



# Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. MICHAL BOBEK

présentées le 2 septembre 2021<sup>1</sup>

**Affaire C-117/20**

**bpost SA**

**contre**

**Autorité belge de la concurrence**

**(demande de décision préjudicielle formée par la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, Belgique)**

« Renvoi préjudiciel – Article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Principe ne bis in idem – Amende infligée par une autorité nationale de régulation des postes – Amende infligée par une autorité nationale de la concurrence »

## **I. Introduction**

1. L'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») renferme la noble idée d'un espace juridique unique. Dans cet espace, nul ne pourra être jugé ni puni une nouvelle fois pénalement pour la même infraction. La protection offerte auparavant au niveau des États membres a été élevée au niveau de l'Union.

2. La mise en œuvre de cette idée en droit de l'Union a suscité quelques difficultés pour un certain nombre de raisons. Trois d'entre elles méritent d'être soulignées. Premièrement, dans un espace juridique composite telle l'Union, que ce soit horizontalement (États membres à États membres) ou verticalement (États membres à Union), la mise en œuvre pratique de cette idée atteint un niveau élevé de complexité. Il y a tout simplement de trop nombreuses variables. Deuxièmement, de nouveaux segments, couches et sous-domaines de réglementation sont continuellement introduits. De nouveaux organismes ou autorités responsables de leur supervision ont été créés. Cela conduit parfois à une superposition des missions et à une confusion dans les compétences pour enquêter et réprimer. Troisièmement, il y a la « multiplication Engel ». Les critères plutôt larges, énoncés au début par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH ») pour élargir la compétence qu'elle tire de l'article 6, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), sont à présent utilisés également dans d'autres contextes, notamment pour apprécier ce qui constitue une « infraction » aux fins de l'article 50 de la Charte. Il s'ensuit que de nombreux régimes et procédures perçus auparavant en théorie comme étant administratifs sont à présent considérés comme étant de nature pénale.

<sup>1</sup> Langue originale : l'anglais.

3. La combinaison de ces trois facteurs a nettement élargi la liste des procédures et des sanctions auxquelles le principe *ne bis in idem* s'applique désormais. Avec les années, il s'est révélé difficile de trouver un équilibre raisonnable entre la protection de droits fondamentaux et la sauvegarde d'intérêts légitimes dans la répression de certains types de comportement. La jurisprudence que la Cour a développée de concert avec la Cour EDH est marquée par sa fragmentation et son incohérence partielle. Elle peut difficilement être qualifiée de « (ne) bis in idem », mais plutôt à présent de « quater » ou « quinquies in idem », dès lors que le « bis » en tant que tel reste entouré d'incertitudes.

4. La présente affaire illustre une nouvelle fois ces incertitudes. La société bpost SA, l'opérateur historique des services postaux en Belgique, s'est vu infliger successivement une amende par deux autorités belges. La première, l'autorité nationale de régulation des postes, a conclu que le régime de rabais appliqué par bpost en 2010 était discriminatoire envers certains clients de bpost. Cette décision a été annulée par la juridiction nationale après avoir sollicité une décision préjudicielle de la Cour<sup>2</sup>. Le régime en cause ne comportait pas de discrimination au regard de la réglementation du secteur postal. Deuxièmement, bpost s'est vu infliger une amende par l'autorité nationale de la concurrence pour abus de position dominante en raison de l'application de ce même régime de rabais entre les mois de janvier 2010 et de juillet 2011.

5. L'entreprise bpost conteste la régularité de cette seconde procédure en invoquant le principe *ne bis in idem*. À la suite de deux voies de recours, le litige au principal est à nouveau revenu devant la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés (Belgique). Celle-ci demande, en substance, si la régularité de la procédure devant l'autorité nationale de la concurrence doit s'apprécier à l'aune de la définition de l'« idem » développée en droit de la concurrence, telle que confirmée dans l'arrêt *Toshiba Corporation e.a.*<sup>3</sup>, ou si elle devrait être examinée à l'aune de la clause de limitation des droits et de l'approche développée dans les arrêts *Menci*, *Garlsson Real Estate e.a.*, et *Di Puma et Zecca*, tous trois rendus le même jour (ci-après la « jurisprudence *Menci* »)<sup>4</sup>.

