

# La jurisprudence de la CJ relative au principe *ne bis in idem* : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale

Anne Weyembergh

**Résumé** Le présent article étudie la jurisprudence de la CJUE relative à l'interprétation de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen et de l'article 3, 2) de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. Elle vise par là à montrer comment la Cour de justice a analysé les fondements du principe *ne bis in idem* et en a précisé les contours. Les apports et les limites de sa jurisprudence en la matière et en particulier sa contribution au développement de la reconnaissance mutuelle dans le secteur pénal sont mis en exergue.

## 1 Introduction

Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam le 1<sup>er</sup> mai 1999 et en dépit des restrictions imposées à sa compétence en matière pénale par l'article 35 TUE, la CJUE (ci-après CJ) a développé une jurisprudence tout à fait essentielle pour l'espace pénal européen.

L'apport de la CJ s'est en particulier révélé primordial concernant les aspects procéduraux de cet espace. A cet égard, on peut distinguer deux pans au sein de sa jurisprudence. Un premier groupe d'arrêtés préjudiciels a trait au rapprochement

---

L'auteur est Professeur à l'ULB (IEE), Coordinatrice du Réseau académique de droit pénal européen (ECLAN – European Criminal Law Academic Network) et Assesseur à la section de législation du Conseil d'Etat de Belgique.

---

A. Weyembergh (✉)  
Conseil d'Etat de Belgique, Bruxelles, Belgique  
e-mail: aweyembe@ulb.ac.be

des droits procéduraux, et plus spécifiquement à l'interprétation de certaines dispositions de la décision-cadre sur le statut des victimes dans le cadre de procédures pénales : il s'agit des arrêts *Pupino*, *Giovanni dell'Orto*, *Katz*, *Gueye and Salmeron Sanchez* et *M.X.*<sup>1</sup> Un deuxième groupe d'arrêts concerne certains mécanismes de coopération judiciaire, et plus précisément le principe de reconnaissance mutuelle. Ceux-ci peuvent se répartir en deux sous-groupes. Il y a, d'une part, les arrêts par lesquels la CJ s'est prononcée sur la validité ou l'interprétation de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres<sup>2</sup>: il s'agit des arrêts *A.s.b.l. Advocaten voor de wereld*, *Szymon Kozłowski*, *Santesteban Goicoechea*, *Leymann et Pustarov*, *D. Wolzenburg*, *I.B.* et *Mantello*.<sup>3</sup> Il y a, d'autre part, la jurisprudence sur le principe *ne bis in idem*, plus précisément sur l'interprétation de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (ci-après CAAS). C'est aux neuf arrêts relevant de ce second sous-groupe que sera consacrée la présente contribution, à savoir par ordre chronologique, les arrêts *Hüsein Gözütok et Klaus Brügge*, *Miraglia*, *van Esbroeck*, *Van Straaten*, *Gasparini*, *Kretzinger*, *Kraaijenbrink*, *Klaus Bourquain* et *Vladimir Turansky*.<sup>4</sup> Il sera aussi question de l'arrêt *Mantello* précité, qui porte sur l'interprétation de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et en particulier sur le motif de refus contraignant de reconnaissance fondé sur le principe *ne bis in idem* (article 3, 2).<sup>5</sup>

D'origine ancienne,<sup>6</sup> le principe *ne bis in idem*, est consacré par de très nombreuses sources. Il est largement reconnu en droit interne,<sup>7</sup> où il se voit même parfois reconnaître le rang de norme constitutionnelle.<sup>8</sup> Il est également expressément contenu dans de nombreux instruments internationaux, (sub)régionaux ou bilatéraux. On le trouve dans les principaux textes de protection des droits fondamentaux tels le pacte international des droits civils et politiques (article 14, § 7), le protocole 7 à la convention européenne des droits de l'homme (ci-après la CEDH) (article 4 §

<sup>1</sup> CJ, 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03 ; CJ, 28 juin 2007, *Giovanni dell'Orto*, aff. C-467/05 ; CJ, 9 octobre 2008, *Katz*, aff. C-404/07 ; CJ 15 septembre 2010, *Gueye et Sameron Sanchez*, aff. Jointes C-483/09 et C-1/10 et CJ, 21 décembre 2011, *M.X.*, C-507/10.

<sup>2</sup> Conseil UE, décision-cadre 2002/584/JAI, JO n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 s.

<sup>3</sup> CJ, arrêts du 3 mai 2007, *A.s.b.l. Advocaten voor de wereld*, aff. C-303/05 ; du 17 juillet 2008, *Szymon Kozłowski*, C- 66/08 ; du 12 août 2008, *Santesteban Goicoechea*, aff. C-296/08 PPU ; du 1<sup>er</sup> décembre 2008, *Leymann et Pustarov*, C-388/08 PPU ; du 6 octobre 2009, *D. Wolzenburg*, aff. C-123/08 ; du 21 octobre 2010, aff. C-306/09, *I.B.* et du 16 novembre 2010, aff. C-261/09, *Mantello*.

<sup>4</sup> CJ, arrêts 11 févr. 2003, *Hüsein Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01 ; 10 mars 2005, *Miraglia*, aff. C-469/03 ; 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, aff. C-436/04 ; 28 sept. 2006, *Van Straaten*, aff. C-150/05 ; 29 sept. 2006, *Gasparini*, aff. C-467/04 ; 18 juillet 2007, *Kretzinger*, aff. C-288/05 ; 18 juillet 2007, *Kraaijenbrink*, aff. C-367/05 ; 11 décembre 2008, *Klaus Bourquain*, aff. C-297/07 et 22 décembre 2008, *Vladimir Turansky*, aff. C-491/07.

<sup>5</sup> JO n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 s.

<sup>6</sup> A ce sujet, voir notamment Friedland 1969 et Lelieur-Fischer 2005.

<sup>7</sup> Dans ce sens, voir entre autres Pradel et al. 2009, p. 74.

<sup>8</sup> Voir notamment l'article 103, § 3 de la loi fondamentale allemande (Grundgesetz, GG).

1<sup>er</sup>) et la charte des droits fondamentaux de l'UE (article 50), dans les statuts des juridictions pénales internationales<sup>9</sup> et dans les instruments de coopération judiciaire en matière pénale, comme ceux adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, de la coopération Schengen, de l'UE ou également dans des traités de coopération bilatéraux.

Soit les instruments de coopération judiciaire pénale mentionnent le principe *ne bis in idem* en tant que motif devant ou pouvant fonder un refus d'accorder la coopération. C'est entre autres le cas de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (article 9), de son protocole additionnel du 15 octobre 1975 (article 2) et de la plupart des instruments de reconnaissance mutuelle de l'Union européenne.<sup>10</sup>

Soit les instruments de coopération judiciaire pénale conçoivent et développent le principe *ne bis in idem* comme une des modalités de la coopération, en tant que mode de coopération *per se*, plus précisément de la validité internationale des décisions judiciaires. C'est le cas de la convention européenne du 28 mai 1970 sur la validité internationale des jugements répressifs (articles 53 à 55), de la convention européenne du 15 mai 1972 sur la transmission des procédures répressives (articles 35 à 37), de la convention du 25 mai 1987 relative à l'application du principe *non bis in idem* entre Etats membres de la CEE et des articles 54 à 58 de la CAAS.

En dehors de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux, ce sont ces articles 54 et s. de la CAAS qui constituent encore aujourd'hui la principale base légale consacrant le principe *ne bis in idem* au sein de l'Union. L'impact de la CAAS s'est démultiplié vu son effet d'entraînement et l'intégration de l'acquis Schengen dans le droit de l'UE par le traité d'Amsterdam. Alors qu'au départ, cinq partenaires seulement étaient liés, ce sont désormais 31 Etats qui sont en principe liés par les articles 54 à 58 précités, à savoir les 27 Etats membres de l'UE – en ce compris le Royaume-Uni et l'Irlande puisque ces dispositions font partie de celles auxquelles ces deux pays ont décidé d'adhérer<sup>11</sup> – ainsi que les quatre pays associés aux accords Schengen (à savoir l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein). L'article 54 a par ailleurs servi de modèle à la plupart des clauses de refus de la coopération et de la reconnaissance mutuelle fondés sur le *ne bis in idem* dans les instruments adoptés subséquemment.

