HAL
open science

Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits

Sébastien Fucini

To cite this version:

Sébastien Fucini. Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits. Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles , 2014, pp.147-176. hal-02299858

HAL Id: hal-02299858

https://amu.hal.science/hal-02299858v1

Submitted on 23 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉTUDES

Principe *non bis in idem* et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits

Sébastien FUCINI

ATER à l'Université d'Aix-Marseille

1. Dialogue des juges. Les droits fondamentaux, protégés par de multiples sources, légales, conventionnelles, européennes et constitutionnelles, constituent un cumul de systèmes qu'il convient de coordonner et de rationnaliser, afin de concilier les éventuelles jurisprudences antagonistes. Parfois, un véritable dialogue doit s'instaurer, sans lequel la conciliation des positions des différentes juridictions ne pourrait s'opérer. Il en a été ainsi s'agissant de la conciliation de la priorité de la question de constitutionnalité et du contrôle d' « unionité »[1], tant il est vrai que rien n'imposait au Conseil constitutionnel d'infléchir sa position sous l'influence de la Cour de justice de l'Union européenne[2] ou de quelque autre juridiction. L'arrêt *Melki et Abdeli*[3] a constitué un excellent exemple de ce dialogue[4], le Conseil constitutionnel[5] et le Conseil d'État[6], à l'inverse, cependant, de la Cour de cassation[7], adoptant une position conciliatrice.

---

[1] A. LEVADE et E. SAULNIER-CASSIA, « Dialogue contradictoire autour de l'arrêt de la Cour de justice : le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est-il compatible avec le droit de l'Union ? », *Constitutions* 2010, p. 519.

[2] V. cependant, Cons. const. 4 avr. 2013, n° 2013-314P, *RFDC* 2013, p. 992, obs. M.-E. MORIN ; *RSC* 2013, p. 903, obs. B. de Lamy, *AJ* Pénal 2014, p. 44, obs. J. LELIEUR. Par cette décision, le Conseil constitutionnel renvoie une question préjudicielle à la CJUE concernant le mandat d'arrêt européen sur le fondement de l'article 88-2 de la Constitution.

[3] CJUE 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. C-188/10.

[4] V., à ce sujet, D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs* 2011/2, n° 137, p. 19 ; X. MAGNON, « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC* 2010, p. 761 ; F. Donnat, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *D.* 2010, p. 1640 ; v. également, sur le dialogue des juges, B. AUBERT et C. SAAS, « Les échos entre cours suprêmes », *AJ Pénal* 2011, p. 277

[5] Cons. const. 12 mai 2010, n° 2010-605 DC.

[6] CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

[7] Cass. QPC, 29 juin 2010, n° 10-40.001.

2. Protection différenciée des droits fondamentaux. Si ce dialogue des juges a de l'importance, cela ne signifie pas pour autant que les positions des différentes juridictions protégeant les droits fondamentaux doivent être identiques ou similaires. Tout l'intérêt de la combinaison des différents systèmes de protection des droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires est d'offrir la protection la plus élevée, la hiérarchie s'opérant entre ces différentes juridictions permettant bien souvent de concilier toute contradiction. S'il est vrai que le Conseil constitutionnel n'est pas tenu par la jurisprudence issue des cours européennes, les juridictions des ordres judiciaire et administratif le sont.

3. Principe *non bis in idem* et jurisprudences antagonistes. De multiples exemples de protection différenciée entre les juridictions peuvent être cités[8], mais il est un principe qui donne actuellement lieu à une jurisprudence abondante et contradictoire : le principe *non bis in idem*. Par des arrêts très importants, la CJUE[9], la Cour de cassation[10] et la CEDH[11] se sont prononcées pour préciser leur interprétation de ce principe. Il s'agissait, dans chacune de ces espèces, de la question du cumul, pour les mêmes faits, entre une sanction administrative ou fiscale d'une part et une sanction pénale d'autre part. Illustration d'une divergence radicale entre la CEDH et la CJUE pour certains[12], d'une conciliation de leurs positions pour d'autres[13], d'une application par la Cour de cassation de la décision de la Cour de justice pour certains autres[14] ou

[8] J.-B. PERRIER, « La question prioritaire de constitutionnalité et la matière pénale. De la concurrence à la complémentarité dans la protection des droits et libertés fondamentaux », in J.-B. PERRIER (Dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 245.

[9] CJUE 26 févr. 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 33 s. ; AJ Pénal 2013, p. 270, obs. C. COPAIN.

[10] Crim. 22 janv. 2014, n° 12-29.166, *AJ Pénal* 2014, p. 180, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.* 2014, p. 600, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Dr. pénal* 2014, étude 6, note L. de GRAËVE ; *ibid.* 2014, comm. 67, obs. E. BONIS-GARÇON ; *JCP G* 2014, 345, note Ch. MAURO ; *Dr. bancaire et financier* 2014, comm. 83, note P. PAILLER.

[11] CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens et al. c. Italie*, n° 18640/18, *Dr. des sociétés* 2014, comm. 87, obs. S. TORCK.

[12] C. ROTH et F. BURGAUD, « Charte des droits fondamentaux *vs* Convention européenne : dommages collatéraux en vue », *D.* 2013, p. 1977.

[13] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Sanctions administratives et sanctions pénales des abus de marché : confirmation de l'admission du cumul », *AJ Pénal* 2014, p. 180.

[14] Ch. MAURO, note sous Crim. 22 janv. 2014, préc. ; E. BONIS-GARÇON, préc.

d'une contradiction de cette décision pour d'autres encore[15], des questions se posent quant à la combinaison et à l'harmonisation de ces décisions. Tout le débat provient de lectures divergentes de la décision de la Cour de justice, qui rejaillissent sur sa confrontation à la jurisprudence de la CEDH et à celle des juges nationaux. Les positions des cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas si conflictuelles, et sont même en harmonie, mais les juges internes, aussi bien la Cour de cassation que le Conseil d'État, résistent face à cette jurisprudence qu'ils refusent, pour diverses raisons, d'appliquer.

4. *Non bis in idem* et sanctions administratives. Le principe *non bis in idem* ne pose qu'assez peu de difficultés s'agissant du cumul de poursuites pénales au sens français[16], même si le sens de l'i*dem*, du cumul interdit, est quelques fois dévoyé[17]. En revanche, des difficultés surgissent s'agissant du cumul de sanctions administratives et de sanctions pénales. Si ce cumul existe dans de nombreux pays, il est particulièrement exacerbé en France du fait de l'indépendance des deux ordres juridictionnels[18]. Les problèmes suscités par cette situation sont de taille : peut-on cumuler une sanction de l'Autorité des marchés financiers et une sanction pénale, une sanction fiscale et une sanction pénale, ou plus largement, une sanction prononcée par une autorité administrative et une sanction pénale ?

5. Importance du principe *non bis in idem*. Le principe *non bis in idem*, qui est le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction ou pour les mêmes faits, est un droit fondamental particulièrement important, et en ce sens protégé par la Convention européenne des droits de l'homme[19] et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[20]. Il vise à protéger l'intéressé contre la multiplication des poursuites qui pourraient être exercées à son encontre, et il est en cela fondé, pour un auteur, sur le droit à la sûreté et le droit à la dignité[21]. Or, l'existence de plusieurs systèmes, celui de la Convention européenne

---

15 N. RONTCHEVSKY, obs. sous Crim. 22 janv. 2014, préc.

16 V. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, 9e éd., 2013, n° 2663, p. 1581 s. ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 17e éd., 2013, n° 1032 s., p. 917 s.

17 Crim. 13 déc. 1990, n° 90-80.108, *Bull. crim.* n° 433.

18 V. A. VAN LANG, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005, p. 1760.

19 Art. 4 du protocole n° 7.

20 Art. 50.

21 J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Thèse Paris I, 2005.

des droits de l'homme, celui de l'Union européenne, combinés aux mécanismes nationaux de protection des droits fondamentaux, complexifie leur articulation, ce qui peut compromettre la bonne application du principe *non bis in idem*. Cette multiplication de mécanismes vise pourtant à assurer une meilleure protection des droits fondamentaux, et il faut donc correctement les articuler pour comprendre comment mettre fin aux positions antagonistes qui peuvent exister.

6. Plan. Si les positions concernant le principe *non bis in idem*, appliqué au cumul de poursuites administratives et de poursuites pénales, sont, pour partie, antagonistes entre les juridictions européennes et les juridictions nationales (I), elles finiront nécessairement par être harmonisées dans le sens d'une meilleure protection de ce principe (II).

I. L'antagonisme des positions sur le principe *non bis in idem*

7. Les positions récemment réaffirmées du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice, de la CEDH et de la Cour de cassation montrent que les juridictions nationales ont une position contraire à celle exprimée par les juges européens, aussi bien quant à l'applicabilité du principe (A) que quant à ses implications (B).

