

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE

EN ALLEMAGNE, EN BELGIQUE ET EN ESPAGNE

Coordination, révision et synthèse par :

Daniela BORCAN, docteur en droit, ingénieur de recherche à JURISCOPE

Avec la collaboration de :

Paul MOUGEOLLE, doctorant, universités de Potsdam et de Paris-Nanterre, rapporteur pour le droit allemand

Xavier DRION, avocat au barreau de Liège, assistant à la faculté de Droit de l'université de Liège et **Julien BONAVENTURE**, avocat au barreau de Liège, rapporteur pour le droit belge

Sabela OUBIÑA BARBOLLA et **Daniel RODRIGUEZ HORCAJO**, professeurs à l'Université Autonome de Madrid, rapporteurs pour le droit espagnol

**Etude réalisée à la demande du Ministère de la Justice,
Service des affaires européennes et internationales, Paris**

SOMMAIRE

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE

EN ALLEMAGNE, EN BELGIQUE ET EN ESPAGNE

SYNTHESE

- I. DEFINITION ET ARTICULATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES
- II. AUTORITES ADMINISTRATIVES, PROCEDURE MENANT A LA SANCTION, VOIES DE RECOURS DISPONIBLES
- III. NATURE ET GRAVITE DES SANCTIONS
- IV. PRINCIPE *NON BIS IN IDEM*

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE EN ALLEMAGNE

- I. LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES
 - A. *L'articulation générale entre droits pénal et quasi-pénal*
 - B. *Les amendes administratives à l'encontre des personnes morales en cas d'infraction pénale*
 - C. *L'articulation des sanctions en droit douanier*
 - D. *L'articulation des sanctions en matière de contenus illégaux en ligne*
- II. LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION
 - A. *Les moyens de prévention dans le domaine douanier*
 - B. *La loi NetzDG en matière de contenus illégaux en ligne, un régime de censure préventive ?*
- III. LES AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES
 - A. *Les règles générales de compétence en droit quasi-pénal*
 - B. *Les autorités administratives compétentes en matière douanière*
 - C. *L'autorité administrative compétente en matière de contenus illégaux en ligne*
- IV. LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE
 - A. *Les étapes de la procédure administrative ordinaire*
 - B. *Les mesures administratives provisoires et conservatoires et les procédures administratives d'urgence*
 - C. *Les principes procéduraux applicables en matière administrative*
 - D. *Les particularités procédurales du domaine douanier*
 - E. *La procédure spéciale en matière de contenus illégaux en ligne*
- V. LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES
 - A. *Considérations générales*
 - B. *Les confiscations possibles en matière douanière*
 - C. *Des sanctions administratives potentiellement trop élevées en matière de contenus illicites en ligne*
- VI. LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE EN BELGIQUE

- I. LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES
- II. LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION
- III. LES AUTORITES COMPETENTES ET LA PROCEDURE EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES
 - A. *La prise de la décision portant sanction*
 - B. *Les voies de recours contre la décision portant sanction*
- IV. LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES
 - A. *Considérations générales*
 - B. *La sanction administrative communale*
 - C. *La sanction administrative en matière fiscale et douanière*
- V. LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE EN ESPAGNE

- I. LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES
 - A. *En matière douanière*
 - B. *En matière de contenus illégaux sur l'Internet*
- II. LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION
 - A. *En matière douanière*
 - B. *En matière de contenus illégaux sur l'Internet*
- III. LES AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES
 - A. *En matière douanière*
 - B. *En matière de contenus illégaux sur l'Internet*
- IV. LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE EN VUE DE L'APPLICATION D'UNE SANCTION ADMINISTRATIVE
 - A. *La procédure de droit commun*
 - B. *La procédure en matière douanière et en matière de contenus illégaux sur l'Internet*
 - C. *Le respect du principe du procès équitable*
- V. LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS
 - A. *Les infractions douanières*
 - B. *Les infractions ayant trait aux contenus illégaux sur l'Internet*
- VI. LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES
 - A. *Doctrine générale*
 - B. *Les sanctions administratives accessoires*
 - C. *La concurrence de la procédure administrative et de la procédure pénale*

SYNTHESE

Le présent rapport s'intéresse aux sanctions administratives, à travers les points suivants :

- la définition et l'articulation des sanctions administratives et pénales (1)
- les autorités administratives émettrices, la procédure permettant l'instruction de l'affaire et le prononcé de la sanction, les voies de recours disponibles, avec une attention particulière à l'articulation des recours devant les administrations et ceux devant les juridictions (2) ;
- la nature et la gravité des sanctions (3) ;
- la question du cumul des sanctions et l'application du principe *non bis in idem* (4) ;
- l'action des autorités administratives dans un but de prévention des phénomènes infractionnels (abordée brièvement dans les rapports nationaux, absente de cette synthèse).

L'aire géographique de l'étude retient les systèmes **allemand, belge et espagnol**, et son **aire matérielle**, particulièrement **les domaines des douanes et des contenus illégaux en ligne**.

I. DEFINITION ET ARTICULATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

Une première différence de principe peut être signalée entre les systèmes allemand et espagnol où **la matière est régie de façon unifiée** et détaillé par des lois générales et spéciales et le système belge, majoritairement prétorien, où chaque loi établissant des sanctions administratives définit les sanctions applicables, désigne l'autorité compétente pour les prononcer et détermine le mode de constatation des infractions, la procédure des poursuites et les recours disponibles.

Dans les trois systèmes, **les sanctions administratives ne peuvent consister en une privation de liberté**, c'est là le trait définitoire commun. En revanche, si les droits belge et espagnol font plus largement usage, en plus de l'amende administrative, de sanctions telles les interdictions professionnelles, les retraits d'autorisation ou les fermetures d'établissements, celles-ci sont en droit allemand considérées comme « disproportionnées » en matière administrative. A noter également qu'en Belgique, si l'amende administrative est généralement qualifiée comme relevant de la « matière pénale » de l'article 6 de la CEDH, les sanctions touchant à l'exercice d'une activité économique ou d'une profession sont généralement considérées comme relevant du « volet civil ».

Le caractère administratif d'une sanction résulte essentiellement de la qualification légale. La doctrine s'attache néanmoins à souligner le caractère généralement moins grave, par leur nature ou les modalités de commission, des actes punis par des sanctions administratives par rapport à ceux punis par des sanctions pénales (bien que des exceptions existent). Nous pouvons souligner, en droit douanier, le rôle de l'intention dans l'application de la fourchette haute de certaines peines administratives (en Belgique) et dans la qualification

pénale de certains faits (en Allemagne). La valeur des marchandises taxées (en Espagne) et les modalités de commission des infractions (en bande organisée, en Allemagne et en Espagne) fondent la distinction entre infractions pénales et administratives. En Allemagne, l'enquête est indistinctement administrative et pénale, car c'est bien l'enquête qui, en révélant l'existence ou l'inexistence de l'intention, conduira respectivement vers une procédure et une sanction pénales ou administratives.

II. AUTORITES ADMINISTRATIVES, PROCEDURE MENANT A LA SANCTION, VOIES DE RECOURS DISPONIBLES

Les trois systèmes étudiés connaissent **le principe d'un recours « interne », au sein de l'administration ayant émis l'acte sanctionnateur, renforcé par un recours « externe », juridictionnel**. En Allemagne et en Espagne, la disponibilité de ce double recours est systématique, en Belgique elle se retrouve dans le droit douanier. De façon générale, dans le système belge, chaque loi qui institue une sanction administrative précise si oui ou non elle instaure un recours administratif interne et/ou un recours externe auprès des juridictions. A défaut, le Conseil d'Etat belge est compétent pour annuler une décision administrative pour défaut de légalité ou erreur manifeste.

Nous retrouvons donc sur ce point la différence entre les systèmes allemand et espagnol d'une part et le système belge d'autre part.

En revanche, de façon unanime, les trois systèmes semblent soumettre les procédures administratives « répressives » aux **principes du procès équitable**, dès l'ouverture de l'instruction. Le rapport allemand signale qu'en raison de la nature de masse de certaines infractions administratives, une instruction complète (répondant aux principes susvisés) n'a lieu qu'à partir du stade du recours interne.

III. NATURE ET GRAVITE DES SANCTIONS

En Allemagne, l'amende est la sanction administrative quasi unique. En principe, son montant est illimité car il doit être supérieur aux bénéfices économiques engrangés de manière illégale (plus d'un milliard d'euros dans la récente affaire Volkswagen). En matière de contenus illégaux en ligne, elle est limitée à 50 millions d'euros pour une personne morale, le montant infligé dans une affaire donnée étant fonction du nombre d'utilisateurs de la plateforme et de l'élément subjectif de l'infraction (négligence, intention). Si la confiscation d'objets est possible en cas d'infraction à la réglementation des douanes, des retraits, suspensions ou modifications de toute autorisation ne sont pas prévus en droit administratif allemand.

En Belgique, en matière douanière, l'amende administrative est proportionnelle aux taxes éludées ou d'un montant forfaitaire, modulable selon un barème légal en fonction de la nature et la gravité de l'infraction ; le retrait de l'acte conférant des prérogatives définies (licence, autorisation, permission ou concession) est également régi.

En Espagne, les infractions administratives connaissent la même typologie que les infractions pénales. La loi classe les infractions douanières en infractions légères, graves et très graves et les assortit d'un système varié et gradué de peines. Les sanctions pécuniaires

sont calculées sur la base de la valeur des marchandises faisant l'objet de contrebande (jusqu'à 600% de leur valeur). D'autres sanctions imposent la fermeture d'établissement ou la suspension d'activité. La loi édicte un catalogue de circonstances permettant de quantifier la sanction à l'intérieur de la fourchette légale (la répétition est une des circonstances aggravantes). Le rapport allemand signale l'entrée en vigueur en 2017 de nouvelles sanctions administratives à l'encontre des grandes plateformes de médias en ligne, ayant notamment pour but de lutter contre les contenus illicites pouvant porter préjudice à l'Etat.

IV. PRINCIPE *NON BIS IN IDEM*

L'article 4 du Protocole n° 7 de la CEDH garantit le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois. A la lumière de ce principe, les trois systèmes étudiés questionnent le cumul des sanctions administratives et pénales.

En Allemagne, où le Protocole n° 7 n'a pas été ratifié, le principe *non bis in idem* est garanti par la Constitution. Lorsqu'un acte est à la fois constitutif d'une infraction administrative et d'une infraction pénale, la loi pénale prime.

En Belgique, une différence est signalée entre les positions des Cours supérieures des ordres administratif et judiciaire. Néanmoins, depuis 2011, la Cour de Cassation semble se rallier à la position du Conseil d'Etat qui affirmait déjà la prohibition du cumul des sanctions administratives à caractère répressif et des sanctions pénales.

En Espagne, selon la position traditionnelle du Tribunal constitutionnel, quelle que soit la nature des sanctions en concours, une seconde sanction ne pouvait succéder, dans le temps, à une première sanction, en présence de la « triple identité - faits, auteur, fondement ». Depuis un revirement de 2003, ce haut Tribunal estime que la concurrence de deux sanctions n'implique pas directement une violation du principe *non bis in idem* si, en dépit de la triple identité, l'existence de la première sanction est prise en compte dans le processus de détermination effective de la seconde sanction (qui subit une réduction implicite).



LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE

EN ALLEMAGNE

Le droit public se démarque en Allemagne, à l'instar de la France, du droit privé. Le droit public contient à la fois le droit international public, le droit constitutionnel, le droit administratif fédéré du *Land* et fédéral du *Bund*, ainsi que le droit pénal (*Strafrecht*)¹ et le droit quasi-pénal administratif (*Ordnungswidrigkeitenrecht*, dénommé avant en Allemagne droit pénal policier, *Polizeistrafrecht*).

Au contraire du droit pénal, le droit administratif quasi-pénal ne peut pas comporter des sanctions privatives de liberté. Ce domaine du droit, régi par la loi allemande sur les infractions administratives (« **Ordnungswidrigkeitengesetz** », **ci-après OWiG**) ne prévoit quasiment que des sanctions pécuniaires. C'est pourquoi il est dénommé « *Bussgeldrecht* », c'est-à-dire droit des amendes (administratives), ce qui le distingue du droit pénal « criminel » (*Kriminalstrafrecht*). Ainsi, selon l'art. 1 al. 1 de la OWiG, « *une infraction (administrative) est un acte illégal et répréhensible correspondant à une définition légale expresse et pouvant être puni par une amende* ».

Selon les auteurs du commentaire de l'OWiG, le législateur peut qualifier, à la suite d'un jugement de valeur, un comportement répréhensible ayant un poids socio-éthique moins important qu'une infraction pénale comme une infraction administrative (*Ordnungswidrigkeit*). Cela étant, tout comme en droit pénal, il ne peut exister d'infraction administrative sans loi selon l'art. 3 OWiG. Cet article garantit par ailleurs la clarté de la loi, l'interdiction de réprimer un acte par analogie et l'interdiction de la rétroactivité.

La distinction juridique entre une infraction pénale et administrative se fait en outre très aisément, puisque l'énoncé de la loi doit préciser s'il s'agit d'une infraction pénale ou administrative ou si l'acte illégal sera réprimandé par une sanction pénale (*Strafe*) ou par une amende administrative (*Geldbusse*)².

Une autre différence fondamentale entre le droit pénal et le droit quasi-pénal a trait aux autorités compétentes en ce qui concerne leur application : la poursuite des infractions se fait dans le domaine pénal par la police, par les autorités judiciaires et par le parquet, alors que dans le domaine quasi-pénal les autorités administratives spéciales sont compétentes aux côtés du procureur et du juge (art. 35 al. 1 OWiG). Tandis que les sanctions issues du droit pénal ne peuvent être prononcées que par un tribunal pénal (art. 92 de **la loi fondamentale allemande, ci-après GG**), les amendes administratives sont en principe infligées par des autorités administratives (art. 35 al. 2 OWiG). Le droit des amendes administratives a justement été créé pour répondre au besoin d'un droit applicable par l'administration. Par ailleurs, la compétence de l'administration en la matière ne viole pas le principe de la séparation des pouvoirs selon la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG, 16.07.1969 - 2 BvL 2/69).

Enfin, une précision terminologique doit compléter ce propos introductif. La notion de « *Bussgeld* » ne sera pas traduite par contravention, comme le fait par exemple la CEDH (v. notamment affaires Lutz et Öztürk, références ci-dessous). Le nom composé d'« amende administrative » sera dès lors employé, car une « *Bussgeld* », au contraire de la contravention en droit français, peut atteindre des montants potentiellement illimités. Enfin, le nom composé

¹ Les infractions pénales connaissent deux degrés (art. 12, code pénal) : les crimes (*Verbrechen*, al. 1 qui prévoit une peine d'emprisonnement d'un an ou plus) et les délits (*Vergehen* ; al. 2 qui prévoit une peine d'emprisonnement plus légère ou une sanction pécuniaire pénale).

² Krenberger/Krumm, commentaire de l'art. 1 OWiG.

de « personne concernée (par les poursuites) » sera constamment utilisé pour la traduction de la notion de « *Betroffene* » car le terme « accusé » renverrait de façon erronée le lecteur à la matière pénale.

I. LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

A. L'ARTICULATION GENERALE ENTRE DROITS PENAL ET QUASI-PENAL

En droit pénal des affaires allemand, les sanctions administratives sont récurrentes et viennent compléter celles du droit pénal.

Généralement, elles répriment des infractions légères, notamment des violations d'obligation de déclaration, de participation ou de collaboration avec l'administration, comme par exemple le contrôle de la fusion (v. art. 81 al. 1 n°7 de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence) ou l'obligation de publication du rapport financier de l'entreprise.

Toutefois, les infractions quasi-pénales sanctionnent également des violations d'obligations plus importantes, comme par exemple dans le domaine du droit de la concurrence ou en matière de négligence au regard de l'assujettissement à l'impôt.

Le droit des amendes administratives couvre aussi des infractions abstraites, telle que la sanction de certains risques, pour des besoins importants de protection, et ce particulièrement dans le domaine du droit du travail. De telles infractions administratives seraient parfois même sanctionnées plus sévèrement qu'en droit pénal du travail³.

B. LES AMENDES ADMINISTRATIVES A L'ENCONTRE DES PERSONNES MORALES EN CAS D'INFRACTION PENALE

S'il est possible de condamner pénalement un dirigeant d'entreprise en droit allemand, cela n'est pas le cas pour les personnes morales. En effet, d'après la section pénale de la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*, BGH), « *societas delinquere non potest* »⁴. Les personnes morales ne peuvent donc être réprimandées qu'à travers le droit administratif quasi-pénal. Néanmoins, l'article 30 al. 1 OWiG (« amende contre les personnes morales ») permet de reprocher par ricochet les infractions pénales aux personnes morales en leur infligeant des amendes administratives. Les conditions d'engagement de la responsabilité administrative de la personne morale selon l'art. 30 al. 1 du OWiG sont similaires à celles de l'art. 121-2 du code pénal français : la personne physique, auteure d'une infraction pénale ou administrative doit disposer d'un pouvoir de représentation et/ou de direction de la personne morale et doit avoir violé une obligation de l'entreprise et/ou avoir agi dans son intérêt.

³ *Ibid.*

⁴ *Bundesgerichtshof*, 25.7.1952 – 1 StR 272/52.

Par ailleurs, le ministère public se doit, selon le principe de légalité, de poursuivre pénalement les individus responsables personnellement des dommages allégués, et ce, même après la condamnation administrative de la personne morale⁵.

C. L'ARTICULATION DES SANCTIONS EN DROIT DOUANIER

A titre de rappel, en matière douanière, chaque Etat membre conçoit et applique ses propres sanctions selon l'article 25 du code des douanes de l'U.E. (règlement n° 952/2013).

