

## Commentaire de l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 novembre 2018

### Le principe non bis in idem et la question du bis suite aux dernières évolutions jurisprudentielles de la C.J.U.E et de la C.E.D.H.

Par l'arrêt annoté du 22 novembre 2018, la Cour de cassation se positionne sur l'application du principe non bis in idem en cas de poursuites parallèles à caractère pénal (la question du bis) diligentées, d'une part, par une autorité nationale de la concurrence et, d'autre part, par un régulateur sectoriel national. La question était particulièrement sensible suite aux dernières évolutions jurisprudentielles, tant de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : « la C.E.D.H. ») dans l'arrêt *A et B c. Norvège*, que de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après : « la C.J.U.E. ») dans les arrêts *Menci*, *Garlsson Real Estate SA e.a.* et *Enzo Di Puma*, et compte tenu de l'interprétation spécifique du principe non bis in idem en droit de concurrence, historiquement développée par la C.J.U.E.

Au-delà de l'interprétation qu'il convient de donner à la notion du « bis » au sein du principe non bis in idem en droit de la concurrence, cet arrêt mérite une lecture attentive dès lors qu'il soulève en arrière plan la délicate question de l'articulation de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>1</sup> (ci-après : « la Charte ») et de l'article 4 du Septième protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : « le Protocole n° 7 »).

#### 1. Les faits à l'origine du litige

Les faits à l'origine du litige ayant conduit à la cassation commentée peuvent être brièvement résumés comme suit.

Entre janvier 2010 et juillet 2011, bpost a appliqué un système de tarifs conventionnels par lequel les rabais quantitatifs octroyés aux expéditeurs d'envois en nombre et aux intermédiaires étaient uniquement calculés sur la base du volume d'envois de chaque expéditeur, avec pour conséquence que les intermédiaires ne pouvaient plus additionner les volumes d'envois de leurs clients expéditeurs pour obtenir des rabais quantitatifs plus importants.

Ces nouveaux tarifs ont été sanctionnés, dans un premier temps, tant par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après : « l'IBPT ») que par le Conseil de la concurrence (devenu entre-temps l'Autorité belge de la concurrence (ci-après : « l'ABC »)). Par une décision du 20 juillet 2011<sup>2</sup>, l'IBPT a infligé à bpost une amende de 2,3 millions d'euros, principalement pour violation des principes transparence et de non-discrimination garantis par l'article 144, § 1<sup>er</sup>, 4° et 5°, de la loi du 21 mars 1991 'portant réforme de certaines entreprises publiques économiques'<sup>3</sup>, qui

---

<sup>1</sup>

<sup>2</sup> Décision du Conseil de l'IBPT du 20 juillet 2011 concernant les tarifs conventionnels de bpost pour l'année 2010 ; <https://www.bipt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/decision-du-conseil-de-l-ibpt-du-20-juillet-2011-concernant-les-tarifs-conventionnels-de-bpost-pour-l-annee-2010>.

<sup>3</sup> Cette disposition prévoyait, dans sa version applicable au moment des faits : « Article 144ter § 1<sup>er</sup>. Les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel fourni par le prestataire du service universel sont fixés conformément aux principes suivants :

(...)

4° les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires. Tant les prix que les conditions sont appliqués sans discrimination;

assure la transposition de l'article 12, 5<sup>ème</sup> tiret de la directive 97/67/CE<sup>4</sup>. Parallèlement à la procédure menée par l'IBPT, le Conseil de la concurrence a, le 10 décembre 2012, condamné bpost à une amende de près de 37,4 millions d'euros pour abus de position dominante, en infraction avec l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 3 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 'sur la protection de la concurrence économique'<sup>5</sup>, en raison de cette même politique tarifaire conventionnelle<sup>6</sup>. Le Conseil de la concurrence a tenu compte, à cette occasion, de l'amende déjà infligée à bpost par l'IBPT, tout en précisant que le principe non bis in idem n'était, selon lui, pas applicable en l'espèce, étant donné que « l'amende déjà imposée par l'IBPT concerne une autre infraction »<sup>7-8</sup>.

Bpost a introduit un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles à l'encontre de chacune de ces décisions. A l'occasion du recours à l'encontre de la décision de l'IBPT, une question préjudicielle a été posée à la C.J.U.E. Par un arrêt du 11 février 2015, celle-ci a considéré que l'article 12 de la directive postale ne s'oppose pas à un système de rabais quantitatif par expéditeur tel que celui fixé par bpost en 2010-2011<sup>9-10</sup>. Se fondant notamment sur cet arrêt, la Cour d'appel a annulé, le 12 juin 2013, la décision de l'IBPT<sup>11</sup>. Le recours introduit à l'encontre de la décision du Conseil de la

---

5° lorsqu'il applique des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs utilisateurs, un prestataire du service universel respecte les principes de transparence et de non-discrimination tant en ce qui concerne les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Les tarifs s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers que dans les relations entre les tiers et les prestataires du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont également à la disposition des utilisateurs, notamment les particuliers et les petites et moyennes entreprises, qui ont recours aux services postaux dans des conditions similaires ; »

<sup>4</sup> Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 'concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité de service'

<sup>5</sup> Conformément à cette disposition :

« Art. 3

Est interdit, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

(...);

3° appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

(...) ».

