⁵⁶⁴ L'avertissement, le blâme : ce sont des sanctions qui ne modifient pas la rémunération, les fonctions ou la présence du salarié dans l'entreprise.

¹⁵⁶⁵ La mise à pied, la mutation, la rétrogradation et le licenciement : ces sanctions modifient la rémunération, la présence dans l'entreprise ou les fonctions du salarié.

¹⁵⁶⁶ Articles 16 à 35 de la Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

¹⁵⁶⁷ Article L 157 du livre des procédures fiscales.

¹⁵⁶⁸ La loi de 2018 pour un État au service d'une société de confiance, dite « Loi Essoc ».

¹⁵⁶⁹ Depuis le 1^{er} janvier 2020, dans leurs rapports avec l'URSSAF, les employeurs et travailleurs indépendants bénéficient de la tolérance de l'administration sur la question.

contribuable. Si ce dernier est de bonne foi, il ne doit pas s'acquitter de sanctions en cas d'erreur dans ses déclarations. On ne parle évidemment pas des cas de *fraudes graves*.

Ainsi, la méthode de la pyramide répressive n'est pas ouvertement déclarée. Cependant, la loi offre quand même une possibilité aux contribuables contrôlés d'éviter des sanctions pénales directes, lorsqu'ils respectent les prescriptions des contrôleurs. Ce n'est pas le même type de coopération que celle prévue par la théorie de la *responsive regulation* mais il y a de légers rapprochements.

En résumé de cette section, il sera difficile de se prononcer sur l'efficacité de cette méthode d'alternative des sanctions dans les autres domaines répressifs tant qu'elle n'a pas été appliquée. Malheureusement, les critiques existantes dans son propre domaine répressif ne laissent pas vraiment de chance à ce modèle d'alternative des sanctions de trouver une place en droit répressif *global*¹⁵⁷⁰.

317. Conclusion de chapitre. En définitive, l'articulation des autorités répressives et l'alternative des poursuites paraissent *a priori* constituer une amélioration adéquate à l'articulation des sanctions. Les domaines répressifs administratif et fiscal intègrent de manière acceptable, à notre sens, la méthode d'articulation des autorités répressives. En outre, l'extension de la méthode de la pyramide répressive porte une alternative qui pourrait être favorable à la majorité des processus répressifs, dans la limite de ce que prévoit la loi. La chance laissée à l'individu de se racheter et de ne pas se voir appliquer directement une sanction lourde peut conduire le Conseil de prudhomme, le juge fiscal, une autorité administrative indépendante dans une démarche progressive.

Toutefois, ces deux méthodes de l'amélioration connaissent pour l'une un champ toujours restreint en dépit de l'élargissement de son application au droit administratif de l'environnement. Le risque d'arbitraire reste élevé dans les autres domaines répressifs. Pour l'autre, le défaut d'une réelle application en ralentit l'évolution. A ce propos, la responsabilisation des personnes à qui une chance pourrait être laissée avant d'être lourdement sanctionnée fait penser à la *compliance*¹⁵⁷¹.

¹⁵⁷⁰ Tout domaine répressif confondu.

¹⁵⁷¹ D'inspiration américaine, la *compliance* a fait son apparition officielle en droit français en 2016 avec la loi « Sapin II » Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Cette notion n'était, toutefois, pas totalement étrangère aux grandes entreprises françaises : Les affaires *Siemens*, *Alcatel*, *Total*, *Technip* et plus récemment *Alstom* en matière de corruption en témoignent). Venue renforcer la lutte contre la corruption, la notion de *compliance* fait référence à la « conformité » (L. R. ZOUBA, *Essai ontologique sur le concept de conformité en droit. Réflexions à partir du droit pénal des affaires*, thèse, Paris 13, 2021). Elle est née de l'obligation de transparence et de devoir de déontologie des affaires.

La *compliance* comme le définit M. BREEN¹⁵⁷² est « un ensemble de processus d'entreprise visant à détecter, à sanctionner, mais encore à prévenir les infractions qui pourraient être commises en leur sein ». On y voit une forme de régulation basée sur un processus progressif de répression mais cette fois-ci, la régulation est tournée vers les entreprises qui, se saisissent de cette chance qui leur est accordée pour éviter la sanction lourde.

Pour éviter les risques de sanction pénale, les entreprises rentrent dans une phase de négociation avec les autorités de régulation, construisent une politique interne de conformation veillant à un meilleur respect des prescriptions. Ainsi, en limitant de ce fait l'incertitude juridique, les entreprises contribuent à l'alternance des sanctions en faisant objet d'amende ou de sanctions administratives au pis des cas. Ce dialogue garantit la qualité du processus.

Cette méthode, malgré la répression progressive qu'elle propose aux entreprises, comme le prévoit la méthode de la pyramide répressive, ne concerne que les personnes morales et vise plutôt à *éviter la sanction*. Elle aurait été focalisée sur l'acclimatation de la négociation répressive pour les entreprises, qu'elle serait plus adaptée à l'articulation des sanctions. Ce qui n'est malheureusement pas le cas et est, de ce fait, inadapté à notre contexte.

En face, un besoin reste primordial en termes de l'amélioration. C'est l'élaboration d'une des pistes basées sur la nécessité d'impliquer davantage le législateur et le gouvernement dans l'articulation des sanctions (Chapitre 2).

¹⁵⁷² E. BREEN, « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *RSC*, 2019, n° 2, pp. 327-331

Chapitre 2. Les pistes retenues

318. Dans notre quête d'amélioration de l'articulation des sanctions, l'élaboration d'un droit répressif nouveau apparaît comme un moyen largement préféré. La large attribution¹⁵⁷³ du pouvoir répressif aux autorités répressives extra-pénales, la catégorisation formelle des sanctions qui en découlent¹⁵⁷⁴ et même le régime des sanctions extra-pénales sont globalement le fruit de la jurisprudence. La jurisprudence constitue un socle pour la matière répressive de manière générale. Toutefois, le périmètre d'application des règles qu'elle impose n'est habituellement ouvert que sur un domaine répressif. Le cas de la règle de la complémentarité des procédures pénales et fiscales¹⁵⁷⁵ est édifiant en la matière.

Doit-on alors se contenter d'un droit répressif fondé principalement sur la jurisprudence ? Les règles souffrant d'un manque d'uniformisation et n'étant pas nettes, c'est une autre démarche qui est nécessitée, car ce n'est pas le travail du juge. Un choix législatif s'impose. Il s'agit d'une proposition modeste qui vaut la peine d'être analysée.

En lien direct avec la nécessité de légiférer, une autre idée s'impose à nous pour embrasser complètement le renouveau juridique, afin de renforcer l'articulation des sanctions qui s'impose aujourd'hui. La sécurité juridique des justiciables en dépend peu importe la branche de droit où intervient la répression. Cette idée de sécurité nous renvoie à la prévention. C'est un « *rôle dévolu à la justice* »¹⁵⁷⁶. Généralement en droit pénal, qui dit sécurité et prévention doit nécessairement penser à la politique pénale mise en place. Alors comment peut-on analyser cette sécurité lorsqu'on dépasse le cadre du droit pénal et qu'on s'aventure sur le terrain du droit répressif extra-pénal. C'est l'une des difficultés techniques qui se posent dans l'élaboration d'un droit répressif : la mise en place d'une politique répressive.

¹⁵⁷³ En 1995, dans sa thèse, le professeur Frédéric STASIAK parlait déjà de la « multiplication d'organismes divers dotés de prérogatives répressives » (F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, thèse, Nancy, 1995 ; S. SAUNIER, « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *op. cit.*

¹⁵⁷⁴ Les sanctions répressives pénales et extra-pénales catégorisées formellement comme des sanctions ayant le caractère d'une punition ou regroupées sous la notion de « matière pénale » : Voy., *supra*, n° 292.

¹⁵⁷⁵ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.* ; Voy., *supra*, n° Chap. 7 de la Thèse : L'exigence de complémentarité justifiée au regard des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

¹⁵⁷⁶ P. MICHEL, « Politique pénale et politique de sécurité », in *Actes du Colloque du 19 et du 20 octobre 2006 - Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?* éd. Lextenso, LGDJ, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2008.

Repenser le droit répressif en termes d'articulation des sanctions ne passe-t-il pas alors par une législation (Section 1) dans le sens de l'action de faire des lois et une mise en place d'une politique répressive en matière répressive extra-pénale (Section 2) ?

Section 1 : La piste d'une législation nouvelle élargie à toute la matière répressive extra-pénale

319. Dans différentes branches du droit où intervient la répression, le besoin de renouveau juridique adopté à l'explosion des sanctions a été exprimé. En droit administratif, ce constat constant¹⁵⁷⁷ a toutefois été fait ouvertement pour dénoncer le silence du législateur en la matière et pousser les limites de la doctrine dans ce domaine. Ainsi, dans plusieurs études¹⁵⁷⁸, a été dénoncée la relative inefficacité de l'arsenal juridique mis en place en droit administratif répressif ou l'imperfection persistante de la mise en œuvre des dispositions répressives par les autorités administratives et judiciaires. Est également évoquée la nécessité de trouver une place aux sanctions administratives dans le système répressif français.

C'est pourquoi, à la suite de plusieurs réflexions et recherches en la matière¹⁵⁷⁹ la question de la création d'un Code des procédures administratives répressives et celle de la création d'un Code des sanctions administratives répressives¹⁵⁸⁰ pour d'autres se sont posées. Cependant, compte tenu de sa complexité et de sa technicité, une telle entreprise est sans doute trop ambitieuse. Elle dépasserait en tous les cas le champ de notre étude. A notre niveau, correspond mieux une proposition modeste de législation et non de codification.

Le but de l'étude d'une législation constitue une occasion de penser la qualité du droit dans le fond et la forme. Il importe par conséquent de s'attaquer à l'aspect formel de la législation (§1) afin de penser une technique rédactionnelle reconnue en matière pénale¹⁵⁸¹, tout en définissant le périmètre d'application de cette nouvelle législation. L'accessibilité et la clarté portées par une telle législation participerait à résoudre le problème d'insécurité juridique encouru par les personnes passibles de répression dans les différentes branches de droit. Le besoin d'amélioration de la pertinence des textes normatifs et de développement de points essentiels

¹⁵⁷⁷ P. FLEURIOT, « L'origine et le bilan de l'exercice par la COB de son pouvoir de sanction », *LPA*, juin 1994, n° 71 ; M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁷⁸ R. DOARE, *Les sanctions administratives (contribution à l'étude du renouveau de la répression administrative)*, thèse, 1994, Rennes ; M. JUHAN, *L'intervention pénale en matière d'urbanisme : étude des rapports entre la justice pénale et l'autorité administrative*, *op. cit.*

¹⁵⁷⁹ M. DEGUERGUE, T. PERROUD, C. TEITGEN-COLLY, « Introduction », *op. cit.*

¹⁵⁸⁰ S. SAUNIER, « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *op. cit.*

¹⁵⁸¹ Conseil constitutionnel, 19 et 20 janvier 1989, n° 80-127, « sécurité et liberté »

qui pourraient prendre la forme d'articles ou de contenus d'articles en justifie l'aspect matériel (§ 2).

§ 1 : L'aspect formel de la législation favorable à l'amélioration de l'articulation

320. Une technique rédactionnelle à valeur constitutionnelle générale en matière pénale.

En matière pénale, légiférer demande une certaine technique rédactionnelle afin de rendre accessible et intelligible le droit. La jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁵⁸² et du Conseil d'Etat¹⁵⁸³ s'en rapportent. Dans notre contexte et compte tenu de la grande variété des sanctions ayant le caractère d'une punition, pour en venir à une législation portant ces critères et dotée d'une certaine cohérence, une théorie générale des sanctions semble être l'un des moyens adéquats. L'avantage serait de respecter dans la forme un certain nombre de garanties comme la précision, la clarté et la lisibilité¹⁵⁸⁴.

Les efforts législatifs par-ci, par-là dans certains domaines répressifs sont certes à encourager, mais, l'instauration de la lisibilité du droit et une mise en avant d'une certaine cohérence¹⁵⁸⁵ d'un système répressif extra-pénal général s'avère aujourd'hui nécessaire. La protection des justiciables en dépend. Qui dit lisibilité par la codification, dit simplification, accessibilité. Dans une étude collective sur la simplification, Mme DEUMIER a affirmé que « la *simplification du droit est un objectif, qui implique notamment l'amélioration de l'accessibilité* »¹⁵⁸⁶. Ce qui signifie que la piste de la Codification de la matière répressive extra-pénale ne s'éloigne pas en termes d'avantages de la simplification du droit.

En plus de ces avantages, l'égalité de traitement envers les justiciables doit pouvoir être rétablie dans toute la matière répressive. Ceci nécessite que la législation nouvelle porte ces critères essentiels, pour ne pas provoquer une atteinte à la sécurité juridique des justiciables¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸² Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*.

¹⁵⁸³ CE, 8 juillet 2005, n° 266900.

¹⁵⁸⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1934), 1962, p. 463. Voy., *supra*, n° 153 et s., 237, 269.

¹⁵⁸⁵ Que ces derniers soient dans la peau d'un contribuable, d'un agent public, d'une entreprise, quel que soit la faute ou le manquement extra-pénal commis, ils doivent bénéficier des garanties qu'offre le droit pénal traditionnel en termes de répression.

¹⁵⁸⁶ *Idem*.

¹⁵⁸⁷ CE, 16 juin 2008, n° 296578, *Fédération syndicale dentaires libéraux*.

321. Lisibilité et accessibilité : critères déterminant dans la présentation d'une nouvelle législation. La définition du périmètre d'une nouvelle législation est essentielle afin que les critères d'accessibilité et de lisibilité puissent s'épanouir.

Ainsi, selon nous, légiférer séparément le droit procédural et le droit substantiel répressif en droit administratif, en droit fiscal, disciplinaire et civil reviendrait finalement à une dispersion des règles. Certes en droit pénal, nous avons le droit substantiel et le droit procédural bien séparés mais ce n'est pas adaptable pour la matière répressive extra-pénale. Etant donné leur inclusion dans une branche précise, les règles à légiférer ne font pas preuve de la même densité que le droit pénal. Ainsi, il faudrait plutôt pour chaque matière répressive, englober l'ensemble du droit procédural et du droit substantiel. Sur ce point, on peut s'appuyer par exemple sur la structure proposée par M. MOURGEON¹⁵⁸⁸. Ceci reviendrait à un ensemble de règles comprenant et la substance, et la procédure jusqu'aux propositions de règlements de conflits. Chaque législation pourrait s'attacher respectivement aux définitions, aux règles relatives au déclenchement de la répression administrative ou règles de fond, au déroulement de l'action répressive ou règles de procédure et au règlement des différends. On retrouve dans cet exemple proposé en droit administratif répressif, un regroupement qui peut pallier le manque de lisibilité et d'accessibilité. D'ailleurs, dans cette matière la formule « fond et procédure » est celle mise en avant par la jurisprudence¹⁵⁸⁹, sans doute pour éviter un éparpillement des règles juridiques.

322. Législation par domaine répressif. Faut-il légiférer par domaine répressif ou faut-il plutôt élaborer une législation regroupant le droit civil, le droit disciplinaire, le droit fiscal et le droit administratif. Autrement dit, la législation nouvelle en matière répressive doit-elle se faire par branche du droit ou doit-elle être représentée sous forme de législation commune

Le choix doit, absolument, être dirigé par la nécessité de lisibilité et d'accessibilité du droit répressif substantiel et procédural dans chaque branche du droit concerné. En termes d'élaboration de lois nouvelles par domaine répressif, le législateur et la jurisprudence ont déjà apporté une réponse juridique dans ce sens, dans plusieurs domaines.

En matière administrative, en matière fiscale, en matière civile par exemple, on ne peut pas omettre la présence de textes législatifs voire réglementaires. Ainsi, en matière civile, Le Code de commerce par exemple, contient des dispositions que se rapportent à la répression civile¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁸ J. MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit.

¹⁵⁸⁹ Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, *préc.*

¹⁵⁹⁰ L'exemple de la faillite personnelle et des autres mesures d'interdiction (Articles L 653-1 à L 653-11 du Code de commerce ; E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », *Répertoire de droit commercial Dalloz*, janvier 2017).

Avec cette base observée dans chaque domaine, le législateur pourrait apporter plus de précisions dans la définition de chaque sanction. Également, le répertoire¹⁵⁹¹ des sanctions déjà codifiées ou pas, pourrait être amélioré. L'idée est de partir de ce qui existe pour en venir à quelque chose de plus précis qui pourrait s'appliquer à un domaine répressif entier, sans qu'un déséquilibre ne soit observé par catégorie de sanction. L'uniformité des règles applicables aux sanctions répressives appartenant au même domaine répressif réglerait beaucoup de difficulté dans le respect des garanties prévues aux justiciables. En ce sens, M. SAUNIER, propose dans le domaine administratif un « corpus homogène pourrait prendre la forme d'articles au sein d'une *lex generalis*, qui cohabiterait avec les régimes spécifiques multiples »¹⁵⁹².

L'autre aspect de la question concernant l'élaboration d'une législation commune à toutes les branches du droit pourrait faire penser à l'utilité d'un Code répressif. Cependant, la faisabilité n'est pas évidente.

323. Envisager un renouveau sous la forme d'une codification : un choix laissé au législateur. Nous avons signalé plus haut que l'étude de la faisabilité d'un Code dépassait notre cadre, mais sur la question de l'élaboration d'une législation par domaine ou d'une législation sur la matière répressive extra-pénale, il est nécessaire d'évoquer brièvement la codification¹⁵⁹³. La codification de la matière répressive serait une occasion de passer d'une théorie générale du droit des sanctions répressives à une élaboration législative effective. La forme d'une codification n'est pas en soi un frein car qui dit lisibilité par la codification, dit simplification, accessibilité¹⁵⁹⁴, comme dans le cas d'une législation.

Cependant, codifier demande un fondement sur une théorie générale selon M. ISAAC¹⁵⁹⁵. Quant à cet effet, l'état des lieux révèle qu'aucune réflexion concrète n'a été faite sur la théorie générale à retenir quant à la répression extra-pénale. En dépit des efforts d'une doctrine plutôt récente qui montre l'intérêt d'un concept uniforme pour les sanctions répressives administratives, fiscales, disciplinaires et civiles¹⁵⁹⁶, l'expression « théorie générale » n'est pas

¹⁵⁹¹ Article R. 511-13 du Code l'éducation : à propos des sanctions applicables aux élèves des établissements d'enseignement du second degré.

¹⁵⁹² S. SAUNIER, « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *op. cit.*

¹⁵⁹³ N. MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTDC*, janvier-mars 2000, p. 188 ; B. OPPETIT, « De la codification », in B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, éd. Dalloz, 1996, pp. 7 et s.

¹⁵⁹⁴ Le lien naturel entre la codification et la simplification du droit a été démontré (P. DEUMIER, « La simplification par codification à droit constant », *op. cit.*).

¹⁵⁹⁵ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, éd. LGDJ, 1968, p. 688.

¹⁵⁹⁶ Le concept de sanction « extra-pénale » utilisé par des auteurs comme M. STASIAK (F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, *op. cit.*) et M. COHEN (D. COHEN, « Le juge, gardien des libertés ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, pp. 113-125).

utilisée pour les sanctions répressives. On remarque plutôt une théorie générale de la répression existante dans certaines branches du droit. C'est le cas en droit administratif¹⁵⁹⁷.

On retient alors que compte tenu de la disparité, voire l'incohérence dans les textes et la jurisprudence en termes de construction d'un droit de la procédure répressive extra-pénale, il serait difficile de mettre en œuvre une codification en l'état. A moins qu'il soit démontré dans l'autre sens de la réflexion que c'est la codification elle-même qui viendrait résoudre ce problème. Ce qui reste néanmoins envisageable, c'est la création de Code de sanctions répressives dans chaque domaine, en l'occurrence lorsque la matière à codifier est disponible dans le domaine. Le choix d'une codification ou encore le choix d'une codification unique ou par domaine répressif ne revient-il pas au législateur ?

§ 2 : L'aspect matériel de la législation favorable à l'amélioration de l'articulation des sanctions

324. Champ d'application de la nouvelle législation : propositions sous forme d'articles.

Avant de passer à l'étude du fond de la législation nouvelle par domaine répressif, quelques propositions concrètes peuvent être apportées relativement au champ d'application. L'*article premier* de la loi pourrait créer *l'ensemble des incriminations* dans chaque matière – de l'environnement, de l'urbanisme, de la santé, en matière commerciale etc. – concernée par la branche du droit – droit administratif, droit civil. Il s'agira alors de créer des *subdivisions* en répartissant par exemple le texte selon chaque matière d'une même branche du droit. Ce même article préciserait les catégories de manquements auxquelles pourraient s'étendre ces incriminations. La définition d'un champ d'application est essentielle pour éviter les cas de longs cortèges d'incrimination¹⁵⁹⁸. Un troisième point du même article pourrait préciser les différentes incriminations exclues de son champ.

325. Législation de la substance : solution favorable à l'articulation des qualifications.

Jusqu'ici, la jurisprudence a essayé de combler le trou creusé par les difficultés de qualification des faits en matière extra-pénale face à la matière pénale. Les difficultés liées à l'*identité des*

¹⁵⁹⁷ H. PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », *JCP A*, 2013, p. 15, étude n° 2072 ; J.-M. SAUVÉ, « Les sanctions administratives en Droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives », *op. cit.*, p. 6 ; C.-A. COLLIARD, *La sanction administrative*, Annales de la Faculté de droit d'Aix, 1943, spéc. p. 69, p. 72 ; J. MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁹⁸ Ce fut le cas en droit des sociétés appliqué par le droit pénal, lorsqu'on est passé du « vide » du Code de commerce en 1807 à « un trop plein » avec la loi du 24 juillet 1966 et textes annexes (H. MATSOPOULOU, B. SAINTOURENS, « Droit pénal et droit des sociétés », *op. cit.*, p. 177).

