

RESUME. — Droit pénal et droit administratif s'interpénètrent de plus en plus, non plus seulement parce que le droit pénal réprime des comportements d'ordre administratif, mais parce que la répression est souvent assurée par des autorités administratives et la prévention par des autorités pénales.

Mots clé : autorité administrative – tribunal – prévention – répression – sanctions – liberté individuelle

ABSTRACT. — Criminal law and administrative law are more and more intertwined, not only because criminal law is curbing behaviours of an administrative nature but because this curbing is often done by administrative authorities whereas preventive action is ensured by criminal authorities.

Keywords: administrative authority - court - preventive action - crime curbing - penalties - individual freedom

Droit pénal et droit administratif

Pierre DELVOLVE

Membre de l'Institut

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit pénal et droit administratif sont enseignés comme deux branches du droit distinctes. Bien plus, alors que le droit administratif fait partie des disciplines entrant dans le champ du concours d'agrégation de droit public, le droit pénal est rattaché à celui de l'agrégation de droit privé.

La distinction n'est pas seulement universitaire, elle est fonctionnelle. Le droit pénal est entièrement destiné à la répression ; le droit administratif l'est, parmi d'autres objets, à la prévention. Il en résulte des conséquences juridictionnelles : toute activité de recherche des infractions et de poursuite de ceux qui les ont commises relève de la police judiciaire et, conséquemment, du contrôle des juridictions judiciaires¹ ; toute activité destinée à empêcher les désordres et à rétablir l'ordre relève de la police administrative et, par suite, du contrôle des juridictions administratives².

Et pourtant les deux droits ont des relations.

Les unes, fondamentalement, sont *notionnelles* : ils appartiennent tous les deux au droit public, « ensemble des règles juridiques concernant la complexion, le fonctionnement de l'État et des autres institutions publiques et leurs relations avec les citoyens »³. C'est évident pour le droit administratif, qui détermine l'organisation, le fonctionnement et l'activité des institutions administratives, et leurs rapports avec les personnes privées. Cela ne l'est pas moins pour le droit pénal et, dans son sillage, le droit de la procédure pénale, qui déterminent la répression par l'État des infractions commises par les personnes privées. En ce sens, le droit pénal est un aspect du droit public, puisque le rôle de l'État, de qui émane toute justice, et spécialement la justice pénale, y est prédominant et qu'il assure par le droit pénal et par la justice pénale la défense de la société contre ceux qui la perturbent. Dans les deux cas, il s'agit d'assurer l'ordre public.

1 CE Sect. 11 mai 1951, *Baud*, Rec. 205 ; S. 1952.3.13, concl. J. Delvolvé, note R. Drago.

2 T.C. 7 juin 1951, *Noualek*, Rec. 636, concl. J. Delvolvé.

3 *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, PUF.

D'autres relations sont *existentielles*, tantôt le droit administratif étant un élément du droit pénal, tantôt le droit pénal un élément du droit administratif.

Le premier aspect se manifeste d'abord dans l'organisation des juridictions pénales, qui constituent une partie du service public de la justice ; à ce titre, elle relève du droit administratif et, en cas de contentieux, de la compétence de la juridiction administrative. Tel est le cas pour les mesures de création ou de suppression de ces juridictions, qui sont des actes administratifs de caractère réglementaire⁴, pour les mesures de nomination⁵ et celles de sanction des magistrats, celles-là étant des actes administratifs individuels si elles portent sur les magistrats du parquet⁶ ou des décisions juridictionnelles de l'ordre administratif, émanant d'une juridiction administrative spécialisée, le Conseil supérieur de la magistrature, lorsqu'elles répriment des magistrats du siège⁷.

Viennent ensuite des infractions assorties de peines contraventionnelles, dont la détermination relève du pouvoir réglementaire selon la Constitution de 1958⁸ : ainsi ce sont des décrets, actes administratifs les plus typiques, qui définissent les contraventions, dont la répression est assurée dans le cadre du droit pénal.

Mais, à l'inverse, selon un second aspect, c'est le droit pénal qui détermine des solutions dans le cadre du droit administratif. La « légalité administrative » en effet n'est pas constituée seulement de règles propres à l'administration, elle englobe l'ensemble des règles régissant autant les personnes privées que les personnes publiques, y compris les règles du droit pénal. C'est ainsi que, pour la nomination à certains emplois, il doit être tenu compte des dispositions pénales (art. 432-13 C. pén.) réprimant la prise illégale d'intérêt⁹.

D'autres relations enfin sont *fonctionnelles*. On a dit plus haut que droit administratif et droit pénal assurent, l'un la prévention, l'autre la répression. Mais l'opposition se relativise si l'on observe que, dans les deux cas, il s'agit d'assurer l'ordre public. C'est, non seulement ce qui donne aux deux branches du droit une certaine unité, mais aussi, et plus encore au cours de la période récente, une interpénétration par le développement des aspects administratifs de la répression (I) et, en sens inverse, des aspects pénaux de la prévention

4 Jurisprudence *Préfet de la Guyane*, T.C. 27 nov. 1952, Rec. 642 ; *JCP* 1953.II.7598, note Vedel ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Dalloz, 17^e éd., 2009, n° 88, p. 435 – Par ex. décret relatif aux pôles d'instruction : CE 19 déc. 2008, *Kierkowski-Chotal et autres*, Rec. 468 ; G.P. 2009, n° 8, p. 14, concl. Guyomar ; *JCP G* 2009.II.10042, note Dupic ; décret relatif aux tribunaux de Moulins : CE 19 févr. 2010.

5 Par ex. CE Sect. 10 mars 2006, *Carre-Pierrat*, Rec. 136, *ADJA* 2006.802, chr. Landais et Lenica ; 12 déc. 2007, *Sire*, Rec. 471 ; *ADJA* 2008.638, Concl. Guyomar.

6 Par ex. CE Sect 20 juin 2003, *Stilinicovic*, Rec. 258, Concl. Lamy ; *ADJA* 2003.1334, chr. Donnat et Casas.

7 CE Ass. 12 juil. 1969, *L'Étang*, Rec. 388 ; *ADJA* 1969.559, chr. Dewost et Denoix de Saint Marc ; *RD publ.* 1970.387, note M. Waline.