A. L'antagonisme des positions sur l'applicabilité du principe non bis in idem

8. Pour déterminer si le principe *non bis in idem* est applicable, il serait possible de l'envisager sous l'angle de l'autorité de la chose jugée, à travers l'identité d'objet, de cause et de parties. S'agissant cependant d'un principe fondamental qui ne s'applique qu'en matière pénale, il est d'abord nécessaire de se demander quelles sont les décisions susceptibles d'entraîner son application (1) avant de préciser le lien qui doit exister entre elles (2).

1. L'antagonisme des positions sur la nature des décisions visées

9. L'application aux décisions pénales internes. En droit interne, l'exercice de nouvelles poursuites pénales pour des faits qui ont donné lieu à une condamnation ou à une relaxe est interdit par deux dispositions différentes, insérées dans le Code de procédure pénale. L'article 368, tout d'abord, en vertu duquel « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente », et ensuite et surtout l'article 6, selon lequel l'action publique s'éteint, entre autres, par l'autorité de la chose jugée. Il

ne fait dès lors aucun doute que ce principe s'applique aux décisions définitives rendues par les juridictions pénales, aussi bien en matière criminelle que correctionnelle ou contraventionnelle. L'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme peut également être utilement invoqué, nul ne contestant qu'il s'applique tout au moins aux décisions rendues par les juridictions pénales : la chambre criminelle vise parfois cet article pour sanctionner le cumul de poursuites correctionnelles pour les mêmes faits[22]. En vertu de ces articles toutefois, le principe *non bis in idem* n'a vocation à s'appliquer qu'aux décisions pénales définitives prononcées par les juridictions françaises.

10. L'application à certaines décisions pénales étrangères. Le principe *non bis in idem* peut également s'appliquer si la première décision est une décision pénale étrangère. Cela est d'abord le cas au sein de l'espace Schengen, en vertu de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen. Contrepartie de l'ouverture des frontières entre les États parties à l'accord, cet article interdit d'exercer de nouvelles poursuites à l'encontre d'une personne qui déjà été définitivement jugée pour les mêmes faits dans un État partie à l'accord, « à condition que, en cas de condamnation, 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 ». Ce principe a globalement la même portée que celui existant en droit interne, et il ne s'applique que si la première décision est une décision définitive de condamnation ou de relaxe, y compris en raison de la prescription[23] ou de l'absence ou de l'insuffisance des preuves[24]. Par ailleurs, lorsque les juridictions pénales françaises sont compétentes en vertu de la compétence personnelle, l'article 113-9 interdit l'exercice de poursuites « contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ». Le premier terme de la répétition interdite peut ainsi être une décision pénale étrangère lorsque la loi pénale française n'est pas compétente sur le fondement de la territorialité.

11. CEDH et CJUE : applicabilité à la matière pénale. Mais de nombreuses difficultés surviennent lorsqu'il s'agit de « poursuites » et de sanctions administratives, fiscales, ou même disciplinaires. Le Conseil

[22] Crim. 19 janv. 2005, *AJ Pénal* 2005, p. 196, obs. F. PORTERON ; *RSC* 2005, p. 934, obs. J.-F. RENUCCI ; *D.* 2006, p. 622, obs. J. PRADEL.
[23] CJCE 28 sept. 2006, *Gasparini*, aff. C-467/04.
[24] CJCE 28 sept. 2006, *Van Straaten*, aff. C-150/05.

d'État applique le droit à ne pas être jugé deux fois s'agissant des sanctions disciplinaires[25] ou administratives[26] entre elles. Cependant, la Cour de cassation[27] et le Conseil d'État[28] refusent de reconnaître l'applicabilité du principe *non bis in idem* lorsque la première décision relève de l'autre ordre juridictionnel, au motif que la sanction du cumul porterait atteinte à la dualité d'ordres juridictionnels, mais aussi en ce que l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme est inapplicable compte tenu de la réserve d'interprétation formulée par la France lors de la ratification. Elle est ainsi rédigée : « le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole ». Malgré la jurisprudence de la CEDH relative à ce type de réserves[29], la Cour de cassation continue de refuser d'appliquer le principe *non bis in idem* pour sanctionner l'exercice de poursuites pénales pour des faits ayant déjà donné lieu à une sanction administrative[30]. La position de la CEDH est en revanche nettement plus tranchée : l'article 4 du protocole n° 7 prévoit que « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». Cet article est interprété par la Cour à la lumière de la notion de matière pénale contenue dans l'article 6 de la Convention : elle proclame que le principe *non bis in idem* est applicable dès lors que les deux poursuites relèvent de la matière pénale[31]. De cette jurisprudence, désormais clarifiée[32] et réaffirmée[33], il ressort que le principe *non bis in idem* a vocation à s'appliquer en présence d'une poursuite administrative relevant de la matière pénale et d'une poursuite pénale.

---

[25] CE 5 mars 1954, *Banque alsacienne privée et Dupont*, *RD Publ.* 1954, p. 804, note WALINE.
[26] CE 29 oct. 2009, *Air France c. ACNUSA*, n° 312825.
[27] Crim. 1er mars 2000, n° 99-86.299, *D.* 2000, p. 229, obs. A. LIENHARD ; *RSC* 2000, p. 629, obs. J. RIFFAULT ; *RTD Com.* 2000, p. 1028, obs. B. BOULOC.
[28] CE 26 déc. 2008, *Gonzales-Castrillo*, n° 282995, *Dr. fiscal* 2009, comm. 231, concl. P. COLLIN.
[29] V. *infra*, n° 38.
[30] Crim. 22 janv. 2014, préc.
[31] CEDH 23 oct. 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90.
[32] V. sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour, J. LELIEUR-FISCHER, préc., p. 182 s.
[33] CEDH 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, *JCP G* 2009, 143, obs. F. SUDRE ; *D.* 2009, p. 2014, obs. J. PRADEL ; *RSC* 2009, p. 675, obs. D. Roets ; CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens et al. c. Italie*, préc.

La CJUE a repris cette jurisprudence sur le fondement de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle a estimé, à propos du cumul d'une sanction fiscale et d'une sanction pénale, que le principe *non bis in* idem était applicable si la sanction fiscale avait une nature pénale. Elle ajoute par ailleurs que l'article 50 n'est pas applicable si la sanction fiscale ne revêt pas un caractère pénal, mais que l'État peut appliquer ses standards nationaux pour assurer une protection plus élevée, « à condition que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives »[34]. Certains ont pu voir dans cette précision l'autorisation, par la Cour de justice, d'un cumul de poursuites et de sanctions relevant de la matière pénale s'il était nécessaire à l'efficacité, à la proportionnalité et à la dissuasion[35], ou y ont vu une autonomie de la Charte par rapport à la Convention, qui aurait sa propre conception de l'*idem*[36]. D'autres encore ont trouvé dans cette jurisprudence la justification de la décision de la chambre criminelle qui accepte le cumul d'une sanction prononcée par l'Autorité des marchés financiers et d'une poursuite pénale[37]. Il n'en est rien, cependant, puisque la Cour de justice dit, d'une part, que le principe *non bis in idem* s'applique si les deux poursuites revêtent un caractère pénal au sens européen, c'est-à-dire au sens des critères *Engel*[38], et, si tel n'est pas le cas, que les États peuvent l'interdire en vertu de leurs standards nationaux, dès lors que les sanctions restantes demeurent effectives, proportionnées et dissuasives[39]. Il faut en effet comprendre de la décision de la CJUE que, s'agissant des dispositions nationales prises avec une marge de manœuvre pour mettre en œuvre le droit de l'Union, l'État doit se conformer tout d'abord au droit européen, lequel interdit le cumul, mais peut également appliquer ses standards nationaux pour assurer une protection des droits fondamentaux plus élevée, pour autant qu'ils ne compromettent ni le niveau de protection accordé par la Charte, « ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »[40]. Il a ensuite été soutenu que l'interprétation de la Cour de justice divergeait de celle de la

[34] CJUE 26 févr. 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, préc.
[35] C. COPAIN, obs. sous CJUE 26 févr. 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, préc ; v. aussi L. DE GRAËVE, « Réflexions sur le souhait des magistrats du quai de l'horloge de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure », *Dr. pénal* 2014, étude 6 ; Ch. MAURO, note sous Crim. 22 janv. 2014, préc. ; D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD Eur.* 2013, p. 267.
[36] C. ROTH et F. BURGAUD, « Charte des droits fondamentaux *vs* Convention européenne : dommages collatéraux en vue », *D.* 2013, p. 1977.
[37] E. BONIS-GARÇON, obs. sous Crim. 22 janv. 2014, préc.
[38] V. *infra* n° 12.
[39] V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, obs. sous Crim. 22 janv. 2014, préc.
[40] CJUE 26 févr. 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio fiscal*, aff. C-399/11, point 60.

CEDH, en ce que la première, à la différence de la seconde, laissait aux États le soin d'examiner la nature pénale des sanctions fiscales ou administratives[41]. Or, à la différence de la CEDH qui est conduite à examiner la législation de l'État pour déterminer s'il a respecté la Convention, la Cour de justice ne dispose pas d'un tel pouvoir. Elle est le juge de l'interprétation et de la validité du droit de l'Union, et, de par une jurisprudence constante, elle n'est en aucun cas compétente pour interpréter le droit national[42], mais peut donner au juge auteur de la question l'interprétation du droit de l'Union utile à son application au droit national[43]. Il faut donc convenir que la CJUE a de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux la même interprétation que la Cour européenne de l'article 4 du protocole n° 7, selon laquelle le principe *non bis in idem* s'applique lorsque les deux poursuites relèvent de la matière pénale.