*faits*¹⁵⁹⁹, c'est-à-dire au « *idem* » pourraient être solutionnées par le législateur. M. DÉCIMA n'a-t-il pas dans sa thèse dénoncé « l'insuffisance des critères classiques de l'identité des faits »¹⁶⁰⁰. L'avantage de l'incrimination par le législateur s'observerait sur le plan de la prévention du cumul substantiel et un autre article de la loi pourrait prévoir des critères de définition et de qualifications des manquements.

D'ailleurs le fait répressif n'a-t-il pas, au fil des réformes, dans certaines matières, été finalement doté d'une forme protéiforme. C'est le cas en droit de la concurrence ou le fait répressif « est devenu un système complexe par la variété de ses institutions, de ses procédures, de ses sanctions mais également de la diversité des valeurs et des intérêts protégés »¹⁶⁰¹. Dans ce cas, dans la substance de la législation nouvelle, les critères de qualification seraient indispensables dans un deuxième article afin d'éviter le cumul avec la qualification pénale du même fait.

326. L'application dans le temps de la nouvelle législation : propositions sous forme d'articles. L'application *dans le temps* pourrait aussi figurer dans un *troisième article*. Les dispositions de cet article consacrerait la prescription en matière répressive extra-pénale. L'illustration de la mise en œuvre du droit des contrats par le droit pénal peut servir d'exemple. Dans ce domaine, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà appliqué des solutions retenues en matière de prescription de l'action publique, en retardant le point de départ de la prescription. Elle a déclaré, en matière de pratiques commerciales trompeuses, que la prescription ne peut commencer à courir tant que la victime n'a pas été en mesure de constater le défaut de conformité¹⁶⁰². A l'image de cette règle jurisprudentielle, les dispositions de cet article pourraient prévoir que le point de départ de la prescription, dans une matière comprise dans le droit civil répressif par exemple, commencerait le jour où la victime a pu prendre conscience de son manquement. Et ceci bien sûr, compte tenu de la politique répressive déployée dans chaque matière.

¹⁵⁹⁹ F. FOURMENT, « Faire et défaire les qualifications, c'est toujours qualifier. Brèves remarques sur le principe *Ne bis in idem* tel qu'appliqué aux conflits de qualifications pénales », *op. cit.* ; R. MESA, « Concours et cumul de qualifications contre règle *non bis in idem* », *op. cit.*

¹⁶⁰⁰ O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, *op. cit.*

¹⁶⁰¹ F. STASIAK, « Droit pénal et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 280.

¹⁶⁰² Crim., 4 novembre 2008, pourvoi n° 08-81.618, *Inédit* ; *Dr. pén.* 2008, comm., 24, obs. J.-H. Robert ; S. FOURNIER, « L'apport des incriminations pénales au droit des contrats », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, p. 123.

Le point sur la prescription est essentiel dans la réflexion sur une législation nouvelle en matière répressive puisqu'elle peut régler plusieurs difficultés de pluralités de poursuites pénales et extra-pénales. C'est une question à examiner de près car la prescription est quasi-inexistante en matière répressive extra-pénale. Ceci a d'ailleurs été dénoncé par M. BRIGANT à la suite d'une décision du 11 octobre 2018 du Conseil constitutionnel¹⁶⁰³. La haute institution jugeait conforme à la constitution une loi qui prévoit l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire déclenchée contre les avocats.

Le législateur pourrait jouer sur le délai de prescription pour réduire les poursuites concomitantes – en retardant le délai de prescription dans un domaine répressif extra-pénal et en favorisant ainsi les poursuites pénales pendant ce temps. Elle pourrait jouer avec cette même carte, mais d'une manière inversée, pour empêcher le plus possible de pluralité de poursuites successives. Dans cet élan, il convient d'examiner à présent la procédure.

327. Législation de la procédure : solution favorable à l'articulation des poursuites. Une législation nouvelle en droit, en termes de procédure, fait penser au prime abord à l'idée d'« *étendre aux autres attributaires du pouvoir de répression* »¹⁶⁰⁴ l'ensemble des principes de la procédure pénale. Sur cette question Mme IDOUX s'est penchée sur le plan administratif en soulevant les difficultés de définition d'un droit de la procédure répressive administrative harmonieux¹⁶⁰⁵. Pour lui un manque d'hétérogénéité des textes et des décisions de justice s'observe. Au vu de notre champ répressif plus large, comment pouvons-nous interpréter à notre tour ces points essentiels ?

Quand on fait un état des lieux de la procédure répressive extra-pénale aujourd'hui, nous sommes confrontés à des lois variées selon les domaines répressifs. En droit administratif par exemple, la procédure en matière boursière¹⁶⁰⁶ n'est pas régie de la même manière qu'en matière

¹⁶⁰³ Conseil constitutionnel, 11 octobre 2018, *préc.* ; J.-M. BRIGANT, « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la constitution », *op. cit.* : « Le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la constitution le premier alinéa de l'article 23 de la loi n° 71-1130, du 31 décembre 1971, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-130, du 11 février 2004, réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques. Après avoir rappelé que ni cette disposition, ni aucune autre disposition législative n'enferment dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire, le Conseil a estimé qu'aucune atteinte n'était portée aux droits de la défense ni au principe d'égalité devant de la loi. En dépit de ces justifications, il est permis de s'interroger sur une éventuelle remise en cause de cette imprescriptibilité de l'action disciplinaire à l'encontre des avocats ».

¹⁶⁰⁴ S. GUINCHARD, *e.a.*, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, éd. Dalloz, 7^e éd., 2013 ; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, éd. Economica, 1992.

¹⁶⁰⁵ P. IDOUX, « Faut-il un code de procédure administrative répressive ? », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 41-46.

¹⁶⁰⁶ La loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché.

de concurrence ou d'environnement¹⁶⁰⁷. La loi en matière fiscale détaille la procédure répressive en cas de fraude fiscale de manière particulière, sans qu'il n'y ait d'adaptation possible à un autre domaine répressif. En droit administratif par exemple, les règles applicables à la répression imposée par des autorités administratives indépendantes¹⁶⁰⁸ ne sont pas les mêmes que celles applicables à la répression exercée par d'autres autorités sanctionnatrices.

Le véritable problème est l'application des principes de droit pénal étendus à la matière répressive extra-pénale. Ce n'est que la jurisprudence qui agit pour assouplir ou non la réception d'une règle par un domaine répressif, comme démontré plus haut en matière de régime des sanctions. Le législateur est fortement attendu sur ce terrain pour renforcer, par plusieurs articles, le régime des sanctions extra-pénales et sa mise en œuvre. Sans avoir à évoquer tous les principes de droit pénal concernés, nous pouvons proposer que la loi à élaborer dans chaque branche du droit concernée par la répression prenne en compte les droits du « tiers » en matière de déclenchement des poursuites extra-pénales. Le cas en matière disciplinaire est critique¹⁶⁰⁹.

En conclusion de cette section, la réflexion sur le fond de la législation nouvelle est finalement une occasion propice à l'articulation des sanctions, sans compter qu'une combinaison de la substance et de la procédure du droit répressif par branche du droit est une résolution qui respecte la lisibilité et l'accessibilité.

Penser le renouveau du droit répressif est complexe et nous ne prétendons nullement l'avoir entièrement ou définitivement sondé. Mais il est possible aujourd'hui d'y faire face de manière plus approfondie. Le but est d'en venir à une réelle législation à droit constant, non fermée à modification pour pallier au besoin de simplification. Rassembler et classer ce qui existe en y apportant des modifications ou compléments nécessaires est possible. La finalité est plus que motivante puisqu'il s'agit de faciliter l'accès des textes au justiciable dans toutes les branches du droit où intervient la sanction répressive extra-pénale en mettant à ses dispositions des critères de qualification du fait répréhensible ou en empêchant la pluralité d'actions injustifiée. Cependant, tout ceci ne peut se faire sans une accessibilité complétée de précisions apportées par la définition du champ d'application dans le temps et l'espace. Autrement, la justice répressive ne sera pas débarrassée des cumuls injustifiés de sanctions pour les mêmes faits commis par un même justiciable.

¹⁶⁰⁷ Lois du 23 mars 2019 portant réforme de la justice et du 24 juillet 2019 portant la création de l'Office française de la biodiversité ; Loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

¹⁶⁰⁸ Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, *préc.*

¹⁶⁰⁹ J. GOURDOU, « Sanctions disciplinaires : les questions de la légalité des infractions et de l'opportunité des poursuites », *RFDA*, Août 2014, p. 764 ; *Voy., infra*, n° 137.

Peut-on y parvenir sans braver la difficulté que représente la définition d'une politique répressive ?

Section 2 : La mise en place d'une politique répressive adaptée

328. La politique répressive extra-pénale serait incluse dans le renouveau du droit répressif. A titre indicatif, dans le rapport de recherche¹⁶¹⁰ sur les sanctions administratives dans les secteurs techniques réalisé en 2016, la Commission recommande à chaque administration de communiquer sur sa politique répressive¹⁶¹¹. Ainsi dans ce seul domaine répressif administratif, la question a été confiée à Mme CHASSANG¹⁶¹² qui l'a abordée en faisant référence aux secteurs techniques¹⁶¹³. Cette réflexion aussi restreinte qu'elle soit nous inspire, en dépit de notre champ d'étude beaucoup plus vaste.

Aujourd'hui en termes de prévention, nous sommes conséquemment confrontés à plusieurs interrogations sur un terrain aussi finement exploré. D'abord, dans le domaine répressif extra-pénal, existe-t-il aujourd'hui une politique qui garantit la sécurité ? Et s'il existe une politique répressive extra-pénale, est-ce une politique globale qui enregistre tous les domaines juridiques où intervient la répression ? Est-elle spécifique à chaque branche du droit ? Également, peut-on parler aujourd'hui d'une formalisation de la politique répressive extra-pénale, si elle existe ? Et comment est-elle mise en œuvre ? Un contrôle de cette application est-il possible ?

Par conséquent, nous répondrons à la question de savoir comment la politique répressive peut-elle éviter la superposition des normes pénales et extra-pénales afin de mieux encadrer le cumul des sanctions pénales et extra-pénales et de plutôt renforcer leur articulation ?

Pour y répondre, nous traiterons d'abord de la potentialité¹⁶¹⁴ d'une politique répressive extra-pénale (§ 1) avant même d'en venir à son éventuelle mise en œuvre et à son contrôle (§ 2).

§ 1 : La potentialité d'une politique répressive extra-pénale

329. De manière générale, c'est la constitution française de 1958, dans son article 20, qui a confié au Gouvernement la charge de déterminer et de conduire la politique de la Nation. Ce faisant, elle le désigne comme le responsable de la politique pénale dont il répond devant le

¹⁶¹⁰ Voy., *supra*, note n° 2.

¹⁶¹¹ *Idem*.

¹⁶¹² C. CHASSANG, « La communication des administrations sur leur politique répressive : prendre modèle sur le droit pénal ? », *op. cit.*

¹⁶¹³ Les secteurs techniques du droit répressif administratif qui ont été explorés dans ce rapport : environnement, consommation, social, transports, santé.

¹⁶¹⁴ Nous parlons de « potentialité » ici dans le sens d'une « possibilité ».

parlement. Ce qui signifie que cette obligation à valeur constitutionnelle est prévue, de sorte que les acteurs ainsi que les outils soient prévus par la norme suprême. Cette politique pénale se définit à travers les objectifs que se fixe le gouvernement pour la bonne mise en œuvre de la loi pénale.

Si tel est le cas en droit pénal, par quels objectifs pourrait se définir une politique répressive extra-pénale (A) ? Quelle conceptualisation pourrait-on en faire pour apporter plus de prévisibilité à la répression extra-pénale (B) ?

A. UNE POLITIQUE RÉPRESSIVE EXTRA-PÉNALE DÉFINIE PAR SES PROPRES OBJECTIFS

330. La politique pénale comme modèle. La définition de la politique répressive à travers des objectifs peut se faire aujourd'hui en se servant de la politique pénale comme modèle. A ce propos, l'article 30 du Code de procédure pénale prescrit comment la politique pénale doit définir les modalités d'une application cohérente de la loi pénale sur l'ensemble du territoire national. Le respect du principe d'égalité entre les individus y est associé.

En plus des objectifs principaux fixés par la loi, naissent des orientations et des priorités d'actions que se fixe le gouvernement lui-même. C'est l'exemple des buts que s'est fixé le garde des sceaux, juste après l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique et des réformes connexes. A l'époque, le garde des sceaux, ministre de la justice, Mme TAUBIRA avait établi « un vaste chantier »¹⁶¹⁵ contenant notamment la coordination de la politique pénale avec l'action publique. N'est-ce pas également le cas avec la circulaire de politique pénale du garde des sceaux prise le 1^{er} octobre 2020 ? Elle a fixé les grandes orientations en matière de politique pénale et traite d'un objectif spécifique : la délicate question des remontées d'informations.

Par-dessus tout, le gouvernement au sein duquel est élaborée la politique pénale cherche souvent à cordonner celle-ci avec « la politique générale de sécurité »¹⁶¹⁶.

331. Les mêmes besoins en matière répressive. Quand on se réfère aux objectifs de la politique pénale, on se rend compte qu'au-delà de la matière pénale, ils représentent aujourd'hui des besoins réels. Premièrement, le besoin de sécurité juridique s'étale dans plusieurs branches du droit où intervient la répression. Les exemples en droit de la santé, en droit du travail, en

¹⁶¹⁵ E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC*, 2013, n° 3, pp. 605-615.

¹⁶¹⁶ P. MICHEL, « Politique pénale et politique de sécurité », *op. cit.*

droit fiscal¹⁶¹⁷ ont été soulignés plus haut dans la présente étude, en termes de manque de cohérence, de disparité de traitements des justiciables en matière répressive disciplinaire¹⁶¹⁸, en matière répressive administrative¹⁶¹⁹ souvent dans la jurisprudence interne et internationale.

Deuxièmement, la superposition des normes pénales et extra-pénales entraînant les divers cumuls de sanctions représentent, aujourd'hui, l'une des raisons pour lesquelles, des objectifs précis pourraient être définis par une politique répressive. D'ailleurs, sur ce point nous adoptons complètement cette recommandation¹⁶²⁰ de communication par chaque administration de la politique répressive pour améliorer l'articulation des sanctions.

Troisièmement, en matière répressive extra-pénale, les fonctions des autorités répressives – fonctions d'instruction, de poursuite, de sanction – ne sont pas clairement réparties. Ce que nous avons abordé sous le terme de la confusion¹⁶²¹ des fonctions. Ce qui crée des besoins de définition des objectifs liés au respect des principes de droit pénal étendus à plusieurs domaines répressifs. N'est-ce pas ce type de difficultés rencontrées en droit pénal notamment l'extension des fonctions et missions du ministère public et la structuration hiérarchique défaillante du parquet affaiblissant sa position au regard des standards européens¹⁶²², qui a déclenché une re-visitation de la politique pénale ?

Quatrièmement, pourrait être rajouté le manque d'accessibilité, de lisibilité des objectifs conduisant la politique répressive. On pourrait continuer à élargir la liste des besoins en matière répressive extra-pénale pouvant faire naître des objectifs. A présent, une autre question interpelle : c'est celle de la conceptualisation de la politique répressive extra-pénale.

B. L'OPPORTUNITÉ D'UNE CONCEPTUALISATION DE LA POLITIQUE RÉPRESSIVE EXTRA-PÉNALE

332. Une définition à l'image de la politique pénale. Le modèle de la politique pénale montre que des instruments doivent nécessairement être définis au préalable pour mener à bien son pilotage. Selon les dispositions de l'article 30 du Code de procédure pénale, le ministre de la Justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il adresse des instructions générales aux magistrats du Ministère public. Également, la loi du 25 juillet 2013 a fixé une nouvelle répartition des compétences entre le ministre de la Justice et les magistrats

¹⁶¹⁷ J. BONNET, « La clarté et la précision de la loi punitive : un régime constitutionnel à plusieurs vitesses », *op. cit.*, p. 85.

¹⁶¹⁸ Voy., *supra*, n° 294.

¹⁶¹⁹ *Idem*

¹⁶²⁰ *Ibidem*.

¹⁶²¹ Voy., *supra*, n° 187.

¹⁶²² E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *op. cit.*

du parquet. De ces textes se déclinent clairement deux instruments de pilotage : le premier conduit la politique pénale et le second exerce l'action publique. Ce sont, respectivement, d'une part, le ministre de la Justice et d'autre part, le ministère public représenté par ses magistrats. Par ailleurs, il est essentiel de ne pas omettre l'important rôle du parlement qui contrôle l'application de la politique pénale.

Déjà sur ce point et en dehors du champ pénal, on pense aux institutions ou aux autorités qui pourraient jouer les rôles principaux du pilotage de la politique répressive.

D'un côté, le Ministère du gouvernement compétent dans chaque branche du droit où intervient la répression devrait normalement pour s'adapter à l'évolution du droit répressif dans son domaine, être capable de mettre en place une politique répressive. Le ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance ou l'une de ses directions comme la direction générale des Finances publiques pourrait par exemple définir la politique répressive en matière fiscale. N'est-ce pas le cas en droit répressif administratif du travail ? En effet, la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE)¹⁶²³ adressait une communication bimensuelle au parquet. L'objet de la communication était un tableau de synthèse des sanctions administratives envisagées et prononcées, la nomination d'un référent en droit pénal du travail au sein de chaque parquet et de chaque DIRECCTE au niveau départemental, ainsi que l'organisation de rencontres périodiques¹⁶²⁴.

De l'autre côté, à la place du ministère public, ce sera l'organe répressif chargé de déclencher l'action répressive et qui ferait un rapport périodique au Ministère concerné. Dans certains domaines répressifs comme en matière administrative boursière ou encore en matière répressive fiscale, ces organes sont déjà bien définis par la loi¹⁶²⁵.

333. Nécessité de définition des instruments de pilotage par domaine répressif. La définition des instruments de pilotage, à notre avis, ne peut se faire que par domaine répressif. Le ministre de la Justice est certes celui désigné par la loi pour conduire la politique pénale mais certains domaines sont tellement techniques qu'il y a besoin d'en tenir compte. Et même si on devait opter pour une politique répressive globale, il y aurait besoin de prendre des textes

¹⁶²³ Depuis le 1^{er} avril 2021, les DIRECCTE sont regroupées avec les services déconcentrés de la cohésion sociale au sein d'une nouvelle structure : les Directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DREETS).

¹⁶²⁴ T. CHEVALIER, « La coordination des sanctions pénales et administratives en droit du travail », *op. cit.*

¹⁶²⁵ La loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché ; La loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

pour plus de précision dans certains domaines. En droit pénal, il y a une politique pénale générale, n'empêche qu'il y a bien des circulaires spécifiques à certains domaines¹⁶²⁶.

De la même manière on pourrait par ministère, fixer des orientations générales et des priorités d'actions dans tous les secteurs de ce domaine et apporter des précisions à des matières spécifiques. Mme CHASSANG¹⁶²⁷ dans son étude sur le domaine administratif a proposé compte tenu de la technicité¹⁶²⁸ des contentieux en droit de l'environnement, de confier la politique répressive adaptée à l'administration compétente.

En fin de compte, on remarque que la définition des instruments de pilotage de la politique répressive est bel et bien envisageable, surtout si chaque branche du droit ou si si tout au moins, chaque domaine répressif ou si les matières techniques qu'il comprennent sont bien précisés par des textes complémentaires.

A présent qu'en est-il de la mise en œuvre et du contrôle de cette politique répressive extra-pénale ?

§ 2 : Mise en œuvre et contrôle d'une politique répressive extra-pénale

334. Communication sur la mise en œuvre de la politique extra-pénale. La communication n'est pas systématiquement une obligation juridique mais elle est plus politique. L'usage de supports de communication en parallèle à la simplicité rédactionnelle ne contribue-t-elle pas à la clarté de la loi ? D'ailleurs, la clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi ne sont-ils pas des fondements de l'Etat démocratique et libéral¹⁶²⁹ ?

C'est toujours l'article 30 du Code de procédure pénale et la loi du 25 juillet 2013 qui constituent nos guides en la matière. De son côté, le ministre de la Justice communique en amont au ministère public la politique pénale qu'il entend mener sur le plan national. Dans sa circulaire de politique pénale du 21 mars 2018, l'ex-ministre de la Justice, Mme BELLOUBET a explicitement communiqué sur ses priorités en matière de répression pénale¹⁶³⁰.

L'obligation d'information instaurée par le biais de rapports, annuels ou particuliers incombe tant aux procureurs généraux¹⁶³¹ qu'aux procureurs de la République¹⁶³².

¹⁶²⁶ Circulaire du 24 novembre 2017 relative au traitement judiciaire des atteintes commises contre les forces de l'ordre.

¹⁶²⁷ C. CHASSANG, « La communication des administrations sur leur politique répressive : prendre modèle sur le droit pénal ? », *op.cit.*

¹⁶²⁸ E. GINDRE, « La politique pénale en matière d'environnement à la recherche d'elle-même : quelques réflexions sur les dernières réformes, in *Politique(s) criminelle(s)* », *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, éd. Dalloz, 2014, p. 598.

¹⁶²⁹ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 19 novembre 2002, n° 231, p. 11.