6. À l'instar de la juridiction de renvoi, j'ai du mal à percevoir comment l'arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72) et l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197), pourraient être conciliés et appliqués dans une seule et même procédure. À mon sens, la présente affaire offre à la Cour, avec l'affaire parallèle *Nordzucker e.a.*<sup>5</sup>, une occasion unique de donner aux juridictions nationales une idée cohérente de ce que doit être la protection conférée par l'article 50 de la Charte, par opposition à la mosaïque actuelle fragmentée et partiellement contradictoire de régimes parallèles.

<sup>2</sup> Arrêt du 11 février 2015, *bpost* (C-340/13, EU:C:2015:77).

<sup>3</sup> Arrêt du 14 février 2012 (C-17/10, EU:C:2012:72).

<sup>4</sup> Arrêts du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197) ; du 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.* (C-537/16, EU:C:2018:193), et du 20 mars 2018, *Di Puma et Zecca* (C-596/16 et C-597/16, EU:C:2018:192).

<sup>5</sup> Voir mes conclusions dans l'affaire *Nordzucker e.a.* (C-151/20, EU:C:2021:681), présentées le même jour que les présentes conclusions.

## II. Le cadre juridique

### A. Le protocole n° 7 à la CEDH

7. L'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH dispose :

« Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois

1. 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.

2. 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.

3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la [CEDH]. »

### B. Le droit de l'Union

8. L'article 50 de la Charte, intitulé « Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction » dispose que « [n]ul 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 ».

9. L'article 54 de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (ci-après la « CAAS »)<sup>6</sup> se lit comme suit :

« 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 ».

10. L'article 102 TFUE dispose :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

[...]

<sup>6</sup> JO 2000, L 239, p. 19.

c) 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 [...] »

11. L'article 12 de la 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 du service<sup>7</sup> dispose :

« Les États membres prennent des mesures pour que les tarifs de chacun des services faisant partie du service universel soient conformes aux principes suivants :

[...]

- les tarifs sont transparents et non discriminatoires,
- lorsqu'ils appliquent 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, les prestataires du service universel respectent les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne tant 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. »

### **C. Le droit belge**

12. L'article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, comporte des dispositions analogues à l'article 102 TFUE.

13. L'article 12 de la directive 97/67, tel que modifié par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002 (JO 2002, L 176, p. 21), a été transposé en droit belge par l'article 144 ter de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

### **III. Les faits à l'origine du litige, les procédures au principal et les questions préjudicielles**

14. En Belgique, bpost est le prestataire historique de services postaux. Il offre, parmi ses services, la levée, le tri, l'acheminement et la remise des envois postaux aux destinataires. Ces services sont offerts au grand public, et également à deux catégories particulières de clients, à savoir les expéditeurs d'envois en nombre (ci-après les « expéditeurs ») et les intermédiaires.

15. Les expéditeurs sont des consommateurs finaux de services de distribution postale. Ils définissent le message qui doit faire l'objet d'un envoi et sont à l'origine de la demande des envois postaux. Les intermédiaires fournissent aux expéditeurs des services de routage en amont du service de distribution postale. Ces services incluent la préparation du courrier avant de le remettre à bpost (le tri, l'impression, la mise sous enveloppe, l'étiquetage, l'adressage et

<sup>7</sup> JO 1998, L 15, p. 14.

l'affranchissement) ainsi que le dépôt des envois (la collecte auprès des expéditeurs, le regroupement et le conditionnement des envois en sacs postaux, le transport et le dépôt auprès des endroits désignés par l'opérateur postal).

16. Auparavant, différents types de tarifs étaient appliqués par bpost, dont des tarifs spéciaux accordant des remises à certains clients générant un chiffre d'affaires déterminé. Les remises conventionnelles les plus fréquentes étaient les rabais quantitatifs, accordés en fonction du volume d'envois postaux généré pendant une période de référence, et les « rabais opérationnels », qui visaient à rétribuer certaines opérations de routage et reflétaient les coûts évités par bpost.

