

Droit administratif et droit pénal

Autor(en): **Gauthier, Jean**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **90 (1971)**

PDF erstellt am: **26.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896146>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Droit administratif et droit pénal

Rapport présenté par JEAN GAUTHIER

Professeur à l'Université de Lausanne

Table des matières

Abréviations	329
Introduction	331
Chapitre I:	
Le rôle du droit pénal dans l'exécution des obligations de droit public	333
1. Le droit pénal dans l'ordre juridique	333
2. L'exécution des obligations de droit privé	334
3. L'exécution des obligations de droit public	337
Chapitre II:	
Infractions pénales et infractions aux prescriptions d'ordre	347
Chapitre III:	
Les règles générales applicables aux infractions de droit administratif	351
Chapitre IV:	
Un point de procédure	360
Conclusion	363

Bibliographie

Nous renvoyons le lecteur à la bibliographie qui figure dans le rapport en langue allemande de M. W.-R. PFUND, où l'on trouve la plupart des ouvrages que nous avons cités en note.

Abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AIN	Arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale
al.	alinéa
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel
CC	Code civil suisse
CO	Code des obligations
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse
CPC	Code de procédure civile
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière
LD	Loi fédérale sur les douanes
LF	Loi fédérale
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative
OCF	Ordonnance du Conseil fédéral
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire
p.	page
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale
PPF	Loi fédérale de procédure pénale
RIDP	Revue internationale de droit pénal, Paris
RDS	Revue de droit suisse, Bâle
rés.	résumé
RJB	Revue de la société des juristes bernois, Berne
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RPS	Revue pénale suisse, Berne
Sem.jud.	Semaine judiciaire, Genève
ss.	et suivants ou et suivantes

Introduction

Les rapports entre le droit administratif et le droit pénal ont déjà retenu l'attention des membres de la Société suisse des juristes lors de leur Assemblée générale de 1940; l'un des sujets de la discussion était en effet «Le droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335 du Code pénal suisse»¹. Dans leurs rapports, publiés en 1939 déjà, le professeur ERNST HAFTER et M. ANDRÉ PANCHAUD, alors juge au Tribunal cantonal vaudois, avaient abordé certains aspects des relations entre le droit pénal fédéral et le droit administratif cantonal². Ils s'étaient attachés, notamment, à définir le droit pénal administratif (Verwaltungsstrafrecht) que vise le titre marginal de l'art. 335 CP.

Aujourd'hui, le Comité de la Société suisse des juristes nous invite à étudier les rapports entre le droit administratif fédéral et le droit pénal. S'il a mis ce sujet à l'ordre du jour, c'est sans doute parce qu'un projet de loi concernant le droit pénal administratif était en préparation. Le projet, accompagné d'un message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 21 avril 1971, a été publié récemment³.

Ainsi que le rappelle le message précité, les travaux de la révision législative ont porté tout d'abord sur les dispositions de procédure et plus spécialement en matière d'infractions douanières. Puis ils ont été étendus à

¹ Procès-verbal de la séance du lundi 9 septembre 1940, RDS 59, 1940, p. 283 a ss.

² E. HAFTER, Das eidgenössische Strafrecht und die Vorbehalte zugunsten der Kantone im Sinne des Art. 335 des schweizerischen Strafgesetzbuches; A. PANCHAUD, Le droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335 du code pénal suisse, RDS 58, 1939, p. 1 a-115 a. D'autres juristes romands ont étudié la question: CH. CORNU, Du partage de la législation entre la Confédération et les cantons en matière de droit pénal, Genève 1943; L. PYTHON, La répression des infractions aux lois cantonales et le Code pénal suisse, JdT 93, 1945 IV, p. 130-160.

³ FF 1971 I, p. 1017 ss.

d'autres matières et ont porté également sur les dispositions de droit matériel. Nous nous attacherons surtout à celles-ci. Nous nous efforcerons de montrer tout d'abord la place que les dispositions pénales occupent dans les moyens d'exécution du droit administratif. Puis nous examinerons le régime des infractions aux prescriptions des lois administratives fédérales visées par le projet, cherchant surtout à faire ressortir les dérogations au droit pénal commun. Nous signalerons ensuite quelques points de procédure.

Même ainsi délimité, le sujet demeure très vaste et d'un abord d'autant plus difficile qu'il n'a guère retenu jusqu'ici l'attention de la doctrine. Assurément, tous les ouvrages généraux et les commentaires des lois spéciales de droit administratif ou de droit fiscal traitent aussi des sanctions pénales. Mais les monographies sont rares et, si l'on excepte une thèse déjà ancienne⁴, ne concernent qu'un domaine particulier⁵. C'est dire que nous n'avons pas la prétention de faire un exposé complet, ni de formuler des propositions définitives. Nous souhaitons simplement introduire le juriste non spécialisé dans le domaine du droit pénal administratif et nous espérons que ce modeste essai suscitera d'autres travaux.

⁴ W. RENOLD, *Das schweizerische Bundesverwaltungsstrafrecht*, thèse de Leipzig, *Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft VII*, Zurich 1905.

⁵ Voir, par exemple, A. COMMENT, *Le droit pénal social économique*, RIDP 24, 1953, p. 289 ss., qui se réfère notamment à J. LAUTNER, *System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts*, Zurich 1942-1944; en matière de droit pénal fiscal, citons J. MICHEL, *Les infractions fiscales et leur répression dans la doctrine et la législation suisses*, thèse de licence de Lausanne, Montreux 1953, ainsi que les deux études du rapporteur de langue allemande W. R. PFUND, *Das Steuerstrafrecht*, Bâle 1954, et *Das Steuerdelikt*, Bâle 1959.

Chapitre I

Le rôle du droit pénal dans l'exécution des obligations de droit public

1. Le droit pénal dans l'ordre juridique

Les auteurs français qui cherchent à définir la nature du droit pénal ou droit criminel et à marquer sa place dans l'ensemble de l'ordre juridique ont coutume d'écrire que le droit pénal est un droit sanctionnateur. Certes, le droit pénal pose lui-même certaines règles qui découlent *a contrario* des incriminations qu'il contient. Par exemple, lorsqu'il réprime les attentats à la vie ou à l'intégrité corporelle des personnes, le droit pénal crée l'obligation de respecter la vie et l'intégrité corporelle d'autrui ; il revêt ainsi un caractère normatif. Mais la sanction pénale intervient le plus fréquemment pour renforcer les droits ou les obligations énoncées par les lois civiles, commerciales, administratives, fiscales ou économiques. En pareil cas, le droit pénal ne crée pas lui-même une obligation nouvelle ; il se contente d'apporter une sanction plus énergique aux règles déjà posées dans quelque autre branche du droit⁶.

Les pénalistes allemands et suisses insistent sur le fait que le droit pénal protège la société et se rattache au droit public. Seul l'Etat détient le droit de punir. Il ne doit en faire usage que si les autres moyens ne suffisent pas à prévenir ou réprimer la violation du droit. Avant de décider qu'un comportement humain qui lèse des intérêts protégés par le droit tombe sous le coup de la loi pénale, le législateur devrait examiner soigneusement si d'autres sanctions ne constituent pas une réaction suffisante : obligation civile de payer des dommages-intérêts ou de fournir une réparation du tort moral, contrainte administrative⁷.

⁶ R. MERLE/A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris 1967, nos 91ss., p. 99ss. ; G. STEFANI/G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 5^e éd., Paris 1971, n° 31, p. 31 ss.

⁷ H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin 1969, § 1 et 2, p. 1 ss. ; E. HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*,

Notons que les dispositions légales qui instituent des sanctions pénales ne se trouvent pas toutes dans le code pénal. Beaucoup figurent dans ce que l'on appelle le droit pénal accessoire ou la législation pénale complémentaire. En particulier, de nombreuses lois administratives contiennent des dispositions pénales⁸.

Ainsi, le rôle du droit pénal dans l'exécution des obligations fondées sur le droit privé ou le droit administratif devrait se borner à assurer la sanction la plus grave, réservée aux cas où les autres moyens d'exécution apparaissent insuffisants. Qu'en est-il dans notre droit positif? Nous rappellerons brièvement les règles applicables à l'exécution des obligations de droit privé, puis les règles applicables à l'exécution des obligations de droit public. Cela nous permettra de montrer la place que notre législation assigne aux sanctions pénales en la matière.

2. L'exécution des obligations de droit privé

Lorsque l'obligation a pour objet une somme d'argent, la procédure d'exécution est réglée par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 97 al. 2 CO et 38 LP). Il en est de même lorsque l'obligation a pour objet des sûretés à fournir sous la forme du dépôt d'une somme d'argent en main d'un tiers, mais non lorsque les sûretés doivent être fournies sous la forme d'une garantie bancaire ou d'un cautionnement: il faut suivre alors la voie prévue par la loi de procédure applicable, qui est généralement la procédure

2^e éd., Berne 1946, p. 7 ss.; V. SCHWANDER, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2^e éd., Zurich 1964, n^o 27, p. 16s., pour qui le droit pénal est une partie «émancipée» du droit administratif, et partant une partie du droit public.