12. Notion de matière pénale. Encore faut-il rappeler ce qu'est la matière pénale. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails de cette notion maintes fois étudiée[44], mais un rappel des critères s'impose. Ceux-ci ont été dégagés par l'arrêt *Engel*[45], en tant que critères alternatifs : il suffit qu'un de ces trois critères soit constaté pour que la sanction intègre la matière pénale : la qualification donnée par le droit interne, la nature de l'infraction et la gravité de la sanction encourue. Ces critères ont été repris par la CJUE, pour appliquer les principes généraux et les dispositions de la Charte en matière de justice pénale à toutes les procédures relevant, en ce sens, de la matière pénale[46]. Il est en effet particulièrement important de ne pas s'en tenir à un critère organique ou à la qualification donnée par le droit national, sans quoi la protection des droits fondamentaux perdrait en effectivité. Les juridictions internes, à qui il incombe au premier chef d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme, appliquent ces critères, pour soumettre aux procédures en cause les garanties de l'article 6 associées à la matière pénale. À l'égard plus particulièrement des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, la

---

41 Ch. MAURO, préc.
42 CJCE, 2 déc. 1964, *Dingemans c/ Sociale Verzekeringsbank*, aff. 24/64.
43 CJCE, 30 juin 1966, *Soc. technique minière c. Maschinenbau ULM GmbH*, aff. 56/65 ; CJCE, 12 févr. 1998, Cordelle c/ Office national des pensions, aff. C-366/96, point 9.
44 V. not. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 11e éd., 2012, n° 240, p. 399 ; J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, n° 568, p. 462.
45 CEDH 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71, n° 82.
46 CJCE 17 déc. 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, aff. C-185/95 ; CJUE 5 juin 2012, *Bonda*, aff. C-489/10.

Cour de cassation[47] et le Conseil d'État[48] ont fini par se soumettre à cette interprétation de l'article 6. Les deux hautes juridictions reconnaissent ainsi la nature pénale de la plupart des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, en tirent les conséquences s'agissant de l'article 6 de la Convention, mais refusent l'application du principe *non bis in idem* en présence d'une poursuite pénale et d'une poursuite administrative.

13. Sanctions ayant le caractère d'une punition. S'agissant de la jurisprudence constitutionnelle, il faut tout d'abord rappeler que le principe *non bis in idem* n'est pas contenu dans le bloc de constitutionnalité, et, malgré les moyens des requérants le soulevant, il n'a jamais été admis en tant que droit constitutionnellement protégé. Cependant, les droits fondamentaux s'appliquant au droit répressif, qu'il s'agisse du principe de légalité, du principe de nécessité des peines, du principe de non-rétroactivité ou du principe du respect des droits de la défense doivent s'appliquer « à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »[49]. S'inspirant de la notion de matière pénale forgée par la CEDH, le Conseil constitutionnel a construit la notion de sanctions ayant le caractère d'une punition, mais, en l'absence de protection constitutionnelle du droit à ne pas être jugé deux fois, cette consécration est inapte à empêcher le cumul entre une sanction pénale et une sanction administrative.

14. La nature du *bis*. En somme, la position des juridictions internes et des juridictions européennes sont opposées. Les juridictions internes ne reconnaissent l'applicabilité du principe *non bis in idem* qu'aux sanctions prononcées dans un même ordre de juridiction, alors que la CEDH et la CJUE estiment qu'il s'applique même en présence d'une sanction administrative et d'une sanction pénale, dès lors que la première revêt un caractère pénal. Cela a évidemment des conséquences notables sur le lien requis entre les éléments pour que le principe ait vocation à s'appliquer.

---

[47] Cass. Ass. plén., 5 févr. 1999, *JCP G* 1999, II, 10060, note H. MATSOPOULOU.
[48] CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, *RFDA* 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; *JCP G* 2000, II, 10267, note F. SUDRE.
[49] Cons. const. 17 janv. 1989, *CSA*, n° 88-248 DC, consid. 36.

2. L'antagonisme des positions sur le lien requis entre les décisions

15. La notion d'*idem*. La notion d'*idem*, autrement dit le lien que doivent entretenir les deux poursuites pour que la répétition soit considérée comme contraire au principe, doit être précisée. En raisonnant sur le fondement de l'autorité de la chose jugée, il s'agit plus précisément de déterminer ce qu'est l'objet et la cause de chacune des actions, pour interdire de nouvelles poursuites en cas d'identité. L'objet ne pose qu'assez peu de difficultés : il s'agit de demander la punition de l'intéressé, objet qui se retrouve lorsque la sanction relève de la matière pénale. Quant à la cause ou au lien requis entre les deux poursuites, plusieurs définitions peuvent être proposées : soit ce lien consiste en l'identité d'infraction, soit en l'identité de faits.

16. L'insuffisance de l'identité d'infraction. L'article 4 du protocole n° 7 interdit l'exercice de nouvelles poursuites par les juridictions nationales « pour une infraction pour laquelle [l'intéressé] a déjà été acquitté ou condamné ». Cette formule est également celle utilisée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en son article 14.7. Littéralement, seul l'exercice de nouvelles poursuites fondées sur la même infraction pour laquelle l'intéressé a été définitivement jugé est interdit. À s'en tenir à cette formule, rien n'interdit l'exercice de nouvelles poursuites sur le fondement d'une qualification différente, ce qui peut avoir d'importantes conséquences quant au cumul de poursuites administrative et pénale. En effet, parfois, elles sont fondées sur des qualifications différentes, la poursuite pénale sanctionnant la transgression d'une valeur sociale, avec tout le « symbolisme »[50] qui lui est attachée et la sanction administrative un manquement professionnel ou disciplinaire. Du fait de la différence de qualification, voire même de la différence d'objet de la répression, si l'on en croit certaines décisions de la Cour de cassation[51], le principe *non bis in idem* n'aurait pas vocation à s'appliquer. Il faut cependant de prime abord rejeter la différence d'objet : si la sanction administrative est de nature pénale, c'est bien qu'elle a le même objet qu'une sanction pénale au sens strict : un objectif punitif[52], à la différence, par exemple, des

[50] L. DE GRAËVE, préc., n° 27.
[51] Crim. 9 janv. 1969, *Bull. crim.* n° 20 ; Crim. 29 juill. 1970, *Bull. crim.* n° 251.
[52] V. A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, Paris, LGDJ, 2003, n° 228 s., p. 133 s.

décisions relatives à la responsabilité civile[53] ou à l'application des peines[54], qui ont à l'évidence un objet différent de la décision de condamnation.

Concernant le lien requis entre les deux poursuites, la CEDH a eu, dans un premier temps, une jurisprudence confuse, réduisant parfois l'*idem* à la même infraction[55]. Il s'agissait ainsi d'autoriser l'exercice de nouvelles poursuites pour les mêmes faits sous une qualification différente. Il est vrai qu'en certains cas, les mêmes faits sont susceptibles de revêtir plusieurs qualifications différentes, et il s'agit alors d'un concours réel d'infractions. Pourtant, en droit interne, l'exercice de nouvelles poursuites, devant les juridictions pénales, pour les mêmes faits, y compris sous une qualification différente, est prohibée par l'article 368 du Code de procédure pénale, tout au moins en matière criminelle. La Cour de cassation a parfois, de ces dispositions, une interprétation contestable, en autorisant l'exercice de nouvelles poursuites pour les mêmes faits dès lors que les « faits juridiques » sont différents, du fait de la différence des éléments constitutifs des deux infractions[56]. Elle rejette cependant, généralement, l'exercice de doubles poursuites pour les mêmes faits différemment qualifiées[57]. L'ancienne position de la CEDH n'était ainsi pas particulièrement protectrice du principe. En droit pénal français, il appartient au juge, saisi *in rem*, de requalifier si nécessaire les faits, voire de se déclarer incompétent si la qualification correcte relève de la compétence d'une autre juridiction. Mais la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a rapidement évolué, en affirmant que le principe interdisait l'exercice d'une nouvelle poursuite pour une infraction présentant les mêmes « éléments essentiels »[58]. Cela peut faire penser à la notion de valeur protégée, qui permet de retenir, en droit français, un concours réel d'infractions pour les mêmes faits[59]. Mais si les différentes qualifications sont poursuivies simultanément, aucun problème ne se pose du point de vue du principe *non bis in idem*, puisqu'une seule poursuite est exercée[60]. La position