---

<sup>9</sup> Voir par exemple l'article 10 du statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, l'article 9 du statut du Tribunal pour le Rwanda ou les articles 17 et 20 du statut de la Cour pénale internationale.

<sup>10</sup> Voir notamment les articles 3, § 2 et 4 § 3 et 5 de la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (JO n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 s.), ou l'article 7 § 2 a) de la décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005 relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires (JO, n° L 76, 22 mars 2005, p. 16 s).

<sup>11</sup> A ce jour, les dispositions pertinentes de la convention n'ont pris effet qu'à l'égard du Royaume-Uni. Elles ne sont pas encore entrées en vigueur vis-à-vis de l'Irlande.

Bien qu'un réexamen des articles 54 et s. de la CAAS ait été attendu suite à l'adoption du Plan de Vienne<sup>12</sup> et du programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale (ci-après le programme de mesures),<sup>13</sup> il n'y a pas eu de nouveaux développements législatifs en la matière. Une proposition de décision-cadre avait été présentée par la Présidence grecque (ci-après la proposition grecque).<sup>14</sup> Mais suite au blocage des négociations, le projet a été mis entre parenthèses. De la déclaration du Conseil faite à l'époque, il paraissait ressortir qu'il ne s'agissait là que d'une suspension des travaux.<sup>15</sup> Mais malgré le livre vert de la Commission sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales (ci-après le livre vert),<sup>16</sup> de tels travaux n'ont jusqu'ici pas été relancés.

C'est la Cour qui a fait évoluer le contenu du principe *ne bis in idem* en matière pénale et qui a, par là même, permis de développer le principe de la reconnaissance mutuelle. Nous verrons quels sont les apports de sa jurisprudence en la matière mais aussi quelles en sont les limites. Pour ce faire, nous nous pencherons tout d'abord sur les fondements et les objectifs du principe *ne bis in idem* (1). Nous passerons ensuite à l'examen des contours du *bis* et de *l'idem* (2) ainsi qu'à l'analyse des dérogations et exceptions auxquelles le principe est soumis (3).

## 2 Le fondement et les objectifs du principe

Elevé au rang de droit fondamental et reconnu comme principe général de droit de l'UE par la CJ dans certains secteurs,<sup>17</sup> le principe *ne bis in idem* interdit de poursuivre et de sanctionner deux ou plusieurs fois une personne pour des actes identiques. Il consiste en une interdiction de l'exercice répété du *ius puniendi*.

Il a plusieurs fondements. Certains valent quel que soit le champ géographique du principe. D'autres sont plus spécifiques au *ne bis in idem* de portée transnationale consacré à l'échelle de l'UE. Après avoir rappelé l'évolution qu'a connue

<sup>12</sup> Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1, point 49 e) (c'est nous qui soulignons).

<sup>13</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, approuvé par le Conseil JAI du 30 novembre 2000 et publié au JO, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10 et s.

<sup>14</sup> JO n° C 100, 26 avr. 2003, p. 24 s.

<sup>15</sup> Voir la déclaration faite par le Conseil JAI lors de sa réunion du 19 juillet 2004 (communiqué de presse 11161/04 (presse 219), p. 15).

<sup>16</sup> COM(2005) 696 final, 23 décembre 2005.

<sup>17</sup> Voir en matière disciplinaire : CJ, arrêt du 5 mai 1966, *Gutman c. Commission*, aff. 18/65 et 35/65 et, en matière de concurrence, CJ arrêts du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission* C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, § 59 et du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission* C-289/04 P, § 50.

la portée spatiale du *ne bis in idem* (2.1), nous envisagerons ses fondements « transversaux »(2.2), puis les fondements spécifiques du *ne bis in idem* transnational développé dans le cadre de l'Union (2.3).

## **2.1 La consécration d'un principe *ne bis in idem* transnational au sein de l'UE**

La plupart des droits internes<sup>18</sup> de même que le protocole 7 à la CEDH et le PICP ne confèrent qu'une portée strictement interne ou nationale au principe. D'autres instruments, et en particulier les instruments de coopération judiciaire en matière pénale lui confèrent une portée transétatique, qui dépasse un seul et même ordre juridique. Un des intérêts majeurs des articles 54 et s. de la CAAS a précisément été de transnationaliser la portée du principe *ne bis in idem* entre partenaires Schengen. L'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'UE a fait de même au sein de l'Union. Elle a ainsi été au-delà de ce que prévoit le protocole n° 7 à la CEDH. Si la charte et la plupart des textes précités de coopération judiciaire se limitent à ne reconnaître au principe qu'une portée transétatique limitée aux Etats membres de l'UE ou aux Etats parties, certains vont encore au-delà et en étendent la portée à des Etats tiers.<sup>19</sup>

## **2.2 Fondements transversaux**

Comme l'a rappelé à plusieurs reprises l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer,<sup>20</sup> le principe *ne bis in idem* a comme fondements principaux les deux piliers de tout système juridique, à savoir la sécurité juridique, d'une part, et l'équité de même que la proportionnalité, de l'autre.<sup>21</sup> Au plan de la sécurité juridique tout d'abord, le principe répond à une exigence structurelle de l'ordre

---

<sup>18</sup> Certains droits internes, comme le droit français ou le droit néerlandais, lui confèrent cependant aussi une portée internationale.

<sup>19</sup> Article 4, § 5 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et article 7 § 2 a) de la décision-cadre du 24 février 2005 relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires.

<sup>20</sup> Dans ce sens, voir ses conclusions du 19 septembre 2002 dans les affaires jointes *Gozütoç et Brügge*, § 48 et s, et du 20 octobre 2005 dans l'affaire *Van Esbroeck*, § 18 et s.

<sup>21</sup> A ces fondements essentiels viennent s'ajouter des considérations économiques : l'Etat lui-même n'a évidemment aucun intérêt à disperser ses forces en poursuivant plusieurs fois les mêmes auteurs pour les mêmes actes. Le principe *ne bis in idem* permet d'éviter les frais inutiles que représentent des procédures multiples (Ligeti 2009, p. 37 et le livre vert de la Commission qui mentionne les coûts entraînés par des procédures parallèles (p. 3).).

juridique dont la légitimité repose sur le respect de la chose jugée.<sup>22</sup> Il est dès lors étroitement lié à la *res judicata*.<sup>23</sup> Admettre des poursuites multiples éroderait considérablement l'autorité de l'Etat et la confiance que les citoyens doivent pouvoir placer en lui, notamment en cas de jugements contradictoires.<sup>24</sup> La CJ s'est elle-même prévalu de certaines de ces considérations pour fonder son interprétation du *bis*.<sup>25</sup> Au plan de l'équité ensuite, le principe *ne bis in idem* découle du droit à une procédure régulière et à un procès équitable. Il vise à protéger le citoyen face aux éventuels abus par l'Etat et ses autorités de leur *jus puniendi*. L'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer l'a à ce titre analysé « face au *jus puniendi*, comme une émanation de la protection juridictionnelle qui découle du droit à un procès équitable ». <sup>26</sup> Le principe *ne bis in idem* vise aussi à garantir la proportionnalité de la sanction. Des doubles punitions d'une même personne pour un même acte iraient en effet à l'encontre du principe de proportionnalité et du principe de rétribution, qui veut que l'auteur d'un crime soit puni à hauteur de ce crime. C'est en outre la réinsertion de la personne condamnée qui est rendue difficile si celle-ci doit à nouveau être poursuivie et jugée pour les mêmes faits.<sup>27</sup>

### **2.3 Fondements spécifiques au principe *ne bis in idem* de portée transnationale consacré à l'échelle de l'UE**

Dans sa conception horizontale transnationale, le principe *ne bis in idem* tel que consacré par l'article 54 CAAS conduit à reconnaître l'autorité de chose jugée à des décisions étrangères et est particulièrement représentatif de l'espace pénal européen à mettre en place. Cette dimension transnationale était nécessaire afin de faire face à la multiplication des risques de doubles poursuites générés par l'internationalisation croissante de la criminalité et par l'extension continue du champ de compétence pénale des Etats à travers une multiplication des titres de compétences extraterritoriales notamment. Les travaux cherchant à approfondir l'article 54 CAAS ont été motivés par la volonté de réaliser pleinement l'objectif de mise sur pied d'un espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>28</sup> et ont logiquement été rattachés au principe de la reconnaissance mutuelle.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Sur ces aspects, voir Vervaele 2005, p. 100.

