

que, s'agissant de la transmission par la FSA britannique de la convocation à l'une des personnes mises en cause, « les exigences du procès équitable tenant au respect du contradictoire et des droits de la défense (avaient) été respectés ». En revanche, elle a relevé qu'au vu des pièces versées aux débats, « rien, en l'espèce, ne permet(tait) de s'assurer que les auditions auxquelles il a été procédé au Kenya ont été conduites dans le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution ». S'il n'est pas certain que les droits de la défense ont été respectés, les pièces ainsi obtenues sont écartées des débats. D'autre part, cela n'invalide pas nécessairement l'ensemble de la procédure, et si les autres éléments du dossier permettent d'établir le manquement, une sanction pourra être prononcée⁴⁷. Ainsi, dans l'affaire *Ubisoft*, la Commission des sanctions a écarté des débats les procès-verbaux des auditions réalisées au Québec, mais a considéré que si les lettres circonstanciées ainsi que le rapport d'enquête reproduisaient une partie des déclarations faites devant les enquêteurs au Québec, ces extraits pouvaient en être annulés sans difficulté

47. Cette solution est conforme à celle qui est retenue en matière pénale par la Cour de cassation, la chambre criminelle jugeant qu'en cas d'annulation d'éléments d'enquête, tels des procès-verbaux d'auditions, les juges doivent se prononcer au vu des autres éléments de l'enquête (v. *Crim.* 10 sept. 2014, n° 13-82-507, *Bull. crim.* 2014, n° 185).

dans les lettres circonstanciées et le rapport d'enquête versés aux débats. Le reste de la procédure n'était donc pas affecté, dès lors que ni les notifications de griefs ni le rapporteur dans son rapport ne se fondaient sur les auditions litigieuses pour apprécier la caractérisation des manquements. Dans le même esprit, la Cour de cassation a relevé, dans son arrêt du 14 novembre 2018, que la cour d'appel s'était fondée sur des éléments du dossier autres que les auditions pour retenir l'existence d'indices graves, précis et concordants et caractériser l'existence d'un circuit plausible de transmission de l'information privilégiée, de sorte que « le moyen est inopérant en ce qu'il invoque l'irrégularité [des auditions] ».

Comme cela a été suggéré⁴⁸, l'appréciation de la régularité de la phase d'enquête selon le standard de loyauté et l'exigence qu'il ne soit pas porté atteinte irrémédiable aux droits de la défense semble de nature à permettre de concilier le respect des droits de la défense et l'efficacité de la coopération internationale entre les autorités de régulation. ■

48. Cf. L. d'Avout, « L'entraide internationale au soutien de la preuve du manquement d'initié », préc.

Le principe *non bis in idem* dans un contexte international

Les infractions financières sont susceptibles de s'étendre aux territoires de plusieurs États et dès lors de donner lieu à des poursuites pénales et/ou administratives dans chacun de ces États. Ceci est d'autant plus vrai lorsque ces infractions trouvent leur source dans des règlements européens tels que le Règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché.

Le cumul des poursuites connaît une limite essentielle : le principe *non bis in idem*. Ce principe, qui exclut qu'une même personne puisse être poursuivie deux fois pour les mêmes faits, trouve à s'appliquer également dans un contexte international.

Toutefois, au regard des jurisprudences récentes des cours européennes, il apparaît à présent difficile de prévoir la manière dont ce principe essentiel s'appliquera à l'avenir à des affaires impliquant des poursuites dans plusieurs États membres. En effet, tant la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour E.D.H.) que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) ont défini des conditions dans lesquelles des systèmes de doubles poursuites seraient admissibles au niveau national, sans donner d'indications quant à la

manière dont ces critères pourraient être transposés à des cas de poursuites dans plusieurs États.

Après avoir rappelé les fondements (I.) et le champ d'application du principe *non bis in idem* (II.), la présente contribution analyse les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour E.D.H., et de la CJUE (III.). Enfin, notre contribution conclut qu'au regard de ces dernières évolutions jurisprudentielles, l'application du principe *non bis in idem* dans un contexte international devient particulièrement incertaine (IV.).

I. LE PRINCIPE ET SES FONDEMENTS

Le principe *non bis in idem* consacre le fait qu'une personne qui a été définitivement condamnée ou acquittée ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie une nouvelle fois. Il s'agit d'« un droit de l'homme fondamental qu'il convient de protéger contre l'exercice par l'État du *ius puniendi* »¹.

1. Avis de l'Avocat Général Eleanore Sharpston du 15 juin 2006 dans l'affaire C-467,



FRANÇOISE LEFÈVRE
Associée,
Linklaters LLP



CLÉMENCE VAN MUYLDER
Collaboratrice,
Linklaters LLP



Le fondement historique premier du principe *non bis in idem* est de préserver l'individu contre l'arbitraire qui consisterait à juger un même individu plusieurs fois pour le même fait sous des qualifications différentes.

Outre cet aspect fondamental de défense des libertés individuelles, le principe *non bis in idem* a, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, reçu également une autre finalité, celle d'assurer la liberté de circulation au sein de l'Union européenne.

Au niveau de l'Union européenne, le principe est inscrit à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne² (ci-après, « la Charte »), ainsi qu'à l'article 54 de la Convention d'Application des accords de Schengen³ (CAAS). La CJUE ayant compétence pour interpréter ces dispositions, c'est elle qui définit la portée exacte du principe au niveau de l'Union. Au niveau du Conseil de l'Europe, le principe est prévu par l'article 4, § 1, du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après, « CEDH »), qui est interprété par la Cour E.D.H.