8 CE Sect. 12 fév. 1960, *Société Eky*, Rec. 101 ; S. 1960.131, concl. Kahn ; D.1960.236, note L'Huillier ; *JCP* 1960.II 11629 bis, note Vedel.

9 CE Ass. 6 déc. 1996, *Société Lambda*, Rec. 466, concl. Piveteau ; *RFDA* 1997.173, concl. Piveteau ; *ADJA* 1997.152, chr. Chauvaux et Girardot ; *Les grands arrêts...*, n° 100, p. 718.

(II)¹⁰.

I. — LES ASPECTS ADMINISTRATIFS DE LA REPRESSION

Cet intitulé peut faire penser à la répression administrative tout court. Celle-ci s'est beaucoup développée et a fait l'objet de travaux approfondis¹¹. Si important que soit son développement et si ressemblante qu'elle soit à certains égards avec la répression pénale, elle reste parallèle à celle-ci : il s'agit d'une répression administrative à côté voire à la place de la répression pénale. Ce que l'on voudrait montrer ici, c'est l'imbrication des aspects administratifs et des aspects pénaux de la répression.

Tantôt il existe une répression pénale d'infractions administratives (A), tantôt une répression administrative d'infractions pénales (B).

A. — *La répression pénale d'infractions administratives*

Il faudrait peut-être mettre des guillemets à infractions « administratives », car la formule est sans doute trop forte, voire exagérée. On pourrait objecter qu'en réalité il s'agit d'infractions pénales s'insérant dans les catégories du droit pénal. Mais leurs relations avec l'administration leur donnent une particularité qui les isole ou en tout cas les singularise par rapport à d'autres infractions. C'est en ce sens qu'on peut parler d'infractions administratives. À cela s'ajoute le cas échéant une particularité contentieuse. Alors que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires interdit en principe aux tribunaux de l'ordre judiciaire de connaître des actes d'administration, il y est fait exception, non plus seulement selon le Tribunal des conflits¹² pour interpréter les actes administratifs réglementaires et en apprécier la légalité, mais, depuis l'entrée en vigueur du code pénal de 1994, tout autant pour le faire à l'égard des actes administratifs individuels (art. 111-5) : le juge pénal peut ainsi se faire juge administratif.

C'est le cas tout autant au titre du droit pénal général (1°) qu'à celui du droit pénal spécial (2°).

10 Sur l'ensemble du sujet, v. notamment G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, L.G.D.J., 1997 ; M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit pénal*, Economica, 1992 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000 ; F. Moderne, « La sanction administrative », *RFDA* 2002.483 ; *ADJA* 2001, n° spécial sur « Les sanctions administratives » ; P. Delvolvé, « Répression, droit pénal et droit administratif », in *Les Enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997, p. 37-46 ; J.-C. Vénézia, « Droit administratif et droit pénal » in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Code pénal et code d'instruction criminelle. Le livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010.

11 Notamment J. Mourgeon, *La Répression administrative*, L.G.D.J. 1967. *RFDA* 1994.414, « Administration et répression. L'évolution du régime des sanctions administratives » (Dossier).

12 T. confl. 5 juil. 1951, *Avranches et Desmarests*, Rec. 638 ; *D.* 1952.271, note Blaevoet ; *JCP* 1951.II.6623, note Homont ; *S.* 1952.3.1, note J.M. Auby.

1°. *Le droit pénal général* réprime d'abord les infractions commises par les particuliers. Au premier rang, qui est aussi le plus banal, se trouvent les contraventions aux règlements de police (art. R. 610-5 C. pén.), dont la répression amène les tribunaux (en premier ressort ceux de police) à examiner la légalité desdits règlements par voie d'exception, selon une analyse qui rejoint celle du juge administratif. La qualification d'infractions « administratives » se justifie particulièrement si l'on observe qu'elles sont précisément la violation de dispositions arrêtées dans l'exercice de la fonction administrative la plus élémentaire, celle de police.

D'autres infractions sont « administratives », non plus par leur objet, mais par leur auteur.

On doit mentionner pour mémoire (ne serait-ce que pour que cela ne revienne pas) le cas des crimes contre l'humanité (art. 211-1 et s. C. pén.), dont la complicité a conduit à la condamnation, par la Cour d'assise de la Gironde, d'un ancien secrétaire général de la préfecture (2 avril 1998).

Moins rares peuvent être les maladresses, imprudences, inattentions, négligences ou manquements à une obligation de sécurité ou de prudence ayant causé des atteintes involontaires à la vie (art. 221-6 C. pén.) ou à l'intégrité de la personne (art. 222-19), la mise en danger d'autrui (art. 223-1), l'omission de porter secours (art. 223-6), commises par des autorités administratives, des fonctionnaires et autres agents publics, comme ils peuvent l'être par toute autre personne. La jurisprudence en a donné des illustrations¹³.

Ces affaires ont provoqué une vive réaction de la part des administrateurs et des élus, qui se sont sentis des boucs émissaires. L'aménagement de l'article 121-3 du code pénal, d'abord par la loi du 13 mai 1996, puis par celle du 10 juillet 2000, en des termes suffisamment généraux pour ne pas paraître instituer une protection spéciale des agents publics, a permis de limiter la menace de poursuites à des comportements graves. S'il s'en produit encore dans l'exercice de fonctions administratives, c'est bien en lien avec celles-là qu'ils sont commis et réprimés. D'ailleurs le dispositif est expressément rappelé pour les élus locaux dans le code général des collectivités territoriales¹⁴ et pour les fonctionnaires par l'article 11 bis A introduit dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

2°. *Le droit pénal spécial* comporte également des incriminations qui peuvent avoir des rapports avec des fonctions administratives.