---

53 Crim. 15 nov. 1962, *RSC* 1963, p. 361, obs. J. ROBERT.
54 Crim. 17 mai 1988, n° 87-85.142, *Bull. crim.* n° 216.
55 CEDH 30 juill. 1998, *Oliveira c. Suisse*, n° 25711/94.
56 Crim. 19 mars 1983, *Bull. crim.* n° 149 ; *JCP G* 1985, II, 20385, note W. JEANDIDIER ; *D.* 1984, p. 41, rapp. Chapar ; Crim. 22 juin 1994, *Bull. crim.* n° 248 ; *JCP G* 1994, II, 22310, note M.-L. RASSAT ; *D.* 1995, p. 65, concl. PERFETTI ; *RSC* 1995, p. 347, obs. Y. MAYAUD.
57 V. O. BACHELET, « La règle *non bis in idem* en droit pénal français », in M. PUÉCHAVY (Dir.), *Le principe* ne bis in idem, Bruxelles, Nemessis, 2012, p. 170, n° 10.
58 CEDH 29 mai 2001, *Franz Fischer c. Autriche*, n° 37950/97.
59 Crim. 3 mars 1960, *Bull. crim.* n° 138.
60 V. *contra*, O. BACHELET, « La règle *non bis in idem* en droit pénal français », préc., p. 172, n° 11.

européenne ne paraît dès lors pas satisfaisante, puisque l'exercice d'une première poursuite, ayant donné lieu à une relaxe ou à une condamnation, ne met pas fin à l'action publique pour les faits en cause. À s'en tenir à cette position, le cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale est déjà restreint, puisque, bien souvent, le comportement sanctionné par les deux poursuites est sensiblement le même. Cela est particulièrement le cas en matière d'abus de marché[61] ou en matière fiscale.

17. L'élargissement à l'identité de faits. La position de la CEDH, par son manque de clarté, se devait d'évoluer. Elle a affirmé quelques années plus tard que le principe *non bis in idem* s'appliquait dès lors que les deux poursuites étaient liées par une identité de fait[62]. Si cette interprétation s'écarte de la lettre de l'article 4 du protocole n° 7, elle s'approche toutefois de son esprit, le recours à une qualification différente ne devant pas permettre de le détourner. L'arrêt *Zolotoukhine* est d'autant plus intéressant qu'il concerne le cumul d'une poursuite administrative et d'une poursuite pénale, sanctionnant des manquements substantiellement différents. Cette position, par la suite confirmée[63], peut être saluée, même si elle est entourée de quelques incertitudes[64] aujourd'hui vraisemblablement dissipées, et l'*idem* fondé sur les faits permet une applicabilité claire et protectrice du principe *non bis in idem*.

La CJUE a déjà auparavant adopté cette position maximaliste concernant le principe *non bis in idem*. Il faut cependant relever que cette jurisprudence est essentiellement issue de l'interprétation de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, article qui emploie les termes « mêmes faits ». La Cour de justice a affirmé que le lien entre les deux poursuites devait résider dans l'identité de faits matériels pour que le principe ait vocation à s'appliquer[65]. Cette jurisprudence a été appliquée à l'article 3.2 de la décision-cadre du 13 juin 2002[66] relative au mandat d'arrêt européen, permettant de ne pas exécuter le mandat d'arrêt européen si l'intéressé a déjà été définitivement jugé pour « les mêmes

---

[61] A. GUINCHARD, « Matière pénale et cumul de sanctions. Vers un meilleur respect du principe *non bis in idem* ? », in *Mélanges Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 517, v. not. p. 524.
[62] CEDH 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, *D.* 2009, p. 2014, obs. J. PRADEL ; *RSC* 2009, p. 675, obs. D. ROETS.
[63] CEDH 16 juin 2009, *Ruotsalainen c. Finlande*, n° 13079/05 ; CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens et al. c. Italie*, préc.
[64] M. PUÉCHAVY, « L'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* », in M. PUÉCHAVY (Dir.), *op. cit.* p. 26.
[65] CJCE 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, aff. C-436/04.
[66] V. S. CIMAMONTI, « European arrest warrant in practive and *ne bis in idem* », in N. KEIJZER et E. VAN SLIEDREGT, *The European Arrest Warrant in Practice*, TMC Asser Press, 2009, p. 111.

faits »[67]. Cela a permis d'affirmer que la position de la Cour de justice était pionnière quant au droit à ne pas être jugé deux fois[68]. Mais elle a aussi estimé qu'en tant que principe général, *non bis in idem* est soumis à « à une triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé. Ce principe interdit donc de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique »[69]. Il est difficile de dire, par un pareil encadrement du principe, que la Cour de justice a été pionnière en la matière, celle-ci définissant l'*idem* dans l'identité de faits seulement lorsque le texte appliqué le prévoyait.

Encore faut-il déterminer si sa jurisprudence a évolué ou est la même en application de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui, à l'instar de la Convention et à la différence des dispositions précitées, fait référence à la notion d'infraction plutôt qu'à celle de faits. Après une jurisprudence plutôt confuse et restrictive, la Cour a reconnu, sur le fondement de l'article 50 de la charte, que le principe *non bis in idem* était applicable en cas d'identité de faits matériels[70]. L'ensemble des juridictions semble ainsi s'accorder sur le lien requis entre les deux poursuites, et il faut souligner que cette position est semblable à la conception dégagée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation relativement aux décisions civiles, avec le principe de concentration des moyens[71] : la plupart des auteurs estime désormais que la cause réside dans les faits qui fondent la demande. Il y aurait un paradoxe à ce qu'en matière pénale, où les droits fondamentaux sont particulièrement en jeu, d'où le caractère fondamental du principe *non bis in idem*, l'autorité de la chose jugée soit envisagée d'une manière plus restrictive encore qu'en droit civil. Cependant, si cette conception de l'autorité de la chose jugée s'applique aux décisions des juridictions pénales, les juridictions nationales refusent d'en faire application en présence d'une sanction administrative et d'une sanction pénale.

18. Conséquences quant aux sanctions administratives. L'applicabilité du principe *non bis in idem* dès lors que les faits qui fondent les

---

[67] CJCE 11 déc. 2008, *Klaus Bourquain*, aff. C-297/07.
[68] M. PUÉCHAVY, « Le principe *ne bis in idem* en matière pénale et l'Union européenne », in M. PUÉCHAVY (Dir.), *op. cit.*, p. 106.
[69] CJCE 7 janv. 2004, *Aalborg Portland E.A. c. Commission*, aff. jointes C-204/00 P et autres, point 338.
[70] CJUE 26 févr. 2013, préc., point 32 s.
[71] Cass. Ass. plén. 7 juill. 2006, *Césaréo*, *D.* 2006, p. 2135, note L. Weiller ; *RTD Civ.* 2006, p. 825, note R. PERROT, *JCP G* 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR ; *Procédures* 2006, repère 9, obs. H. CROZE ; *Dr. et patrimoine* 2007, p. 113, obs. S. AMRANI-MEKKI.

deux poursuites sont les mêmes permet d'appliquer sans aucun doute ce principe en présence d'une poursuite administrative et d'une poursuite pénale, dès lors qu'elles sont toutes deux qualifiées de pénales et qu'elles sont fondées sur les mêmes faits, quand bien même le manquement sanctionné serait différent. Cette lecture maximaliste du principe *non bis in idem* devrait être applicable également en matière de sanctions disciplinaires, qui peuvent tout à fait être couplées à une sanction pénale lorsque le manquement disciplinairement sanctionné est constitutif d'une infraction pénale. La CEDH a en effet reconnu le caractère pénal de certaines sanctions disciplinaires[72]. Si on respecte strictement le domaine d'application du principe *non bis in* idem, on devrait donc considérer qu'il s'applique à la poursuite pénale déclenchée consécutivement à une sanction disciplinaire[73], ce qui peut avoir de lourdes conséquences tant sont radicales les implications du principe.

B. L'antagonisme des positions sur les implications du principe non bis in idem

19. Le principe *non bis in idem* interdit d'être jugé ou puni deux fois pour les mêmes faits. Il interdit donc le cumul de poursuites, et, partant, le cumul de sanctions prononcées dans le cadre de différentes poursuites (1). La simple limitation du cumul de sanctions dans le cadre de plusieurs poursuites ne permet pas de se mettre en conformité avec ce droit fondamental (2).