⁸ Selon E. HAFTER, *op. cit.*, p. 18 n. 1, les dispositions pénales qui servent à l'exécution des lois administratives ont justement leur place dans la législation pénale accessoire ou complémentaire (*Nebengesetzgebung*). La liste des lois fédérales contenant des dispositions pénales figure notamment dans les ouvrages suivants: V. SCHWANDER, *op. cit.*, n^o 10, p. 5 ss.; A. PANCHAUD et D. OCHSENBEIN, *Code pénal suisse annoté*, 3^e éd., Lausanne 1967, annexe IV, p. 272. La jurisprudence relative au droit pénal accessoire de la Confédération a été analysée par le professeur H. SCHULTZ, *Übersicht über die Rechtsprechung zu den Nebenstrafgesetzen des Bundes ...*, RPS 68, 1953, p. 450 ss. et étudiée d'une manière critique par le professeur P. NOLL, *Die neueren eidgenössischen Nebenstrafgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten*, RPS 72, 1957, p. 361 ss. et *Nebenstrafrecht und Rechtsgleichheit*, RPS 74, 1959, p. 29 ss.

civile cantonale⁹. En matière d'obligations ayant pour objet une somme d'argent, les mesures d'exécution prévues par la loi fédérale précitée sont seules admissibles et ne sauraient être complétées par des mesures de contrainte fondées sur le droit cantonal. Dès lors, la décision qui ordonne à un débiteur à titre de mesure provisoire de restituer une somme d'argent sous la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues à l'art. 292 CP viole le droit fédéral¹⁰. En revanche, les autorités de poursuite disposent des sanctions pénales prévues par les art. 163ss. et 323ss. CP, qui répriment les crimes ou délits contre le patrimoine commis dans la poursuite pour dettes et la faillite, ainsi que les contraventions aux prescriptions de la LP. Et dans les cas où ces dispositions pénales ne sont pas applicables, il est loisible aux préposés aux poursuites et aux faillites d'assortir leurs décisions de la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues à l'art. 292 CP¹¹.

L'exécution forcée par la voie de la poursuite pour dettes et de la faillite est de beaucoup la plus fréquente, car la plupart des obligations de droit privé ont pour objet une somme d'argent, qu'il s'agisse de la créance originaire ou d'une indemnité compensatrice¹².

Cependant, il reste loisible au créancier d'exiger l'exécution en nature d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire, dans ce dernier cas, d'exiger la suppression de ce qui a été fait en contravention de l'engagement, par exemple la cessation d'un acte de concurrence qui viole une obligation contractuelle¹³. L'exécution d'une obligation de faire, de tolérer ou de s'abstenir suppose que le débiteur se conforme au jugement rendu. Le créancier peut cependant requérir du juge, selon les lois de pro-

⁹ Genève, Cour de justice civile, 24 février 1968, Sem.jud. 92, 1970, p. 92; 24 octobre 1967, Sem. jud. 91, 1969, p. 297; A. FAVRE, Droit des poursuites, 2^e éd., Fribourg 1967, p. 89.

¹⁰ ATF 79 II, 1953, p. 285, rés. JdT 102, 1954 I, p. 414.

¹¹ ATF 83 II 1957, p. 1 ss., 7 cons. 3 *in fine*, JdT 105, 1957 II, p. 70 ss., 75 et les arrêts cités.

¹² Sur la transformation d'une créance non pécuniaire en une créance en dommages-intérêts, voir notamment l'art. 97 al. 1 CO et les règles de la procédure civile, par exemple l'art. 76 al. 3 PCF, le commentaire de F. BALMER, Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der Kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, RDS 88 II 1969, p. 457, ainsi que la remarque figurant dans le rapport adressé à la Conférence des Chefs des Départements de justice et police des cantons romands et du Tessin, loc. cit., p. 1049, ad art. 83 du projet de loi, litt. c.

¹³ ATF 56 II 1930, p. 50 ss., 56 cons. 7, JdT 78, 1930 I, p. 306 ss., 312.

cedure, la contrainte directe ou execution par la force publique, la contrainte indirecte par la menace de sanctions penales ou l'execution par un tiers aux frais du debiteur, si l'obligation ne doit pas etre executee par le debiteur personnellement (cf. art. 98 CO). En derogation a cette regle, l'art. 256 CO permet au preneur de remedier de son propre chef aux menus defauts de la chose louee aux frais du bailleur si celui-ci, informe des defauts, n'y a pas remedié lui-même dans un delai convenable. Mais s'il s'agit de reparations plus importantes, le preneur est soumis a la regle de l'art. 98 al. 1 CO: l'execution aux frais du debiteur est subordonnee a l'autorisation prealable du juge¹⁴. Du reste, l'exception ne joue probablement plus de role en pratique: les formules de baux a loyer suppriment generalement la faculté que l'art. 256 CO confere au preneur.

La sanction penale est soit une amende ou une peine privative de liberte prevue par la loi de procedure civile applicable¹⁵, soit une peine d'arrêts ou d'amende fondee sur l'art. 292 CP. Plusieurs lois de procedure renvoient expressément a cette disposition du code penal¹⁶. La jurisprudence attribue a l'art. 292 CP une portee subsidiaire, en ce sens qu'elle le declare applicable seulement a defaut d'une prescription speciale statuant une amende d'ordre ou une peine proprement dite¹⁷. Les auteurs du projet d'une loi federale sur l'harmonisation des procedures civiles cantonales avec le droit civil federal ont toutefois propose l'application concurrente de l'amende d'ordre et de la peine d'arrêts ou d'amende prevue a l'art. 292 CP¹⁸. Ils ont envisage, en outre, que l'amende d'ordre soit fixee a un certain montant pour chaque jour de retard dans l'execution. Une pareille amende d'ordre serait acquise a l'Etat et se distinguerait ainsi de l'astreinte acquise au creancier, que les tribunaux genevois appliquent sur le modele de la jurisprudence francaise et que le Tribunal federal a jugee compatible avec le droit federal dans la mesure ou elle n'emporte pas une condamnation definitive a la reparation d'un dommage futur non encore fixe¹⁹. Il est inté-

¹⁴ ATF 61 II 1935, p. 37, JdT 83, 1935 I, p. 326.

¹⁵ Voir par exemple l'art. 403 CPC du canton de Berne et le commentaire de G. LEUCH, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 3^e éd., Berne 1956, p. 409.

¹⁶ Voir par exemple l'art. 76 al. 1 PCF; l'art. 512 al. 4 CPC vaudois du 14 decembre 1966.

¹⁷ ATF 90 IV 1964, p. 206, JdT 113, 1965 IV, p. 25 et les arrêts cités.

¹⁸ Voir l'art. 86 du projet de loi, RDS 88 II 1969, p. 290 et le commentaire de F. BALMER, *loc. cit.*, p. 458s.

¹⁹ ATF 43 II 1917, p. 660ss., 664, JdT 66, 1918 I, p. 178ss., 181s.; ATF 90 II 1964, p. 158ss., 163 cons. 5, JdT 112, 1964 I, p. 578, Sem. jud. 87, 1965, p. 11; F. BALMER,

ressant de relever à ce propos que certains auteurs français, étudiant l'évolution de la jurisprudence sur la distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts, se sont demandé si cette peine privée qu'est l'astreinte ne devrait pas faire place à une véritable peine, c'est-à-dire à une amende qui sanctionnerait le mépris des décisions de justice sans enrichir indûment le créancier²⁰.

L'art. 41 ch. 2 CP permet au juge qui accorde le sursis à l'exécution de la peine d'imposer au condamné, pendant le délai d'épreuve, des règles de conduite parmi lesquelles figure l'obligation de réparer le dommage dans un délai déterminé. Sur ce point, la modification apportée par la loi fédérale modifiant le code pénal suisse, du 18 mars 1971, est d'ordre rédactionnel²¹. La jurisprudence relève certes que le devoir de réparer le dommage «ne doit pas être imposé seulement en considération de l'intérêt financier du lésé», mais «tendre avant tout à renforcer l'effet éducatif visé par le sursis lui-même»; il est cependant loisible au juge de subordonner le maintien du sursis au paiement d'une indemnité pour tort moral due au père d'une jeune fille de moins de seize ans, victime d'attentats à la pudeur, lequel s'était porté partie civile au procès pénal²². Il est permis de se demander si l'application d'une pareille mesure ne risque pas d'instituer un privilège en faveur d'un créancier, au détriment des autres, au mépris des règles de la poursuite pour dettes.

3. L'exécution des obligations de droit public

En droit français, l'exécution des actes administratifs se fait par voie administrative ou par voie judiciaire; l'inexécution est réprimée par des sanctions pénales et des sanctions administratives²³.

RDS 88 II 1969, p.459s. et les références citées. Voir une espèce où le Tribunal de première instance de Genève avait prononcé une astreinte, que la Cour de justice civile a supprimée par arrêt du 3 décembre 1965, en relevant dans ses motifs: «Cela n'exclut nullement une intervention ultérieure du Ministère public au sens de l'art. 292 CP», Sem.jud. 89, 1967, p.193ss., 201. Voir aussi, dans le même sens, Genève, Cour de justice civile, 2 juillet 1965, Uster c. Detec S. A., Sem.jud. 89, 1967, p.47.

²⁰ P. RAYNAUD, La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente, dans Mélanges Roger Secrétan, Lausanne/Montreux 1964, p.249ss., 263, et les références citées en note 72.

²¹ ROLF 1971, p.777ss., 782.

²² ATF 79 IV 1953, p.104, rés. JdT 102, 1954 IV, p.31.

²³ A. DE LAUBADÈRE, Traité élémentaire de droit administratif, 4^e éd., Paris 1967, tome I, p.271 ss. Nous empruntons à cet auteur les renseignements donnés dans le texte.

Laisant de côté l'exécution par voie judiciaire, rappelons quelques particularités de l'exécution par voie administrative. Le droit français reconnaît à l'administration le privilège du préalable: prenant elle-même des décisions exécutoires, l'administration n'a pas besoin de saisir préalablement le juge. L'administration jouit également du privilège de l'exécution d'office administrative ou «action d'office», qui consiste dans la faculté qu'a l'administration, lorsqu'elle a pris une décision exécutoire, d'en réaliser directement elle-même l'exécution par la contrainte, en mettant en mouvement la force publique contre le particulier récalcitrant.