Selon la loi relative au commerce extérieur (*Aussenwirtschaftsgesetz*, **ci-après AWG**), le droit pénal s'applique *en principe* lorsque l'infraction est commise intentionnellement (par ex. non-respect d'un embargo ; art. 18 al. 1 AWG) et le droit quasi-pénal en cas d'imprudence ou de négligence (art. 19 al 1 AWG). En revanche, en matière d'armement, une violation d'un embargo ou l'exportation d'armes de guerre sans autorisation sera inéluctablement considérée comme une infraction pénale (articles 4 et 17 de l'AWG ; art. 3 al. 3 de la loi relative au contrôle des armes de guerre (*Kriegswaffenkontrollgesetz*)).

Le manquement au devoir de déclaration pour les biens à double usage (militaire et civil) était considéré autrefois comme une infraction administrative, aujourd'hui l'art. 33 al. 1 AWG prévoit un délit pénal. Cette requalification en infraction pénale avait été affirmée d'abord par la Cour fédérale allemande, afin d'écartier le risque de mise en danger des relations diplomatiques de l'Allemagne⁶. Sinon, le non-respect d'autres obligations de collaboration avec l'administration douanière est passible d'une amende administrative (v. art. 31a de la loi sur l'administration douanière, *Zollverwaltungsgesetz*).

Le code fiscal allemand (*Abgabenordnung*, **ci-après AO**) fait également coexister des sanctions ancrées à la fois dans le droit pénal et le droit quasi-pénal. Ce code est tout autant applicable en matière fiscale que douanière. En effet, selon l'article 3 al. 3 AO, les taxes douanières sont considérées comme des impôts.

Le code fiscal contient de multiples obligations de déclaration et de participation. D'après son art. 370, leur inexécution, y compris la communication de fausses informations, peut caractériser une **fraude fiscale répréhensible pénalement** si elle permet de réduire les impôts ou de tirer un avantage fiscal injustifié. En revanche, si tous les éléments sont communiqués à l'administration fiscale, alors une fraude ne peut être caractérisée. A cet égard, **l'article 42 AO vient limiter le principe de la liberté de l' « aménagement des impôts » en établissant une sanction administrative en cas de montage abusif.**

Par ailleurs, la répartition de la nature des sanctions en droits fiscal et douanier allemand se fait en fonction de la forme de la culpabilité⁷ : en principe, dans le cas d'une **déclaration insuffisante de revenus, par négligence ou imprudence, la fraude fiscale est exclue et seules des sanctions administratives sont applicables** (art. 378 AO et suiv., amende administrative de 50 000 euros maximum).

⁵ Brettel/Schneider, *Wirtschaftsstrafrecht*, Nomos, 2014, p.79.

⁶ Tiedemann, § 611.

⁷ *Ibid*, § 642 et 643.

Enfin, une mise en danger des droits d'importation et d'exportation de l'U.E. lors de l'enregistrement des marchandises par exemple, qu'elle soit intentionnelle ou non, peut entraîner une amende allant jusqu'à 5 000 euros (art. 382 AO).

Selon l'article 374 AO, le recel de marchandises, dont les taxes douanières n'ont pas été payées, est répréhensible pénalement. La poursuite du recel dans le cas des cigarettes est remplacée par une procédure administrative en vertu de l'art. 37 de loi relative à l'impôt sur le tabac, afin de lutter plus efficacement contre ce trafic⁸.

Enfin, l'article 26b de la loi relative à TVA (« *Umsatzsteuergesetz* », UStG) prévoit une amende administrative dans le cas du non-paiement de la taxe dans les délais impartis tandis que l'article 26c prévoit une sanction pénale en cas de commission en bande organisée.

D. L'ARTICULATION DES SANCTIONS EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX EN LIGNE

Les contenus illégaux en ligne visés par l'étude font en Allemagne, en règle générale, l'objet de **sanctions pénales pour l'auteur de l'infraction** (v. ci-dessous la liste des infractions).

Néanmoins, il existe aussi des contenus illégaux en ligne pouvant s'avérer être des infractions administratives : l'incitation à commettre des infractions administratives est puni par exemple par l'art. 116 OWiG ou la transmission de contenus grossièrement offensants et harcelants par l'art. 119 OWiG. Il existe sinon de nombreuses infractions administratives en droit quasi-pénal des médias, mais celles-ci ne concernent pas en règle générale les contenus illégaux en ligne⁹.

Concernant les prestataires de services numériques, en vertu des articles 12 à 15 de la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, ils ne sont généralement pas responsables des informations qu'ils transmettent, qu'ils sauvegardent ou qu'ils hébergent tant qu'ils n'en ont pas connaissance (v. également art. 7 à 10 de la loi allemande sur les médias numériques *Telemediengesetz*). Ainsi, la non-suppression d'un contenu malgré la connaissance de son illégalité, notamment par un signalement du destinataire du service, *peut* enclencher la responsabilité du prestataire.

Le gouvernement allemand, voyant dans cette procédure de « *notice and takedown* » une obligation de supprimer les contenus illégaux, a fait adopter de **nouvelles sanctions administratives à l'encontre des grandes plateformes de médias en ligne** lorsqu'elles ne suppriment pas des contenus pénalement répréhensibles signalés précédemment par des utilisateurs. Ces sanctions sont entrées en vigueur en octobre 2017 et visent, selon les termes de la version longue de l'intitulé de la loi, à améliorer l'application du droit pénal dans les réseaux sociaux en ligne (« *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* » ou « *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* » – **ci-après NetzDG**). Les réseaux sociaux à but lucratif dépassant 2 millions d'utilisateurs en Allemagne tels que Facebook, Twitter et Youtube sont visés par le champ d'application de la loi (voyez aussi *infra* II, B).

Les infractions visées par la loi, toutes issues du code pénal allemand, sont les suivantes :

⁸ *Ibid*, § 663.

⁹ Mitsch, p. 177 et suiv.

- Art. 86 Diffusion de propagande d'organisations anticonstitutionnelles
- Art. 86a Recours à des signes d'organisations anticonstitutionnelles
- Art. 89a Préparation d'un grave acte de violence mettant en danger l'Etat
- Art. 91 Instruction d'un acte de violence grave et préjudiciable à l'Etat
- Art. 100a Trahison de l'Etat avec l'usage de faux
- Art. 111 Appel public à commettre des infractions pénales
- Art. 126 Perturbation de l'ordre public par la menace d'infractions pénales
- Art. 129 Formation d'organisations criminelles
- Art. 129a Formation d'organisations terroristes
- Art. 129b Criminels et groupes terroristes à l'étranger
- Art. 130 Provocations publiques à la haine, discrimination, sédition
- Art. 131 Description de la violence en faisant son apologie ou en la banalisant de manière inhumaine
- Art. 140 Promesses de récompenses et/ou approbation d'infractions pénales
- Art. 166 Outrage à des confessions, religions ou idéologies
- Art. 184b Distribution, acquisition et possession d'écrits pornographiques juvéniles
- Art. 184d Mise à disposition de contenus pornographiques par radio ou autres médias numériques ; Consultations de contenus pédopornographiques par l'intermédiaire des médias numériques
- Art. 185 Insulte
- Art. 186 Diffamation
- Art. 187 Calomnie
- Art. 201a Violation de la sphère personnelle de la vie à travers des enregistrements d'images
- Art. 241 Menace
- Art. 269 Falsification de documents de preuve

Le but de la loi, au vu des infractions visées et des travaux préparatoires (v. bibliographie), est de lutter plus efficacement contre la propagation de la haine et les infractions liées à la diffusion de « *fake news* » illégales portant préjudice à l'Etat. Ces contenus seraient particulièrement présents sur la toile selon l'étude avancée par le gouvernement dans la proposition de loi.

II. LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION

A. LES MOYENS DE PREVENTION DANS LE DOMAINE DOUANIER

A titre liminaire, voici une brève explication de l'organisation de l'administration douanière allemande. Les fonctions *opérationnelles* sont gérées à l'échelle locale par **43 autorités douanières principales (Hauptzollämter) ainsi que par 8 bureaux d'enquête douanière (Zollfahnsämter)**¹⁰. Les autorités douanières principales sont chargées du traitement douanier des marchandises, de l'autorisation et de la surveillance des procédures douanières spécifiques ainsi que de la répression pénale et quasi-pénale dans des affaires purement douanières ou fiscales (art. 386, 387 et 409 AO). Les bureaux d'enquête douaniers sont chargés de prévenir, surveiller et enquêter en matière douanière, alors que **l'autorité criminelle douanière de Cologne (Zollkriminalamt, ci-après « ZKA »)** est chargée de les assister et de les diriger.

Afin de garantir la procédure d'imposition et de taxation, les autorités douanières principales exercent selon les articles 193 et suiv. AO des **contrôles sans motif particulier au sein des entreprises** et inspectent en particulier les registres commerciaux ainsi que les documents comptables. Si une infraction (pénale ou administrative) est suspectée, alors le contrôle douanier doit être suspendu pour faire place à une enquête (art. 397 al. 1 AO). Le service d'enquête et de police douanier doit en être informé, tout comme la personne faisant l'objet des poursuites selon l'art. 393 al. 1, sous peine d'interdiction formelle d'exploitation des éléments de preuve. L'auto-incrimination n'est notamment pas recevable dans cette hypothèse¹¹.

Des pouvoirs d'inspection et de contrôle sont par ailleurs attribués aux autorités douanières principales (art. 209 et suiv. AO). Elles peuvent **perquisitionner de manière préventive** des véhicules, propriétés immobilières y compris des bureaux d'entreprises ou des habitations, avec ou sans ordonnance judiciaire lorsqu'un danger imminent existe. Les documents comptables et commerciaux peuvent être consultés, **des biens peuvent être saisis et confisqués**¹².

Généralement, la surveillance d'une personne en particulier et le contrôle de ses biens (art. 10 de la loi sur les services d'enquête des douanes) est possible lorsque des indices concrets semblent indiquer des infractions d'une importance particulière en matière douanière. Cependant, des mesures procédurales pénales ou policières ne peuvent pas être prises dans ce cadre. L'article 32 de la loi précitée prévoit quant à lui depuis 2007 une immobilisation des biens lorsque suffisamment d'éléments existent permettant de caractériser une tentative d'infraction douanière.

En ce qui concerne le service douanier des frontières (*Grenzzolldienst*), celui-ci doit surveiller l'ensemble du trafic des marchandises aux frontières extérieures de la communauté

¹⁰ Site de l'administration des douanes

http://www.zoll.de/DE/Der-Zoll/Struktur/Oertliche-Behoerden/oertliche_behoerden_node.html

¹¹ Wabnitz/Janowsky, pp. 1354-1356.

¹² *Ibid.*

européenne. Sa tâche n'est cependant pas restreinte au respect de la réglementation de la circulation des marchandises, mais concerne l'ensemble du droit¹³.

La direction criminelle douanière (ZKA) procède à une observation constante du marché et communique ses résultats à l'administration douanière. **L'observation du marché serait l'un des instruments les plus pertinents et efficaces de l'administration en matière préventive**, car elle permet de clarifier et de trier toutes les informations disponibles¹⁴.

Selon la loi relative à la recherche d'infractions douanières (*Zollfahndungsdienstgesetz*, art. 23 et suiv.), la ZKA peut être amenée à procéder à **la surveillance et à l'enregistrement des télécommunications et du courrier postal** lorsque suffisamment d'éléments indiquent la planification d'une infraction pénale *grave* en matière d'armement. La surveillance et l'enregistrement nécessitent en revanche une ordonnance judiciaire préalable.

Concernant **le devoir de coopération de l'administration douanière et de communication d'informations**, tous les services de l'administration des douanes doivent fournir des données personnelles nécessaires à la prévention ou la poursuite d'infractions pénales à la police, aux autorités judiciaires et administratives, ainsi qu'aux autorités étrangères ou aux organismes internationaux ou intergouvernementaux impliqués dans la prévention ou la poursuite d'infractions pénales (art. 11, loi sur l'administration douanière, *Zollverwaltungsgesetz*). Selon la loi, cela permet de s'acquitter des obligations administratives douanières ainsi que de poursuivre d'autres infractions pénales conformément aux règles relatives à la coopération judiciaire internationale et à celles de la Cour pénale internationale, ou encore d'éviter un risque important pour la sécurité publique. Toutefois, la coopération entre les autres autorités nationales serait peu pratiquée malgré les diverses dispositions légales, principalement en raison de l'ignorance de ces dispositions¹⁵.

Enfin, les bases légales de la coopération internationale entre les services d'enquête douaniers et les autres autorités sont souvent complexes et très étendues¹⁶. En l'absence d'un traité international d'assistance mutuelle, l'échange d'informations interétatique est tout de même possible sous certaines conditions (art. 117 AO).

B. LA LOI *NETZDG* EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX EN LIGNE, UN REGIME DE CENSURE PREVENTIVE ?

A titre de rappel, l'objet de la loi *NetzDG* est d'améliorer l'application du droit dans les réseaux sociaux en ligne à travers l'établissement de sanctions administratives pour les exploitants de grands réseaux sociaux. Cette loi est très controversée car elle **établirait selon un grand nombre de commentateurs¹⁷ un régime de censure préventive, dans le doute, en raison des courts délais de suppression impartis aux entreprises et de la menace des sanctions administratives potentiellement élevées** (v. *infra* V, pour plus de détails concernant les sanctions).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 1358.

¹⁵ *Ibid.*, p. 1449.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1452.

¹⁷ Articles de Liesching ; <https://www.hrw.org/fr/news/2018/02/14/allemande-la-loi-sur-les-medias-sociaux-comporte-des-fautes>.

Un contenu doit notamment être retiré dans les 24 heures à la suite d'un signalement s'il est *manifestement* illégal (art. 3 al. 2 n°2 NetzDG). Dans le cas d'un contenu potentiellement illégal, mais non manifeste, le délai est alors de 7 jours pour la prise de décision (art. 3 al. 2 n°3 NetzDG). Cette notion d'illégalité manifeste suscite des interrogations, car en plus de son incertitude juridique et de sa prétendue inapplicabilité dans la plupart des cas, elle serait presque inconnue du droit pénal allemand¹⁸.

Le délai de 7 jours peut être prolongé dans les cas plus compliqués, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier le contexte factuel et/ou de permettre à l'utilisateur concerné par l'éventuelle suppression de prendre position (art. 3 al. 2 n°3 a NetzDG). La décision reviendra alors en dernière instance à une entité indépendante « d'autorégulation règlementée » représentant plusieurs réseaux sociaux et agréementée par l'autorité fédérale de la justice (art. 3 al. 2 n°3b NetzDG). La composition de cette entité est également critiquée, car elle n'est pas nécessairement composée de juristes qualifiés¹⁹.

Par ailleurs, la loi ne prévoit pas de délais plus longs en cas de difficulté *juridique* liée à la qualification d'un contenu comme une infraction. Cela étant, il doit être renvoyé à cet égard aux directives du ministère de la justice qui indiquent une exonération de la responsabilité de la plateforme en cas de difficulté juridique liée à la caractérisation de l'infraction, notamment dans le cas de la lutte politique d'opinion ou des contributions satiriques²⁰.

Quoi qu'il en soit, il est possible que la Cour constitutionnelle examine la loi prochainement car certains députés allemands du parti libéral de la FDP, qui contestent sa constitutionnalité devant le tribunal administratif de Cologne, soutiennent que cette forme de délégation de l'application du droit aux entreprises porte atteinte indirectement à la liberté d'expression²¹.

III. LES AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES

A. LES REGLES GENERALES DE COMPETENCE EN DROIT QUASI-PENAL

En Allemagne, les autorités administratives (AA) sont compétentes en principe pour conduire les procédures administratives, c'est-à-dire tant pour la poursuite de l'infraction que pour l'application de la sanction (art. 35 OWiG).

La compétence *ratione materiae* n'est pas définie précisément par l'art. 36 OWiG. Cet article renvoie simplement à des lois spéciales qui définiront les AA compétentes en fonction des infractions ou encore aux lois ou règlements fédéraux ou locaux du *Land*, qui pourront définir les compétences générales pour certaines infractions. Dans le cas où aucune loi ne rend une AA compétente, alors les ministères fédéraux ou fédérés seront compétents.

¹⁸ Articles de Liesching.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Directives, p. 8.

²¹ <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/zwei-fdp-politiker-klagen-gegen-netzdg-15632476.html>

La compétence *ratione loci* des AA est quant à elle déterminée par l'art. 37 OWiG. D'après l'alinéa premier, l'autorité compétente est celle du district où l'infraction a été commise ou constatée ou encore celle du domicile de l'auteur des faits au moment de l'ouverture de la procédure.

B. LES AUTORITES ADMINISTRATIVES COMPETENTES EN MATIERE DOUANIERE

Dans certains domaines particuliers tels que le droit fiscal et le droit douanier administratif, des AA spéciales existent. Les AA agissent de manière autonome, sauf si le ministère public se charge des poursuites.

L'administration fiscale ou douanière compétente *ratione materiae* est la même dans la procédure pénale que dans la procédure administrative selon l'art. 409 du code fiscal allemand. Cela a du sens puisque la fraude fiscale pénale énoncée à l'art. 370 AO se distingue seulement de la fraude administrative de l'art. 378 AO par la forme de sa commission, intentionnelle ou non. Or, cela n'est souvent déterminé qu'au cours de l'enquête²². De plus, l'art. 409, qui renvoie à l'article 387 du même code, dispose dans son alinéa 1 que l'autorité répressive compétente est la même que de la matière du prélèvement de l'impôt ou des droits de douane. Ainsi, l'autorité douanière principale (*Hauptzollamt*) est tant chargée du recouvrement des taxes que de la répression pénale et quasi-pénale (cf. *supra* II, A). En outre, la compétence peut être élargie par voie réglementaire à plusieurs autorités pour des besoins pratiques, économiques ou administratifs.

En sus de pouvoir infliger des amendes administratives en vertu des art. 1 et 17 OWiG, les autorités douanières principales ont les mêmes compétences que celles du ministère public, sauf lorsque ce dernier se charge lui-même des poursuites. Dans ce dernier cas, l'autorité administrative n'a que les pouvoirs d'enquête de la police (décrits ci-dessous). Enfin, au cours de la procédure principale devant le juge, lorsque le parquet a pris en charge la poursuite de l'infraction (cf. *infra* IV), l'autorité douanière principale jouit d'un droit d'intervention tout au long de la procédure (art. 407 AO). La compétence territoriale de l'autorité douanière répressive est déterminée à l'art. 410 AO, qui renvoie aux articles 380 à 390 AO. Elle peut être liée à l'endroit où a été commise ou découverte l'infraction ou à l'endroit où le domicile de la personne concernée se trouve lors de l'ouverture de la procédure.

