

tincts. Plus le lien temporel est ténu, plus il faudra que l'État explique et justifie les lenteurs dont il pourrait être responsable dans la conduite des procédures (paragraphe 134).

A. et B. / Norvège

J.L.M.B. 17/320

N.D.L.R. : Cet arrêt fait l'objet d'une publication par sommaires en raison de sa longueur.

Il peut être consulté sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les lecteurs liront également avec intérêt la très longue opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque.

Observations

Le principe *non bis in idem* et les procédures mixtes : un camouflet infligé à la jurisprudence *Zolotoukhine* ?

Introduction

1. Après avoir rendu l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* le 10 février 2009¹, nous avons la faiblesse de penser que la Cour européenne des droits de l'homme avait fixé de manière durable les règles qui encadrent l'application du principe *non bis in idem*, consacré par l'article 4 du septième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme².

2. Dans cet arrêt, la Cour a rappelé que la règle *non bis in idem* implique qu'il n'est guère possible de sanctionner deux fois une infraction qui a déjà donné lieu à un jugement définitif prononcé conformément à la procédure pénale et à la loi de l'État concerné. L'appréciation de ce cumul de sanctions, qui doivent nécessairement revêtir un caractère pénal, se réalise au regard des « critères *Engel* »³, lesquels font référence à la qualification juridique de l'infraction en droit interne, à la nature même de l'infraction et au degré de sévérité de la sanction que risque de subir le justiciable. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs, ce qui n'empêche toutefois pas l'adoption d'une approche cumulative si

¹ Cour eur. D.H., *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009 ; F. KRENC, « *Non bis in idem* : la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme entend mettre fin à la cacophonie ! », *Dr. pén. entr.*, 2009, p. 335.

² « 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 » (voy. A. JACOBS, « Le droit à un double degré de juridiction et le principe *non bis in idem*. Le Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme enfin en vigueur en Belgique », *Rev. dr. pén.*, 2013, pp. 312-318).

³ Cour eur. D.H., *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976 ; en application de cette jurisprudence, une sanction administrative en droit peut recevoir la qualification de « pénale » au sens de la Convention ; voy., par exemple, Cour eur. D.H., *Oztürk c. Allemagne*, 21 février 1984 ; Cour eur. D.H., *S.A. Dubus c. France*, 11 juin 2009 ; voy. aussi F. KRENC, « La protection contre la répression administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 118-121 ; A. DE NAUW, « De rechten van de mens, stuwende kracht van een nieuwe golf van penaliseren in het sociaal en fiscaal strafrecht », *T. Strafr.*, 2001, pp. 218-221 ; A. ALEN, « Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999 », *R.W.*, 1999-2000, pp. 630-631 ; Fr. ROGGEN, « La règle du cumul des sanctions administratives et pénales en matière fiscale, à travers la jurisprudence : impact et perspectives », *Actualité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1-24 ; M. NIHOUL, « L'élément moral de l'infraction administrative et le principe *non bis in idem* », *L'élément moral en droit. Une vision transversale*, Conférence du Jeune barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2014, pp. 365-397 ; F. SOTAERT et C. VANDEPITTE, « Het *Non bis in idem* - beginsel in fiscale zaken », note sous Anvers, 24 février 2015, *R.A.B.G.*, 2015, pp. 1346-1351.

l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale.

3. Dans ce même arrêt, la Cour européenne a déterminé ce qu'il fallait entendre par *idem*⁴ et a retenu que l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car, à s'en tenir à ce constat formel, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7, et non de rendre cette dernière concrète et effective comme le requiert pourtant la Convention. En conséquence, cette disposition doit être comprise comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci ait pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes. La Cour a, dès lors, fait porter son examen sur « les faits » qui constituent un ensemble de « circonstances factuelles concrètes » impliquant le même contrevenant et sont indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace⁵.

4. Enfin, en ce qui concerne l'élément *bis*, la Cour a rappelé que l'article 4 du Protocole n° 7 ne vise pas seulement le cas d'une double condamnation, mais aussi celui des doubles poursuites. Dans le cas contraire, il n'aurait, en effet, pas été nécessaire d'employer le terme « poursuivi » avant le terme « puni », car il n'en aurait constitué qu'un doublon. Au demeurant, cette disposition s'applique même si l'individu concerné n'a fait l'objet que de simples poursuites qui n'ont pas abouti à une condamnation. En synthèse, la Cour a souligné que l'article 4 du Protocole n° 7 renferme trois garanties distinctes, impliquant tour à tour que nul ne peut être poursuivi (1°), jugé (2°) ou puni (3°) deux fois pour les mêmes faits.