#### ***A. La procédure devant l'autorité nationale de régulation des postes***

17. Pour l'année 2010, bpost a informé l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) d'une modification de son système de remises pour les tarifs conventionnels concernant les services de distribution d'envois publicitaires adressés et d'envois administratifs.

18. Ce nouveau système de remises comprenait un rabais quantitatif calculé sur la base du volume d'envois déposé, qui était octroyé aussi bien aux expéditeurs qu'aux intermédiaires. Toutefois, la remise octroyée à ces derniers était calculée non plus sur la base du volume total d'envois en provenance de l'ensemble des expéditeurs auxquels ils fournissaient leurs services, mais sur celle du volume d'envois généré individuellement par chacun de leurs clients (ci-après le « rabais quantitatif par expéditeur »).

19. Par décision du 20 juillet 2011, l'IBPT a condamné bpost au paiement d'une amende de 2,3 millions d'euros pour discrimination dans son système de tarification, fondé sur une différence de traitement injustifiée entre les expéditeurs et les intermédiaires.

20. Saisie d'un recours en annulation de cette décision, la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, a adressé à ce titre une demande de décision préjudicielle à la Cour de justice en interprétation de la directive 97/67.

21. Par arrêt du 11 février 2015, bpost (C-340/13, EU:C:2015:77), la Cour a considéré que « les expéditeurs et les intermédiaires ne se trouv[ai]ent 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 »<sup>8</sup>. Par conséquent, la Cour a conclu que la différence de traitement entre ces deux catégories de clients, qui découle de l'application du système de rabais quantitatif par expéditeur, ne constituait pas une discrimination prohibée aux termes de l'article 12 de la directive 97/67.

22. Par un arrêt du 10 mars 2016, la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, a annulé la décision de l'IBPT.

<sup>8</sup> Arrêt du 11 février 2015, bpost (C-340/13, EU:C:2015:77, point 48).

## ***B. La procédure devant l'autorité nationale de la concurrence***

23. Dans l'intervalle, par décision du 10 décembre 2012, le Conseil de la concurrence (Belgique) (devenu l'Autorité belge de la concurrence) a considéré que le traitement différencié de rabais quantitatifs constituait un abus de position dominante. Il plaçait les intermédiaires dans une situation concurrentielle désavantageuse par rapport à bpost, le système pratiqué incitant les clients importants à conclure directement avec bpost.

24. L'Autorité belge de la concurrence a constaté sur ce point une infraction à l'article 3 de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique et à l'article 102 TFUE, des mois de janvier 2010 à juillet 2011. Elle a condamné à ce titre bpost au paiement d'une amende de 37 399 786,00 euros (ci-après la « décision attaquée »). Elle a calculé le montant de cette amende en prenant en compte l'amende déjà infligée par l'IBPT qui n'avait pas encore été annulée à ce moment-là.

25. Par requête déposée le 9 janvier 2013, bpost a saisi la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, d'un recours en annulation de la décision attaquée.

26. Par arrêt du 10 novembre 2016, la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, a considéré que bpost était fondée à invoquer le principe *ne bis in idem*. L'arrêt du 10 mars 2016 qui a annulé la décision de l'IBPT a statué définitivement et au fond sur des faits très sensiblement les mêmes que ceux visés par les poursuites et la décision de l'Autorité belge de la concurrence (le modèle par expéditeur de la tarification conventionnelle de bpost pour l'année 2010). Les poursuites devant l'Autorité belge de la concurrence étant devenues ainsi irrecevables, la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, a annulé la décision attaquée.

27. Par arrêt du 22 novembre 2018, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, et renvoyé l'affaire devant cette même cour d'appel autrement composée. La Cour de cassation (Belgique) a jugé que l'article 50 de la Charte ne fait pas obstacle à un cumul de poursuites pénales, au sens de cette disposition, fondées sur les mêmes faits, même si l'une d'elles aboutit à une décision définitive d'acquiescement, lorsque, en application de l'article 52, paragraphe 1, 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 infractionnel.