<sup>6</sup> Cons. Concurrence, décision n° 2012-P/K-32, 10 décembre 2012.

<sup>7</sup> *Ibidem*, § 309.

<sup>8</sup> Le Conseil de la concurrence fait ainsi application du critère de l'intérêt juridique protégé (cf. *infra*).

<sup>9</sup> Pour la C.J.U.E. : « les expéditeurs et les intermédiaires ne se trouvent pas dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par le système de rabais quantitatif par expéditeur, à savoir la stimulation de la demande dans le domaine des services postaux, dès lors que seuls les expéditeurs sont en mesure d'être incités, par l'effet de ce système, à augmenter leur volume d'envois confiés à bpost et, partant, le chiffre d'affaires de cet opérateur. Par conséquent, la différence de traitement entre ces deux catégories de clients qui découle de l'application du système de rabais quantitatif par expéditeur ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 12 de la directive 97/67 » (C-340/13, 11 février 2015, *bpost SA*, § 48).

<sup>10</sup> Pour un commentaire de cet arrêt, voy. G. MALOS, « The bpost regulating : An 'unsuccessful' attempt to square the circle. The ne bis in idem principle standing between regulatory and competition law », *ENLR*, 2015/2, pp. 82-90 ; X. TATON et G. CROISANT, « Le principe de non-discrimination dans l'accès aux réseaux : une application dépendant des objectifs poursuivis », *R.D.C. – T.B.H.*, 2015/9, pp. 912-920.

<sup>11</sup> Bruxelles, 12 juin 2013, R.G. 2011/AR/2481 (disponible sur le site web de l'IBPT).

concurrence invoquait, entre autres, la violation du principe *non bis in idem*, compte tenu de l'arrêt « IBPT » précité, devenu définitif. Par un arrêt du 10 novembre 2016, la Cour d'appel a fait droit à cet argument – en ayant principalement égard à l'arrêt Grande Stevens de la C.E.D.H. – et a procédé à l'annulation de la décision du Conseil de la concurrence<sup>12</sup>.

Quelques jours à peine après le prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel, la C.E.D.H. a, cependant, désavoué la jurisprudence de l'arrêt Grande Stevens qui consacrait une interprétation extensive du principe *non bis in idem* concernant, tout particulièrement, la question du « bis »<sup>13</sup>, pour lui préférer une interprétation plus restreinte. C'est dès lors sans grande surprise que l'ABC a fait le choix d'introduire un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt du 10 novembre 2016. Par l'arrêt annoté du 22 novembre 2018, la Cour de cassation fait droit à ce pourvoi après avoir constaté l'irrégularité de la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel concernant la question de l'application du principe *non bis in idem*, eu égard à la jurisprudence la plus récente, non pas de la C.E.D.H., mais de la C.J.U.E.

L'arrêt annoté doit être souligné à un triple titre. Tout d'abord, car il consacre une interprétation restrictive du principe *non bis in idem* sous l'angle de la question du « bis ». Ensuite, car il réfute la lecture faite par la Cour d'appel du principe d'homogénéité consacré par l'article 52, § 3, de la Charte et décide d'interpréter le principe *non bis in idem* au regard de la jurisprudence de la C.J.U.E. et non de celle de la C.E.D.H. Enfin, car il considère que la jurisprudence la plus récente de la C.J.U.E. s'applique également en droit de la concurrence de l'Union européenne et supprime la jurisprudence dite « Toshiba ».

## 2. Application du principe Non bis in idem en droit de la concurrence par la C.J.U.E.

Pour bien comprendre la divergence d'appréciation de la Cour d'appel, d'une part, et de la Cour de cassation, d'autre part, il faut rappeler que le principe *non bis in idem* est sanctionné par diverses dispositions de droit international dont l'articulation n'est pas toujours une chose aisée.