¹⁶³⁰ Circulaire de politique pénale du 21 mars 2018.

¹⁶³¹ Article 35 du Code de procédure pénale.

¹⁶³² Article 39-1 du Code de procédure pénale.

La même obligation d'information entre le ministère chargé de conduire la politique répressive extra-pénale et l'organe répressif de poursuite pourrait être établi en dehors du droit pénal¹⁶³³. Cette communication pourra être faite à l'endroit des justiciables à travers des plateformes dédiées à des organes répressifs. En droit répressif administratif par exemple, des autorités administratives publient, sur leur site internet, leurs priorités d'actions. C'est ce qu'a fait par exemple l'Autorité des marchés financiers après la déclaration d'inconstitutionnalité du cumul des sanctions en matières boursières le 18 mars 2015. Elle a publié sur son site internet un rapport invitant le législateur à interdire le cumul des poursuites. Elle a également publié sur cette même plateforme ses priorités pour 2018, sa stratégie pour 2018-2022 ou encore son rapport annuel.

De même, la Commission nationale de l'informatique et des libertés a publié sur son site internet en 2020 son rapport d'activité qui détaille le nombre de contrôles effectués et le nombre de sanctions prononcées par elle¹⁶³⁴.

335. Communication par des instructions. Si la communication de la politique pénale se fait par des instructions générales et non individuelles¹⁶³⁵ adressées au ministère public par le garde des sceaux, que pourrait-on dire en droit répressif extra-pénal ? En droit répressif fiscal, la Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude aspire à réparer la disparité de traitement des dossiers de fraudes fiscales graves en rejetant les traitements individuels¹⁶³⁶. Ainsi, le droit répressif appelle également au respect du principe d'égalité qui doit d'ailleurs être un objectif de la politique répressive.

Par conséquent, pour éviter de porter atteinte à l'égalité des contribuables par exemple en matière répressive fiscale, des instructions générales liées à ce domaine doivent obligatoirement être préférées à des obligations individuelles. C'est une démarche nécessaire pour une meilleure coordination de l'action répressive extra-pénale.

Dans un but d'émettre des instructions générales, le ministère chargé de conduire la politique répressive extra-pénale selon chaque branche peut s'appuyer sur des recommandations des juridictions internationales, des rapports annuels antérieurs d'application de politique antérieure, des avis d'universitaires, des enquêtes ou même des sondages auprès de la population. Le ministre de la Justice pour la rédaction de sa circulaire de politique pénale générale n'a-t-il pas tenu compte des résultats de sondages organisés auprès de la population.

¹⁶³³ Voy., *supra* n° 332.

¹⁶³⁴ Consultation en date du 15 avril 2022 <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-publie-son-rapport-dactivite-2020>.

¹⁶³⁵ Article 30 du Code de procédure pénale.

¹⁶³⁶ Voy., *supra*, note n° 34.

Dans le circulaire du 1^{er} octobre 2020, on peut lire : « [...] Or les sondages d'opinion reflètent, aujourd'hui, chez un trop grand nombre de nos concitoyens, un manque de confiance dans la capacité de l'institution judiciaire à apporter la réponse adaptée à la situation telle qu'ils la vivent où la perçoivent. Notre démocratie ne peut se satisfaire de cette dégradation du lien essentiel entre les citoyens et la justice ».

336. Communication pour une lisibilité de l'articulation des sanctions pénales et extra-pénales. La communication de la politique pénale à travers des circulaires correspondrait normalement à la matière répressive extra-pénale. Elle permettrait à tous d'accéder aux orientations générales et aux priorités d'action. Elle pourrait également être rédigée en tenant compte des besoins d'encadrement du cumul de sanctions pénales et extra-pénales. Une rédaction de la politique répressive en bonne et due forme par le ministère compétent, dans chaque domaine répressif, pourrait apporter la lisibilité à l'articulation des sanctions. Ce travail pourrait se faire en collaboration avec le ministère de la Justice ; une collaboration qui évitera d'éventuelles contradictions. Cette option sera déployée pour appuyer le renouveau du droit répressif tant espéré.

En plus des circulaires de politique répressive, les normes existant dans chaque domaine du droit concerné pourraient accueillir un articlé dédié aux modalités de communication de la politique répressive définie.

A cela serviront justement les codes de répression extra-pénale proposés : contenir aussi la politique répressive définie par domaine répressif.

En somme, une politique répressive peut effectivement prendre corps jusqu'à devenir une norme juridique. Sa mise en œuvre ne se traduirait pas seulement par la qualité de la communication mais également par la qualité de l'information communiquée.

En conclusion de cette section et en voulant répondre à la question de savoir comment la politique répressive peut éviter la superposition des normes pénales et extra-pénales afin de renforcer l'articulation des sanctions pénales et extra-pénales, nous avons retenu deux choses essentielles.

D'une part, à l'image de la politique pénale, nous avons déduit de la définition des besoins de la matière répressive les objectifs nécessaires à la construction d'une politique répressive. Cette politique répressive s'articulerait autour de plusieurs axes dont celui de l'articulation des sanctions pénales et extra-pénales. Ainsi, les opportunités d'orientation générale de la matière répressive extra-pénale démontrent la possibilité d'une politique répressive extra-pénale. Cette possibilité est d'ailleurs encouragée par une définition envisageable d'instruments de pilotage.

D'autre part, la mise en œuvre d'une politique répressive rimerait forcément avec la qualité. A ce propos, la mise en œuvre de la politique répressive pourra dépasser la communication faite aux seuls organes répressifs de poursuites, aux agents administratifs, aux commissions répressives. Elle pourra atteindre directement les justiciables pour les prévenir d'éventuelles orientations mises en place pour éviter le cumul de sanctions ou encore les disparités de traitement dans un même domaine répressif ou de manière plus générale. A ce propos, le mercredi 5 octobre 2022, lors du 15^e colloque de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés (AMF), M. GAEREMYNCK, son Président, a évoqué lors de son discours d'introduction un point essentiel à la réflexion de la mise en place souhaitable d'une politique répressive basée également, à notre sens, sur la communication. Selon ses mots : « le collège et la Commission des sanctions poursuivent la même mission : celle de protéger les épargnants, de veiller à la bonne information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés financiers »¹⁶³⁷. Inviter une autorité sanctionnatrice à communiquer des informations, à notre avis, n'est qu'un moyen de communiquer l'évolution du droit répressif. Ceci contribuera à l'accessibilité du droit répressif.

Malheureusement, cette ambition de politique répressive risque d'être limitée par la difficulté de la mise en place d'un système de contrôle *efficace* de son application¹⁶³⁸, alors même que le contrôle offrirait pour bénéfice de mesurer des dysfonctionnements de la politique répressive mise en place.

337. Conclusion de chapitre. Si l'adoption d'un droit répressif nouveau apparaît, pour diverses raisons, comme une piste de l'amélioration de l'articulation devant être préférée à l'articulation des autorités de poursuite et à l'alternative des sanctions, c'est nécessairement sous condition de son approfondissement. Il convient, par l'œuvre du législateur, de freiner le cumul des sanctions de manière uniforme dans l'ensemble de la matière répressive. Il apparaît par conséquent que le droit répressif dans sa globalité, malgré ses insuffisances profondes dans certains domaines répressifs, n'est pas réfractaire à la législation. Le second aspect de la question a servi finalement à comprendre que le succès de ce renouveau sera bénéfiquement attaché à la résolution d'une difficulté technique principale : la mise en place d'une politique

¹⁶³⁷ Information disponible sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers : <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/prises-de-parole/discours-dintroduction-de-jean-gaeremynck-president-de-la-commission-des-sanctions-15e-colloque-de#xts=607212&xtor=RSS-3&type=RSS>, Consulté le 09 octobre 2022.

¹⁶³⁸ En droit pénal, un bilan d'application de la politique pénale dressé annuellement par les magistrats du parquet dans le ressort de leur juridiction : Article 39-1 al. 2 du Code de procédure pénale et Article 35 al. 3 du Code de procédure pénale. Et même au-delà de ce bilan, il existe le mécanisme de remontées d'informations dont les modalités ont été précisées par la circulaire « JUSD1402885C » du 31 janvier 2014.

répressive. La politique répressive devra être fondée sur la communication de la loi et être adaptée aux besoins de la matière, en l'occurrence à l'articulation des sanctions ; législation et communication devant aller ensemble pour que soit respectée au minimum l'exigence commune à toutes les sociétés démocratiques¹⁶³⁹ : l'accès à la norme juridique présenté sous la forme du principe d'accessibilité de la loi.

338. Conclusion de titre. Qu'il s'agisse des pistes inexploitées d'articulation des autorités répressives ou d'alternatives des sanctions, une réception *uniforme* de ces modes d'amélioration de l'articulation s'avère complexe dans toute la matière répressive à la date d'aujourd'hui. Le renforcement de l'articulation des sanctions n'est donc pas chose aisée.

En effet, certains domaines répressifs sont plus préparés à cette réceptivité que d'autres. C'est pour cette raison qu'il reste primordial aujourd'hui de mettre au plus haut niveau le besoin d'harmonisation du droit répressif, afin de combler les vides qui se sont accumulés en la matière. Ce besoin d'harmonisation a conduit à maintenir les pistes d'amélioration à faible intérêt ou axé uniquement sur certains domaines.

Cependant, nous prenons totalement conscience qu'en face des avantages des deux plans du renouveau juridique, se hissent des difficultés tant dans l'approfondissement de la réflexion que dans la concrétisation. Ces pistes retenues présentent de plus grandes facilités et perspectives d'adaptation à l'ensemble de la matière répressive, ce qui n'étonne guère. Rien ne peut remplacer la fonction du législateur de veiller à la sécurité juridique, à la clarté d'un droit répressif harmonieux à travers la loi. A cette démarche, l'amélioration de l'articulation se présentera comme une solution crédible aux cumuls injustifiés.

Elle favoriserait une uniformisation du droit répressif, en matière de double poursuite. Par ailleurs, tant que le législateur ne reformera pas globalement la répression, le juge ne pourra que vaciller. A ce titre, le 26 janvier 2022¹⁶⁴⁰, la chambre commerciale de la Cour de cassation n'a-t-elle pas dévoilé sa préférence pour le principe de non-cumul en droit des clauses abusives, sans pour autant évoquer la tendance à l'articulation des sanctions pénales et extra-pénales. On ne finira pas d'assister à des rebondissements éparpillés dans le droit répressif tant qu'il n'y aura pas une véritable législation harmonisée en matière répressive. A propos de cette nécessité

¹⁶³⁹ J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *op. cit.*

¹⁶⁴⁰ Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-16.782, Publié au bulletin ; note M. BARBA, « Le principe de non-cumul en droit des clauses abusives », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1^{er} mars 2022, n° 179.

d'harmoniser le droit répressif, même le droit européen, à travers son Règlement du 16 avril 2014¹⁶⁴¹, a montré qu'il était aussi à la quête d'une harmonisation du droit répressif.

339. Conclusion de partie. La réalisation de l'articulation des sanctions, dans ses aspects positifs et négatifs a conduit de manière naturelle à la question, fondamentale, de son amélioration. Ainsi, l'étalement des situations à éviter a permis de mieux préparer l'évitement du cumul aux phases de la qualification et des poursuites. Les règles jurisprudentielles de prévention du cumul à ces différentes phases conduisent à un partage varié du contentieux pénal et extra pénal. Autrement dit, la répartition préventive du contentieux pénal et extra-pénal n'empêche pas uniformément le cumul dans la globalité de la matière répressive. Cependant, étant dans un Etat de droit, il est indispensable de s'attacher à la méthode d'organisation du cumul en termes d'articulation afin de l'approfondir dans toute la matière répressive. Il s'agit de l'application du principe de proportionnalité favorable à la complémentarité des actions répressives pénales. Ce n'est toutefois pas suffisant. Afin d'améliorer l'articulation des sanctions, des pistes ont été évaluées. Il est indispensable de ne pas continuer à être des spectateurs de l'insuccès de l'encadrement du cumul de sanctions. Un cumul dont la fréquence est enregistrée dans différentes branches du droit. De récentes décisions en droit administratif prononcées par des autorités administratives indépendantes telles que l'Autorité des marchés financiers¹⁶⁴² et l'autorité de la concurrence¹⁶⁴³ et en droit fiscal¹⁶⁴⁴ interpellent sur l'urgence de réfléchir sur les méthodes d'organisation du cumul aux fins d'articulation et aux différentes pistes d'amélioration de celle-ci. C'est pour ces raisons que des pistes retenues et même exclues ont été suggérées à cette fin. Il fallait absolument se garder de s'en tenir à l'encadrement définitivement infructueux du cumul des sanctions. A cet effet, l'articulation des autorités de poursuite et l'alternative des sanctions ont été écartées : Pour l'une de ces pistes, le champ est restreint et limité à quelques domaines répressifs et pour l'autre, la technicité qui l'entoure réduit considérablement son champ. L'amélioration vise des solutions uniformes et étendues à toute la matière répressive que ne représentent finalement pas ces pistes. A l'inverse, la voie de l'adoption d'un droit répressif nouveau ne pouvait qu'être privilégiée. La jurisprudence, la doctrine, aussi impliquées qu'elles soient dans cette question, ne peuvent incessamment

¹⁶⁴¹ G. KESTENBERG, « Le renforcement du cadre législatif européen des abus de marché : une révolution ou une évolution ? », *op. cit.*

¹⁶⁴² Conseil constitutionnel, 28 janvier 2022, n° 2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres [Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers]*.

¹⁶⁴³ Conseil constitutionnel, 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres [Sanction de l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de la concurrence]*.

¹⁶⁴⁴ Conseil constitutionnel, 8 avril 2022, n° 2022-988 QPC, *M. Roland B. [Cumul de poursuites et de sanctions en cas d'opposition à un contrôle fiscal]* ; Crim., 23 février 2022, pourvoi n° 21-81366, *Publié au Bulletin*.

substituer le législateur. La législation nécessitée en matière répressive extra-pénale, complétée par une politique répressive adaptée, représente une approche inhabituelle mais intéressante. Cela amène à proposer, en toute modestie, d'une part, une législation remplissant absolument des critères de lisibilité, de clarté et d'accessibilité qui manquent cruellement au droit répressif notamment extra-pénal en l'état. D'autre part, il fallait absolument proposer des articles dont les dispositions seraient favorables à l'interdépendance des sanctions. Ainsi, cette voie se présenterait davantage comme une piste crédible à l'articulation des sanctions.

CONCLUSION GÉNÉRALE

340. La question s'est posée de savoir si le cumul par pure répétition doit définitivement être l'aboutissement des rapports qui animent la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition, malgré le risque de violation des droits et libertés fondamentaux, alors même qu'une articulation est de plus en plus souhaitable ?

Selon nous, le cumul n'invite pas uniquement à distinguer la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition. Il amène à reconsidérer la conséquence de leurs rapports de distinction. L'enjeu aura donc été de déterminer les rapports de convergence et de divergence qui existent entre ces sanctions. Le but était qu'une meilleure connaissance d'elles puisse conduire à un aboutissement autre que la pure répétition de la même punition. Les réponses apportées à cette problématique sont soumises à une relation de cause à effet entre ces instruments concernés par la globalité du droit répressif. L'articulation des sanctions ne serait que la conséquence logique de la ressemblance ou de la dissemblance qui aurait été établie entre elles.

341. L'analyse des problèmes cités conduit à émettre un constat. Au sens de l'organisation du raisonnement, l'étude de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition ressort comme une occasion de distinguer leurs buts et leurs régimes.

Leur étude fut également une occasion de mettre réellement en œuvre leur articulation et de l'améliorer.

342. D'une part, il se révèle que la première sensation que couvre l'étude des sanctions tient, dans leur distinction, dans les rapports de convergence et de divergence qu'elles pourraient partager. Cette sensation, à bien y regarder, était évidente à cause du voisinage établi depuis des décennies entre ces deux instruments du droit répressif par la jurisprudence, par la doctrine pénaliste, mais également par les juristes des autres branches concernées du droit. Les résultats de ressemblance et de dissemblance des sanctions que nous fait connaître l'approche finaliste semble le confirmer. Un sentiment d'assurance semblerait naître du profond rapprochement des punitions grâce à leur finalité de répression. Ce sentiment s'activerait aussi avec la distinction des sanctions par la finalité de prévention générale malgré quelques nuances relevées au niveau

de certains domaines de répression. Toutefois, la finalité de prévention spéciale conduit dans le sens inverse leurs rapports et crée une dissemblance entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition.

L'approche finaliste, bien que profonde, ne suffit pas à apprécier totalement la distinction des sanctions : il reste également à en saisir les régimes des sanctions ayant le caractère d'une punition sous l'influence de celui de la sanction pénale. Cette approche nous fait prendre conscience que certes les organes prononçant les sanctions fonctionnent différemment. Toutefois, avec la progression de l'extension jurisprudentielle, les garanties et les contrôles sur contestation des sanctions réservent une cohérence qui se dessine dans les règles applicables. Ceci, même si l'application ne connaît pas une effectivité uniforme dans toute la matière répressive, selon la répression des fautes répréhensibles et des infractions pénales.

343. Par conséquent, il importait de mettre en exergue la ressemblance globale de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition. C'est cette ressemblance que cacherait la cohérence dans les règles applicables à la répression. Les personnes sanctionnées connaissent vraisemblablement le même type de souffrance. Alors pourquoi indéfiniment faire subir deux fois la même souffrance à un même individu pour les mêmes faits ? La distinction de la sanction pénale et des sanctions ayant le caractère d'une punition paraît donc être l'indéniable raison de leur articulation.

344. D'autre part, et subséquemment, semble se confirmer la nécessité de l'articulation des sanctions, malgré la faible constance des dispositifs mis en place par la jurisprudence. Cette nécessité résultant de l'agacement de la doctrine face à l'indépendance des sanctions qui nourrit sans cesse leur cumul, mais également par la réserve française à la règle *non bis in idem*. Cette réserve aurait, normalement, pu aider à régler les difficultés, face à l'insuffisance des règles d'encadrement du cumul. A l'opposé du premier aperçu de cette étude, la conséquence des rapports entre les sanctions connaît un défaut de réflexion élargie à toutes les branches du droit concernées par la répression. Cette conséquence problématique n'a alors cessé d'être confrontée à une jurisprudence abondante mais incohérente et à une utilisation tantôt camouflée du principe *non bis in idem*, tantôt de la réserve française. Ainsi, il en a résulté le besoin de passer à une réalisation de l'articulation des sanctions. Était ainsi posée la question de la mise en œuvre de l'interdépendance des sanctions, plutôt que d'un cumul toujours risqué pour la garantie des droits fondamentaux des personnes sanctionnées. Il semble certain, du point de vue d'une majorité d'auteurs, qu'en matière de répression, il y a trop de combinaisons injustifiées.

Cette vision avait besoin d'être confirmée. Ce qui imposait de procéder à la réflexion d'une mise en œuvre de l'articulation des sanctions. Pour ce faire, il était nécessaire de procéder à la réalisation de l'articulation.

En cela, l'évitement du cumul des sanctions n'est pas une tâche aisée lorsqu'on se retrouve dans un champ ouvert à toutes les punitions – pénales et extra-pénales – sans compter les spécificités portées par chaque domaine répressif. Répartir le contentieux pénal et extra-pénal de manière à prévenir le cumul des qualifications et le cumul des poursuites par des règles majoritairement jurisprudentielles n'empêche pas dans l'absolu des cas de cumuls inévitables. Cependant, cela ne paraissait pas être une fin en soi. Il fallait détecter un moyen de mieux organiser les cumuls inévitables de sanctions, en laissant plus de possibilités à l'articulation. Nous avons donc identifié deux grands moyens d'imposer une articulation des sanctions dans toute la matière répressive : la complémentarité des sanctions et la proportionnalité. Ces deux moyens d'articulation sont d'ailleurs intrinsèquement liés avec des critères proposés par la jurisprudence. Sans exagérer nos propos, l'étude combinée de la répression pénale et extra-pénale ne pourra plus désormais se passer de l'application du principe de proportionnalité favorable à la complémentarité des actions répressives pénales. Cependant, le critère de son application – la gravité des faits – manque de précision. De plus et comme tout principe de droit pénal élargi à la matière répressive, il ne connaît pas la même réception dans tous les domaines répressifs.

Ainsi, malgré les points positifs relevés, la recherche de solutions d'articulations uniformes s'est révélée indispensable. Il convient d'améliorer l'articulation des sanctions.

345. L'amélioration de l'articulation suppose d'agir à la phase opportune du déclenchement des poursuites. Ceci revient à déployer l'articulation des autorités de poursuite à toute la matière répressive tel qu'observé en matière administrative et en matière fiscale. L'alternative des poursuites viendrait normalement améliorer l'articulation. A notre étonnement, ces pistes ont montré leurs insuffisances ; à cause de leur champ limité et de la technicité que cela requiert. Toutefois, l'adoption d'un droit répressif nouveau a montré son caractère privilégié dans ce champ de répression assez vaste. Le besoin est si intense que certaines autorités sanctionnatrices elles-mêmes, sollicitent des réformes pour améliorer le régime répressif des sanctions qu'elles prononcent. Ce qui a été possible en matière fiscale ne peut-il pas s'appliquer aux autres domaines répressifs ? Rien ne peut, à l'évidence, substituer l'œuvre du législateur. Une législation remplissant absolument des critères de lisibilité, de clarté et d'accessibilité est un besoin du droit répressif notamment extra-pénal. Le critère d'accessibilité à ce nouveau droit

justifie d'ailleurs l'étude de la mise en œuvre d'une politique répressive extra-pénale basée sur la communication. L'incertitude de la double répression n'en sortira plus que neutralisée, pour laisser place à la prévisibilité puisque si nul n'est censé ignorer la loi, nul n'est également censé ignorer la double répression pour son seul et même fait. A ce propos, la crédibilité de l'articulation des sanctions n'est alors pas que l'affaire du juge. Le législateur n'articulera-t-il pas mieux les sanctions pénales et extra-pénales ? En ce sens, se pose la difficulté de légiférer par domaine répressif ou sur la globalité de la matière répressive extra-pénale. L'idée d'une réflexion sérieuse et « globale » de l'organisation de la répression atteste du besoin d'uniformisation de la répression, plus précisément du besoin d'harmonisation des techniques d'application de l'articulation des sanctions. Compte tenu de la diversification des sanctions ayant le caractère d'une punition et des particularités des domaines répressifs, le pari est loin d'être gagné.

