

L'AMENDE FISCALE EN MATIÈRE TVA SOUS LA LOUPE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Olivier Michiels^a

^a *Conseiller à la cour d'appel de Liège, Maître de conférences à l'ULg*

1. L'amende fiscale infligée en application de l'article 70, § 1er du Code de la TVA a généré devant la Cour constitutionnelle un important contentieux préjudiciel¹. Dans l'arrêt annoté, la Cour étend ses enseignements aux amendes visées par l'article 70, § 2, du même Code.

À ce titre, cette décision pourrait n'être qu'un arrêt de plus se situant dans le droit il des précédents s'il ne se distinguait de ceux-ci par la faculté qu'il semble abandonner au juge fiscal.

Pour cerner au mieux l'arrêt commenté, nous analyserons successivement le contexte dans lequel s'inscrit la disposition litigieuse, la nature juridique de l'amende fiscale portée par l'article 70, § 2, du Code TVA et enfin le pouvoir d'appréciation du juge et les mesures d'individualisation dont ce dernier dispose.

Convenons, d'ores et déjà, que ces distinctions sont pour le moins artificielles dès lors que, comme nous le verrons, elles sont intimement liées.

I. Le contexte européen

2. Il n'est pas inutile de rappeler que la taxe sur la valeur ajoutée a été instaurée en exécution de directives européennes². Ce contexte international n'est pas sans conséquence.

En effet, si, *a priori*, la Cour constitutionnelle estime qu'il revient au législateur d'apprécier s'il est souhaitable, pour réprimer certaines infractions, de contraindre le juge à la sévérité³, elle ajoute que

¹ Voir les arrêts C.A., 24 février 1999, n° 22/99 ; C.A., 12 juin 2002, n° 96/2002 ; C.C., 15 mai 2008, n° 79/2008 ; C.C., 6 novembre 2008, n° 157/2008.

² C.C., 6 novembre 2008, n° 157/2008, point B.3.1.

³ La Cour constitutionnelle rappelle toutefois que le principe de la proportionnalité des peines n'est pas étranger à notre système juridique qui, en règle, permet au juge de choisir la peine entre un minimum et un maximum, de tenir compte de circonstances atténuantes et d'ordonner le sursis et la suspension du prononcé, le juge pouvant ainsi individualiser dans une certaine mesure la peine, en infligeant celle qu'il estime proportionnée à l'ensemble des éléments de la cause (C.C., 30 octobre 2008, n° 140/2008) ; C.A., 18 janvier 2006, n° 8/2006 ; C.A., 28 mars 2002, n° 60/2002 ; en matière de douanes et accises : C.A., 20 février 2002, n° 38/2002 ; sur les débits de boissons fermentées : C.A., 6 avril 2000, n° 41/2000 ; C.A., 29 mars 2000, n° 23/2000 ; en matière d'amendes administratives : C.A., 14 juillet 1997, n° 40/1997 ; C.A., 14 juillet 1997, n° 45/1997 ; C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006) ; sur la loi football : C.A., 28 novembre 2001, n° 153/2001.

le choix de la sévérité ne peut être manifestement déraisonnable⁴ et ne doit pas avoir pour effet de priver une catégorie de prévenus du droit à un procès équitable qui est garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵.

De même, selon la Cour, si le législateur estime devoir permettre à l'administration de moduler l'importance de la sanction qu'elle inflige, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit échapper au contrôle du juge⁶.

3. On observera que c'est tout spécialement lorsqu'il s'agit de prendre les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire que la Cour constitutionnelle s'autorise à apprécier si le choix de la sanction est proportionné.

En effet, la Cour rappelle que les États membres sont tenus d'exercer cette compétence dans le respect du droit communautaire et de ses principes généraux et, par conséquent, dans le respect du principe de proportionnalité qui est notamment mentionné à l'article 49, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice, le 7 décembre 2000, selon lequel « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction »⁷.

La Cour constitutionnelle ajoute que si cette Charte n'est pas, en elle-même, juridiquement contraignante, elle traduit le principe de l'État de droit sur lequel, en vertu de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, l'Union est fondée et elle constitue une illustration des droits fondamentaux que l'Union doit respecter, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire⁸. Par conséquent, dans la répression d'infractions à des dispositions de droit communautaire, l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction⁹.