13 Par ex. Cass. Crim. 20 févr. 1995, *Droit pénal* 1995.173, note Véron ; 4 juin 1996, *Bull. crim.* n° 709 ; 21 juin 2000, *Bull. crim.* n° 239 ; 3 mai 2001, *Bull. crim.* n° 106 : participation d'un maire à la conclusion d'un contrat avec l'entreprise dont lui-même ou des membres de sa famille sont propriétaires ; C.A. Rennes 13 déc. 1994, *D.* 1995.361, note Benoît : réalisation par un directeur départemental de l'équipement de travaux sur une maison qu'il a louée à l'État ; Cass. Crim. 7 mai 1998, *Droit pénal*, 1998, n° 128 : utilisation par un maire de personnels de la commune comme employés de maison etc... Plus gravement, dans l'affaire du sang contaminé, l'arrêt de la Cour de justice de la République du 9 mars 1999. V. aussi P. Delvolvé, « La responsabilité pénale des autorités de police », in *Les Polices municipales en perspectives*, Éd. CNFPT, 1999, p. 147-168 ; « La responsabilité pénale des autorités administratives », in *La Responsabilité en droit public : aspects contemporains*, colloque de Beyrouth, CEDROMA, 3-4 novembre 2004, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 159-182.

14 Article L. 2132-2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

Certaines ne leur sont pas propres mais peuvent les atteindre. Celle d'empoisonnement (art. 221-3 et 221-5 C. pén.) a été un moment évoquée dans l'affaire du sang contaminé, puis heureusement écartée. Plus courante pourrait être, au niveau municipal, le déversement de substances nuisibles (art. L. 216-6 C. envir.), l'exécution de travaux en méconnaissance des règles d'urbanisme (art. L. 480-1 c. urb.), dont pourraient se rendre coupables les élus et fonctionnaires locaux compte tenu de leurs interventions en matière d'assainissement et d'urbanisme.

D'autres incriminations sont propres aux autorités administratives au sens large. Elles sont établies dans le code pénal aux articles 432-1 et s. sous l'intitulé général d'« atteintes à l'administration publique commises par les personnes exerçant une fonction publique ». Outre les cas classiques de concussion, corruption, atteinte aux libertés individuelles et maintenant discrimination, on trouve aujourd'hui des incriminations nouvelles : prise illégale d'intérêts (ancien délit d'ingérence) (art. 432-12 et 432-13), délit de favoritisme (art. 432-14) consistant en l'attribution d'un avantage injustifié à l'occasion de procédures de passation de marchés publics et de délégation de service public : ce sont autant d'occasions pour le juge pénal, non seulement de juger des personnes exerçant ou ayant exercé des fonctions administratives à raison de celles-là mêmes, mais de procéder à des qualifications d'actes administratifs et de contrôler des procédures précédant leur adoption.

Bien plus, les collectivités territoriales elles-mêmes, pouvant être pénalement responsables dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public (art. 121-2 C. pén.), ce sont les manquements administratifs de personnes morales de droit public qui sont englobés dans la répression pénale.

Le système peut s'inverser.

B. — *La répression administrative d'infractions pénales*

La qualification d'infractions « pénales » peut prêter à discussion comme précédemment celle d'infractions « administratives ». Pourtant elle se justifie si l'on considère la nature des infractions (1°) et celle de la répression (2°).

1°. *La nature des infractions* consiste toujours en des manquements à des obligations, en la violation des règles à respecter.

Dans une première série de cas, ces infractions sont réprimées par des *juridictions*, non pas pénales, mais *administratives*.

C'est le cas des contraventions de grande voirie, consistant en une dégradation ou une utilisation anormale de certaines dépendances du domaine public¹⁵. Le Conseil constitutionnel en a reconnu la spécificité en considérant qu'elles « ne sont pas, compte tenu de leur objet et des règles de procédure et de compétence qui leur sont applicables, des contraventions de police »¹⁶.

15 Cons. const. n° 87-151 L du 23 septembre 1987 ; Rec. 53 ; *RFDA* 1988.273, note Genevois ; *ADJA* 1988.60, note Prétot.

16 Article L. 2131-1 du Code général de la propriété des personnes publiques ; Code de la voirie routière, art. L. 116-1 et s.

Leur nature d'infractions pénales n'en ressort pas moins de deux observations.

La première est celle du Conseil constitutionnel lui-même, qui, comme pour les infractions purement pénales, réserve la compétence du législateur « pour instituer de telles infractions, en définir les éléments constitutifs aussi bien que pour édicter d'éventuelles causes d'exonération, dès lors que ces infractions, sans perdre leur caractère de contraventions de grande voirie, sont passibles de peines d'amende dont le montant excède celui prévu pour les contraventions de police ».

La seconde observation tient à ce que les contraventions de voirie routière sont réprimées par les juridictions pénales¹⁷ : or, comme les contraventions de grande voirie, elles résultent d'une dégradation ou d'une utilisation anormale du domaine public routier. Si l'objet de la contravention n'est pas le même, la nature de l'infraction est identique : réprimée par les juridictions pénales de l'ordre judiciaire, elle révèle que les contraventions de même nature réprimées par les juridictions de l'ordre administratif ont également un caractère pénal.

D'autres infractions, selon une seconde série de cas sont l'objet d'une *répression exclusivement administrative*. Il en est ainsi de certaines qui sont commises en matière fiscale ou monétaire.

Le plus souvent, en ces matières, les infractions commises peuvent être réprimées aussi bien par la voie administrative que par la voie pénale. Mais cette double possibilité laisse en pratique à la répression administrative une place prépondérante.

Il en est ainsi notamment en matière fiscale. Si l'article 1741 du code général des impôts permet de poursuivre pénalement quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement de l'impôt, c'est sous réserve de l'avis conforme de la Commission des infractions fiscales, qui n'est donné que dans des cas patents : pour l'essentiel, la répression fiscale est une répression administrative.

On peut faire la même observation à propos de la dualité des possibilités de répression des infractions en matière de concurrence¹⁸, de marchés financiers¹⁹, d'informatique²⁰ et d'audiovisuel²¹.

Ainsi les mêmes faits peuvent être réprimés par la voie pénale autant que par la voie administrative ; même s'ils le sont plus par la seconde que par la première, ils apparaissent ainsi, même dans ce cas, comme des infractions pénales.