Que l'on se place sous l'angle de la régulation sectorielle en matière postale ou du droit de la concurrence, la politique de rabais quantitatif de bpost relève de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne et se voit, dès lors, régie par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>14</sup> (ci-après : « la Charte »)<sup>15-16</sup>, tel qu'interprété par la C.J.U.E. De par ses

---

<sup>12</sup> Bruxelles, 10 novembre 2016, 2013/MR/2, *R.D.C.-T.B.H.*, 2017/8, pp. 865-874. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. J. DEWISPELAERE, « Het 'non bis in idem'-beginsel toegepast op de beslissingen van regulatoren : naar een definitief einde van de saga omtrent het 'per sender'-model van bpost ? », *T.B.H.*, 2017/8, octobre 2017, pp. 875-885.

<sup>13</sup> Conformément à cette jurisprudence, dès lors que l'identité des faits à l'origine des procédures introduites à l'encontre d'un même contrevenant et l'existence d'une première décision définitive à caractère pénal étaient constatés, la seule existence d'une seconde procédure à caractère pénal suffisait à conclure à une répétition de poursuites contraire au principe *non bis in idem*.

<sup>14</sup>

<sup>15</sup> *J.O.*, C-202, 7 juin 2016, p. 389.

<sup>16</sup> Cette disposition prévoit 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 ».

engagements internationaux, la Belgique est cependant également tenue au respect du principe non bis in idem en vertu de l'article 4 du Protocole n° 7<sup>17</sup>, tel qu'interprété par la C.E.D.H.

Au fil des années, tant la C.J.U.E. que la C.E.D.H. ont été sensibilisées à l'opportunité de veiller à une certaine convergence de leurs jurisprudences<sup>18</sup>. Ce souci est notamment concrétisé par l'article 52, § 3, de la Charte qui prévoit que « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants 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. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». La C.J.U.E. refuse toutefois de voir dans cette disposition – également appelée « principe d'homogénéité » – une perte d'autonomie du droit de l'Union ou de la Cour<sup>19</sup>. A ses yeux, l'article 52, § 3, de la Charte impose simplement de vérifier que l'interprétation qu'elle donne de l'article 50 de la Charte « ne méconnaît pas le niveau de protection garanti par la CEDH »<sup>20</sup>. La mise en œuvre pratique de ce précepte et les nuances qu'il semble impliquer n'apparaissent cependant pas toujours clairement.

Par ailleurs, les instances de l'Union européenne interprètent le principe non bis in idem de manière variable selon la matière concernée, ce qui complexifie encore le développement d'une jurisprudence convergente entre Strasbourg et Luxembourg. En matière fiscale, depuis l'arrêt *Akerberg Fransson*<sup>21-22</sup>, la C.J.U.E., tout comme la C.E.D.H., applique la thèse de l'*idem factum*, selon lequel il faut, mais il suffit, que le comportement objectif de la personne poursuivie soit en substance le même pour que la condition de l'*idem* soit rencontrée. Sur cette question, il existe dès lors une certaine convergence<sup>23</sup> entre la jurisprudence du Luxembourg et celle de Strasbourg, en conformité

---

<sup>17</sup> Selon une jurisprudence constante de la C.E.D.H., le principe *non bis in idem* ne trouve pas de fondement au sein de l'article 6 de la Convention (voy. par exemple C.E.D.H., 16 juin 2009, *Ruotsalainen*, §§ 58 et 59).

<sup>18</sup> Voy. sur cette question L. MAULET, « Le principe non bis in idem, objet d'un « dialogue » contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2017/109, pp. 107-130 ; P. LAGASSE, « L'arrêt A et B contre Norvège : entre continuité et évolution quant au principe non bis in idem », *J.T.*, 10 février 2018, pp. 109-117.

<sup>19</sup> La C.J.U.E. rappelle régulièrement que, dès lors que l'Union n'a pas adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci ne constitue pas un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union. L'examen de l'application du principe non bis in idem « doit être opéré au regard uniquement des droits fondamentaux garantis par la Charte » (C.J.U.E., (Gd. Ch.), 26 février 2013, C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, § 44 ; C.J.U.E., 21 décembre 2016, C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, § 127 ; C.J.U.E., 15 février 2016, C-601/15 PPU, *J.N.*, § 45 [concernant le droit à la liberté et à la sûreté] ; C.J.U.E., 5 avril 2017, C-217/15 et C-350/15, *Orsi et Baldetti*, § 15 ; C.J.U.E., 20 mars 2018, C-524/15, *Menci*, § 22 à 24 ; C.J.U.E., 20 mars 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, §§ 24 à 26).

<sup>20</sup> C.J.U.E., 5 avril 2017, C-217/15 et C-350/15, *Orsi et Baldetti*, § 24.

<sup>21</sup> C.J.U.E. (Gd. Ch.), 26 février 2013, C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*.

<sup>22</sup> Pour une analyse fouillée de cet arrêt, voy. D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Akerberg Fransson* et *Melloni* », *RTDeur.*, avril-juin 2013, pp. 267 à 292.