<sup>23</sup> Pour une mise en question de ce lien, voir Lelieur-Fischer 2005.

<sup>24</sup> Dans ce sens, voir notamment Henzelin 2005, p. 347.

<sup>25</sup> Voir notamment CJ, Van Straaten, § 59.

<sup>26</sup> Dans ce sens voir notamment ses conclusions dans l'affaire Bourquain § 45.

<sup>27</sup> Henzelin 2005, p. 347.

<sup>28</sup> Voir le plan de Vienne précité, le livre vert de la Commission et la proposition grecque.

<sup>29</sup> Voir le programme de reconnaissance mutuelle, le livre vert de la Commission, la proposition grecque.

Ce « rattachement » du principe *ne bis in idem* à l'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice et au principe de reconnaissance mutuelle a également été opéré par les Avocats généraux dans leurs conclusions<sup>30</sup> et par la CJ dans ses arrêts. C'est à l'aune de ces objectifs que l'article 54 a été interprété.

Ceux-ci ont le plus souvent permis de fonder une interprétation large du *bis* et de l'*idem*. Dans plusieurs de ses arrêts,<sup>31</sup> c'est en particulier sur la confiance mutuelle, qui sous-tend le principe de la reconnaissance mutuelle, que la CJ s'est basée pour donner une telle interprétation extensive. Suivant en cela l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer qui a vu dans la confiance mutuelle « un principe normatif, qui concerne les normes d'interprétation des obligations relatives au 'troisième pilier' en jouant un rôle équivalent à celui du principe de coopération loyale »,<sup>32</sup> la Cour s'en est prévaluée pour considérer que l'application de l'article 54 CAAS n'est pas subordonnée à l'harmonisation ou au rapprochement des législations pénales des Etats,<sup>33</sup> La Cour a aussi fondé son interprétation large du principe *ne bis in idem* sur cet autre fondement ou objectif de l'UE qu'est la libre circulation des personnes.<sup>34</sup>

L'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice a toutefois également permis à la CJ de mettre des limites au principe *ne bis in idem*. Elle s'est alors principalement prévaluée des aspects liés à la prévention et à une lutte efficace contre la criminalité.<sup>35</sup>

### 3 Les contours de l'*idem* et du *bis*

La mise en œuvre du principe *ne bis in idem* suscite de sérieuses difficultés, entre autres parce que les contours de ses deux principaux éléments, à savoir l'*idem* (3.1.) et le *bis* (3.2.) ne se laissent pas aisément cerner. Nous envisagerons successivement ces deux éléments.

<sup>30</sup> Voir notamment les conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'aff. *Van Esbroeck*, § 23 où il voit dans l'article 54 « une règle au service de la création d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, objectif de l'intégration européenne ».

<sup>31</sup> Voir notamment CJ, arrêts *Gozütöc et Brügge*, §33 ; *Van Esbroeck*, § 30 ; *Gasparini*, § 30 ; *Van Straaten*, § 43 ; *Bourquain*, § 37.

<sup>32</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'aff. *Bourquain* § 45.

<sup>33</sup> Voir à propos des procédures d'extinction de l'action publique, CJ, arrêt *Gozütöc et Brügge*, § 32 ; à propos des jugements rendus par défaut, CJ, arrêt *Bourquain*, § 36.

<sup>34</sup> CJ, arrêts *Van Esbroeck*, § 34 et *Van Straaten*, § 46 ; arrêt *Gasparini*, § 27–28.

<sup>35</sup> Voir par exemple CJ, arrêt *Miraglia*, § 34 et arrêt *Turansky*, § 43.

### 3.1 *L'idem*

Concernant l'*idem*, la question centrale est de savoir si cette notion renvoie aux faits matériels (*idem factum* ou *idem* factuel), à leur qualification juridique (*idem crimen* ou *idem* légal) ou encore à l'intérêt juridique protégé.

Le libellé des textes applicables fournit un premier indice ; il varie cependant d'un instrument à l'autre. L'article 54 de la CAAS et l'article 50 de la charte par exemple sont formulés différemment à cet égard. Tandis que, comme la plupart des textes européens de coopération judiciaire, l'article 54 de la CAAS recourt aux termes « les mêmes faits » suggérant par là une prise en compte des seuls faits matériels (*idem* factuel), la charte reprend le libellé de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH et recourt à l'expression « infraction », laissant penser que c'est au contraire la qualification qui importe (*idem* légal).

Pendant longtemps, quels que soient sa source et son libellé, l'*idem* a été interprété de manière fort variable par la jurisprudence tant interne qu'europpéenne. L'*idem* de l'article 54 de la CAAS a donné lieu à des interprétations divergentes parmi les juridictions nationales, et ce en particulier dans le domaine des stupéfiants.<sup>36</sup> Quant à l'*idem* du 7<sup>ème</sup> protocole additionnel à la CEDH, il a lui aussi été interprété diversement, y compris par la Cour européenne des droits de l'homme.<sup>37</sup>

C'est dans ce contexte que la CJ est intervenue et a tranché la question en faveur de l'*idem* factuel. Elle s'est prononcée pour la première fois dans ce sens dans son arrêt du 9 mars 2006 à l'occasion de l'affaire *Van Esbroeck*.<sup>38</sup> La Cour y déclare que le seul critère pertinent est celui de « l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles », indépendamment de leur qualification juridique et de l'intérêt protégé par la définition des infractions (§ 36). Trois arguments principaux ont mené la Cour à cette conclusion :

- la formulation de l'article 54 CAAS lui-même qui recourt au terme “faits” (§ 27 et 28) ;
- les deux autres critères possibles, à savoir la qualification juridique et l'intérêt protégé, doivent être rejetés parce que et la qualification et l'intérêt juridique protégé peuvent différer d'un État membre à l'autre et que ces divergences éventuelles ne peuvent faire obstacle à l'application de l'article 54 CAAS vu le principe de la reconnaissance mutuelle et la confiance mutuelle, qui sont applicables indépendamment de l'harmonisation (§ 29 à 32) ;

<sup>36</sup> Pour des exemples, voir Weyembergh 2004, p. 337 et s.

<sup>37</sup> Ainsi, la Cour s'est prononcée en faveur tantôt de l'*idem* factuel (Cour eur. D.H., arrêts du 23 mai 1995 dans l'affaire *Gradinger c. Autriche* et du 2 juillet 2002 dans l'affaire *Göktan c. France.*), tantôt de l'*idem* légal (Cour eur. D.H., arrêt du 30 juillet 1998 dans l'affaire *Oliveira c. Suisse*). Dans un arrêt du 29 mai 2001 dans l'affaire *Franz Fischer c. Autriche*, elle a tenté de concilier les deux approches (à cet égard, voir notamment Vervaele (2005), p. 102 et Karakosta 2009, p. 111 et s.).

<sup>38</sup> Pour un commentaire, voir entre autres Mock 2006, p. 635 et s.



- le rejet des deux autres critères est également justifié car, vu l’absence d’harmonisation en ce qui les concerne, ils aboutiraient à entraver l’objectif de l’article 54, c’est-à-dire le droit à la libre circulation (§ 33 à 35).