1. La nécessaire interdiction du cumul de poursuites

20. Le refus du cumul de poursuites en droit européen. Dès lors que le principe *non bis in idem* est applicable, c'est-à-dire en présence d'une première sanction relevant de la matière pénale, devenue définitive, il interdit toute nouvelle poursuite pour les mêmes faits, quelle que soit la nouvelle qualification. La CEDH[74], comme la CJUE[75], ont clairement dégagé cette conséquence, qui est également celle attachée, en droit interne, aux décisions relevant au sens strict des juridictions pénales, en vertu des articles 6 et 368 du code de procédure pénale. Ce refus du cumul

---

[72] CEDH 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7878/77, n° 72 s.
[73] V. J.-P. CÉRÉ et M. HERZOG-EVANS, « Fondements et modalités des différents scénarii possibles pour la réforme de la procédure disciplinaire en prison », *Gaz. Pal.* 2002, Doctr., p. 949, v. not. p. 951 ; M. HERZOG-EVANS, « *Ter in idem* ! », *RPDP* 1998, p. 71.
[74] CEDH 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, préc.
[75] CJUE 26 févr. 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, préc.

de poursuites, transposé au problème du cumul de poursuites administrative et pénale, impose de choisir la voie la plus adaptée afin d'éviter un tel cumul, ce qui a donné lieu à d'importants débats en matière d'abus de marché. Si certains auteurs proposent radicalement de supprimer, dans les cas de cumul, soit les poursuites administratives, soit les poursuites pénales[76], si d'autres auteurs s'accommodent de ce cumul en l'estimant nécessaire[77], d'autres encore proposent des mécanismes qui, tout en conservant les deux types de sanctions, permettent d'éviter ce cumul[78]. Quoi qu'il en soit, du point de vue du respect des droits fondamentaux, la situation actuelle, par laquelle les juridictions internes acceptent le cumul, n'est pas conforme à nos engagements internationaux et au droit de l'Union européenne. Tandis que les juridictions administratives reconnaissent cette interdiction entre deux « poursuites » administratives, et les juridictions pénales entre deux poursuites pénales, aucun des deux ordres de juridiction n'accepte d'appliquer ce principe au cumul d'une poursuite administrative et d'une poursuite pénale. C'est qu'en effet, en l'absence de protection constitutionnelle de ce principe, malgré les opportunités offertes au Conseil de le consacrer[79], et face au refus des deux hautes juridictions, au prétexte de la réserve d'interprétation formulé par la France, d'interdire un tel cumul, rien ne paraît à même d'y mettre un terme. L'arrêt de la chambre criminelle du 22 janvier 2014 va même, par un raisonnement particulièrement contestable, considérer que le cumul de sanctions est autorisé par l'article 14.1 de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003, alors qu'il prévoit simplement que les États membres doivent disposer, dans leur droit interne, de sanctions administratives et de sanctions pénales pour sanctionner les abus de marché, lequel n'autorise pas, tout au moins explicitement, leur cumul pour les mêmes faits[80].

---

[76] T. BONNEAU, « Sanction administrative, juge pénal et droit pénal en matière financière », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2010, p. 123, n° 12 ; B. QUENTIN et J.-P. PONS-HENRY, « Délit d'initiés. La crise de la quarantaine », *JCP G* 2011, 30.

[77] L. de GRAËVE, « Réflexions sur le souhait des magistrats du quai de l'horloge de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure », préc., n° 6 s.

[78] Groupe de travail présidé par J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, La Documentation française, 2008 ; v. aussi J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », *D.* 2012, p. 693.

[79] V. J. LELIEUR-FISCHER, th. préc., n° 483, p. 407.

[80] V. pour une interprétation selon laquelle le cumul est implicitement admis, J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, préc. ; P. Pailler, note sous Crim. 22 janv. 2014, préc.

21. La rigueur du refus de cumul de poursuites. Cette interdiction du cumul de poursuites fondées sur les mêmes faits est assez radicale, en ce que, contrairement à la plupart des autres droits contenus dans la Convention, l'article 4 du protocole n° 7 ne prévoit que peu de dérogations. En vertu du deuxième paragraphe de cet article, « les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu ». Ainsi, à l'exception de faits nouveaux ou de vice fondamental de la première procédure, rien ne permet d'exercer de nouvelles poursuites dès lors qu'un premier jugement définitif a été rendu, même si la loi prévoit une telle dérogation et même si elle peut apparaître comme nécessaire et proportionnée dans une société démocratique.

22. Une absence d'interdiction du cumul de qualifications. Certains auteurs soutiennent que le principe *non bis in idem* implique également l'interdiction du cumul de qualifications pour les mêmes faits dans une poursuite unique[81]. Cependant, il n'en est rien. D'une part, conceptuellement, le principe *non bis in idem* vise, en tant que droit fondamental, à protéger le justiciable, non pas contre la sévérité des peines prononcées, mais contre le renouvellement des poursuites, qui, s'il n'est pas strictement limité, constituerait un acharnement à son encontre, portant potentiellement atteinte à son droit à la sûreté et à sa dignité[82]. En revanche, la limitation du cumul de qualifications au sein d'une poursuite unique et la limitation du cumul de sanctions au montant légal le plus élevé pourraient plutôt être rattachés à la nécessité et à la proportionnalité des peines. Ainsi, le cumul de qualifications dans le cadre d'une poursuite unique et l'exercice de plusieurs poursuites pour les mêmes faits relèvent de logiques différentes[83]. D'autre part, de cette conception du principe *non bis in idem* en tant que principe fondamental spécifique et distinct du principe de légalité ou de nécessité des peines, la CEDH n'a jamais entendu interdire aussi radicalement le cumul de qualifications au sein d'une poursuite unique. Ce qu'elle prohibe, depuis l'arrêt *Zolotoukhine* est d'exercer plusieurs poursuites, y compris sur des qualifications différentes pouvant constituer un concours réel d'infractions, alors qu'elle l'avait

[81] V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7e éd., 1997, n° 393, p. 517

[82] V. J. LELIEUR-FISCHER, th. préc., qui propose de fonder le principe *non bis in idem* sur le droit à la sûreté et sur la protection de la dignité.

[83] *Ibid.*, n° 18 s., p. 28 s.

auparavant admis[84]. Il est vrai que l'article 4 vise non seulement l'interdiction de juger, mais aussi celle de punir deux fois. Mais si la punition pour les différentes qualifications s'opère dans une poursuite unique, on pourra y voir une unité de peine, laquelle peut d'ailleurs, y compris pour une qualification unique, être composée d'une pluralité de peines, principales et complémentaires.

L'on perçoit alors la principale difficulté sous-tendant le cumul de poursuites administratives et pénales : si ces poursuites sont fondées sur la sanction de la même violation, il est évident qu'en vertu du cumul idéal de qualifications, elles ne devraient pas à se cumuler. Cependant, si elles sont fondées sur la sanction de la violation d'une valeur distincte, il s'agit d'un concours réel d'infractions, qui doit permettre le cumul. Mais rien ne permet à l'autorité administrative ou à la juridiction pénale d'infliger cumulativement les deux sanctions, en raison de l'indépendance des ordres juridictionnels. Si l'on s'en tient au droit pénal au sens strict, l'interdiction du cumul de poursuites, y compris en présence d'un concours réel d'infractions relevant de la compétence matérielle de différentes juridictions, ne pose aucune difficulté, la cour d'assises bénéficiant d'une plénitude de juridiction (art. 231 CPP), et le tribunal correctionnel pouvant connaître des contraventions connexes au délit[85] dont il est saisi, et demeurant compétent s'il requalifie le délit en contravention (art. 466 et 518 CPP). Rien de comparable n'est prévu ni ne peut être prévu s'agissant de poursuites relevant de deux ordres juridictionnels distincts, cette dualité empêchant la juridiction judiciaire de connaître de la poursuite administrative, et inversement. En tout état de cause, la situation actuelle, par laquelle le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative est limité au maximum légal le plus élevé, n'est pas conforme au principe *non bis in idem*.

2. L'insuffisance de la seule limitation du cumul de sanctions

23. Conseil constitutionnel et proportionnalité des peines. Le Conseil constitutionnel, depuis une décision de 1989, reconnaît le caractère punitif de certaines sanctions administratives[86]. Ce faisant, elle refuse d'admettre l'interdiction du cumul de poursuites mais affirme que « le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas

[84] CEDH 30 juill. 1998, *Oliveira c. Suisse*, n° 25711/94, *RSC* 1999, p. 408, obs. R. KOERING-JOULIN.
[85] Crim. 13 févr. 1974, *Bull. crim.* n° 64.
[86] Cons. const. 17 janv. 1989, *CSA*.

le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »[87]. C'est ainsi le mécanisme du concours réel d'infractions qu'évoquent les Sages, tel qu'il est prévu aux articles 132-2 et suivants du Code pénal. Le Conseil constitutionnel a, par une décision isolée, affirmé qu' « une sanction administrative de nature pécuniaire ne p[ouvait] se cumuler avec une sanction pénale »[88]. Mais il est rapidement revenu sur cette jurisprudence, en autorisant un tel cumul[89], jurisprudence constamment et récemment confirmée[90]. Le Conseil n'est ainsi pas sensible à l'orientation de la jurisprudence prise aussi bien par la CEDH que par la CJUE, mais il faut bien constater qu'en l'absence de reconnaissance du principe *non bis in idem* dans notre constitution, et en l'absence d'incompatibilité entre ces jurisprudences[91], rien n'empêche le législateur d'interdire le cumul ou le juge d'en écarter l'application sur le fondement du contrôle de conventionnalité. Ce n'est pourtant pas l'orientation que prend la Cour de cassation, pas plus que le Conseil d'État.