2°. C'est pourquoi *la nature de la répression*, même administrative, rejoint à

17 Par ex. article L. 112-6 et L. 112-7 du Code monétaire et financier et art. 1840 I du Code général des impôts. V.C.E. Ass. 16 févr. 2009, *Société ATOM, RFDA* 2009.259, concl. Legras ; *ADJA* 2009.583, chr. Lieber et Botteghi.

18 Articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-6, L. 464-2 du Code de commerce.

19 Articles L. 465-1 et s. L. 621-5 et s. du Code monétaire et financier. V. par ex. P. Delvolvé, « Le pouvoir de sanction des autorités de marché et le contrôle du juge », in « La puissance publique, l'organisation et le contrôle des marchés », *LPA*, 17 sept. 2001 ; T. Bonneau, « Sanction administrative, juge pénal et droit pénal en matière financière », in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Code pénal et code d'instruction criminelle. Le livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010.

20 Articles 45 et s., 50 et s. de la loi du 6 janvier 1978.

21 Articles 42 et s. de la loi du 30 septembre 1986.

bien des égards la répression pénale.

Il en est ainsi tout d'abord pour *les organes* qui l'assurent.

Certains sont de véritables juridictions administratives, soit de droit commun, comme les tribunaux administratifs (avec en appel les cours administratives et en cassation le Conseil d'État), soit spécialisées, comme les juridictions professionnelles (juridictions ordinales, commission bancaire²²).

D'autres organes sont des autorités administratives : après avoir été reconnue par la jurisprudence (Conseil de la concurrence²³ ; Commission des opérations de bourse²⁴), cette qualification a été expressément utilisée par le législateur (Autorité de la concurrence²⁵ ; Autorité de contrôle prudentiel²⁶). La qualité d'« autorité publique indépendante » attribuée à l'Autorité des marchés financiers²⁷, si elle est liée à la reconnaissance de la personnalité morale, ne change rien à la nature des fonctions assurées, qui, au regard du droit interne, restent de nature administrative, même dans l'exercice d'un pouvoir de sanction.

L'attribution d'un tel pouvoir à ce type d'institution a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 28 juillet 1989 : « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction... ». La formule a été reprise dans la décision du 10 juin 2009 relative à la loi « Hadopi »²⁸, soulignant même que l'autorité administrative en cause est « une autorité de nature non juridictionnelle ».

Mais cette qualification n'est pas retenue, au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la Cour européenne des droits de l'homme : pour elle, « un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes du droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence », particulièrement en infligeant une sanction²⁹. Le Conseil d'État en a pris acte en considérant qu'« alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation discipli-

22 Selon l'art. L. 613-23 du Code monétaire et financier, « lorsque la commission bancaire statue en application de l'article L. 613-21, elle est une juridiction administrative ». La commission bancaire est supprimée par l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance au sein d'une Autorité de contrôle prudentiel.

23 Cons. cons. n° 86-224 DC 23 janv. 1987, Rec. 8 ; *Les grands arrêts...* n° 91, p. 636 : « le Conseil de la concurrence, organisme administratif ».

24 Cons. cons. n° 89-260 DC 28 juil. 1989, Rec. 71 ; *RFDA* 1989.671, note Genevois : « la Commission des opérations de bourse..., organe administratif ».

25 Article L. 461-1 du Code de commerce, issu de la loi du 4 août 2008.

26 Article L. 612-1 du Code monétaire et financier, issu de l'ordonnance du 21 janvier 2010.

27 Article L. 621-1 du Code monétaire et financier, issu de la loi du 1^{er} août 2003.

28 Dalloz 2009 p. 1770, note Bruguière, et p. 2045, note Marino ; *JCP G* 2009 (n° 28), p. 25, note Feldman et (n° 39), p. 46, note Verpeaux ; *LPA*, 24 juin 2009 (n° 125), p. 7, note Chaltiel ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, p. 609, note Francillon.

29 CEDH 30 nov. 1987, *H. c. Belgique*, série A, n° 17 ; 27 août 1991, *Demicoli c. Malte*, série A n° 210.

naire n'est pas une juridiction au regard du droit interne », l'article 6-1 lui est applicable³⁰ – la Cour européenne affirmant plus nettement que ce Conseil « doit être regardé comme un tribunal »³¹.

C'est cette formule qu'a reprise ensuite le Conseil d'État pour la Commission de contrôle des assurances³², aux compétences élargies aux mutuelles et institutions de prévoyance par la loi du 1^{er} août 2003³³, et absorbées par l'Autorité de contrôle prudentiel créée par l'ordonnance du 21 janvier 2001.

L'institution au sein de cette autorité d'une commission des sanctions comme c'est déjà le cas au sein de l'Autorité des marchés financiers ne peut qu'accentuer la qualification de tribunal au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne, sans remettre en cause celle d'autorité administrative au sens du droit interne.

Droit de la convention européenne et droit interne s'accordent sans doute pour des organes qui ne présentent en aucune manière les caractéristiques d'un tribunal, mais peuvent cependant infliger des sanctions, comme c'est le cas des autorités fiscales lorsqu'elles répriment des manquements à des obligations fiscales ou monétaires (*supra* note 17).

Cela ne les dispense pas de respecter les *règles de procédure et même de fond* qui sont de même type que dans la répression pénale. Il en est ainsi tout d'abord des droits de la défense. Ils ont été reconnus depuis longtemps comme un principe général au droit s'appliquant à l'administration dans tous les cas où elle inflige une sanction³⁴. Le Conseil constitutionnel les a faits siens au niveau constitutionnel pour en imposer le respect autant en matière administrative³⁵ qu'en matière pénale³⁶. Cela vaut pour la répression administrative comme pour la répression pénale.

Il en va tout autant du principe d'impartialité qui, s'il n'est pas propre à la matière répressive³⁷, s'y applique particulièrement, que la répression soit d'ordre pénal ou d'ordre administratif³⁸. Cette exigence a été renforcée sous l'effet de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence dont il a fait l'objet de la part de la Cour³⁹.