5. Si ces lignes directrices semblent être parfaitement intégrées, notamment en droit belge⁶, l'arrêt commenté relève des divergences d'approches, relayées par six États parties au Protocole n° 7, portant sur la méthode à employer pour déterminer si, dans le cas d'espèce, une majoration d'impôt peut être qualifiée de « pénale », mais aussi sur les possibilités offertes aux États d'engager des procédures parallèles ou mixtes pour faire face à certains comportements socialement inacceptables⁷.

Après avoir esquissé les antécédents factuels de l'affaire soumise à la Cour, nous examinerons ces deux problématiques avant d'en dresser un bilan critique.

I. Les enseignements de l'arrêt

A. Le contexte factuel

6. A et B étaient actionnaires de plusieurs sociétés dont ils ont vendu les actions en 2001 pour plusieurs millions de couronnes norvégiennes. Le produit des ventes n'a délibérément fait l'objet d'aucune déclaration auprès des autorités fiscales norvégiennes. En 2007, le fisc a déposé plainte de ce chef auprès de l'Autorité norvégienne d'enquête et de poursuites pour les délits économiques et écologiques. A et B ont été inculpés du chef de fraude fiscale aggravée à la fin de l'année 2008. En parallèle, le fisc norvégien leur a imposé, outre le paiement de l'impôt élué, une majoration d'impôt de 30 pour cent calculée sur la base des impôts dont ils étaient redeva-

⁴ Voy., par exemple, C. KARAKOSTA, « *Ne bis in idem* : une jurisprudence peu visible pour un droit intangible », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 34-49.

⁵ Voy. H. MOCK, « *Ne bis in idem* : Strasbourg en faveur de l'identité des faits », *R.T.D.H.*, 2009, pp. 865-881 ; P. HOET, « *Gelijkheid van feiten of van inbreuken en van strafrechtelijke vervolgingen of van vervolgingen met een strafrechtelijke karakter ?* », *R.A.B.G.*, 2009, pp. 892-898.

⁶ Voy. P. DE KOSTER, « Le principe *non bis in idem* : de la révolution à l'intégration : cinq ans après l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine* ? », *Dr. pén. entr.*, 2015, pp. 3-19 ; O. MICHELIS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 295-301.

⁷ Voy. M. BOURGEOIS et L. LOFFET, « Le faux et l'usage de faux en matière fiscale », *La preuve et le faux*, Coll. du Jeune barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2017, pp. 177-183.

bles au titre des montants non déclarés. En 2009, A et B ont encore été condamnés à une peine d'emprisonnement d'un an du chef de fraude fiscale aggravée, le tribunal norvégien ayant pris en considération, pour la détermination du *quantum* de la peine, la majoration d'impôt imposée antérieurement. Après avoir épuisé les voies de recours internes, les prévenus ont saisi, en 2011, la Cour européenne des droits de l'homme, se plaignant d'avoir été condamnés deux fois (majoration d'impôts et peine privative de liberté) pour la même infraction fiscale, en violation du principe *non bis in idem*.

B. Les questions discutées

7. Les parties et les tiers intervenants n'ont pas manqué d'adopter des positions divergentes sur deux questions principales. D'un côté, celle relative à la méthode à utiliser pour déterminer si la procédure se rapportant à l'application des majorations d'impôts était « pénale » aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7. De l'autre, celle de savoir si et dans quelle mesure des procédures parallèles ou mixtes sont autorisées au titre de cette disposition.

1. La détermination de la nature de la procédure en cause

8. Dans l'arrêt *Zolotoukhine*, la Cour européenne a considéré que les trois « critères *Engel* » constituent le modèle à suivre pour déterminer si une procédure peut être qualifiée de pénale au regard du Protocole n° 7. La Cour a donc fait le choix de ne pas reprendre la liste plus large et non exhaustive de facteurs qu'elle avait développée dans une série d'affaires antérieures⁸.

9. Dans l'arrêt noté, la Cour adopte le même raisonnement. Elle estime qu'il n'existe aucune raison de s'écarter de sa jurisprudence *Zolotoukhine* dès lors que le principe *non bis in idem* vise principalement l'équité de la procédure qui est l'objet de l'article 6 de la Convention. Il s'impose, dès lors, dans un souci de cohérence de l'interprétation de la Convention considérée globalement, que le caractère pénal ou non d'une procédure soit défini au regard des seuls « critères *Engel* ».

10. La Cour ajoute toutefois que, dès l'instant où le principe *non bis in idem* est jugé applicable, une approche modulée s'impose à l'évidence pour évaluer la manière dont il est mis en œuvre s'agissant de procédures mêlant sanctions administratives et sanctions pénales⁹.