24. Juridictions judiciaires et administratives et limitation du cumul. S'inspirant directement de la jurisprudence constitutionnelle, la chambre criminelle affirme que le cumul de poursuites devant l'Autorité des marchés financiers et de poursuites pénales ne pose aucun problème, dès lors que « le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne peut dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée »[92]. Cette limite au cumul appelle plusieurs remarques. L'article L. 621-16 du Code monétaire et financier dispose : « lorsque la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce ». De ce pouvoir d'imputation qui n'est qu'une faculté, la chambre criminelle passe à une interdiction de dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée, ce qui semble certes conforme aux exigences constitutionnelles, mais qui est une violation aussi bien du droit primaire et du droit dérivé de l'Union européenne que de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État, de la même

[87] Const. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, consid. 22.
[88] Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-378 DC, consid. 15.
[89] Cons. const. 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, consid. 41.
[90] Cons. const. 20 juill. 2012, n° 2012-266 QPC, consid. 9 ; Cons. const. 13 mars 2014, n° 2014-690 QPC, consid. 86.
[91] V. *infra*, n° 37.
[92] Crim. 22 janv. 2014, préc.

manière, estime que le principe *non bis in idem* ne trouve pas à s'appliquer en présence de plusieurs sanctions administratives relevant d'ordres répressifs différents[93] ou d'une sanction administrative et d'une sanction pénale[94], tout en affirmant que le cumul doit être limité au maximum légal le plus élevé, même s'il ne s'agit pas de sanctions pécuniaires. Le Conseil d'État a en effet appliqué cette règle de limitation du cumul aux interdictions d'exercer, estimant que l'autorité administrative doit « prendre en compte, dans la fixation de la période d'exécution qu'il prononce, la période d'interdiction d'exercice résultant de la décision du juge pénal », et ainsi « faire en sorte que la durée cumulée des deux périodes n'excède pas le maximum » le plus élevé[95].

25. La violation du principe *non bis in idem*. S'il est vrai que « le principe du cumul plafonné constitue un indéniable progrès »[96], on peut être dubitatif face à une telle règle, qui n'a aucun fondement juridique en dehors des cas où le Conseil constitutionnel a prévu une telle réserve d'interprétation[97]. Le juge judiciaire, comme le juge administratif, refusent d'appliquer le principe *non bis in idem*, pourtant reconnu dans chacun de ces ordres juridictionnels, en raison du principe d'indépendance des poursuites disciplinaires ou administratives et des poursuites pénales[98]. Ce refus d'appliquer le principe *non bis in idem* est particulièrement contestable, l'essence même de ce principe s'opposant au cumul de poursuites pour les mêmes faits, afin d'apporter une garantie au justiciable contre l'exercice répété ou acharné de poursuites. Cette situation ne pourra pas cependant perdurer bien longtemps, tant la jurisprudence européenne est claire en la matière. Ainsi, les positions antagonistes des juridictions européennes d'une part et des juridictions internes d'autre part seront nécessairement harmonisées.

II. L'inéluctable harmonisation des positions sur le principe *non bis in idem*

26. Les positions antagonistes des juridictions internes et des juridictions européennes seront nécessairement, à court ou moyen terme, harmonisées, au bénéfice des positions européennes. Cette harmonisation,

---

[93] CE 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme*, n° 324439, Dr. adm. 2010, comm. 82, note F. MELLERAY.
[94] CE 12 janv. 1917, *Letrillard*, Lebon 33.
[95] CE 21 juin 2013, n° 345500, *AJDA* 2013, p. 2209, obs. L. SEUROT.
[96] L. SEUROT, préc.
[97] J. LASSERRE CAPDEVILLE, obs. sous Crim. 22 janv. 2014, préc.
[98] CE 16 nov. 1932, *Toucas*, Lebon 859 ; CE 2 févr. 2005, n° 259206 ; v. *infra*, n° 37.

eu égard à la résistance du législateur et des juridictions internes, s'opèrera judiciairement, de manière différente selon que l'on se trouve spécifiquement dans le domaine d'application du droit de l'Union (A) ou en tous domaines (B).

A. L'harmonisation des positions dans le domaine d'application du droit de l'Union

27. En droit européen, la sanction du cumul de poursuites en droit interne pourra s'effectuer, dans le domaine d'application du droit de l'Union (1) selon certaines modalités (2).

1. Domaine d'application de la Charte des droits fondamentaux

28. Applicabilité de la Charte des droits fondamentaux. La Charte des droits fondamentaux, en vertu du deuxième alinéa de l'article 6.1 du traité sur l'Union européenne, n'étend « en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ». L'article 50 de la Charte n'est donc pas invocable de manière générale, l'Union ne disposant pas de compétence générale en matière de protection des droits fondamentaux, ce que rappelle l'article 51.2 de la Charte. La Charte n'est invocable que dans les cas prévus en son article 51.1, lequel prévoit que « les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». La rédaction de cet article, évoquant la notion de mise en œuvre, aurait pu faire craindre une restriction du champ d'application de la Charte par rapport aux principes généraux dégagés auparavant par la Cour. Ces principes généraux, outre leur application aux institutions de l'Union, s'appliquent aux États lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union[99], mais encore lorsqu'ils agissent « dans le champ d'application du droit communautaire »[100]. S'agissant de la Charte des droits fondamentaux, son domaine est désormais clarifié, et la Cour de justice a mis fin aux incertitudes. Ce domaine est le même que celui des principes généraux : la Charte est applicable « dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations »[101]. Dès lors que des dispositions normatives sont prises dans une situation régie par le droit de

[99] CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88.
[100] CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89.
[101] CJUE 26 févr. 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, préc., point 19.

l'Union ou que des dispositions existent déjà dans une situation qu'il régit ensuite, la Charte des droits fondamentaux est applicable.

29. Domaines concernés. Pour ce qui concerne le cumul de poursuites administratives et pénales, les domaines concernés peuvent être très variés. Par exemple, en matière fiscale, l'article 325 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, obligent les États à prendre toutes les mesures nécessaires garantissant la perception de la TVA due sur son territoire, une partie des ressources propres de l'Union provenant de cette taxe. La lutte contre la fraude fiscale, dès lors qu'elle concerne cette taxe, entre dans le domaine d'application du droit de l'Union. Or, en la matière, le droit français prévoit, en ses articles 1728 et suivants du Code général des impôts, des pénalités fiscales, qui relèvent, selon la Cour de cassation elle-même, de la matière pénale[102], et des sanctions pénales, aux articles 1741 et suivants du même code, lesquelles peuvent se cumuler.

Il en est de même en matière d'abus de marché : la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) prévoit, en son article 14.1, que les États peuvent, sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales, veiller à ce que des sanctions administratives puissent être appliquées aux auteurs d'abus de marché. Cette disposition permet de rendre applicable la Charte des droits fondamentaux en la matière. Par ailleurs, les propositions de règlement et de directive du 20 octobre 2011 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché viendront renforcer l'arsenal législatif, en prévoyant précisément toute une série de sanctions administratives et de sanctions pénales[103]. Le considérant 18 de la directive précise d'ailleurs explicitement que celle-ci respecte le droit à ne pas être jugé deux fois pour la même infraction. Curieusement, un auteur voit dans ces textes, nonobstant ce considérant, la confirmation de l'admission par l'Union européenne du cumul, pour les mêmes faits, de sanctions administratives et de sanctions pénales[104].

On peut encore citer le droit de la consommation, autre domaine de compétence partagée de l'Union européenne. Une directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, prévoit, en son article 24, que « Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations

[102] Crim. 6 nov. 1997, n° 96-86.127.
[103] V. N. RONTCHEVSKY, « Vers une pénalisation impérative des abus de marché intentionnels dans l'Union européenne », *RTD com.* 2012, p. 150.
[104] L. DE GRAËVE, préc.

des dispositions nationales prises en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ». Afin de se conformer à cette directive, a récemment été adoptée la loi n° 2014-344 relative à la consommation, qui prévoit toute une série de sanctions administratives qui peuvent être prononcées par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Plusieurs dispositions prévoient l'hypothèse du cumul de sanctions pénales et de sanctions administratives, et précisent clairement que leur cumul est possible dans la limite du montant légal le plus élevé (art. L. 141-1-2, L. 465-2 C. cons.). Ces dispositions ne sont pas la simple transposition de la directive, puisque celle-ci a laissé une large marge de manœuvre aux États quant aux sanctions, ce qui a permis au Conseil constitutionnel d'exercer en la matière un contrôle, et il a ainsi approuvé le cumul créé par l'insertion de ces sanctions administratives[105]. La sanction de certaines des violations visées en droit de la consommation est régie par le droit de l'Union européenne, et la Charte des droits fondamentaux est invocable. De ces quelques illustrations, on peut percevoir toute l'étendue de l'applicabilité du droit de l'Union européenne.

2. Modalités d'application de la Charte des droits fondamentaux

30. Charte invocable devant le juge national. Dans un premier temps, dès lors qu'on se trouve dans une situation régie par le droit de l'Union, la Charte des droits fondamentaux est invocable devant le juge national. Les États sont dans l'obligation de respecter la Charte lorsqu'ils agissent dans son domaine d'application, et les juges nationaux doivent donc en faire application concernant la conformité des dispositions nationales prises dans une situation régie par le droit de l'Union. Toutefois, pour ce qui est du principe *non bis in idem*, nous avons déjà observé le manque de bonne volonté du Conseil d'État et de la Cour de cassation, qui refusent de tirer toutes les conséquences de l'application de la Charte, pour préserver la possibilité de cumuler les sanctions administratives et pénales, en faisant, en outre, une interprétation plus que contestable des directives applicables[106]. Or, par là même, les juges nationaux violent le droit de l'Union européenne. Si, en l'état actuel, il ne semble pas possible d'attendre des juges nationaux une mise en conformité de leur jurisprudence avec le droit de l'Union européenne, c'est du côté de la Cour de justice qu'il faut attendre une telle évolution.