ANNEXES

Liste des annexes :

Annexe 1 - CEDH, 10 février 2009, n° 14939/03, <i>Sergueï Zolotoukhine c/ Russie</i>	364
Annexe 2 - CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, <i>Grande Stevens et autres c/ Italie</i>	367
Annexe 3 - Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, <i>M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]</i>	369
Annexe 4 - Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décisions n° 2016-545 QPC, <i>M. Alec Wildenstein et autres [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]</i> et n° 2016-546 QPC, <i>M. Jérôme Cahuzac [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]</i>	372
Annexe 5- CEDH, 15 novembre 2016, n°s 24130/11 et 29758/11, <i>A. et B c/ Norvège</i>	375

Annexe 1 –

CEDH, 10 février 2009, n° 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*.

Dans cette décision rendue le 10 février 2009 par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, a été reconnu le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, en vertu de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Dans cette affaire, le requérant, après avoir amené son amie dans un quartier militaire sans autorisation, fut arrêté et condamné pour insolence, usage de termes obscènes et tentative de fuite. A donc été prononcé contre lui, pour ces faits, une condamnation administrative pour « actes perturbateurs mineurs » en vertu de l'article 158 du code des infractions administratives. Pour les mêmes faits, cette condamnation fut suivie de poursuites pénales pour « actes perturbateurs » réprimés par le Code pénal (articles 213, 318 et 319). La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme fut saisie par le gouvernement russe, après que la Chambre ait retenu qu'il y avait eu violation de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7. Pour la Grande Chambre qui a donné son approbation aux juges de la Chambre, la procédure initialement engagée contre le requérant, bien que qualifiée d'administrative en droit interne, doit s'analyser en une procédure pénale. Et ceci pour plusieurs raisons dont la nature de l'infraction d'« actes perturbateurs mineurs » et la gravité de la peine.

Elle confirma qu'il y a eu une répétition de poursuites puisque la condamnation à trois jours de détention dans le cadre de la procédure « administrative » doit s'analyser en une décision définitive. Elle conclut que les poursuites engagées contre le requérant en application de l'article 213 du code pénal concernaient essentiellement la même infraction que celle pour laquelle l'intéressé avait déjà été condamné par une décision définitive en vertu de l'article 158 du code des infractions administratives.

Cette jurisprudence de 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme a comblé le besoin de contester la double punition, compte tenu du caractère punitif excessif que contient ce type de répression et qu'a toujours ouvertement critiqué la doctrine. En effet, dès cet arrêt *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*¹⁶⁴⁵, à la suite d'une remise en cause du cumul des sanctions fondée sur le principe non bis in idem¹⁶⁴⁶, le champ de validation du cumul des sanctions a véritablement

¹⁶⁴⁵ CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹⁶⁴⁶ Voy., *supra*, n° 248.

été limité. La Cour européenne des droits de l'homme confirma cette position en 2014¹⁶⁴⁷ en invalidant cette fois-ci la réserve italienne à non bis in idem.

Véritable source d'incohérence, l'indépendance des poursuites à l'origine du cumul des sanctions est une situation complexe. La fréquence des revirements et réajustements de la jurisprudence européenne et interne le démontre bien. A ce propos, par la présente décision, la Grande Chambre de la Cour qui a été confrontée à la remise en cause de l'article 4 du Protocole n° 7 avait dû définir plus précisément sa portée. L'interdiction de doubles poursuites consacrée par cet article « entre en jeu lorsque de nouvelles poursuites sont engagées et que la décision antérieure d'acquittement ou de condamnation est déjà passée en force de chose jugée »¹⁶⁴⁸.

Cette jurisprudence est reconnue pour son interprétation *garantiste* de la règle du non-cumul¹⁶⁴⁹ confirmée dans l'arrêt *Grande Stevens contre Italie* de 2014¹⁶⁵⁰. C'est d'ailleurs l'une des principales raisons pour lesquelles, lorsque le Conseil constitutionnel faisait régner sur le plan interne, par ses décisions du 24 juin 2016, son mécanisme de complémentarité des procédures nécessité par l'articulation des sanctions, des craintes se sont élevées. Ces sentiments d'inquiétude émis sur la légitimité de ce mécanisme face au droit européen étaient alors justifiés.

Toutefois, la Cour, par son arrêt *A. et B. c/ Norvège* en 2016¹⁶⁵¹ a autorisé les Etats à adopter des réponses juridiques *parallèles, mixtes et complémentaires*, en termes de double poursuite. Si les critères définis par elle, à cet effet, ne sont pas remplis, le cumul de sanctions est alors déclaré contraire à la règle *non bis in idem*. Il s'agit clairement d'un adoucissement de la jurisprudence *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie* de 2009¹⁶⁵² dont la portée « garantiste » du principe de non-cumul se trouve par conséquent limitée aujourd'hui.

Également, en matière d'appréciation de la notion de « matière pénale », le passage des critères de la jurisprudence « *Engel* »¹⁶⁵³ au critère du caractère infamant de la procédure répressive non pénale créé une cassure de cette notion telle que présentée autrefois dans le présent arrêt *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*. Même si les critères de la jurisprudence *Engel* n'ont pas été complètement abandonnés, pour la Cour, le critère du caractère infamant permettrait de

¹⁶⁴⁷ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁶⁴⁸ CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹⁶⁴⁹ Article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention.

¹⁶⁵⁰ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁶⁵¹ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

¹⁶⁵² CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹⁶⁵³ CEDH, 8 juin 1976, *préc.*

distinguer la matière pénale relevant du *noyau dur du droit pénal* et la matière pénale ne pouvant y entrer et pouvant par conséquent se cumuler avec la procédure pénale.

Annexe 2 –

CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et autres c/ Italie*.

Dans cette décision *Grande Stevens et autres c/ Italie* rendue le 4 mars 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme a été reconnu le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, en vertu de l'article du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. A également été appliqué l'article 6 de la Convention.

Pour les mêmes faits, les requérants ont fait l'objet de sanctions administratives et d'une procédure pénale. Le gouvernement italien met en avant la réserve relative à l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention selon laquelle l'interdiction du cumul prévu à l'article 4 ne s'applique qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées de pénales par la loi italienne.

La Cour européenne, en évoquant sa décision *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, a déclaré que les sanctions administratives en jeu étaient susceptibles, aux fins de l'application de la Convention, de se voir qualifiées de sanctions pénales. Elle a, de ce fait, invalidé la réserve italienne à *non bis in idem*, en confirmant sa position adoptée dans l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*¹⁶⁵⁴, à la suite d'une remise en cause du cumul des sanctions fondée sur le principe *non bis in idem*¹⁶⁵⁵. Quoique semblable à la réserve italienne¹⁶⁵⁶ invalidée, la réserve française autorisant le cumul des sanctions répressives mixtes – pénales et extra pénales n'a pas été invalidée par la Cour européenne des droits de l'homme.

La présente décision a le mérite d'avoir abordé la problématique du caractère « pénal » de la première sanction devenue définitive. Rappelons que cette démonstration du caractère « pénal » d'une sanction devenue définitive a permis à la Cour de justice de l'Union européenne dans une décision du 26 février 2013 d'interdire exceptionnellement la seconde poursuite¹⁶⁵⁷. Cette même qualification « pénale » a permis en 2014 à la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶⁵⁸ de constater la violation du principe *non bis in idem* et donc d'interdire la pluralité de poursuites et de sanctions pénales et administratives. En s'inspirant de la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne, elle a requalifié des sanctions administratives en « mesures pénales » entrant dans le champ de la matière pénale visée par l'article 6 de la Convention européenne.

¹⁶⁵⁴ CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹⁶⁵⁵ Voy., *supra*, n° 248.

¹⁶⁵⁶ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁶⁵⁷ CJUE, 26 février 2013, n° C-617/10.

¹⁶⁵⁸ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

C'est d'ailleurs à la suite de cette décision de la Cour européenne considérée, selon certains, comme « une pression de la CEDH »¹⁶⁵⁹ que le Conseil constitutionnel, par son historique décision du 18 mars 2015¹⁶⁶⁰, a incité le législateur vers le vote de la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché. Ce fut la consécration du principe d'aiguillage des dossiers interdisant le cumul de procédures pénales et administratives.

Malgré l'interprétation *garantiste* de la règle du non-cumul¹⁶⁶¹ dans l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie* de 2009¹⁶⁶², confirmée dans le présent arrêt *Grande Stevens c/ Italie* de 2014¹⁶⁶³, le Conseil constitutionnel a opté par la suite pour un mécanisme de complémentarité des procédures nécessité par l'articulation des sanctions, par ses décisions en date du 24 juin 2016¹⁶⁶⁴. Par ces décisions, la Cour européenne des droits de l'homme pour encadrer le cumul des sanctions pénales et fiscales grâce à l'exigence de proportionnalité a opté pour un mécanisme de compensation. De notre point de vue, c'est particulier parce que la Cour adhère aujourd'hui à une proposition de proportionnalité qu'elle rejetait encore en 2014¹⁶⁶⁵. A l'époque, pour assurer la proportionnalité, le gouvernement italien avançait pourtant que « le montant de l'amende administrative avait été déduite de la sanction pénale ». Il s'agit d'une méthode de déduction de sanctions.

Au même titre que l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, l'arrêt *Grande Stevens*¹⁶⁶⁶ a également connu une cassure de la notion de matière pénale. Les garanties pénales de l'article 6 de la Convention dont le non-cumul ne peuvent donc s'appliquer dans toute leur vigueur à une accusation pénale dépourvue de caractère infamant¹⁶⁶⁷. Dans l'arrêt *Grande Stevens*¹⁶⁶⁸, la Cour avait relevé le caractère *infamant* des sanctions. Ce qui signifie que le caractère *infamant* est lié aux sanctions applicables à l'infraction alors que dans la plupart des cas où il est utilisé, il est lié à la nature même du comportement. Ce sont souvent les cas de meurtre, de corruption, d'abus sexuel ou de torture¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁵⁹ F. DRUMMOND, « La décision de la CEDH du 4 mars 2014 et la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 et leurs conséquences », *BJB*, n° 02, mars 2017, p. 162.

¹⁶⁶⁰ H. Le NABASQUE, « L'audace du Conseil constitutionnel, À propos de la règle *non bis in idem* », *op. cit.* ; Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹⁶⁶¹ Article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention.

¹⁶⁶² CEDH, 10 février 2009, *préc.*

¹⁶⁶³ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁶⁶⁴ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

¹⁶⁶⁵ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁶⁶⁶ CEDH, 10 février 2009, *préc.* ; CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁶⁶⁷ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*, § 43.

¹⁶⁶⁸ CEDH, 4 mars 2014, *préc.*

¹⁶⁶⁹ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, § 167, série A n° 25 ; CEDH, 25 septembre 1997, *Aydın c. Turquie*, §§ 83-84 et 86, Recueil 1997-VI ; CEDH, 28 juillet 1999, n° 25803/94, *Selmouni c. France*, § 74.

Annexe 3 –

Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié].

Par sa jurisprudence en date du 18 mars 2015¹⁶⁷⁰, le Conseil constitutionnel a interdit les doubles poursuites et sanctions d'un même comportement sous les qualifications de délit et de manquement d'initié. Il a jugé que l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier relatif au délit d'initié réprimé par le juge pénal, et l'article L. 621-15 du même code relatif au manquement d'initié réprimé par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF) sont contraires à la constitution. N'étant pas de nature différente en application de corps de règles distincts, le cumul de poursuites et de sanctions ne pouvait être validé surtout que l'application de ces textes méconnaît le principe de nécessité des délits et des peines¹⁶⁷¹. C'est l'une des décisions à l'origine de la remise en cause constitutionnelle du cumul.

Malgré le caractère historique de cette décision, elle manque cependant de précision à l'égard des particularités de la finalité des sanctions administratives en fonction des nuances apportées par domaine, de la particularité de leur rétribution et des sanctions pécuniaires. Peut-être aurait-on été plus fixé si par l'occasion créée par la décision historique du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel avait prêté attention à l'identité des finalités poursuivies des sanctions pénales et administratives boursières avant de déclarer l'identité de leur nature¹⁶⁷².

D'ailleurs, ce manque de précision sur la proximité des sanctions en fonction de leur finalité répressive conforte la Cour de cassation en matière de sanctions disciplinaires des notaires¹⁶⁷³. Elle affirme souvent la validation du cumul des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales appliquées pour les mêmes faits, par une différence de finalité, de nature et de sévérité des sanctions¹⁶⁷⁴. Ceci lui permet de ne pas appliquer *non bis in idem*, sans pour autant aller à l'encontre de la décision du 18 mars 2015 interdisant le cumul des sanctions pénales et administratives, à cause de l'absence d'une différence de leur nature.

¹⁶⁷⁰ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹⁶⁷¹ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁶⁷² Voy., H. MATSOPOULOU, « La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et délit d'initié », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 380, note Conseil Constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*

¹⁶⁷³ Matière régie par l'ordonnance de 1945 relative à la discipline des notaires

¹⁶⁷⁴ Crim., 10 janvier 2017, pourvoi n° 15-85.519, *Publié au bulletin* ; note A. SEÏD ALGADI, « *Non bis in idem* : admission du cumul de la sanction de placement en cellule disciplinaire avec celle de retrait d'un crédit de réduction de peine », *Quotidien*, janvier 2017 ; Crim., 9 avr. 2015, *préc.* ; Crim., 19 février 2014, pourvoi n° 12-87558, *Inédit* ; Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2004, pourvoi n° 02-17903, *Inédit.* ; Civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, pourvoi n° 12-87558, *Bull. civ.*, n° 85.

Pourtant, une analyse approfondie et un réexamen de cette interprétation nécessités par le « tremblement de terre »¹⁶⁷⁵ de la décision du 18 mars 2015 ont démontré que la différence de nature des sanctions pénales et disciplinaires n'était que faible.

Cette décision du 18 mars 2015, en dépit de ses insuffisances, a quand même permis au Conseil constitutionnel d'imposer au législateur français de *prévenir légalement le cumul*¹⁶⁷⁶ en matière d'infractions d'initié. Par la pression imposée par le juge constitutionnel, le législateur n'a pas eu le choix que de reformer le système de répression des abus de marché. À la suite d'un processus accéléré¹⁶⁷⁷, la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché a été votée. Cette loi a mis en place un régime nouveau de répression en la matière. Toutefois, elle a également redéfini les incriminations pénales en matière d'abus de marché¹⁶⁷⁸ et a renforcé le niveau de répression des peines d'emprisonnement et des amendes.

Une collaboration entre l'autorité des marchés financiers et le procureur de la République financier fut dument consacrée par la loi du 21 juin 2016 nécessitant que l'autorité des marchés financiers soit informée de toute intention de mise en mouvement de l'action publique. En parallèle, cette dernière doit notifier ses griefs au parquet financier dans un délai de deux mois. Cette nouveauté est le système d'aiguillage dont l'utilité¹⁶⁷⁹ dans son champ d'application relatif aux abus de marché et dans la matière répressive a été largement discutée.

Cette jurisprudence de 2015 instaurant l'interdiction du cumul de sanctions administratives et pénales en matière administrative boursière n'a, en effet, créé qu'une évolution législative contrainte du droit interne car elle est contradictoire avec la réalité du système juridique. C'est pourquoi, lorsqu'il a été confronté une nouvelle fois en 2016, à la question de pluralité de poursuites découlant de plusieurs réseaux répressifs – pénal et fiscal. Il a dû faire face à la *réserve d'interprétation*¹⁶⁸⁰ formulée par la France sur le principe *non bis in idem*. A partir des affaires *Cahuzac*¹⁶⁸¹ et *Wildenstein*¹⁶⁸², le Conseil constitutionnel a émis des réserves

¹⁶⁷⁵ Voy., *supra*, n° 37.

¹⁶⁷⁶ La loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, réformant le système de répression des abus de marché : JORF n° 0144, 22 juin 2016 : *BJB*, juillet 2016, p. 323, note Conac P.-H. ; E. DEZEUZE, « Vade retro, ne bis in idem », *BJB*, n° 01, 1^{er} janvier 2018, p. 10.

¹⁶⁷⁷ V. TECHENE, « Réforme du système de répression des abus de marché », *Hebdo édition affaires*, juillet 2016, n° 473.

¹⁶⁷⁸ Article 1^{er} de la loi du 21 juin 2016 ; A. PERON, Pour l'AMF : « La bouilloire est pleine », *Hebdo édition affaires*, septembre 2019, n° 607.

¹⁶⁷⁹ T. BONNEAU, « Le système de l'aiguillage, une réforme inutile ? », *BJB*, 1^{er} mai 2018, n° 03, p. 129 ; T. BONNEAU, « Aiguillage et déraillement », *BJB*, n° 07-08, 1^{er} juillet 2016, p. 297.

¹⁶⁸⁰ Le principe européen *non bis in idem* qui, rappelons-le en droit français, compte tenue de la réserve à l'article 4 du protocole n° 7 précitée, n'est applicable qu'en matière pénale.

¹⁶⁸¹ Conseil constitutionnel, 24 juin, *préc.*

¹⁶⁸² *Idem*.

d'interprétations¹⁶⁸³. Le but était que la conformité du système répressif de cumul aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines soit maintenue¹⁶⁸⁴. Alors même que d'après sa jurisprudence du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel avait imposé quatre conditions pour vérifier s'il y a violation du principe de nécessité « les sanctions doivent réprimer les mêmes faits, ne pas être d'une nature différente et relever du même ordre de juridiction et les intérêts sociaux protégés doivent être les mêmes »¹⁶⁸⁵.

Ces conditions sont difficiles à déterminer sur le plan interne. D'ailleurs, aux lendemains de la décision symbolique du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015, c'est-à-dire dans sa décision du 9 avril 2015, la Cour de cassation avait déjà évoqué en matière disciplinaire, la *différence de nature* pour écarter l'application de la règle *non bis in idem* et autoriser le cumul des sanctions pénales et disciplinaires¹⁶⁸⁶.

Il y a, en réalité, une absence de règles propices à l'uniformisation de la répression. L'interdiction du cumul des sanctions instaurée par la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 et consacrée par la loi de 2016 précitée ne s'étend pas à toute la matière répressive.

¹⁶⁸³ Ces réserves seront élargies à plusieurs matières Conseil constitutionnel, 24 juin, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 22 juillet 2016, *préc.* ; Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc.*

¹⁶⁸⁴ La première réserve prohibe une condamnation pénale en cas de décharge définitive de l'impôt par le juge fiscal pour un motif de fond. La deuxième limite l'application de la loi pénale aux cas les plus graves et la troisième fixe une exigence de proportionnalité du cumul des sanctions. Nous avons déjà étudié la première réserve en étudiant la réception de la chose jugée (Voy., *infra*, n^{os} 253 et s.).

¹⁶⁸⁵ Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, *préc.*, considérant n^o 7 ; Précisions que la dernière condition fut abandonnée plus tard par le Conseil constitutionnel : Conseil constitutionnel, 30 septembre 2016, *préc.*

¹⁶⁸⁶ Crim., 09 avril 2015, pourvoi n^o 14-87.660, *Bull. crim.*, n^o 76

Annexe 4 –

Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décisions n° 2016-545 QPC, *M. Alec Wildenstein et autres* [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale] et n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme Cahuzac* [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale].

Les deux arrêts du 24 juin 2016 traitent des pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale. Deux contribuables, ayant soulevé une question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale ont évoqué que les sanctions administratives et pénales s'appliquent non seulement aux mêmes faits, mais protègent les mêmes intérêts sociaux. Ils avancent qu'elles sont d'une sévérité et d'une nature équivalente et relèvent d'ordres juridiques différents. Ces quatre critères avaient été posés quelques temps avant par le Conseil constitutionnel pour rejeter le cumul de sanctions dans sa décision du 18 mars 2015. Les deux contribuables avaient cru pouvoir faire annuler le cumul de sanctions en s'appuyant sur ces quatre critères.

Le Conseil constitutionnel, cependant, écarte sa propre jurisprudence, rend sa décision en leur défaveur et valide le cumul de sanctions pénales¹⁶⁸⁷ et fiscales sous l'application respective des articles 1741 et 1729 du Code général des impôts. Après avoir analysé séparément ces sanctions, le Conseil constitutionnel ressort les objectifs poursuivis par chacune d'elles. D'un côté, les sanctions pécuniaires infligées par l'Administration fiscale visent à garantir la perception de la contribution commune et à préserver les intérêts financiers de l'État. De l'autre côté, les poursuites pénales ont un caractère public qui leur confère une exemplarité et une portée dissuasive supplémentaire pour l'ensemble des personnes susceptibles de manquer frauduleusement à leurs obligations fiscales. Il en ressort de part et d'autre un recouvrement de la nécessaire contribution publique et un objectif de lutte contre la fraude fiscale. La ressemblance des finalités – répressive et dissuasive – a poussé le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2016-545 QPC, *M. Alec Wildenstein et autres* et n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme Cahuzac* à utiliser de manière cumulée ces sanctions. En plus, les sanctions fiscales visées sont avant tout des sanctions fiscales punitives¹⁶⁸⁸ ; donc dotées de leur propre finalité préventive à l'image de celle de la sanction pénale¹⁶⁸⁹. Et c'est pour atteindre ces objectifs que le Conseil

¹⁶⁸⁷ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérants n° 10 et 12.