30 CE Ass. 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. 399 ; *Les grands arrêts...*, n° 104, p. 758.

31 CEDH 27 août 2002, *Didier*, JCP 2003.II.10177, note Gonzalez ; *RD publ.* 2003.697, obs. Gonzalez.

32 CE 28 oct. 2002, *Laurent*, Rec. 361 ; *ADJA* 2002.1492, note D. Coste ; *RD publ.* 2002.1607, notre Prétot.

33 v. CE Sect. 17 nov. 2006, *Société C.N.P. Assurances*, Rec. 473 ; *JCP* 2007.II.10011, note D. Israël.

34 CE Sect. 5 mai 1944, *Dame Trompier-Gravier*, Rec. 133 ; *Les grands arrêts...*, n° 55, p. 342 ; Ass. 26 oct. 1945, *Aramu*, Rec. 213 ; S. 1946.3.1 ; D. 1946.158, note G. Morange.

35 Cons. cons. n° 77-83 D.C. 20 juil. 1977, Rec. 39 ; *ADJA* 1977.599, note Denoix de Saint Marc ; D. 1959.297, note L. Hamon ; dans le même sens Cons. cons. 10 juill. 2009, précité, cons. 14.

36 Cons. cons. n° 76-70 D.C. 2 déc. 1976, Rec. 39.

37 Par ex. CE Sect. 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, Rec. 591 ; D. 1967.92, concl. Braibant ; *ADJA* 1967.34, chr. Lecat et Massot.

38 Cons. cons. 28 juil. 1989, précité, note 24 : « La Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à l'obligation d'impartialité ».

39 Par ex. CE 3 déc. 1999, *Didier*, précité, note 30.

Plus spécifiques de la répression pénale sont les principes de la présomption d'innocence et d'application de la loi pénale plus douce. Ils ont été transposés dans la répression administrative.

Le premier a été particulièrement rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision déjà citée du 10 juin 2009 relative à la loi « *Hadopi* ». Considérant « qu'en vertu de l'article 9 de la Déclaration de 1789, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, qu'il en résulte que le législateur ne saurait instituer une présomption de culpabilité en matière répressive », il a déclaré contraire à la Constitution un article qui, « en opérant un renversement de la charge de la preuve, [...] institue, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à Internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit ».

Le second principe a été mis en évidence par le Conseil d'État dans l'arrêt du 16 février 2009, *Société ATOM*, également précité (v. note 17) : « il appartient au juge du fond saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration et, le cas échéant, de faire application d'une loi nouvelle plus douce entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue ».

Ainsi peuvent être diminuées *les sanctions* initialement infligées par une autorité administrative. Cela les rapproche encore des sanctions pénales.

Cependant certains types de sanctions sont exclus de la répression administrative, ne pouvant appartenir qu'à l'ordre pénal. Dans sa décision du 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel, tout en admettant l'attribution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative, a marqué une limite : « la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté ».

Il est allé plus loin dans la décision « *Hadopi* » du 10 juillet 2009 : « les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilitant la Commission des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à Internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier... peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute sa personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; dans ces conditions, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ».

Le Conseil constitutionnel a souligné qu'en l'espèce la compétence reconnue à cette autorité administrative n'était pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étendait à la totalité de la population. Par là même, il a admis que des pouvoirs de sanction semblables pouvaient être attribués à une autorité administrative à l'égard d'une catégorie limitée : c'est ce qui justifie les pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, admis par le Conseil constitutionnel vingt ans plus tôt⁴⁰, de sanctionner les éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle et les opérateurs de

40 Cons. cons. n° 88-248 D.C. 17 janvier 1989, Rec. 18 ; *RFDA* 1989.215, note Genevois.

réseaux satellitaires par des mesures de suspension de programmes, de réduction de la durée d'une autorisation, voire du retrait de celle-ci⁴¹ autant que par des *sanctions pécuniaires*.

Celles-ci constituent les sanctions que le plus souvent le législateur permet aux autorités administratives d'infliger, parfois pour des montants très élevés.

Mais ces sanctions elles-mêmes n'échappent pas aux principes classiques du droit pénal, résultant notamment de l'article 8 de la Déclaration de 1789, rappelés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 1989 : légalité des délits et des peines, nécessité des peines, non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère : « ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ».

Le caractère « pénal » des infractions commises se révèle particulièrement si l'on observe que, lorsqu'elles peuvent donner lieu à la fois à une répression par les juridictions pénales et par les autorités administratives, et donc à un cumul de sanctions, « le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».

La juridiction administrative a eu l'occasion de vérifier le respect de ces principes⁴². Son contrôle, alors même qu'il s'exerçait dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, permettait de vérifier la pleine adéquation de la sanction à la faute commise⁴³. Exercée désormais au titre du plein contentieux, il pourra tout autant (et peut-être mieux) le faire⁴⁴.

Quant au principe de personnalité de la responsabilité, il s'applique aux sanctions administratives comme en matière pénale⁴⁵ ; son inflexibilité pour des infractions dans des domaines, comme celui des marchés financiers, où les manquements commis non seulement par les dirigeants ou représentants des sociétés prestataires de services d'investissements mais par leurs préposés peuvent leur être imputés en tant que personnes morales, laisse à celles-ci la possibilité de s'exonérer par la preuve de mesures destinées à empêcher ou à corriger des comportements fautifs⁴⁶.

Ainsi se réalise une « acclimatation des principes du droit pénal à la répression administrative »⁴⁷.

Cela révèle, au-delà de la distinction du droit administratif et du droit

41 Article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986.

42 Par ex. pour la légalité des délits et des peines, CE 9 oct. 1996, *Société Prigest*, Rec. t. 690 ; D.A. 1997.11, note D. P. ; Ass. 7 juil. 2004, *Ministre de l'intérieur... c/Benkerrou*, Rec. 298, concl. Guyomar ; *RFDA* 2004.913, concl. Guyomar et 1130, note Degoffe et Haquet ; *ADJA* 2004.1695, chr. Landais et Lenica.

43 CE 4 mars 1991, *Le Cun*, Rec. 71 ; *RFDA* 1991.612, concl. M. de Saint-Pulgent ; *ADJA* 1991.358 ; chr. Schwartz et Maugué ; Sect. 22 juin 2007, *Arfi* Rec. 263, concl. Guyomar ; *RFDA* 2007.1199, concl. Guyomar ; D.A. 2007, p. 39, note Melleray.