---

[105] Cons. const. 13 mars 2014, préc., consid. 86.
[106] Crim. 22 janv. 2014, préc.

31. Recours en manquement. Un recours en manquement, tel que prévu aux articles 258 à 260 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, peut être envisagé, tout d'abord, du fait de l'action du législateur[107], qui autorise le cumul de poursuites pénales et de poursuites administratives ayant un caractère pénal, notamment en matière boursière, mais aussi en matière fiscale ou en droit de la consommation[108]. Un recours en manquement peut également être envisagé du fait des décisions rendues par les juges, qui font une mauvaise interprétation des directives applicables ou qui ont une jurisprudence contraire au droit de l'Union[109]. On ne peut cependant pas beaucoup en attendre en la matière, l'exercice d'un recours en manquement dans ces domaines étant peu probable.

32. Renvoi préjudiciel. Le renvoi préjudiciel semble être le meilleur moyen pour mettre un terme à cette situation. Mais on perçoit là encore la réticence de la Cour de cassation à donner sa pleine application au droit de l'Union européenne concernant le principe *non bis in idem*, celle-ci interprétant une directive comme autorisant le cumul alors qu'elle ne le dit pas explicitement. Il faut en effet rappeler que l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne affirme que les juridictions qui statuent en dernier ressort ont l'obligation de saisir la Cour de justice lorsqu'une question d'interprétation ou de validité du droit européen se pose. Seule la théorie de l'acte clair[110] ou l'existence d'une jurisprudence portant sur la même question[111] font obstacle à l'obligation de renvoi. Or, force est de reconnaître que l'article de la directive interprété par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 janvier 2014[112] n'a rien de clair concernant la possibilité d'un cumul, pour les mêmes faits, entre une sanction administrative et une sanction pénale, et la Cour de justice n'en a jamais donné une telle interprétation. Il y aurait, sur ce fondement également, la possibilité pour la Commission d'exercer un recours en constatation de manquement, voire même pour le particulier de mettre en œuvre la responsabilité de l'État[113], le Conseil d'État reconnaissant la possibilité pour l'État français d'engager sa responsabilité du fait de la violation du droit de l'Union par une décision de justice rendue en dernier ressort[114].

---

[107] CJCE 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90 et C-9/90.
[108] V. *supra*, n° 29.
[109] CJCE 5 mai 1970, *Commission c. Belgique*, aff. 77/69 ; CJCE 12 nov. 2009, *Commission c. Espagne,* aff. C-154/08.
[110] CJCE 6 oct. 1982, *Cilfit*, aff. 283/81, points 16 s.
[111] CJCE 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake*, aff. 28/62 et 30/62.
[112] V. *supra*, n° 20.
[113] CJCE 13 juin 2006, *Traghetti*, aff. C173/03.
[114] CE 18 juin 2008, *Gestas*, *RFDA* 2008, p. 755, concl. De SALINS.

La Cour de justice, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, peut faire application de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, pour dire si la disposition du texte européen en cause autorisant l'État à prendre des sanctions interdit le cumul de poursuites administratives et de poursuites pénales. Il faut à cet égard souligner que l'article 52.1 de la Charte prévoit, de manière générale et pour tous les droits, que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés ». On pourrait voir là une possibilité pour le législateur européen de limiter ou d'exclure, dans certains cas, l'application du principe *non bis in idem*. Cependant, l'article 52.3 ajoute que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Or, comme nous l'avons vu[115], l'article 4 du protocole n° 7 ne permet de déroger à l'application du principe *non bis in idem* qu'en cas de faits nouveaux ou nouvellement révélés ou de vice fondamental de la procédure. Ainsi, la Cour de justice, devant interpréter l'article 50 de la Charte comme étant au moins aussi protecteur que l'article 4 du protocole n° 7, ne doit pas accepter un cumul de poursuites, même s'il est explicitement prévu et justifié par un règlement ou une directive, dès lors que la poursuite administrative revêt un caractère pénal. Mais la Cour de Luxembourg, par une décision récente, ne raisonne pas ainsi. Elle s'est récemment prononcée sur la conformité à la Charte de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, qui limite l'application du principe *non bis in idem* au cas où la sanction a été subie ou est en cours d'exécution[116]. Pour dire cet article conforme à la Charte, elle constate que la condition d'exécution est une limite prévue par la loi, et qu'elle est nécessaire et proportionnée, conformément aux deux premiers paragraphes de l'article 52, nonobstant l'impossibilité de telles limites sur le fondement de la Convention[117]. Il n'est toutefois pas certain que cette position de la Cour soit contraire à l'article 4 du protocole n° 7, ou qu'il aurait pu utilement être invoqué, celui-ci ne protégeant le principe *non bis in idem* qu'à l'égard des poursuites engagées dans le même État, alors que l'article 54 de la Convention vise justement, par exception, son extension. La Cour a d'ailleurs réaffirmé quelques jours plus tard que l'article 50 de la Charte devait être interprété à la lumière de la Convention européenne

[115] V. *supra*, n° 21.
[116] Sur l'article 54 de la CAAS, v. *supra*, n° 10.
[117] CJUE 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU, *JCP G* 2014, 692, obs. D. BERLIN, points 56 s.

des droits de l'homme concernant les situations visées à l'article 4 du protocole n° 7[118].

33. CEDH et Conseil constitutionnel. La CEDH, y compris dans le domaine d'application du droit de l'Union, pourrait également être appelée à se prononcer. En l'absence d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, le recours serait nécessairement dirigé contre l'État. La Cour européenne refuse de se prononcer concernant les mesures d'application du droit de l'Union prises sans marge de manœuvre[119], en ce que la Cour de justice offre une protection équivalente ; mais rien ne l'empêche de se prononcer lorsque les dispositions contestées, même si elles sont prises dans le cadre de l'application du droit de l'Union, relèvent de la marge de manœuvre de l'État[120]. Or, c'est précisément le cas pour l'ensemble des textes européens imposant aux États de prendre des sanctions administratives et pénales. En outre, la CEDH estime que le refus, par le juge national, de procéder à un renvoi préjudiciel, peut être constitutif d'une violation du droit au procès équitable[121]. Il en est de même s'agissant de la possibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité. Si la disposition légale contestée est la simple transposition d'une directive, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour en apprécier la conformité à l'ensemble des droits et libertés protégés par la Constitution, sauf atteinte à l'identité constitutionnelle de la France[122]. En revanche, dès lors que la disposition contestée est issue de la marge de manœuvre de l'État dans la transposition de la directive, rien n'empêche le Conseil constitutionnel de statuer sur la conformité de la disposition aux droits et libertés protégés par la Constitution.

B. L'harmonisation des positions dans l'ensemble des domaines

34. Afin de parvenir à l'harmonisation des positions entre les juridictions européennes et les juges nationaux, il peut être envisagé d'exercer, sauf s'il s'agit d'une loi transposant une directive sans marge de manœuvre,

---

118 CJUE 5 juin 2014, *M.*, C-398/12, *JCP G* 2014, 693, obs. D. BERLIN, points 37 s.
119 CEDH 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, n° 45036/98.
120 CEDH 15 nov. 1996, *Cantoni c. France*, n° 17862/91.
121 CEDH 8 avr. 2014, *Dhahbi c. Italie*, n° 17120/09.
122 Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC ; Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC. V., sur l'identité constitutionnelle, A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in L. BUGORGNE-LARSEN (Dir.*), L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, A. Pedone, 2011, p. 7.

l'exercice du contrôle de constitutionnalité (1) ou du contrôle de conventionnalité (2).

1. L'exercice infructueux du contrôle de constitutionnalité

35. Le refus de renvoyer une QPC. Les conditions de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en la matière ne semblent pas pouvoir être réunies, surtout en l'absence de protection constitutionnelle du principe *non bis in idem*. La Cour de cassation et le Conseil d'État se refusent ainsi à renvoyer une QPC portant sur ces matières. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé, en matière boursière, que la question de la constitutionnalité du cumul ne présente pas de caractère sérieux, dès lors qu'est appliqué le principe de proportionnalité des peines, empêchant de dépasser, en matière d'amende, le montant légal le plus élevé, et en ajoutant que « le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives »[123]. Le Conseil d'État, se prononçant également en matière boursière, reconnaît qu'un changement de circonstances peut être admis, mais estime la question non sérieuse, dès lors que l'intéressé est à même « de faire valoir, le cas échéant, qu'il a déjà fait l'objet d'une sanction pénale pour les faits que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers envisage de sanctionner »[124]. Si ces positions sont rigoureuses, elles se situent dans la droite ligne d'hostilité à l'interdiction du cumul de poursuites administratives et pénales, et dans la droite ligne également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui n'a pas évolué sur ce point[125].