¹⁶⁸⁸ C. SOURZAT, « Essai d'une analyse des rapports entre procédures fiscale et pénale », *op. cit.*

¹⁶⁸⁹ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, *préc.*

constitutionnel déclare l'engagement de « procédures complémentaires » dans les cas de fraudes les plus graves »¹⁶⁹⁰.

Ainsi, ce cumul des sanctions basé sur la complémentarité des procédures est conditionné. Le Conseil constitutionnel émet trois réserves. Premièrement, le respect de l'autorité de la chose jugée au fiscal sur le pénal. Le cumul est ainsi autorisé, les procédures étant « complémentaires » et non distinctes. Deuxièmement, ce cumul par complémentarité doit se faire en application du principe de nécessité. Ce qui incombe de ne cumuler que pour les cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt¹⁶⁹¹. En ressort la question de l'appréciation de la gravité » des fautes¹⁶⁹².

Le critère de distinction des faits – pénal et extra pénal – fondé sur la gravité est nécessaire en matière fiscale. A défaut, le juge pénal est tenu de relaxer le prévenu¹⁶⁹³. La décision du 11 septembre 2019 de la Cour de cassation montre d'ailleurs à quel point le critère de gravité doit être considéré avec rigueur.

Troisièmement, le montant global des sanctions pénales et administratives ne doit pas excéder le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues¹⁶⁹⁴. C'est l'application du principe de proportionnalité par plafonnement du montant des sanctions cumulées¹⁶⁹⁵. Ce fut un alignement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a rejeté des procédures pénales et fiscales indépendantes¹⁶⁹⁶. Mais le moins qu'on puisse dire sur cette déclaration du cumul des sanctions par complémentarité des procédures est qu'elle est basée sur une démonstration qui bien que sinieuse, était nécessaire pour développer l'articulation des sanctions. De cette jurisprudence ressortent essentiellement deux exigences : l'exigence de complémentarité des procédures issues de deux réseaux répressifs différents et l'exigence de proportionnalité des sanctions cumulées.

Certes, la décision du 18 mars 2015 du Conseil constitutionnel a interdit le cumul de poursuites et de sanctions pour un même comportement sous les qualifications de délit et de manquement d'initié¹⁶⁹⁷. Toutefois, la concrétisation subséquente de la limitation du cumul par

¹⁶⁹⁰ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 20.

¹⁶⁹¹ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 21.

¹⁶⁹² P. JAN, F. JUREDIEU, J.-E. GICQUEL, V. TELLIER-CAYROL, « Chronique QPC (Janvier - juin 2016) (2ème partie) – la jurisprudence – Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale », *LPA*, n° 042, 28 février 2017, p. 5.

¹⁶⁹³ Crim., 11 septembre 2019, pourvoi, n° 18-81067, note n° 36, *Publié au bulletin*.

¹⁶⁹⁴ Considérant n° 24 QPC n° 546, et considérant n° 8 QPC n° 545.

¹⁶⁹⁵ Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, *préc.*, considérant n° 22

¹⁶⁹⁶ CEDH, 27 janv. 2015, n° 17039/13, *Rinas c/ Finlande*, § 54.

¹⁶⁹⁷ *Idem*.

le législateur par la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 sur les abus de marché, avait non seulement un champ d'application limité – limité aux abus de marché – mais encore elle ne permettait pas directement d'articuler les sanctions. Le juge constitutionnel a instauré en instaurant une méthode de limitation du cumul permettant d'agir directement à l'étape de la répression pour articuler les sanctions. En effet, par ses deux décisions *Wildenstein*¹⁶⁹⁸ et *Cahuzac*¹⁶⁹⁹ rendues le même jour en matière répressive fiscale, le Conseil constitutionnel a pu établir qu'un contribuable auteur de fautes graves peut faire l'objet « de procédures complémentaires et de sanctions proportionnées »¹⁷⁰⁰. Comme relevé ci-dessus l'appréciation de la réserve de gravité conditionne l'application de la complémentarité des procédures. Comment apprécie-t-on alors cette gravité ?

Si le législateur reste silencieux sur la question, la Cour de cassation, non plus, n'a pas fait progresser les choses, lorsqu'elle en a eu l'occasion. Cette dernière fut confrontée à la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « Les dispositions prévues par les articles 1729 et 1741 du code général des impôts ainsi qu'elles ont été interprétées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions en date du 24 juin 2016 (n°s 2016-545 QPC et 2016-546 QPC) portent-elles atteinte à l'article 34 de la Constitution ou au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines dès lors que le législateur s'est abstenu de définir les critères permettant d'identifier les cas les plus graves de fraude fiscale ? »¹⁷⁰¹. La Cour de cassation a cependant refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Par conséquent, le caractère louable des décisions du Conseil constitutionnel du 24 juin 2016 en matière d'articulation des sanctions est entaché par le manque d'éclaircissement de la condition de « gravité ».

¹⁶⁹⁸ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*

¹⁶⁹⁹ *Idem.*

¹⁷⁰⁰ Conseil constitutionnel, 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, *préc.*, considérant n° 22.

¹⁷⁰¹ Crim, 6 mars 2019, pourvoi n° 18-90.035.

Annexe 5 -

CEDH, 15 novembre 2016, n^{os} 24130/11 et 29758/11, A. et B c/ Norvège.

Dans sa décision du 15 novembre 2016, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a décidé de la non-violation de l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, lorsque deux contribuables ont été poursuivis et sanctionnés administrativement et pénalement pour une même infraction constitutive de fraude fiscale.

En 2016, il y a une tendance jurisprudentielle désireuse de penser une interdépendance des sanctions plutôt que de maintenir une indépendance. Ceci est d'ailleurs confirmé dans la décision du 15 novembre 2016¹⁷⁰² de la Cour européenne qui propose une complémentarité¹⁷⁰³ des poursuites, tout comme le Conseil constitutionnel¹⁷⁰⁴ pour limiter le cumul des sanctions et favoriser leur articulation. La Cour a comme saisi l'opportunité¹⁷⁰⁵ à agir en faveur d'une prévention du cumul des répressions dès l'étape des poursuites. Bien que le terme « cumul » n'a pas été défini juridiquement¹⁷⁰⁶, il a été explicitement utilisé par la jurisprudence du 15 novembre 2016¹⁷⁰⁷.

Le plus intéressant ici est que de cette jurisprudence¹⁷⁰⁸ ressortent essentiellement deux exigences, évoqués également dans les deux décisions du 24 juin 2016 : Premièrement sur l'exigence de complémentarité des procédures, la jurisprudence européenne nous éclaire, à l'image de la jurisprudence constitutionnelle. Cette exigence permettrait de ne pas aboutir à l'engagement de poursuites différentes. La complémentarité est alors considérée comme une combinaison des procédures. Cette modalité d'encadrement du cumul serait tout à fait conforme à l'article 4 du protocole n° 7 car la répétition (*bis*) serait évitée pour les mêmes faits (*idem*). Deuxièmement, l'exigence de proportionnalité a été adoptée unanimement par la jurisprudence

¹⁷⁰² CEDH, 15 novembre 2016, n^{os} 24130/11 et 29758/11, A. et B c/ Norvège.

¹⁷⁰³ *Idem*.

¹⁷⁰⁴ Dans sa décision rendue en date du 23 novembre 2018, le Conseil constitutionnel opte pour la complémentarité des procédures en considérant que les finalités des procédures pénale et fiscale créent cette continuité dans la sanction de la fraude fiscale (Conseil constitutionnel, 23 novembre 2018, *préc*).

¹⁷⁰⁵ Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « s'agissant de faits punissables aussi bien sur le terrain du droit pénal que sur celui du droit administratif, la manière la plus sûre de veiller au respect de l'article 4 du Protocole n° 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau ... » (CEDH, 15 novembre 2016, *préc*).

¹⁷⁰⁶ L. NARDARI, *Le cumul des sanctions*, thèse, 13 novembre 2020, Toulouse, p. 13.

¹⁷⁰⁷ CEDH, 15 novembre 2016, n^{os} 24130/11 et 29758/11, A. et B c/ Norvège, §112.

¹⁷⁰⁸ CEDH, 15 novembre 2016, *préc*.

en termes d'articulation des sanctions. Garantie de la sanction pénale élargie à la matière répressive, la proportionnalité permet aussi d'éviter des sanctions cumulées excessivement.

Les dispositions de l'article 4 de la Convention interdisant le cumul de poursuites et de sanctions pour les mêmes faits, n'excluent pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, du moment où certaines conditions sont remplies. En effet, il doit alors être démontré que les procédures se combinent au point de pouvoir intégrer un tout cohérent, par un lien matériel et un lien temporel. Les moyens utilisés pour y parvenir ainsi que les finalités poursuivies doivent être complémentaires avec un lien temporel. Pour établir cette combinaison, les Etats défendeurs ont désormais du pain sur la planche. Matériellement, le lien entre les procédures n'est établi que si toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des preuves a été évité entre les diverses autorités compétentes. Temporellement, le lien entre les procédures combinées doit vouloir dire que celles-ci ne s'étalent pas trop dans le temps. Toute lenteur entre les procédures combinées doit être justifiée.

Depuis cette jurisprudence *A et B. c/ Norvège* du 15 novembre 2016, la résistance de la réserve française¹⁷⁰⁹ à la règle *non bis in idem* fait, en parallèle, davantage débat. En effet, dans cette décision, la Cour a rappelé que « les réserves formulées par l'Autriche et l'Italie ont été jugées non valables [...] contrairement à la réserve émise par la France »¹⁷¹⁰. Dans l'arrêt *Goktan c/ France*, la réserve française a alors implicitement été validée par la Cour européenne des droits de l'homme. Il constitue le caractère implicite de cette validation qui est à l'origine du débat.

La justification de la complémentarité des procédures par la Cour européenne dans son arrêt *A et B c/ Norvège* du 15 novembre 2016¹⁷¹¹ est, par ailleurs, fondée sur la distinction entre la matière pénale appartenant au noyau dur du droit pénal et la matière pénale n'y appartenant pas. Ce qui n'est pas contradictoire avec son affirmation selon laquelle « la manière la plus sûre de veiller au respect de l'article 4 du Protocole n° 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau, permettant la réunion des branches parallèles du régime légal régissant l'activité en cause, de façon à satisfaire dans le cadre d'un seul et même processus aux différents impératifs poursuivis par la société dans sa réaction face à

¹⁷⁰⁹ En vertu de cette réserve, d'ailleurs formulée par plusieurs autres Etats comme l'Italie, l'Autriche, la règle *non bis in idem* ne peut concerner que les sanctions qualifiées de pénales, au sens du droit interne.

¹⁷¹⁰ Cf., respectivement CEDH, 23 octobre 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*, § 5, série An° 328-C et CEDH, 4 mars 2014, *préc.*, §§ 204-211, contrairement à la réserve émise par la France [CEDH, 2 juillet 2002, n° 33402/96, *Goktan C/ France*, § 21.

¹⁷¹¹ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

l'infraction »¹⁷¹². C'est l'unicité de l'action répressive qui est prioritairement encouragée. Cette voie est peut-être plus adaptable à l'étape des poursuites.

Par ailleurs, en termes d'apports faits par cette jurisprudence, elle a contribué à la détermination des fautes fiscales punissables en allant jusqu'à utiliser l'expression de légalité des « infractions fiscales »¹⁷¹³ bien que l'adaptation de ce principe aux fautes fiscales punissables s'avère compliquée.

Néanmoins, la question qui naît de cette jurisprudence favorable à l'articulation des sanctions est celle de l'uniformisation des techniques développées par elle dans toute la matière répressive et au-delà de la matière fiscale.

¹⁷¹² CEDH, 15 novembre 2016, *préc.*

¹⁷¹³ CEDH, 15 novembre 2016, *préc.* ; Crim., 09 avril 2015, pourvoi n° 14-87.660, *Bull. crim.*, n° 76.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe –
- Les développements principaux sont indiqués en gras –

A

Abus de marché : 38, 91, **246**, 252 et s., **262 et s.**, 289 et s., 299, **301 et s.**

Aiguillage (principe d') : 255, **262 et s.**, 299, 301, **304**.

Alternative des sanctions (principe de) : 241, **299, 313 et s.**, 337 et s.

Amende civile : 23, 27, **75**, 99, **133, 140**, 158, 163, **177**, 205, 254.

Amende fiscale : **16, 17**.

Articulation : 41, 328 et s., **241**, 265, **271 et s.**, 303, 309.

- collaboration des autorités de poursuite : 38.
- complémentarité des procédures : v° *Complémentarité des procédures*
- des poursuites : 247, 327.
- des qualifications : 325.
- des sanctions : 1, 39, 199, 248, **264 et s.**, 281, 283 et s., 289 et s., 291 et s., **298 et s.**, 303.
- lien matériel et temporel entre les procédures : 273, 276, 281.
- prévention procédurale : 255.
- prévention substantielle : 249, 252 et s., 255.
- proportionnalité des sanctions : 214, 217, **266, 281 et s.**, 285, **293**.

Autonomie des sanctions : 241, 245, 246, 254.

Autorité : 4, 8, 11, 16, 19, 73, 88.

- administrative : 17 et s., 22 et s., 35, 51, 84 et s., 126, 142, 161 et s., 194 et s., 214 et s.
- de jugement : 122.
- de poursuite : 142, 145, 246.
- disciplinaire : **65, 204**, 245.
- institutionnelle : 145, 148 et s.
- judiciaire : 18, **119 et s.**, 138, 206, 262.
- juridictionnelle : 15, 123.
- répressive : 13, 126 et s., 133, 148, 189 et s., 198 et s., 205 et s., 258.
- sanctionnatrice : 17, 22 et s., 37 et s., 41, 145, 149, 158, 184.
- de la chose jugée : **244, 246, 254 et s.**, **258 et s.**, 281, 297.

Autorités administratives indépendantes : 19, 23 et s., 121 et s., 149, 155, 191, 227, 327.

- Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles : 142.
- Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : 91, 182, 198.
- Autorité de la concurrence : 23, 51, 86, 144, 188, 198, 212.
- Autorité de régulation : 18 et s., 137.
- Autorité de régulation des marchés : 38, 188.
- Autorité des communications électroniques, de l'audiovisuel et de la poste : 149.
- Autorité des marchés financiers : 48, 82, 87, 89 et s., 126, 132, 181 et s., 203, 226, 246, 293, 301 et s., 334.

C

Caractères de la peine : 12.

Commission des opérations de bourse : 43, 132, 174, 189, 194, 262, 197.

Complémentarité des procédures : 37, 264 et s., 270 et s.

Compliance : 317.

Constitution de partie civile : 135 et s., 138 et s.

Contentieux : 26, 127, 143, 174, 185, 192, 203 et s., 229 et s., 249 et s., 264, 333.

Contestation des sanctions : 18, 116, 207, 342.

Contrôle : v° *contestation*.

- intensité : 41, 49 et s., 112, 207 et s., 221, 230 et s., 246 et s., 313.
- juge administratif : 18, 51, 207, 210 et s., 226 et s., 235 et s.
- juge constitutionnel : 33 et s., 150 et s., 202 et s., 215 et s., 220 et s., 250, 266.
- juge européen : 215 et s., 220 et s.
- juge de plein contentieux : 207, 212, 229, 235 et s.
- dans le sens horizontal : 218, 220, 222 et s., 225, 218, 235
- dans le sens le plan vertical : 221, 238.
- vitesse : 207, 237, 239.

D

Dépénalisation : 19, 23, 34, 57.

Déséquilibre significatif : 27, 140, 158, 177.

Direction générale des finances publiques : 211, 332.

Direction nationale des enquêtes fiscales : 147.

Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités : 211.

Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) : 332.

Distinction des fautes pénales et extra-pénales : 32, 33 et s.

Distinction organique : 123, **128, 149**, 251.

- fonction de jugement : 124, 129.
- fonction de poursuite : 129, 253.
- fonction d'instruction : 129, **146, 148**.
- séparation des fonctions (principe de) : 132, 148, 186, **188**, 205.

Diversité des autorités sanctionnatrices : 23, *v° Autorité, v° Autorités administratives indépendantes*.

Diversité des domaines : 23.

- domaine administratif répressif : 25.
- domaine civil : 175, 133.
- domaine disciplinaire : 23, 156.
- domaine fiscal : 23, 268.
- droit pénal : 5 et s., **11 et s., 40 et s.**, 47, 52 et s., 106 et s., 169 et s., 188 et s.
- matière pénale : *v° matière pénale*.

Droit répressif : 30 et s., 38 et s., 108 et s., 150 et s., 155, 164, 164, 168 et s., 188 et s., 203 et s., 312 et s.

E

Elargissement : **197, 262, 223, 229, 257**.

- élargissement constitutionnel de l'application l'exigence de motivation : 202.
- élargissement constitutionnel de l'exigence de l'application de publicité : 195 et s.
- exigence de clarté et de précision : **152 et s.**, 160 et s., **237**.

F

Fautes : **31, 34, 153, 342**.

Finalités : 41, 44 et s., 49 et s., 100, 275 et s.

- finalité des sanctions : 55, 60, 74, 89.

Fonctions de la peine : **10, 44** et s., 101.

G

Gravité des faits : 201, 254 et s., 302, 344.

H

Harmonisation du droit répressif : 338.

I

Identité : 72, 275.

- de cause : 249, 256 et s.
- de finalité : 60, 113.
- de nature : 60, 295 et s.
- de partie : 256 et s.
- de sanction : 293 et s.
- des faits : 37, 249, 254, 263, 325.
- d'intérêts sociaux : 76.
- d'objet 256 et s., 261, 295.

Indépendance des sanctions : 35 et s., 37, 41, 129, 241 et., 253, 276, 309, 344.

Indissociabilité du double attribut – de jugement et de répression – de la juridiction répressive : 124.

Interdépendance : 39, 241, 264, 339, 342.

Interdiction du cumul de poursuites : 255, 261.

J

Juge pénal : 6, 8, 20 et., 37 et s., 71, **118 et s.**, 223, **171 et s.**, **208 et s.**, **223 et s.**

- Autorité judiciaire : v° *autorité judiciaire*
- culpabilité : 11, 15 et s., 124, 172, 223 et s.
- incriminations : 34, 65, 163 et s., 218, 324 et s.
- indissociabilité des attributs : 121.
- protection de la liberté individuelle : **119 et s.**, **123**, 152.

Jurisprudence : 4, 9, 18 et s., 30, 69 et s., 84, 97, 147.

- administrative : 154.
- compatibilité : **65 et s.**, **110**, **215**, **273**, 239 et s.
- européenne : **21**, 30, **120**, **175 et s.**, 248, 272 et s.
- constitutionnelle : 27 et s., 120, 285 et s., **163 et s.**, 174, 180, 186, 209.

L

Législation : 38, 92, 163, 173, 219 et s.

Lisibilité : 82, **320 et s.**, 331, **336 et s.**

M

Matière pénale : 120, 22 et s., 71, 90 et s., 145, 260 et s., 274 et s., 285 et s.

- Matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne : 149, 285, 293.

Motivation : 138, 171, 182, 194, 198 et s, v° *motivation des sanctions (exigence de)*.

N

Nature des sanctions : 32, 72, 197, 236 et s., 287 et s., 290 et s.

Non-cumul (principe de) : 38, 262, 176, 281, 287.

- évitement du cumul : **242, 297, 339**, 344.
- *non bis in idem* : 36 et s., 239, 246, 253 et s.
- prévention du cumul : **38**, 243 et s., **252 et s.**, **301 et s.**, 339.
- règle de l'autorité de la chose jugée : v° *Autorité de la chose jugée*.

Nul n'est censé ignorer la loi : 345.

O

Objectif d'intérêt général : 91.

Objectifs de la peine : 45 et s.

P

Peine : 3 et s., 10 et s., 16 et s., 43 et s., 90 et s., 124 et s., 131 et s.

Peine privative de liberté : 9, 43 et s.

Pénalisation : 19 et s., 31 et s., **171 et s.**

Personne sanctionnée : 26, 37, 128, 208, 2298.

- administré : 111, 172, 235.
- citoyen : 19, 32 et s.
- contribuable : 36 et s., 38, 138 et s., 168, 205, 246, 258, 302 et s..

Pluralité de poursuites découlant de plusieurs réseaux répressifs : 250.

Politique répressive : 277, 289, 310, **328 et s.**

Poursuite : 34, 37, 73 et s., 87 et s., 128 et s., 134 et s., 368 et s., 300 et s.

- action répressive : **38**, 244, 261 et s., 309, 332 et s.
- concomitance : 93, **244**, 248.
- d'un but d'intérêt général : 52, 54.
- fiscale : 247.
- pénale : 16, 74, 91, 247, 256, 281, 305.
- répressive : 261.
- succession : 244 et s., **258**, 270.
- unicité de l'action répressive : 36.

Pouvoir répressif : 1, **18 et s.**

Prescription : 31, 106 et s.

- de l'action publique : 109, 253, 326.
- pénale : 109.

Principes directeurs de droit pénal : 150, 193 et s.