Selon la Cour, la situation d’espèce est susceptible de constituer un ensemble de faits qui, par leur nature même, sont indissociablement liés (§ 37) mais elle laisse l’appréciation définitive sur ce point aux instances nationales compétentes, en précisant que celles-ci devront déterminer « si les faits matériels en question constituent un ensemble de faits indissociablement liés dans le temps, dans l’espace ainsi que par leur objet » (§ 38).

La CJ a confirmé et précisé cette approche factuelle de l’*idem* à l’occasion de quatre affaires subséquentes : *Gasparini*, (§ 53 et s.), *Van Straaten* (§ 49 et 50), *Kretzinger* (§ 34 et s.) et *Kraaijenbrink* (§ 23 et s.). Relevons que, dans la deuxième affaire, la Cour a notamment déclaré qu’« il n’est pas exigé que les quantités de drogue en cause dans les deux États contractants concernés ou les personnes ayant prétendument participé aux faits dans les deux États soient identiques. Qu’il n’est donc pas exclu qu’une situation dans laquelle une telle identité fait défaut constitue un ensemble de faits qui, par leur nature même, sont indissociablement liés ». Notons aussi que, dans la dernière affaire, la Cour a considéré qu’il ne peut s’agir de “mêmes faits” sur la base du seul constat qu’ils sont reliés par la même intention criminelle. En effet, un lien subjectif entre des faits qui ont donné lieu à des poursuites dans deux États contractants différents n’assure pas nécessairement l’existence d’un lien objectif entre les faits matériels en cause.

Enfin, dans son arrêt *Mantello* du 16 novembre 2010,<sup>39</sup> la Cour a étendu l’interprétation autonome extensive qu’elle a donnée de l’*idem* de l’article 54 de la CAAS aux « mêmes faits » figurant dans le motif de refus obligatoire de l’article 3 § 2 de la décision-cadre sur le mandat d’arrêt européen. C’est ce qu’elle a expressément déclaré sur la base de l’objectif commun des deux dispositions consistant à éviter qu’une personne soit à nouveau poursuivie ou jugée au pénal pour les mêmes faits (§ 40).

Dans la mesure où elle donne une interprétation large du principe *ne bis in idem*, favorable aux justiciables, cette jurisprudence de la CJ consistant à retenir l’*idem* factuel a été saluée à juste titre par de nombreux commentateurs. Il y a d’autant plus de raisons de se réjouir qu’elle a inspiré la Cour européenne des droits de l’homme. En effet, se prévalant notamment de la jurisprudence de la CJ et recourant à des formulations analogues, la Cour de Strasbourg a également tranché en faveur de l’*idem factum* dans son arrêt rendu en grande chambre le 10 février 2009 dans l’affaire *Serge Zolotoukhine c. Russie*.<sup>40</sup> On ne peut malheureusement pas en conclure que l’*idem* est désormais appliqué de manière uniforme par les juridictions européennes. En effet, la CJ elle-même ne retient pas le même critère

<sup>39</sup> Pour un commentaire de cet arrêt, voir notamment Weyembergh (2011); Ouwerkerk (2011) p. 1687 et s.

<sup>40</sup> Pour un commentaire, voir entre autres Mock 2009, p. 867 et s.

dans tous les secteurs. Alors qu'elle n'a retenu que le critère de l'identité des faits matériels dans une procédure disciplinaire relative au droit de la fonction publique,<sup>41</sup> dans le secteur de la concurrence par contre, pour que l'*idem* soit réalisé, la Cour continue d'exiger non seulement l'identité des faits matériels mais également l'identité de l'intérêt juridique protégé. Dans son arrêt rendu le 14 février 2012 dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.*, la Cour n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée de changer d'orientation à cet égard et a continué de se référer à sa jurisprudence antérieure.<sup>42</sup> Elle n'a ainsi pas suivi les conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, qui s'inspirant en partie des conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharspton dans l'affaire *Gasparini*,<sup>43</sup> l'appelait à retenir les mêmes critères d'application dans l'ensemble du droit de l'Union en se « conformant » à l'arrêt *Zolotoukhine*.<sup>44</sup>

Par ailleurs, et si la jurisprudence de la CJ est indiscutablement venue apporter d'importantes et enrichissantes précisions sur les contours de l'*idem*, elle n'a pas répondu à toutes les questions soulevées par cette notion. A cet égard, on relèvera entre autres les multiples interrogations susceptibles d'apparaître quant au degré ou au niveau d'identité factuelle nécessaire. Il découle de l'arrêt *Van Straaten* notamment que l'identité nécessaire ne doit pas être totale. Mais il n'est pas aisé d'identifier le niveau minimal qu'elle doit atteindre pour conclure à l'existence effective de l'*idem factum*. Certes, la Cour oriente les autorités nationales en indiquant que l'ensemble des faits doivent, par leur nature même, être indissociablement liés dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet. Mais la mise en œuvre de ces critères n'est pas simple dans la pratique et dépendra des spécificités de chaque cas d'espèce. Nul doute que la CJ sera encore souvent appelée à donner des éclaircissements aux autorités nationales en la matière et aura autant d'occasions de poursuivre son œuvre d'interprétation. A ces questions touchant à l'identité des faits viennent s'en ajouter d'autres relatives à l'identité de l'auteur. La question de savoir quels sont les bénéficiaires du principe *ne bis in idem* a été brièvement abordée dans l'affaire *Gasparini*. A cette occasion, la Cour a logiquement précisé que seules les personnes qui ont été définitivement jugées une première fois peuvent tirer profit du principe. Elle s'est à cet égard prévalu de l'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'UE.<sup>45</sup> Bien d'autres interrogations sont susceptibles de surgir à ce sujet, entre autres à propos des personnes morales.<sup>46</sup> L'article 54 CAAS ne précise rien à cet égard mais utilise le terme général de « personne ». Si l'on admet le principe de la responsabilité

<sup>41</sup> CJ, arrêt du 5 mai 1966, *Gutman c. Commission*, aff. 18/65 et 35/65.

<sup>42</sup> CJ, arrêt du 14 février 2012 aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*, spéc. § 97.

<sup>43</sup> Conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharspton en date du 15 juin 2005, § 101.

<sup>44</sup> Conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, 8 septembre 2011, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*, § 111 et s.

<sup>45</sup> CJ, arrêt *Gasparini*, § 35 et s.

<sup>46</sup> A cet égard, voir notamment Roth 2009, p. 125.

pénale des personnes morales, on ne voit pas ce qui permettrait de les exclure du champ du principe.<sup>47</sup>

### 3.2 *Le bis*

En ce qui concerne l'identification des décisions susceptibles de fonder le *bis*, il y a un consensus pour dire qu'elles doivent être définitives. Mais pour le reste, ce deuxième élément du principe soulève une foule d'interrogations. En voici quelques exemples. En ce qui concerne le contenu de la décision, les décisions de condamnation seules sont-elles couvertes ou également les décisions d'acquiescement? Sur ce point le libellé du principe n'est pas homogène dans les différents instruments qui le consacrent. En ce qui concerne la nature et l'auteur de la décision, plusieurs questions se posent : ne s'agit-il que des décisions adoptées par les cours et tribunaux ou également des décisions des autorités de poursuites et des autorités de police? Les décisions visées doivent-elles avoir donné lieu à une appréciation sur le fond de l'affaire ou peuvent-elles être fondées sur un examen formel? Doivent-elles être judiciaires pénales ou peuvent-elles également être des décisions administratives? Dans quelle mesure faut-il prendre en compte les décisions relevant d'un processus de « justice négociée »?

La CJ a apporté certaines réponses aux questions précitées. À cet égard, cinq décisions méritent d'être citées. Dans trois d'entre elles (les affaires jointes *Gözütok* et *Brügge*, l'affaire *Van Straaten* et l'affaire *Gasparini*), la Cour a opté pour une interprétation large de la notion. Dans deux autres affaires (*Miraglia* et *Turansky*), elle a établi certaines limites.