⁴ Voir à ce propos les arrêts prononcés en matière de douanes et accises : C.A., 8 novembre 2006, n° 165/2006 ; C.A., 13 décembre 2006, n° 199/2006 ; C.A., 7 juin 2007, n° 81/2007, C.A., 11 janvier 2007, n° 8/2007 ; voir encore sur l'interdiction de commercialité C.A., 15 juillet 1998, n° 1998/87.

⁵ C.A., 24 novembre 2004, n° 190/2004 dans lequel la Cour rappelle que tous les prévenus sont jugés devant un juge indépendant et impartial qui statue sur la peine principale et la peine accessoire. Le juge pénal conserve nécessairement toute liberté d'apprécier les éléments constitutifs des infractions visées. À cet égard, il détermine librement le taux de la peine, à la condition de respecter les minimums et maximums légaux et de motiver sa décision (point B11).

⁶ C.C., 15 mai 2008, n° 79/2008 ; C.A., 24 septembre 2003, n° 125/2003, la Cour précise qu'une sanction ne peut être infligée que si une quelconque culpabilité incombe à l'auteur de l'infraction. Raisonner différemment irait à l'encontre du principe général selon lequel le juge doit toujours pouvoir vérifier si une quelconque culpabilité incombe à quelqu'un.

⁷ C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006 ; C.C., 30 octobre 2008, n° 140/2008.

⁸ Pour une petite chronique de l'intégration des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne, voir C. HARTMAN et D. GRISAY, obs. sous CEDH, *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, Arrêt Michaud : la Cour européenne des droits de l'homme comme bouée de sauvetage de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ?, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 734-738 et les références citées.

⁹ C.J.C.E., 3 mai 2007, *Advocaten voor de wereld*, C-303/05 ; C.J.C.E., 16 décembre 1992, *Commission c. République hellénique*, C-210/91. Observons encore avec la Cour constitutionnelle que selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, l'article 10 du Traité C.E. impose aux États membres,

4. La Cour constitutionnelle se montre, dès lors, vigilante à garantir au juge, par le biais du principe de proportionnalité, une réelle possibilité d'individualisation de la peine au regard de l'ensemble des éléments de la cause¹⁰. La Cour veille encore, par le recours cette fois au principe de l'égalité à apprécier si une différence de traitement au niveau de la peine à infliger, quand bien même elle reposerait sur un critère objectif, demeure dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé¹¹.

II. La nature juridique de l'amende portée par l'article 70, § 2, du Code TVA

5. Nous savons que pour déterminer si une sanction présente un caractère répressif prédominant, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère à ce qu'il est d'usage d'appeler les « critères Engel »¹². Ces critères font référence à la qualification juridique de l'infraction en droit interne, à la nature même de l'infraction et au degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs. Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale¹³.

La Cour constitutionnelle, en suivant la même démarche, rappelle que les amendes fiscales prévues à l'article 70, § 2, alinéa 1er, du Code de la TVA ont pour objet de prévenir et de sanctionner les

lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction pour sa violation ou renvoie sur ce point aux dispositions nationales, de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. À cet effet, les États membres doivent veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaire. À cet égard, ils sont certes libres dans leur choix des sanctions à infliger mais celles-ci doivent avoir un caractère effectif, proportionné et dissuasif (voir, entre autres, C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, 68/88, *Rec.*, 1989, p. 2965 ; C.J.C.E., 10 juillet 1990, *Hansen*, C-326/88, *Rec.*, 1990, I, p. 2911 ; C.J.C.E., 27 février 1997, *Ebony Maritime*, C-177/95, *Rec.*, 1997, I, p. 1111 cités par C.A., 10 mai 2006, n° 71/2006).

¹⁰ C.C., 30 octobre 2008, n° 140/2008.

¹¹ C.A., 21 mai 1997, n° 29/1997 relatif à la privation automatique de grade pour les militaires subalternes par rapport aux officiers supérieurs.