- application retroactive de la loi pénale plus douce (principe de l') : 151, **165 et s.**
- champ d'application : 62 et s., 180, 150, 154, 216, 219 et s., 301 et s.
- clarté et précision (exigence de) : **155 et s.**, 237.
- Elargissement : v° *Elargissement*.

- extension jurisprudentielle : 150, 342.
- indépendance et impartialité (principe de l') : **132**, 148, **183 et s.**, 192, 227.
- légalité des délits et des peines (principe de) : 40, 65, 150, **151 et s.**, **164 et s.**
- légalité des fautes punissables : **152 et s.**, **160 et s.**
- légalité des sanctions : **152 et s.**, **160 et s.**
- les droits de la défense : **152**, **169**, **178 et s.**
- motivation des sanctions (exigence de) : **183**, **201 et s.**
- nécessité et proportionnalité des peines : 183, 196, **197 et s.**, **217**, 242, **250**, 260, 263, 268.
- non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (principe de la) : 150, 161 et s., **164 et s.**, **167 et s.**
- présomption d'innocence (principe de) : **156**, **169 et s.**
- procès équitable : **21**, 30, **178 et s.**, 205.
- publicité (exigence de) : **84 et s.**, **193**.
- régime : 9, 18, 25, **30 et s.**, 173, 104, **116**, 253 et s.

Proportionnalité des sanctions : v° *Nécessité et proportionnalité des sanctions*, v° *proportionnalité des sanctions*.

- montant global des sanctions : 257, 264, 280 et s., 293.
- quantum : 280, 293.

Publicité : v° *Publicité (exigence de)*.

Punition : 1 et s.

- caractère punitif : 16, 25, 38 et s., 56, 75, 150.
- réaction sociale : 4.
- sanction pénale : 1 et s.
- sanction ayant le caractère d'une punition : 1 et s.
- sanctions pécuniaires : 58, et s., 86 et s., 198 et s.
- sanctions répressives : 28, **33 et s.**, 117, 199, 241, 291 et s., 322 et s.

Q

Qualification : 20.

- choix de qualification : v° *choix de qualification*.
- distinction des faits : **251 et s.**
- double qualification : 35, 37.
- élément matériel : 158, **251 et s.**
- élément moral : **252 et s.**
- unicité de qualification : 249, 254, 263.

R

Régime : v° *Régime*.

- application des principes de droit pénal : 40, 327.
- compensatoire : 99, **283 et s.**
- de détention : 104.
- de la prescription de l'action publique : v° *Prescription*.

- disciplinaire : 26, 73.
- harmonisation des régimes : 236 et s.
- hétéroclite : **133**, 296.
- juridique : 40, 73, 207.
- punitif : 34.

S

Séparation des pouvoirs : 18 et s., 181, 188, 227, **309**.

Sévérité : 9 et s.3, 27, 42, 72, 75 et s., **90 et s.**, **241**, 289 et s.

- des sanctions : 69, 72, 248.

T

Tiers : 135 et s., 142 et s., 144 et s., 175, 32.

Transparence : 81 et s., **84 et s.**, **91 et s.**

U

Uniformisation de la répression : 38, 345.

V

Valeurs et intérêts protégés : 74, 244.

Victime : 49, 47, 75 et s., 124, 135 et s., 235.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. DICTIONNAIRES

B. SCIENCES HUMAINES

II. TRAITÉS ET MANUELS

A. DROIT PENAL

B. DIVERS

III. MONOGRAPHIES

A. THÈSES

1.) Droit pénal

2.) Droit pénal et autres branches du droit

3.) Divers

B. OUVRAGES SPECIAUX

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

A. RAPPORTS COLLECTIFS

B. RECHERCHES COLLECTIVES

V. ENCYCLOPÉDIES

A. JURIS-CLASSEUR

B. REPERTOIRE DALLOZ

VI. ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES

A. DROIT PENAL

B. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE ADMINISTRATIVE

C. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE DISCIPLINAIRE

D. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE FISCALE

E. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE CIVILE

F. DIVERS

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. DICTIONNAIRES

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, 2003.

BENABENT (A.), Y. GAUDEMET (Y), *Dictionnaire juridique*, éd. Lextenso, 2021.

BÉZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de la sanction pénale*, éd. Ellipses, 2009.

BISSARDON (S.), *Guide du langage juridique*, éd. LexisNexis, 4^e éd., 2013.

CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2022, éd. LexisNexis, 2021.

CAYLA, (O.), HALPERIN (J.-L.) (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, éd. Dalloz, 2009.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 14^e éd., 2022.

GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 29^e éd., 2021-2022.

ROBERT (P.), *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française [Le Grand Robert de la langue française]*, 2^e éd. rev. par A. Rey, Le Robert, 1992, t. VIII.

VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, éd. Dalloz, 8^e éd., 2021.

B. SCIENCES HUMAINES

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, préf. R. BADINTER, Flammarion, 1991.

BENTHAM (J.), *Fragment sur le gouvernement*, trad. fr. Jean-Pierre Cléro, éd. LGDJ, 1996.

FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975.

II. TRAITÉS ET MANUELS

A. DROIT PENAL

BONIS (E.), PELTIER (V.), *Droit de la peine*, éd. LexisNexis, 3^e éd., 2019.

- BOULOC (B.)**, *Droit de l'exécution des peines*, éd. Dalloz, 6^e éd., 2020.
- BUISSON (J.), GUINCHARD (S.)**, *Procédure pénale*, éd. LexisNexis, 15^e éd., 2022.
- DÉCIMA (O.), DETRAZ (S.), VERNY (E.)**, *Droit pénal général*, éd. Lextenso, 5^e éd., 2022.
- DECOCQ (A.)**, *Droit pénal général*, éd. Armand Colin, 1971.
- DESPORTES (F.), LAZERGES-COUSQUER (L.)**, *Traité de procédure pénale*, éd. Economica, 4^e éd., 2015.
- DREYER (E.)**, *Droit pénal général*, éd. LexisNexis, 6^e éd., 2021.
- DREYER (E.), MOUYSET (O.)**, *Procédure pénale*, éd. Lextenso, 2^e éd., 2019.
- GARÇON (E.)**, *Le droit pénal*, éd. Payot, 1992.
- GARRAUD (R.)**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., t. 1, 1913.
- GIACOPELLI (M.), PONSEILLE (A.)**, *Droit de la peine*, éd. Lextenso, 2019.
- KOLB, L. LEURY**, *Cours de droit pénal*, éd. Lextenso, 17^e éd., 2022.
- LAINGUI (A.), LEBIGRE (A.)**, *Histoire du droit pénal*, éd. Cujas, t. 1, 1979.
- LEPAGE (A.), MAISTRE (P.) du CHAMBON (P.), SALOMON (R.)**, *Droit pénal des affaires*, éd. LexisNexis, 6^e éd., 2020.
- LOPEZ (C.)**, *Droit pénal fiscal*, éd. Lextenso, 1^{ère} éd., 2012.
- PRADEL (J.)**,
 - *Droit pénal général*, éd. CUJAS, 22^e éd., 2019.
 - *Procédure pénale*, éd. CUJAS, 19^e éd., 2017.
- PIN (X.)**, *Droit pénal général*, éd. Dalloz, 13^e éd., 2022.
- PONCELA (P.)**, *Droit de la peine*, PUF, 2^e éd., 2001.
- ROSSI (P.)**, *Traité de droit pénal*, éd. Guillaumin et Cie, 4^e éd. 1872, t. 2.
- SOYER (J.-C.)**, *Droit pénal et procédure pénale*, éd. LGDJ, 1973.

B. DIVERS

- BENTHAM (J.)**, *Traité de législation civile et pénale*, éd. Rey et Gravier, 3^e éd., t. 2, 1830.
- BONFILS (Ph.), CIMAMONTI (S.), GASSIN (R.)**, *Criminologie*, éd. Dalloz, 7^e éd., 2011.
- CARBASSE (J.-M.)**, *Introduction historique au droit*, éd. PUF 1990.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, éd. Montchrestien, 15^e éd. 2008.

COLLET (M.), *Droit fiscal*, éd. PUF, 5^e éd., 2015.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. 3, 1921-1925.

GUINCHARD (S.), *Droit et pratique de la procédure civile 2021-2022*, éd. Dalloz, 2021.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit (1934)*, 1962.

MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle droit pénal général, éd. CUJAS, 7^e éd., 2000.

MOREAU (J.), *Droit administratif*, éd. PUF, 1989.

RENOX (T.), DE VILLIERS (M.) (dir.), *Code constitutionnel*, éd. Lexis-Nexis, 2017.

III. MONOGRAPHIES

A. THÈSES

1.) Droit pénal

ALQUIER (A.), *Les peines privatives de liberté et les mesures de sureté dans l'avant-projet et le projet de Code pénal français*, thèse, éd. GAP, 1934.

BOUCHET (M.), *La validité substantielle de la norme pénale*, préf. Y. MAYAUD, éd. LGDJ, coll. Bibliothèques des sciences criminelles, t. 66, 2018.

BOURGEOIS (A.), *Les sanctions répressives dans le système français de Sécurité sociale*, thèse, Bordeaux 4, 2010.

BRENAUT (M.), *Le renouveau des mesures de suretés en droit pénal français*, thèse, Paris 2, 2016.

CAPDEPON (Y.), *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 122, 2013.

CHETARD (G.), *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, préf. J. LEBLOIS-HAPPE et P. WACHSMANN, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. Thèses, t. 197, 2020.

CHOUVET-LEFRANÇOIS (A.), *La sanction répressive dans le droit français contemporain*, thèse, Toulouse, 2006.

CLEMENT (S.), *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, thèse, Nantes, 2007.

DÉCIMA (O.), *L'identité des faits en matière pénale*, préf. Ph. CONTE, Dalloz, coll. Nouvelle collection de Thèses, vol. 74, 2008.

GREGOIRE (L.), *Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion*, thèse, Aix-Marseille, 2014.

JAULT (A.), *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, éd. LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 442, 2005.

NARDARI (L.), *Le cumul des sanctions*, Thèse, Toulouse, 2020.

NEGREL (P.), *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, thèse, Aix-Marseille 3, 2004.

PAILLARD (B.), *La fonction réparatrice de la répression pénale*, préf. J.-H. ROBERT, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 42, 2007.

PERRIER (J.-B.), *La transaction en matière pénale*, préf. S. CIMAMONTI, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 61, 2014.

PERRIN (M.), *Essai sur la compétence matérielle des juridictions pénales de jugement*, thèse, Lyon 3, juin 2013.

TZUTZUIANO (C.), *L'effectivité de la sanction pénale*, préf. S. CIMAMONTI, éd. LGDJ, coll. Bibliothèques des sciences criminelles, t. 67, 2020.

2.) Droit pénal et autres branches du droit

ALLIX (N), *La sanction pécuniaire civile*, préf. L. LEVENEUR, éd. LGDJ, coll. Thèse, Bibliothèque de droit privé, t. 615, 2022.

AYNES (C.), *La privation des droits civiques et politiques : l'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, Préf. L. AZOULAI, O. BEAUD, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèque de thèses, vol. 211, 2022.

BOTTON (A.), *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préf. B. de LAMY, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 49, 2010.

BRONDEL (F.), *Administration et droit pénal*, thèse, Limoges, 2002.

CAPPELLO (A.), *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, préf. Y. MAYAUD, éd. LGDJ, coll. Bibliothèques des sciences criminelles, t. 58, 2014.

CHILSTEIN (C.), *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, thèse, Paris 1, 2001.

DELLIS (G.), *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préf. Y. GAUDEMET, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997.

DOARE (R.), *Les sanctions administratives (contribution à l'étude du renouveau de la répression administrative)*, Thèse, Rennes, 1994.

DOUËB (F.), *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, thèse, Tome 1 et 2, ANRT Diffusion, 2003.

DOUVRELEUR (O), *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles*, préf. C. GAVALDA, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 345, 2000.

GUINCHARD (A.), *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, préf. Y. MAYAUD, éd. LGDJ, Coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 38, 2003.

GUZMAN (C.), *Le prononcé des sanctions administratives et l'article 6 de la CEDH*, thèse, Bordeaux, 2000.

JUHAN (M.), *L'intervention pénale en matière d'urbanisme : étude des rapports entre la justice pénale et l'autorité administrative*, thèse, Nice, 2003.

KOUKEZIAN (T.), *sanction pénale sanction disciplinaire*, thèse, Rennes, 2014.

LELIEUR-FISCHER (J.), *La règle ne bis in idem, du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse, Paris, 2005.

LEROUX-CAMPELLO (M.), *Les sanctions en droit de la consommation*, thèse, Paris 2, 2018.

MARTY, (C.), *Répression pénale et répression disciplinaire des fautes commise par les fonctionnaires publics*, thèse, Paris, 1947.

PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Préf. G. MARCOU, J. MCELDOWNEY, éd. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2013.

PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, thèse, Paris, Economica, coll. « Science et droit administratifs », 1990.

RASCHEL (E.), *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, préf. R.-N. SHÜTZ, M. DANTI-JUAN, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, coll. Thèse, 2014.

STASIAK (F.), *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, thèse, Nancy, 1995.

ZOUBA (L. R.), *Essai ontologique sur le concept de conformité en droit. Réflexions à partir du droit pénal des affaires*, thèse, Paris 13, 2021.

3.) Divers

AUDOUY (L.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, thèse, Montpellier, 2015.

CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 609, 2021.

LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1975.

NEZARD (L.), *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse, Paris, 1903.

PRADEL (P.-M.), *Le médecin libéral face au service public de sécurité sociale*, thèse, Angers, 2010.

B. OUVRAGES SPECIAUX

BREEN (E.), *Gouverner et Punir*, éd. PUF, coll. Les voies du droit, 2003.

CABASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, éd. PUF, 2^e éd. 2009.

COLLIARD (C.-A.), *La sanction administrative*, Annales de la Faculté de droit d'Aix, 1943.

COURTIN (C.) (dir.), *La QPC et la matière pénale*, Procédures, Bruylant, 2013.

DE CORAIL (J.-L.), *Administration et sanction – Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression*, in *Mél. Chapus*, éd. Montchrestien, 1992.

DUCLERQ (J.-B.), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Lextenso, LGDJ, 2015.

DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, éd. Economica, 2000.

FAUCONNET (P.), *La responsabilité. Etude de sociologie*, éd. F. Alcan, 1920.

FRYDMAN (B.), *Le sens des lois*, éd. Bruylant Bruxelles et LGDJ, 2005.

GAIVA (P.), e.a., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, éd. Dalloz, 18^e éd., 2016.

GUYOMAR (M.), *Les sanctions administratives*, préf. B. GENEVOIS, éd. Lextenso, 2014.

HAURIOU (M.),

- *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916.
- *Précis élémentaire de Conseil constitutionnel*, Bibliothèque de France, Recueil Sirey, 1930.

JEANCLOS (Y.), *La dimension historique de la peine*, Economica, 2013.

JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public, les individus au service public, les statuts des agents publics*, Tome 1, Réimpression de l'édition de 1926, éd. Dalloz, 2003.

KELLENS (G.), *La mesure de la peine*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1982.

LAMBERT (T.), *Les sanctions pénales fiscales*, éd. L'Harmattan, 2007.

MARTINAGE (R.), *Histoire du droit pénal en Europe*, PUF, 1998.

MARZAL YETANO (A.), *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014.

MICHEL (J.), *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, éd. Documentation française, 2004.

ROBERT (Ph.), « *Les effets de la peine pour la société* » in *Actes du Colloque du Centre Thomas More des 23 et 24 mai 1981*, éd. du Cerf, coll. La peine quel avenir ?, 1983.

ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique*, éd. Seuil, 2008.

SALON (S.), *Délinquance et répression disciplinaire dans la fonction publique*, éd. LGDJ, 1968.

SYR (J. H.), *Punir et réhabiliter*, éd. Economica, 1990.

T. FOSSIER (T.), **ROBERT (J.-H.)**, *Droit répressif de l'urbanisme*, éd. Economica, 2017.

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

A. RAPPORTS COLLECTIFS

CONSEIL D'ETAT,

- *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, 1995.
- *L'eau et son droit, Rapport public 2010*, vol. 2, La Documentation française, 2010.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Rapport annuel 2004*, Document de synthèse, 2004.

COULON (J.-M.) (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, la documentation française, coll. Rapports officiels, 2008.

CLUB DES JURISTES, « Rapport - Commission Europe, 29 mai 2012 », *BJB*, n° 07, 1^{er} juillet 2012.

LEPELETIER de SAINT-FARGEAU (L.-M.), LACROSSE (A.), *Rapport sur le projet de Code pénal*, in *Œuvres*, éd., Bruxelles, 1826.

MARINI (Ph.), *La modernisation du droit des sociétés - Rapport au premier ministre*, La documentation française, 1996.

TACONNET (B.), *Rapport du Conseil de la concurrence pour 2005 : principales orientations et orientations prioritaires*, *RLC*, 2007, n° 10.

URVOAS (J.-J.), *Avant-projet de réforme du de la responsabilité civile du 13 mars 2017*.

B. RECHERCHES COLLECTIVES

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *La reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires et la règle non bis in idem*, Travaux du Comité français de droit international privé, *Persée*, 17^e année, 2004-2006, 2008.

BERGEL (J.-L.), « Déontologies de l'entreprise audiovisuelle », in *Droit et Déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997.

CONSEIL D'ETAT, COUR DE CASSATION, *Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (Colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, le 13 décembre 2013)*, La documentation française, septembre 2015.

CHAINAIS (C.), FENOUILLET (D.), (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1. *La sanction, entre technique et politique*, éd. Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012.

CHAINAIS (C.), FENOUILLET (D.), G. GUERLIN (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2., *La motivation des sanctions prononcées en justice*, éd. Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013.

CHAUVAUD (F.) (dir.), *Le droit de punir – du siècle des lumières à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2012.

COURTIN (C.) (dir.), *La QPC et la matière pénale – Deux ans d'application*, éd. Bruylant, 2013.

DEGUERGUE (M.), PERROUD (T.), TEITGEN-COLLY (C.), *L'avenir de la répression extra-pénale (Actes du colloque organisé le 15 juin 2017)*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

DELMAS-MARTY (M.), TEITGEN-COLLY (C.), *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, éd. Economica, 1992.

GAHDOUN (P.-Y.), PONSEILLE (A.), SALES (E.), (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif? (Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop)*, éd. CREAM, 2019.

HOURQUEBIE (F.), PELTIER (V.) (dir.), *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal (Colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux)*, éd. CUJAS, 2013.

LEBLOIS-HAPPE (J.) (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses, (Colloque organisé le 29 juin 2007)*, coll. « Colloques », vol. 9, 2008.

MALLET-BRICOUT (B) (Préf.), *La sanction (Colloque organisé le 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3)*, éd. L'Harmattan, 2007.

MEKKI (M.), « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain*, éd. Dalloz, Coll. « l'esprit du droit », 2012.

SAENKO (L.) (dir.), *Le nouveau Code pénal - 20 ans après, état des questions*, préf. M. DELMAS-MARTY, éd. LGDJ, 2014.

SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés (Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux)*, éd. CUJAS, 2012.

MASCALA (C.) (dir.), *À propos de la sanction*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, éd. LGDJ, 2007.

NICOD (M.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ? (Actes du Colloque du 19^{er} du 20 octobre 2006, Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques n° 7)*, éd. LGDJ, 2008.

V. ENCYCLOPEDIES

A. JURIS-CLASSEUR

HUBRETCH (H.-G.), « Sanction administrative », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 202, n° 42

SUDRE (F.), « Convention européenne des droits de l'homme – Droits garantis – Droit à un procès équitable », *J.-Cl Europe traité*, fasc. 6526, 8 février 2016, n° 63.

TESTARD (C.), « Les sanctions administratives », *Jurisclasseur Administratif*, fasc. n° 108-40, 29 octobre 2019.

B. RÉPERTOIRE DALLOZ

BEAUGONIN (C.), « Audiovisuel », *Répertoire du contentieux administratif*, Septembre 2007.

BÉZIZ-AYACHE (A.), « Environnement – Procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, janvier 2018.

CÉRÉ (J.-P.), GRÉGOIRE (L.), « Peine : nature et prononcé », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, juin 2000.

CRUVELIER (E.), « Contentieux fiscal – Principes généraux du contentieux fiscal, *Répertoire de droit commercial Dalloz* », janvier 2020.

MOUIAL BASSILANA (E.), « Entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », *Répertoire de droit commercial*, janvier 2017.

THEVENET (B.), « Fraude fiscale : procédures », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, Octobre 2019.

VI. ARTICLES, CHRONIQUES ET ETUDES

A. DROIT PENAL

AIRIAU (M.), « Motivation de la peine criminelle, en avant toute ! », *Gaz. Pal.*, 10 avril 2018, n° 14, pp. 18 et s.

AFROUKH (M.), « La notion de peine et la Cour européenne des droits de l'homme », in *GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, pp. 36 et s.

ARDANT (Ph.), « Le dévoiement pénal », *Dr. pén.*, 1995, n° spécial, pp. 1 et s.

BETAILLE (J.), « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *RSC*, n° 2, avril-juin 2019, pp. 289-296.

BOTTON (A.), « Le principe d'individualisation des peines », in *GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, pp. 137 et s.

BRACH-THIEL (D.), « A propos d'une interdiction stricte de la règle de l'autorité de la chose jugée à l'étranger », *Recueil Dalloz*, 25 octobre 2012, n° 37, pp. 2500 et s.