<sup>23</sup> Certains auteurs soulignent cependant que cette convergence n'existe réellement que lorsque la Cour examine elle-même le caractère pénal de la procédure et de la sanction fiscales à l'origine du litige, sur la base des critères dits « Engel » (Voy. L. MILANO, « Le principe non bis in idem devant la Cour de Luxembourg, vers un abaissement de la protection accordée au principe (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch. arrêt *Luca Menci*, 20 mars 2018 ; arrêt *Garlsson Real Estate SA e.a.*, 20 mars 2018 ; arrêt *Enzo Di Puma*, 20 mars 2018) », *R.T.D.H.*, 2019/117, p. 167 ; G. GAULARD, « le principe non bis in idem en droit de la concurrence de l'Union », *C.D.E.*, 2013/3, p. 779).

avec l'article 52, § 3, de la Charte<sup>24</sup>. A contrario, en droit de la concurrence<sup>25</sup>, la C.J.U.E. considère que l'application du principe *non bis in idem* requiert une identité de faits, de contrevenants mais également de l'intérêt juridique protégé (thèse de l'*idem legal*, confirmée par la jurisprudence dite « Toshiba »)<sup>26-27</sup>.

Le litige ayant donné lieu à l'arrêt annoté intervient en matière de droit de la concurrence de l'Union européenne. Celui-ci soulevait, dès lors, la question de l'application de la jurisprudence « Toshiba » au cas d'espèce.

Ladite jurisprudence s'écarte de la jurisprudence de la C.E.D.H. et paraît a priori s'inscrire en contradiction avec le principe d'homogénéité consacré par l'article 52, § 3, précité. La Cour d'appel est cependant partie d'un autre postulat en procédant à une lecture de cette dernière disposition qui tient compte de la divergence de champ d'application matériel qui existe entre la C.E.D.H. et ses protocoles additionnels d'une part et de la Charte d'autre part (ce que donne lieu à ce que nous appellerons une « lecture contextuelle » de l'article 52, § 3 de la Charte).

### 3. Raisonnement de la Cour d'appel

Il résulte de l'arrêt « ABC » du 10 novembre 2016 que la Cour d'appel de Bruxelles part du principe que, conformément à l'article 52, § 3, de la Charte, « dans la présente cause, l'article 50 de la Charte doit être exclusivement interprété de manière conforme à l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 tel qu'il est lui-même interprété par la Cour européenne des droits de l'homme » et considère, en conséquence, implicitement, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la jurisprudence spécifique de la C.J.U.E. développée en droit de la concurrence.

Le raisonnement de la Cour d'appel semble reposer sur une lecture contextuelle de l'article 52, § 3, de la Charte, étayée par les « explications relatives à la Charte des droits fondamentaux »<sup>28-29</sup>. La

---

<sup>24</sup> On relève cependant que l'arrêt Akerberg Fransson ne mentionne pas l'article 52, § 3, la Charte dont il paraît faire une application implicite.

<sup>25</sup> Une interprétation similaire a également été retenue par le tribunal de l'U.E. en matière de politique étrangère et de sécurité commune, dans une affaire de gel de fonds (4 décembre 2015, T-274/13, *Hamid Reza Emadi*, § 172).

<sup>26</sup> Et ce, malgré l'invitation à un revirement de jurisprudence de la part de l'avocate générale Kokott dans l'affaire *Toshiba* (Conclusions de l'avocate générale J. Kokott, 8 septembre 2011, C-17/10, *Toshiba corporation*, §§ 97 à 124).

<sup>27</sup> C.J.U.E., 7 janvier 2004, C-204/00 P, *Aalborg Portland*, § 338 ; C.J.U.E., 10 mai 2007, C-328/05 P, *SGL Carbon c. Commission*, §§ 24-30 ; CJUE, 14 février 2012, C-17/10, *Toshiba Corporation*, § 97.

Pour un commentaire de cette jurisprudence, voy. P. OLIVER et Th. BOMBOIS, « 'Ne bis in idem' en droit européen : un principe à plusieurs variantes », *J.T.*, 2012, pp. 266 à 272 ; S. DEPRE, E. DE LOPHEM, Ch.-H. DE LA VALLEE POUSSIN, M. CHOME, M. LAMBERT De ROUVROIT, « Étude pratique des principes du contradictoire, des droits de la défense, Audi alteram partem et non bis in idem » in X. Les principes généraux du droit administratif, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 548-550 ; P. KAMIL ROSIAK, « The ne bis in idem principle in proceedings related to anti-competitive agreements in EU competition law », *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, 2012, vol. 5, n° 6, pp. 112-135 ; G. GAULARD, *op. cit.*, pp. 703-781 ; D. BERNARD, « Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », in X. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, pp. 1039-1057.