Outre une différence de formulation entre ces différentes dispositions, une différence notable existe entre la protection offerte par les dispositions prévues par le droit de l'Union et l'article 4, § 1, du protocole n° 7 à la CEDH en termes de champ d'application dans l'espace. En effet, seules les dispositions de droit de l'Union européenne prévoient que le principe s'applique aussi bien dans un contexte national que transnational. Toutefois, en dehors de cette différence, le principe *non bis in idem* repose sur les mêmes principes au niveau de l'Union et de la CEDH.

Ainsi, dans les deux systèmes, l'application du principe *non bis in idem* requiert quatre éléments pour trouver à s'appliquer : (i) deux procédures de nature pénale (le « bis »), (ii) concernant les mêmes faits (le « *idem* »), (iii) contre la même personne, et (iv) une décision définitive. En conséquence, et comme il le sera démontré dans la présente contribution, le principe *non bis in idem* constitue un terrain idéal pour un dialogue entre les juges de Strasbourg et de Luxembourg.

II. LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE *NON BIS IN IDEM*

1. Le principe *non bis in idem* s'applique entre les juridictions de plusieurs États membres de l'Union européenne

Au niveau de l'Union européenne, le principe *non bis in idem* s'applique entre les juridictions de plusieurs États membres.

Il est en effet constant que dans l'espace Schengen, la règle « *non bis in idem* » a pour objectif d'éviter qu'une

personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs États membres⁴.

Pour la CJUE, « ce droit à la libre circulation n'est utilement garanti que si l'auteur d'un acte sait que, une fois condamné et sa peine purgée, ou, le cas échéant, après avoir été définitivement acquitté dans un État membre, il peut se déplacer à l'intérieur de l'espace Schengen sans avoir à craindre des poursuites dans un autre État membre, au motif que cet acte constitue une infraction distincte dans l'ordre juridique de ce dernier État membre »⁵.

Dans le même sens, les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux publiées au Journal Officiel de l'Union européenne précisent, en ce qui concerne l'article 50 de la Charte, que la règle *non bis in idem* trouve à s'appliquer non seulement entre les différentes juridictions d'un même État, mais aussi entre les juridictions de plusieurs États membres, ce qui correspond à l'acquis du droit de l'Union⁶.

Il est donc acquis que la règle *non bis in idem* ne s'applique pas seulement à l'intérieur de la juridiction d'un même État membre, mais aussi entre les juridictions de plusieurs États membres.

2. Le principe *non bis in idem* s'applique entre des poursuites pénales et des poursuites administratives à caractère pénal

Il est par ailleurs admis que le principe *non bis in idem* s'applique aux sanctions administratives à caractère pénal, telles que les amendes administratives imposées par les autorités de surveillance des marchés financiers⁷.

Les cours européennes ont de longue date dégagé des critères permettant d'identifier les poursuites et sanctions administratives « à caractère pénal », qui doivent (potentiellement) exclure des poursuites pénales subséquentes. Au terme de décisions croisées, il est clair que les deux cours adoptent une jurisprudence harmonieuse sur ce point.

C'est la Cour E.D.H. qui a, la première, déterminé les critères qui permettent d'identifier, parmi les infractions administratives, celles qui présentent un caractère pénal. La Cour de Justice lui a ensuite emboîté le pas, en calquant sa jurisprudence en la matière sur celle de la Cour E.D.H. et en s'y référant de manière claire.

La Cour E.D.H. interprète la notion de « procédure pénale » visée à l'article 4, § 1^{er}, du protocole n° 7 à la CEDH à la lumière des principes généraux qu'elle a développés concernant les notions correspondantes d'« accusation en matière pénale » et de « peine » visées aux articles 6 et 7 de la CEDH⁸.

Gasparini, § 73.

2. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO, 18 décembre 2000, n° C 364.
3. Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO, 22 septembre 2000, n° L 239.

4. CJUE, *Gözütok et Brügger*, 11 février 2003, C-187/01 et C-385/01, § 38 ; *Van Esbroeck*, 9 mars 2006, C-436/04, *Gasparini E.A.*, 28 septembre 2006, C-467/04, § 27 ; *Van Straaten*, 28 septembre 2006, C-150/05, § 57.

5. CJUE, *Van Esbroeck*, 9 mars 2006, C-436/04, § 34.

6. Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, Journal Officiel, 14 décembre 2007, C 303/31.

7. F. Tulkens et P. de Pauw, « Les pouvoirs d'investigation et de sanction en matière financière », in *The increasing impact of human rights law on the financial world*, Limal, Anthemis, 2016, p. 170 ; M. Berlingin et P. de Pauw, « L'utilisation abusive d'informations privilégiées », in *Séminaire Vanham & Vanham*, « L'information financière : une analyse des nouvelles réglementations », p. 61, point 84.

8. CEDH, *Maresti c/ Croatie*, 25 juin 2009, § 56 et jurisprudence citée.

Dans le cadre de l'article 6 CEDH, la Cour E.D.H. s'appuie sur trois critères, dits « critères Engel », ainsi nommés par référence à l'arrêt dans lequel celle-ci les a énoncés pour la première fois⁹.

Le premier critère Engel porte sur la qualification de l'infraction en droit interne. La Cour E.D.H. ne considère pas ce critère comme décisif, mais seulement comme un point de départ¹⁰, de sorte que la qualification de poursuites comme « poursuites administratives » en droit interne n'exclut en rien qu'elles constituent des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH.