Le régime de la sanction pénale attaché aux règlements est différent, selon que le règlement est pris directement par le pouvoir exécutif ou en exécution d'une loi. Dans le premier cas, s'il s'agit d'un décret en Conseil d'Etat, c'est-à-dire pris dans les formes prévues pour les règlements d'administration publique, le pouvoir exécutif choisit librement les pénalités qui en sanctionnent l'inobservation dans les limites des peines de police, soit l'emprisonnement d'un jour à deux mois et l'amende de 3 à 2000 francs (art. 465, 466 et R. 25 du Code pénal français). Pour les décrets simples, les ordonnances du préfet de police, les arrêtés ministériels, préfectoraux et municipaux, la sanction pénale doit être cherchée dans l'art. R. 26 – 15° du Code pénal, qui frappe «ceux qui auront contrevenu aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative ou aux arrêtés publiés par l'autorité municipale» d'une amende de 3 à 20 francs et en outre, en cas de récidive, d'un emprisonnement jusqu'à cinq jours prévu à l'art. R. 29 du Code pénal français. Dans le second cas, celui du règlement pris en exécution d'une loi, ou bien le législateur a précisé à l'avance quelles sanctions frapperaient les infractions au règlement, ou bien l'on applique l'art. R. 26 – 15° du Code pénal français, déjà cité, en observant toutefois les conditions dégagées par la jurisprudence²⁴.

Les sanctions administratives consistent, par exemple, dans la fermeture d'établissements, les confiscations, le retrait d'une carte professionnelle ou du permis de conduire. Elles doivent être distinguées d'autres mesures d'ob-

²⁴ R. MERLE/A. VITU, *op. cit.*, n° 151, p. 159s. Ces auteurs signalent comme un déclin du principe de la légalité criminelle en matière législative le fait que la Constitution française du 4 octobre 1958 a retiré au pouvoir législatif toute la matière des contraventions de police; le pouvoir exécutif est devenu seul maître en ce domaine (*op. cit.*, n° 104–2°, p. 115).

jet comparable, telles que les refus, retraits, interdictions de poursuivre une activité, qui ne présentent pas le caractère de la sanction d'une faute. Toutefois, la distinction est souvent difficile à faire. Les sanctions administratives sont ordonnées par des décisions de l'administration; elles ne sont pas des actes de juridiction pénale. Elles sont applicables aux personnes morales. La procédure doit garantir notamment les droits de la défense²⁵. Le professeur GEORGES BURDEAU estime que la tendance de l'administration à doubler la sanction normale résultant de l'action du ministère public par des sanctions proprement administratives, outre les problèmes qu'elle pose sur le plan de la théorie juridique, est en fait de nature à menacer gravement les libertés fondamentales de l'individu. Mais les spécialistes du droit administratif répondent que le développement de la procédure et de la juridiction administratives assure les garanties nécessaires²⁶.

Dans son ouvrage sur les principes généraux du droit administratif allemand, le professeur FRITZ FLEINER indique comme moyens de contrainte administrative (*Verwaltungszwang*) la peine pour insoumission (*Ungehorsamsstrafe*), l'exécution d'office ou exécution par substitution (*Ersatzvornahme*) et la contrainte directe ou immédiate (*unmittelbarer Zwang*) contre la personne de l'obligé ou ses biens²⁷.

Reprise par la doctrine suisse²⁸, cette énumération a passé dans notre législation. En effet, si l'art. 40 de la loi fédérale sur la procédure adminis-

²⁵ A. DE LAUBADÈRE, loc.cit.; J. MOURGEON, *La répression administrative*, thèse de Toulouse, Paris 1967.

²⁶ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 3^e éd., Paris 1966, p. 39s. La méfiance de la doctrine à l'égard des sanctions administratives est cependant combattue par J. MOURGEON, thèse citée en note 25.

²⁷ F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8^e éd., nouveau tirage pour la Suisse, Zurich 1939, § 14, p. 214 ss., ou *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduction de CH. EISENMANN, Paris 1933, p. 137 ss.

²⁸ Les auteurs de notre pays ne suivent pas toujours le même plan que le professeur FLEINER; ils lui ont cependant emprunté les principes qu'il a dégagés et ils ajoutent parfois d'autres renseignements tirés de la législation spéciale. Sans prétendre donner une bibliographie complète, citons: E. BLUMENSTEIN, *Das Recht der Verwaltungstätigkeit im Grundriss*, œuvre posthume, tirage à part de la *Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen*, Berne 1969, p. 113 ss.; Z. GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich 1960, p. 531 ss.; A. GRISEL, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel 1970, p. 332 ss.; M. IMBODEN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, vol. 1, 3^e éd., Bâle 1968, nos 361 ss., p. 288 ss.;

trative du 20 décembre 1968 rappelle que les décisions portant condamnation à payer une somme d'argent ou à fournir des sûretés sont exécutées conformément à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, l'art. 41, sous le titre marginal « autres moyens de contrainte » (andere Zwangsmittel), énumère les mesures suivantes :

- a) l'exécution, aux frais de l'obligé, par l'autorité qui a statué ou par un tiers mandaté (Ersatzvornahme);
- b) l'exécution directe contre la personne de l'obligé ou ses biens;
- c) la poursuite pénale, dans la mesure où une autre loi fédérale le prévoit;
- d) la poursuite pénale pour insoumission au sens de l'art. 292 CP si aucune autre disposition pénale n'est applicable.

La similitude avec les moyens d'exécution des obligations de droit privé est frappante. Il y a cependant une grande différence en ceci que l'autorité administrative peut exécuter d'office ses propres décisions; elle n'a pas à requérir du juge une ordonnance d'exécution; elle jouit d'un pouvoir de contrainte à l'égard des particuliers²⁹.

La poursuite en paiement d'impôts ou d'autres prestations de droit public se fait par voie de saisie ou de réalisation de gage (art. 43 LP). Mais si l'administration ne peut pas intenter une poursuite par voie de faillite, elle peut évidemment produire sa créance, lorsque le débiteur a été déclaré en faillite à la réquisition d'un autre créancier. En vertu de l'art. 162 OJ, que répète l'art. 40 LPA, les décisions des autorités administratives fédérales ordonnant le paiement d'une somme d'argent ou la constitution de sûretés sont assimilées, une fois passées en force, à des jugements exécutoires au sens de l'art. 80 LP³⁰. L'administration fédérale a le privilège de rendre des

E. RUCK, Schweizerisches Verwaltungsrecht, vol. 1, 3^e éd., Zurich 1951, p. 127 ss.; H.-R. SCHWARZENBACH, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 4^e éd., Berne 1970, p. 152 ss.

²⁹ Voir notamment, au sujet de la contrainte administrative en général et plus particulièrement en matière de travaux de génie civil et de protection des eaux contre la pollution: F. BENDEL, Der Verwaltungszwang nach Bundesrecht, RJB 104, 1968, p. 281 ss. et Rechtsfragen des Gewässerschutzes in der Schweiz, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, vol. 396, Berne 1970.

³⁰ Sur la poursuite pour les créances pécuniaires de droit public, voir E. BLUMENSTEIN, Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht, dans Festgabe zum fünfzigjährigen Bestehen des schweizerischen Bundesgerichts, Berne 1924; System des Steuerrechts, 3^e éd., par I. BLUMENSTEIN,

décisions ordonnant la fourniture de sûretés qui sont assimilées non seulement à des jugements exécutoires, mais aussi à des ordonnances de séquestre; le débiteur est privé du droit de contester le cas de séquestre selon l'art. 279 LP³¹. Le fisc cantonal semble moins bien armé³². Les sûretés fournies par un tiers, par exemple un cautionnement, garantissent uniquement le paiement de la prestation de droit public et des frais, mais non de l'amende infligée au coupable, qui est une peine de caractère strictement personnel; la dette d'amende ne peut pas être reprise ni garantie par un tiers³³.

A l'exécution par un tiers aux frais du débiteur, que l'art. 98 CO prévoit pour les obligations de droit privé, correspond en droit public l'exécution d'office ou exécution par substitution³⁴. Elle s'applique notamment lorsque le particulier n'obtempère pas, dans le délai fixé, à l'ordre qui lui est intimé de faire des travaux sur son fonds: enlèvement, déblaiement, modification ou suppression d'ouvrages qui ne sont pas conformes aux prescriptions légales ou réglementaires en matière de police des constructions³⁵. En revanche, lorsque l'autorité chargée de la protection des eaux contre la pollution prend des mesures pour parer à la souillure d'une nappe d'eau souterraine menacée par le mazout qui s'est répandu d'une citerne

Zurich 1971, § 37, Die Zwangsvollstreckung, p.453ss., ainsi que les commentaires des lois fiscales spéciales.

³¹ Voir par exemple art.123 et 124 LD; art.118ss. AIN. D'autres dispositions portent simplement que la décision ordonnant de fournir des sûretés est assimilée à un jugement exécutoire au sens de l'art.80 LP: voir par exemple art.1^{er} al.3 et 43 al.2 LF sur les fonds de placement, ainsi que l'art.14 OCF du 13 janvier 1971 sur les fonds de placement étrangers (ROLF 1971, p.145ss.).

³² H.FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, vol.I, 2^e éd., Zurich 1967, p.73s., texte et note 121.

³³ ATF 86 II 1960, p.71, JdT 108, 1960 I, p.586.

³⁴ L'expression allemande «Ersatzvornahme» est traduite en français, selon les lois et les auteurs, par les mots «exécution d'office» ou «exécution par substitution» (M.BRIDEL, Précis de droit constitutionnel et public suisse, tome I, Lausanne 1965, n° 107, p.198; J.-F.AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, tome I, Neuchâtel 1967, n° 807, p.304), ou encore «exécution par équivalent» (F.FLEINER, Principes généraux, traduit par CH.EISENMANN, cité en note 27, p.139; A.GRISEL, op.cit., p.333).

³⁵ Voir par exemple art.92 de la loi bernoise sur la justice administrative du 16 mai 1961; art.120 al.3 de la loi vaudoise du 5 février 1941 sur les constructions et l'aménagement du territoire.

non étanche dans le sol³⁶, ou pour rechercher la personne responsable du fait qu'une certaine quantité d'huile de chauffage s'est répandue dans un fleuve (une conduite s'était rompue lors du déchargement d'un bateau-citerne)³⁷, il ne s'agit plus à notre avis de l'exécution, aux frais du débiteur, d'une obligation que celui-ci ne serait pas à même d'exécuter et qui ne saurait dès lors lui être imposée, mais de la réparation d'un dommage causé par un acte illicite; le professeur IMBODEN observe avec raison que l'obligation faite au particulier de rembourser à la collectivité publique le coût de mesures préventives – ou les frais d'investigations officielles en vue de déterminer l'auteur du fait dommageable – doit être fondée sur une disposition légale³⁸. Cette exigence sera satisfaite si l'art. 8 du projet de loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution, du 26 août 1970, est adopté³⁹.