Les bureaux d'enquête douanière sont chargés quant à eux d'enquêter sur les infractions pénales et administratives confiées à l'administration des douanes en vue de poursuites. D'après l'art. 410 en lien avec l'art. 404 AO, leurs compétences sont les mêmes que celles de la police. Ainsi, selon l'art. 53 OWiG qui détermine les compétences de la police dans le cadre des procédures administratives, les autorités de police ont les mêmes droits d'enquête en matière de poursuites administratives que pénales et peuvent donc **procéder à des saisies, confiscations, perquisitions, enquêtes, ventes en urgence** etc.²³. Dès lors, les infractions détectées doivent être immédiatement communiquées à l'AA chargée des poursuites ou au ministère public si un lien avec une infraction pénale est connu.

²² Hüls/Reichling, p.1045

²³*Ibid*, p. 1054.

C. L'AUTORITE ADMINISTRATIVE COMPETENTE EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX EN LIGNE

L'autorité compétente pour infliger des sanctions administratives à des réseaux sociaux ne respectant pas les obligations énoncées par la loi *NetzDG* est l'autorité fédérale de la justice (*Bundesamt für Justiz*, cf. art. 4 al. 4).

IV. LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE

A. LES ETAPES DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE ORDINAIRE

Procédure administrative précontentieuse (*Vorverfahren*). En Allemagne, c'est en principe l'AA qui dirige la procédure administrative antérieure à une éventuelle procédure principale devant le juge²⁴. D'après l'art. 35 OWiG, l'AA est compétente en règle générale pour la poursuite de l'infraction ainsi que pour l'application de la sanction²⁵. Exceptionnellement, le ministère public peut poursuivre dès cette phase précontentieuse. D'après l'art. 46 al. 2 OWiG, l'AA a les mêmes droits et obligations en matière administrative que le ministère public en matière pénale.

Procédure intermédiaire (*Zwischenverfahren*)²⁶. Dans le cas où l'amende – infligée par l'AA – a été contestée, alors l'AA est compétente dans un premier temps pour décider si de nouveaux éléments de faits doivent être produits par la personne concernée par l'amende ou encore pour décider de la validité de la sanction. Dans le cas où l'AA maintient la peine d'amende, elle doit déléguer les poursuites au ministère public qui devient compétent devant le juge. Il s'agit dès lors de la phase se situant entre le domaine de compétence de principe de l'AA et le recours judiciaire selon l'art. 69 OWiG.

Procédure administrative contentieuse (*Hauptverfahren*). Dans la procédure administrative devant le juge, **le tribunal administratif (*Amtsgericht*)**²⁷ **est compétent en première instance** selon l'art. 68 OWiG. **Le recours en révision (contrôle de légalité)** se fera devant la Cour d'appel du Land (la plus haute juridiction du Land, *Oberlandesgericht*) qui statuera en deuxième et dernière instance selon les art. 79 al. 3 OWiG et 121 al. 1 n°1a, loi sur la constitution des tribunaux (*Gerichtsverfassungsgesetz*). Les seuls recours disponibles

²⁴ Le terme de « procédure » précontentieuse est utilisé pour traduire *Vorverfahren*. Cependant, on considère en droit allemand qu'il s'agit en réalité plus d'une étape ou d'une phase précontentieuse de la procédure administrative contentieuse que d'une procédure à part entière.

²⁵ Sauf si le ministère public ou le juge se chargent (il existe des cas de figure dans lesquels le ministère public se chargera dès la phase précontentieuse des poursuites ; ou d'autres dans lesquels le juge détecte une infraction). J'ai donc procédé à des simplifications et des clarifications en rouge.

²⁶ Encore une fois, même si le terme de « procédure » est utilisé, on considère en droit allemand qu'il s'agit plutôt d'une étape intermédiaire de la procédure administrative qu'une procédure à part entière.

²⁷ En Allemagne, le système judiciaire comprend les juridictions de droit commun et les juridictions d'exception. Les juridictions de droit commun se composent des juridictions civiles et pénales. Les juridictions d'exception sont les juridictions administratives, fiscales, du travail et du contentieux social. S'ajoutent à ces dernières la juridiction constitutionnelle, composée de la Cour constitutionnelle fédérale et des cours constitutionnelles des Länder (cf. https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-de-fr.do?member=1, consulté le 15.11.2018).

par la suite seront ceux devant la Cour constitutionnelle ou ceux devant des instances supranationales.

L'exécution de la sanction se fera respectivement par l'AA ou par le ministère public selon que l'AA ou le juge applique la sanction. La confiscation des biens et leurs ventes aux enchères est possible dans ce cadre²⁸.

Selon l'art. 46 OWiG, une des normes centrales de la procédure administrative contentieuse, **les règles de procédure pénale** (avec ci et là de très légères modifications) **seront appliquées par analogie en matière de contentieux administratif**, notamment en matière de preuves.

Toutefois, l'OWiG comporte des adaptations et des exceptions au droit procédural pénal ainsi que des règles propres. Les phases de la procédure sont différentes de celles du droit pénal allemand (v. plus haut). En outre, en droit administratif, il est possible de mener une procédure contentieuse purement écrite.

B. LES MESURES ADMINISTRATIVES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES ET LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES D'URGENCE

Contrairement à la matière pénale, il est **interdit d'imposer des mesures privatives de liberté en droit administratif selon l'art. 46 al. 3 OWiG**. En effet, celui-ci dispose que le placement forcé dans un établissement de santé, l'arrestation et la détention provisoire, la confiscation des envois postaux et des télégrammes ainsi que les demandes d'informations sur des circonstances soumises au secret postal et des télécommunications sont interdites.

En outre, selon les commentateurs de la OWiG²⁹, le **principe de proportionnalité empêcherait de prendre les mesures suivantes dans le cadre de la procédure administrative** :

- établissement de postes de contrôle ;
- recherche de l'auteur d'une infraction en analysant des données personnelles collectées notamment lors de contrôles d'identité de la police (*Schleppnetzfahrtung*) ou à travers le traitement automatisé de données de masse internes recoupé avec des bases de données étrangères (*Rasterfahrtung*) ;
- mise sous surveillance policière ;
- publication de la reproduction de l'image du suspect (confirmé par le *Landgericht* de Bonn, 14.1.2005 – 32 Qs 5/05) ;
- observation policière à long terme ;

²⁸ Krenberger/Krumm, art. 91 OWiG § 12. D'après l'art. 90 al. 1 OWiG, les règles de la loi relative à l'exécution administrative s'appliquent si c'est l'AA qui a appliqué la sanction. Dans ce cadre, la confiscation de biens est possible selon l'art. 90 al. 3 OWiG. Ces derniers sont par la suite vendus aux enchères (Krenberger/Krumm, art. 90 OWiG § 27). D'après l'art. 91, les art. 451 et 459 du code de procédure pénale s'appliquent si l'amende a été prononcée par le tribunal. La confiscation des biens et leurs ventes aux enchères est également possible dans ce cadre (Krenberger/Krumm, art. 91 OWiG § 12).

²⁹ Krenberger/Krumm, art. 46 OWiG § 107. il s'agit bien vraisemblablement de la propre interprétation des auteurs. Toutefois, la jurisprudence est dans le même sens, tout de moins en ce qui concerne la publication de la reproduction de l'image du suspect (Landgericht LG Bonn, 14.1.2005 – 32 Qs 5/05).

- interdiction temporaire de travail.

Toutefois, une perquisition chez le suspect et chez des tiers selon les articles 102 et 103 du code de procédure pénale reste possible selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG, 14.7.2016 – 2 BvR 2748/14 ; 09.03.2005 – 2 BvR 1178/04). Etant donné que ces mesures constituent bien souvent une atteinte aux droits fondamentaux, elles doivent en principe toujours être ordonnées par le juge (art. 162 code de procédure pénale). Une intervention sans autorisation du juge reste possible dans une situation d'urgence, où la preuve risque de disparaître³⁰. Dans une telle situation, l'AA ainsi que le personnel d'enquête de la police sont habilités à y procéder (art. 98 al. 1 et 105 al.1 code de procédure pénale). La mesure ainsi prise doit faire l'objet d'une demande de confirmation au juge dans les trois jours suivants. Cela dit, selon la Cour fédérale allemande³¹, la notion de danger doit être interprétée strictement. La personne concernée a également le droit de demander à tout moment une décision du juge à cet égard (art. 62 OWiG et 98 al. 2 code de procédure pénale). Dans tous les cas, **la perquisition est soumise au principe de proportionnalité** selon la Cour constitutionnelle allemande et la CEDH (BVerfG, 07.09.2006 - 2 BvR 1141/05 ; CEDH, *Buck c. Allemagne*, 28.07.2005 - 41604/98). Cet arrêt de la CEDH a retenu une violation de l'article 8 de la CESDH par une perquisition menée au domicile privé du requérant en raison d'une « simple » infraction au code de la route.

C. LES PRINCIPES PROCEDURAUX APPLICABLES EN MATIERE ADMINISTRATIVE

Le principe d'opportunité, qui dispose que la poursuite des infractions administratives relève du pouvoir discrétionnaire des autorités (art. 47 al. 1 OWiG), est un principe élémentaire de la procédure administrative. Il vient limiter le principe de la force contraignante de la loi et le principe de légalité qui en découle (l'art. 20 al. 3 GG). Cette pondération de l'Etat de droit est toutefois unanimement reconnue comme étant utile et constitutionnellement admissible³².

Le principe de la saisine d'office (*Offizialprinzip*), c'est-à-dire la constatation des infractions par l'AA est, comme on l'a vu jusqu'ici, un principe central du droit quasi-pénal allemand. De plus, les circonstances aggravantes et atténuantes doivent être objectivement appréciées par l'AA. Le dépôt d'une plainte par une personne privée n'est pas prévu, même s'il reste possible pour quiconque de signaler la commission d'une infraction.

Tout comme en droit pénal, **la présomption d'innocence** a une importance particulière en matière administrative (art. 20 al. 3 GG). Si un soupçon ne peut être confirmé par les éléments de preuves admissibles, alors les poursuites ne peuvent continuer. La répression doit impérativement être fondée sur des aspects factuels pouvant être prouvés. Ainsi, selon la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG, 04.02.1959 - 1 BvR 197/53), les présomptions pénales et quasi-pénales contreviennent au principe d'innocence (*Schuldgrundsatz*).

Cela étant, la présomption d'innocence peut se retrouver limitée au cours de la procédure préliminaire, car la sanction administrative peut être infligée sur la base d'une procédure formelle simplifiée (notamment au niveau des preuves), souvent en raison du caractère de

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Bundesgerichtshof*, 18.04.2007, 5 StR 546/06.

³² Bohnert/Bülte, chapitre 3 § 56 et suiv.

masse de certaines infractions. Une instruction complète de l'affaire ne doit être effectuée qu'à partir de la procédure intermédiaire (art. 69 al. 2 OWiG). Selon certains auteurs, cette conception ne serait pas conforme au droit à un procès équitable ainsi qu'à la présomption d'innocence garantis par l'art. 6 al. 2 de la CEDH. Pour ces derniers, la sanction administrative, même infligée par l'AA, relève de la « matière pénale » au sens de la CEDH.

Cependant, dans l'affaire Lutz c. Allemagne (25.07.1987 n°9912/82), où le requérant a été astreint à payer les frais de justice malgré la fin des poursuites à son encontre en raison de la prescription des faits (sans que le tribunal ait pu se prononcer sur le fond), la CEDH n'a pas retenu une violation de la présomption d'innocence issue de l'art. 6 al. 2, car « *de graves soupçons continuaient à peser sur M. Lutz [... et] le refus d'imposer au Trésor les frais et dépens nécessaires de M. Lutz ne s'analyse pas en une peine, ni en une mesure assimilable à une peine.* » (§ 62-63 de l'arrêt de la CEDH). Une autre décision de la CEDH portant sur le caractère équitable du procès administratif est l'affaire Öztürk c. Allemagne (21.02.1984 - n°8544/79), où la CEDH a constaté que la procédure administrative relevait de la matière pénale et que le requérant devait dès lors bénéficier de l'assistance gratuite d'un interprète (article 6 al. 3 e CEDH).

S'il existe des doutes sur l'existence d'obstacles procéduraux au profit de la personne concernée par les poursuites, une décision doit être prise au cas par cas. Cela étant, dans les cas les plus flagrants de doute quant à la prescription des faits ou à l'existence d'une décision antérieure, l'obstacle procédural devrait être accepté *in dubio pro reo*.

Le droit à être entendu dans la procédure précontentieuse est garanti par l'art. 55 OWiG. La personne poursuivie a la *possibilité* de se défendre ou de participer à l'obtention de preuves. Elle peut soumettre un avis, oral ou/et écrit. Néanmoins, elle a le droit de garder le silence, et cela ne peut pas être interprété comme une reconnaissance de culpabilité³³.

En outre, la contestation de la sanction donne la possibilité à l'administration de retirer l'amende ou, dans le cas contraire, à la personne concernée d'accéder au juge. **Le droit à la défense** devant un juge est donc garanti.

Par ailleurs, la personne poursuivie ne doit pas être obligatoirement informée de sa mise en examen. Ainsi, elle n'a pas le droit de contester les poursuites, ni d'obtenir des informations sur le stade de la procédure ou de l'obtention des preuves³⁴.

Le principe accusatoire ou du contradictoire est valable également tout au long de la procédure administrative. Il revient donc à la personne poursuivie de participer ou non à la procédure d'obtention des preuves : en d'autres termes, l'auto-incrimination est libre mais elle ne peut pas être contraignante (*nemo tenetur se ipsum accusare*). En revanche, si la personne concernée refuse de fournir des preuves, des mesures d'instruction pour forcer leur obtention peuvent être prises (v. plus haut). Le tribunal devient compétent seulement après la poursuite préalable menée par les organes compétents et la sanction administrative structure l'objet de la procédure judiciaire. Les conditions préalables au procès sont donc l'existence de la notification d'une amende, sa contestation, ainsi que le dépôt du dossier au tribunal par le parquet (art. 69 al. 4 n°2).

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, chapitre 3 § 73.

La question de savoir si la personne concernée par les poursuites administratives doit **se faire représenter par un avocat** est controversée. La Cour d'appel du Land de Cologne ainsi qu'une partie de la doctrine y répondent par l'affirmative³⁵. En revanche, les commentateurs de l'OWiG considèrent la nomination obligatoire d'un avocat comme une exception³⁶. Cela étant, ces derniers avancent des cas de figure dans lesquels la participation d'un avocat peut s'avérer nécessaire en raison de la complexité juridique de l'affaire ou de l'importance de la (ou des) sanction(s) en jeu³⁷.

L'interdiction des poursuites pénales répétées et du cumul des sanctions (*non bis in idem*) est également valable en droit quasi-pénal, mais de manière limitée (v. *infra* VI pour plus de détails).

Quant au **principe d'information et de motivation**, la notification de l'amende doit notamment contenir les informations suivantes (art. 66 al. 1) : l'acte reproché à l'intéressé, l'heure et le lieu de sa commission d'importance centrale pour assurer l'interdiction des doubles poursuites), les éléments de preuve, la qualification juridique de l'infraction et les dispositions matérielles applicables.

La description des faits doit être suffisamment exhaustive et claire, afin que l'infraction soit clairement reconnaissable. L'amende devient caduque s'il n'est plus possible de différencier les faits les uns des autres. La forme de la commission de l'infraction, à savoir de manière intentionnelle ou non, doit être précisée³⁸.

Quant aux preuves, la nature des éléments matériels de preuve doit être indiquée. Seules les preuves déterminantes pour la décision doivent être mentionnées. Les témoins et les experts doivent être indiqués avec leurs noms et adresses. La personne concernée peut faire une demande de consultation du dossier (art. 49 al. 1 OWiG).

Le principe de proportionnalité est une garantie constitutionnelle allemande (art. 20 al. 3, GG), applicable en droit pénal et notamment par rapport à l'instruction ainsi qu'aux sanctions. Le principe de proportionnalité constitue l'équivalent du principe de la nécessité stricte et évidente des sanctions, car les deux exigent que la sanction ait un but légitime et qu'elle soit adaptée, nécessaire et appropriée³⁹. L'importance de l'infraction et des reproches portés contre son auteur constituent les critères à l'aune desquels le montant de l'amende doit être fixé (art. 17, al. 3, OWiG). Les circonstances économiques du délinquant sont prises en compte, sauf lorsqu'il s'agit d'une infraction administrative mineure. Enfin, la confiscation d'objets comme sanction secondaire est explicitement soumise au principe de proportionnalité à l'art. 24 OWiG.

D. LES PARTICULARITES PROCEDURALES DU DOMAINE DOUANIER

En matière douanière, contrairement à la procédure administrative ordinaire, la personne concernée par les poursuites doit obligatoirement être informée de l'ouverture des poursuites à son encontre, le plus rapidement possible et au plus tard au moment où elle reçoit l'injonction

³⁵ *Ibid*, chapitre 3 § 37.

³⁶ Krenberger/Krumm, art 46, § 40.

³⁷ *Ibid*.

³⁸ Bohnert/Bülte, chapitre 3 § 56 et suiv.

³⁹ Karlsruher Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5ème édition, C.H. Beck, 2018, p. 30.

à communiquer des éléments ou des documents en relation avec l'infraction administrative reprochée, sous peine de non-recevabilité des éléments de preuve recueillis. En revanche, l'obligation de notifier l'ouverture des poursuites ne s'applique pas lorsque le secret de l'enquête est justifié par un intérêt public impératif⁴⁰, comme par exemple en matière d'évasion fiscale. Quoi qu'il en soit, à partir de l'ouverture des poursuites, des mesures de perquisition peuvent être mises en œuvre (v. ci-dessus).