La Cour E.D.H. a ainsi jugé dans l'affaire *Grande Stevens* que « les manipulations du marché reprochées aux requérants ne constituent pas une infraction pénale en droit italien. Ces comportements y sont en effet sanctionnés par une sanction qualifiée d'administrative par [le droit italien]. Cela n'est toutefois pas décisif aux fins de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention dans son volet pénal, les indications que fournit le droit interne n'ayant qu'une valeur relative »¹¹.

Le deuxième critère Engel porte sur la nature même de l'infraction. À cet égard, la CEDH examine tout d'abord à qui s'adresse une règle sanctionnant une infraction déterminée. Si une règle s'adresse à la généralité des citoyens et non pas – comme par exemple en droit disciplinaire – à un groupe déterminé ayant un statut particulier, cela tend à démontrer le caractère pénal de la sanction¹².

Dans ce cadre, la Cour E.D.H. examine l'objectif de la sanction encourue en vertu de la disposition pénale. Le caractère pénal est rejeté lorsque la sanction tend seulement à la réparation d'un préjudice pécuniaire. Ainsi par exemple, des pénalités infligées au contribuable défaillant, au titre d'intérêts de retard, ne relèvent pas de la matière pénale. En effet, « la Cour estime que les intérêts de retard ne visent pas pour l'essentiel à punir les contribuables pour empêcher la répétition des agissements incriminés, mais tendent principalement à la réparation pécuniaire d'un préjudice, à savoir un préjudice financier lié à l'écoulement du temps et au retard dans le paiement de l'impôt ».

En revanche, si la sanction vise la répression et la prévention, c'est-à-dire qu'elle a pour but de dissuader de la récidive, il s'agit d'une sanction de nature pénale¹³.

Dans sa jurisprudence constante, la Cour E.D.H. décide que la nature pénale d'une infraction doit également être appréhendée au regard des valeurs et des intérêts qu'elle protège. Lorsque ceux-ci ressortissent normalement à la sphère de protection du droit pénal, la sanction envisagée devra être considérée comme une sanction à caractère pénal.

La Cour E.D.H. a notamment eu égard à ce dernier critère dans son arrêt *Grande Stevens* du 4 mars 2014, qui

concernait une affaire de manipulation de cours dans laquelle l'autorité de surveillance des marchés italienne, la CONSOB, avait infligé des amendes et des interdictions professionnelles. La Cour E.D.H. a considéré que les sanctions en cause relevaient de la matière pénale en s'attachant notamment aux faits (i) que « la violation [...] reprochée aux requérants visai[t] à garantir l'intégrité des marchés financiers et à maintenir la confiance du public dans la sécurité des transactions »¹⁴ et (ii) que « la CONSOB, autorité administrative indépendante, a comme but d'assurer la protection des investisseurs et l'efficacité, la transparence et le développement des marchés boursiers normalement protégés par le droit pénal »¹⁵.

C'est donc en ayant égard aux missions des autorités administratives compétentes en droit économique et financier et disposant de pouvoirs de sanction, que la Cour E.D.H. a jugé que l'article 6 CEDH, dans son volet pénal, s'appliquait aux décisions des autorités administratives suivantes : la Cour de discipline budgétaire et financière de France¹⁶; le Conseil des marchés financiers de France¹⁷; le Conseil de la concurrence de France¹⁸; la commission des sanctions de l'autorité des marchés financiers (AMF) de France¹⁹; la Commission bancaire de France²⁰; l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (autorité italienne de régulation de la concurrence et du marché)²¹.

Les éléments qui définissent le second critère Engel, c'est-à-dire, la généralité de la norme, son objectif de répression et de prévention, et la nature des intérêts protégés, doivent être appréciés dans leur ensemble.

Le troisième critère Engel s'attache quant à lui au degré de sévérité de la sanction encourue par l'intéressé²². À cet égard, la Cour E.D.H. rappelle constamment que « la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée, et non à la gravité de la sanction effectivement infligée »²³.

S'il est évident qu'en présence de peines privatives de liberté, le caractère pénal de la sanction est avéré, des peines d'amendes emportant des conséquences patrimoniales importantes, des interdictions professionnelles, et des confiscations du produit de la conduite illicite infligées par une autorité administrative sont tout autant susceptibles de constituer des sanctions à caractère pénal²⁴.

S'agissant de la détermination du caractère pénal des poursuites, la CJUE s'est totalement alignée sur la

9. CEDH, *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976.

10. *Ibidem*, § 82.

11. CEDH, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, 4 mars 2014, n° 18640/18, § 95, nous soulignons.

12. CEDH, *Öztürk c/ Allemagne*, 21 février 1984, § 53; CEDH, *Lauko c/ Slovaquie*, 2 septembre 1998, § 58.

13. CEDH, *Hüseyin Turan c/ Turquie*, 4 mars 2008, § 19, nous soulignons.

14. CEDH, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, 4 mars 2014, § 96.

15. *Ibidem*; dans le même sens, voy. CEDH, *Jussila*, 23 novembre 2006, § 38; CEDH, *Menarini Diagnostics S.r.l.*, 27 septembre 2011, § 40.

16. CEDH, *Guisset c/ France*, 26 septembre 2000, § 59.

17. CEDH, *Didier c. France*, 27 août 2002.

18. CEDH, *Lilly France c. France*, 3 décembre 2002.

19. CEDH, *Messier c. France*, 19 mai 2009, § 35.

20. CEDH, *Dubus S.A. c/ France*, 11 septembre 2009, § 38.

21. CEDH, *Menarini Diagnostics S.r.l. c/ Italie*, 27 septembre 2011, § 38-44.

22. CEDH, *Zolotoukhine c/ Russie*, 10 février 2009, n° 14939/03, § 56.

23. CEDH, *Grande Stevens*, 4 mars 2014, § 98, nous soulignons; CEDH, *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 82; CEDH, *Dubus S.A. c/ France*, 11 septembre 2009, § 37.