Les premiers cas où la CJ a interprété largement le *bis* sont les affaires jointes *Gözütok* et *Brügge*.<sup>48</sup> Les questions préjudicielles posées respectivement par l'*Oberlandesgericht Köln* et le *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne* revenaient à demander à la Cour si le principe *ne bis in idem* consacré à l'article 54 de la CAAS s'applique aussi à des procédures d'extinction de l'action publique telles que les transactions convenues en l'espèce entre les autorités de poursuites et les individus en cause.

Dans sa décision du 11 février 2003, la Cour a répondu que le champ du principe *ne bis in idem* n'est pas limité aux seules décisions définitives rendues par les juridictions pénales mais couvre également les décisions prononcées par les parquets, dès lors que celles-ci mettent définitivement un terme aux poursuites. La

---

<sup>47</sup> Dans ce sens, voir d'ailleurs l'application du *ne bis in idem* en droit de la concurrence et la « *Freiburg proposal* » qui identifie plusieurs problématiques en la matière, parmi lesquelles, d'une part, le fait qu'il est parfois malaisé de déterminer si plusieurs entités constituent en fait la même personne morale et, d'autre part, la situation où les destinataires des doubles poursuites ou sanctions sont des entités juridiques différentes, i.e. une personne morale et une personne physique liée à la personne morale (Biehler et al. 2003, p. 9 et s.).

<sup>48</sup> Pour un commentaire, voir entre autres Vervaele 2005, p. 113 et s. et Fletcher 2003, p. 769 et s.

Cour y déclare ainsi que “le principe *non bis in idem* [...] s’applique également à des procédures d’extinction de l’action publique [...] par lesquelles le ministère public d’un État membre met fin, sans l’intervention d’une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet État, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations et, notamment, a acquitté une certaine somme d’argent fixée par le Ministère public” (§ 48). La Cour fonde cette interprétation autonome extensive du *bis* sur trois arguments principaux :

- la décision dont il s’agit émane d’une autorité appelée à participer à l’administration de la justice pénale dans l’ordre juridique concerné et, l’intéressé ayant été sanctionné, il y a bien eu usage du *jus puniendi* (§ 27 à 31) ;
- l’application de l’article 54 n’est pas subordonnée à l’harmonisation des législations pénales des États membres dans le domaine des procédures d’extinction de l’action publique (§ 32) ; il implique une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs et l’acceptation par chacun de l’application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente (§ 33) ;
- cette interprétation est la seule qui fasse prévaloir l’objet et le but de l’article 54 et de l’UE, c’est-à-dire la libre circulation et l’existence de l’espace de liberté, sécurité et justice (§ 35 et s.)

Pareille interprétation rend bien entendu les termes « jugé » et « jugement » de l’article 54 de la CAAS et de l’article 50 de la charte étriqués et dépassés et correspond mieux à certaines clauses plus larges, comme celle de l’article 4, 3) de la décision-cadre du 13 juin 2002. Dans son livre vert, la Commission suggère d’ailleurs d’abandonner les termes « jugé » ou « jugement » pour parler de « décision définitive ».

Dans l’affaire *Miraglia*, la CJ a mis des limites parfaitement logiques au principe *ne bis in idem*. En l’espèce, des procédures pénales avaient été lancées contre l’intéressé tant en Italie qu’aux Pays-Bas. Le procureur de la Reine n’avait toutefois pas engagé d’action pénale contre le prévenu au motif qu’une action pénale avait été engagée pour les mêmes faits en Italie. Mais les autorités néerlandaises se fondaient sur cette décision pour rejeter la demande d’entraide judiciaire émanant du *Tribunale di Bologna* en se prévalant du principe *ne bis in idem*. Considérant qu’une telle interprétation de l’article 54 de la CAAS conduisait à priver les deux États concernés de toute possibilité d’examiner la responsabilité de l’intéressé, le *Tribunale di Bologna* a posé à la CJ la question de savoir s’il y a lieu d’appliquer l’article 54 de la CAAS lorsque la décision judiciaire adoptée dans le premier État consiste en une renonciation à poursuivre l’action pénale sans aucun jugement sur le fond et sur la seule base que des poursuites ont été engagées dans un autre État. Dans son arrêt du 10 mars 2005, la Cour répond par la négative. Elle considère en effet que l’application de l’article 54 de la CAAS à une telle décision de clôture de la procédure pénale, – « adoptée par les autorités judiciaires d’un État membre en l’absence de toute appréciation du comportement *illicite* reproché au prévenu » (§ 34) – aurait pour effet de rendre plus difficile, voire de faire obstacle à toute possibilité concrète de sanctionner dans les États

membres concernés le comportement illicite reproché au prévenu (§ 33) et qu'une telle approche irait à l'encontre de l'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice « au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière [...] de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène » (§ 34). Certes, dans cet arrêt, la Cour ne fait pas expressément de l'examen au fond une condition absolue de l'application de l'article 54,<sup>49</sup> il n'en demeure pas moins qu'il pouvait implicitement être compris comme laissant entendre que la clôture d'une affaire sur la base de règles touchant uniquement à la procédure est insuffisante pour justifier l'application de l'article 54 de la CAAS.

Dans les affaires *Van Straaten* et *Gasparini*, une des questions posées consistait à savoir si une décision d'acquiescement adoptée par une juridiction est susceptible de fonder le *bis*. Les raisons fondant l'acquiescement étaient toutefois différentes : alors que dans la première affaire, il s'agissait d'une décision définitive d'un tribunal néerlandais (*l'Arrondissementsrechtbank te's Hertogenbosch*) par laquelle un prévenu était acquitté pour insuffisance de preuves – qui impliquait donc une appréciation au fond –, dans l'affaire *Gasparini*, il s'agissait d'une décision définitive d'acquiescement prononcée par une juridiction portugaise (le *Supremo Tribunal de Justiça*) pour cause de prescription conformément à la loi pénale de cet État – qui n'impliquait donc pas une appréciation au fond.

Dans son arrêt du 28 septembre 2006 rendu dans l'affaire *Van Straaten*, et suivant en cela les conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer,<sup>50</sup> la Cour admet la réalisation du *bis*. Pour ce faire, elle invoque trois arguments principaux:

- la formulation de l'article 54 CAAS lui-même, qui ne précise pas le contenu que doit avoir la décision définitive et dont il découle que le "*bis*" ne s'applique pas seulement à des décisions de condamnation (§ 55 et 56) ;
- une interprétation différente porterait atteinte à l'objectif de l'article 54, c'est-à-dire à la libre circulation des personnes (§ 57 et 58) ;
- elle porterait également atteinte aux principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime (§ 59).

Dans son arrêt du 29 septembre 2006, et rejetant par là les conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharpston,<sup>51</sup> la Cour admet qu'une décision d'acquiescement fondée sur la prescription et ne reposant donc pas sur une appréciation au fond mais bien sur une question de procédure, puisse aussi fonder le *bis*. Ce faisant, la Cour a privilégié l'« approche procédurale ». A cette fin, elle se prévaut de la lettre de l'article 54 CAAS (§ 23–24), de l'objectif de libre circulation des personnes (§ 27 et 28) et de l'argument fondé sur la confiance mutuelle (§ 29 et 30). Certes, cette décision retient une interprétation autonome large du *bis* et relève plutôt d'une approche favorable à

<sup>49</sup> Wassmeier 2006, p. 126; Ligeti 2009, p. 40.

<sup>50</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 18 juin 2006, § 49 et s.