11. En faisant application des « critères *Engel* » dans l'affaire *A et B contre Norvège*, la Cour a considéré, conformément à sa jurisprudence habituelle en la matière¹⁰, que les majorations d'impôts imposées aux requérants, vu leur ampleur, revêtaient incontestablement un caractère pénal. En dépit de cette première sanction, les autorités nationales compétentes ont toutefois jugé que le comportement répréhensible des requérants devait appeler une seconde réponse prenant la forme, cette fois, d'une sanction pénale d'emprisonnement prononcée par une juridiction répressive.

12. C'est évidemment sur le terrain de la combinaison de ces procédures que les enseignements de la Cour nous paraissent fondamentaux¹¹ dès l'instant où celle-ci tranche la question de savoir s'il peut être admis que des autorités distinctes infligent des sanctions différentes du chef d'un même comportement. Afin d'appréhender cette

⁸ Voy., par exemple, Cour eur. D.H., *Storbråten c. Norvège*, 1^{er} février 2007.

⁹ Arrêt commenté, paragraphe 107.

¹⁰ Voy. Cour eur. D.H., *Manasson c. Suède*, 8 avril 2003 ; Cour eur. D.H., *Rosenquist c. Suède*, 14 septembre 2004 ; Cour eur. D.H., *Synnelius et Edsbergs Taxi AB c. Suède*, 17 juin 2008 ; Cour eur. D.H., *Carlberg c. Suède*, 27 janvier 2009 ; Cour eur. D.H., *Lucky Dev. c. Suède*, 27 novembre 2004.

¹¹ P. DE KOSTER, « Le cantique du *Non bis in idem* et son application quantique : réflexions sommaires à propos de l'arrêt de la Cour eur. D.H. du 15 novembre 2016 », *Dr. pén. entr.*, 2017, p. 12.

thématique, la Cour s'attache à délimiter le concept de « procédures parallèles ou mixtes ».

2. Les procédures parallèles ou mixtes

13. La Cour européenne des droits de l'homme décrit quatre hypothèses au cours desquelles la question de l'existence de procédures combinées s'est posée.

Dans une première série d'affaires, la Cour a justifié, en matière de roulage¹², l'infliction de sanctions différentes faisant suite à des procédures distinctes en raison de l'existence, entre ces sanctions, « d'un lien matériel et temporel suffisamment étroit »¹³.

Dans une deuxième série d'affaires, la Cour, après avoir observé qu'il n'était pas satisfait au critère du « lien matériel et temporel suffisamment étroit », a, en matière fiscale cette fois¹⁴, conclu à la violation du principe *non bis in idem*. La Cour a relevé, pour aboutir à cette conclusion, que, d'une part, les procédures administrative et pénale avaient suivi leur propre cheminement et avaient pris fin indépendamment l'une de l'autre, et, d'autre part, que chaque juridiction ou autorité avait fixé le *quantum* de la peine sans tenir compte de la sanction prononcée par l'autre et sans qu'il y ait eu aucun échange entre elles¹⁵.

Enfin, dans une troisième et quatrième séries d'affaires, sans se référer au critère du « lien matériel et temporel suffisamment étroit », la Cour a conclu à la violation du principe *non bis in idem* dès lors que c'était le même comportement culpeux qui avait donné lieu à des procédures pénales distinctes¹⁶ ou, en dépit d'acquittements prononcés en leur faveur, les justiciables s'étaient vu infliger ultérieurement de lourdes sanctions administratives pour les mêmes faits¹⁷.

14. Une mise au point s'imposait.

En guise de préambule, dans l'arrêt commenté, la Cour rappelle que chaque État a le droit d'envisager un concours de procédures, formant un tout cohérent, qui peuvent être menées successivement ou en parallèle, pour sanctionner de différentes peines une infraction qui doit être qualifiée de pénale au regard des « critères *Engel* », sans pour autant que le cumul de peines ne représente, pour la personne en cause, une charge excessive.

15. C'est tout particulièrement la suite du raisonnement de la Cour qui devient intéressante. En effet, après avoir tiré les enseignements qu'il convenait de dégager de sa jurisprudence antérieure¹⁸, la Cour, à qui il revient de déterminer si la législation d'un État membre porte atteinte à l'interdiction de la double incrimination, indique que pour être convaincue de l'absence de répétition du procès ou de peines (*bis*), l'État défendeur doit établir de manière probante que les procédures mixtes, tant pénale qu'administrative, sont unies par un « lien matériel et temporel suffisamment étroit ».

Ce critère s'impose et implique que les procédures mixtes soient cohérentes et complémentaires tout en étant menées avec une certaine diligence pour qu'elles ne

¹² L'une entraînant une peine d'emprisonnement et/ou d'amende et l'autre une interdiction ou une prolongation de l'interdiction du droit de conduire.

¹³ Voy. Cour eur. D.H., *Nilsson c. Suède*, 13 décembre 2005 ; Cour eur. D.H., *Boman c. Finlande*, 17 février 2015.