Autrement, en matière fiscale et douanière, il est possible de se faire représenter par un conseiller fiscal ou un comptable au cours de la procédure administrative préliminaire. Par la suite, un avocat sera néanmoins nécessaire devant le tribunal (renvoi de l'art. 410 n°3 AO à l'art. 392 AO).

E. LA PROCEDURE SPECIALE EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX EN LIGNE

Les règles de procédure de l'OWiG s'appliquent en cas de poursuites à l'encontre des plateformes de médias sociaux selon la loi *NetzDG*. Mais avant que l'autorité fédérale de la justice puisse infliger une amende administrative, le tribunal administratif se chargera de vérifier si les contenus non censurés à l'origine des poursuites administratives auraient dû être censurés ou pas (FAQ du site internet du ministère de la Justice, cf. bibliographie).

En ce qui concerne le droit à la défense de la personne concernée par la suppression du contenu, la loi ne prévoit pas *explicitement* de recours spécial. L'art. 3 al 6 n°4 de la loi énonce cependant que l'entité d'autorégulation réglementée, instituée par les réseaux sociaux pour décider de la censure de manière indépendante et en dernière instance, doit également être l'organisme devant recevoir les réclamations. Cette entité serait chargée de traiter entre autres les plaintes des internautes dont le contenu a été supprimé (FAQ du ministère de la justice). Ainsi, en plus de la possibilité réservée à la plateforme de laisser l'utilisateur s'exprimer lorsque le contexte n'est pas clair (cf. *supra* II, B), un *certain* droit à se défendre est prévu par cette loi. Autrement, il reste possible d'engager un recours de droit commun contre l'exploitant de la plateforme sur le fondement de l'atteinte à la liberté d'expression, en invoquant la violation des conditions générales et/ou celle, indirecte, du principe constitutionnel de la liberté d'expression⁴¹. Dès lors, au contraire de ce qui a pu être reproché par *Human Rights Watch* par exemple⁴², le contrôle judiciaire de la censure n'est pas totalement inexistant.

⁴⁰ Hüls/Reichling, p. 1052.

⁴¹ <https://www.futurezone.de/digital-life/article213280293/Jeder-kann-Facebook-vor-deutschen-Gerichten-verklagen-auch-Publizisten-ein-Ueberblick-zur-rechtlichen-Lage.html>

⁴² <https://www.hrw.org/fr/news/2018/02/14/allemande-la-loi-sur-les-medias-sociaux-comporte-des-failles>

V. LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

A. CONSIDERATIONS GENERALES

A titre de rappel, le droit administratif allemand ne prévoit presque que des sanctions pécuniaires.

Cela étant, le montant des amendes est potentiellement illimité puisque d'après l'alinéa 4 de l'art. 17 OWiG, l'amende doit être supérieure aux bénéfices économiques engrangés de manière illégale. Elle peut donc atteindre des sommes importantes et a déjà dépassé le milliard d'euros, comme cela a été le cas dans le domaine de la concurrence ou récemment avec l'affaire Volkswagen et des moteurs diesels⁴³.

Les interdictions – même temporaires – de travail ou de liberté ne sont pas appliquées puisqu'elles sont considérées comme disproportionnées en matière administrative⁴⁴. A titre d'exception, l'article 70 du Code pénal prévoit la possibilité d'infliger une interdiction d'exercer une activité professionnelle, toutefois peu appliquée en pratique⁴⁵ et la loi relative aux règles et à la sécurité routière peut prévoir une interdiction (maximale) de conduire pendant 3 mois à la suite d'une infraction grave.

L'article 22 OWiG prévoit la possibilité de confisquer des biens, dans la mesure où une loi spéciale le permet expressément. Lorsque l'amende acquiert force exécutoire, les biens confisqués deviennent la propriété de l'Etat (art. 26 al. 1 OWiG).

B. LES CONFISCATIONS POSSIBLES EN MATIERE DOUANIERE

Selon l'art. 20 AWG, la confiscation d'objets est possible dans le cas d'infraction douanière, et ce tant en matière pénale qu'administrative (ex : non-respect d'un embargo, exercice d'un certain commerce sans autorisation préalable). En revanche, des retraits, suspensions ou modifications de toute autorisation ne sont pas prévus en droit quasi-pénal allemand.

C. DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES POTENTIELLEMENT TROP ELEVEES EN MATIERE DE CONTENUS ILLICITES EN LIGNE

La loi *NetzDG* prévoit des sanctions pécuniaires allant jusqu'à 5 millions d'euros pour une personne physique (art. 4 al. 2 *NetzDG*) et 50 millions d'euros pour une personne morale (avec renvoi à l'art. 30 al. 2 OWiG).

Selon les directives du Ministère de la Justice sur l'application des amendes (v. bibliographie), seul un manquement systématique peut caractériser l'infraction administrative : « *un réseau social n'est pas menacé d'une amende réglementaire s'il prend une décision incorrecte dans un cas individuel* » (p. 7). De même, selon la loi (art. 4), il n'est pas prévu

⁴³<http://www.staatsanwaltschaften.niedersachsen.de/startseite/staatsanwaltschaften/braunschweig/presseinformationen/vw-muss-bussgeld-zahlen-165610.html>

⁴⁴ Krenberger/Krumm, §46 n° 87.

⁴⁵ Tiedemann, § 630.

qu'une méconnaissance ponctuelle de l'obligation de suppression puisse être sanctionnée. Seul le manque de contrôle des traitements des demandes de suppression par la direction de l'entreprise ou une insuffisance organisationnelle générale entraîne la sanction.

Le montant de l'amende infligée dans une affaire donnée dépend principalement du nombre d'utilisateurs de la plateforme et de la gravité de l'infraction (négligence, intention). Les montants maximaux ne peuvent être infligés qu'à l'encontre de grandes plateformes et qu'en cas de manquements systématiques « extraordinaires ou très graves », en d'autres termes, si presque aucun effort n'a été fait pour se conformer aux exigences et qu'aucune amélioration ne peut être attendue. Enfin, la négligence ne peut être sanctionnée que par une amende dont le montant se situe dans la première moitié de fourchette légale (p. 11 et 13 directives susmentionnées).

VI. LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

A titre liminaire, il est intéressant de noter que l'Allemagne n'a pas ratifié le protocole n°7 de la CESDH⁴⁶. Cela étant, le principe *non bis in idem* est entériné par la Constitution allemande (art. 103 al. 3, GG) et trouve application autant en droit pénal qu'en droit administratif.

En matière administrative, **un même acte ne peut pas faire l'objet de poursuites par plusieurs autorités administratives différentes**⁴⁷. Le principe *non bis in idem* empêche également l'ouverture de nouvelles poursuites administratives si une amende a déjà été infligée, puisque la force exécutoire de l'amende s'y oppose (art. 84 al. 1 OWiG). La reprise des poursuites est également exclue, alors même que de nouveaux éléments factuels rendrait possible la poursuite des faits sur la base d'une disposition quasi-pénale plus sévère⁴⁸. A titre d'exception, la procédure peut être ouverte à nouveau au seul bénéfice de l'administré (art. 85 OWiG).

Si un acte est à la fois constitutif d'une infraction administrative et d'une infraction pénale, alors la loi pénale prime. Néanmoins, cet acte peut être poursuivi en tant qu'infraction administrative si au terme de la procédure pénale aucune sanction n'a été infligée.

L'existence d'une poursuite administrative ou d'une sanction administrative (infligée par une autorité administrative ou par un tribunal) n'ayant pas encore acquis force exécutoire, n'empêche pas l'ouverture d'une poursuite pénale (art. 81 OWiG). En effet, l'amende administrative, dont la force juridique est limitée à la matière administrative, n'y fait pas obstacle (art. 84 al. 1 OWiG). La procédure pénale est alors introduite par le parquet et reste indépendante selon que l'appréciation se fonde ou non sur de nouveaux éléments de faits. La qualification des faits par l'AA ne peut lier le ministère public. Le procureur peut introduire une instance pénale à tout moment, sans tenir compte du stade de la procédure

⁴⁶ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=8UuimRwb

⁴⁷ Bohnert/Bülte, chapitre 4, § 33.

⁴⁸ *Ibid*, chapitre 4, § 34.

administrative. Dans le cas où le tribunal de première instance constate une possible infraction pénale, l'instance pénale ne peut s'ouvrir qu'une fois la personne poursuivie informée du fait qu'elle sera désormais inculpée pénalement (art. 81 al. 1 OWiG). Si c'est lors d'un recours en révision que l'existence d'une infraction pénale est retenue, le jugement attaqué doit être annulé et le prévenu renvoyé devant un tribunal de droit pénal. Avec la condamnation au pénal, l'amende devient formellement caduque (art. 86 al. 1 OWiG).

Cependant, **si un tribunal administratif ou pénal a déjà rendu une décision ayant force exécutoire**, alors plus aucune poursuite ne peut avoir lieu, quelle que soit la nature des poursuites (art. 84 al. 2 OWiG).

En droit pénal allemand **il ne peut y avoir de sanctions administratives accessoires aux sanctions pénales.**

Enfin, le cumul des sanctions à la fois contre une personne morale et la personne physique représentant cette dernière ne contrevient pas au principe *non bis in idem*⁴⁹.

⁴⁹ Krenberger/Krumm, §30 n° 46

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles de doctrine :

Bohnert/Bülte, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, C.H. Beck, Grundrisse des Rechts, 5ème édition, 2016.

Hoeren, „Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig“, *beck-community*, 2017.

Hüls/Reichling (éditeurs), Apfel (Auteur), *Steuerstrafrecht*, Heidelberger Kommentar, C.F. Müller, 2016.

Krenberger/Krumm, *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, C.H. Beck, 4ème édition, 2016.

Liesching, „Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen“, *beck-community*, 2017.

Liesching, „NetzDG-Entwurf basiert auf Bewertungen von Rechtslaien“, *beck-community*, 2017.

Liesching, „u n v e r ä n d e r t“ – zur politischen Entscheidung für die Beibehaltung der Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“, *beck-community*, 2017.

Mitsch, *Medienstrafrecht*, Springer, 2012.

Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, Vaglen, 5ème édition, 2017.

Wabnitz/Janowsky (éditeurs), Harder (auteur), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4ème édition, C.H. Beck, 2014, pp. 1350 - 1513.

Textes de loi et textes officiels du gouvernement (éventuellement en versions anglaises) :

Code pénal, *Strafgesetzbuch* : <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

Code pénal, version anglaise, *German criminal code* : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html

Loi relative aux infractions administratives, OWiG : http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/

Loi OWiG, version anglaise, *Act on regulatory offences* : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/index.html

Loi fondamentale allemande, *Grundgesetz* : <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>

Loi fondamentale allemande, *Basic Law for the Federal Republic of Germany* : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html

En matière douanière :

Code fiscal allemand, *Abgabenordnung* AO : http://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/index.html

Code fiscal allemand, version anglaise, *Fiscal Code of Germany* : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/index.html

Loi relative à l'administration douanière, *Zollverwaltungsgesetz* : <https://www.gesetze-im-internet.de/zollvg/index.html#BJNR121250992BJNE001403377>

Loi relative à la recherche d'infractions douanières, *Zollfahndungsdienstgesetz* : <https://www.gesetze-im-internet.de/zfdg/index.html#BJNR320210002BJNE004505377>

Loi relative au commerce extérieur, *Aussenwirtschaftsgesetz* : http://www.gesetze-im-internet.de/awg_2013/

Loi relative au commerce extérieur, version anglaise, *Foreign Trade and Payments Act* : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_awg/index.html

Loi relative au contrôle des armes de guerre, *Kriegswaffenkontrollgesetz* :

En matière de contenus illégaux on-line :

Loi NetzDG : <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/index.html>

Loi NetzDG, version anglaise : *Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (Network Enforcement Act)* : https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/NetzDG_engl.pdf?blob=publicationFile&v=2

Travaux préparatoires de la loi NetzDG (proposition de loi), *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)* : https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_NetzDG.pdf?blob=publicationFile&v=2

FAQ relative à la loi NetzDG : https://www.bmjbv.de/SharedDocs/FAQ/DE/NetzDG/NetzDG.html;jsessionid=1218169C67AF073E7859A7FD79AEDEDD.1_cid324

FAQ, version anglaise, relative à la loi NetzDG : <https://www.bmjbv.de/SharedDocs/FAQ/EN/NetzDG/NetzDG.html>

Directives du ministère de la Justice : *NetzDG-Bußgeldleitlinien Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen im Bereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 22. März 2018* : https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/NetzDG_Bu%C3%9Fgeldleitlinien.pdf?blob=publicationFile&v=3

Directives, version anglaise : *Network Enforcement Act Regulatory Fining Guidelines on setting regulatory fines within the scope of the Network Enforcement Act of 22 March 2018* : https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/NetzDG_Bu%C3%9Fgeldleitlinien_engl.pdf?__blob=publicationFile&v=2

ABREVIATIONS

AA	Autorité administrative.
AO	<i>Abgabenordnung</i> , code fiscal allemand).
AWG	<i>Aussenwirtschaftsgesetz</i> , loi relative au commerce extérieur.
art.	Article.
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> , Cour constitutionnelle allemande.
BvL	<i>Konkrete Normenkontrolle</i> , contrôle concret de la légalité d'une norme d'après l'art. 100 al. 1 GG.
BvR	<i>Verfassungsbeschwerden</i> , recours constitutionnel d'après l'art. 93 al. 1 n°4a, 4b GG.
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme.
CESDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.
FAQ	Foire aux questions.
GG	<i>Grundgesetz</i> , loi fondamentale allemande.
MP	Ministère public.
NetzDG	<i>Netzwerkdurchsetzungsgesetz</i> , loi relative à l'amélioration de l'application du droit pénal dans les réseaux sociaux en ligne
OWiG	<i>Ordnungswidrigkeitengesetz</i> , loi relative aux infractions administratives.
suiv.	Suivant(s).
v.	voir.
ZKA	<i>Zollkriminalamt</i> , (Direction criminelle douanière).



LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE

EN BELGIQUE

La doctrine et la jurisprudence belge définissent la sanction administrative comme « un acte individuel faisant grief, adopté par une autorité administrative sans intervention préalable d'un juge, en réaction à un comportement irrégulier et dans un but répressif, le contrôle juridictionnel n'étant exercé qu'à posteriori, soit par le Conseil d'Etat, soit par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire⁵⁰. La pratique privilégie toutefois l'usage de l'expression « sanction administrative » en un sens plus restrictif, qui ne prend pas en compte la répression disciplinaire »⁵¹. La notion est donc utilisée en un sens qui correspond à la définition suggérée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁵² : les sanctions administratives sont « *les actes administratifs qui infligent une pénalité aux personnes, en raison d'un comportement contraire aux normes applicables, qu'il s'agisse d'une amende ou de toute autre mesure punitive d'ordre pécuniaire ou non. Ne sont pas considérées comme telles : les mesures que l'autorité administrative est tenue de prendre en exécution d'une condamnation pénale ; les sanctions disciplinaires* ». Ce sont ces sanctions qui font l'objet du présent rapport.

La répression administrative n'est pas régie, en Belgique, par un cadre normatif général. Elle ne connaît ni inventaire des peines, ni unification des procédures. Chaque loi établissant des sanctions définit les mesures applicables, désigne l'autorité compétente pour les prononcer et - en principe - détermine le mode de constatation des infractions, la procédure de poursuites et les recours disponibles. Pour le surplus, le droit de la sanction administrative est essentiellement prétorien⁵³.

**

La présente étude propose une analyse des sanctions administratives au travers de certaines de leurs caractéristiques générales et plus particulièrement une analyse des sanctions administratives communales et des régimes spéciaux relatifs au domaine douanier.

⁵⁰ J. Ligot, « La sanction administrative dans le droit belge », Rapport belge, 3e colloque de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union Européenne Aisbl, Bruxelles, 1972, p. 393, <http://www.aca-europe.eu>.

⁵¹ Conseil d'Etat du Benelux et Cour administrative du Luxembourg, Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée, colloque, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 3. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewjUI7Lp1tjeAhUlyIUKHbyeCZ4QFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.raadvst-consetat.be%2F%3Faction%3Ddoc%26doc%3D929&usq=AOvVaw1oC34BlqxDccvTdeV8ZmGv>

⁵² Recommandation R 91/1 adoptée le 13 février 1991 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et relative aux sanctions administratives.

⁵³ Les références jurisprudentielles du présent rapport peuvent être consultées au moyen du site www.juridat.be (données de l'Ordre judiciaire) et du site <http://www.raadvst-consetat.be> (Conseil d'Etat de Belgique).

I. LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

L'emprise des sanctions administratives n'a eu de cesse de s'accroître au fil des années. Elles sont prévues par les législations fédérales, communautaires et régionales et même, en vertu de la loi, par les règlements des communes.

Le règlement des communes, ainsi que les sanctions qu'ils édictent, dites sanctions administratives communales, SAC, portent sur des faits qui échappent désormais au juge judiciaire lequel était, jusqu'il y a peu, appelé à statuer quant à leur matérialité et à la sanction à appliquer. Cette situation nouvelle s'explique par la volonté politique de désengorgement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, incarnée notamment dans une loi du 13 mai 1999 relative aux sanctions administratives dans les communes, complétée par une loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales laquelle permet à l'autorité communale de poursuivre des comportements ayant également une qualification pénale mais pour lesquels le Procureur du Roi n'entend pas poursuivre⁵⁴.

Les sanctions administratives se rencontrent désormais dans les aspects les plus divers de la vie économique, sociale, culturelle et, tout simplement, de la vie quotidienne. Les sanctions administratives en matières fiscales et sociales existent depuis de nombreuses années en Belgique. Elles prennent souvent la forme d'amendes, mais elles peuvent aussi consister en des interdictions d'accès à certains lieux, des fermetures d'établissements, des retraits d'autorisations ou d'agrément, etc.⁵⁵

En matière douanière, la loi générale sur les douanes et accises (LGDA) du 18 juillet 1977⁵⁶ édicte des sanctions pénales, des sanctions administratives et leur régime particulier et permet à l'administration de statuer sur l'éventuelle suppression de licences, autorisations, permissions ou concessions qu'elle aurait précédemment concédées ou accordées.