44 Cons. cons. 16 fév. 2009, *Société ATOM*, précité note 17.

45 Cons. cons. Sect. 22 nov. 2000, *Société Crédit Agricole Indo-Suez Chevreux*, Rec. 537 ; C.J.E.G. février 2001, p. 68, concl. Seban ; *ADJA* 2000.997, chr. Guyomar et Collin ; 29 oct. 2007, *Société sportive professionnelle LOSC Lille Métropole*, Rec. 431.

46 CE 6 juin 2008, *Société Tradition Securities and Futures*, Rec. 189 ; *RFDA* 2008.699, concl. Guyomar.

47 Concl. Guyomar, précitées.

pénal, l'unité d'un droit répressif dont chacun d'eux est une branche, et qui justifierait que les deux aspects fassent l'objet d'un enseignement unique.

Il faut vérifier si l'unité se prolonge dans la prévention.

II. — LES ASPECTS PENAUX DE LA PREVENTION

La prévention consiste à empêcher, préserver ; si cela a été insuffisant, il faut remédier au dérèglement, rétablir la situation. Comme on l'a rappelé plus haut, il s'agit essentiellement de police, se rapportant au maintien de l'ordre, selon un régime de droit administratif.

La prévention s'élargit aujourd'hui à la précaution, entendue comme comportant l'adoption de mesures à l'égard d'un danger dont l'existence est incertaine (48). La Charte de l'environnement, « adossée » à la Constitution par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, a élevé le principe de précaution à ce niveau : selon son article 5, « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Mais il ne s'agit que de droit de l'environnement, non de droit pénal, sauf dans les hypothèses où les atteintes à l'environnement ou seulement le risque d'atteinte donnent lieu à des incriminations pénales.

On peut se demander si le principe de précaution n'a pas lieu de s'étendre aux comportements humains risquant de réaliser des crimes et des délits : la dangerosité de certaines personnes, même si elle n'est pas avérée, peut-elle justifier, à titre de précaution, l'adoption de mesures les empêchant de commettre de tels méfaits ? la question mérite d'être approfondie.

Mais l'analyse pourrait ne pas aboutir à une réponse positive. Si le principe de précaution concerne l'incertitude d'une connaissance, peut-on admettre qu'elle justifie l'adoption de mesures contraignantes à l'égard de personnes dont il n'est pas sûr qu'elles commettront des méfaits. Le respect de la liberté individuelle, combinée au surplus avec la présomption d'innocence, ne permet pas d'imposer des restrictions à son exercice lorsque subsistent des doutes sur la dangerosité d'un individu.

Mieux vaut s'en tenir à la prévention, liée à l'existence d'un risque avéré, dont elle a pour objet d'empêcher la réalisation. La notion et les solutions auxquelles elle conduit peuvent être suffisantes pour pallier les risques de commission de crimes et délits par des personnes dont la dangerosité est certaine.

En soi elles se distinguent fondamentalement de la répression en ce qu'il ne s'agit pas de punir pour une infraction commise mais d'empêcher de commettre une infraction. On l'a dit, c'est une fonction de police administrative, relevant du droit administratif et, en cas de contentieux, de la compétence de la juridiction administrative. Mais, précisément, parce qu'une infraction éventuelle se trouve en cause, le droit pénal n'est pas indifférent. Sa place dans la prévention tend même à s'accroître : on assiste à une pénalisation de la nature (A) et du régime (B) de la prévention.

A. — *La pénalisation de la nature de la prévention*

La pénalisation de la nature de la prévention est double : elle se manifeste dans ses buts (1°) et dans ses mesures (2°).

1°. *Les buts* de la prévention sont théoriquement seulement d'empêcher alors que ceux de la répression sont de condamner. On va voir que les buts de la prévention rejoignent ceux de la répression dans une sorte de gradation.

La *prévention* peut tout d'abord être un *auxiliaire de la répression*.

Elle l'est en *amont*. Il ne s'agit pas de la prison préventive, d'ailleurs appelée officiellement « *détention provisoire* », directement liée à la répression puisqu'elle ne peut être ordonnée ou prolongée que lorsqu'une personne mise en examen encourt une peine criminelle ou une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement (art. 143-1 du code de procédure pénale).

Il s'agit de mesures de police administrative destinées autant à empêcher les crimes et délits en particulier qu'à assurer l'ordre ou empêcher les désordres. On en a deux exemples.

Le premier est celui du « couvre-feu » des mineurs. Les arrêtés municipaux interdisant la divagation nocturne des enfants ont été analysés comme destinés « à la protection des mineurs... contre les dangers auxquels ils sont particulièrement exposés [à certaines heures et dans certains lieux], et qui tiennent tant au risque d'être personnellement victime d'actes de violence qu'à celui d'être mêlés, incités ou accoutumés à de tels actes »⁴⁸. Ils ont le plus souvent été censurés par la juridiction administrative. Cela n'a pas empêché leur résurgence⁴⁹. De plus la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (*sic*) adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 16 février 2010 comporte un article 24 bis permettant aux préfets de prendre « une mesure tendant à restreindre la liberté d'aller et de venir des mineurs de treize ans » entre 23 heures et 6 heures lorsqu'ils sont exposés « à un risque manifeste pour leur santé, leur sécurité, leur éducation ou leur moralité ». Le risque pénal n'est pas mentionné mais il est sous-jacent, comme le montre le § IV du même article au sujet de l'information que les préfets doivent recevoir des procureurs de la République pour les infractions commises par des mineurs résidant dans le département.

Le second exemple est celui des pouvoirs attribués aux préfets (préfet de police à Paris) à l'occasion de manifestations. L'article 2 bis inséré dans le décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public par l'article 16 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité leur permet d'interdire le port et le transport d'objets pouvant constituer une arme au sens de l'article 132-75 du code pénal : c'est une manière d'élargir la qualification d'arme et d'élargir en conséquence les infractions définies par l'usage d'une arme.

48 V. not. Ph. Kourilski et G. Viney, *Le Principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Éd. Odile Jacob, La documentation française, 2000.