Les frais de l'exécution d'office sont fixés par une décision spéciale (art. 41 litt. a LPA) et l'administration peut les recouvrer par la voie de la poursuite pour dettes⁴⁰.

L'exécution directe sur la personne ou les biens du débiteur n'appelle pas d'explications particulières qui entrent dans notre propos.

L'administration dispose du reste de moyens de pression pour venir à bout de la résistance de l'obligé. Dans certains cas, elle peut refuser de fournir des prestations à l'ayant droit pour l'obliger à remplir ses obligations. Elle a la faculté de prendre des mesures telles que le retrait d'une autorisation ou d'une patente, voire la fermeture d'un établissement⁴¹.

³⁶ ATF 91 I 1965, p.295, rés. JdT 114, 1966 I, p.220.

³⁷ ATF 94 I 1968, p.403, JdT 117, 1969 I, p.519.

³⁸ M. IMBODEN, *op. cit.*, n° 364 note III, p.298.

³⁹ FF 1970 II, p.429ss., notamment p.451 et 485. Voir maintenant art. 8 LF du 6 octobre 1971, FF 1971 II, p.909ss., 911 (délai d'opposition: 13 janvier 1972).

⁴⁰ S'il est vrai qu'en droit public, une obligation inexécutée ne se transforme pas nécessairement en une dette d'argent (A. GRISEL, *op. cit.*, p.333), l'analyse des moyens d'exécution montre qu'il en résulte souvent une créance pécuniaire (voir le tableau graphique dressé par F. BENDEL, *Rechtsfragen*, p.28).

⁴¹ ATF 78 I 1952, p.298, rés. JdT 101, 1953 I, p.447; A. GRISEL, *op. cit.*, p.336; M. IMBODEN, *op. cit.*, n° 361, p.289s. Il faut examiner dans chaque cas les mesures prévues par la loi applicable. Voir par exemple, art. 52 et 53 LF sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964, et les remarques faites à leur sujet par R.-L. JAGMETTI, dans *Commentaire de la loi fédérale sur le travail*, publié sous la direction de W. HUG, Berne 1971, p.386ss.; voir aussi les remarques de W. BIRCH-

Selon le Tribunal fédéral, la contrainte administrative est distincte de la répression pénale en ce qu'elle tend moins à punir qu'à empêcher la contravention de se commettre à nouveau. Tandis que les objectifs essentiels de la répression pénale sont l'expiation, la régénération du coupable et la prévention générale, les mesures administratives ont pour but la protection immédiate du public, protection qu'elles assurent en empêchant, au moins pendant un certain temps, le trouble de se reproduire⁴². La distinction est souvent très difficile à faire en pratique. De nombreuses mesures administratives ou disciplinaires ont en effet le même objet que les mesures de sûreté ou les peines accessoires prévues par la législation pénale, ce qui rend pratiquement impossible toute distinction fondée sur la nature ou l'objet de la mesure. C'est seulement par les motifs de la décision que l'on pourra distinguer, par exemple, l'interdiction d'exercer une profession prononcée par le juge pénal en vertu de l'art. 54 CP du retrait, par l'autorité administrative, de l'autorisation d'exercer cette profession⁴³.

Le moyen de contrainte indirecte par excellence est évidemment la menace d'une peine pour insoumission. Respectant le caractère subsidiaire que la jurisprudence a reconnu à l'art. 292 CP⁴⁴, l'art. 41 lettre d LPA ne renvoie à cette disposition légale que si aucune autre disposition pénale n'est applicable. Relevons en passant que le caractère subsidiaire de l'art. 292 CP vaut aussi à l'égard des dispositions spéciales du droit pénal cantonal⁴⁵. Mais rappelons à celui qui s'estimerait menacé à tort des peines d'arrêts ou d'amende prévues à l'art. 292 CP parce que l'insoumission serait réprimée par une disposition du droit pénal cantonal que le pourvoi en

MEIER, Kommentar zum eidgenössischen Filmgesetz, Zurich 1964, p. 121 ss., à propos de l'art. 19 LF sur le cinéma du 28 septembre 1962. On trouve aussi un exemple de «mesures administratives» à l'art. 13 de l'arrêté fédéral concernant la stabilisation du marché de la construction, du 25 juin 1971, qui enjoint aux autorités cantonales, si des travaux de démolition ou de construction sont mis en chantier ou poursuivis illicitement, d'en ordonner la suspension (ROLF 1971, p. 963 ss., 965).

⁴² ATF 78 I 1952, p. 298 ss., 308.

⁴³ ATF 71 I 1945, p. 81, JdT 93, 1945 I, p. 334; ATF 71 I 1945, p. 369 ss., 378, JdT 94, 1946 I, p. 114 ss., 122; L. PYTHON, op. cit., JdT 93, 1945 IV, p. 149 ss.

⁴⁴ ATF 78 I 1952, p. 175 cons. 2, JdT 101, 1953 I, p. 60; ATF 90 IV 1964, p. 206, JdT 113, 1965 IV, p. 25; G. ROOS, Die verwaltungsrechtliche Seite der Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB, RJB 79, 1943, p. 481 ss.

⁴⁵ Voir par exemple Vaud, Tribunal cantonal, Cour de cassation pénale, 21 décembre 1964, F. v. V., rés. JdT 113, 1965 III, p. 123.

nullité (art. 268 ss. PPF) n'est pas recevable contre la simple commination de ces peines, mais seulement contre la condamnation prononcée en vertu de l'art. 292 CP⁴⁶.

Comme en matière d'exécution des obligations de droit privé, le juge pénal qui prononce le sursis peut imposer au condamné des règles de conduite qui renforceront singulièrement certaines obligations ou se rapprocheront, sinon dans leur nature du moins dans leurs effets pratiques, de mesures administratives. Ainsi, le redevable condamné pour défaut de paiement de la taxe militaire qui bénéficie du sursis peut être astreint à payer la taxe par acomptes mensuels, sous la menace d'une révocation du sursis⁴⁷. Une pareille mesure est-elle encore compatible avec l'art. 59 al. 3 de la Constitution fédérale qui abolit la contrainte par corps? On l'admet en affirmant que le paiement de la taxe militaire est une forme de l'accomplissement du devoir de servir et que la condamnation à une peine pour violation de cette obligation n'est pas visée par la règle constitutionnelle⁴⁸. Soit. Mais, quoique le Tribunal fédéral s'en défende⁴⁹, la règle de conduite en question n'institue-t-elle pas un privilège contraire aux règles de la poursuite pour dettes, en faveur de l'autorité qui perçoit la taxe militaire?

Nonobstant le fait que le retrait du permis de conduire est une mesure dans la compétence de l'autorité administrative (art. 16 LCR), il est loisible au juge pénal de subordonner le sursis accordé au conducteur pris de boisson, condamné en vertu de l'art. 91 LCR, à la condition que le condamné ne conduise pas un véhicule à moteur pendant le délai de l'épreuve⁵⁰. Ici encore, il y a concours, dans les effets pratiques, entre deux mesures juridiquement distinctes.

Existe-t-il une hiérarchie dans les moyens d'exécution des obligations de droit public? En d'autres termes, l'autorité administrative est-elle tenue d'utiliser d'abord certains moyens, avant de recourir à des mesures plus graves ou de menacer l'administré récalcitrant de sanctions pénales? La question n'est pas résolue par une règle générale. Il faut utiliser dans chaque cas le moyen d'exécution qui porte l'atteinte la moins grave aux

⁴⁶ ATF 97 IV 1971, p. 68ss., cons. 2.

⁴⁷ ATF 92 IV 1966, p. 171, JdT 115, 1967 IV, p. 23 et les arrêts cités.

⁴⁸ ATF 85 IV 1959, p. 241, JdT 108, 1960 IV, p. 88.

⁴⁹ ATF 69 IV 1943, p. 134ss., 141 cons. 7, JdT 92, 1944 IV, p. 57.

⁵⁰ ATF 94 IV 1968, p. 11, JdT 116, 1968 I, p. 480 n° 99. Voir aussi sur ce point JdT 118, 1970 I, p. 463 ch. II, cons. non publié dans ATF 95 IV 1969, p. 97.

droits de l'administré; la mesure doit être «proportionnée» au but visé⁵¹. Alors que les pénalistes recommandent d'utiliser les voies d'exécution du droit administratif et notamment la contrainte administrative avant de recourir à la commination d'une peine, qui devrait être réservée aux cas graves⁵², les spécialistes du droit administratif soutiennent qu'il faut commencer par la menace de sanctions pénales, qui constitue à leurs yeux la mesure la moins incisive⁵³. La jurisprudence paraît donner raison à la doctrine du droit administratif: le Tribunal fédéral a annulé une décision cantonale qui retirait l'autorisation de procéder à une vente au rabais, bien que l'entreprise visée n'ait pas respecté les conditions de l'autorisation et fût en état de récidive; il a estimé qu'une sanction pénale était plus conforme au principe de la proportionnalité des mesures administratives⁵⁴. La décision s'explique peut-être en l'espèce. Généralisée, l'argumentation de l'arrêt implique la renonciation à faire respecter les conditions mises à l'autorisation. Il nous paraît cependant que, lorsque la mesure de police consiste en une autorisation, le retrait de celle-ci constitue une sanction adéquate de la non-observation des conditions imposées au bénéficiaire⁵⁵.

Quoi qu'il en soit de l'ordre dans lequel elles doivent être appliquées, les mesures administratives et les sanctions pénales peuvent être cumulées. L'administré soumis à la contrainte administrative et condamné à une peine en raison de l'inexécution de l'obligation ne saurait se plaindre d'une violation du principe *ne bis in idem*, car les sanctions administratives et pénales ne sont pas du même ordre; il pourra se défendre en invoquant le principe de la proportionnalité des mesures administratives.