¹⁴ À savoir, une majoration d'impôt, d'une part, et des poursuites pour fraude fiscale, d'autre part.

¹⁵ Cour eur. D.H., *Lucky Dev c. Suède*, 27 novembre 2014 ; Cour eur. D.H., *Nykänen c. Finlande*, 20 mai 2014 ; Cour eur. D.H., *Glantz c. Finlande*, 20 mai 2014 ; Cour eur. D.H., *Rinas c. Finlande*, 27 janvier 2015 ; Cour eur. D.H., *Osterlund c. Finlande*, 10 février 2015.

¹⁶ Voy. Cour eur. D.H., *Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014 ; Cour eur. D.H., *Muslija c. Bosnie-Herzgovine*, 14 janvier 2014.

¹⁷ Cour eur. D.H., *Sismanidis et Sitaridis c. Grèce*, 9 juin 2016.

¹⁸ Arrêt commenté, paragraphes 125-129.

s'évaluent pas trop dans le temps. Il ne serait pas satisfait à ce critère si l'un ou l'autre des deux éléments – temporel ou matériel – faisait défaut. Il n'est toutefois pas requis que les deux procédures soient menées simultanément du début à la fin. La Cour insiste, ce lien doit être suffisamment étroit pour que le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs. Plus le lien temporel est ténu, plus il faudra que l'État explique et justifie les atteroiements dont il pourrait être responsable dans la conduite des procédures.

16. Enfin, toujours animée par le souci de cerner au plus près ce « lien matériel et temporel suffisamment étroit » auquel doivent satisfaire les procédures mixtes, la Cour dégage une série, non limitative, d'éléments qu'elle juge pertinents, à savoir :

- la complémentarité des procédures dont le but est de s'attacher aux divers aspects de l'acte préjudiciable à la société en punissant le comportement incriminé par une sanction spécifique qui ne fait pas nécessairement partie du « noyau dur du droit pénal »¹⁹ ;
- la prévisibilité, tant en droit qu'en pratique, des procédures parallèles ;
- l'interaction entre les différentes autorités compétentes pour éviter, autant que possible, toute répétition notamment dans l'administration de la preuve ;
- la prise en considération de la sanction déjà prononcée pour assurer une juste proportionnalité entre les différentes sanctions retenues.

C. Une nouvelle conception du principe *non bis in idem* ?

17. Nous pensions, depuis l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie*²⁰, que les discussions engendrées par le principe *non bis in idem* étaient définitivement closes. C'était toutefois perdre de vue que, dans cet arrêt, la Cour européenne ne s'est pas prononcée sur la problématique des procédures parallèles à propos desquelles elle ne s'est jamais livrée à une synthèse de sa jurisprudence²¹.

18. L'arrêt commenté en est l'occasion puisque la Cour estime que le recours au critère du « lien matériel et temporel suffisamment étroit » autorise la mise en œuvre de procédures mixtes qui sont construites de manière complémentaire et cohérente pour sanctionner, dans tous ses aspects, un comportement socialement inacceptable. Même si la Cour émet le vœu qu'il pourrait être opportun qu'une seule et même procédure permette d'atteindre ce résultat, un État peut parfaitement estimer qu'une même infraction puisse donner lieu à des poursuites tant pénales qu'administratives.

Il n'en reste pas moins que ces deux types de procédures doivent concrètement satisfaire aux exigences de complémentarité et de cohérence. Par conséquent, la sanction infligée à l'issue de la procédure administrative doit être plus spécifique au regard du comportement répréhensible et ne pas s'identifier purement et simplement aux sanctions traditionnelles du droit pénal *sensu stricto*. À ce propos, la Cour indique que plus la procédure administrative présente des caractéristiques infamantes, plus les finalités sociales poursuivies par la punition de l'infraction dans des procédures différentes risquent de se répéter plutôt que de se compléter pour, en définitive, n'être plus compatibles avec le principe *non bis in idem*. À l'inverse, si chaque autorité a à sa disposition un éventail de sanctions distinctes qui ne se recoupent pas et que l'autorité admi-

¹⁹ Cour eur. D.H., *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006, paragraphe 43.

²⁰ P. de Koster parle d'un « arrêt de principe » (P. DE KOSTER, « Le cantique du *non bis in idem* et son application quantique : réflexions sommaires à propos de l'arrêt de la Cour eur. D.H. du 15 novembre 2016 », *Dr. pén. entr.*, 2017, p. 14).

²¹ Fr. KUTY, « Le droit à un procès pénal équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2016 », *cette revue*, 2017, p. 471.

nistrative ne peut s'écarter de la décision pénale qu'à certaines conditions limitatives, par exemple lorsqu'il est évoqué des constatations de faits qui n'étaient pas connues du juge pénal, il existe une coordination entre les procédures pénale et administrative si bien que la sanction administrative s'apparente à une peine complémentaire à la condamnation répressive²².