CAFFIN-MOI (M.), « Les sanctions facultatives à l'encontre du dirigeant de société liquidée : attention à la proportionnalité ! », *Gaz. Pal.*, 17 décembre 2019, n° 44, pp. 81 et s.

CAPPELLO (A.), « L'impact de la QPC sur le droit pénal substantiel », *AJ Pénal*, 2018, pp. 388 et s.

CATELAN (N.), « Bis in idem fiscal et substantiel », *Gaz. Pal.*, 5 avril 2022, pp. 49 et s.

CERE (J.-P.), « Principe de légalité des délits et des peines et de nécessité des peines et usage de stupéfiants au volant », *AJ pénal.*, février 2012, n° 2, pp. 96-97.

CHAUVENET (A.), ORLIC (F.), « Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison », *Déviance et Société*, 2002/4, pp. 443-461.

CHETARD (G.),

- « Cassation pour méconnaissance du principe de proportionnalité », *AJ pénal*, Octobre 2015, pp. 488 et s.

- « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence constitutionnelle, *RSC*, juin 2013, pp. 66 et s., note n° 87.

CRETE (R.), e. a., « Les déviations dans les services de placement : responsabilités, sanctions et moyens de prévention », *Gestion*, 2010, vol. 35, pp. 49-60.

D'AVOUT (L.), « Sanctions négociées. La nouvelle discipline étatique des entreprises Mondiales », in *Droits*, 2016, n° 2, n° 64, pp. 73-96.

DAOUD (E.), LE CORRE (C.), « La conformité des entreprises en matière de lutte anticorruption », *AJ pénal*, 2015, pp. 349 et s.

DEGOFFE (M.), « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in *Colloque « La sanction », organisé le 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3*, éd. L'Harmattan, 2007, pp. 47 et s.

DELMAS-MARTY (M.), TIEDEMANN (K.), « La criminalité, le droit pénal et les multinationales », *JCP*, 1979, 1, étude n° 2935 et s.

DETRAZ (S.),

- « La force d'une condamnation pénale non définitive », *Gaz. Pal.*, 10 mai 2022, n° 16, pp. 55 et s.
- « *Non bis in idem* : Convention européenne et réserve française », *Recueil Dalloz*, 26 octobre 2017, n° 36, pp. 2133 et s.
- « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *B. DE LAMY, V. MALABAT ET M. GIACOPELLI (dir.), Droit pénal : le temps des réformes, Actes du colloque organisé les 7, 8, 9 octobre 2009, Groupe de recherche sur la réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Université Montesquieu Bordeaux IV, Litec*, 2011, pp. 45.

DETRAZ (S.), DREYER (E.), « Chronique de jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 06 janvier 2011, n° 6, pp. 14 et s.

DEZEUZE (E.), « Vade retro, ne bis in idem », *BJB*, n° 01, 1^{er} janvier 2018, pp. 10 et s.

DREYER (E.), « La condamnation pénale », *Gaz. Pal.*, 10 mai 2022, n° 16, pp. 55 et s.

FOURMENT (F.), « Faire et défaire les qualifications, c'est toujours qualifier. Brèves remarques sur le principe *Ne bis in idem* tel qu'appliqué aux conflits de qualifications pénales », *Gaz. Pal.*, 4 février 2020, n° 05, pp. 87 et s.

FOUSSARD (D.), « La sanction et le principe de proportion : Eléments pour une problématique », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 93 et s.

GIACOPELLI (M.), « Retour sur le contrôle de la peine d'emprisonnement ferme à la suite de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *Lexbase*, n° 683, 12 janvier 2017.

GHELFI (F.), « Les principes directeurs du droit de la peine à l'épreuve de la QPC », in *C. COURTIN (dir.), La QPC et la matière pénale – Deux ans d'application*, éd. Bruylant, 2013, pp. 76 et s.

GRAVELEAU (P.), « Portée du principe à valeur constitutionnelle de légalité des délits et des peines », *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, n° 24, pp. 33 et s.

JEANNE (N.), « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *RSC*, janvier-mars 2016, pp. 1 et s.

JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *Recueil Dalloz*, 1986, pp. 197 et s.

LARRALDE (J.-M.), « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 19 novembre 2002, n° 231, pp. 11 et s.

LEBLOIS-HAPPE (J.), « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine – vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2015, n° 143, pp. 10 et s.

LEVASSEUR (G.), « Sanctions pénales et personnes morales », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1975-1976, pp. 713 et s.

LUCAS (F.-X.), « Éditorial. Faut-il dépénaliser la vie des affaires ? », *BJB*, 1^{er} mars 2008, n° 3, pp. 167 et s.

MALABAT (V.),

- « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 La sanction, entre technique et politique*, éd. Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012. pp. 70 et s.
- « Ne bis in idem et le juge pénal », *RDP*, n° 1, 1^{er} janvier 2018, pp. 27 et s.

MAURO (C.), « Ne bis in idem : un tremblement de terre ? », *AJ pénal*, 2015, pp. 172 et s.

MAYAUD (Y.), « Interprétation stricte pour l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *RSC*, n° 3, novembre 2017, pp. 507 et s.

MESA (R.),

- « *Non bis in idem* : La chambre criminelle fait de la résistance », *Gaz. Pal.*, 7 novembre 2017, n° 38, pp. 23 et s.
- « Concours et cumul de qualifications contre règle *non bis in idem* », *Gaz. Pal.*, 16 février 2016, n° 07, pp. 18 et s.
- « Autorité de la chose jugée, cumul de qualifications et de sanctions punitives : retour sur la règle *non bis in idem* », *Gaz. Pal.*, 24 janvier 2015, n° 24, pp. 17 et s.

MICHINEAU (M.), Le cumul des sanctions et poursuites, colloque sur le droit constitutionnel punitif, in GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), *Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, pp. 36 et s., pp. 124 et s.

MIGNON-COLOMBET (M.), « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ pénal*, 2015, pp. 346 et s.

MORAND (Ch.-A.),

- « La sanction », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, pp. 293 et s.

- « La sanction », *Travaux CETEL*, n° 36, mars 1990, *spéc.* pp. 3 et s.

NIORE (V.), « Le déclenchement de la poursuite », *Gaz. Pal.*, 20 août 2009, n° 232, pp. 9 et s.

OLLARD (R.), « Pot-pourri autour de la notion de peine », *Hebdo édition privée*, Lexbase, juin 2012.

PERRIER (J.-B.),

- « Le repli des principes constitutionnels dans le champ pénal », in *GAHDOUN (P.-Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, p. 186.
- « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, décembre 2016, n° 43, pp. 2545 et s.

PICHON (E.), « Une jurisprudence vivante », *Dr. pén.*, 2017, étude n° 7.

PIN (X.), « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *Essais de Philosophie pénale et de criminologie*, éd. Dalloz, 2012, vol. 10, pp. 81 et s.

POTIER DE LA VARDE (B.), « L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux sanctions », *Justice et cassation*, 1^{er} janvier 2005, pp. 74 et s.

ROBACZEWSKI (C.), « Motivation de la peine d'interdiction de gérer au regard des exigences de l'article 132-1 du Code pénal », *Gaz. Pal.*, 10 octobre 2017, n° 34, pp. 82 et s.

ROETS (D.),

- « D'une pierre deux coups : extension du domaine de la légalité des peines et confirmation de la non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in malam partem imprévisible », *RSC*, décembre 2012, n° 3, pp. 698 et s.
- « La question du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales : tango jurisprudentiel à Strasbourg », *RSC*, avril 2017, pp. 134 et s.

ROUMY (F.), « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 La sanction, entre technique et politique*, éd. Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, pp. 3 et s.

ROUSSILLE (M.), « L'ordre juridique français sort gagnant de la partie d'échecs qui l'opposait à la Cour européenne sur le cumul des poursuites », *BJB*, septembre 2015, n° 09, pp. 372 et s.

RRAPI (P.), « Mieux vaut être une multinationale qu'un étranger. Observations sur la notion de sanction ayant le caractère d'une punition » dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité », in *Dossier Thématique : Dix ans de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) : quelle garantie des droits et libertés ? Revue des droits de l'homme*, n° 20, 2021.

SAAS (C.), « Les sanctions pénales : De nouvelles données », *AJ pénal*, novembre 2013, n° 11, pp. 583 et s.

SAENKO (L.), « La motivation comme moyen de limiter le recours à l'emprisonnement ferme », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 16, pp. 81 et s.

SALLES (S.), « Le principe de proportionnalité des peines », in *GAHDOUN (P.- Y.), PONSEILLE (A.) SALES (E), (dir.), Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? [Actes du Colloque organisé le 19 janvier 2018 par le Cercop]*, éd. CREAM, 2019, pp. 36 et s., pp. 113 et s.

SOULA (M.), « A la recherche de la peine : regard rétrospectif (XIII^e-XIX^e s.) », *Dr. pén.*, 2015, pp. 20 et s.

THIERRY (J.-B.), « La consécration de la motivation des peines correctionnelles », *Lexbase*, 2017, n° 689.

VAN DE KERCHOVE (M.), « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, pp. 808 et s.

VERGES (E.), « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC*, 2013, n° 3, pp. 605-615.

VUITTON (X.), « Le procès équitable », *LPA*, 13 juin 2017, n° 117, pp. 4 et s.

B. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE ADMINISTRATIVE

ALLAIN (E.), « Le rôle punitif de l'Autorité des marchés financiers - Brève présentation », *AJ pénal*, février 2011, pp. 66 et s.

ANTOINE (A.), CALMETTE (J.-F.), « La sanction administrative des pratiques anticoncurrentielles à la suite de l'affaire du Cartel et de l'acier », *RFDA*, novembre-décembre 2010, pp. 1158 et s.

AUBY (M.), « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *Recueil Dalloz.*, 1952, chron. pp. 111 et s.

AYRES (I.), BRAITHWAITE (J.), *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 205 et s.

BARBA (M.), « Le principe de non-cumul en droit des clauses abusives », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1^{er} mars 2022, n° 179.

BOUSQUET (J.), « Solidarité et individualité dans le contentieux de la contravention de grande voirie », *AJDA*, 13 juillet 2020, n° 25, pp. 1428 et s.

BONNAUD (L.), « Comment théoriser l'action répressive des services d'inspection ? Origines et critiques de la notion de responsive regulation », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 65-74.

CARCELLE (P.), MAS (G.), « L'administration et ses agents. Sanctions déguisées et préjudices statutaires sans sanction », *Rev. adm.*, 1969, n° 128, pp. 167 et s.

CASTETS-RENARD (C.), « La pénalisation du droit communautaire de l'environnement », *LPA*, 29 juill. 2008, n° 151, pp. 7 et s.

CATELAN (N.), « Constitution vs CESDH vs UE : ne bis in idem et la répression des opérations d'initié », *RSC*, 2016, n° 3, pp. 467-484.

CHACORNAC (J.), « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de non bis in idem ? » *RSC*, 2019, n° 2, pp. 333-345.

CHACORNAC (J.), e. a., « La réforme du contentieux boursier : répression des abus de marché en France et solutions étrangères », *BJB*, 1^{er} novembre 2016, n° 11, pp. 468 et s.

CHASSANG (C.), « La communication des administrations sur leur politique répressive : prendre modèle sur le droit pénal ? », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 55-63.

CHEVALIER (T.), « La coordination des sanctions pénales et administratives en droit du travail », *Hebdo édition sociale*, novembre 2016, n° 675.

COHEN-BRANCHE (M.), « Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? _ L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Droit Pénal* 2009, étude n° 22.

COMBEAU (P.), LEBLOIS-HAPPE (J.), « Droit pénal et droit administratif », in *J.-C. SAINT-PAU (Dir.)*, *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 381 et s.

CONAC (P.-H.), « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *BJB*, 08 juillet 2016, n° 07, pp. 323 et s.

DE JUGLART (M.), « Les sanctions administratives dans la législation récente », *JCP G*, 1942, I, pp. 283 et s.

DE LAMY (B.), DRAGO (G.), « Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel », in *SAINT-PAU (J.-C.) (dir.)*, *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 370 et s.

DELVOLVE (P.), « Répression, droit pénal et droit administratif », in *M.-A. FRISON-ROCHE (Dir.)*, *Les enjeux de la pénalisation de vie économique*, éd. Dalloz, 1997, pp. 37 et s.

DESCHAMPS (M.), MARTY (F.), « Détection et sanction des ententes anticoncurrentielles : L'éclairage de l'analyse économique du droit », *Revue Economique et Sociale*, 2006, n° 4, pp. 71-82.

DETRAZ (S.), « L'Administration et le juge pénal. Quelle articulation possible entre l'administration et le juge pénal ? Le domaine fiscal peut-il servir de modèle ? », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 47-54.

DEZEUZE (E.), La proportionnalité des sanctions administratives en matière économique et financière, *Gaz. Pal.*, 24 octobre 2017, n° 36, pp. 82 et s.

DRUMMOND (F.), « La décision de la CEDH du 4 mars 2014 et la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 et leurs conséquences », *BJB*, mars 2017, n° 02, pp. 162 et s.

DUBRULLE (J.-B.), « La difficile conciliation de l'article 6 de la CEDH avec le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *LPA*, 4 juillet 2007, n° 133, pp. 14 et s.

DUFOUR (O.),

- « L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », *LPA*, 10 août 2013, n° 159, pp. 4 et s.

- « La Commission des sanctions de l'AMF joue la transparence », *LPA*, 28 octobre 2008, n° 216.

FLEURIOT (P.), « L'origine et le bilan de l'exercice par la COB de son pouvoir de sanction », *LPA*, juin 1994, n° 71.

FUCINI (S.), « L'interdiction du cumul de poursuites en matière d'abus de marché : la constitutionnalisation minimaliste du principe non bis in idem », *RFDC*, 2015.

GASTEBLED (E.), KEITA (B.), « Le manquement à la communication financière à l'épreuve du principe de légalité des délits et des peines », *BJB*, 1^{er} mai 2017, n° 03, pp. 206 et s.

GENTOT (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, éd. Montchrestien, 1991, p. 9S.
MUNO MACHADO (S.), « Droit administratif et droit pénal, la pénalisation du droit public », in *Mél. F. Moderne*, éd. Dalloz, 2004, pp. 899 et s.

GUYOMAR (M.), « Sanctions administratives et contrôle du juge », *JCP A*, 2013, étude n° 2079.

GRAVELEAU (P.), « Sanction administrative : principe de légalité des délits et des peines », *Gaz. Pal.*, 10 janvier 2017, n° 02, pp. 41 et s.

HAUPTMANN (N.), PEHAU (N.), « La CDBF clarifie encore le non bis in idem », in *Chronique de jurisprudence de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière*, AJDA, 23 mars 2020, n° 11, pp. 619 et s.

HUTEAU (G.), « Le contrôle du juge sur les sanctions administratives des organismes de Sécurité sociale », *Regards*, 2015, n° 47, pp. 223-230.

IDOUX (P.), « Faut-il un code de procédure administrative répressive ? », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 41-46.

ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, éd. LGDJ, 1968, pp. 688 et s.

KESTENBERG (G.), « Le renforcement du cadre législatif européen des abus de marché : une révolution ou une évolution ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1^{er} juillet 2014, n° 95.

LAFORTUNE (M.-A.), « Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier », *Gaz. Pal.*, 25 septembre 2001, n° 268, pp. 12 et s.

LE CHATELIER (G.), « Le renforcement du contrôle du juge sur la proportionnalité des sanctions infligées aux agents publics – Deux ans d'application de la jurisprudence Dahan », *AJCT*, Octobre 2015, pp. 512 et s.

LE FOLL (Y.), « La sanction pénale et la sanction administrative : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », *Hebdo édition publique*, janvier 2014.

LE FUR (V.), SCHMIDT (D.), « Le traitement du cumul de sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérence et insécurité juridique », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 2126 et s.

LE NABASQUE (H.), « L'audace du Conseil constitutionnel, À propos de la règle *non bis in idem* », *Revue de droit bancaire et financier*, mai-juin 2015, Repère 3.

LUC (I.), « L'application du principe d'impartialité aux autorités de concurrence françaises », *LPA*, 15 février 2002, n° 34, pp. 4 et s.

MARTINEZ-MEHLINGER (J.), « Vers l'« atomisation » du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des sanctions administratives », *RFDA*, 2012, 257 et s.

MAURO (C.), « Ne bis in idem : un tremblement de terre ? », *AJ pénal* 2015, pp. 172 et s.

MODERNE (F.), « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFDA*, 1997.

MOREL-MAROGER (J.), « Sévérité de l'ACPR en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux », *Gaz. Pal.*, 04 août 2015, n° 216, pp. 28 et s.

MOULIN (J.-M.), « Cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, 12 mai 2015, n° 132, p. 7 et s.

NORD-WAGNER (M.), « La double sanction des infractions boursières à l'épreuve du principe non bis in idem », *AJ pénal*, Février 2011, pp. 67 et s.

PAILLER (P.), « Directive et règlement Abus de marché : quelle articulation pour les dispositifs de répression pénale et administrative ? », *BJB*, 1^{er} septembre 2015, n° 09, pp. 380 et s.

PETIT (J.), « Police et sanction », *JCP A*, mars 2013, étude n° 2073.

RAKOTONDRAHASO (F. T.), « L'application du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *RDP*, 1^{er} mars 2014, n° 2, pp. 399 et s.

REBUT (D.), « Le contrôle par le Conseil constitutionnel des sanctions administratives et pénales associées à la transparence de la vie publique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018, n° 59, pp. 47-55.

ROSENFELD (E.), VEIL (J.), « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Le Seuil, Pouvoirs*, 2009, vol. 128, n° 1, pp. 61-73.

ROUYERE (A.), « La place des tiers dans la répression administrative », *RSC*, 2019, n° 2, pp. 301-312.

SAILLARD (A.), « Le Conseil d'Etat adapte le principe de légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *LPA*, 12 novembre 2004, n° 227, pp. 13 et s.

SAUNIER (S.), « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *RSC*, 2019, n° 1, pp. 31-39.

SAUVE (J.-M.), « Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA*, 2001, pp. 16 et s.

SORDINO (M.-C.), « Infractions au droit de la concurrence », *RSC*, 2019, n° 4, pp. 829-840.

TECHENE (V.), « Réforme du système de répression des abus de marché », *Hebdo édition affaires*, juillet 2016, n° 473. **TORCK (S.)**, « La réforme des abus de marché », *BJB*, n° 09, 1^{er} septembre 2015, pp. 379 et s.

YOLKA (P.), « Le couteau de Litchenberg -Remarques sur la protection pénale du domaine public », *AJDA*, 14 décembre 2009, pp. 2346 et s.

B. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE DISCIPLINAIRE

BELVAL (B.), « Droit pénal, droit disciplinaire », *Gaz. Pal.*, 11 juillet 2015, n° 192, pp. 17 et s.

BRIAND (L.), « Disciplinaire des notaires et QPC : un lent développement », *Gaz. Pal.*, 16 novembre 2013, n° 320.

BRIGANT (J.-M.), « L'imprescriptibilité de l'action disciplinaire contre un avocat est conforme à la constitution », *Gaz. Pal.*, 27 novembre 2018, n° 41, pp. 16 et s.

CHARBONNEL (D.), « Le tréfonds de la répression disciplinaire des agents publics : la sanction déguisée », *RDP*, 2021, n° 3, pp. 641 et s.

CRÔNE (R.), « La responsabilité disciplinaire notariale », *Droit et patrimoine*, n° 287, 1er janvier 2019.

DÉCIMA (O.), « Pour l'articulation des sanctions pénales et disciplinaires du médecin », *AJ pénal*, juillet, pp. 380 et s.

FERRE (R.), « Les mascarades de la punition. Le juge administratif et la sanction disciplinaire déguisée » *AJDA*, 2017, pp. 2461 et s.

GRAVELEAU (P.), « Sanction disciplinaire infligée à un militaire : contrôle de proportionnalité », *Gaz. Pal.*, 16 février 2016, n° 07, pp. 40 et s.

KOUKEZIAN (T.), « Le rapprochement des sanctions pénales et disciplinaires au regard de leur nature répressive », *Legavox*, 21 janvier 2017.

MALLOL (F.), « La sanction disciplinaire déguisée en droit de la fonction publique », *AJDA*, 2011, pp. 1656 et s.

MAYAUD (Y.) « Le pouvoir disciplinaire ne peut être invoqué par les enseignants que s'il s'exerce de manière offensive. », *RSC*, 1995, pp. 814 et s.

PLANCHARD (A.), « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 05 juillet 2015, consulté le 04 mars 2021.

PRALUS-DUPUY (J.), « Les principes du procès pénal et leur mise en œuvre dans les procédures disciplinaires », *RID pén.* mars, avril 2003, pp. 889-923.

RASCHEL (E.), « Nouvel épisode dans l'application de la règle ne bis in idem en droit français : l'autorisation du cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *Gaz. Pal.*, mai 2015, n° 150, notes n° 14 et 15.

ROUAULT (M.-C.),

- « La finalité de la sanction disciplinaire n'est pas de réparer le préjudice de la victime », *LPA*, 9 mars 2011, n° 48, pp. 6 et s.
- « Conditions d'application à des professionnels du principe de légalité des délits et des peines », *LPA*, 07 Juillet 2017, n° 135, pp. 8 et s.

-
SEÏD ALGADI (A.), « *Non bis in idem* : admission du cumul de la sanction de placement en cellule disciplinaire avec celle de retrait d'un crédit de réduction de peine », *Quotidien*, janvier 2017.

D. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE FISCALE

ABDEL-LATTUF (I.), « Le droit pénal fiscal : bilan et perspectives », *Revue juridique de l'ouest*, 2012, n° 4, pp. 431-456.