36. Une évolution possible de la jurisprudence. Le principe *non bis in idem* n'est pas constitutionnellement consacré, ce qui peut être une première limite à l'évolution de la jurisprudence du Conseil. Mais l'article 8 de la DDHC peut être le fondement un tel principe. Cet article prévoit que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Or, le cumul de poursuites administratives et pénales, qui permet ainsi de cumuler deux peines, même si ce cumul est limité, apparaît comme dépassant ce qui est strictement et évidemment nécessaire. Juliette Lelieur-

[123] Cass. Ass. plén. 8 juill. 2010, n° 09-71.252, *D.* 2010, p. 1782 ; *RSC* 2011, p. 118, obs. F. STAsiak.
[124] CE 16 juill. 2010, *Beslay c. Autorité des marchés financiers*, n° 321056, *Bull. Joly Bourse* 2010, p. 421, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.
[125] Cons. const. 13 mars 2014, préc., consid. 86.

Fischer propose d'autres fondements qui permettent de distinguer véritablement le principe de nécessité des peines de *non bis in idem* : le droit à la sûreté et le droit à la dignité[126]. Le Conseil constitutionnel lui-même, dans une décision isolée, a affirmé, sans en donner le fondement, qu' « une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale »[127].

37. L'indépendance des ordres juridictionnels. L'obstacle le plus important à l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle semble résider dans la dualité d'ordres juridictionnels[128]. Consacrée en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République[129], la dualité d'ordres pourrait empêcher l'interdiction du cumul en ce qu'il porterait atteinte à l'indépendance de chacun des ordres juridictionnels. Ce fut d'ailleurs l'argument soutenu par le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'est prononcé sur l'autorisation de ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe, contenant la Charte des droits fondamentaux. Le Conseil a cherché à établir si l'article 50 de la Charte pouvait porter atteinte au principe de séparation des ordres juridictionnels. Il a alors affirmé qu'une telle atteinte n'était pas établie, en estimant, de manière erronée, que cet article ne s'appliquait qu'aux poursuites pénales au sens strict[130]. Il faut donc en conclure, *a contrario*, que s'il avait relevé que l'article allait s'appliquer tout aussi bien aux poursuites administratives ou disciplinaires relevant de la matière pénale, il aurait porté atteinte à l'indépendance des ordres juridictionnels. Cet argument est pour le moins étrange, tant cette indépendance connaît des exceptions dont l'une d'elles, nous l'avons vu, a été érigée par le Conseil lui-même : la prise en compte, par le juge pénal ou par l'autorité administrative, de la sanction prononcée par l'autre ordre juridictionnel, afin de limiter la peine au montant légal le plus élevé. Ainsi, le juge pénal, qui est souvent celui qui se prononce en second, est conduit à prendre en considération tout à la fois la disposition régissant la sanction administrative et la décision se prononçant sur la sanction, afin de prononcer, à l'aide de ces éléments, une amende ne dépassant pas le montant légal le plus élevé. L'indépendance des ordres juridictionnels n'est donc pas sans limite, et, si ce principe fondamental peut entrer en conflit avec une éventuelle interdiction du cumul de poursuites, il faut bien reconnaître

---

126 J. LELIEUR-FISCHER, th. préc., n° 488 s., p. 410 s.
127 Cons. const. 23 juill. 1996, préc., consid. 15.
128 V. sur ce point, D. TRUCHET, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005, p. 1767 ; J. CAILLOSSE, « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005, p. 1781.
129 Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, consid. 15.
130 Cons. const. 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC.

qu'il ne s'agirait que d'un petit pas supplémentaire après la prise en considération de la sanction prononcée par l'autorité relevant de l'autre ordre de juridiction. Il s'agirait de prendre en considération la décision rendue, comme cela est déjà le cas, pour interdire l'exercice de poursuites pénales si les faits qui les fondent ont déjà donné lieu à une sanction administrative relevant de la matière pénale.

Il apparaît dès lors que ni la consécration légale de l'interdiction du cumul, ni sa consécration constitutionnelle ne heurteraient le principe de séparation des ordres juridictionnels. L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si elle est souhaitable, n'est pas utile, le principe fondamental de séparation des ordres juridictionnels n'entrant pas en conflit avec l'interdiction du cumul de poursuites reconnu par les cours européennes. Seul l'exercice du contrôle de conventionnalité semble à même, en dehors des cas où la Cour de justice peut intervenir, de faire véritablement évoluer la position des juges nationaux.

2. L'exercice nécessaire du contrôle de conventionnalité

38. L'inapplicabilité de la réserve d'interprétation. L'exercice du contrôle de conventionnalité semble se heurter à la réserve d'interprétation émise par la France lorsqu'elle a ratifié le protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette réserve est systématiquement rappelée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État lorsque cet article est invoqué pour écarter le cumul de poursuites administratives et pénales. Mais elle doit cependant être regardée comme inapplicable. Selon cette réserve, « seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole ». On peut tout d'abord constater la mauvaise rédaction de cette réserve, affirmant qu'elle ne s'applique qu'aux tribunaux statuant en matière pénale. Or, la Cour a sa propre interprétation de la notion de tribunal[131] et de matière pénale[132], tant et si bien que les autorités administratives indépendantes disposant d'un pouvoir de sanction sont vues comme des tribunaux statuant en matière pénale. Mais, du fait également de la mauvaise rédaction de cette réserve d'interprétation, celle-ci doit être vue comme inapplicable. À plusieurs reprises, la Cour s'est prononcée sur la validité des réserves autrichienne et italienne concernant le même article.

---

[131] V. J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990, p. 692 ; R. Koering-Joulin, « La notion européenne de "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *RSC* 1990, p. 765

[132] V. *supra*, n° 12.

L'article 57 de la Convention prohibe les réserves de caractère général et affirme, en son second paragraphe, que « toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause ». De ce fait, la Cour a dit que la réserve autrichienne, selon laquelle « les articles 3 et 4 se réfèrent aux procédures pénales dans le sens du Code pénal autrichien » n'était pas valable, faute de bref exposé des dispositions visées[133]. Un arrêt récent rendu contre l'Italie a également conclu à l'invalidité de la réserve, très similaire à la réserve autrichienne[134]. Il est absolument certain que la réserve française n'est pas plus valable que celles formulées par l'Autriche ou l'Italie, aucun exposé, aussi bref soit-il, de la loi en cause n'étant joint[135].

39. Contrôle de conventionnalité. Il revient aux juridictions nationales d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour, ses arrêts, s'ils n'ont qu'une autorité relative de la chose jugée, ayant une autorité de la chose interprétée[136]. Cette autorité a été reconnue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation elle-même, qui a affirmé « que les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »[137]. Les juges de l'ordre judiciaire ou administratif se doivent ainsi d'appliquer la Convention telle qu'interprétée par la Cour, en affirmant que la réserve d'interprétation n'est pas valable, et que le principe *non bis in idem* tel que garanti par la Convention s'oppose au cumul de poursuites administratives et pénales. Au regard, toutefois, de la jurisprudence la plus récente des deux hautes juridictions, il ne semble pas que l'évolution pourra venir des juges internes.

40. L'inéluctable sanction de la position française. Si la CEDH venait à être saisie du cumul en cause, il est certain que la France serait condamnée, tant sa position est claire quant à l'interdiction du cumul, pour les mêmes faits, de poursuites pénales et de poursuites administratives relevant de la matière pénale. Sa jurisprudence récente contredit en outre

---

133 CEDH 23 oct. 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90, n° 49 s.
134 CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens c. Italie*, préc., n° 204 s.
135 V. S. Torck, obs. Sous CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens*, préc.
136 CEDH 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/78, n° 154.
137 Cass. Ass. plén. 15 avr. 2011, *Constitutions* 2011, p. 326, obs. A. LEVADE ; *D.* 2011, p. 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *RSC* 2011, p. 410, obs. A GIUDICELLI ; *RTD Civ.* 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

radicalement la décision de la chambre criminelle du 22 janvier 2014, en écartant la réserve italienne et en sanctionnant le cumul d'une sanction administrative prononcée par l'autorité italienne de régulation des marchés et d'une sanction pénale[138]. Si le dialogue entre les juges européens et les juges nationaux, sur le principe *non bis in idem*, ne s'opère pas, la condamnation de la France par la CEDH, voire, de manière plus improbable, par la CJUE par un recours en manquement, ou encore la réponse que cette dernière pourrait donner à une question préjudicielle, permettra d'aboutir à cette conciliation. La combinaison des systèmes de protection des droits fondamentaux permet d'aboutir à la protection la plus élevée malgré la réticence de certaines juridictions, afin d'assurer, y compris contre la volonté des États, la garantie des droits fondamentaux, la garantie en somme de l'État de droit, si importante et si fragile à la fois dans les sociétés démocratiques.

[138] CEDH 4 mars 2014, préc.