¹² CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976 ; en application de cette jurisprudence, une sanction administrative en droit peut recevoir la qualification de « pénale » au sens de la Convention, voir par exemple CEDH, *Oztürk c. Allemagne*, 21 février 1984 ; CEDH, *Sa Dubus c. France*, 11 juin 2009 ; voir aussi F. KRENC, « La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruges, la Charte, 2007, pp. 118-121 ; voir aussi A. DE NAUW, « De rechten van de mens, stuwende kracht van een nieuwe golf van penalisering in het sociaal en fiscaal strafrecht », *T.Strafr.*, 2001, pp. 218-221 ; A. ALLEN, « Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999 », *R.W.*, 1999-2000, pp. 630-631.

¹³ Voir notamment CEDH, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, 9 octobre 2003 ; CEDH, *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006 ; CEDH, *Tomasovic c. Croatie*, 18 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 576.

infractions commises par tous les redevables, sans distinction aucune, qui ne respectent pas les obligations imposées par ce Code. Elle en conclut que ces amendes ont un caractère répressif et sont de nature pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette qualification n'est pas anodine. Elle a, comme nous allons le voir, une conséquence immédiate sur la nature et les pouvoirs de l'organe appelé à connaître des recours introduits contre la décision administrative.

III. Le pouvoir d'appréciation du juge

6. Pour rappel, si le législateur estime que certains manquements à des obligations légales doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales *sensu stricto* ou pour des sanctions administratives. Le choix de l'une ou l'autre catégorie de sanctions ne peut être considéré comme établissant, en soi, une discrimination¹⁴.

En somme, c'est au législateur qu'il appartient de fixer les limites dans lesquelles et les montants à concurrence desquels le pouvoir d'appréciation de l'administration, et par conséquent celui du tribunal, doit s'exercer. La Cour constitutionnelle ne pourrait censurer un tel système que s'il était manifestement déraisonnable¹⁵, notamment parce qu'il porterait une atteinte disproportionnée au principe général qui exige qu'en matière de sanctions, rien de ce qui appartient au pouvoir

¹⁴ C.A., 14 juillet 1997, n° 40/1997 ; C.A., 14 juillet 1997, n° 45/1997 ; C.A., 28 novembre 2001, n° 153/2001 qui cite CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche* sur le pouvoir de pleine juridiction appartenant au juge à l'égard de l'amende administrative ; C.A., 28 mars 2002, n° 56/2002 ; C.A., 24 septembre 2003, n° 125/2003 ; C.A., 29 novembre 2006, n° 178/2006 ; C.C., 31 mai 2011, n° 100/2011, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 72 et note de H.D. BOSLY, « L'autorité chargée d'appliquer les amendes administratives prévues par la loi sur le football et l'aménagement des recours judiciaires » ; C.A., 15 septembre 2004, n° 148/2004 qui rappelle que lorsque, pour un même fait, une personne peut être condamnée, soit à une amende pénale, soit à une amende administrative qui ont l'une et l'autre un caractère répressif prédominant, elle puise dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – de même que dans un principe général du droit interne – le droit de ne pas être jugée au-delà d'un délai raisonnable. Dans l'un et l'autre cas, il appartient au juge saisi d'apprécier si ce délai a été dépassé et de déterminer la réparation la plus adéquate du préjudice subi (l'arrêt cite CEDH, *Deweert c. Belgique*, 27 février 1980 ; CEDH, *Corigliano c. Italie*, 10 décembre 1982 ; CEDH, *Metzger c. Allemagne*, 31 mai 2001) ; voir encore C.C., 30 mars 2011, *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p. 772 et la note de D. RENDERS, « Transposabilité des mesures d'individualisation de la sanction pénale à la sanction administrative à caractère pénal » : l'irrésistible ascension du parallélisme, qui écrit « l'enseignement semble signifier que la cour exige désormais un parallélisme pur et simple entre la sanction administrative à caractère pénal et la sanction pénale dans l'applicabilité des mesures d'individualisation de la peine, pour l'hypothèse où un même manquement peut donner lieu à l'infliction d'une sanction administrative à caractère pénal ou d'une sanction pénale » voir encore sur les sanctions fiscales : C.A., 12 juin 2002, n° 96/2002 ; C.C., 15 mai 2008, n° 79/2008 ; voir aussi M. MARLIERE et C. SCHOTTE, « Le contrôle judiciaire des amendes TVA », *R.G.C.F.*, 2008/6, p. 503 ; J.P. BOURS, « Droit pénal ou fiscal ? *Electa una via, recursus ad alteram non datur*. La loi du 20 septembre 2012 », *J.T.*, 2013, pp.166-168.