Cependant, du point de vue de l'intérêt général que le droit administratif entend protéger, l'exécution effective des prescriptions et des décisions devrait avoir le pas sur la sanction pénale, qui n'empêche pas le dommage de se produire. Par exemple, si l'on veut protéger les eaux contre la pollu-

⁵¹ Voir par exemple ATF 96 I 1970, p.415, JdT 119, 1971 I, p.86, cons.7.

⁵² E.HAFTER, op.cit., p.9; O.-A.GERMANN, Schutz der Persönlichkeit im Strafrecht, dans La liberté du citoyen en droit suisse, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, Zurich 1948, p.257ss., 268.

⁵³ Voir notamment Z.GIACOMETTI, op.cit., p.542ss., qui envisage la peine pécuniaire et non privative de liberté; W.BIRCHMEIER, op.cit., p.31 s.

⁵⁴ Arrêt cité à la note 51. Voir aussi ATF 93 I 1967, p.90, rés.JdT 117, 1969 I, p.217.

⁵⁵ G.BURDEAU, op.cit., p.41.

tion, il ne suffit pas de préconiser des peines plus sévères⁵⁶; il faut agir, par la contrainte si c'est nécessaire, pour que les mesures préventives ordonnées par l'autorité administrative soient effectivement prises. La sanction pénale est certes nécessaire à l'égard des administrés qui ont commis une infraction et son existence devrait inciter les autres à remplir leurs obligations. Mais elle ne suffit pas à sauvegarder l'intérêt général.

⁵⁶ Voir le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une nouvelle loi sur la protection des eaux, du 26 août 1970, FF 1970 II, p. 429 ss., 435.

Chapitre II

Infractions pénales et infractions aux prescriptions d'ordre

Le droit allemand fait une distinction très nette entre les infractions pénales ou criminelles et les infractions aux prescriptions d'ordre (Ordnungswidrigkeiten), qui sont passibles d'une sanction pécuniaire (Geldbusse) distincte de l'amende pénale (Geldstrafe). Cette sanction pécuniaire ne peut pas être convertie en une peine privative de liberté, mais seulement en arrêts (Erzwingungshaft), qui sont un moyen de contrainte. Elle peut être infligée aux personnes morales et aux autres groupements de personnes. Elle n'est pas inscrite au casier judiciaire⁵⁷.

Mais qu'est-ce qu'une infraction aux prescriptions d'ordre ? Alors que certains auteurs voient une différence essentielle entre cette infraction et les faits punissables en vertu de la loi pénale, le professeur H.-H. JESCHECK estime qu'il n'y a qu'une différence de degré⁵⁸.

Le droit suisse ne soumet pas les infractions aux prescriptions d'ordre à une loi générale. Des dispositions spéciales créant de telles infractions figurent dans les lois civiles comme dans les lois administratives, ainsi que dans les lois de procédure⁵⁹. La peine prévue est une amende dont le maximum est le plus souvent déterminé par la disposition spéciale. Cette

⁵⁷ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten du 24 mai 1968. Voir H.-H. JESCHECK, *op. cit.*, § 6 V, p. 35ss.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 37. Voir à ce sujet le compte-rendu de son livre par le professeur H. SCHULTZ, RPS 87, 1971, p. 83.

⁵⁹ O.-A. GERMANN, *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch*, remarque préliminaire n° 2 ad art. 1-100 CP, cite les art. 44, 447 et 957 CC, l'art. 943 CO et diverses lois administratives. A. PFISTER, «Ordnungsbußen» auf der Straße, RPS 83, 1967, p. 286ss., 298, note 14, en donne quelques exemples, parmi lesquels figure l'art. 104 LD ; il précise que les amendes d'ordre infligées aux usagers de la route sont de véritables

amende d'ordre se distingue par certains caractères de l'amende qui réprime les contraventions ou de l'amende infligée comme peine accessoire à l'auteur d'un délit et d'un crime.

La jurisprudence donne quelques précisions sur la nature et les effets de l'amende d'ordre. Alors que le droit pénal réprime des actes (crimes, délits, contraventions) qui soulèvent une réprobation morale, les infractions aux prescriptions d'ordre n'ont pas ce caractère. La différence importe non seulement pour la procédure qui relève des autorités administratives, mais aussi pour l'application des dispositions générales du Code pénal: les amendes d'ordre ne peuvent pas être converties en arrêts (art. 49 CP) et elles ne sont pas inscrites au casier judiciaire⁶⁰.

La condamnation pour infraction aux prescriptions d'ordre suppose-t-elle une faute de l'auteur? Le Tribunal fédéral a jugé, dans une affaire concernant l'art. 104 LD, que l'auteur d'une contravention aux mesures d'ordre était passible de l'amende même en l'absence d'intention ou de négligence⁶¹. Si le projet de la loi fédérale sur le droit pénal administratif est adopté, l'art. 104 LD sera modifié: l'inobservation de prescriptions d'ordre sera punissable si l'auteur a agi intentionnellement ou par négligence⁶². Sur ce point, cette infraction obéira donc aux mêmes règles que les infractions pénales. Mais l'amende d'ordre, qui vise surtout à prévenir la répétition de l'infraction, doit-elle être fixée uniquement selon la gravité de l'acte ou faut-il tenir compte aussi du degré de culpabilité de l'auteur, et cela même si, dans certains cas, la faute n'est pas une condition de punissabilité? Le Tribunal fédéral, appelé à statuer sur des recours de droit administratif interjetés par des personnes condamnées en vertu de l'art. 146 LAVS à des amendes d'ordre pour infraction aux prescriptions – maintenant abrogées – qui fixaient les prix dans le commerce du tabac, a d'abord posé la question sans la résoudre, mais en insistant sur l'obligation de respecter le principe

peines et non la sanction d'une infraction à des prescriptions d'ordre; le message du Conseil fédéral concernant le projet d'une LF sur ce point le rappelle: FF 1969 I, p.1106ss., 1110.

⁶⁰ ATF 72 I, 1946, p.252, rés. JdT 95, 1947 I, p.630 et ATF 82 I 1956, p.306, rés. JdT 105, 1957 I, p.253; art.13 ch.5 OCF du 14 novembre 1941 sur le casier judiciaire.

⁶¹ ATF 93 I 1967, p.460, rés. JdT 116, 1968 I, p.517.

⁶² FF 1971 I, p.1091.

de la proportionnalité⁶³. Puis il a admis que la faute était l'un des éléments à considérer et il a réduit fortement une amende d'ordre prononcée en vertu de la même disposition⁶⁴. Inversement, en matière de droit pénal fiscal cantonal, il a jugé arbitraire d'infliger la peine sévère prévue pour la soustraction d'impôt à l'auteur d'une violation purement objective des prescriptions légales⁶⁵.

Avec la doctrine dominante en droit pénal⁶⁶, le Tribunal fédéral estime que les amendes d'ordre ne sont pas de simples mesures de contrainte administrative (*Zwangsgeld*), mais de véritables peines, qui ne sont toutefois pas soumises à toutes les règles du droit criminel relatives à la fixation de la peine; en particulier, le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas, ce qui signifie que les amendes peuvent être cumulées tant que l'infraction se répète, sans que le condamné soit recevable à invoquer l'art. 68 CP qui régit le concours d'infractions⁶⁷. Lorsque l'amende est fixée par la disposition spéciale à un certain montant pour chaque jour où l'infraction est commise, elle présente une certaine analogie avec une astreinte qui serait transformée en peine véritable, selon la suggestion du professeur PIERRE RAYNAUD⁶⁸. Ici encore, nous constatons que l'exécution des obligations de droit privé et de droit public obéissent à des principes qui ne sont pas aussi différents qu'il paraît.

Faut-il considérer les amendes d'ordre comme des sanctions administratives et les opposer aux sanctions pénales⁶⁹? Nous doutons qu'il y ait un intérêt à créer une catégorie d'amendes qui, en l'absence d'une loi générale sur les infractions aux prescriptions d'ordre, obéiraient à des règles mal définies. Mieux vaut s'en tenir à la doctrine traditionnelle qui rattache ces amendes au droit pénal pris dans un sens large et leur applique, fût-ce partiellement, les règles communes. Sinon, on livre le justiciable au bon

⁶³ ATF 94 I 1968, p. 82, rés. JdT 117, 1969 I, p. 203.

⁶⁴ TF, Chambre de droit administratif, 19 décembre 1969, Sch. c. Direction générale des douanes, arrêt non publié, qui résout la question posée par le professeur Imboden, op. cit., n° 365, remarque II.

⁶⁵ ATF 94 I 1968, p. 218, rés. JdT 117, 1969 I, p. 120.

⁶⁶ E. HAFTER, op. cit., p. 242 s.; V. SCHWANDER, op. cit., p. 22, n° 35 ch. 4.

⁶⁷ TF, Chambre de droit administratif, 3 avril 1969, H. c. Direction générale des douanes, arrêt non publié. Voir aussi les arrêts cités en notes 61 et 63.

⁶⁸ Voir la référence citée en note 20.

⁶⁹ Dans ce sens, A. GRISEL, op. cit., p. 333 s.

plaisir de l'administration. Témoin cet arrêt genevois qui, pour réfuter le moyen tiré de la prescription, démontre longuement que les infractions à la loi sur la police des constructions ne relèvent plus du droit pénal cantonal, mais sont sanctionnées par une amende administrative et que le législateur a voulu abandonner au Département des travaux publics, qui détient l'action publique, et aux autorités de recours le soin d'apprécier l'effet du temps écoulé entre la perpétration de l'infraction et le moment où l'amende est infligée⁷⁰. Nous n'entendons pas nous prononcer sur le bien-fondé de cet arrêt au regard du droit genevois. Nous doutons simplement que la solution adoptée en ce qui concerne la prescription de l'action publique soit compatible avec le principe qui soumet l'administration à la loi.

⁷⁰ Genève, Cour de justice civile, 21 novembre 1967, WANNER, Sem.jud. 1969, p.423.