24. CEDH, *Grande Stevens*, 4 mars 2014, § 98-99.



jurisprudence de la Cour E.D.H. Elle applique donc les critères « Engel » tels que développés par la Cour E.D.H. et examine systématiquement (i) la qualification juridique de l'infraction en droit interne, (ii) la nature même de l'infraction et (iii) la gravité de la sanction encourue²⁵.

Ainsi, si des poursuites administratives présentent un caractère pénal au regard des critères Engel, le principe *non bis in idem* s'y applique et exclut, en principe, qu'elles interviennent alors que des poursuites pénales engagées pour les mêmes faits ont déjà connu une issue définitive. Il faut en outre relever que, de la même façon qu'il est en principe exclu de cumuler des procédures pénale et administrative à caractère pénal, il est également exclu de cumuler deux procédures administratives à caractère pénal.

Au niveau de l'Union européenne, ces exclusions s'appliquent de surcroît au niveau transnational. Ainsi, il est en principe exclu qu'après qu'une procédure pénale a connu une issue définitive dans un État membre A, une procédure administrative à caractère pénal soit engagée pour les mêmes faits et concernant la même personne dans un État membre B.

III. LE CUMUL ENTRE LES POURSUITES PÉNALES ET ADMINISTRATIVES À CARACTÈRE PÉNAL : LES ÉVOLUTIONS RÉCENTES

Jusqu'en 2016, les Cours européennes imposaient une application relativement « automatique » du principe *non bis in idem* et assuraient de la sorte un niveau de protection élevé contre le dédoublement des procédures à caractère pénal. Cette approche protectrice était liée à l'interprétation du « *idem* », que tant la CJUE que la Cour E.D.H. définissaient comme « un ensemble de faits indissociablement liés entre eux, indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé »²⁶.

Le vent semble toutefois avoir tourné depuis 2016. Les deux Cours européennes semblent en effet vouloir limiter l'application du principe *non bis in idem*. Un premier signal fut donné en lien avec la condition d'existence d'une décision définitive. Ainsi, dans son arrêt *Kossowski*, la CJUE a décidé qu'un suspect peut à nouveau être poursuivi dans un État Schengen lorsque les poursuites antérieures dans un autre État Schengen ont été clôturées sans instruction approfondie²⁷. La Cour a en effet considéré qu'à défaut d'enquête approfondie, il n'existait pas de « décision définitive » empêchant la conduite de nouvelles poursuites dans un autre État.

Très récemment, la Cour E.D.H. s'est alignée sur cette jurisprudence²⁸.

L'illustration la plus flagrante du resserrement des conditions d'application du principe *non bis in idem* se trouve toutefois dans la jurisprudence récente relative au « *bis* ». À cet égard, une nouvelle ligne de jurisprudence a débuté avec l'arrêt rendu en 2016 par la Cour E.D.H. dans l'affaire *A et B c/ Norvège* et a été confirmée par les arrêts *Menci*, *Garlsson et Di Puma et Zecca* de la CJUE en 2018. Alors que jusqu'ici, les deux Cours excluait de manière quasi-automatique le cumul de procédures pénale et administrative à caractère pénal, ces arrêts ont affaibli le niveau de protection en admettant un cumul dans certaines conditions. Cet affaiblissement de la protection contre un dédoublement des procédures et des sanctions est d'autant plus critiquable que les conditions définies par les deux Cours sont peu claires. Il faut en outre relever qu'alors que les articles 50 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne et 54 de la Convention d'Application des Accords de Schengen prévoient une application transnationale du principe *non bis in idem*, la jurisprudence récente de la Cour de Justice autorise le cumul des poursuites dans des conditions difficilement transposables au contexte international.

Ce revirement semble trouver son origine dans l'application de ce principe à des cumuls de poursuites en matière fiscale, les États se voyant ainsi privés d'une partie de leurs ressources.

1. L'affaiblissement de la protection du *non bis in idem* dans la jurisprudence récente de la Cour E.D.H.

En 2016, la Cour E.D.H. a amorcé un revirement de sa jurisprudence en réduisant considérablement la portée du principe *non bis in idem*. Sous une importante pression des États défendant leurs systèmes de cumul, dans *A et B c/ Norvège*, la Grande Chambre a redéfini la notion du « *bis* » et a admis que, dans certaines conditions, un cumul de sanctions pénale et administrative à caractère pénal ne constituerait pas un dédoublement des procédures interdit par l'article 4 du Protocole n° 7 de la CEDH²⁹.

Au contraire, la Cour E.D.H. a jugé que « les États devraient pouvoir légitimement opter pour des réponses juridiques complémentaires face à certains comportements socialement inacceptables (par exemple le non-respect du code de la route, le non-paiement des impôts ou l'évasion fiscale) au moyen de différentes procédures formant un tout cohérent de manière à traiter sous ses différents aspects le problème social en question [...] »³⁰.

Ainsi, pour autant que les procédures pénale et administrative forment « un tout cohérent » capable de traiter les différents aspects du problème social en question, elles devraient être considérées comme une seule et même procédure, ce qui exclut toute violation

25. CJUE, *Hüls c/ Commission*, C-199/92, 8 juillet 1999, § 150 ; CJUE, *Bonda*, C-489/10, 5 juin 2012, § 36-45 ; CJUE, *Spector Photo Group c/ CBFA*, C-45/08, 23 décembre 2009, § 42 ; CJUE, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, 26 février 2013, § 35

26. CJUE 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, § 42 et CJUE 28 septembre 2006, *Van Straeten*, C-150/05, § 53 ; ECHR 10 février 2009, *Zolotukhin c/ Russie*, § 84.