<sup>51</sup> Conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharpston du 15 juin 2006.

la fois aux justiciables et à la reconnaissance mutuelle. Il n'en demeure pas moins qu'elle pose question. L'arrêt *Miraglia* et la mention de l'appréciation au fond dans l'arrêt *Van Straaten* (§ 60) aurait pu laisser penser que la Cour allait rejeter la réalisation du *bis* dans cette affaire. La décision surprend d'autant plus que les arguments particulièrement convaincants avancés par l'Avocat général Eleanor Sharpston dans ses conclusions pour défendre « l'approche au fond » n'ont pas été rencontrés par la Cour dans son argumentation. L'Avocat général faisait valoir que cette approche répondait de manière plus fidèle à la logique qui sous-tend le principe *ne bis in idem* et permettait un meilleur équilibre entre les deux objectifs poursuivis : la libre circulation des personnes et l'exercice de ce droit dans un espace de liberté, de sécurité et de justice caractérisé par un niveau élevé de protection et au sein duquel la criminalité est effectivement contrôlée. A cet égard, et pour reprendre les termes de Robert Roth, le critère de l'examen au fond n'est-il pas la digue qui protège contre l'impunité sans fondement?<sup>52</sup> Enfin, selon Eleanor Sharpston, « l'approche au fond » se trouvait également justifiée par la jurisprudence élaborée jusqu'à présent par la Cour tant en ce qui concerne l'interprétation de l'article 54 CAAS (entre autres l'arrêt *Miraglia*) qu'en matière de droit de la concurrence (notamment l'affaire *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission*).

Dans l'affaire *Bourquain*,<sup>53</sup> la Cour a notamment précisé que les jugements par contumace ne sont pas exclus du champ d'application de l'article 54 CAAS et sont donc susceptibles de constituer une décision définitive au sens de cette disposition.

Dans l'affaire *Turansky*, la question préjudicielle posée par le *Landesgericht für Strafsachen Wien* consistait à savoir si le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 CAAS, s'applique à une décision par laquelle une autorité de police, au terme d'un examen au fond de l'affaire, a ordonné, à un stade préalable à l'incrimination d'une personne soupçonnée d'un délit, la suspension des poursuites pénales. Dans son arrêt du 22 décembre 2008, la Cour n'a pas exclu qu'une décision d'une autorité de police puisse fonder le *bis*. Elle déclare cependant que, pour apprécier si une décision est « définitive », c'est vers le droit de l'Etat dont provient la décision qu'il faut se tourner (§ 35). Or le droit national de l'Etat contractant dont les autorités de police ont pris la décision en cause, à savoir le droit slovaque, ne considère pas cette décision comme mettant définitivement fin à l'action publique (§ 40) ; la Cour en conclut que pareille décision ne saurait dès lors constituer une décision permettant de considérer que cette personne a été « définitivement jugée » au sens de l'article 54 CAAS. De cet arrêt il résulte que le caractère *autonome* d'interprétation de la décision définitive fondant le *bis* a des limites. Comme nous l'avons souligné précédemment, conformément à la définition autonome donnée par la Cour, pour pouvoir être qualifiée de jugement définitif au sens de l'article 54 CAAS, une décision doit mettre fin aux poursuites pénales et éteindre l'action publique d'une manière définitive. Mais c'est le droit national d'où provient ladite décision qui détermine si celle-ci met effectivement

<sup>52</sup> Roth 2009, p. 128.

<sup>53</sup> Pour un commentaire de cet arrêt, voir notamment Kauff-Gazin 2009, p. 24.

fin aux poursuites pénales et éteint l'action publique. Il serait en effet incohérent d'admettre l'application du principe *ne bis in idem* dans le cas où, dans le droit dont elle est issue, la décision adoptée n'est pas définitive au sens de la jurisprudence de la CJ...

Enfin, dans l'arrêt *Mantello*, ayant procédé à une reformulation de la question posée (§ 43), la Cour se prononce également sur le *bis* mais tel que consacré dans le motif de refus contraignant de l'article 3, 2) de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. A ce propos, la CJ déclare notamment que « le caractère 'définitif' d'un jugement visé à l'article 3, point 2, de la décision-cadre relève du droit de l'État membre où ce jugement a été rendu ». Ce faisant, elle applique par analogie les enseignements de l'arrêt *Turansky* (§ 46 et 47). Mais elle va plus loin et en déduit que, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, où l'autorité judiciaire d'émission, en réponse à une demande d'information, a constaté que son jugement précédent ne couvrait pas les faits visés dans son mandat d'arrêt et ne faisait donc pas obstacle aux poursuites visées dans ce mandat d'arrêt, l'autorité judiciaire d'exécution devait tirer toutes les conséquences des appréciations effectuées dans sa réponse par l'autorité judiciaire d'émission. Ainsi, la Cour ne déclare plus simplement qu'il convient de se reporter au droit interne dont provient la décision pour voir si celle-ci met effectivement fin aux poursuites pénales et éteint l'action publique mais, il s'agit ici, contrairement aux conclusions de l'Avocat général Yves Bot,<sup>54</sup> d'inviter l'autorité d'exécution du mandat d'arrêt européen à se conformer à l'analyse réalisée par l'autorité d'émission, en d'autres termes à lui faire confiance quant à l'analyse concrète de la première décision rendue. La Cour semble de la sorte avoir considérablement étendu la limite mise par elle à l'interprétation autonome de la notion du *bis* dans l'affaire *Turansky*. Elle paraît donner son aval à la philosophie qui sous-tend le principe de la reconnaissance mutuelle et consiste à effectuer l'essentiel des contrôles dans l'Etat d'émission et à éviter autant que possible les doubles vérifications.<sup>55</sup> La question se pose toutefois de savoir comment concilier cette approche avec la nature contraignante du motif de refus de l'article 3, 2) de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen.

Bien que certains posent question, les éclaircissements donnés par la CJ à travers les arrêts qui précèdent sont essentiels. Toutes les interrogations relatives aux décisions susceptibles de fonder le *bis* n'ont cependant pas été tranchées. A ce propos, on relèvera l'intérêt de certaines affaires pendantes telles que l'affaire *Bonda*, qui ne porte pas sur l'interprétation de l'article 54 CAAS mais bien sur l'application de l'article 50 de la charte et devrait donner à la Cour l'occasion de se prononcer de manière approfondie sur le point de savoir à quelles conditions une

---

<sup>54</sup> Conclusions de l'Avocat général Yves Bot du 7 septembre 2010.

<sup>55</sup> Dans ce sens, voir Weyembergh [2011](#), p. 177 et s; Weyembergh [2012](#).

procédure a un caractère pénal ou quasi-pénal et entraîne l'application du principe *ne bis in idem*.<sup>56</sup>

## 4 Les limites à l'application du principe et les exceptions ou dérogations permises

Nous envisagerons successivement les limites apportées à l'application du principe en cas de décision de condamnation (4.1.) et les exceptions et dérogations permises (4.2.).

### 4.1 *Les limites à l'application du principe : les conditions liées à l'exécution d'une décision définitive de condamnation*

Comme d'autres instruments, et moyennant parfois certaines variations terminologiques, l'article 54 CAAS *in fine* met des limites à l'application du principe *ne bis in idem* lorsque les décisions définitives sont des décisions de condamnation. Dans ce cas, il ne s'applique en effet qu'à la condition que « la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation ».

Ces limites soulèvent une série de questions. La Cour répond à certaines d'entre elles dans deux de ses arrêts interprétant l'article 54 CAAS, à savoir les arrêts *Kretzinger* et *Bourquain*. Ainsi, elle a par exemple estimé, dans son arrêt du 18 juillet 2007 rendu dans l'affaire *Kretzinger*, qu'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis, en ce qu'elle pénalise le comportement illicite d'une personne condamnée, constitue une sanction au sens de l'article 54 CAAS. Ladite peine doit être considérée comme étant « actuellement en cours d'exécution » dès que la condamnation est devenue exécutoire et durant la période d'épreuve. Ensuite, une fois la période d'épreuve achevée, la peine doit être considérée comme « ayant été subie » au sens de cette même disposition (§ 42 et s.). Dans ce même arrêt, la Cour a, par contre, jugé que, au sens de l'article 54 CAAS, la sanction prononcée par une juridiction d'un État contractant ne peut pas être considérée comme « ayant été subie » ou « actuellement en cours d'exécution » lorsque le prévenu a été brièvement mis en garde à vue et/ou en détention provisoire et lorsque, selon le droit de l'État de condamnation, cette privation de liberté doit être imputée sur l'exécution ultérieure de la peine d'emprisonnement (§ 52).