Chapitre III

Les règles générales applicables aux infractions de droit administratif

On sait qu'en vertu de l'art. 333 CP, les dispositions générales du code pénal s'appliquent aux infractions prévues par d'autres lois fédérales, à moins que ces lois ne contiennent des dispositions spéciales qui dérogent au droit commun. Le renvoi vaut aussi pour les infractions prévues par les lois administratives. Plusieurs de celles-ci contiennent des dispositions spéciales. Le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif cherche à réunir, dans ses dispositions générales (art. 2 à 15), les dérogations au code pénal qui sont communes aux lois réprimant des infractions de droit pénal administratif⁷¹. Nous n'entendons pas reprendre ici toutes ces dispositions, mais signaler quelques points sur lesquels la loi ou la jurisprudence dérogent aux règles de la partie générale du code pénal.

Mais comment définir le droit pénal administratif ou le champ d'application de ces dérogations communes aux infractions prévues par des lois administratives? Le message contient deux réponses à la question. L'une s'attache à l'objet de la réglementation: on entend par droit pénal administratif «une grande partie de ce qu'on appelle le droit pénal accessoire et plus particulièrement le droit pénal fiscal et le droit pénal économique»⁷². L'autre se réfère à la procédure, c'est celle que reprend l'art. 1er du projet: la loi fédérale sur le droit pénal administratif s'applique «lorsqu'une autorité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger des infractions»⁷³. Cependant, le projet a une portée plus large: ses dispositions de droit matériel pourraient être reprises, en tout ou en partie, par d'autres

⁷¹ Voir le message du Conseil fédéral et le texte du projet, FF 1971 I, p. 1017 ss.

⁷² FF 1971 I, p. 1017.

⁷³ FF 1971 I, p. 1027 s. et 1049.

lois pénales accessoires, qui attribuent la poursuite des infractions au juge ordinaire, de telle sorte qu'il apporterait une contribution essentielle à l'unification de l'ensemble du droit pénal administratif de la Confédération⁷⁴. On trouve d'ailleurs déjà de pareils emprunts dans la législation récente⁷⁵.

Le projet déroge au droit commun en ce qui concerne la classification des infractions. Il introduit en effet une catégorie nouvelle, qui prendrait place entre les infractions de droit pénal et les infractions aux prescriptions d'ordre. Cette catégorie est définie non pas d'après la peine abstraite, soit le maximum de la peine fixé par la disposition spéciale de la loi (voir les art. 9 et 101 CP, applicables à la législation pénale complémentaire en vertu de l'art. 333 CP), mais d'après la peine qui sera probablement infligée dans le cas particulier. Ce sont les infractions passibles d'une amende qui ne dépasse pas 5000 Fr., que le message qualifie de bénignes⁷⁶. En vertu de l'art. 7 du projet, l'amende est alors fixée selon la gravité de l'infraction, sans tenir compte d'autres éléments d'appréciation. Comme l'explique le message, c'est une dérogation à la règle de l'art. 48 ch. 2 CP, qui enjoint au juge de fixer l'amende selon la situation du condamné, lequel doit être frappé d'une peine correspondant à sa culpabilité⁷⁷. Et selon l'art. 6 du projet, l'administration chargée de poursuivre et juger l'infraction a la faculté de prononcer cette amende contre une personne morale ou un groupement de personnes, voire une entreprise individuelle comme telle (c'est-à-dire, sans doute, que le chef de la maison sera puni pour une infraction commise par un employé non identifié). Pourquoi cette réglementation surprenante ? Parce que, nous apprend le message, l'identification de l'auteur de l'infraction et des participants éventuels prend beaucoup de temps «et n'est pas souvent payante» (c'est-à-dire : il ne vaut pas la peine de

⁷⁴ FF 1971 I, p. 1028.

⁷⁵ L'art. 10 de l'Arrêté fédéral concernant la stabilisation du marché de la construction, du 25 juin 1971, ROLF 1971, p. 961, en offre un exemple. Voir aussi l'art. 40 du projet d'une nouvelle LF sur la protection des eaux contre la pollution, FF 1970 II, p. 496, devenu l'art. 42 LF du 6 octobre 1971, FF 1971 II, p. 909 ss., 924, ainsi que l'art. 21 ACF concernant le matériel de guerre, du 28 mars 1949/28 septembre 1970, ROLF 1971, p. 1201, et l'art. 18 du projet de LF sur le matériel de guerre qui le remplacera peut-être un jour (FF 1971 I, p. 1620).

⁷⁶ FF 1971 I, p. 1029.

⁷⁷ FF 1971 I, p. 1029 s.

faire de longues recherches pour déterminer qui a agi et quels organes sont peut-être également coupables)⁷⁸.

Du point de vue de l'efficacité administrative, on peut comprendre ce désir d'alléger la tâche des enquêteurs. Mais comment concilier cette catégorie d'infractions avec le système du projet qui applique intégralement le principe du droit pénal fondé sur la faute, au point de supprimer, par exemple, la présomption de faute des art. 75 al.3 et 77 al. 4 LD et d'exiger, pour que l'infraction aux prescriptions d'ordre soit punissable, en vertu de l'art. 104 LD, la preuve d'une intention ou d'une négligence⁷⁹? Et s'il est vrai que la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui dénie aux personnes morales la capacité délictueuse dans toute la matière régie par le code pénal, s'accommode des lois administratives anciennes qui permettent de condamner les personnes morales à des amendes d'ordre⁸⁰, il faut rappeler que, pour notre cour suprême, la capacité pénale des personnes morales, là où elle existe, n'exclut point les poursuites pénales contre les organes responsables⁸¹. Le projet livre-t-il les organes et employés d'un groupement de personnes ou d'une entreprise individuelle au bon vouloir de l'administration, ou leur confère-t-il un droit à l'impunité, en ce sens qu'ils pourraient demander que toute amende ne dépassant pas 5000 Fr. soit prononcée contre le groupement de personnes ou le chef de l'entreprise? Et comment justifier la punition de celui-ci, à qui l'on ferait endosser la responsabilité pénale du fait d'autrui? Autant de questions qui, si le projet est adopté, préoccuperaient les tribunaux saisis d'une opposition au prononcé administratif.

S'agissant des infractions de droit pénal administratif ordinaire, c'est-à-

⁷⁸ FF 1971 I, p. 1029.

⁷⁹ Voir sur ces questions E. HAFTER, *op. cit.*, p. 109, texte et n. 3; E. KIRCHHOFER, *Probleme des Zollstrafrechts*, RPS 48, 1934, p. 151 ss.; K. SPITZ, *Das schweizerische Zollstrafrecht*, thèse de Zurich, Lachen 1944, p. 86.

⁸⁰ ATF 85 IV 1959, p. 95, JdT 107, 1959 IV, p. 154. Voir aussi ATF 82 IV 1956, p. 41, JdT 105, 1957 IV, p. 93; ATF 64 I 1938, p. 53, JdT 86, 1938 I, p. 612.; ATF 41 I 1915, p. 212, JdT 64, 1916 I, p. 59. A l'égard des groupements de personnes, on ne peut guère envisager que des amendes ou des mesures d'ordre économique, telles que la confiscation de gains illicites: W. SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Fribourg 1967. On trouvera dans cet ouvrage une bibliographie des travaux consacrés à la responsabilité pénale des personnes morales.

⁸¹ ATF 82 IV 1956, p. 41, JdT 105, 1957 IV, p. 93; ATF 64 I 1938, p. 53, JdT 86, 1938 I, p. 612.

dire passibles d'amendes supérieures à 5000 Fr. ou d'autres peines, l'art. 5 al. 1 du projet s'en tient au droit pénal commun pour ce qui concerne la fixation de la peine. L'art. 48 ch. 2 et l'art. 63 CP seront donc applicables désormais sans restriction⁸².

De même, pour ces infractions-là, le projet s'aligne sur le droit commun pour exclure la condamnation d'une personne morale ou d'un autre groupement de personnes: la peine sera infligée à la personne physique qui a agi (art. 5 al. 1).

Reprenant une règle qui figure déjà dans certaines lois spéciales⁸³, l'art. 5 al. 2 du projet déclare le chef d'entreprise ou l'employeur, le mandant ou le représenté punissable comme l'auteur si, connaissant l'infraction, il ne l'a pas empêchée ou si, l'ayant apprise après coup, il n'en a pas supprimé les effets, bien qu'il en ait eu la possibilité. C'est en somme une extension de la notion de participation à l'infraction. Chaque fois qu'une faute en relation avec une infraction peut être établie à la charge de l'employeur ou d'une autre personne visée par la disposition légale, cette personne encourt la même peine que l'auteur de l'infraction: elle est considérée comme un co-auteur. Une pareille disposition se justifie peut-être du point de vue de l'efficacité de l'administration. Le pénaliste y verra une atteinte au principe de l'irresponsabilité pénale du fait d'autrui. Mais, comme l'écrivent R. MERLE et A. VITU⁸⁴, s'il est vrai que la responsabilité pénale du chef d'entreprise est en quelque sorte «déclenchée» par l'acte matériel du préposé, elle n'en prend pas moins sa source dans une faute personnelle du patron. C'est là, en effet, la question à résoudre: le chef d'entreprise a-t-il commis une faute? Selon que l'infraction est intentionnelle ou punissable également si elle a été commise par négligence, l'administration ou l'autorité chargée de soutenir l'accusation devra prouver que le chef d'entreprise a commis une faute intentionnelle ou une négligence.

L'art. 5 al. 3 du projet déclare le chef d'entreprise ou l'employeur, le mandant ou le représenté punissable d'une amende lorsque l'infraction commise par un de ses employés ou son mandataire est due au fait qu'il a

⁸² Voir les explications du message, FF 1971 I, p. 1029.

⁸³ Voir par exemple art. 14 LCD et art. 100 ch. 2 LCR pour ce qui concerne l'employeur ou le supérieur; art. 130 al. 3 AIN pour celui qui a chargé un représentant contractuel d'accomplir ses obligations fiscales.