27. CJUE 26 juin 2016, *Kossowski*, C-486/14, § 48.

28. CEDH, *Mihalache*, 8 juillet 2019.

29. CEDH, *A. et B. c/ Norvège*, 15 novembre 2016, § 139.

30. *Ibidem*, § 121.

du principe *non bis in idem*³¹. Afin que les procédures cumulées puissent être considérées comme « un tout cohérent », la Cour E.D.H. requiert que les deux types de procédures soient liés par un « lien matériel et temporel suffisamment étroit ». Les éléments pertinents pour statuer sur l'existence d'un lien suffisamment étroit du point de vue matériel sont notamment les suivants³² :

– le point de savoir si les différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi, non seulement *in abstracto* mais aussi *in concreto*, des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause³³. Pour l'appréciation de cette condition, la Cour E.D.H. s'est notamment référée aux éléments constitutifs de l'infraction pénale en relevant la nécessité d'établir un élément additionnel de fraude délictueuse³⁴ ;

– le point de savoir si la mixité des procédures en question est une conséquence prévisible, aussi bien en droit qu'en pratique, du même comportement réprimé ;

– le point de savoir si les procédures en question ont été conduites d'une manière qui évite autant que possible toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve, notamment grâce à une interaction adéquate entre les diverses autorités compétentes, faisant apparaître que l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre ;

– et, surtout, le point de savoir si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter à l'intéressé un fardeau excessif. Le risque d'aboutir à une sanction disproportionnée est en effet moindre s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné.

En plus du lien matériel, la Cour E.D.H. a également décidé que les procédures concernées devaient être liées par un lien temporel suffisamment étroit. Cette exigence de la Cour n'a pas toutefois pas été précisée de manière claire. Elle s'est en effet limitée à indiquer qu'« [i]l ne faut pas en conclure pour autant que les deux procédures doivent être menées simultanément du début à la fin. L'État doit avoir la faculté d'opter pour la conduite des procédures progressivement si ce procédé se justifie par un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice, poursuit des finalités sociales différentes et ne cause pas un préjudice disproportionné à l'intéressé. Toutefois, ainsi qu'il a déjà été précisé, il doit toujours y avoir un lien temporel. Ce lien doit être suffisamment étroit pour que le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs, et pour que les procédures ne s'étalent pas trop dans le temps [...] »³⁵.

La décision de la Cour E.D.H. dans l'affaire *A et B c/ Norvège* a fait l'objet de vives critiques, à commencer par celles émises dans l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, qui visent à peu près tous les niveaux du raisonnement de la Cour³⁶. Outre que cette décision abaisse le

niveau de protection du principe *non bis in idem*, elle établit des conditions dont on peut difficilement anticiper l'application et qui ouvrent donc la porte à l'arbitraire.

Il aurait été souhaitable que la jurisprudence subséquente de la Cour offre une clarification des critères établis dans l'arrêt *A et B c/ Norvège*. Ce n'est toutefois pas le cas.

Tout d'abord, une incertitude existe assurément s'agissant des éléments à prendre en compte pour juger de la complémentarité des procédures. Alors que dans *A et B c/ Norvège*, la Cour E.D.H. examinait la complémentarité des procédures au regard des éléments constitutifs des infractions et des objectifs respectifs des procédures pénale et administrative, dans l'arrêt *Nodet c/ France* du 6 juin 2019, la Cour a ajouté un examen des intérêts respectivement protégés par les deux types de procédure³⁷. Les critères imposés par la Cour semblent donc être à géométrie variable.

En outre, en s'attachant à examiner les éléments constitutifs et/ou les intérêts protégés par les deux types de procédures, la Cour E.D.H. réintroduit des éléments d'appréciation qu'elle avait exclus dans l'arrêt *Zolotoukhine*. Dans cette dernière affaire, celle-ci avait en effet déterminé ce qu'il fallait entendre par *idem*³⁸ et avait retenu que l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car, à s'en tenir à ce constat formel, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7, et non de rendre cette dernière concrète et effective comme le requiert pourtant la CEDH. Sur la base de ce raisonnement, la Cour avait décidé que la question de savoir si une personne était poursuivie une seconde fois pour une même « infraction » devait s'apprécier au regard des faits envisagés par chacune des procédures et non des qualifications des infractions. Le fait d'apprécier la complémentarité des procédures au regard des éléments constitutifs des infractions et/ou des intérêts protégés revient à réintroduire l'approche formelle que la Cour avait rejetée dans *Zolotoukhine*, mais cette fois sous l'angle du « *idem* ».

S'agissant de la condition de prévisibilité, la jurisprudence développée par la Cour à la suite de l'arrêt *A et B c/ Norvège* démontre que cette condition constitue une garantie dépourvue d'effet : la Cour se contente en effet de déterminer si les deux infractions sont prévues par la loi, sans s'engager dans une analyse plus concrète³⁹. Cette condition revient en somme à vérifier l'application du principe de légalité des peines.

Enfin, l'exigence que les sanctions imposées en premier lieu soient défalquées de celles applicables dans la seconde procédure de manière à assurer la proportionnalité globale des sanctions semble finalement jouer un rôle moins important qu'on ne le pensait après *A et B c/ Norvège*. Dans *Matthildur Ingvardsdottir c/ Islande*, la Cour a conclu que les procédures formaient un tout suffisamment cohérent malgré l'absence de prise en compte de la première

31. *Ibidem*, § 130.

32. *Ibidem*, § 130 et s.

33. *Ibidem*, § 132.