¹⁵ C.A., 26 juin 2008, n° 93/2008, point B.15.3.

d'appréciation de l'administration n'échappe au contrôle du juge¹⁶. Il en serait encore ainsi si le système critiqué contrevenait au droit au respect des biens qui se matérialiserait par le recours à une loi prévoyant un montant disproportionné qui n'offrirait pas un choix se situant entre cette peine, en tant que peine maximale, et une peine minimale¹⁷.

7. Dans cette optique, pour la Cour constitutionnelle, dès l'instant où une sanction est qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention, elle doit être soumise à un contrôle de pleine juridiction¹⁸. Un tel contrôle suppose qu'une instance juridictionnelle dispose du pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision querellée. Il s'en déduit que le juge compétent doit notamment pouvoir se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi¹⁹.

Ce droit de contrôle n'implique cependant pas que, sur la base d'une appréciation subjective de ce qu'il considère comme étant raisonnable, le juge puisse liquider ou réduire des amendes pour de simples motifs d'opportunité et à l'encontre des règles légales imposées à l'administration²⁰.

¹⁶ C.A., 14 septembre 2006, n° 138/2006, point B.7.2.

¹⁷ C.A., 7 juin 2007, n° 81/2007, point B.9.4.

¹⁸ C.A., 24 février 1999, n° 22/99 ; C.A., 12 juin 2002, n° 96/2002 sur l'opposition à contrainte ; comparer avec CEDH, *Schmautzer c. Autriche*, 23 octobre 1995 ; CEDH, *Argyrou et autres c. Grèce*, 15 janvier 2009 ; CEDH, *Savino et autres c. Italie*, 28 avril 2009 ; CEDH, *Segame S.A. c. France*, 7 juin 2012 ; voir aussi les conclusions de l'avocat général Dirk THijs précédant Cass., 13 février 2009, *Dr. pén. entr.*, 2009, pp. 348-349 et les nombreuses références citées.

¹⁹ Comparer avec CEDH, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, 4 mars 2004 ; CEDH, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, 27 septembre 2011 et l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque qui écrit : «_La notion de 'pleine juridiction' dans le domaine pénal a une portée élargie et illimitée puisqu'elle inclut non seulement le contrôle du quid des sanctions administratives (est-ce que les sanctions appliquées étaient prévues par la loi ?) et du quantum des sanctions administratives (est-ce que les sanctions appliquées étaient proportionnées à la gravité des faits reprochés ?), mais aussi de la réalité de l'infraction administrative (est-ce que les personnes ont, par action ou par omission, commis de façon illicite et avec culpabilité une infraction punie par la loi ?). La plénitude de juridiction suppose que le juge aille au-delà du simple contrôle des erreurs manifestes (ou 'illogiques', 'incohérentes', 'déraisonnables') d'évaluation et puisse écarter les erreurs d'évaluation qui ne sont pas manifestes (ou 'illogiques', 'incohérentes', 'déraisonnables'). Toute l'opération d'évaluation des preuves, d'établissement et de qualification des faits, d'interprétation de la loi applicable et de modulation des sanctions à la gravité de l'infraction peut être annulée et refaite par le juge, indépendamment de la nature fixe ou variable de la sanction prévue par la loi, le tribunal n'ayant aucun devoir de renvoyer l'affaire aux autorités administratives. En termes classiques, le recours de 'pleine juridiction' n'est pas une simple *reformatio* (réforme) de la décision administrative contestée, il est plutôt un *revisio* (réexamen) de l'affaire ».

²⁰ La Cour de cassation examine au demeurant dans quelle mesure l'administration elle-même était liée par rapport à la sanction (voir Cass., 21 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 170 ; Cass., 16 février 2007, *Pas.*, 2007, p. 365 ; Cass., 16 février 2007, *Pas.*, 2007, p. 369 ; Cass., 13 février 2009, *Dr. pén. entr.*, 2009, p. 345) ; voir aussi C.A., 12 juin 2002, n° 96/2002.