Par ailleurs, l'on peut se demander comment concilier les restrictions précitées avec la charte des droits fondamentaux de l'UE qui, comme le protocole n° 7 à la

---

<sup>56</sup> Affaire C-489/10 (voir les conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott rendue le 15 décembre 2011).



CEDH, n'en prévoient pas. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que, pour rappel, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la charte s'est vu élevée au rang de droit européen primaire et est dès lors, dans la hiérarchie des normes, d'un niveau supérieur à la CAAS. Ces limites sont-elles conformes à son article 50? L'article 52 § 1 de la charte admet des limitations aux droits consacrés mais uniquement si elles satisfont à quatre conditions, à savoir légalité, respect du contenu essentiel du principe, nécessité, et proportionnalité. Certaines juridictions nationales se sont d'ores et déjà penchées sur le rapport entre l'article 50 de la charte et l'article 54 CAAS. C'est le cas du *Bundesgerichtshof*, qui, dans une décision du 25 octobre 2010,<sup>57</sup> considère que les limites précitées sont couvertes par l'article 52 § 1 de la charte, en se basant principalement sur les explications relatives à la charte des droits fondamentaux fournies par le Présidium de la convention sur l'avenir de l'UE.<sup>58</sup> Cette approche a été confirmée quelques semaines plus tard dans un cas d'espèce similaire, d'une part, par le *Bundesgerichtshof* via un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2010<sup>59</sup> et, d'autre part, par le *Bundesverfassungsgericht* à travers un arrêt du 15 décembre 2011.<sup>60</sup> Aucune de ces deux juridictions n'a malheureusement posé une question préjudicielle à la CJ, ce qui était pourtant demandé par l'individu intéressé. Par ailleurs, si l'on peut comprendre la position retenue, les explications précitées fournies par le Présidium – dont le statut est pour le moins controversé – ne permettent pas à notre avis de faire l'économie d'une vérification de la conformité de ces limites aux quatre conditions prévues par l'article 52, § 1<sup>er</sup>. Si les deux premières (légalité et respect du contenu essentiel du principe<sup>61</sup>) nous semblent bien satisfaites, la réalisation des deux dernières (nécessité et proportionnalité) aurait pour le moins pu donner lieu à davantage de précisions.<sup>62</sup>

## 4.2 Les exceptions

L'impact du principe *ne bis in idem* est également limité par les exceptions que prévoient certains textes pertinents. Comme la convention de 1987, la CAAS ne consacre plus ces exceptions de manière générale mais les maintient en permettant à toute Partie contractante de déclarer qu'elle n'est pas liée par le principe *ne bis in idem* dans un ou plusieurs des trois cas qu'elle liste. Ceux-ci tiennent pour

<sup>57</sup> BGH, Beschluss vom 25 Oktober 2010 – 1 StR 57/10, § 6 et s. et spécialement § 13.

<sup>58</sup> CHARTE 4473/1/00 REV 1, 19 octobre 2000, p. 50 et publiées au JO n° C 303, 14 décembre 2007, p. 17.

<sup>59</sup> BGH, Beschluss vom 1 Dezember 2010 – 2 StR 420/10.

<sup>60</sup> BverfG, 2 BvR 148/11, spécialement § 43.

<sup>61</sup> A cet égard, voir le raisonnement tenu dans l'une de ces affaires par le *Landgerichts Aachen* du 23 mars 2010, 52 Ks 10/09.

<sup>62</sup> En particulier à propos de la condition de nécessité, voir le livre vert de la Commission.

l'essentiel soit au lieu de commission de l'infraction, soit au caractère public de son auteur, soit encore au caractère public de la cible de l'infraction.<sup>63</sup>

Certes, toutes les Parties contractantes n'ont pas fait ce type de déclaration<sup>64</sup>; il est par ailleurs expressément précisé qu'à tout moment une Partie contractante, qui aurait fait une telle déclaration relative à une ou plusieurs exceptions peut la retirer (article 55 § 3) et que ces exceptions ne s'appliquent pas lorsque la Partie contractante concernée a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à l'autre Partie contractante ou accordé l'extradition de la personne visée (article 55 § 4). Certes, les conséquences choquantes que certaines de ces exceptions peuvent entraîner au plan individuel sont amoindries par la « clause de déduction de la peine » (article 56). Il n'en demeure pas moins que la possibilité de prévoir de telles dérogations et le recours qui y a été fait vident l'article 54 d'une bonne partie de son contenu. En résulte en outre une application à géométrie variable du *ne bis in idem* au sein de l'Union, ce au détriment du principe de la sécurité juridique.

Supprimer ces exceptions est pourtant extrêmement délicat, comme l'ont révélé les négociations et l'abandon de la proposition grecque.<sup>65</sup> L'on peut toutefois sérieusement se poser la question de savoir si ces dérogations sont conformes à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'UE. A cet égard, l'on pourrait être tenté d'appliquer le même raisonnement que celui retenu par le *Bundesgerichtshof* et le *Bundesverfassungsgericht* en ce qui concerne les limites prévues par l'article 54 CAAS *in fine*. S'il n'est pas expressément question de l'article 55 dans les arrêts précités du *Bundesgerichtshof*, l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht* paraît par contre aller dans ce sens.<sup>66</sup> Cette approche est logique, si comme ces deux juridictions, l'on se fie aux explications données par le Présidium qui déclarent en général que les exceptions permettant aux Etats membres de déroger au principe *non bis in idem* sont couvertes par la clause horizontale de l'article 52, § 1, sans faire de distinction entre les articles 54 et 55 CAAS. Si, par contre, l'on relativise le statut des explications en question et si l'on procède à un examen approfondi de conformité de ces exceptions aux quatre conditions de l'article 52 § 1<sup>er</sup> précité, l'on s'apercevra que la réalisation de la condition qui exige que les limitations respectent le contenu essentiel du principe *ne bis in idem* est sujette à caution. Ces dérogations donnent la priorité aux intérêts des Etats et à des considérations liées à la défense de leur souveraineté nationale par rapport aux droits fondamentaux et à la réalisation d'un espace de justice au sein de l'UE.<sup>67</sup> C'est dans ce contexte, et même si son raisonnement paraît à certains égards « simpliste »,<sup>68</sup> que la décision rendue par le *Tribunale di Milano* le

<sup>63</sup> Voir l'article 55, § 1<sup>er</sup> de la CAAS cité *supra*. Dans un sens comparable, voy. la convention PIF et celle sur la corruption.

<sup>64</sup> La Belgique par exemple n'a pas fait usage de la possibilité consacrée par l'article 55 de la CAAS.

<sup>65</sup> Weyembergh 2004, p. 337.

<sup>66</sup> (« ... ) Damit sind die Article 54 bis 58 SDÜ erfasst (...) » (§ 44).

<sup>67</sup> Dans ce sens, voir notamment Ligeti 2009, p. 41.

<sup>68</sup> Voir à cet égard, le commentaire critique adressé par Amalfitano 2012.