L'article 266-2 organise ce régime général de retrait. Il peut se voir appliquer cumulativement avec des sanctions administratives particulières, dans deux hypothèses :

- non-paiement de la dette douanière générée par la licence, l'autorisation, la permission ou la concession ;
- non-respect des conditions prévues par la licence, l'autorisation, la permission ou la concession⁵⁷.

⁵⁴ Loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales, art. 3 et 23, *M.B.* 1^{er} juillet 2013, p. 41293.

⁵⁵ Conseil d'Etat du Benelux et all, op. cit., p. 3.

⁵⁶ http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1977071831&table_name=loi

⁵⁷ Loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1977, art. 266-2, *M.B.*, 21 septembre 1977, p. 11476.

II. LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION

En Belgique, tant au niveau fédéral qu'au niveau fédéré, les Ministres compétents peuvent définir des politiques de prévention par le biais de circulaires administratives.

Ces actes ne sont pas créateurs de droit, mais permettent de « (...) *donner une ligne de conduite à une administration. Cette forme de directive correspond aux axes à suivre donnés par le supérieur à toute la pyramide hiérarchique qui le soutient. Ceci permet de mettre en place une cohérence dans un service, de tendre à l'égalité de traitement des personnes dans les dossiers traités par les différents fonctionnaires et de rendre un peu plus prévisible les actions de l'administration* »⁵⁸.

Il arrive également que les circulaires soient édictées par un haut fonctionnaire.

Les politiques publiques relatives à la prévention de la commission des infractions et à leur traitement administratif ne sont pas, sauf exception, communiquées hors de l'administration.

En matière douanière, la lutte contre l'importation de drogues constitue une des missions essentielles de l'Agence générale des douanes et accises (AGD&A). Le 21 février 2018, le Ministre fédéral de l'Intérieur et le Ministre fédéral des Finances ont présenté leur nouveau plan de lutte contre l'importation de drogues au port d'Anvers, le « *Stroomplan* »⁵⁹.

Ce plan prévoit des investissements à concurrence 1,6 millions d'euros dans la lutte contre l'importation de drogues par le biais du renforcement des équipes et de l'achat de matériel à la pointe de la technologie.

Pour le surplus, nous rappelons qu'eu égard à leur caractère hautement sensible, les politiques de prévention en matière douanières ne sont pas disponibles à la consultation du public.

III. LES AUTORITES COMPETENTES ET LA PROCEDURE EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES

A. LA PRISE DE LA DECISION PORTANT SANCTION

1. Considérations générales

La Belgique est un Etat fédéral composé de Communautés et de Régions, chacune compétente pour des domaines juridiques distincts mais dont les emprises territoriales peuvent se superposer (par exemple, la Communauté Française et la Communauté Flamande

⁵⁸ Article non signé in *Actualités du Droit belge*, « La portée normative des circulaires ministérielles » (<https://www.actualitesdroitbelge.be>).

⁵⁹ <https://vanoverveldt.belgium.be/fr/lancement-des-dossiers-d%E2%80%99achat-stroomplan-les-douanes-investissent-16-million-d%E2%80%99euros> (consulté le 10 septembre 2018).

exercer chacune des compétences propres sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale). Bien entendu, la Belgique est également divisée en provinces et en communes.

Les textes normatifs instaurant des sanctions administratives peuvent avoir de nombreuses origines et peuvent instaurer des régimes de sanctions administratives à de nombreux niveaux. Les autorités compétentes pour sanctionner administrativement sont, dès lors, tout aussi nombreuses.

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

Les procédures administratives qui aboutissent à infliger des sanctions (quelles qu'elles soient) sont plus spécifiquement régies par les principes généraux du droit applicables en matière répressive⁶⁰. La Cour constitutionnelle belge l'a rappelé en ces termes, dans un arrêt rendu le 30 mars 2011 (C. const., arrêt n° 44/2011, B. 35) :

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

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

Les sanctions administratives relevant de la « matière pénale », d'une part, et les sanctions administratives portant sur des droits civils, d'autre part, sont enfin et surtout soumises, chacune pour ce qui les concerne, à l'arsenal des garanties consacrées par le droit international des droits de l'homme (en ce qui concerne les sanctions relevant de la « matière pénale », la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier les articles 6 et 7, ses protocoles additionnels, en particulier l'article 4 du protocole 7, le Pacte international relatif aux droits civils et Politiques, en particulier les articles 14.7 et 15.1 et la Charte européenne des droits fondamentaux, en particulier l'article 49, § 3⁶¹).

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

Il se peut toutefois que des mesures, présentées comme des sanctions, échappent à l'assimilation pénale, en raison du lien particulier qui unit les destinataires potentiels de la

⁶⁰ Conseil d'Etat du Benelux et all, op. cit., p. 6.

⁶¹ *Idem*.

sanction à l'autorité administrative (sans pour autant qu'il s'agisse de répression administrative « interne »). La section de législation du Conseil d'Etat, en particulier, admet dans certains avis que « lorsqu'elle est destinée à s'appliquer à une catégorie déterminée de personnes qui ont un lien particulier avec les autorités [...] l'amende administrative dont la disposition à l'examen organise le régime ne présente pas un caractère pénal »

En marge des sanctions à caractère pénal, il convient de préciser que les sanctions touchant à l'exercice d'une activité économique ou d'une profession (retrait d'agrément, d'autorisation, fermeture d'établissement) sont, quant à elles, généralement considérées comme relevant du « volet civil » de l'article 6⁶².

2. Les sanctions administratives communales

La loi sur **les sanctions administratives communales** du 24 juin 2013 (art. 20 et 21, ci-après LSAC)⁶³ distingue les personnes qui peuvent constater les infractions selon que les faits ont, ou non, une qualification pénale :

- les faits ont également une qualification pénale (infractions dites mixtes) : les fonctionnaires et agents de police, ainsi que le garde champêtre ;

- les faits ne peuvent donner lieu qu'à l'application d'une sanction administrative (infractions dites purement administratives) : les agents communaux, provinciaux ou régionaux chacun détachés à cette fonction et certains membres du personnel des services de transport en commun.

Les infractions mixtes, sanctionnées par le code pénal mais dont la répression peut être attribuée au fonctionnaire sanctionnateur communal, sont regroupées en deux catégories (LSAC, art. 3) :

- les coups et blessures simples, l'injure, la destruction de voitures et autres engins de transport (art. 398, 448, 521, al. 3, Code pénal, ci-après CP) ;

- le vol simple, la dégradation de tombes et monuments publics, la réalisation sans autorisation de graffitis, les dégradations mobilières, l'abatage et la dégradation grave d'arbres, la dégradation de clôtures, le tapage nocturne, les voies de fait et violences légères, le port d'un masque destiné à cacher tout ou partie du visage (art. 461, 526, 534bis, 534ter, 537, 545, 561, 1°, 563, 2° et 3°, 563bis, CP).

A défaut de protocole d'accord quant au *modus operandi* à suivre, une sanction administrative ne peut être infligée :

- pour une infraction relevant de la première catégorie ci-dessous, que si le ministère public a, dans un délai de deux mois, fait savoir qu'il ne réserve pas de suites au dossier et qu'il juge la sanction administrative opportune (art. 23, § 2, LSAC) ;

- pour une infraction relevant de la deuxième catégorie ci-dessous, à l'expiration du délai de deux mois (LSAC, art. 23, § 3).

⁶² *Ibidem*, p.8.

⁶³ http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2013062404&table_name=loi

Les infractions purement administratives sont constatées comme indiqué ci-dessus par les agents communaux, provinciaux ou régionaux détachés à cette fonction et certains membres du personnel des services de transport en commun (LSAC, art. 21). Elles ne font l'objet d'aucun « prétraitement » avant d'être portées à la connaissance de l'agent sanctionnateur.

Il s'agit par exemple de la mendicité dont l'incrimination pénale a été abrogée par la loi belge du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire. Certaines communes ont adopté des règlements visant à l'interdire, sous peine de sanctions (purement) administratives. Ces sanctions se sont à leur tour trouvées limitées par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui ne les autorise, sous peine de suspension des règlements communaux contraires, qu'à l'encontre d'une mendicité incivile ou perturbant l'ordre public (arrêt 229.729 du 6 janvier 2015).

Concernant la procédure, les infractions, qu'elles soient mixtes ou purement administratives, sont portées à la connaissance du fonctionnaire sanctionnateur, lequel pourra décider de l'opportunité des poursuites administratives. S'il décide de poursuivre, il adressera au contrevenant, selon des formes particulières, la description des faits et leur qualification. La possibilité est alors offerte au destinataire de l'envoi de consulter le dossier, d'exposer par écrit ses moyens de défense et d'être entendu par le fonctionnaire appelé à statuer sur le dossier (LSAC, art. 25, § 2 et 3).

Enfin, la décision d'infliger une sanction administrative communale doit être prise dans un délai ne dépassant pas six mois à compter de la constatation des faits ; à défaut, aucune sanction administrative ne pourra être infligée. La décision ainsi prise est notifiée au justiciable par recommandé postal (LSAC, art. 26 et 27).

3. Les sanctions administratives en matière douanière

La loi générale sur les douanes et accises attribue aux agents des douanes et accises de nombreuses missions de contrôle et de vérifications. Ces agents sont attachés à l'Administration générale des douanes et accises laquelle dépend du Service public fédéral Finances (nouvel intitulé du Ministère fédéral des finances).

La constatation des infractions doit être effectuée par au moins un agent des douanes et accises avec éventuellement le concours des agents listés par la loi.

« Lorsque les délits, fraudes ou contraventions à la loi sont constatés au moyen de procès-verbaux, ces actes seront dressés sur-le-champ ou le plus tôt que faire se pourra, par au moins deux personnes qualifiées à cet effet, dont l'une doit être nommée ou munie de commission de la part de l'Administration générale des douanes et accises » (art. 267, LGDA).

« Tous les fonctionnaires et agents des administrations publiques, notamment ceux des administrations communales, les policiers, les gardes champêtres et forestiers, ainsi que tous huissiers de justices et porteurs de contraintes sont autorisés à coopérer, avec les agents des douanes et accises, aux visites à l'effet de constater les contraventions et de faire les saisies qui en résulteront (...) » (art. 186, LGDA).

La procédure administrative sera conduite par l'Administration générale des douanes et accises.

La décision sera prise soit par le directeur régional des douanes et accises ou d'un fonctionnaire équivalent⁶⁴ (LGDA, art. 212), soit par un représentant de l'administration n'ayant pas cette qualité. Dans ce dernier cas, un recours hiérarchique auprès du directeur régional sera un préalable nécessaire au recours administratif contre cette décision (cf. *infra*, B, 3).

La procédure d'adoption d'une sanction administrative commence par une communication écrite émanant du directeur régional vers le destinataire de la future sanction administrative des motifs sur base desquels il entend fonder la décision à prendre. Le destinataire de cette communication dispose ensuite d'un délai de 30 jours à compter du troisième jour ouvrable qui suit son envoi pour faire valoir ses observations. Le directeur régional est tenu de motiver sa décision au regard des arguments qui lui auront été éventuellement transmis en réponse (LGDA, art. 212/1).

B. LES VOIES DE RECOURS CONTRE LA DECISION PORTANT SANCTION

1. Considérations générales

Le recours administratif interne organisé. Certaines lois particulières prévoient un recours administratif à l'encontre de la sanction administrative. Il est qualifié de recours administratif interne organisé. Ce mécanisme de recours permet soit de saisir un organe de recours propre au contentieux particulier dont il s'agit, soit de saisir un organe de recours d'une autorité administrative préexistante⁶⁵.

Le recours administratif interne organisé, s'il existe, constituera le préalable obligé à toute contestation juridictionnelle ultérieure.

Le recours externe. Les lois instaurant des sanctions administratives peuvent attribuer expressément le contentieux du recours externe aux juridictions de l'Ordre judiciaire (Tribunal de police, Tribunal de la Jeunesse, Tribunal de première instance)⁶⁶. Dans cette hypothèse, la loi fixe l'étendue du pouvoir de la juridiction saisie sur recours externe.

A défaut d'attribution expresse aux juridictions de l'Ordre judiciaire, c'est au Conseil d'Etat qu'il appartiendra de statuer sur la légalité de la sanction administrative. Saisi d'un recours en annulation à l'encontre d'une sanction administrative, le Conseil d'Etat annule l'acte contesté en cas de violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité ou pour excès ou détournement de pouvoir⁶⁷.

Selon la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, dans le cadre du contrôle de légalité, l'annulation peut également être prononcée à l'encontre d'une décision entachée d'erreur manifeste.

⁶⁴ Il s'agit des agents ayant le grade d'auditeur général des finances ou des directeurs chargés de la gestion d'un service (Arrêté ministériel du 14 octobre 2010 portant exécution de l'article 212 de la loi générale sur les douanes et accises, *M.B.* 20 octobre 2010, p. 35283).

⁶⁵ D. RENDERS, « *Droit Administratif, Tome III : le contrôle de l'administration* », Bruxelles, Larcier, p. 20.

⁶⁶ Par exemple, l'article 30 de la LSAC attribue le contentieux qui en découle au Tribunal de Police ou au Tribunal de la Jeunesse (si l'auteur est mineur).

⁶⁷ Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, art. 14, § 1^{er}.

Considérant que le Conseil d'Etat, qui est le juge de la légalité, ne peut pas substituer son appréciation en opportunité à celle de l'autorité administrative ; Qu'il ne lui appartient pas davantage d'intervenir comme arbitre des appréciations divergentes de l'administration et la partie requérante ; Qu'il sanctionne toutefois l'erreur manifeste d'appréciation dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire ; Que l'appréciation est manifestement erronée quand elle est incompréhensible pour tout observateur averti ; Qu'il ne suffit pas de constater qu'au regard des mêmes critères, telle autre mesure paraît raisonnablement admissible ou semble même meilleure ; Qu'il s'agit de l'attitude qu'aucune autre autorité placée dans les mêmes circonstances n'aurait adoptée ; Que tout doute doit être exclu⁶⁸.

2. La contestation des sanctions administratives communales

Il n'est pas prévu en matière de sanctions administratives communales de recours administratif interne organisé.

La loi du 24 juin 2013 permet la contestation d'une sanction administrative communale moyennant dépôt d'une requête devant le Tribunal de Police dans le mois de la notification de la sanction au justiciable. Dans la mesure où le justiciable est âgé de moins de dix-huit ans au moment des faits, le contentieux est attribué au Tribunal de la Jeunesse (LSAC, art. 31). Les jugements sont, sauf exceptions⁶⁹, rendus en dernier ressort.

Ces deux juridictions apprécient de la légalité et de la proportionnalité de la sanction imposée. Elles peuvent réformer la décision prise par le fonctionnaire sanctionnateur (LSAC, art. 31).

3. La contestation des sanctions administratives en matière douanière

En matière douanière, toute décision de l'administration douanière qui n'est pas prise par le directeur régional des douanes et accises ou par un fonctionnaire équivalent (LD, art. 2011 et 212)⁷⁰ doit faire l'objet d'un recours administratif, préalablement à la mise en œuvre d'une procédure de contestation judiciaire. Le destinataire de la sanction administrative devra avoir épuisé le recours administratif avant de s'adresser au juge fiscal⁷¹.

En matière fiscale « *l'action ne sera admise que si le demandeur a introduit préalablement le recours administratif organisé par ou en vertu de la loi* » (art. 1385undecies, Code Judiciaire).

A peine de déchéance, le recours administratif devra être introduit dans un délai de 3 mois à compter du troisième jour ouvrable qui suit la date d'envoi de la décision contestée. Le recours administratif doit être impérativement soumis à la recommandation postale (LD, art.

⁶⁸ C.E., arrêt n°235.890 du septembre 2016.

⁶⁹ Tel est le cas d'un jugement par lequel le Tribunal de la Jeunesse substitue à la sanction une mesure de garde, de prévention ou d'éducation.

⁷⁰ Il s'agit des agents ayant le grade d'auditeur général des finances ou des directeurs chargés de la gestion d'un service (Arrêté ministériel du 14 octobre 2010 portant exécution de l'article 212 de la loi générale sur les douanes et accises, M.B. 20 octobre 2010, p. 35283).

⁷¹ L. GHEYSENS, « Le recours administratif et le recours judiciaire en matière de douanes et accises » in *Accountancy & Tax*, décembre 2000, p. 12 (consulté sur le site <https://www.iec-iab.be> le 10 septembre 2018).

214) et adressé au directeur général de l'administration des douanes et accises⁷². Le requérant est tenu de motiver son recours sur pied de la décision qu'il entend contester (LD, art. 214). Il peut, dans sa requête, demander à être entendu. Il peut, tant qu'une décision n'est pas intervenue, compléter sa requête par écrit et y adjoindre de nouveaux griefs.

La décision du directeur général doit être motivée en fait et en droit. Il s'agit d'une application de la loi fédérale du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en vertu de laquelle il lui incombera de répondre aux moyens soulevés par le requérant sous peine de voir la sanction censurée par le Tribunal pour défaut de motivation.

Une fois la décision notifiée, il est possible à son destinataire de la contester devant le Tribunal de première instance.

Art. 632, Code judiciaire. (1) Toute contestation relative à l'application d'une loi d'impôt est de la compétence du juge qui siège au siège de la Cour d'appel dans le ressort duquel est situé le bureau où la perception a été ou doit être faite ou, si la contestation n'a aucun lien avec la perception d'un impôt, dans le ressort duquel est établi le Service d'Imposition qui a pris la disposition contestée. Toutefois, lorsque la procédure est en langue allemande, le Tribunal de première instance d'Eupen est seul compétent.

(2) Le Roi peut désigner, dans le ressort de la Cour d'appel, d'autres juges qui connaissent des contestations relatives à l'application d'une loi d'impôt. Il détermine le territoire sur lequel le juge exerce sa juridiction ().