IV. Les mesures d'individualisation

A. LE SURSIS

8. Dans son arrêt du 6 novembre 2008 qui concernait l'amende portée par l'article 70, § 1er, du Code de la TVA, la Cour constitutionnelle avait retenu l'existence d'une différence de traitement entre les contribuables selon qu'ils sont attraités, tantôt devant le tribunal correctionnel, tantôt devant le tribunal de première instance, en raison de décisions prises soit par le ministère public, soit par l'administration fiscale.

En effet, la Cour observait que contrairement à la personne citée à comparaître devant le tribunal correctionnel, le justiciable qui exerçait, devant le tribunal de première instance, un recours contre la décision lui infligeant une amende fiscale ne pouvait bénéficier du sursis, lequel ne peut être ordonné que par une juridiction répressive.

9. Cette même différence de traitement fut dénoncée par la Cour de cassation à la Cour constitutionnelle à propos cette fois des amendes fiscales visées par l'article 70, § 2, du Code TVA.

En dépit d'une longue argumentation du Conseil des ministres sur les situations dans lesquelles cette amende peut être infligée, la Cour constitutionnelle conclut que l'article 70, § 2, alinéa 1er, du Code de la TVA n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au tribunal de première instance d'accorder le bénéfice du sursis en faveur du contribuable qui forme opposition à contrainte.

Quand bien même il n'était pas possible pour le juge, sans passer par la Cour constitutionnelle, d'étendre par analogie l'inconstitutionnalité de l'article 70, § 1er, alinéa 1er, du Code de la TVA à une autre disposition en matière d'amendes fiscales en TVA, il n'est guère surprenant, dès l'instant où la Haute Cour retient le caractère répressif prédominant de l'amende visée par l'article 70, § 2, qu'elle stigmatise, une nouvelle fois, la différence de traitement entre les justiciables.

10. Pour la Cour, cette discrimination trouve son origine dans une lacune extrinsèque. Il s'ensuit qu'il revient au législateur de déterminer les conditions auxquelles un sursis peut être ordonné et de fixer les conditions et la procédure de son retrait.

Une telle lacune avait déjà été mise en lumière par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 6 novembre 2008 sans toutefois émouvoir le législateur.

La question préjudicielle posée par la Cour de cassation fut dès lors l'occasion pour la Cour constitutionnelle de donner de nouvelles lignes directrices aux juridictions fiscales qui, faut-il le souligner, étaient fort démunies lorsqu'elles étaient confrontées à des demandes de sursis²¹.

²¹ À ce propos, on peut voir dans la position adoptée par le Conseil des ministres les nombreuses décisions, rendues notamment par les cours d'appel de Mons et de Liège, qui décident qu'il appartient au législateur de mettre en œuvre en matière de TVA un mécanisme de sursis à l'application des amendes et que le juge fiscal ne peut accorder de sursis en l'état actuel de la législation.

11. La Cour ne s'est pas privée de cette opportunité. En effet, elle précise que le constat d'inconstitutionnalité qui porte sur l'impossibilité pour le juge fiscal d'accorder le bénéfice du sursis au contrevenant n'a toutefois pas pour conséquence que cette disposition ne pourrait plus, dans l'attente d'une intervention législative, être appliquée par les juridictions lorsque celles-ci constatent que les infractions sont établies, que le montant de l'amende n'est pas disproportionné à la gravité de l'infraction et qu'il n'y aurait pas eu lieu d'accorder un sursis même si cette mesure avait été prévue par la loi.

Que faut-il en déduire ? De manière certaine, nous pouvons conclure que le juge fiscal ne peut écarter l'application des amendes portées par l'article 70, §§ 1er et 2, du Code TVA²² pour le seul motif que ce Code n'organise pas un régime de sursis.

Disposant par ailleurs d'un contrôle de pleine juridiction, la Cour rappelle que le juge fiscal est en droit d'apprécier les moyens portant sur la constatation et la réalité de l'infraction mais encore sur la proportionnalité entre l'infraction et la sanction²³ ainsi que sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes. Une double réserve s'impose toutefois au juge : sa décision ne peut se fonder exclusivement sur de simples motifs d'opportunité et elle ne peut aller à l'encontre des règles légales imposées à l'administration.