<sup>28</sup> N° 2007/C 303/02, J.O.U.E., 14 décembre 2007, C 303/17. L'article 6, § 1er, alinéa 3, du Traité sur l'Union européenne précise que « Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés (...) en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».

spécificité de l'article 50 de la Charte par rapport à l'article 4 du Protocole n° 7 réside dans le fait que cette disposition s'applique tant aux procédures menées au sein d'un même État qu'aux relations entre les États membres ou entre un État membre et les instances de l'Union européenne, alors que l'article 4 du Protocole n° 7 concerne uniquement les procédures menées au sein d'un même État. Or, la jurisprudence spécifique de la C.J.U.E. relative à l'application du principe non bis in idem en droit de la concurrence a systématiquement été développée dans le cadre de litiges mettant en œuvre ce principe entre une instance nationale, d'une part, et la Commission européenne, d'autre part, soit une situation qui tombe en dehors du champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7. La Cour d'appel semble considérer que, dans une telle hypothèse, l'article 50 de la Charte ne contiendrait dès lors pas « un droit correspondant » à l'article 4 du Protocole n° 7, ce qui expliquerait que, dans le cadre de la jurisprudence *Toshiba*, la C.J.U.E. n'ait pas tenu compte de l'exigence d'homogénéité prévue par l'article 52, § 3, de la Charte, celle-ci n'étant pas applicable. Dans le cadre de l'affaire *bpost*, l'application du principe non bis in idem intervient par contre à l'égard de doubles poursuites menées au sein d'un même État – soit une situation qui tombe dans le champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7 –, ce qui justifie, aux yeux de la Cour d'appel, que l'on fasse application de l'article 52, § 3, de la Charte. Elle en déduit que, pour interpréter l'article 50 de la Charte, il faut « s'en tenir à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, du Protocole additionnel n° 7 et à la jurisprudence développée à cet égard ». La Cour d'appel dénie ainsi toute autonomie au droit de l'Union, dès lors que le principe d'homogénéité est applicable.

#### 4. Le raisonnement de la Cour de cassation

Tout comme la Cour d'appel, la Cour de cassation écarte implicitement la jurisprudence *Toshiba*, sans pour autant estimer nécessaire d'interroger la C.J.U.E. à ce sujet.

Cependant, alors que la Cour d'appel a fait une application contextuelle de l'article 52, § 3, de la Charte et s'est référée presque exclusivement à la jurisprudence de la C.E.D.H. pour justifier la violation du principe non bis in idem, la Cour de cassation, après avoir rappelé l'existence tant de l'article 4 du Protocole n° 7 que des articles 50 et 52 de la Charte, ne prend en compte que la jurisprudence récente de la C.J.U.E. dans ses arrêts *Menci*<sup>29</sup>, *Garlsson Real Estate SA e.a.*<sup>31</sup> et *Enzo Di Puma*<sup>32</sup> du 20 mars 2018<sup>33</sup> qui rejettent implicitement l'interprétation contextuelle de l'article 52, § 3, de la Charte et réaffirme l'autonomie du droit européen à l'égard de la C.E.D.H.

Pour rappel, ces arrêts du 20 mars 2018 font suite à l'arrêt *A et B contre Norvège* du 15 novembre 2016 par lequel la C.E.D.H. admet la tenue de poursuites à caractère pénal parallèles et, le cas échéant, l'existence d'une double condamnation, à l'encontre d'un même justiciable concernant de mêmes faits, bien que l'une de ces procédures ait déjà fait l'objet d'une décision définitive, à la condition que ces procédures présentent un lien matériel et temporel suffisamment étroit, de telle sorte qu'elles forment un tout cohérent. L'arrêt *A et B contre Norvège* marque une évolution

---

<sup>29</sup> Une telle lecture est également partagée par L. MILANO, *op. cit.*, pp. 173-174. *A contrario*, voy. Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott, 8 septembre 2011, C-17/10, *Toshiba corporation*, § 123 ; A. VALLERY et I. BENIZRI, « Ne bis in idem : la difficile harmonisation européenne », *RDIR-TRNI*, 2018/1, p. 21.

<sup>30</sup> C.J.U.E., 20 mars 2018, C-524/15, *Menci*.

<sup>31</sup> C.J.U.E., 20 mars 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e.a.*

<sup>32</sup> C.J.U.E., 20 mars 2018, C-596/16 et C-597/16, *Enzo Di Puma*.