34. *Ibidem*, § 144.

35. *Ibidem*, § 134.

36. Opinion dissidente, pp. 56-95.

37. CEDH, *Nodet c/ France*, 6 juin 2019, § 48.

38. CEDH, *Zolotoukhine c/ Russie*, 10 février 2009.

39. CEDH, *Johannesson et autres c/ Islande*, § 51 ; *Matthildur Ingvardsdottir c/ Islande*, § 58 ; *Nodet*, § 47 ; CEDH, *Bjarni Armannsson c/ Islande*, § 53.



sanction pour l'établissement de la seconde⁴⁰. Cette appréciation globale des critères définis par la Cour E.D.H. diminue encore d'un cran le niveau de protection offert par le principe *non bis in idem*.

En dehors des problèmes rencontrés dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un lien matériel entre les procédures, la notion de « lien temporel » n'est pas non plus déterminée par des paramètres clairs. La Cour prend en compte (i) la longueur totale des deux procédures, et (ii) le temps pendant lequel les deux ont été conduites en parallèle. Toutefois, l'élément décisif pour juger de l'existence d'un lien temporel suffisamment étroit entre les procédures semble être le temps qu'aura duré la deuxième procédure après que la première s'est terminée⁴¹ ; plus la deuxième procédure aura duré après la fin de la première et moins les procédures devraient être jugées complémentaires. Bien que dans l'affaire *Nodet c/ France*, la Cour ait jugé que le lien temporel entre les deux procédures n'était pas suffisant dès lors que la première procédure s'était poursuivie pendant quatre années après que la deuxième se soit terminée, le critère utilisé par la Cour apparaît comme particulièrement casuistique et dès lors comme une porte ouverte à des résultats arbitraires.

En conclusion, la tendance jurisprudentielle initiée par la Cour E.D.H. avec l'arrêt *A et B c/ Norvège* tend à abaisser le niveau de protection que doit offrir le principe *non bis in idem*. En outre, cette nouvelle jurisprudence a développé des critères d'application du principe qui apparaissent particulièrement peu clairs et qui diminuent dès lors la sécurité juridique. Ce constat n'intervient pas seulement au détriment des prévenus mais également des autorités nationales et des législateurs qui devraient pouvoir déterminer avec certitude dans quelles conditions un système de cumul des poursuites est ou non acceptable.

2. L'affaiblissement de la protection du *non bis in idem* dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union européenne

Au niveau de l'Union européenne, l'interdiction d'être poursuivi deux fois pour les mêmes faits n'est pas conçue comme un droit absolu. Ce droit peut en effet être limité, pour autant que les exigences de l'article 52 de la Charte soient respectées, c'est-à-dire que la limitation (i) soit prévue par la loi, (ii) respecte l'essence du droit concerné, (iii) soit proportionnée à l'objectif poursuivi et (iv) poursuive les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne.

Dans l'interprétation de ces critères, la Cour de Justice tient compte de la jurisprudence de la Cour E.D.H., qui détermine les niveaux de protection minimum que doit assurer la Charte, en ce compris son article 50. Pour autant, la Cour de Justice n'adopte pas systématiquement

la jurisprudence de la Cour E.D.H. Elle a en effet souvent répété qu'il était nécessaire de développer une notion autonome des droits protégés par la Charte⁴². La Cour de Justice a récemment réaffirmé cette position dans trois décisions qui concernaient spécifiquement le principe *non bis in idem*, à savoir les affaires *Menci, Garlsson et Di Puma et Zecca*. Dans ces affaires, la Cour a rappelé que « comme le confirme l'article 6, paragraphe 3, TUE, les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et si l'article 52, paragraphe 3, de la Charte dispose que les droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH ont le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention, cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union »⁴³. Ainsi, la Cour signale clairement que, bien qu'une convergence entre les jurisprudences des deux cours européennes soit la bienvenue, celle-ci ne saurait être systématique. S'agissant tout particulièrement de l'interprétation du principe *non bis in idem* et de son application à des doubles poursuites, la jurisprudence de la Cour de Justice opère différemment de celle de la Cour E.D.H.

Dans l'arrêt *Fransson* que la Cour de Justice a rendu en 2013, celle-ci avait déjà admis une exception au principe *non bis in idem* inscrit à l'article 50 de la Charte. La Cour avait en effet indiqué qu'un système de doubles poursuites pourrait ne pas être considéré comme contraire au *non bis in idem* « à condition que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives »⁴⁴. En d'autres termes, la Cour a estimé que l'article 50 de la Charte n'empêcherait pas les États membres de mettre en place une double sanction, dès lors que le juge pénal était en mesure de prendre en compte l'existence préalable d'une sanction administrative afin d'alléger la peine. Bien avant l'arrêt *A et B c/ Norvège* de la Cour E.D.H., la Cour de Justice avait donc déjà ouvert la porte à un cumul des procédures pénale et administrative à caractère pénal.

Dans les affaires *Menci, Garlsson et Di Puma et Zecca* – qui concernaient des affaires fiscales et d'abus de marché – la Cour a précisé la considération générale adoptée dans l'arrêt *Fransson* en présentant expressément les doubles poursuites comme une limitation au principe *non bis in idem*, et en y appliquant les critères de l'article 52 de la Charte rappelés ci-avant.