IV. LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

A. CONSIDERATIONS GENERALES

Il n'y pas en Belgique de codification relative aux sanctions administratives. Celles-ci sont créées par des textes législatifs émanant tantôt de l'autorité fédérale, tantôt d'une autorité fédérée. Chaque texte peut créer son arsenal de sanctions ou renvoyer à une échelle de sanctions préexistantes.

La sanction administrative peut, par exemple, résider dans la perte d'un avantage (rétrogradation dans l'échelle barémique, démission d'office, interdiction d'exercer, ...), dans une obligation de faire (réaliser une médiation civile), dans une interdiction (interdiction administrative de fréquenter un stade de football) ou encore dans une peine d'amende administrative.

La détermination des sanctions administratives est encadrée par le principe de proportionnalité et l'obligation légale de motivation formelle qui s'imposent à toute autorité administrative. En vertu du principe de proportionnalité, l'autorité doit établir une corrélation

⁷² L. GHEYSSENS, « Le recours administratif et le recours judiciaire en matière de douanes et accises » in *Accountancy & Tax*, décembre 2000, p. 13 (consulté sur le site <https://www.iec-iab.be> le 10 septembre 2018).

entre les faits et leur gravité et la sanction choisie. En vertu l'obligation de motivation formelle, la même autorité doit indiquer les motifs de droit et de fait de sa décision.

A titre d'exemple, le contribuable qui omet de déclarer certains revenus soumis à l'impôt risque un accroissement allant de 10 % à 200 % de l'impôt élué, une amende administrative de 50 à 1.250 €, le tout sans préjudice de poursuites pénales si l'infraction a été commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire⁷³.

En Communauté française, la chaîne de télévision qui commet un manquement à des obligations légales ou conventionnelles peut notamment se voir infliger, au titre de sanction administrative, la suspension ou le retrait du programme incriminé, la suspension ou le retrait de l'autorisation, ou encore une amende dont le montant ne peut être inférieur à 250 € ni excéder 3% du chiffre d'affaires annuel hors taxes (voire plus en cas de récidive)⁷⁴.

B. LA SANCTION ADMINISTRATIVE COMMUNALE

Diverses possibilités s'offrent au fonctionnaire sanctionnateur communal (LSAC, art. 4, § 1^{er}) :

- infliger une amende administrative allant jusqu'à 175 €, si le justiciable est mineur, ou jusqu'à 375 €, si le justiciable est majeur ;
- suspendre et/ou retirer une permission ou une autorisation concédée par la commune ;
- ordonner la fermeture administrative définitive ou temporaire d'un établissement.

C. LA SANCTION ADMINISTRATIVE EN MATIERE FISCALE ET DOUANIERE

En matière douanière, le législateur a opté, outre les sanctions pénales, pour deux types de sanctions administratives :

- l'amende administrative ;
- le retrait de l'acte conférant des prérogatives définies (licence, autorisation, permission ou concession).

En matière de franchise de droits à l'importation, la loi du 18 juillet 1977 relative aux douanes et accises prévoit, en cas d'abus ou de tentative d'abus, la double sanction du retrait de la franchise pour les biens n'ayant pas été réexportés ou n'ayant pas reçu leur destination finale et éventuellement le refus de la délivrance d'une nouvelle franchise. De façon similaire, le législateur belge a prévu, conformément à la législation européenne en matière de mise en libre pratique, la sanction de la révocation de l'autorisation en cas « *d'infraction grave ou des infractions répétées à la réglementation douanière* » et la possibilité pour l'autorité administrative de refuser une nouvelle demande d'autorisation (LGDA, art. 19/5, 70/28 et 70/29).

En matière de TVA⁷⁵, certaines amendes sont dites proportionnelles : elles sont déterminées en pourcentage du montant de la taxe éluée. Si elles n'ont pas été commises dans le but d'élué la taxe ou de permettre l'évasion, une réduction du montant ainsi calculé est possible. D'autres amendes sont dites non proportionnelles. Depuis le 1er juillet 2012, leur

⁷³ Conseil d'Etat du Benelux et all, op. cit., p. 4.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁵ <https://finances.belgium.be/fr/entreprises/tva/amendes#q1>.

montant, forfaitaire, se situe entre 50 et 5.000 euros, selon la nature et la gravité de l'infraction, d'après un barème légal.

V. LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

Lorsque la **sanction administrative ne revêt pas un caractère pénal** (au regard des critères développés par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt Engel c/ Pays-Bas du 8 juin 1976)⁷⁶, le cumul des sanctions administratives et pénales est admis de longue date par les juridictions belges.

La cour de Cassation belge a estimé que le cumul sanction disciplinaire - sanction pénale ne constitue pas une violation du principe général de droit *non bis in idem*.

« (...) une poursuite est qualifiée de pénale lorsqu'elle répond à une qualification pénale selon le droit interne, lorsque, selon sa nature, l'infraction vaut pour l'ensemble des citoyens ou lorsque, selon sa nature et sa gravité, la sanction de l'infraction poursuit un but répressif ou préventif »⁷⁷

« Ni les articles 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 4.1. du Protocole additionnel n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni le principe général de droit non bis in idem, ayant la même portée, ne font obstacle à une poursuite pénale et à une condamnation après une procédure disciplinaire ayant fait l'objet d'une décision définitive, lorsque cette poursuite ne présente pas les caractéristiques d'une poursuite pénale »⁷⁸.

En revanche, **lorsque les poursuites administratives relèvent de la « matière pénale »**, le principe *non bis in idem* prohibe le cumul avec les poursuites pénales. Nous reproduisons ci-dessous une synthèse doctrinale et jurisprudentielle belge sur ce sujet⁷⁹.

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

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

⁷⁶ CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c. Pays-Bas, affaire numéro 5100/71 ; O. MICHELS et G. FALQUE, « Le principe *non bis in idem* et les procédures mixtes : un camouflet infligé à la jurisprudence Zolotoukhine ? » in *J.L.M.B.*, 2017/23, p. 1069.

⁷⁷ C. cass., 14 octobre 2015, RG P.15.0609.F/3 (consulté sur www.juridat.be, le 7 septembre 2018).

⁷⁸ C. cass., 25 février 2014, RG P.13.1409.N, *Pas.*, 2014, n°150.

⁷⁹ Conseil d'Etat du Benelux et all, op. cit., p.12.

de plusieurs sanctions pénales ou administratives ». Ainsi, le principe *non bis in idem* s'oppose à ce qu'une personne fasse l'objet de poursuites pénales après avoir payé une amende administrative (à caractère répressif), lorsque le texte prévoyant l'amende administrative et le texte relatif à l'infraction pénale répriment, en des termes équivalents, le même comportement et que les éléments essentiels des deux infractions sont identiques.

La Cour de cassation demeurait, jusqu'il y a peu, très clairement opposée à l'application du principe *non bis in idem* au cumul de sanctions pénales (stricto sensu) et de sanctions administratives, fussent-elles à caractère pénal (lato sensu). Un arrêt du 25 mai 2011, relatif au cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives en matière de chômage, tend à indiquer que la Cour infléchit cette position de principe.

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

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



LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE

EN ESPAGNE

La juridiction du contentieux administratif en Espagne (JCA) a pris naissance à la fin du XIX^e siècle avec la loi du 13 septembre 1888 de la juridiction contentieuse administrative. Cette loi a été réformée en 1952 et puis abrogée par la loi du 27 décembre 1956 réglementant la juridiction administrative. Actuellement, cette juridiction est régie par la loi 29/1998 du 13 juillet réglementant la juridiction administrative.

Les juridictions du contentieux administratif sont des juridictions ordinaires à part entière où siègent des magistrats de carrière spécialisés. Elles ont depuis longtemps cessé d'être une simple extension de la « voie administrative ».

Le contentieux administratif comprends notamment la critiques des actes des administrations publiques soumises au droit administratif, y compris dans les domaines spécifiques du présent rapport.

Les organes de la juridiction administrative sont : i) les tribunaux du contentieux administratif ; ii) les tribunaux centraux du contentieux administratif de la Cour nationale ; iii) les chambres du contentieux administratif des Cours supérieures de justice des Communautés autonomes (TTSSJJ) ; iv) la chambre du contentieux administratif de la Cour nationale ; v) la chambre du contentieux administratif de la Cour suprême⁸⁰.

De manière générale, un juge unique est compétent pour connaître des affaires en première instance, alors que des organes collégiaux connaissent des recours en appel et la Cour suprême, des recours en cassation. Toutefois, dans certains cas, la détermination de la compétence juridictionnelle en première instance dépend du rang administratif de l'autorité qui a pris la décision critiquée.

I. LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

Dans le système juridique espagnol, il existe de nombreux domaines dans lesquels le droit des sanctions administratives (DSA) intervient, seul ou en complément des sanctions pénales. Le Tribunal constitutionnel (TC) a d'ailleurs considéré le droit répressif comme une réalité unique à deux volets, administratif et pénal⁸¹. Normalement, du moins dans les secteurs les plus importants du circuit économique, ces deux volets fonctionnent conjointement suivant un critère quantitatif permettant de déterminer le système punitif à appliquer au cas par cas⁸².

⁸⁰ Soit, en espagnol : i) *Los Juzgados de lo contencioso-administrativo*; ii) *Los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (AN)*; iii) *Las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA (TTSSJJ)*; iv) *La Sala de lo contencioso-administrativo de la AN*; v) *La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (TS)*.

⁸¹ Jurisprudence constitutionnelle consolidée depuis STC 18/1981, du 8 juin.

⁸² Les domaines types où cohabitent le DP et le DSA sont : 1) la circulation routière avec des infractions pénales aux règles de la sécurité routière (art. 379-385 CP incriminant les comportements qui mettent en danger des vies et des biens, ou qui vont au-delà des comportements sanctionnés administrativement) et des infractions administratives (art. 74-79 du décret royal législatif 6/2015 du 30 octobre portant approbation du texte remanié de la loi sur la circulation, la circulation des véhicules à moteur et la sécurité routière, LTCVM [[Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto](#)

L'application conjointe des deux systèmes répressifs se retrouve dans le domaine douanier. Cependant, concernant les comportements dommageables commis via Internet, le système espagnol opte pour une sanction éminemment pénale, à savoir pour l'option de répression la plus ferme.

A. EN MATIERE DOUANIERE

La loi organique 12/95 du 12 décembre relative à la répression de la contrebande [[Ley Orgánica 12/95, de 12 de diciembre de represión del contrabando](#)] (LORC), prise en exécution de l'obligation imposée par le règlement UE 952/2013 (art. 42, règlement UE 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 1993), régit tant les infractions pénales (art. 2 LORC) que les infractions administratives (art. 11 LORC). La différence entre les deux est clairement quantitative car, sauf exception, les infractions pénales et les infractions administratives ne se distinguent que par le montant de la valeur des marchandises pour lesquelles l'obligation douanière n'a pas été remplie.

Toutefois, la valeur-seuil de séparation entre une infraction pénale et une infraction administrative n'est pas toujours la même et il existe par ailleurs des conduites qui sont toujours des infractions pénales ou toujours des infractions administratives.

Ainsi, d'une part, certaines conduites sont toujours des infractions pénales, compte tenu de leur gravité particulière. Elles sont toujours sanctionnées par des sanctions pénales (uniquement) :

- actes relatifs à des drogues toxiques, des stupéfiants, des substances psychotropes, des armes, des explosifs, des agents biologiques ou des toxines, des substances chimiques toxiques et leurs précurseurs, ou tout autre bien dont la possession constitue une infraction pénale (article 2.3.a LORC) ;

- actes commis « à travers une organisation » (art. 2.3.a LORC) ;

- alors que le seuil quantitatif qui délimite l'infraction administrative de l'infraction pénale n'est pas atteint en raison de la valeur d'un acte spécifique, c'est néanmoins la sanction pénale qui s'applique dès lors que ce seuil est atteint en raison de la valeur cumulée de tous les actes accomplis dans le cadre d'un plan préconçu ou en profitant de la même occasion (article 2.4 LORC).

D'autre part, certaines conduites sont susceptibles de constituer une infraction pénale ou une infraction administrative en fonction de la valeur de la marchandise. La valeur-seuil qui sépare l'infraction pénale de l'infraction administrative de contrebande est de 150 000 €⁸³, sauf exception⁸⁴. Les comportements typiques consistent, en général, dans l'exercice d'activités d'importation, d'exportation, de commerce, de détention ou de circulation de marchandises, en violation des obligations fiscales, douanières ou d'autres obligations légales auxquelles

[Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y seguridad vial](#)) et 2) le domaine fiscal avec des infractions pénales contre le Trésor public (art. 305-305 bis CP, qui exigent, comme condition objective de répression pénale, un niveau élevé de fraude) et des infractions administratives (art. 191-206 Loi 58/2003, du 17 décembre, Loi fiscale générale).

⁸³ Si la valeur est supérieure ou égale à ce montant, la conduite relève du droit pénal ; si elle est inférieure, c'est une infraction administrative.

⁸⁴ Si l'objet de la marchandise est un produit du tabac, la valeur-seuil est de 15 000€ (art. 2.3.b LORC, exception dont les raisons sont simplement historiques).

sont soumises ces pratiques (art. 11.1 LORC). Exceptionnellement, cette valeur-seuil est réduite à 50 000 euros, en raison de la nature particulière du bien objet de l'importation ou de l'exportation en violation des obligations douanières et commerciales (par exemple, les biens du patrimoine historique espagnol ou les produits qui peuvent être utilisés pour appliquer la peine de mort ou infliger la torture ou tous autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).

Enfin, certaines conduites sont toujours constitutives d'une infraction administrative, compte tenu de la faible gravité des comportements, notamment :

- le non-respect d'une simple mesure provisoire ou d'une sanction définitive en matière de contrebande (par exemple, l'exercice d'activités dans un établissement durant le temps de fermeture imposé) (art. 11.3 LORC) ;

- la résistance, le refus ou l'entrave à l'enquête des organes compétents pour rechercher et poursuivre les infractions administratives de contrebande ou des organes compétents pour ouvrir une procédure de sanction administrative (article 11.4 LORC).

B. EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX SUR L'INTERNET

D'une manière générale, les comportements liés à la diffusion ou à la mise à disposition du public de contenus illégaux sur Internet font l'objet en Espagne de sanctions pénales et non de sanctions administratives. Le critère de différenciation entre le droit pénal et le droit des sanctions administratives est clairement qualitatif, ce qui entraîne la qualification pénale de faits qui peuvent ne pas être d'une particulière gravité.

En droit pénal, un acte délictueux peut être commis à travers l' « utilisation de l'Internet », dans trois hypothèses.

Premièrement, comme tout autre moyen de diffusion, l'Internet peut permettre la réalisation d'actes préparatoires d'une infraction pénale, actes dits de provocation et d'apologie (art. 18.1 CP)⁸⁵.

Deuxièmement, l'utilisation de l'Internet peut constituer une circonstance aggravante, par exemple en matière de délit de menaces (art. 169.1^a in fine CP), d'incitation à la haine ou de propagande haineuse, de discrimination ou de violence contre des groupes particulièrement vulnérables (art. 510.3 CP), de glorification du terrorisme ou d'humiliation de ses victimes (art. 578.2 CP).

Enfin, des infractions spécifiques ont pour élément constitutif l'utilisation de l'Internet : le harcèlement (art. 172 ter CP), la manipulation psychologique d'enfants (*child grooming*) (art. 183 ter CP), certaines des infractions de découverte et de divulgation de secrets (art. 197 et

⁸⁵ En droit pénal espagnol, les actes de provocation ou d'apologie d'une infraction ne sont punis que lorsqu'ils sont spécialement incriminés dans le Livre II du Code pénal (art. 18.2 CP). En général, le CP tend à ne punir ces actes préparatoires que pour les infractions les plus graves et toujours d'une peine atténuée par rapport à celle de l'infraction consommée. Certaines formes de provocation sont désormais prévues dans la partie spéciale du CP en tant qu'infractions autonomes, par exemple les infractions de diffusion publique de messages ou de slogans incitant à commettre une infraction contre l'ordre public (art. 559 CP) ou un acte de terrorisme (art. 579.1 et 2 CP).

197 bis CP), certaines astuces de commission de délit d'escroquerie (*phishing*), art. 248.2. a CP), certaines pratiques d'auto-endoctrinement terroriste (art. 575.2 CP)⁸⁶, etc.

Pour ce qui intéresse le présent rapport, il existe deux domaines dans lesquels coexistent, de différentes manières, les sanctions pénales et les sanctions administratives, à savoir : les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et la protection des données à caractère personnel.

1. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle

Les dispositions pénales relatives à la propriété intellectuelle (art. 270 CP) incriminent en général les conduites portant atteinte aux droits d'exploitation économique dérivés des droits de propriété intellectuelle (et non, par exemple, aux droits moraux de l'auteur), lorsque ces actes sont commis au préjudice d'un tiers, dans l'intention d'obtenir un bénéfice direct ou indirect.

Pour le reste, la protection de ces droits est assurée par la voie civile, conformément au décret-loi royal 1/1996, du 12 avril, portant approbation du texte révisé de la loi sur la propriété intellectuelle (LPI) ([Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual](#)).

La protection par la voie administrative apparaît de manière indirecte, renforçant la protection civile de ces droits. Ainsi, la LPI considère comme des infractions administratives très graves : le fait pour un prestataire de services de la société de l'information (SSI) de manquer de se conformer, pour une deuxième fois, à une injonction de retrait de contenus illicites de la part de la deuxième section de la Commission de la propriété intellectuelle (CPI)⁸⁷ ; la reprise deux ou plusieurs fois d'activités illégales par le même prestataire (art. 195.6 LPI) ; le refus d'un prestataire de services de courtage, de services de paiement électronique et de publicité, de collaborer dans la procédure de rétablissement de la légalité (art. 195.5, LPI). Les deux dernières infractions infraction peuvent se voir aggravées « par la répercussion sociale du comportement illicite » (art. 195.6 LPI et (art. 39.2 LSSI).

La sanction administrative infligée est susceptible de recours devant les juridictions du contentieux administratif.