<sup>33</sup> Arrêts dont la Cour d'appel ne pouvait, logiquement, pas avoir connaissance lors de l'adoption de l'arrêt du 10 novembre 2016.

majeure dans l'interprétation du principe *non bis in idem* à l'égard de laquelle la C.J.U.E. se devait de prendre position, au vu, notamment, de l'article 52, § 3, de la Charte<sup>34</sup>. Par ces trois arrêts du 20 mars 2018, la C.J.U.E. a admis la possibilité de poursuites parallèles dans des conditions pratiques qui sont proches de celles développées par l'arrêt *A et B contre Norvège* en se fondant cependant sur une prémisse fondamentalement différente de celle de la C.E.D.H., réaffirmant ainsi son indépendance à l'égard de cette dernière<sup>35</sup>. Alors que la C.E.D.H. constate que la tenue de poursuites parallèles suffisamment intégrées permet de considérer qu'il n'existe en réalité pas de doubles poursuites et que, par conséquent, les conditions d'application du principe *non bis in idem* ne sont pas remplies, la C.J.U.E. part, quant à elle, de l'idée que la tenue de poursuites parallèles intégrées constitue une limitation du principe *non bis in idem*, au sens de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte<sup>36</sup>. Cette disposition autorise en effet des limitations aux droits fondamentaux en ces termes : « 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. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Le raisonnement de la C.E.D.H. s'explique par le fait que, contrairement au droit de l'Union, en vertu de l'article 4, § 3, du Protocole n°7, le principe *non bis in idem* est un droit absolu non susceptible de dérogations ou de limitations<sup>37</sup>. Plusieurs auteurs ont considéré que l'article 50 de la Charte, dans la mesure où il consacre un droit correspondant à l'article 4 précité, échappait dès lors au champ d'application de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte, compte tenu de l'article 52, § 3 de cette dernière<sup>38</sup>. Autrement dit, dans le droit de l'Union, le principe *non bis in idem* ne pourrait pas faire l'objet d'une limitation, à peine de ne pas avoir la même portée que le droit des Droits de l'homme.

---

<sup>34</sup> Pour un commentaire de cet arrêt, voy. P. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 109-117 ; G. NINANE, « Le principe *non bis in idem* et l'arrêt *A et B contre Norvège* de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 novembre 2016 » in *Droit administratif répressif, fiscal et indemnitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 7-21 ; S. S. DEPRE, E. DE LOPHEM, Ch.-H. DE LA VALLEE POUSSIN, M. CHOME, M. LAMBERT DE ROUVROIT, *op. cit.*, pp. 556-563 ; A. VALLERY et I. BENIZRI, *op. cit.*, pp. 18-24.

<sup>35</sup> Pour un commentaire de ces arrêts, voy. A. TURMO, « L'art du compromis : la Cour de justice opte pour une résistance modérée à l'arrêt *A et B / Norvège* », R.A.E.-L.E.A., 2018/1, pp. 149-162 ; L. MILANO, *op. cit.*, pp. 161-177.

<sup>36</sup> Cette disposition prévoit : « 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. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>37</sup> Ce que rappelle l'avocat général Campos Sanchez-Bordona dans le cadre de ses conclusions sur l'affaire *Menci* (C-524/15), présentées le 12 septembre 2017 (§ 78), avant d'évoquer cependant l'arrêt *Zoran Spasic*.

<sup>38</sup> S. VANDROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH constatent que les droits absolus constituent une « catégorie de droits et libertés soustraits à l'empire de la clause transversale de limitation contenue à l'article 52, § 3, de la Charte. (...) » (S. VANDROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « Limitations aux droits garantis » in X. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, p. 1086). Voy. également L. MILANO, *op.cit.*, p. 174 ; P. OLIVER et Th. BOMBOIS, « 'Ne bis in idem' en droit européen : un principe à plusieurs variantes », *J.T.*, 2012, p. 269 (ces auteurs précisent pour leur part que l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte ne peut jouer que dans la mesure de l'exception de la réouverture du procès prévue par l'article 4, § 2, du Protocole n° 7).

Comme nous l'avons vu, par ses arrêts du 20 mars 2018, la C.J.U.E. rejette ce postulat. Pour se faire, elle se fonde de manière centrale sur son arrêt *Zoran Spasic*<sup>39-40</sup> qui concerne l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 qui est applicable aux relations entre les États membres (ci-après : « la CAAS »)<sup>41</sup>. Pour rappel, cet article consacre le principe non bis in idem en assortissant cependant celui-ci d'une condition d'exécution de la sanction<sup>42</sup>. Dans l'arrêt *Zoran Spasic*, la C.J.U.E. a admis la validité, au regard de l'article 50 de la Charte, de la condition d'exécution posée par l'article 54 de la CAAS à la mise en œuvre du principe non bis in idem car elle considère qu'il s'agit d'une limitation admissible au sens de l'article 52, § 1<sup>er</sup> de la Charte. La C.J.U.E. déduit de cet arrêt que les articles 50 et 52, § 3, de la Charte n'empêchent pas le recours à l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte.