49 Not. CE Ord. référé 9 juillet 2001, *Préfet du Loiret*, Rec. 337.

Il s'agit certes d'abord d'éviter des troubles à l'ordre public, c'est-à-dire de police administrative, mais tout autant d'empêcher des violences aux personnes, des dégradations et des vols qui sont autant d'infractions.

Plus généralement, le plan de prévention de la délinquance détermine dans chaque département, et spécialement à Paris, la politique des autorités publiques, et au premier chef celles de police ; des conseils locaux « de sécurité et de prévention de la délinquance » assurent la concertation, l'échange d'informations, donnent leur avis sur la définition, la mise en œuvre et l'évaluation des actions menées ; ils associent autorités de police administrative et autorités de police judiciaire. Ces dispositions sont une parfaite illustration de l'insertion de considérations pénales dans la prévention⁵⁰.

En *aval*, la prévention apparaît plus encore l'auxiliaire de la répression, lorsqu'après condamnation sont prises certaines mesures pour éviter la récidive. La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté donne à cet égard un exemple majeur. Selon l'article 706-53-13 qu'elle introduit dans le code de procédure pénale, « à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté... ». « La rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico judiciaire de sûreté... ».

La mesure n'est pas seulement une mesure de précaution (celle-ci étant caractérisée par une marge d'incertitude, cf. *supra*), mais bien une mesure de prévention, la dangerosité étant telle que la probabilité de récidive est très élevée.

Elle apparaît ainsi comme une mesure de police destinée à empêcher la commission d'infractions.

Dans sa décision du 21 février 2008⁵¹, le Conseil constitutionnel a considéré :

« qu'elle repose non sur la culpabilité de la personne condamnée..., mais sur sa particulière dangerosité... ;... qu'elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par les personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité ; qu'ainsi, la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage ; que, dès lors, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants ».

Destinées, à la suite d'une condamnation, à prévenir et empêcher la commission de nouvelle infraction, rétention et surveillance de sûreté sont un auxiliaire de la répression.

Elles peuvent être aussi un *substitut de la répression* lorsque celle-ci est impossible.

C'est le cas pour les personnes qui, ayant commis des infractions, sont

50 Par ex. arrêté du maire de Nice au début du mois de décembre 2009.

51 Article L. 2215-2 C.G.C.T. ; décret du 23 juillet 2007 relatif au conseil local et au conseil intercommunal de sécurité et de prévention de la délinquance et au plan de prévention de la délinquance dans le département.

pénalement irresponsables en raison de leur état psychologique : à défaut de pouvoir être condamnées pénalement, elles peuvent faire l'objet de *mesures de sûreté*.

La loi du 21 février 2008 illustre encore particulièrement cette solution. Elle introduit dans le code de procédure pénale, aux articles 706-135 et suivants, des dispositions sur les « mesures de sûreté pouvant être ordonnées en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble ».

Elle réserve l'application des articles L. 3213-1 et 3213-7 du code de la santé publique qui, indépendamment de toute infraction, permettent aux préfets d'ordonner l'hospitalisation d'office des personnes dont les « troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave à l'ordre public » – mesure qui, par son objet et par son auteur, est une pure mesure de police administrative, même si celle-ci est « spéciale ».

Les mêmes termes sont repris par l'article 706-135 du code de procédure pénale pour permettre à la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement prononçant un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité mentale d'ordonner l'hospitalisation de l'intéressé.

Peuvent également (art. 706-136) lui être imposées certaines interdictions (entrer en relation avec certaines personnes, paraître en certains lieux, exercer une activité, détenir ou porter une arme).

Il s'agit bien de mesures de police, qui se substituent aux sanctions pénales que l'irresponsabilité d'une personne ne permet pas de prononcer.

Mais leurs liens avec la répression en affectent la nature.

2°. La pénalisation des *mesures* de police apparaît elle-même à deux titres.

Elle tient d'abord à ce qu'elles passent *de la réglementation à la personnalisation*.

Normalement, les mesures de police sont des mesures générales et impersonnelles, visant indifféremment tous ceux qui entrent dans le cas des nécessités de l'ordre public : l'interdiction de circuler ou de stationner en certains endroits ou à certains moments en est l'exemple le plus banal et le plus simple.

Il n'est pas exclu que soient prises des décisions individuelles dans une situation donnée, telles que l'interdiction d'une réunion ou l'octroi ou le refus d'une autorisation : mais c'est toujours normalement en fonction de considérations objectives, extérieures à la personne même des intéressés.

Désormais, avec les mesures ici considérées, on est en présence, non plus de mesures individuelles, mais bien de mesures personnelles, prises en considération de la personne : les « troubles graves de la personnalité » sont expressément le fondement de la rétention et de la surveillance de sûreté. L'ordre public est classiquement défini, avec Hauriou, comme un ordre matériel et extérieur. Ici il s'agit d'un ordre psychologique (et même psychiatrique) et intérieur. Il était pris en considération au titre de la police spéciale de la santé exercée par des autorités administratives ; il l'est désormais au titre de la police spéciale de la sécurité exercée par des autorités judiciaires.

En même temps, les mesures de police qui peuvent être prises passent de la *prescription à la coercition*.

La police administrative est classiquement identifiée par le pouvoir de prescrire aux administrés un certain comportement, le plus souvent négati-

vement (interdiction), le cas échéant positivement (ordre de circuler) – les prescriptions distinguant la police administrative du service public, fournissant des prestations. La violation de ces prescriptions est normalement sanctionnée pénalement, comme on l'a rappelé. La coercition n'est utilisée que dans le prolongement d'une prescription (utilisation de la force de police pour disperser une manifestation interdite, enlèvement d'une voiture en stationnement interdit) : elle n'est pas directement, par elle-même, mise en œuvre.

Or désormais certaines mesures destinées à prévenir la commission d'infractions sont coercitives, non plus dans le prolongement d'une prescription précédemment édictée, mais directement, en elles-mêmes, comme mesures de prévention (internement, mise sous surveillance).

Cela transforme leur régime.