2. Les atteintes à la protection des données à caractère personnel

La protection pénale des données à caractère personnel s'exerce sur la base de l'article 197.2 CP qui incrimine une modalité spécifique de l'infraction pénale de découverte et de divulgation de secrets, qui exige toujours une action comportant l'élément subjectif de la réclamation d'un préjudice à des tiers.

La protection administrative des données personnelles était assurée en droit espagnol par la loi 15/1999 du 13 décembre sur la protection des données personnelles (art. 43-45 LOPD). En vertu des articles 83.4, 5 et 6 du règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du

⁸⁶ En outre, il existe également des infractions qui n'exigent pas strictement l'utilisation d'Internet pour leur commission, mais qui sont habituellement commises de cette manière, par exemple la production et la distribution de pédopornographie et l'accès à celle-ci (art. 189.1 et 189.5 CP).

⁸⁷ Voir l'article 8 de la loi 34/02 sur les services de la société de l'information et le commerce électronique (LSSI) et les articles 193 et 195 LPI.

Conseil du 27 septembre 2016 (RGPD), ce texte a été abrogé par le décret-loi royal 5/2018 du 27 juillet⁸⁸. Sous une forme modifiée aux fins de son adaptation au règlement européen cité, l'ancien texte de loi offre la matière du projet de loi nouvelle qui se trouve actuellement en cours d'examen par le Parlement. En attendant son adoption, il a lieu d'appliquer en la matière les articles 77 à 84 du RGPD.

Compte tenu de leur complexité et de leur uniformité au niveau européen, il n'est pas opportun d'en faire ici un compte rendu détaillé. De manière très concise, il existe trois blocs de comportements constitutifs d'infractions administratives :

- manquer aux obligations imposées par le règlement européen (responsables du traitement des données à caractère personnel, des organismes de certification et des autorités de contrôle dans ce domaine) ;

- négliger les droits fondamentaux reconnus par le règlement européen, par exemple, le consentement de la personne concernée au traitement ou au transfert des données personnelles (tout sujet) ;

- ne pas respecter les décisions de l'autorité nationale de surveillance (destinataires des décisions).

La sanction administrative infligée est susceptible de recours devant les juridictions du contentieux administratif.

II. LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION

La prévention devrait généralement être liée aux politiques et activités publiques visant à prévenir les violations ou, le cas échéant, à réduire au minimum les dangers qu'elles comportent. L'Espagne dispose d'un large éventail de mesures préventives, de sorte qu'il serait impossible d'en présenter ici un exposé complet. Quelques exemples dans les domaines qui intéressent le présent rapport sont donnés ci-dessous.

A. EN MATIERE DOUANIÈRE

En matière douanière, l'Agence nationale de l'administration fiscale (AEAT) est compétente pour :

- définir les orientations générales du plan annuel de contrôle fiscal et douanier pour 2018, qui contiennent, entre autres, les orientations de la prévention de la fraude douanière ;

- communiquer et informer (questions fréquemment posées, etc.) ventilées par sujet : boissons alcoolisées, tabac, produits d'origine animale, médicaments, produits de santé/cosmétiques, etc.

⁸⁸ Décret-loi royal validé, conformément à l'article 86.2 CE, par accord du Congrès des députés du 6 septembre 2018.

B. EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX SUR L'INTERNET

Concernant la protection des droits de propriété intellectuelle, nous pouvons citer les actions du Ministère de la Culture et du sport :

- site Internet : « Lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle » ;
- plan global du gouvernement pour la réduction et l'élimination des activités portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle et plan de prévention de la fraude fiscale ;
- actions de sensibilisation ;
- actions de promotion de l'offre légale de contenus : offre légale et de qualité pour profiter du cinéma sur Internet ;
- actions de l'Agence espagnole de protection des données (AEPD), en matière de protection des données personnelles ;
- outils Internet FACILITA RGPD et INFORMA RGPD ;
- brochures d'information telles que « Les droits des citoyens dans le RGPD », « Adaptation des administrations publiques au RGPD », « Adaptation du secteur privé au RGPD » ;
- Youtube Channel ;
- Campagnes telles que « Vous décidez sur Internet » avec des actions en direction des parents et des enseignants (par exemple : « Apprenez-leur à être légaux ») et en direction des jeunes (par exemple : « Ne vous emmêlez pas dans l'Internet »).

III. LES AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES

A. EN MATIERE DOUANIERE

En matière d'infraction administrative de contrebande, les dispositions de l'article 16 de l'arrêté royal 1649/1998, du 24 juillet, qui développent la LORC, distinguent notamment les organes administratifs compétents pour mener l'instruction et les organes compétents pour prononcer la sanction et l'appliquer.

La compétence pour instruire est conférée :

- aux sections de contrebande des administrations des douanes et de l'accise de la province dans laquelle l'infraction a été découverte ou,
- à la section de l'administration des douanes et de l'accise de la délégation de l'Agence nationale de l'administration fiscale (AEAT) dans les provinces où il n'y a pas d'administration douanière.

La compétence pour décider de la sanction et l'appliquer est dévolue comme suit :

- pour les sanctions d'amende, de confiscation de biens, d'effets et d'instruments, les administrateurs de l'administration des douanes et de l'accise (AeIE), les chefs d'unité de l'Administration des douanes et de l'accise (AeIE), le Directeur du Département d'administration des douanes et de l'accise (AeIE) de l'Agence nationale de l'administration fiscale (AEAT)
- pour la sanction de fermeture de l'établissement pour cause de contrebande de tabac, le directeur du département d'administration des douanes et de l'accise (AeIE) de l'Agence nationale de l'administration fiscale (AEAT).

Les décisions de ces organes administratifs, qui mettent fin à la procédure administrative de sanction en matière douanière, peuvent être contestées par la voie hiérarchique et, ultérieurement, devant les juridictions du contentieux administratif.

B. EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX SUR L'INTERNET

En matière de protection des droits de propriété intellectuelle, la loi sur la propriété intellectuelle confère à la Section 2 de la Commission de la propriété intellectuelle (CPI), entre autres fonctions, celle de la protection de ces droits en cas de violation par les prestataires de services de la société de l'information.

La Commission de la propriété intellectuelle est un organe administratif collégial national rattaché au ministère de la Culture et du Sport⁸⁹.

La procédure de rétablissement de la légalité n'est pas strictement une procédure administrative de sanction, puisqu'il ne s'agit pas de l'exercice du *ius puniendi* de l'État, mais du rétablissement de la légalité qui a été transgressée par les prestataires de services de la société de l'information⁹⁰.

Cette procédure de rétablissement de la légalité peut parfois déboucher sur l'exercice du pouvoir de sanction, par exemple lorsque les prestataires ou intermédiaires de services numériques ne respectent pas les exigences de la Commission de la propriété intellectuelle concernant les mesures d'interruption de service ou de retrait de contenu (art. 195.4 LPI). Dans ce cas, le pouvoir de sanction sera exercé à travers la procédure administrative de sanction commune (voir ci-dessous). L'autorité compétente pour appliquer la sanction est le Secrétaire d'État à la Culture.

Par ailleurs, les autorités administratives compétentes pour mener la procédure en vue de l'application d'une sanction administrative peuvent imposer elles-mêmes des mesures de rétablissement de la légalité.

La décision qui met fin à la procédure administrative en vue de l'application d'une sanction administrative, tout comme la décision de la Commission de la propriété intellectuelle dans la

⁸⁹ Composition de la CPI (art. 193.4 IPV) : Secrétaire d'État à la culture en tant que président, deux représentants du Ministère de l'éducation, de la culture et des sports, un représentant du Ministère de l'énergie, du tourisme et de l'agenda numérique, un représentant du Ministère de la justice, un représentant du Ministère de l'économie, de l'industrie et de la compétitivité et un représentant du *Ministerio de la Presidencia* et des représentants des administrations territoriales, désignés par elles. En vue de la désignation, sera évaluée la formation juridique en droit procédural et dans le domaine des communications électroniques. Sur son fonctionnement organique, voir le chapitre VI du RD 1889/2015 du 30 décembre.

⁹⁰ Voir STS, 3e chambre, section 4, 31 mai 2013, rec. no 185/2012 ([STS, Sala 3ª, sección 4ª, 31 de mayo 2013, rec. núm. 185/2012](#)).

procédure pour le rétablissement de la légalité, peuvent être attaquées devant les juridictions du contentieux administratif.

IV. LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE EN VUE DE L'APPLICATION D'UNE SANCTION ADMINISTRATIVE

La procédure administrative dite de sanction n'est plus une procédure spéciale depuis la loi 39/2015 du 1er octobre 2015 sur la procédure administrative habituelle pour les administrations publiques (Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre de 2015 - LPAC). Elle est applicable à l'égard de toute administration publique, sans préjudice de l'existence de règles spéciales (par exemple, en matière de douanes, de fiscalité, de trafic routier et de sécurité routière, du régime des étrangers).

A. LA PROCEDURE DE DROIT COMMUN

1. L'étape préalable

Avant l'ouverture de la procédure, l'organe compétent pour instruire peut ouvrir une période dite d'information ou d'actions préalables (art. 55 LPAC) afin d'établir les circonstances de l'infraction et d'évaluer l'opportunité de l'ouverture de la procédure.

En cas d'extrême urgence, des mesures provisoires ou conservatoires peuvent être prises, de manière motivée. Elles doivent être confirmées, modifiées ou levées au début de la procédure et deviennent caduques en cas de non-ouverture de la procédure.

2. L'ouverture

La procédure s'ouvre soit à la demande de l'organisme compétent, soit à la suite d'une plainte. L'acte administratif qui permet d'engager la procédure peut être pris sans audition préalable du contrevenant présumé. Il doit recueillir : les informations d'identification du (des) présumé(s) responsable(s) ; les faits qui motivent l'ouverture de la procédure et leur qualification juridique ; les sanctions applicables ; l'identification de la personne chargée de l'instruction et de son secrétaire, avec indication du régime de leur récusation éventuelle ; l'organe compétent pour prononcer la sanction, avec mention des dispositions qui lui confèrent compétence.

L'auteur présumé de l'infraction doit être informé : de la possibilité de reconnaître volontairement sa responsabilité et de la réduction de la sanction qui en résulterait (art. 85 LPA) ; des mesures provisoires prises lors de la phase d'ouverture, sans préjudice de celles qui pourraient être adoptées pendant la phase de traitement procédural (art. 56 LPA) ; du droit à la défense et à une audience devant une juridiction, avec mention des délais d'action. L'auteur présumé doit être informé, si les affirmations ne sont pas effectuées, que l'accord d'ouverture peut être envisagé comme une proposition de décision si elle contient une déclaration précise sur la responsabilité.

Des mesures conservatoires peuvent être également adoptées, dans le respect des principes de proportionnalité, d'efficacité et du moindre coût.

La procédure se poursuit en deux sous-étapes, d'instruction et de sanction, qui relèvent de la compétence d'organes différents.

3. Le déroulement

L'autorité chargée de l'instruction dresse un acte à charges qu'il notifie à l'auteur présumé de l'infraction et que celui-ci peut contester (acte à décharges). A tout moment avant l'audience, l'auteur présumé peut formuler des arguments et fournir des documents, etc., lesquels doivent être pris en compte par l'autorité chargée de l'instruction dans sa proposition de décision.

L'autorité chargée de l'instruction peut rejeter la demande pour cause d'irrégularité manifeste.

L'autorité chargée de l'instruction convient d'une période pour l'administration de la preuve (10 à 30 jours). Les faits pertinents pour la décision à prendre peuvent faire l'objet de toute forme de preuve admissible. Il incombe à l'organe administratif d'évaluer la preuve. En principe, la présomption d'innocence fait peser la charge de la preuve sur l'Administration⁹¹. Cependant, la présomption peut être écartée en raison de l'existence (prouvée) d'indices de culpabilité, la preuve complète et directe n'étant pas toujours nécessaire. Il appartient à l'auteur présumé d'apporter la preuve des faits extinctifs d'instance (p. ex. la prescription), ainsi que des faits susceptibles d'atténuer sa responsabilité (p. ex. la repentance).

Une fois l'instruction terminée et avant la rédaction de la proposition de décision, les mesures envisagées sont communiquées à la partie intéressée qui aura 10-15 jours pour présenter sa défense. S'il n'y a pas d'autres faits, allégations ou éléments de preuve, on peut se passer de l'audience.

L'instruction sera clôturée sans proposition de décision lorsque : 1. les faits présumés n'existent pas ; 2. la preuve de ces faits n'est pas rapportée ; 3. les faits prouvés ne constituent pas une infraction ; 4. il n'existe pas de responsable ou la responsabilité de la personne identifiée ne peut pas être engagée ; 5. l'infraction est prescrite.

Dans les autres cas, l'instruction conduit à une proposition de décision comportant : la description des faits commis, les preuves à l'appui et leur évaluation, leur qualification juridique, l'identification des responsables, la sanction proposée, les mesures provisoires ou conservatoires mises en place.

La proposition de décision, avec le dossier de l'affaire, est soumise à l'organe compétent pour prononcer la sanction.

4. La clôture

La fin anticipée de la procédure intervient dans deux cas, lorsque la personne faisant l'objet de la procédure reconnaît sa responsabilité et, s'agissant d'une sanction d'amende, lorsque la

⁹¹ Il y a des nuances (voir principe de facilité).

personne sanctionnée procède à son paiement (elle bénéficie alors d'une réduction de 20% au minimum).

Dans tous les autres cas, l'Administration est tenue de trancher expressément, dans les délais impartis. A défaut, la procédure est caduque, ce qui n'empêche pas qu'une deuxième procédure administrative soit ouverte pour les mêmes faits, dès lors que ceux-ci ne sont pas prescrits. Toutes les questions doivent être résolues de manière cohérente et motivée et la sanction proposée à l'issue de l'instruction ne peut être aggravée (prohibition de la *reformatio in peius* [change for the worse]). La décision rendue ne peut comporter une sanction plus grave que celle retenue dans la proposition de décision. En revanche, la décision peut porter sur des questions qui ne faisaient pas l'objet de la proposition de décision, y compris sur des questions étrangères à la qualification et à la sanction proposées mais dans ce cas, un nouveau délai de 15 jours est accordé, afin de permettre les échanges contradictoires sur les questions nouvellement retenues.

La décision n'est exécutoire que lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours ordinaire par voie administrative. Pour les besoins de cette période où la décision n'est pas exécutoire, elle peut comporter des mesures préventives (provisoires ou conservatoires)⁹².

L'exécution peut être suspendue à titre conservatoire ou préventif. Elle est obligatoire si l'intéressé informe l'Administration de son intention d'exercer un recours devant les juridictions du contentieux administratif. La suspension prend fin si le recours n'est pas exercé dans le délai imparti.

B. LA PROCEDURE EN MATIERE DOUANIERE ET EN MATIERE DE CONTENUS ILLEGAUX SUR L'INTERNET

La procédure de sanction en matière douanière (art. 213-249 LGT) est une procédure fiscale, menée séparément de la procédure d'application des taxes douanières.

Elle commence par la notification de l'ouverture à la partie intéressée. Si, dès le début, l'organisme compétent pour mener l'instruction est en possession de tous les éléments lui permettant de formuler une proposition de décision, celle-ci doit être communiquée en même temps que l'ouverture. La notification comporte l'indication à l'intéressé du fait qu'il dispose d'un accès au dossier de l'affaire et d'un délai de 15 jours pour présenter ses pièces justificatives et toutes preuves.

Ensuite, une proposition de décision est formulée. Elle porte sur les faits, leur qualification juridique et la sanction proposée ou, à défaut, sur l'inexistence de l'infraction et/ou de la responsabilité de l'auteur présumé. La proposition de décision est notifiée à l'intéressé, qui est à nouveau informé du fait qu'il dispose d'un accès au dossier et d'un nouveau délai de 15 jours pour présenter ses arguments et preuves.

La décision doit intervenir dans un délai de 6 mois, à défaut de quoi la procédure est caduque. La décision est susceptible d'un recours administratif en révision devant l'organe qui l'a rendue et d'un recours administratif hiérarchique. Le recours en révision est une faculté et

⁹² Pour exemple : maintenir les mesures conservatoires qui ont pu être adoptées.

non une obligation pour l'intéressé, lequel peut préférer aller directement devant les juridictions du contentieux administratif.

Concernant la procédure en matière de contenu illégal sur l'Internet, voyez supra I, B, 2° (protection des données personnelles) et III, B (protection des droits de propriété intellectuelle).

C. LE RESPECT DU PRINCIPE DU PROCES EQUITABLE

D'une manière générale en Espagne l'exercice du pouvoir de sanction est conforme aux exigences des dispositions de l'article 6.1 de la CEDH relatives au droit à un procès équitable.

Les dispositions de l'article 53.1 LPAC comportent une liste des droits de toute partie à une procédure administrative :

- droit de connaître, à tout moment, le stade du traitement, le sens du silence administratif et l'organe compétent pour l'instruction et la prise de décision ;
- droit d'accès aux documents et droit d'en obtenir des copies ;
- droit de pouvoir identifier les autorités/le personnel au service des administrations publiques sous la responsabilité desquels les procédures sont menées ;
- droit de ne pas avoir à présenter des données et documents non requis par les règles ou que l'Administration a déjà en sa possession ;
- droit de formuler son plaidoyer, d'utiliser les moyens de défense et de fournir des documents avant l'audience, qui doivent être pris en compte dans la rédaction de la proposition de décision ;
- droit d'obtenir de l'information et des conseils sur les conditions juridiques/techniques requises par les règles ;
- droit d'agir avec l'assistance d'un conseiller lorsque cela est opportun pour défendre ses intérêts ;
- tous les autres droits reconnus par la Cour européenne et les lois.

Les dispositions de l'article 53.2 LPAC précisent les droits de toute partie à une procédure administrative de sanction :

- droit d'être informé des faits reprochés, des infractions pouvant être constituées et des sanctions applicables, ainsi que de l'identité de l'autorité compétente pour instruire et de l'autorité compétente pour sanctionner ;
- droit à la présomption de non-existence de sa responsabilité administrative jusqu'à preuve du contraire.