Il reste une dernière question et elle est d'importance. Que peut faire le juge fiscal s'il estime qu'une mesure de sursis s'impose ?

Nous pensons pouvoir déduire de la motivation de la Cour constitutionnelle que le constat d'inconstitutionnalité empêche, dans l'attente de l'intervention du législateur, d'appliquer l'amende fiscale dès l'instant où le juge estime qu'il y a lieu d'accorder un sursis au justiciable.

Si cette interprétation se vérifie, elle devrait inciter le législateur à réagir rapidement, comme il l'a fait au demeurant pour les amendes administratives en matière sociale²⁴, au risque, d'une part, de cautionner l'existence d'une insécurité juridique à défaut de règles strictes encadrant la mesure de sursis total ou partiel et, d'autre part, de promouvoir la voie répressive pour éviter des situations d'impunité.

²² Cet enseignement vaut indistinctement selon nous pour les deux paragraphes en raison de la nature pénale de la sanction.

²³ Il ne lui appartient dès lors pas d'augmenter la sanction ; comparer avec F. LAGASSE et V. MARCHAND, « Amendes administratives, suspension, sursis et Cour d'arbitrage. Considérations sur l'arrêt rendu le 16 juin 2004 par la Cour d'arbitrage », *J.T.T.*, 2004, p. 499 qui citent notamment Cass., 12 décembre 1977, *J.T.T.*, 1978, p. 85.

²⁴ Voir F. LAGASSE et V. MARCHAND, « Amendes administratives, suspension, sursis et Cour d'arbitrage. Considérations sur l'arrêt rendu le 16 juin 2004 par la Cour d'arbitrage », *J.T.T.*, 2004, pp. 497-502 ; sur le Code de droit pénal social qui prévoit le sursis pour les amendes administratives voir C. E. CLESSE, « Le Code pénal social - Premiers commentaires des principales nouveautés », *J.T.T.*, 2010, p. 379 ; voir notamment C.A., 16 juin 2004, n° 105/2004 ; C.C., 16 décembre 2010, n° 148/2010.

B. LA SUSPENSION DU PRONONCÉ

12. De manière assez classique²⁵, la Cour constitutionnelle affirme que la mesure de suspension du prononcé de la condamnation n'est pas conciliable avec une procédure qui ne se déroule pas devant une juridiction pénale. En effet, la décision que rend le tribunal de première instance ne consiste pas à prononcer une condamnation à une amende, mais à contrôler la décision administrative qui l'inflige.

Conclusion

13. Lorsque la Cour constitutionnelle constate une lacune législative, dans le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, il ne lui revient pas de la combler. En effet, la Cour observe que « c'est au juge *a quo* qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution »²⁶. Cette lacune qualifiée de « lacune intrinsèque » – c'est-à-dire « contenue dans la norme contrôlée elle-même, en ce que cette norme – et cette norme-là, et donc non une quelconque autre norme législative – ne s'applique pas à des sujets de droit comparables aux destinataires de la norme, en ce qui concerne l'objet et le contenu de la norme »²⁷ – peut, dès lors, être comblée par le juge si elle est « autoréparatrice »²⁸.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 octobre 2008, rendu en audience plénière, a retenu que « lorsque la Cour constitutionnelle constate qu'en raison d'une lacune, une disposition légale en matière de procédure pénale viole les articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au juge pénal, pour autant que possible, de combler cette lacune. Cette possibilité dépend de la nature de l'omission. Si le comblement de la lacune requiert un régime procédural totalement différent, le juge ne peut se substituer au législateur. Mais s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en se bornant à compléter la disposition légale, de sorte qu'elle ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, le juge a le pouvoir et le devoir de le faire »²⁹. La Cour a encore affiné sa

²⁵ Voir notamment les arrêts C.A., 14 juillet 1997, n° 40/97 ; C.A., 14 juillet 1997, n° 45/97 ; C.A., 16 juin 2004, n° 105/2004.

²⁶ C.C., 31 juillet 2008, n° 111/2008 ; C.C., 4 mars 2009, n° 37/2009 qui cite CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c Belgique*, § 25 et Cass., 14 octobre 2008, P. 08.1329.N ; C.C., 5 mai 2009, n°74/2009.