AYRAULT (L.), « Non bis in idem, les enjeux en matière fiscale », *AJ Pénal*, avril 2015.

BERLAUD (C.), « Cumul de sanctions pénale et fiscale : renvoi au Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 02 octobre 2018, n° 33, pp. 34 et s.

BERLAUD (C.), « Indépendance des juridictions pénales et fiscales : infléchissement modéré après les QPC », *Gaz. Pal.*, 17 septembre 2019, n° 31, pp. 29 et s.

BOULOC (B.) ; DETRAZ (S.), « Infractions fiscales et douanières », *RSC*, 2020, n° 3, pp. 663-672.

DAOUD (E.), « La défense pénale fiscale : procédures, outils d'enquête et droits de la défense », *Revue Lamy Droit des affaires*, 1^{er} février 2020, n° 156.

DAOUD (E.), e. a., « Circulaire du 4 octobre 2021 : Épisode 7 - La place de la CRPC et de la CJIP dans la lutte contre la fraude fiscale », *Recueil Dalloz*, 25 janvier 2022.

DÉCIMA (O.), « C'est grave ? À propos du cumul des sanctions pénales et fiscales », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 2442 et s.

DETRAZ (S.), « Une brèche dans l'indépendance des procédures fiscales et pénale », *RSC*, 2016, pp. 524 et s.

DREYER (E.), « Tous les coups sont permis dans la lutte contre la fraude fiscale (ou presque) », *Gaz. Pal.*, novembre 2019, n° 40, pp. 46 et s.

DUFOUR (O.), « Le juge pénal n'entend pas être un juge « résiduel » en matière fiscale », *LPA*, 4 octobre 2016, n° 198, pp. 4 et s.

DUSSART (V.), « Cumul des sanctions pénales et fiscales, une validation constitutionnelle définitive ? », *Lexbase*, juillet 2016, n° 664.

FLAUSS (J.-F.), « Pénalités fiscales et convention européenne des droits de l'homme », *LPA*, 11 mai 1994, n° 56.

FROGER (C.), « La sanction fiscale dans les jurisprudences constitutionnelle et européenne », *Revue du droit public*, 2013, n° 4, pp. 929 et s.

GICQUEL (J.-E.), JAN (P.), JUREDIEU (F.), TELLIER-CAYROL (V.), « Chronique QPC (Janvier - juin 2016) – la jurisprudence – Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale », *LPA*, 28 février 2017, n° 042, pp. 5 et s.

GUTMANN (L.), « Sanctions fiscales et Constitution », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, octobre 2011.

GUYOMAR (M.), « Il n'appartient pas au juge de l'impôt de contrôler la proportionnalité du montant de l'amende fiscale infligée sur le fondement de l'article 1734 ter du CGI », *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, n° 5, pp. 17 et s.

HERMON (C.), « Retour sur le cumul des poursuites et des sanctions pénales et fiscales, une partition inachevée », *RDP*, 1^{er} septembre 2016, n° 5, pp. 1395 et s.

LADOUX (L.), « La convention judiciaire d'intérêt public : une alternative au procès pénal fiscal de plus en plus utilisée », *Les Nouvelles fiscales*, 1^{er} novembre 2021, n° 1297.

LAMULLE (T.), « Une interprétation stricte des réserves du Conseil constitutionnel en matière de cumul des sanctions fiscales et pénales », *Lexbase*, 20 juillet 2017.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « De quelques évolutions notables découlant de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude », *Lexbase Pénal*, décembre 2018.

MARQUETTY (H.), « Verrou de Bercy, état des lieux deux ans après la loi du 23 octobre 2018 », *Les Nouvelles fiscales*, 15 février 2021, n° 1282.

MAZEAUD (A.), « Proportionnalité en droit social ? », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, pp. 64 et s.

OLLIVIER (V.), PLANCHAT (V.), « La Cour de cassation relance le dialogue des juges sur le cumul des sanctions fiscales et pénales », *Recueil Dalloz*, 19 Novembre 2020.

PHILIP (P.), « L'évolution des garanties fiscales résultant de la jurisprudence rendue au regard de la Convention EDH », *LPA*, 24 août 2012, n° 170, pp. 3 et s.

SOURZAT (C.), « Essai d'une analyse des rapports entre procédures fiscale et pénale », *RSC*, 2016, n° 2, pp. 199-217.

THEVENET (B.), « Fraude fiscale : la nouvelle loi du 23 octobre 2018 », *Hebdo édition fiscale*, février 2019, n° 773.

VERGES (E.), « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC*, 2013, n° 3, pp. 605-615.

E. DROIT PENAL AU CONTACT DE LA MATIERE CIVILE

AMBROISE-CASTEROT (C.), « Droit pénal et droit des personnes », in J.-C. SAINT-PAU (Dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 16 et s.

DÉCIMA (O.), **SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)**, « Droit pénal et droit des entreprises », in J.-C. SAINT-PAU (Dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 202-204.

FOURNIER DE CROUY (N.), « La fonction normative de l'amende civile », in *Intensification de la fonction normative de la responsabilité civile. Acte II de la réforme du livre III du Code civil, colloque du 17 mai 2019, Faculté de droit de Metz*, N. Fournier de Crouy (dir.), Lexbase Privé, juin 2020, n° 827.

LAGOUTTE (J.), « Les conséquences sur la sanction en droit français : la question de l'amende civile », *Revue des contrats*, 1^{er} janvier 2022, n° 01, pp. 159 et s.

LEPAGE (A.), « Droit pénal et droit de la consommation », in J.-C. SAINT-PAU (Dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 251 et s.

MATSOPOULOU (H.), **SAINTOURENS (B.)**, « Droit pénal et droit des sociétés », in J.-C. SAINT-PAU (Dir.), *Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XX^e congrès de l'Association française de droit pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles de la Justice de Bordeaux (ISCJ-EA 4601)*, éd. CUJAS, 2012, pp. 175-191.

MONTERAN (T.), « Les sanctions professionnelles exclues du périmètre de la transaction prévue à l'article L. 642-24 du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, 13 juillet 2021, n° 26, pp. 68 et s.

ROBACZEWSKI (C.), « Les sanctions pénales dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 10 mars 2009, n° 69, pp. 61 et s.

ROUSSEL GALLE (Ph.), « La procédure civile dans les responsabilités et les sanctions civiles », *LPA*, 28 novembre 2008, n° 239, pp. 80 et s.

ZOLYNSKI (C.), « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce porte-t-il atteinte au principe de légalité des délits et des peines ? », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 1^{er} décembre 2010, n° 11, p. 2.

F. DIVERS

AUMERAN (X.), « Les frontières du droit disciplinaire », in *Actualité du droit disciplinaire*, Grégoire Loiseau (Coord. sc.), *BJT*, 1^{er} mai 2022, n° 05, pp. 40 et s.

AUBY (J.-M.), DRAGO (R.), « Traité du contentieux administratif », *Revue internationale de droit privé*, vol. 2, 1975, pp. 457 et s.

BORE (L.), « La motivation des décisions de justice et la Convention EDH », *JCP*, 2002, I, pp. 104 et s.

BREEN (E.), « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *RSC*, 2019, n° 2, pp. 327-331.

CLOUZOT (L.), L'abandon de poste en droit de la fonction publique, *RFDA*, mars 2014, pp. 135 et s.

COHEN (D.), Le juge, gardien des libertés », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, pp. 113-125.

CORNELOUP (V.), « La présence de fonctionnaires parmi les membres d'une juridiction ne met pas en doute l'impartialité de celle-ci », *Hebdo édition affaires*, février 2003, n° 57.

GICQUEL (J.-E.), « Instauration de l'état d'urgence », Chronique QPC, Août - Décembre 2015, *LPA*, 27 juillet 2016, n° 149, pp. 4 et s.

GOESEL-LE BIHAN (V.), « A quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? », *RFDC*, janvier 2017, n° 109, pp. 89-102.

GRAVELEAU (P.), « Responsabilité de la puissance publique », *Gaz. Pal.*, 22 juillet 2010, n° 203, pp. 31 et s.

ISAR (H.), « Déontologies de l'entreprise audiovisuelle », in J.-L. BERGEL (dir.), *Droit et Déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, pp. 193, 213-215.

JANUEL (P.), « Réforme du droit de la responsabilité civile : annonce d'une proposition de loi sénatoriale », *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1519 et s.

MAGGI-GERMAIN (N.), « Le compte personnel de formation », *Les Cahiers Sociaux*, 1^{er} février 2015, n° 271, pp. 124 et s.

MALEVILLE (V.), « Les règles de la responsabilité civile bientôt réformées ? », *Ed. Législatives*, 11 septembre 2020.

MARGUENAUD (J.-P.), ROETS (D.), « Droits de l'homme. Jurisprudence de la CEDH », *RSC*, 2013, n° 3, pp. 649-675.

MAZEAUD (D.), « Faute lourde et plafond légal de réparation, Faute lourde et plafond légal de réparation », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2005, n° 3, pp. 673 et s.

MICHEL (P.), « Politique pénale et politique de sécurité », in *Actes du Colloque du 19 et du 20 octobre 2006 - Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?* éd. Lextenso, LGDJ, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2008.

MOLFESSIS (N.), « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTDC*, janvier-mars 2000, pp. 188 et s.

OPPETIT (B.), « De la codification », in *La codification*, B. BEIGNIER (dir.), éd. Dalloz, 1996, pp. 7 et s.

PETIT (F.), VALLENSAN (J.), Existe-t-il une théorie du contrat de transport ? », *LPA*, 28 novembre 2012, n° 238, pp. 37 et s.

PETITPREZ (E.), BIGOT (R.), « Du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 à la proposition de loi du 29 juillet 2020 - Tableau comparatif », *Hebdo édition privée, Lexbase*, octobre 2020.

PORRET (M.), « Maintenir mais modérer la mort comme peine au temps des lumières », in F. CHAUVAUD (Dir.), *Le droit de punir – du siècle des Lumières à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2012, pp. 27 et s.

PRETOT (X.), « Le droit répressif non pénal », *Dr. soc.*, 200, pp. 436 et s.

VERGES (E.), « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC*, 2013, n° 3, pp. 605-615.

WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge », in *Mélanges R. Perrot*, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? éd. Dalloz, 1996, pp. 575 et s.

WILLMANN (C.), « Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 : les modestes mais controversées mesures portant sur la fraude sociale », *Hebdo édition sociale*, novembre 2018, n° 761.

XHAERI (K.), MUNOZ-PONS (V.), « Appréciation stricte du principe *non bis in idem* en matière de droit pénal international », *Recueil Dalloz*, 14 juin 2018, n° 22, pp. 1243 et s.

ZEROUKI (D.), « La sanction en matière pénale », in *Colloque « La sanction »*, organisé le 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, éd. L'Harmattan, 2007, pp. 37 et s.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	V
ABRÉVIATIONS, ACRONYMES ET LATINISMES.....	VII
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
I- Les notions de sanction pénale et de sanction ayant le caractère d'une punition	2
A. La notion de sanction	2
B. La notion de sanction pénale	5
C. La notion de sanction ayant le caractère d'une punition	14
II- Les rapports entre la sanction pénale et les sanctions ayant le caractère d'une punition	31
PREMIÈRE PARTIE : LA DISTINCTION DES SANCTIONS.....	51
TITRE I. LA DISTINCTION DES FINALITÉS	57
Chapitre 1. La finalité répressive.....	63
Section 1 : Une divergence relative entre la sanction pénale et les sanctions administratives.....	63
§ 1 : Des points communs	64
§ 2 : Les particularités de la finalité répressive des sanctions administratives.....	67
<i>A.LA PARTICULARITÉ DE LA RÉTRIBUTION OPÉRÉE PAR LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES.....</i>	<i>67</i>
<i>B.LA SPÉCIFICITÉ DE LA FINALITÉ DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES</i>	<i>69</i>
Section 2 : Une convergence de la sanction pénale et des autres sanctions	70
§ 1 : Sanction pénale et sanction disciplinaire.....	71
<i>A.LES LIENS ENTRE LE DROIT PÉNAL ET LE DROIT DISCIPLINAIRE</i>	<i>71</i>
1.La théorie d'incompatibilité du droit pénal et du droit disciplinaire	71
2.La théorie de l'analogie du droit pénal et du droit disciplinaire	73
<i>B.DES SANCTIONS A FINALITÉ RÉPRESSIVE RAPPROCHÉE</i>	<i>75</i>
§ 2 : Sanction pénale et autres sanctions ayant le caractère d'une punition	79
Chapitre 2. La finalité préventive	85
Section 1 : La prévention générale des sanctions	86
§ 1 : Une séparation relative de la sanction pénale et des sanctions administratives	87
<i>A.RAPPORTS ENTRE SANCTION PÉNALE ET SANCTIONS ADMINISTRATIVES BASÉS SUR LA TRANSPARENCE ET LA PRÉVISIBILITE</i>	<i>88</i>
1.Una prévention générale par la transparence des sanctions.....	88
2.Una prévention générale par la prévisibilité des sanctions.....	91
<i>B.RAPPORTS ENTRE LES SANCTIONS FONDÉS SUR LA MÉTHODE DU DURCISSEMENT DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES</i>	<i>93</i>

§ 2 : Une séparation nette de la sanction pénale et des autres sanctions ayant le caractère d'une punition	98
<i>A.FINALITÉ PRÉVENTIVE GÉNÉRALE DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES</i>	98
<i>B.FINALITÉ PRÉVENTIVE GÉNÉRALE DES AUTRES SANCTIONS AYANT LE CARACTÈRE D'UNE PUNITION</i>	100
Section 2 : La prévention spéciale des sanctions.....	102
§ 1 : Une reconnaissance de la prévention spéciale à la sanction pénale	103
§ 2 : La dissemblance des sanctions	108
TITRE II. LA DISTINCTION DES RÉGIMES.	115
Chapitre 1. Les organes prononçant les sanctions	117
Section 1 : La nature et les attributs du juge pénal : une source de dissemblance des sanctions	118
§ 1 : Le juge pénal : une juridiction répressive unique.....	118
§ 2 : Les autres autorités répressives : des autorités non judiciaires et non juridictionnelles	124
Section 2 : L'organisation des fonctions de poursuite et d'instruction : une source d'autonomie des sanctions.....	126
§ 1 : Une démarcation par la fonction de poursuite	127
<i>A.LA DÉSIGNATION DES ORGANES DE POURSUITE</i>	127
<i>B.LA MISE EN ŒUVRE DES POURSUITES EXTRA-PÉNALES</i>	131
1.Les progrès en matière de poursuites déclenchées par la victime	132
2.L'insuffisance en matière de poursuites déclenchées par le tiers	136
§ 2 : Une démarcation par la fonction d'instruction.....	139
Chapitre 2. Les garanties des sanctions	145
Section 1 : La garantie affectant l'incrimination	147
§ 1 : L'élargissement de l'application du principe de légalité des délits et des peines 147	
<i>A.L'EXIGENCE DE CLARTÉ ET DE PRÉCISION DANS LA DÉTERMINATION DES FAUTES PUNISSABLES</i>	148
<i>B.L'EXIGENCE DE CLARTÉ ET DE PRÉCISION DANS LA DÉTERMINATION DES SANCTIONS, UNE RIGUEUR D'ADAPTATION LIEE A LA NATURE PÉNALE</i>	159
§ 2 : L'élargissement de l'application des corollaires du principe de légalité.....	164
<i>A.L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'APPLICATION RETROACTIVE DE LA LOI PLUS DOUCE</i>	164
<i>B.L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITE DE LA LOI PÉNALE PLUS SÉVÈRE</i>	165
Section 2 : Les garanties bénéficiant aux personnes mises en cause.....	167
§ 1 : L'application de la présomption d'innocence à toute personne mise en cause ...	168
§ 2 : L'adaptation de l'application des droits de la défense à toute personne mise en cause	176
Section 3 : Les garanties de la procédure	182
§ 1 : L'application à la matière répressive des garanties liées au jugement	182
<i>A.LA SOUMISSION DE L'AUTORITÉ SANCTIONNATRICE AU PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE ET DE L'IMPARTIALITÉ</i>	182
1.L'application de l'exigence d'impartialité en matière répressive extra-pénale	183
2.L'application de l'exigence d'indépendance en matière répressive extra-pénale	187

<i>B.LA SOUMISSION DES SANCTIONS A L'EXIGENCE DE PUBLICITE</i>	189
§ 2 : L'application à la matière répressive des garanties liées aux sanctions	193
<i>A.LA SOUMISSION DE TOUTE SANCTION PUNITIVE AUX RÈGLES DE NÉCESSITE ET DE PROPORTIONNALITÉ</i>	194
<i>B.LA SOUMISSION DES SANCTIONS A L'EXIGENCE DE MOTIVATION</i>	198
Chapitre 3. La contestation des sanctions.....	205
Section 1 : Un contrôle des sanctions à double fondement	206
§ 1 : Un fondement marqué par la vérification de principes cardinaux.....	207
<i>A.POINTS DE DIVERGENCE DU FONDEMENT</i>	207
<i>B.CONVERGENCE DES PRINCIPES CARDINAUX CONTROLÉS</i>	209
§ 2 : Un fondement influencé par le tandem constitutionnel et conventionnel	213
Section 2 : Un contrôle des sanctions à plusieurs vitesses	219
§ 1 : Progression à mouvements variés du contrôle dans son champ d'application	219
§ 2 : Progressions à mouvements variés de l'intensité du contrôle	227
<i>A.UNE VARIATION DE L'INTENSITÉ DU CONTROLE EN FONCTION DU DEGRÉ DE GRAVITÉ DE L'ACTE REPRÉHENSIBLE</i>	227
<i>B.UNE VARIATION DE L'INTENSITÉ AU SEIN MÊME DE LA CATEGORIE DES SANCTIONS PUNITIVES</i>	229
SECONDE PARTIE : L' ARTICULATION DES SANCTIONS	239
TITRE I : LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICULATION.....	245
Chapitre 1. L'évitement du cumul des sanctions.....	247
Section préliminaire : L'indépendance des actions répressives liée à une faible réceptivité de la règle de l'autorité de la chose jugée.....	248
Section 1 : Répartition substantielle du contentieux pénal et extra pénal	254
§ 1 : Les éléments constitutifs de l'infraction : des critères de prévention du cumul de qualifications	258
§ 2 : Le critère de gravité des faits : un critère de prévention du cumul de qualifications	260
Section 2 : Répartition procédurale du contentieux pénal et extra pénal.....	263
§ préliminaire : L'interdiction stricte du cumul de poursuites purement pénales	265
§ 1 : La difficile application de l'interdiction originellement pénale en cas de pluralité de poursuites mixtes	267
§ 2 : L'interdiction fondée sur le choix d'une seule poursuite	273
Chapitre 2. L'organisation du cumul des sanctions.....	281
Section 1. L'instauration jurisprudentielle de l'articulation des sanctions.....	282
§ 1 : La règle de complémentarité des procédures : une application diversifiée de l'articulation	285
<i>A.LA CONCEPTION CONSTITUTIONNALISTE DE LA COMPLÉMENTARITE DES PROCÉDURES</i>	286
<i>B.LE LIEN AVEC LA CONCEPTION EUROPÉENNE</i>	290
1.La question de la compatibilité de la jurisprudence constitutionnelle avec la jurisprudence européenne	290
2.Les conditions disparates propres à la jurisprudence européenne	294
§ 2 : La proportionnalité des sanctions : une applicabilité relativement homogène de l'articulation	299

Section 2. L'extension de l'articulation des sanctions à toute la matière répressive.....	305
§ 1 : La détermination de la notion de « matière pénale » : source de difficulté d'application de la mixité des procédures dans divers réseaux répressifs.....	306
A. APPRÉCIATION DE LA NOTION DE « MATIÈRE PÉNALE ».....	306
B. UNE INCOHERENCE NOTIONNELLE RESSENTIE DANS PLUSIEURS DOMAINES RÉPRESSIFS.....	309
§ 2 : La détermination de la notion de « nature des sanctions » : source de difficulté d'application de la proportionnalité à toute la matière répressive.....	313
TITRE II : L'AMÉLIORATION DE L'ARTICULATION DES SANCTIONS.....	319
Chapitre 1. Les pistes exclues.....	321
Section 1 : La piste d'articulation des autorités de poursuite.....	322
§ 1 : Les formes législatives existantes d'articulation des autorités de poursuite pénales et extra-pénales.....	323
§ 2 : La portée limitée de l'articulation des autorités de poursuites.....	329
Section 2 : La piste de l'alternative des sanctions.....	333
Chapitre 2. Les pistes retenues.....	339
Section 1 : La piste d'une législation nouvelle élargie à toute la matière répressive extra- pénale.....	340
§ 1 : L'aspect formel de la législation favorable à l'amélioration de l'articulation.....	341
§ 2 : L'aspect matériel de la législation favorable à l'amélioration de l'articulation des sanctions.....	344
Section 2 : La mise en place d'une politique répressive adaptée.....	348
§ 1 : La potentialité d'une politique répressive extra-pénale.....	348
A. UNE POLITIQUE RÉPRESSIVE EXTRA-PÉNALE DÉFINIE PAR SES PROPRES OBJECTIFS.....	349
B. L'OPPORTUNITÉ D'UNE CONCEPTUALISATION DE LA POLITIQUE RÉPRESSIVE EXTRA-PÉNALE.....	350
§ 2 : Mise en œuvre et contrôle d'une politique répressive extra-pénale.....	352
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	359
ANNEXES.....	363
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	379
BIBLIOGRAPHIE.....	387
TABLE DES MATIÈRES.....	415