II. Les critiques de l'arrêt

19. L'application concrète du principe *non bis in idem*, lorsqu'il s'agit de le transposer à des procédures pénales et administratives mixtes, a été vivement critiquée par le juge Pinto De Albuquerque dans une opinion dissidente qui suit l'arrêt. Les critiques mises en lumière par l'opinion dissidente s'inscrivent sur plusieurs registres ; nous nous attarderons aux principales d'entre elles.

20. Premièrement, le juge Pinto De Albuquerque fait valoir que la notion de lien temporel n'est pas claire et est « totalement arbitraire », à telle enseigne qu'il convient de ne pas du tout y avoir égard.

L'objectif de la Cour, en imposant ce lien temporel, qui s'apprécie par rapport à l'ensemble de la procédure, est que le justiciable soit fixé au plus tôt sur son sort. Il est vrai qu'un tel critère induit une certaine marge d'appréciation, laquelle paraît toutefois inévitable dans la mesure où un tel examen se fondera sur les données concrètes du cas d'espèce. Par conséquent, il semble difficile, sinon impossible, pour la Cour de déterminer, au préalable, les contours exacts de cette notion qui est, par essence, fluctuante, un peu comme l'est celle du délai raisonnable.

Le caractère qualifié de purement arbitraire du lien temporel nous semble dès lors devoir être relativisé, à plus forte raison que la Cour aura probablement à cœur de préciser, au fil de sa jurisprudence, le temps qui lui semble irrémédiable pour constater une rupture de ce lien qui doit unir des procédures menées parallèlement.

21. Au-delà de l'affaire tranchée par la Cour qui est propre au droit fiscal, le juge Pinto De Albuquerque estime également que le mécanisme de compensation entre les sanctions administratives et pénales ne peut s'appliquer si une procédure se solde par un acquittement ou un non-lieu. Dans ce cas de figure, il n'y aurait en effet rien à compenser, « c'est-à-dire à contrebalancer ou à déduire dans une procédure administrative subséquente ou parallèle »²³.

En revanche, selon le juge Pinto De Albuquerque, cet acquittement du prévenu au pénal ne doit pas rester sans effet dès lors que ce dernier a le droit de s'en prévaloir dans toute procédure ultérieure, fût-elle administrative²⁴. L'on souscrit évidemment

²² Cour eur. D.H., *Rivard c. Suisse*, 4 octobre 2016 : dans le cas d'espèce, la Cour note que le juge pénal n'est pas compétent pour prononcer des sanctions administratives (à savoir, un retrait de permis de conduire) et que, *vice versa*, l'autorité administrative n'est pas compétente pour infliger des peines relevant du juge pénal (à savoir, une amende ou une peine privative de liberté).

²³ Opinion dissidente, paragraphe 68.

²⁴ Cour eur. D.H., *Tadeu c. Portugal*, 23 octobre 2014, paragraphe 64; Cour eur. D.H., *Rivard c. Suisse*, 4 octobre 2016 : dans cet arrêt, la Cour européenne observait que « Le Tribunal fédéral (suisse) a précisé que l'autorité administrative statuant sur un retrait du permis de conduire ne peut, en principe, pas s'écarter des constatations de fait d'un prononcé pénal entré en force. La sécurité du droit commande en effet d'éviter que l'indépendance du juge pénal et du juge administratif ne conduise à des jugements opposés, rendus sur la base des mêmes faits. L'autorité administrative ne peut s'écarter du jugement pénal qu'à certaines conditions » ; voy. aussi et comparez avec Cour eur. D.H., *Kapetanios et autres c. Grèce*, 30 avril 2015, dans lequel on peut lire que « la Cour a déjà considéré qu'après l'abandon de poursuites pénales la présomption d'innocence exige de tenir compte, dans toute procédure ultérieure, de quelque nature qu'elle soit, du fait que l'intéressé n'a pas été condamné (*Vanjak*, précité, paragraphe 41). Elle a également indiqué que le dispositif d'un jugement d'acquiescement doit être respecté par toute autorité qui se prononce, de manière directe ou incidente, sur la responsabilité pénale de l'intéressé (*Vassilios Stavropoulos c. Grèce*, 29 septembre 2007, paragraphe 39). En somme, la présomption d'innocence signifie que si une accusation en matière pénale a été portée et que les poursuites ont abouti à un acquiescement, la personne ayant fait l'objet de ces poursuites est considérée comme innocente au regard de la loi et doit être traitée comme telle. Dans cette mesure, dès lors, la présomption d'innocence subsiste après la clôture de la pro-