²⁷ M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, p. 670.

²⁸ M. TRAEST, « Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van Cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof », *R.W.*, 2008-2009, pp. 306-315 ; pour la lacune « intrinsèque », la Cour constitutionnelle a introduit une sous-catégorie : dans le cas où la lacune peut être comblée sans que le législateur ne doive intervenir, une telle lacune est qualifiée « d'autoréparatrice » (voir Cour constitutionnelle, rapport 2009, Ed. Vanden Broele, 2010, pp.71-72 ; Cour constitutionnelle, rapport 2010, Ed. Vanden Broele, 2011, p. 69).

²⁹ Cass., 14 octobre 2008, *J.T.*, 2008, p. 755 et observations de B. DEJEMEPPE ; cet arrêt fait suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 31 juillet 2008 (n° 111/2008) qui retient que l'article 416, alinéa 2, du Code

jurisprudence en indiquant que « le juge ne peut pallier cette lacune que si celle-ci le permet. Ainsi, il peut et doit pallier la lacune s'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en suppléant simplement à l'insuffisance de la disposition légale litigieuse dans le cadre des dispositions légales existantes, de manière à la rendre conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. En revanche, il ne peut se substituer au législateur si la lacune est telle qu'elle exige nécessairement l'instauration d'une nouvelle règle qui doit faire l'objet d'une réévaluation des intérêts sociaux par le législateur ou qui requiert une modification d'une ou de plusieurs dispositions légales »³⁰. Pareille lacune est alors qualifiée de « simple » ou d'« extrinsèque » ; dans cette hypothèse la lacune ne provient pas « du contenu de la norme contrôlée mais de l'absence d'une norme comparable »³¹ susceptible d'être appliquée à des sujets de droit se trouvant dans une même situation, par rapport à d'autres, et qui en raison de cette lacune, sont discriminés. En somme, à la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge doit combler une lacune intrinsèque. En revanche, il devra s'abstenir de combler une lacune extrinsèque³².

14. On le voit dès lors que la Cour constitutionnelle conclut à l'existence d'une lacune extrinsèque, le juge est entièrement dépendant de l'intervention du législateur.

L'arrêt annoté en est une nouvelle illustration. Il ne surprendrait pas s'il n'autorisait, selon nous, le juge fiscal à écarter l'application de l'amende visée par les articles 70, §§ 1er et 2, du Code TVA dès l'instant où ce dernier estime devoir accorder une mesure de sursis, totale ou partielle, au justiciable.

Faut-il y voir un nouveau moyen pour inciter le législateur à réagir lorsqu'une lacune extrinsèque est constatée ? L'avenir nous l'apprendra et dépendra, *in casu*, de l'accueil que les juges du fond réserveront à l'arrêt commenté.

Olivier MICHIELS,

Conseiller à la cour d'appel de Liège,

Maître de conférences à l'ULg

d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas un recours immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui contrôle, sur la base du dossier confidentiel, la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration en application des articles 189^{ter} ou 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ; comparer avec la position prise par la Cour de cassation le 12 août 2008 (*Nullum crimen*, 2008, p. 362 et note de M. DE SWAEF), arrêt dans lequel elle estimait ne pouvoir combler la lacune.

³⁰ Cass., 3 novembre 2008, 07.0013.N ; Cass., 12 décembre 2008, C.07.0642.N.

³¹ M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, p. 670 ; Cour constitutionnelle, rapport 2010, Ed. Vanden Broele, 2011, p. 69.

³² Voir par exemple Cass., 2 septembre 2009, *J.T.*, 2009, p. 709 et conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH qui rappelle, en matière d'annulation, qu'il n'appartient aux juridictions répressives de combler la lacune ayant justifié sa censure que si la loi et l'interprétation qui la rend valide peuvent être appliquées sans violation d'une autre disposition constitutionnelle, conventionnelle ou légale. Il faut en outre que le juge ne se trouve pas confronté, en cherchant à combler cette lacune, à des choix qu'il appartiendrait au seul législateur d'opérer. *In casu*, la Cour rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt qui décide de ne pas combler une lacune.