⁸⁴ R. MERLE/A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris 1967, p. 409, n° 420 ch. 2.

manqué à ses devoirs de surveillance ou de diligence. Cette disposition renforce-t-elle simplement d'une sanction pénale un devoir de surveillance ou de diligence qui résulte de la loi civile ou administrative, ou bien vise-t-elle à instituer à la charge du chef d'entreprise et des personnes qui lui sont assimilées une obligation plus étendue? Dans la mesure où elle revêtirait ainsi un caractère normatif autonome⁸⁵, cette disposition nous paraîtrait d'une sévérité excessive: elle irait plus loin que les règles du droit pénal commun, qui fait de l'illicéité un élément objectif de l'infraction, défini soit par la loi pénale elle-même, soit par la loi civile ou administrative que renforce la sanction pénale. Et l'on pourrait se demander si une pareille extension de la notion d'infraction pénale est compatible avec le principe de la légalité des délits et des peines (art. 1er CP).

Ici encore, la preuve de la faute du chef d'entreprise et des personnes qui lui sont assimilées devra être apportée.

A propos de l'auteur de l'infraction, notons encore qu'en dérogation au code pénal suisse, l'enfant qui commet une infraction de droit pénal administratif n'est pas poursuivi (art. 3 du projet). Le message relève que le cas est rare et le législateur renonce à la poursuite pour des raisons d'opportunité⁸⁶.

S'agissant de la participation à l'infraction, l'art. 4 du projet, usant de la faculté que l'art. 104 al. 1 CP laisse au législateur, déclare l'instigation et la complicité punissables même en matière de contraventions, sauf pour les infractions aux prescriptions d'ordre. Quant à la favorisation, l'art. 19 du projet fait de l'entrave à l'action pénale une infraction distincte, passible, selon les cas, de la peine applicable à l'auteur de l'infraction principale ou d'une peine spécialement prévue; le cas d'exemption de peine facultative que l'on trouve à l'art. 305 al. 2 CP est repris. Pour ce qui a trait au recel de choses, on pourra envisager l'application de l'art. 144 CP ou des dispositions des lois spéciales, par exemple de l'art. 78 LD concernant le recel douanier, qui n'est pas modifié.

⁸⁵ Voir à ce sujet les indications données au chapitre I, section 1, sur le rôle que joue le droit pénal dans l'ordre juridique.

⁸⁶ FF 1971 I, p.1028. Rappelons que, dans la teneur actuelle de l'art. 82 CP, l'enfant a moins de quatorze ans révolus; la limite d'âge sera portée à quinze ans lorsque le nouvel art. 82 CP, modifié par la LF du 18 mars 1971, sera mis en vigueur (ROLF 1971, p.777 ss., 807).

L'art. 9 du projet introduit une disposition spéciale sur la conversion de l'amende en arrêts, qui déroge à l'art. 49 CP. Le juge peut en effet exclure la conversion ou ordonner le sursis à l'exécution de la peine d'arrêts si le condamné se trouve, sans sa faute, dans l'impossibilité de payer l'amende, à moins qu'il n'ait commis une infraction intentionnelle et fût en état de récidive spéciale. C'est un adoucissement apporté à la rigueur de l'art. 317 PPF, non abrogé par le code pénal, qui ne permet pas au condamné d'éviter la conversion de l'amende en arrêts par la preuve qu'il s'est trouvé sans sa faute dans l'impossibilité de payer⁸⁷.

La conversion en arrêts est exclue pour les amendes d'ordre. C'est une codification de la jurisprudence⁸⁸.

En dérogation à l'art. 22 al. 2 CP qui, en cas de repentir actif, confère au juge la faculté d'atténuer librement la peine, l'art. 12 du projet assure l'impunité à l'auteur d'une infraction de droit administratif qui a éludé une obligation légale ou reçu une prestation indue, s'il se dénonce spontanément, donne tous les renseignements utiles et paie ou restitue la prestation éludée ou reçue indûment. C'est le souci d'encaisser les impôts qui semble avoir dicté cette règle⁸⁹. L'exemption de peine n'est assurée qu'une fois. Qu'en est-il du fraudeur repentant qui ne s'était encore jamais dénoncé, mais qui a déjà encouru une condamnation pour infraction à la loi fiscale? Invoquant l'art. 1er CP et la lettre de l'art. 12 du projet, pourra-t-il exiger d'être exempté de toute peine? Cette faveur serait-elle compatible avec la sévérité de l'art. 9 du projet à l'égard du délinquant en état de récidive spéciale? La jurisprudence devra résoudre ces questions.

Si discutable soit-elle en comparaison de la règle générale sur le désistement, l'exemption de peine prévue à l'art. 12 apporte heureusement un tempérament à la sévérité de l'art. 5 al. 2 du projet à l'égard du chef d'entreprise et des personnes qui lui sont assimilées. Si elles constatent qu'une infraction a été commise par un employé ou un représentant, ces personnes pourront la dénoncer spontanément et échapper ainsi à la peine encourue par l'auteur; mais alors, celui-ci sera-t-il puni? L'art. 12 du projet envisage l'infraction commise par un auteur seul. Or le projet institue la responsabilité pénale d'autres personnes, en donnant une extension aux règles du

⁸⁷ ATF 75 IV 1949, p. 87, rés. JdT 98, 1950 IV, p. 31.

⁸⁸ Voir les arrêts cités en note 60.

⁸⁹ Voir le message, FF 1971 I, p. 1031.

droit commun sur la participation. Il sera difficile de concilier ces deux innovations.

Signalons simplement les art. 15 à 17 du projet, qui énoncent des règles dérogeant aux art. 58 et 59 CP au sujet de la confiscation, afin de permettre notamment la confiscation des profits illicites. Relevons que l'art. 14 du projet réserve les droits préférables des tiers sur les objets ou les valeurs confisquées. Si le tiers prouve qu'il est propriétaire ou qu'il a un droit personnel au transfert de la propriété, n'a pas commis de faute et n'est pas coupable de recel, les objets ou valeurs lui sont remis : il n'y a donc pas de confiscation (art. 14 al. 1). Si le tiers prouve qu'il a un autre droit que celui de propriété sur ces objets ou valeurs⁹⁰, il sera dédommagé sur le produit de la réalisation (art. 14 al. 2). On ne sait pas qui statue en cas de litige sur l'application de l'art. 14 al. 1. Est-ce l'administration puis, s'il y a opposition, le juge pénal ordinaire ? En revanche, si une contestation surgit à propos des prétentions fondées sur l'art. 14 al. 2, le projet précise à l'art. 14 al. 3 que le tiers peut attaquer la décision administrative devant le Tribunal fédéral par une action de droit administratif (art. 116 ss. OJ).

Une règle de compétence unique serait préférable. Ou bien la confiscation est une sanction pénale et il faut laisser au juge pénal le soin de trancher toutes les contestations avec des tiers à ce propos, quel que soit le droit invoqué par le tiers. Ou bien la confiscation est une mesure administrative⁹¹ et il faut charger le Tribunal fédéral, saisi d'une action de droit administratif, de statuer sur toutes les prétentions que des tiers pourraient formuler sur des objets ou des valeurs confisqués.

Les art. 16 à 18 du projet instituent des infractions spéciales, punies moins sévèrement qu'en droit commun, en matière d'escroquerie, de faux dans les titres et de suppression de titres au préjudice de la collectivité publique. Ces dispositions s'appliqueront notamment en matière d'infractions aux lois fiscales de la Confédération. Elles apporteront peut-être une solution, au moins partielle, aux questions que la jurisprudence s'efforce de

⁹⁰ Les auteurs du projet pensent probablement surtout à un droit de gage.

⁹¹ La disposition correspondante de l'art. 54 LF sur l'approvisionnement du pays en blé du 20 mars 1959, qui a inspiré les auteurs du projet (voir le message, FF 1971 I, p. 1031), est qualifiée de sanction administrative; l'art. 63 de ladite loi ouvre la voie de l'action de droit administratif devant le Tribunal fédéral pour faire trancher les différends que cette mesure pourrait provoquer.

trancher⁹², sans recueillir toujours l'adhésion des auteurs⁹³. La solution retenue dans le projet a été approuvée, notamment, par le professeur HANS SCHULTZ⁹⁴. Elle ne s'appliquera pas, pensons-nous, lorsque la loi administrative spéciale réserve les dispositions du code pénal⁹⁵.

L'art. 11 du projet consigne dans une règle écrite la sanction civile de l'infraction: obligation de fournir la prestation éludée ou de restituer la prestation reçue indûment. Le texte institue la responsabilité civile solidaire des personnes qui ont participé intentionnellement à l'infraction et déclare le délai de prescription de l'action pénale et celui de la prescription de la peine applicables à la prescription de l'action civile en paiement de la prestation éludée ou en restitution de la prestation reçue indûment. Inspirée probablement de l'art. 60 al. 2 CO, cette disposition sur la prescription risque de poser autant de questions que son modèle. Mais nous n'entendons pas analyser ici ces règles qui concernent la dette civile de droit public, non le droit pénal. Elles tendent à uniformiser les dispositions des lois administratives spéciales et, lorsque celles-ci sont muettes, à formuler un principe général que l'on pourrait comparer à la disposition de l'art. 20 CO. Lorsqu'un particulier réclame une prestation à un autre particulier en invoquant un contrat vicié par une infraction à la loi pénale, le juge déclare le contrat en question nul en vertu de l'art. 20 CO⁹⁶. Lorsque la Confédération suisse réclame à une banque, qui s'était portée caution pour un administré, le paiement d'une amende infligée à celui-ci, le juge répond que l'amende est une peine dont le paiement ne peut pas être garanti par un tiers

⁹² Voir, parmi les arrêts récents, ATF 92 IV 1966, p. 44, JdT 114, 1966 IV, p. 50, concernant l'impôt fédéral sur le chiffre d'affaires et ATF 91 IV 1965, p. 188, JdT 114, 1966 IV, p. 41, ainsi que la remarque de M. W. HEIM, Procureur général du canton de Vaud, loc. cit., p. 45, au sujet des impôts cantonaux. Concernant le concours idéal entre l'art. 251 CP et une infraction douanière (art. 85 al. 2 LD), voir ATF 96 IV 1970, p. 150. Le projet modifie l'art. 85 al. 2 LD.