En outre, il convient de souligner que les décisions de la CEDH condamnant l'Espagne en raison d'une procédure administrative ne sont pas fréquentes et, encore moins en raison d'une procédure administrative de sanction. Cependant, dans la liste d'affaires dans lesquelles l'Espagne a été partie, dressée par le ministère espagnol de la Justice, nous trouvons, parmi les affaires de nature administrative relatives aux stipulations de l'article 6.1 de la CEDH, les décisions du 31 janvier 2017 (Rafael Benavent Díaz), du 10 janvier 2017 (Aparicio Navarro Reverter/García San Miguel Orueta), du 20 décembre 2016 (Comunidad de Propietarios

Pando), du 11 octobre 2016 (Cano Moya), du 24 mai 2016 (MLR), du 26 avril 2016 (Barik Edidi) et du 22 janvier 2013 (Jaurrieta Ortigala).

V. LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS

En Espagne, les sanctions administratives connaissent la même typologie que les sanctions pénales (sanctions/mesures de sécurité), à une exception près : la sanction administrative ne peut consister, directement ou indirectement, en une privation de liberté. Par ailleurs, les garanties inhérentes aux données personnelles s'appliquent aux sanctions administratives dans la mesure où elles leur sont naturellement compatibles⁹³.

A. LES INFRACTIONS DOUANIERES

La LORC (art. 11.2 et 11.5) classe les infractions administratives en infractions légères, graves et très graves et les assortit d'un système varié et gradué de peines. Ces sanctions peuvent être exclusivement pécuniaires et calculées sur la base de la valeur des marchandises faisant l'objet de contrebande (jusqu'à 600% de leur valeur), ou peuvent consister en la fermeture de l'établissement où la contrebande a été perpétrée ou en la suspension de l'exercice de l'activité qui en est la cause (pour une durée maximale de 24 mois, pouvant aller, dans des cas exceptionnels et chaque fois qu'il y a réitération, jusqu'à une suspension définitive).

Les dispositions de l'article 12 bis de la LORC établissent un catalogue de circonstances qui doivent être prises en compte pour quantifier la sanction à l'intérieur de la fourchette légale. Il s'agit notamment des circonstances aggravantes (par exemple, la répétition).

Enfin, si le comportement est susceptible d'être qualifié également comme infraction pénale, la peine est un emprisonnement de 1 à 5 ans et une amende pouvant atteindre le septuple de la valeur des biens, marchandises, espèces ou effets⁹⁴ (art. 3 LORC).

B. LES INFRACTIONS AYANT TRAIT AUX CONTENUS ILLEGAUX SUR L'INTERNET

Comme indiqué précédemment, la plupart des comportements illicites dans ce domaine sont constitutifs d'infraction pénale. La sanction prévue est alors une sanction pénale ou une mesure pénale de sécurité. Étant donné l'hétérogénéité des infractions, il n'est pas prudent de présenter un schéma descriptif des sanctions pénales. Ainsi, dans certains cas, ces comportements sont sanctionnés de peines d'emprisonnement de plusieurs années, bien que pour beaucoup d'entre eux une peine d'amende est prévue comme alternative à l'emprisonnement (par exemple les articles 172 ter et 183 ter CP).

En matière d'infractions contre les droits de propriété intellectuelle, le droit pénal (art. 270 CP) prévoit des peines d'emprisonnement de 6 mois à 4 ans et une amende de 12 à 24 mois⁹⁵.

⁹³ La jurisprudence constitutionnelle est constante sur ce point. Un exemple récent est dans la [STC 9/2018, de 5 de febrero](#).

⁹⁴ Voir les articles 3.2 et 3 LORC pour les circonstances aggravantes de la peine et pour la peine à infliger aux personnes morales.

⁹⁵ Ces sanctions peuvent être aggravées dans les conditions prévues par l'art. 271 CP.

Les principales infractions administratives du domaine, qualifiées d'infractions très graves (manquements répétés d'obéir à une injonction de retrait de contenus illicites, reprise d'activités illégales, refus de collaboration au rétablissement de la légalité, cf. supra I, B), sont sanctionnées d'une amende allant de 150 001 € à 600 000 € (art. 195.5 et 6 LPI et 11, 38.2.b et 39 LSSI). Lorsque ces infractions se trouvent aggravées en raison de leurs répercussions sociales néfastes, peuvent être prononcées à titre de sanctions cumulatives :

- la publication de la décision de sanction aux dépens de la personne sanctionnée tant dans le Bulletin officiel de l'État (*Boletín oficial del Estado*) que dans deux journaux nationaux⁹⁶ et la cessation des activités du prestataire de services déclarées en infraction pour une période maximale d'un an (art. 195.6 LPI) ;

- la publication, aux dépens de la personne sanctionnée, de la décision de sanction au BOE ou dans le journal officiel de l'administration publique qui aura prononcé la sanction, et dans deux journaux dont le domaine de diffusion coïncide avec le champ d'action de ladite administration publique ou sur la page d'accueil du site Internet du prestataire de services, dès lors que ce site a un caractère stable (art. 39.2 LSSI).

En matière de données personnelles, les sanctions administratives applicables pour infraction aux règles légales sont de nature économique :

- les infractions prévues à l'art. 83.4 RGPD entraînent l'application de sanctions administratives d'amende pouvant atteindre 10 000 000 € ou, s'agissant d'une entreprise, 2% du chiffre d'affaires annuel de l'exercice précédent ;

- les infractions aux dispositions des art. 83.5 et 83.6 du RGPD, entraînent l'application de sanctions administratives d'amende pouvant atteindre 20 000 000 € ou, s'agissant d'une entreprise, 4% du chiffre d'affaires annuel de l'exercice précédent⁹⁷.

Si le comportement est constitutif de l'infraction pénale de découverte et de divulgation de secrets, la peine applicable est l'emprisonnement de 1 à 4 ans et l'amende de 12 à 24 mois⁹⁸.

VI. LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES

A. DOCTRINE GENERALE

Il convient de faire remarquer que, d'une manière générale, la lecture flexible du principe *non bis in idem* faite par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de

⁹⁶ Ou, à défaut, sur la page d'accueil du site Internet du fournisseur pour une période d'un an à compter de la date de notification de la sanction, une fois celle-ci devenue définitive.

⁹⁷ Dans les deux cas, les sanctions laissent une très grande marge de manœuvre à l'autorité administrative compétente pour déterminer leur montant exact et l'article 83.2 du RGPD fournit des lignes directrices à suivre dans cette tâche.

⁹⁸ Cette peine peut être aggravée pour diverses raisons (voir art. 197.3-6 CP). La sanction applicable aux personnes morales est prévue à l'art. 197 quinquies CP.

l'Union européenne, respectivement depuis 2016 et 2018, ressemble⁹⁹ à la conception du Tribunal constitutionnel espagnol depuis 2003. Certains auteurs espagnols affirment que la jurisprudence espagnole aurait joué un rôle dans l'élaboration de la jurisprudence européenne.

La Constitution espagnole de 1978 n'a pas expressément adopté le principe *non bis in idem*. Néanmoins, le Tribunal constitutionnel espagnol l'a tout de suite reconnu comme un principe fondamental. Ainsi, la décision constitutionnelle n° 2/1981, du 30 janvier ([STC 2/1981, de 30 de enero](#)) a considéré que, bien qu'il ne figure pas expressément parmi les droits et libertés fondamentaux de la Constitution, le principe *non bis in idem* est indissociablement lié aux principes de légalité et de typicité des infractions prévus à l'article 25 de la Constitution. Cette décision a été suivie par de nombreuses autres qui ont délimité l'extension, les limites et les exceptions du principe *non bis in idem*.

Au cours des années 1990, le Tribunal a souligné que le principe *non bis in idem* a un double aspect procédural et matériel (perspective « *sustantativista* » STC 221/1997, du 4 décembre). Lorsque deux procédures, administrative et pénale, mènent au prononcé de deux sanctions, c'est la seconde sanction qui tombe en raison du principe *non bis in idem*, quelle que soit la nature de la procédure et de l'organe l'ayant conduite (STC 177/1999, du 11 octobre). Au sein d'une même procédure (unique), le principe *non bis in idem* peut se trouver enfreint si, pour une même infraction, une double ou plurielle sanction pénale pèse sur un même sujet, la gravité de la sanction n'étant alors plus proportionnelle à la gravité de l'infraction (STC 154/1990, 15 octobre). En définitive, le Tribunal a affirmé la prééminence de la sanction antérieure *in tempore* et la prohibition de la solution qui aurait consisté à soustraire la seconde sanction de la première.

Ultérieurement, le Tribunal constitutionnel s'est penché sur la notion d'*idem* en soulignant que l'identité exige la concordance des faits, du sujet et du fondement¹⁰⁰.

En 2003, le Tribunal constitutionnel a opéré un revirement radical dans l'interprétation matérielle et procédurale du principe du *non bis in idem* et particulièrement concernant la « priorisation de la première sanction ». À partir de sa décision STC 2/2003 du 16 janvier, le Tribunal constitutionnel considère qu'il est constitutionnellement pertinent de déterminer quel organe sanctionnateur a agi en premier et que la concurrence de deux sanctions n'impliquerait pas directement une violation du principe *non bis in idem* si, en dépit de la triple identité, l'existence de la première sanction est prise en compte dans le processus de détermination effective de la seconde sanction (qui subit une réduction implicite). Le Tribunal constitutionnel accepte que par cette approche¹⁰¹ le principe *non bis in idem* est respecté.

B. LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ACCESSOIRES

En Espagne, il n'existe pas un corps de sanctions administratives accessoires aux sanctions pénales, ce qui, dans une certaine mesure, simplifie la question du *non bis in idem*.

⁹⁹ Sans préjudice des subtilités.

¹⁰⁰ STC 2/1981, du 30 janvier 1981 ; 154/1990, 15 octobre (concours : vol qualifié avec prise d'otages et détention illégale) ; 204/1996, 16 décembre (délit d'intrusion pour l'exercice de la profession sans licence). Plus récemment, STC 77/2010, du 19 octobre, où non seulement les événements de la réalité sont comparés, mais aussi la description que le législateur a faite et les buts qu'il poursuit avec sa classification des faits.

¹⁰¹ Valable indépendamment de la nature des sanctions : amende (STC 2/2003) ou privation de liberté (STC 334/2005, du 20 décembre).

La détermination de la responsabilité dans une infraction est de nature exclusivement administrative ou pénale et, corrélativement, les réponses aux infractions sont également soit uniquement administratives, soit uniquement pénales.

Toutefois, le Code pénal espagnol prévoit, comme dans les systèmes juridictionnels germaniques, un système dualiste de sanctions pénales (peines et mesures de sécurité, en fonction de la capacité pénale du sujet) qui, à son tour, est complété par un troisième type de sanctions dénommées "conséquences accessoires de l'infraction pénale" (art. 127-129 bis du Code pénal)¹⁰². La conjonction de ces dernières avec une peine ou avec une mesure de sécurité ne pose pas de problème puisque, en raison de leur propre caractère accessoire¹⁰³, les premières nécessitent les secondes pour leur application.

C. LA CONCURRENCE DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE ET DE LA PROCEDURE PENALE

Par sa décision STC 2/2003 ([STC 2/2003](#)) du 16 janvier, le Tribunal constitutionnel a également modifié sa vision procédurale du principe *non bis in idem* en décidant que la voie administrative, tout comme la voie du contentieux administratif doit être suspendue jusqu'à la fin de la voie pénale. Selon cette décision, si, pour une raison quelconque, une telle suspension ne se produit pas, la sanction administrative éventuelle violerait le principe de la légalité des sanctions et celui de la compétence de la juridiction pénale pour exercer le pouvoir punitif dans les affaires où les faits apparaissent réunir des éléments constitutifs de l'infraction pénale.

Cette doctrine est directement applicable à tous les types de procédure administrative de sanction (y compris celles qui sont engagés dans les matières traitées dans le présent rapport). En matière douanière, une disposition spéciale (art. 14 LORC, sous l'intitulé « principe de non-concurrence des sanctions ») reprend la vision constitutionnelle du principe *non bis in idem* procédural. Elle exclut la possibilité d'appliquer simultanément une sanction administrative et une sanction pénale¹⁰⁴.

¹⁰² En Espagne, les « conséquences accessoires » sont : la confiscation des effets de l'infraction, des biens, moyens ou instruments avec lesquels l'infraction a été préparée ou exécutée, et des profits qui en sont tirés (art. 127-128 CP) ; différentes mesures à l'encontre des sociétés, organisations, groupes ou toute autre catégorie d'entités ou groupes de personnes dépourvus de personnalité juridique (art. 127-129 CP). Les entités dotées de la personnalité juridique ne sont pas mentionnées parce que l'article 31 bis CP permet la responsabilité pénale de celles-ci pour un nombre limité d'infractions ; et le prélèvement d'échantillons biologiques de l'auteur de l'infraction pour obtenir les identifiants génétiques aux fins d'intégration dans la base de données de la police (article 129 bis CP).

¹⁰³ Toutefois, cette position a été récemment assouplie en ce qui concerne la confiscation (par exemple, l'article 127 ter CP).

¹⁰⁴ Un modèle très similaire peut être trouvé en matière de sanctions des infractions de trafic routier (art. 85 LTCVM).

TABLE DES MATIERES

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE

EN ALLEMAGNE, EN BELGIQUE ET EN ESPAGNE	1
---	---

SOMMAIRE	2
----------------	---

SYNTHESE	4
----------------	---

I. DEFINITION ET ARTICULATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES	4
II. AUTORITES ADMINISTRATIVES, PROCEDURE MENANT A LA SANCTION, VOIES DE RECOURS DISPONIBLES	5
III. NATURE ET GRAVITE DES SANCTIONS	5
IV. PRINCIPE <i>NON BIS IN IDEM</i>	6

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE EN ALLEMAGNE	7
--	---

I. LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES	9
A. <i>L'articulation générale entre droits pénal et quasi-pénal</i>	9
B. <i>Les amendes administratives à l'encontre des personnes morales en cas d'infraction pénale</i>	9
C. <i>L'articulation des sanctions en droit douanier</i>	10
D. <i>L'articulation des sanctions en matière de contenus illégaux en ligne</i>	11
II. LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION	13
A. <i>Les moyens de prévention dans le domaine douanier</i>	13
B. <i>La loi NetzDG en matière de contenus illégaux en ligne, un régime de censure préventive ?</i>	14
III. LES AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES	15
A. <i>Les règles générales de compétence en droit quasi-pénal</i>	15
B. <i>Les autorités administratives compétentes en matière douanière</i>	16
C. <i>L'autorité administrative compétente en matière de contenus illégaux en ligne</i>	17
IV. LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE	17
A. <i>Les étapes de la procédure administrative ordinaire</i>	17
B. <i>Les mesures administratives provisoires et conservatoires et les procédures administratives d'urgence</i> 18	
C. <i>Les principes procéduraux applicables en matière administrative</i>	19
D. <i>Les particularités procédurales du domaine douanier</i>	21
E. <i>La procédure spéciale en matière de contenus illégaux en ligne</i>	22
V. LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES	23
A. <i>Considérations générales</i>	23
B. <i>Les confiscations possibles en matière douanière</i>	23
C. <i>Des sanctions administratives potentiellement trop élevées en matière de contenus illicites en ligne</i> 23	
VI. LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES	24
<i>Bibliographie</i>	26
<i>Abréviations</i>	28

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE EN BELGIQUE..... 29

I.	LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES	31
II.	LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION.....	32
III.	LES AUTORITES COMPETENTES ET LA PROCEDURE EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES.....	32
	<i>A. La prise de la décision portant sanction</i>	<i>32</i>
	1. Considérations générales.....	32
	2. Les sanctions administratives communales.....	34
	3. Les sanctions administratives en matière douanière	35
	<i>B. Les voies de recours contre la décision portant sanction.....</i>	<i>36</i>
	1. Considérations générales.....	36
	2. La contestation des sanctions administratives communales.....	37
	3. La contestation des sanctions administratives en matière douanière	37
IV.	LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES	38
	<i>A. Considérations générales.....</i>	<i>38</i>
	<i>B. La sanction administrative communale.....</i>	<i>39</i>
	<i>C. La sanction administrative en matière fiscale et douanière</i>	<i>39</i>
V.	LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES.....	40

LE TRAITEMENT ADMINISTRATIF DE LA DELINQUANCE EN ESPAGNE 42

I.	LES DOMAINES OU COEXISTENT LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES	43
	<i>A. En matière douanière.....</i>	<i>44</i>
	<i>B. En matière de contenus illégaux sur l'Internet.....</i>	<i>45</i>
	1. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.....	46
	2. Les atteintes à la protection des données à caractère personnel	46
II.	LES ACTIONS ADMINISTRATIVES DE PREVENTION.....	47
	<i>A. En matière douanière.....</i>	<i>47</i>
	<i>B. En matière de contenus illégaux sur l'Internet.....</i>	<i>48</i>
III.	LES AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES	48
	<i>A. En matière douanière.....</i>	<i>48</i>
	<i>B. En matière de contenus illégaux sur l'Internet.....</i>	<i>49</i>
IV.	LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE EN VUE DE L'APPLICATION D'UNE SANCTION ADMINISTRATIVE.....	50
	<i>A. La procédure de droit commun</i>	<i>50</i>
	1. L'étape préalable.....	50
	2. L'ouverture.....	50
	3. Le déroulement	51
	4. La clôture.....	51
	<i>B. La procédure en matière douanière et en matière de contenus illégaux sur l'Internet</i>	<i>52</i>
	<i>C. Le respect du principe du procès équitable</i>	<i>53</i>
V.	LA NATURE ET LA GRAVITE DES SANCTIONS.....	54
	<i>A. Les infractions douanières</i>	<i>54</i>
	<i>B. Les infractions ayant trait aux contenus illégaux sur l'Internet</i>	<i>54</i>
VI.	LA QUESTION DU CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PENALES.....	55
	<i>A. Doctrine générale.....</i>	<i>55</i>
	<i>B. Les sanctions administratives accessoires</i>	<i>56</i>
	<i>C. La concurrence de la procédure administrative et de la procédure pénale.....</i>	<i>57</i>