à cette position, mais l'on peut se demander si, dans son opinion dissidente, le juge Pinto De Albuquerque, qui affirme que « pour la majorité, l'acquiescement de l'accusé, que ce soit parce que les actes ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale, parce que l'accusé ne les a pas commis ou parce qu'il n'a pas été prouvé qu'il les ait commis, n'a pas à être pris en considération dans les procédures administratives parallèles »²⁵, ne prête pas à la Cour une intention qui n'est pas la sienne. En effet, dans l'arrêt commenté, la grande chambre conclut que « vu de ce qui précède, aucun des deux requérants ne peut passer pour avoir été poursuivi ou puni pénalement (...) en raison d'une infraction pour laquelle il a[vait] déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif, au mépris de l'article 4 du Protocole n° 7 ». L'hypothèse d'un acquiescement préalable à la sanction administrative n'a de la sorte, à notre estime, pas été rencontrée par la Cour.

22. Troisièmement, le juge Pinto De Albuquerque s'interroge sur les raisons pour lesquelles la Cour n'a pas envisagé d'autres alternatives au mécanisme de la compensation telles que la suspension d'une procédure au profit de l'autre ou des solutions de fond comme le plafonnement des sanctions ou le principe de spécialité.

À cet égard, il convient de rappeler que la Cour s'est attachée à examiner une mesure nationale qui entend sanctionner une fraude fiscale qui est le fruit d'un système intégré permettant de réprimer un méfait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée et dont l'ensemble forme un tout cohérent. Ce faisant, la Cour a considéré que la Norvège n'a pas fait subir au justiciable un préjudice disproportionné ou une injustice, de sorte que la réponse juridique intégrée qu'elle réserve à la fraude fiscale n'exige pas la mise en œuvre d'autres alternatives au mécanisme de la compensation.

23. Comme dernière principale critique, le juge Pinto De Albuquerque estime que l'arrêt annoté perturbe profondément la collaboration progressive et mutuelle installée entre la Cour strasbourgeoise et la Cour de justice de l'Union européenne, la première empruntant la mauvaise direction tandis que la seconde prend la bonne²⁶. Le juge considère, en effet, que la Cour luxembourgeoise a spécifiquement rejeté, en faisant application de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux²⁷, le cumul des sanctions pénales et administratives de nature pénale dans son arrêt *Hans Åkeberg Fransson* du 26 février 2013²⁸, là où l'arrêt commenté limite la portée de l'interdiction de la double incrimination.

S'il est exact que la Cour de justice a progressivement étendu le champ d'application du principe *non bis in idem*, il faut, à notre estime, se garder de tirer des conclusions hâtives quant à l'opposition frontale qui caractériserait les relations entre les deux hautes cours dès lors qu'il ne s'agissait pas, dans l'arrêt *Hans Åkeberg Fransson*, de

cédure pénale, ce qui permet de faire respecter l'innocence de l'intéressé relativement à toute accusation dont le bien-fondé n'a pas été prouvé ».

²⁵ Opinion dissidente, paragraphe 70.

²⁶ Opinion dissidente, paragraphe 96.

²⁷ L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ».

²⁸ C.J.U.E., *Hans Åkeberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10, pt. 37 : interrogée sur la question de savoir si l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la T.V.A. une combinaison de sanctions fiscales et pénales, la Cour de justice a répondu que de telles sanctions pouvaient être appliquées successivement dans la mesure où la sanction fiscale ne revêt pas un caractère pénal, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier sur la base de critères analogues aux « critères *Engel* » déterminés par la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. aussi C.J.U.E., *Bonda*, 5 juin 2012, C-489/10, pt. 37.

procédures parallèles, mais, au contraire, de procédures successives en sorte que la comparaison entre les deux jurisprudences manque de nuance.

24. Reste la notion de « jugement définitif » visée par l'article 4 du septième Protocole. Il résulte de cette disposition, telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne, que le justiciable peut se prévaloir du principe *non bis in idem* s'il a déjà été condamné par une décision qui n'est plus susceptible de recours ordinaires. Comment dès lors combiner cette condition avec l'hypothèse de procédures mixtes ? En réalité, la question du caractère définitif ne se posera pas nécessairement dans ce cas de figure dès lors que les procédures en cause ne sont pas la répétition des poursuites à proprement parler²⁹, mais plutôt une combinaison de procédures. Pratiquement, dans une telle occurrence, le justiciable ne pourra pas se prévaloir de l'existence d'une décision définitive pour qu'il soit mis un terme prématurément à la procédure parallèle qui est, quant à elle, toujours en cours.