Dans les trois affaires concernées, la Cour a ainsi constaté que les systèmes de doubles sanctions mis en cause :

- étaient prévus par la loi (critère (i)) ;
- servaient des objectifs d'intérêt général pour l'Union européenne susceptibles de justifier des limitations au principe *non bis in idem* (critère (iv)) – à savoir la protection de l'intégrité des marchés financiers

40. CEDH 4 décembre 2018, *Matthildur Ingvardsdottir c/ Islande*, § 60-62.

41. CEDH, *Nodet c/ France*, 6 juin 2019, § 52-53.

42. Voy. CJUE 12 juin 2012, *Akerberg Fransson*, opinion de l'AG Cruz Villalon, § 81-87 ; CJUE, 21 décembre 2016, aff. jointes *Tele2 Sverige AB v Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department v Tom Watson and others*, § 127.

43. CJUE 20 mars 2018, *Menci*, § 22 ; CJUE 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate SA*, § 24.

44. CJUE 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, § 36.

(affaires *Garlsson et Di Puma et Zecca*) et la collecte de la TVA (*Menci*)⁴⁵. La Cour a également vérifié que les procédures pénales et administratives à caractère pénal visaient des buts complémentaires, en ce sens qu'elles avaient pour objet des aspects différents du même comportement infractionnel concerné ;

– respectaient l'essence du droit de ne pas être sanctionné deux fois pour les mêmes faits (critère (ii)) dès lors que les législations nationales concernées n'autorisaient les doubles poursuites que dans « des conditions limitativement fixées » et que, par conséquent, « le droit garanti à [l'] article 50 [n'était] pas remis en cause en tant que tel »⁴⁶. On notera que la position de la Cour sur cette condition apparaît critiquable. En effet, en se limitant à vérifier que les doubles poursuites ne sont autorisées que dans certaines conditions définies par la loi, la Cour prend le risque de transformer l'interdiction de ces doubles poursuites en une simple règle organisationnelle. Il semble en effet qu'il suffise que les doubles poursuites soient encadrées par des conditions légalement prévues pour que la Cour considère que l'essence du droit serait respectée. Or, cette essence peut être compromise malgré l'établissement de conditions légales permettant de déroger à la règle.

Après avoir considéré que ces trois critères de l'article 52 de la Charte étaient acquis, la Cour s'est engagée dans une analyse plus approfondie de la condition de proportionnalité aux objectifs poursuivis (critère (iii)). À cet égard, la Cour a jugé que l'exigence de se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi impose à la législation nationale :

– d'être prévisible, c'est-à-dire de « prévoir des règles claires et précises permettant au justiciable de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un tel cumul de poursuites et de sanctions » ; et

– d'« assurer que les charges résultant, pour les personnes concernées, d'un tel cumul soient limitées au strict nécessaire afin de réaliser l'objectif ». Cette condition implique elle-même (a) d'un point de vue procédural, l'existence de règles assurant une coordination visant à réduire au strict nécessaire la charge supplémentaire que comporte un tel cumul pour les personnes concernées ; et (b) sur le plan des sanctions, de garantir que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées corresponde à la gravité de l'infraction concernée.

La définition des règles de coordination entre les procédures apparaît à la fois essentielle et problématique en termes de prévisibilité.

Dans l'arrêt *Menci*, par exemple, la Cour a considéré que des règles de coordination étaient bien présentes dans le système examiné dès lors qu'il était prévu non seulement que l'exécution forcée des sanctions administratives à caractère pénal était suspendue au cours d'une procédure pénale initiée pour la même fraude à la TVA, mais qu'en outre aucune sanction administrative ne pouvait être adoptée après qu'une condamnation pénale défini-

tive eut été prononcée. La Cour s'est ensuite attardée sur le fait que les sanctions pénales étaient limitées à des cas particulièrement graves de fraude à la TVA (excédant une dette fiscale de 50 000 euros) et sur le fait que le paiement volontaire de la dette et des amendes fiscales constituait une circonstance atténuante spécifique qui devait être prise en compte dans la procédure pénale. Ces règles de coordination ont convaincu la Cour de la proportionnalité du système de double sanction.

Dans l'arrêt *Garlsson*, la Cour a relevé l'obligation de coopération et de coordination à laquelle étaient en l'espèce tenus le ministère public et le régulateur, et a considéré que cette obligation « est susceptible de réduire la charge résultant, pour la personne concernée, du cumul d'une procédure de sanction administrative pécuniaire de nature pénale et d'une procédure pénale en raison d'agissements illicites constitutifs de manipulations de marché »⁴⁷. La Cour a toutefois considéré que le fait de poursuivre une procédure de sanction administrative pécuniaire de nature pénale excède ce qui est strictement nécessaire afin de réaliser l'objectif poursuivi si la condamnation pénale définitivement prononcée pour les mêmes faits est, à elle seule, de nature à réprimer cette infraction de manière effective, proportionnée et dissuasive, La Cour a considéré qu'en l'espèce cette condition semblait remplie dans la mesure où la sanction pénale comprenait à la fois une peine de prison et une peine d'amende⁴⁸. La Cour a en outre considéré que dès lors que la législation en cause prévoyait que le recouvrement de l'amende administrative tiendrait compte de l'amende pénale préalablement payée mais ne prévoyait pas une prise en compte de la peine de prison infligée, le système considéré ne garantissait pas que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction⁴⁹.

Dans l'arrêt *Garlsson*, la Cour semble donc avoir imposé un test de proportionnalité plus sévère que le standard de la Cour E.D.H. En effet, plutôt que de se satisfaire d'une appréciation « globale » du système, la Cour de Justice vérifie l'application de chaque condition, et notamment celle de la coordination des peines. Il faut également relever que, dans *Garlsson*, la Cour de Justice a donné l'impression d'instaurer une forme de primauté des procédures pénales sur les procédures administratives à caractère pénal. Ceci semble confirmé par une interprétation *a contrario* de l'arrêt *Menci*, dans lequel la Cour a jugé que l'initiation de poursuites pénales après l'imposition d'une sanction administrative à caractère pénal n'était pas, en elle-même, problématique.