Cependant, l'article 54 CASS porte uniquement sur l'application du principe non bis in idem dans le cadre de poursuites menées au sein de plusieurs États membres – soit une situation non couverte par l'article 4 du Protocole n° 7. Si l'on reprend la lecture contextuelle de l'article 52, § 3, de la Charte mise en œuvre par la Cour d'appel, dans une telle hypothèse, l'exigence d'homogénéité prévue par cette disposition n'est pas applicable, ce qui justifierait que la C.J.U.E. ait pu faire appel à l'article 52, § 1<sup>er</sup> de la Charte dans l'arrêt *Zoran Spasic*<sup>43</sup>. Dans le cadre des litiges soumis à la C.J.U.E. dans les affaires *Menci*, *Garlsson Real Estate SA e.a.* et *Enzo Di Puma*, l'application du principe non bis in idem porte par contre sur des procédures menées au sein d'un même État membre, soit des situations également couvertes par l'article 4 du Protocole n° 7, impliquant dès lors la mise en œuvre de l'article 52, § 3, de la Charte. Sous cet angle, la situation est différente de celle à l'origine de l'arrêt *Zoran Spasic*.

Dans ses arrêts du 20 mars 2018, la C.J.U.E. refuse cependant cette lecture contextuelle de l'article 52, § 3, de la Charte, dès lors qu'elle transpose sans autre commentaire la jurisprudence *Zoran Spasic* aux affaires litigieuses. Elle considère au contraire que « les exigences auxquelles l'article 50 de la Charte, en combinaison avec l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de celle-ci, soumet un éventuel cumul de poursuites et de sanctions pénales, ainsi que de poursuites et de sanctions administratives de nature pénale [telles que fixées par ses arrêts du 20 mars 2018] assure un niveau de protection du principe ne bis in idem qui ne méconnaît pas celui garanti par l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>44</sup>.

Tenant compte de l'interprétation des articles 50 et 52 de la Charte ainsi consacrée par les arrêts de la C.J.U.E. du 20 mars 2018, la Cour de cassation constate, dans l'arrêt annoté, qu'en l'espèce, « il s'ensuit, sans aucun doute raisonnable, que l'article 50 de la Charte ne fait pas obstacle à un cumul

<sup>39</sup> C.J.U.E., 27 mai 2014, C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*.

<sup>40</sup> C.J.U.E., 20 mars 2018, C- 524/15, *Menci*, § 40 ; C.J.U.E., 20 mars 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, § 42.

<sup>41</sup> J.O., L-239, 22 septembre 2000, p. 19.

<sup>42</sup> Cette disposition prévoit que : « Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, 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 ». Sur la condition liée à l'exécution de la sanction qui est propre à cet article, voy. C.J.U.E. (Gd. ch.), 27 mai 2014, C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*.

<sup>43</sup> C'est d'ailleurs le raisonnement qui a été suivi par l'avocat général M. Niilo Jaaskinen qui est intervenu dans cette affaire (C-129/14 PPU, Prise de position présentée le 2 mai 2014, §§ 70-71).

<sup>44</sup> C.J.U.E., 20 mars 2018, C-524/15, *Menci*, § 62.

de poursuites pénales, au sens de cette disposition, fondée sur les mêmes faits, lors même que l'une d'elles aboutit à une décision définitive d'acquittement, lorsqu'en application de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte, dans le respect du principe de proportionnalité, de telles poursuites visent en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, des buts complémentaires ayant pour objet des aspects différents du même comportement fractionnel ». La Cour de cassation, tout comme l'arrêt *Enzo Di Puma*<sup>45</sup>, n'exclut dès lors pas *a priori* la possibilité de la justification d'une limitation au principe non bis in idem au sens de l'article 52, § 1, de la Charte, alors même qu'une première décision d'acquittement aurait déjà été rendue par une autre juridiction à propos des mêmes faits.

La Cour de cassation ne remet par contre pas en cause la motivation de l'arrêt du 10 novembre 2016 qui énonce qu'« il faut donc, mais il suffit, que les nouvelles poursuites ou sanctions pénales en cause 'se fondent sur le même comportement' que celui précédemment sanctionné, même si elles se distinguent sur le plan de l'appellation des infractions et sur celui, 'plus fondamental, de leur nature et de leur but' (Cour eur. D.H., 10 février 2009) »<sup>46</sup>. La cassation est uniquement motivée par le fait que « l'arrêt attaqué, qui considère que « la défenderesse est fondée à invoquer le principe *non bis in idem* » sur la base de la seule constatation de l'identité de faits entre les deux procédures, sans examiner si les poursuites menées par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications et celles qui ont abouti à la décision du Conseil de la concurrence visent, en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, des buts complémentaires ayant pour objet des aspects différents du même comportement fractionnel, ne justifie pas légalement sa décision d'« annuler la décision du [Conseil de la concurrence] ».