25. S'il nous était permis de résumer la position de la Cour, l'on ne manquerait de souligner que celle-ci n'a aucunement remis en cause le choix du législateur norvégien de réprimer au moyen d'une procédure mixte (administrative et pénale) le comportement préjudiciable à la société consistant à ne pas payer ses impôts. La Cour ajoute qu'il ne lui appartient pas davantage de critiquer la décision prise, à l'égard des requérants, par les autorités norvégiennes compétentes de traiter séparément l'élément de fraude, plus grave et plus répréhensible socialement, dans le cadre d'une procédure pénale plutôt que dans celui d'une procédure administrative ordinaire. Elle en conclut, dès lors, logiquement à l'absence de violation du principe *non bis in idem*.

Une marge d'appréciation importante est donc laissée aux États. S'agissant d'un droit individuel non susceptible de dérogation, cette marge d'appréciation a été vivement décriée par le Juge Pinto De Albuquerque pour qui cela revient à donner un blanc-seing aux législateurs nationaux³⁰.

26. Il est évident que des procédures parallèles s'envisageront plus aisément si les sanctions imposables dans la procédure non formellement qualifiée de « pénale » sont spécifiques au comportement en question et ne font donc pas partie du « noyau dur du droit pénal »³¹.

En somme, la casuistique engendrée par les procédures mixtes donnera lieu à violation du principe *non bis in idem* si la Cour européenne constate que ces procédures constituent, dans leur substance ou dans leurs effets, une double incrimination qui porte inévitablement préjudice au justiciable. En revanche, si ces mêmes procédures sont unies par un « lien matériel et temporel suffisamment étroit », celles-ci respecteront le prescrit de l'article 4 du Protocole n° 7.

III. Les incidences de l'arrêt en droit belge

27. Il est, à ce stade, prématuré d'épingler toutes les conséquences que la jurisprudence de la Cour européenne pourrait avoir en droit belge. Il paraît, en tout état de cause, vraisemblable qu'elle pourrait chambouler le principe consacré par la loi *Una via* du 20 septembre 2012³² dont le but est notamment d'assurer aux dossiers de

²⁹ Comparez avec Cour eur. D.H., *Nykänen c. Finlande*, 20 mai 2014.

³⁰ L'article 4 du Protocole n° 7 est un droit absolu puisqu'il ne peut y être dérogé en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation (article 4.3 du Protocole n°7 et 15 C.E.D.H.).

³¹ Cette distinction entre le « noyau dur du droit pénal » et le reste du droit pénal a été vivement critiquée par le juge Pinto De Albuquerque (opinion dissidente, paragraphes 28-30) dès lors que la ligne de démarcation entre les deux n'est pas claire et est, en tout état de cause, trop simpliste et artificielle.

³² Loi du 20 septembre 2012 instaurant le principe « *una via* » dans le cadre de la poursuite des infractions à la législation fiscale et majorant les amendes pénales fiscales (*M.B.*, 22 octobre 2010).

fraude fiscale un traitement unique entre la voie administrative ou la voie pénale. En effet, cette loi, qui a été avalisée par la Cour constitutionnelle³³, est très largement empreinte du principe *non bis idem* tel qu'il se dégage de la jurisprudence *Zolotoukhine*. À n'en pas douter, si le législateur belge estimait, à l'avenir, devoir sanctionner de tels comportements, tant par l'infliction d'une sanction administrative, telle une majoration d'impôt, que par une sanction pénale, *sensu stricto*, un tel régime, qui s'appuierait sur des procédures mixtes formant un tout cohérent, serait susceptible de répondre au prescrit de l'article 4 du septième protocole.

28. Par ailleurs, la jurisprudence commentée pourrait ne pas avoir des implications uniquement en droit administratif, mais aussi en droit pénal social. En effet, dès lors que les sanctions administratives infligées, par exemple, à un chômeur qui se serait vu indûment octroyer des allocations peuvent s'intégrer, dans un tout cohérent, avec des sanctions pénales qui seraient sollicitées par l'auditeur du travail, notamment dans les hypothèses de fraudes sociales importantes, un cumul de sanctions, pour autant qu'il ne constitue pas un fardeau excessif pour le justiciable, ne paraît pas prohibé. En d'autres termes, s'il existe entre les procédures pénales et administratives un lien tant matériel que temporel suffisamment étroit pour les considérer comme s'inscrivant dans un mécanisme intégré de sanctions prévu par le droit belge, il ne pourra être conclu à la violation du principe *non bis in idem*³⁴. Il reste que si un recours devait être introduit contre la sanction administrative devant le juge judiciaire, celui-ci pourrait être confronté à l'application du principe « le criminel tient le civil en état ». L'on réservera déjà une attention particulière à la manière dont la Cour européenne jugera l'incidence sur le « lien temporel » de ce type de spécificités procédurales empêchant la procédure « civile » de se dérouler parallèlement à la procédure pénale.