Dans l'arrêt *Di Puma et Zecca*, la Cour a également considéré que le système examiné ne remplissait pas le test de proportionnalité imposé par l'article 52 de la Charte dès lors qu'il permettait des poursuites administratives à caractère pénal après qu'un acquittement eut été prononcé dans la

45. CJUE, *Garlsson Real Estate SA*, op. cit., § 44-46 ; CJUE, *Di Puma et Zecca*, op. cit., § 42 ; CJUE, *Menci*, op. cit., § 44.

46. CJUE, *Garlsson Real Estate SA*, op. cit., § 45 ; CJUE, *Menci*, op. cit., § 43.

47. CJUE, *Garlsson Real Estate SA*, op. cit., § 57.

48. *Ibidem*.

49. *Ibidem*, § 57-63.



procédure pénale⁵⁰. À première vue, cette décision semble confirmer une forme de primauté du droit pénal. Toutefois, en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, la décision de la Cour n'était pas fondée exclusivement sur le principe *non bis in idem* mais également sur le principe d'autorité de chose jugée, auquel la Cour accorde une importance fondamentale. La primauté du droit pénal qui semble ressortir de l'arrêt *Garlsson* ne peut donc pas être considérée comme confirmée par l'arrêt *Di Puma et Zeca*.

Il s'ensuit que les trois arrêts rendus en 2018 par la Cour de Justice ont permis de distinguer certains critères pour l'application du principe *non bis in idem* mais n'ont pas pour autant défini une règle claire et prévisible concernant les systèmes de doubles poursuites.

La situation est d'autant moins claire qu'il existe des divergences entre les jurisprudences des cours de Strasbourg et de Luxembourg. Ainsi par exemple, contrairement à la jurisprudence de la Cour E.D.H., la jurisprudence de la Cour de Justice ne contient pas le critère du « *lien temporel suffisamment étroit* » développé dans *A et B c/ Norvège*. Sans doute la Cour aura-t-elle écouté la voix de l'Avocat Général Campos Sanchez-Bordona, qui avait plaidé contre l'adoption de ce critère dans l'affaire *Menci*, au motif qu'il n'offrait pas suffisamment de prévisibilité⁵¹.

Pour autant, le test de proportionnalité auquel se livre la CJUE n'apparaît pas plus prévisible que l'approche de la Cour E.D.H. Le niveau de protection semble toutefois un peu plus élevé, notamment parce que la CJUE n'a pas retenu une approche aussi « globale » de la situation que la Cour E.D.H. ; mais réserve à chaque critère une analyse séparée, et chacun des critères doit être rempli pour autoriser un cumul des poursuites.

IV. RÉFLEXIONS SUR L'APPLICATION DES JURISPRUDENCES RÉCENTES DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL

Comme déjà évoqué dans la première partie de cette contribution, seuls les instruments de droit de l'Union européenne – et en particulier la Charte – prévoient une application du principe *non bis in idem* entre deux États membres. La jurisprudence de la Cour de Luxembourg est donc la plus pertinente pour apprécier les conditions dans lesquelles la multiplication de poursuites dans plusieurs États membres est admise.

Toutefois, les affaires *Menci*, *Garlsson* et *Di Puma et Zeca* concernaient toutes des affaires où le dédoublement des poursuites s'opérait au sein d'un même État membre et, depuis lors, la Cour n'a pas eu à connaître de cas où des poursuites pénales et des poursuites administratives à caractère pénal auraient été initiées pour les mêmes faits dans deux États membres différents. À ce jour, il est donc difficile d'anticiper la manière dont la Cour appliquerait à une situation internationale les critères qu'elle a développés dans sa jurisprudence récente.

Si l'on pense par exemple au critère de complémentarité des objectifs poursuivis par les deux types de procédure, ce critère semble mal adapté à une situation internationale. En effet, par hypothèse, des poursuites intentées dans des États différents se feront selon deux systèmes différents, qui n'auront pas vocation à se compléter l'un l'autre, sauf à être le fruit d'une réflexion européenne.

S'agissant des conditions qui régissent le test de proportionnalité imposé par la Cour de Justice, le constat d'inadéquation avec une situation internationale est le même. En effet, à moins d'une coordination européenne, les coordinations sur le plan procédural et des sanctions n'existeront vraisemblablement pas. La probabilité que les charges résultant du cumul excèdent le strict nécessaire sera donc forcément plus importante que dans une situation nationale.

En conclusion, si les jurisprudences récentes des cours européennes présentent un déficit de prévisibilité quant à l'application du principe *non bis in idem* au sein d'un même État, l'incertitude est plus importante encore s'agissant de l'application qui devra en être faite dans une situation où des poursuites seraient intentées pour les mêmes faits dans deux États membres différents. La tendance actuelle se base en effet principalement sur des critères liés à la cohérence d'un même système et à la complémentarité des deux types de poursuites. Or, par hypothèse, un même niveau de cohérence et de coopération n'existe pas entre deux États différents. En l'absence d'une coordination européenne particulièrement précise, il faut donc constater qu'en l'état la jurisprudence de la Cour de Justice n'est pas transposable à une situation internationale, ce qui risque *in fine* d'aboutir à une distorsion entre le niveau de protection offert au niveau national et le niveau de protection offert au niveau international. ■

50. CJUE, *Di Puma et Zeca*, *op. cit.*, § 43-44.

51. CJUE 12 septembre 2017, *Menci*, C-524/15, opinion de l'Avocat Général.