⁹³ Nous ne pouvons pas aborder ici le problème de l'escroquerie en droit fiscal, ni citer tous les auteurs qui en ont traité. Voir A. ALBERTINI, *Der Steuerbetrug im System der Strafgesetze*, thèse de Zurich, parue dans les *Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, n° 373, Berne 1967, où l'on trouvera une bibliographie.

⁹⁴ H. SCHULTZ, *Les délits économiques et la prévention générale*, JdT 115, 1967 IV, p. 130ss., 144.

⁹⁵ Voir, à propos de faux dans les titres commis en vue d'obtenir une autorisation concernant l'exportation de matériel de guerre, ATF 96 IV 1970, p. 155.

⁹⁶ ATF 82 II 1956, p. 129, JdT 104, 1956 I, p. 378.

et qu'à cet égard, le contrat de cautionnement est nul; en droit privé, la nullité résulte de l'art. 20 CO; en droit public, la nullité résulte du fait qu'un contrat de droit administratif ne peut pas avoir un objet contraire à des règles de droit impératif⁹⁷. Lorsqu'une subvention a été versée indûment, la Confédération en réclame la restitution à celui qui l'a reçue par une action de droit administratif devant le Tribunal fédéral... qui la déboute si la promesse de subvention ne contenait pas de réserve expresse ou n'est pas caduque en vertu d'une disposition légale claire et non équivoque⁹⁸. On comprend le désir de l'administration de s'assurer le droit au paiement ou au remboursement de la prestation éludée ou obtenue indûment par un acte illicite qui constitue une infraction pénale. Mais les principes généraux dégagés par la jurisprudence ne suffisent-ils pas, en pareil cas, pour combler les lacunes éventuelles des lois administratives spéciales? Même si l'on voulait édicter une règle écrite de portée générale, a-t-elle bien sa place dans une loi pénale? Malgré l'explication donnée dans le message⁹⁹, nous nous permettons d'en douter.

⁹⁷ ATF 86 II 1960, p. 71, JdT 108, 1960 I, p. 586.

⁹⁸ ATF 93 I 1967, p. 666, rés. JdT 117, 1969 I, p. 213.

⁹⁹ FF 1971 I, p. 1031.

Chapitre IV

Un point de procédure

Le juge pénal qui doit assurer l'exécution d'une décision administrative en condamnant l'obligé récalcitrant à la peine dont il a été menacé ne saurait revoir le bien-fondé de cette décision administrative. Il se bornera à vérifier si la décision a été prise régulièrement par une autorité compétente¹⁰⁰. Si le juge pénal est parfois appelé à résoudre, à titre préjudiciel, des questions de droit administratif, c'est uniquement lorsqu'il vérifie si les éléments constitutifs d'une infraction sont réunis et que cet examen l'oblige à trancher un point de droit administratif qui n'a pas fait l'objet d'une décision de l'autorité compétente¹⁰¹. C'est pourquoi l'on admet, avec raison, que le contrôle des actes administratifs par le juge pénal ne donne pas à l'administré des garanties comparables à celle d'une bonne juridiction administrative¹⁰².

¹⁰⁰ Voir, à propos de l'art. 292 CP, ATF 90 IV 1964, p. 79, JdT 112, 1964 IV, p. 80; à propos de mesures ordonnées par un vétérinaire cantonal pour combattre les épizooties, ATF 92 IV 1966, p. 49, rés. JdT 114, 1966 IV, p. 95.

¹⁰¹ La jurisprudence récente en offre un exemple à propos de l'art. 290 CP, qui réprime le bris de scellés: ATF 92 IV 1966, p. 191, JdT 115, 1967 IV, p. 116.

¹⁰² M. IMBODEN, *Strafrechtliche Verwaltungskontrolle*, dans *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht*, Mélanges O.-A. Germann, RPS 75, 1959, p. 139 ss.; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale, du 24 septembre 1965, FF 1965 II, p. 1301 ss., 1322. Du reste, le contrôle du juge pénal ne porte que sur la légalité de l'acte administratif, tandis que la juridiction administrative peut contrôler aussi, dans une certaine mesure, l'opportunité de cet acte. Voir par exemple E. KIRCHHOFER, *Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht*, RDS 49, 1930, p. 1 ss.; E. EGGENSCHWILER, *Die Ermessenskontrolle im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht*, RDS 81 I 1962, p. 449 ss. et *Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, RJB 102, 1966, p. 180 ss.

L'autorité administrative est appelée parfois à se prononcer, non pas sur le bien-fondé d'un jugement pénal, mais sur des faits que le juge pénal a déjà appréciés. Certaines mesures ou peines accessoires prévues par le code pénal afin de compléter la répression d'un délit constituent en outre, par leur nature et par le but que leur assignent les textes légaux qui les instituent, des mesures de sécurité protégeant l'intérêt général, qui peuvent être ordonnées par l'autorité administrative même si le juge pénal ne les a pas prononcées¹⁰³. Il suffit de citer l'exemple de l'expulsion des étrangers. Si le juge pénal n'applique pas l'art. 55 CP, l'autorité administrative reste libre de prononcer l'expulsion¹⁰⁴.

Le Tribunal fédéral a été récemment saisi d'un recours de droit administratif contre une décision retirant le permis de conduire à un automobiliste que les autorités chargées de la poursuite pénale avaient mis au bénéfice d'un non-lieu, estimant que la preuve d'une faute de sa part n'avait pas été apportée¹⁰⁵. On sait que, tant en vertu de l'art. 13 LF du 15 mars 1932¹⁰⁶ qu'en vertu de l'art. 16 LCR, le retrait de permis n'est pas considéré comme une peine, mais comme une mesure administrative. Certains auteurs ont exprimé, lors des travaux de révision de la loi, le vœu que l'autorité administrative fût liée par la décision judiciaire sur les faits et sur la faute¹⁰⁷. Mais selon le droit en vigueur, il n'en est rien. Aussi le permis de conduire peut-il être retiré même à un automobiliste qui a bénéficié d'un non-lieu ou qui a été libéré par le juge pénal, si l'autorité administrative, qui ne s'écarte pas sans motifs impérieux de la décision du juge pénal sur les faits, estime qu'elle doit prendre cette mesure¹⁰⁸.

Le justiciable et administré aura parfois quelque peine à comprendre ces subtilités. Se trouvera-t-il un législateur cantonal qui donne suite à la

¹⁰³ L. PYTHON, *op. cit.*, JdT 93, 1945 IV, p. 150.

¹⁰⁴ H. P. MOSER, *Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz*, RDS 86 II 1967, p. 441 et les références citées.

¹⁰⁵ TF, Chambre de droit administratif, F. c. Département fédéral de justice et police, 4 décembre 1970, ATF 96 I 1970, p. 766.

¹⁰⁶ ATF 75 I 1949, p. 209, rés. JdT 98, 1950 I, p. 464 et IV, p. 159; ATF 78 IV 1952, p. 67, JdT 100, 1952 IV, p. 81.

¹⁰⁷ Voir par exemple A. BUSSY, *Les dispositions pénales du projet de juin 1954 d'une LF sur la circulation routière*, Rapport présenté le 7 novembre 1954 à la Société suisse de droit pénal à Schaffhouse, Lausanne 1954, p. 55.

¹⁰⁸ Arrêt cité en note 105.

suggestion du professeur FRANÇOIS CLERC et confiée à un seul et même magistrat la compétence de punir et de statuer des mesures administratives à raison d'une infraction commise en matière de circulation routière¹⁰⁹ ? Ou bien notre droit matériel évoluera-t-il dans le sens d'une répression des infractions en matière de circulation routière qui serait fondée sur l'amende et l'interdiction de conduire un véhicule automobile, plutôt que sur la menace de peines privatives de liberté généralement de brève durée, dont l'exécution pose des problèmes¹¹⁰ ?

Beaucoup d'autres questions touchant la procédure mériteraient d'être signalées. Le temps nous est trop mesuré pour le faire et nous ne pouvons que renvoyer le lecteur au projet de loi et au message qui l'accompagne.

¹⁰⁹ F. CLERC, *Circulation routière et procédure pénale*, RPS 86, 1970, p. 327 ss., 344. L'art. 22 LCR réserve cependant à l'autorité administrative la décision sur le retrait du permis de conduire. Les cantons ne sauraient donc confier cette tâche à un juge. En droit français, le retrait temporaire du permis de conduire, qu'il faut distinguer de l'annulation pure et simple du permis, peut être ordonné soit par le juge à titre de peine complémentaire, soit par le préfet à titre de mesure de sûreté. Voir A. LÉGAL, *Jurisprudence française, La suspension du permis de conduire*, RPS 84, 1968, p. 400 ss. et R. MERLE/A. VITU, *op. cit.*, n° 497, p. 505.

¹¹⁰ H. SCHULTZ, *Der schweizerische Standpunkt*, dans *Der Strafvollzug an Verkehrsdelinquenten*, Brochure ACS des Journées de Conférences, XV, Berne 1971, p. 57 ss., 64.

Conclusion

Coordonner les dispositions pénales des lois spéciales de la Confédération avec le code pénal suisse est une tâche de longue haleine. De nombreuses questions devraient être résolues, qui ne tiennent pas seulement aux rapports des lois spéciales avec la partie générale du code, mais aussi à la répartition des infractions entre la partie spéciale du code et les lois complémentaires¹¹¹. Le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, quelles que soient ses insuffisances, a le mérite d'apporter un peu de clarté et d'uniformité dans une partie au moins de la législation complémentaire. Ce mérite n'est pas mince. Quant aux innovations du projet, elles ne nous paraissent pas toutes heureuses. Mais ce sont surtout les expériences que l'on fera dans la pratique qui permettront de porter un jugement.

¹¹¹ Voir à ce sujet les extraits de la leçon inaugurale que le professeur P. NOLL a prononcée le 22 juin 1970 à l'Université de Zurich, *Der Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt, Strafrechtliche Aspekte*, Neue Zürcher Zeitung, vendredi 4 septembre 1970, Mittagausgabe, n° 411.