Conclusion

29. Les conclusions du juge Pinto De Albuquerque sont sévères et empreintes d'une certaine désillusion. En effet, selon lui, l'arrêt commenté nuancerait et limiterait, de manière injustifiée et sans réelle motivation pertinente, la portée de l'arrêt *Zolotoukhine*, lui imposant un véritable camouflet.

L'on peut lire dans son opinion dissidente, « la position ancienne et généreuse en matière d'*idem factum* est [en effet] significativement limitée par la nouvelle camisole proposée par le *bis* »³⁵. L'interdiction de l'exercice répété du *jus puniendi* n'est, en réalité, « plus une garantie individuelle, mais un outil permettant d'éviter toute "manipulation et impunité" dont profiteraient les accusés. Après avoir renversé la logique du principe *ne bis in idem*, [la Cour européenne] ouvre [donc] la porte à une politique répressive sans précédent, digne d'un Leviathan, basée sur l'ouverture par l'État de procédures multiples, stratégiquement articulées et mises en place en vue d'atteindre l'effet répressif maximal (...). La seule véritable condition dont est assortie cette approche (...) orientée vers l'efficacité est un simulacre de proportionnalité, limitée à la va-

³³ C.C., 3 avril 2014, n° 61/2014, *Rev. dr. pén.*, 2015, p. 366 et note A. RISOPOULOS, « *Una via* après l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 61/2014 : et maintenant ? » ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 299-300 et les références citées ; comparez avec C.C., 23 avril 2015, n° 44/2015, *Rev. Fac. dr. Lg.*, 2016, p. 77 sur les sanctions administratives communales.

³⁴ Comparez avec D. Roulive, « L'incidence du principe *non bis in idem* sur l'application des sanctions administratives dans la réglementation du chômage au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation », *Dr. pén. entr.*, 2011, pp. 283-295 ; voy. aussi, Cass., 25 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 651 et obs. J.-Fr. NEVEN et H. MORMONT, « Cumul des sanctions administrative et pénale en matière de chômage : la Cour de cassation ignore-t-elle la jurisprudence de la Strasbourg sur l'identité d'infraction ? ».

³⁵ Opinion dissidente, paragraphe 79.

gue indication de prendre en considération les sanctions administratives antérieures dans l'amende infligée à l'issue de la procédure pénale, une approche bien éloignée des racines historiques et du principe du droit international coutumier du *ne bis in idem* »³⁶.

Les mots sont durs et les critiques acerbes. Sont-ils pour autant justifiés ou sont-ils, au contraire, le signe d'un pessimisme exacerbé ?

30. À notre sens, la réponse se situe à mi-chemin entre ces deux visions opposées, et sans doute trop tranchées. Plus fondamentalement, elle dépendra, faut-il le dire, de la manière dont les États et, *in fine*, la Cour européenne appliqueront en pratique les critères que celle-ci s'est efforcée de dégager dans la présente affaire.

En effet, en cas de procédures mixtes, les autorités nationales doivent veiller à ménager un équilibre entre la préservation nécessaire des intérêts de l'individu protégés par le principe *non bis in idem*, d'une part, et la prise en compte de l'intérêt pour la société de pouvoir sanctionner de manière calibrée le comportement répréhensible, d'autre part.

Dans la perspective d'aider les États à atteindre cet équilibre, la Cour leur fournit quatre conditions, non exhaustives, auxquelles le cas d'espèce est supposé répondre pour que puisse être accepté le cumul des sanctions administrative et pénale.

Si l'existence de procédures mixtes intégrées formant un tout cohérent, c'est-à-dire lié par un lien matériel et temporel suffisamment étroit, est nécessaire pour autoriser le cumul des sanctions administrative et pénale pour un même fait, force est de constater que la notion « de lien matériel et temporel » est effectivement difficilement appréhendable en tant que telle, dès lors que la Cour européenne n'est pas très prolixue en ce qui concerne la définition des critères à mobiliser. Une marge d'appréciation importante est donc laissée aux États, ce qui est évidemment préjudiciable en termes de prévisibilité et de sécurité juridique pour le justiciable.

La Cour strasbourgeoise devra, dans cette mesure, être particulièrement attentive à ce qu'une interprétation extensive ne soit donnée aux critères qu'elle a dégagés dans l'affaire commentée, à défaut elle ouvrirait la porte à une répression sans cesse plus large, s'éloignant des fondements du principe coutumier de l'article 4 du Protocole n° 7. Pour ce faire, elle procédera probablement à une appréciation globale des procédures mixtes, quitte à s'enfermer dans une certaine casuistique dont il appartiendra aux juges nationaux de tirer les principes qui s'imposent.

Olivier MICHIELS
Conseiller à la cour d'appel de Liège
Chargé de cours à l'U.Lg.

Géraldine FALQUE
Assistante à l'U.Lg.
Avocate au barreau de Liège

³⁶ Opinion dissidente, paragraphe 80.