B. — *La pénalisation du régime de la prévention*

Les mesures préventives nouvellement instaurées sont encadrées par des solutions que l'on trouve normalement en droit pénal, pour la raison fondamentale qu'elles concernent la liberté individuelle : cela justifie l'intervention de juridictions pénales (1°) et l'application de principes du droit pénal (2°).

1° *L'intervention des juridictions pénales* ici envisagée n'est pas celle qui se réalise normalement en droit pénal pour la répression des infractions et la condamnation de leurs auteurs à des peines qui peuvent être l'emprisonnement.

Mais, parce que certaines mesures préventives portent atteinte à la liberté individuelle, les juridictions pénales jouent un rôle soit pour les préparer soit pour les décider. On retrouve ici les mesures de sûreté organisées par la loi du 25 février 2008.

La *préparation* de la rétention de sûreté instituée par le nouvel article 706-53-13 du code de procédure pénale pour les personnes condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée d'au moins 15 ans pour les crimes particulièrement graves fait intervenir la cour d'assises qui prononce la condamnation : c'est à elle qu'il appartient de prévoir dans sa décision de condamnation que la personne condamnée pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté ; faute d'une telle précision, la rétention de sûreté ne pourra ensuite être décidée.

Si la cour d'assises a prévu cette solution, il faut encore que la situation, au moins un an avant la date prévue pour la libération, soit examinée par une commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté afin d'examiner la dangerosité de l'intéressé⁵². Cette commission n'est pas une juridiction, mais un organe administratif ; elle ne comprend qu'un magistrat sur sept membres. Si elle conclut à la particulière dangerosité du condamné, elle peut proposer que

⁵² Cons. cons. n° 2008-562 DC 21 février 2008, Rec. 89 ; D. 2008.1359, note Mayaud ; JCP 2008, n° 11, p. 4-6, note Mathieu ; RD publ. 2008.1381, note Ghica-Lemarchand.

celui-ci fasse l'objet d'une rétention de sûreté.

La *décision*, appartient à la juridiction régionale de la rétention de sûreté, composée exclusivement de magistrats. Elle peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction nationale, composée de trois conseillers à la Cour de cassation, dont la décision peut elle-même faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Aux trois niveaux, on trouve donc des organes composés de magistrats, et qui sont qualifiés expressément par la loi de « juridiction ». Il y a donc une véritable « juridictionnalisation » de la rétention de sûreté. Elle s'accompagne des modalités propres au respect des droits de la défense, avec notamment l'intervention des avocats.

On ne peut pourtant qualifier la décision prise à ce sujet de décision juridictionnelle (jugement ou arrêt). Elle constitue exclusivement une mesure préventive, participant de la fonction de la police administrative : c'est un acte administratif en forme juridictionnelle.

On peut en dire autant des mesures de sûreté ordonnées en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (art. 706-135 c. proc. pén.), soit par la chambre de l'instruction soit par les juridictions de jugement – c'est-à-dire par des juridictions pénales de droit commun. La loi parle expressément d'arrêt ou jugement. Plus encore que dans le cas précédent, organiquement et formellement l'aspect juridictionnel paraît prédominer. Mais fonctionnellement, parce qu'il s'agit seulement de prévenir des atteintes à la sécurité des personnes ou à l'ordre public, il ne s'agit que de mesures de police administrative, c'est-à-dire encore d'actes administratifs pris en la forme juridictionnelle.

2°. Celle-ci s'insère dans les principes *du droit pénal*, dont l'observation est nécessaire à la *protection de la liberté individuelle*.

Certes le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 février 2008, a considéré comme on l'a vu, que, la rétention de sûreté n'étant « ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition », il n'y avait pas lieu de lui appliquer l'article 8 de la Déclaration, dont les « principes ne s'appliquent qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère de punition », ni la présomption d'innocence de l'article 9.

Mais, par une sorte de détour, parce que la liberté individuelle est en cause, le Conseil constitutionnel retrouve, sauf la présomption d'innocence, les principes du droit pénal : « la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ».

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision du 17 décembre 2009, *M. c/Allemagne*⁵³, qui cite d'ailleurs la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008, considère que la rétention de sûreté relève du champ de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au « droit à la liberté et à la sûreté ».

Deux principes du droit pénal réapparaissent.

53 Affaire 19359/04. En l'espèce, la rétention de sûreté dont a fait l'objet le requérant a été considérée contraire aux articles 5 et 7 de la Convention européenne.

Le premier est celui de la *nécessité*, sinon de la peine puisque ce n'en est pas une, du moins de la mesure, en relation avec les exigences d'adéquation et de proportionnalité, qui sont d'ailleurs celles qui gouvernent aussi l'adoption des mesures de police administrative : on observe une étroite combinaison entre les principes pénaux et les principes administratifs.

Le second principe est celui de la *non-rétroactivité*, ici encore non de la loi pénale proprement dite mais de la loi établissant une contrainte nouvelle : « la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement ». C'est du pur droit pénal.

On peut trouver une contradiction entre cette solution et l'affirmation précédente que la rétention de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition. Du moins la liberté individuelle se trouve-elle ainsi protégée, comme en droit pénal, contre des mesures à portée rétroactive.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt précité du 17 décembre 2009, n'a pas eu besoin de se livrer aux contorsions du Conseil constitutionnel pour arriver au même résultat. Elle a considéré la rétention de sûreté comme une peine au sens de l'article 7 de la Convention et lui a appliqué en conséquence le principe selon lequel la loi pénale nouvelle ne peut s'appliquer à des faits antérieurs. Les deux jurisprudences, par deux voies distinctes, arrivent au même résultat.

On est bien en présence avec elles d'une pénalisation de la prévention. On pourrait soutenir qu'il y a là un mélange des genres, contraire à l'autonomie du droit administratif et du droit pénal. Mais ce mélange n'est pas nouveau et cette autonomie s'amenuise, comme on a tenté de le montrer tout au long de cette analyse.

En réalité désormais, droit administratif et droit pénal se rejoignent non seulement, comme on l'a dit précédemment, en ce que l'un et l'autre constituent un droit répressif, mais plus largement, en ce que tous deux participent d'un même droit, *le droit coercitif*.

pierre.delvolve@wanadoo.fr