6 juillet 2011 nous semble devoir être mentionnée. Se fondant principalement sur l'« applicabilité immédiate et directe » de l'article 50 de la charte, le *Tribunale* écarte l'application des dérogations fondées sur l'article 55 a) CAAS. Lui non plus n'a pas saisi la CJ d'une question préjudicielle, la privant par là d'une opportunité de se prononcer sur le sujet et d'éventuellement conclure à l'invalidité des dérogations de l'article 55 au profit du principe *ne bis in idem*.<sup>69</sup>

## 5 Conclusion

Par les arrêts précités portant sur l'article 54 CAAS, la CJ a dégagé une interprétation autonome du principe *ne bis in idem*. Comme l'atteste l'arrêt *Turansky*, elle a toutefois pris en compte, dans une certaine mesure, le droit interne des États dont proviennent les décisions susceptibles de fonder le *bis*. Qu'il s'agisse du *bis* ou de l'*idem*, son interprétation autonome va le plus souvent dans un sens extensif, favorable aux justiciables et au principe de la reconnaissance mutuelle en matière pénale. Certes, par les arrêts rendus dans les affaires *Miraglia* et *Turansky*, la Cour a mis certaines limites au principe *ne bis in idem*, fixant de la sorte également des limites à la reconnaissance mutuelle.

A certains égards, cependant, l'approche de la CJ nous paraît poser question. Ainsi, dans l'affaire *Gasparini*, l'on peut se demander si l'application large du *ne bis in idem* et, plus précisément le choix de « l'approche formelle » permet de réaliser un juste équilibre entre le principe de la reconnaissance mutuelle et la libre circulation, d'une part, et la réalisation d'un espace de sécurité où la lutte contre la criminalité et l'impunité est suffisamment effective, d'autre part. En ce qui concerne l'arrêt *Mantello*, l'on peut se demander si l'approche de la Cour consistant à exiger un degré élevé de confiance mutuelle dans le chef de l'autorité d'exécution par rapport aux assertions de l'autorité d'émission permet de réaliser un juste équilibre mais, cette fois, entre d'une part, la reconnaissance mutuelle et l'effectivité de la lutte contre la criminalité et, d'autre part, les considérations liées à la protection des droits fondamentaux. Dans cette affaire en effet il était question non pas du *ne bis in idem* comme mode de coopération *per se* mais comme motif de refus contraignant de l'exécution du mandat d'arrêt européen. L'approche de la Cour favorable à la reconnaissance mutuelle a en quelque sorte joué en défaveur de l'application du principe *ne bis in idem*, ou plus exactement d'un contrôle effectif du respect de ce principe par l'autorité d'exécution.

---

<sup>69</sup> Pour un raisonnement analogue intéressant voir CJ, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2011 affaire *Test-Achat* C-236/09, où elle a déclaré invalide l'article 5, § 2, de la directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, comme étant contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit cette même directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte.

En dépit de ces quelques interrogations ou réserves, la jurisprudence de la CJ en la matière constitue, par les précisions qu'elle apporte, une contribution fondamentale à la mise sur pied d'un espace européen de justice pénale. La Cour poursuivra à l'avenir son œuvre en la matière, et ce de manière plus intense encore que par le passé, compte tenu du renforcement de ses compétences suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. A ce propos, l'on peut entre autres espérer que les juridictions nationales établiront le dialogue avec elle et lui donneront de nombreuses occasions d'intervenir. L'on peut aussi espérer qu'elle veillera à la cohérence du droit de l'Union et que la Cour répondra aux appels qui lui ont notamment été lancés par certains Avocats généraux en mettant fin au manque d'uniformité dans les critères d'application du principe selon les secteurs du droit de l'Union.

Même si ces espoirs devaient être exaucés, la jurisprudence de la Cour ne rendra de toute façon pas superflue une intervention du législateur de l'Union. Une codification de certaines précisions apportées par la Cour dans sa jurisprudence de même que la résolution de certaines interrogations restées sans réponse à ce jour ne seraient certainement pas inutiles. Mais surtout, pareille initiative devrait viser à actualiser ou moderniser le principe *non bis in idem* de manière à le mettre davantage en conformité avec les objectifs qui sont aujourd'hui ceux de l'Union, et ce au plan de l'*idem*, du *bis* mais également au plan des limitations et des exceptions mises ou admises au principe par les articles 54 et s. CAAS. A cet égard, on regrettera qu'aucun des textes programmatiques récents en matière d'espace de liberté, de sécurité et de justice ne mette à l'agenda une initiative législative destinée à développer le principe *ne bis in idem*.<sup>70</sup> Il n'en est question ni dans les points relatifs aux développements de la reconnaissance mutuelle, ni dans ceux qui concernent le rapprochement des garanties procédurales en matière pénale.<sup>71</sup> Enfin et pour terminer, comme beaucoup l'ont souligné, le principe *ne bis in idem*, bien qu'essentiel, n'est pas la solution à tous les maux. Il intervient en réalité « en aval », lorsqu'un conflit positif de juridiction n'a pu être prévenu et conduit à privilégier le premier Etat qui a agi. Il convient dès lors d'en accompagner les développements par la fixation de critères communs et contraignants de compétence, qui interviendraient en amont et devraient permettre de prévenir les conflits mais aussi de favoriser l'approfondissement du principe *ne bis in idem* lui-même.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Voir notamment le silence sur ce point du programme de Stockholm.

<sup>71</sup> Une telle initiative aurait notamment pu trouver sa place dans le cadre de la feuille de route sur les garanties procédurales (pour des regrets à cet égard, voir entre autres Bravo 2011), p. 393.

<sup>72</sup> Voir notamment le livre vert de la Commission.

## Références

- Amalfitano C (2012) Il principio del *ne bis in idem* tra caas e carta dei diritti fondamentali del l'Unione Europea. Cassazione penale, 2012, à paraître
- Biehler A, Kniebühler R, Lelieur-Fischer J, Stein S (éds) (2003) Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union. Freiburg i.Br., Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 36 pp
- Bravo T (2011) Ne bis in idem as a defence right and procedural safeguard in the EU. NJECL 2:393–401
- Fletcher M (2003) Some developments to the ne bis in idem principle in the EU: criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge. Modern Law Rev 769–780
- Friedland ML (1969) Double jeopardy. Clarendon Press, Oxford
- Henzelin M (2005) Le *ne bis in idem*, un principe à géométrie variable. Revue pénale suisse 123:345–382
- Karakosta C (2009) L'article 4 du protocole n° 7: un droit à portée incertaine. In: Braum S, Weyembergh A (eds) Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, pp 111–119
- Kauff-Gazin F (2009) Portée du principe ne bis in idem. Europe 70:24
- Lelieur-Fischer J (2005) La règle *ne bis in idem*. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, Thèse pour le doctorat en droit présentée le 9 décembre 2005 à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 615 p
- Ligeti K (2009) Rules on the application of *ne bis in idem* in the EU. eucrim 1–2:37–43
- Mock HP (2006) « Ne bis in idem » une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu'à Strasbourg (Arrêt C-436/04 de la CJ des Communautés européennes, du 9 mars 2005, Leopold Henri Van Esbroeck). Rev trim dr h 67:635–645
- Mock HP (2009) Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits. Rev trim dr H p 867 et s
- Ouwerkerk J (2011) Case C-261/09, Criminal proceedings against Gaetano Mantello. Judgment of the court of justice of 16 November 2010. CMLR 48:1687–1701
- Pradel J, Corstens G et Vermeulen G (2009) Droit pénal européen, Paris, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd. 834 pp
- Roth R (2009) Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes. In: Braum S, Weyembergh A (eds) Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, éd. de l'Université de Bruxelles Bruxelles, pp 121–141
- Vervaele JAE (2005) The transnational ne bis in idem principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights. Utrecht Law Rev 1:100–118
- Wassmeier M (2006) Ne bis in idem. RIDP 77:121–130
- Weyembergh A (2004) Le principe *ne bis in idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen? Cahiers de droit européen, pp 337–375
- Weyembergh A (2011) Les arrêts de la CJUE du 21 octobre 2010 dans l'affaire *I.B.* et du 16 novembre 2010 dans l'affaire *Mantello*. Journal de droit européen 177:71–73
- Weyembergh A (2012) Judicial control in cooperation in criminal matters: the evolution from traditional judicial cooperation to mutual recognition. In: Ligeti K (ed) The future of prosecution in Europe, vol 1, Hart Publishing, Oxford, à paraître