Ce faisant, elle semble étendre la thèse de l'idem factum au droit de la concurrence de l'Union européenne et s'écarter de la jurisprudence « Toshiba ».

## 5. Conclusion

Quelles que soient les interrogations ou critiques suscitées par les arrêts du 20 mars 2018, dès lors que le litige à l'origine de l'arrêt annoté intervient dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union, il est logique que la Cour de cassation se réfère à la jurisprudence de la C.J.U.E. quant à la portée qu'il convient de donner à l'article 50 de la Charte.

L'arrêt annoté surprend cependant dans la mesure où il intervient en droit de la concurrence, soit un domaine à l'égard duquel la C.J.U.E. avait – dans le contexte que nous avons vu – jusqu'ici développé une interprétation autonome du principe non bis in idem, fondée sur la thèse de l'idem legal.

Les arrêts *Menci*, *Garlsson Real Estate e.a.* et *Enzo Di Puma* ont, pour leur part, été rendus dans des litiges de droit fiscal et boursier. En appliquant ces arrêts au cas d'espèce, la Cour de cassation transpose implicitement, sans s'en expliquer plus avant et sans estimer nécessaire d'interroger la C.J.U.E. à ce sujet (malgré l'invitation faite en ce sens par son avocat général et la Commission

---

<sup>45</sup> C.J.U.E., 20 mars 2018, C- 596/16 et C-597/16, *Enzo Di Puma*, §§ 39-41. Cet arrêt constate cependant que, dans le cadre de l'affaire soumise à la Cour, le critère de proportionnalité n'est pas rencontré. L'on observe du reste qu'aux yeux de la Cour, l'ordre dans lequel les différentes procédures ont été menées pourrait avoir une influence à cet égard. La référence faite par la Cour à son arrêt *Akerberg Fransson* semble suggérer que cette idée était déjà présente lors de l'adoption de cet arrêt (voy. §§ 43 et 44).

Sur la problématique de l'ordre dans lequel les procédures sont diligentées et la question de l'autorité de la chose jugée, voy. notamment A. TURMO, *op. cit.*, p. 159.

<sup>46</sup> Bruxelles, 10 novembre 2016, 2013/MR/2, *R.D.C.-T.B.H.*, 2017/8, p. 872, § 48.

européenne<sup>47</sup>), la thèse de l'*idem factum* à un litige en droit de la concurrence. Il est vrai que les derniers développements de la jurisprudence concernant la question du « bis » reviennent à réintroduire, par un autre biais (celui de la complémentarité des procédures), l'analyse des éléments constitutifs essentiels de l'infraction défendue par toute une série de partisans de la thèse de l'*idem legal*<sup>48</sup>. La portée exacte de cette nouvelle exigence de complémentarité reste cependant sujette à discussion, notamment quant au fait de savoir si le critère de l'intérêt juridique protégé sera pertinent à cet égard<sup>49</sup>. Du reste, l'existence de complémentarité entre les procédures ne suffit pas, à elle seule, à justifier la limitation apportée au principe non bis in idem. Il faut encore démontrer le respect des autres exigences de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte. Seul l'avenir nous permettra de savoir si, comme le suggère la Cour de cassation, la C.J.U.E. entendra effectivement faire des arrêts du 20 mars 2018 la norme en matière de contrôle du principe non bis in idem, quelles que soient la matière ou les instances concernées.

Si l'arrêt annoté rouvre une porte à l'ABC afin de lui permettre de justifier la légalité de la décision de sanctionner les rabais quantitatifs 2010-2011 de bpost, celle-ci devra encore démontrer le respect des conditions de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte, notamment en termes de proportionnalité.

Pauline Lagasse  
Auditeur au Conseil d'État  
Assistante à l'Université Saint-Louis Bruxelles

---

<sup>47</sup> Conclusions de M. l'avocat général De Koster, C.17.0126.F., [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>48</sup> P. LAGASSE, *op. cit.*, p. 115.

<sup>49</sup> Voy. Sur cette question A. VALLERY et I. BENIZRI, *op. cit.*, p. 23. Ces auteurs excluent définitivement le fait que le critère de l'intérêt juridique protégé pourrait être invoqué afin de justifier le caractère complémentaire des procédures. La question ne nous semble cependant pas définitivement tranchée. S'il est vrai que les arrêts du 20 mars 2018 évoquent un critère de sévérité, cela nous paraît être fait à titre d'exemple. Le critère principal reste l'existence de buts complémentaires ayant pour objet, le cas échéant, des aspects différents du même comportement fractionnel concerné.