28. L'affaire est actuellement pendante devant la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés. Dans la procédure au principal, bpost soutient que la décision attaquée méconnaît le principe *ne bis in idem* en ce que les procédures diligentées par l'IBPT et par l'Autorité belge de la concurrence sont toutes deux de nature pénale et portent sur des faits identiques. Par ailleurs, bpost affirme que les conditions strictes requises pour cumuler des poursuites et sanctions pénales ne sont pas remplies. Il n'existe en effet pas de « lien matériel et temporel suffisamment étroit » entre les deux procédures.

29. Selon l'Autorité belge de la concurrence, la décision attaquée ne méconnaît pas le principe *ne bis in idem*. La jurisprudence de la Cour de justice en droit de la concurrence prévoit un critère de « l'intérêt juridique protégé ». De surcroît, les deux procédures en cause visent des buts complémentaires ayant pour objet des aspects différents du même comportement infractionnel concerné. Elles protègent des intérêts juridiques différents.

30. La Commission européenne, intervenue dans la procédure au principal en tant qu'*amicus curiae*, soutient que l'intérêt public de l'Union serait compromis si l'on abandonnait le critère de l'unité de l'intérêt juridique protégé. Selon elle, la jurisprudence Menci est étrangère au droit de la concurrence. Elle concerne un cumul de procédures et de sanctions en raison d'une même infraction faisant l'objet d'une double qualification et d'une double répression en droit national. Au contraire, en l'espèce, bpost a fait l'objet de deux poursuites indépendantes pour deux infractions distinctes fondées sur des dispositions légales distinctes poursuivant des objectifs d'intérêt général distincts et complémentaires : l'une pour violation d'une réglementation sectorielle (l'interdiction de pratiques discriminatoires et l'obligation de transparence reprises notamment à l'article 144 ter de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques) et l'autre pour violation de l'interdiction d'abus de position dominante, au mépris de l'article 102 TFUE et de l'article 3 de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique. Selon la Commission, l'existence d'une éventuelle violation du principe *ne bis in idem* dans le cas d'espèce devrait être examinée au regard des critères dégagés par la Cour en droit de la concurrence. Si l'on ne tient pas compte de l'intérêt juridique protégé, on court le risque de réduire considérablement le champ d'application du droit de la concurrence puisque celui-ci a une dimension horizontale.

31. La juridiction de renvoi considère que l'application du principe *ne bis in idem* dans la procédure au principal requiert de tenir compte de l'intérêt juridique, sans quoi l'application du droit de la concurrence risquerait d'être privée de son effet utile. Cela étant, la juridiction de renvoi relève également l'existence de la jurisprudence Menci et de la jurisprudence pertinente de la Cour EDH qui doivent également être prises en compte.

32. Dans ces circonstances, la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Le principe [ne] *bis in idem*, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende pour violation du droit européen de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative imposée par le régulateur postal national pour une prétendue violation de la législation postale, eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires, dans la mesure où le critère de l'unité de l'intérêt légal protégé n'est pas rempli du fait que la présente affaire vise deux infractions différentes à deux législations distinctes relevant de deux domaines juridiques séparés ?
- 2) Le principe [ne] *bis in idem*, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende pour violation du droit européen de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative imposée par le régulateur postal national pour une prétendue violation de la législation postale, eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires, pour le motif qu'une limitation au principe [ne] *bis in idem* serait justifiée par le fait que la législation en matière de concurrence poursuit un objectif complémentaire d'intérêt général, à savoir sauvegarder et maintenir un système sans distorsion de concurrence au sein du marché intérieur, et n'excède pas ce qui est approprié et nécessaire en vue d'atteindre l'objectif légitimement poursuivi par cette législation ; et/ou en vue de protéger le droit et la liberté d'entreprendre de ces autres opérateurs sur pied de l'article 16 de la Charte ? »

33. Des observations écrites ont été déposées par bpost, les gouvernements belge, tchèque, grec, italien, letton et roumain ainsi que par la Commission. L'entreprise bpost, les gouvernements belge, grec, letton et polonais, ainsi que la Commission, ont également présenté des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 22 mars 2021. Cette audience a été fixée conjointement pour la présente affaire et pour l'affaire Nordzucker e.a (C-151/20).

#### IV. Analyse

34. Par ses deux questions préjudicielles, la juridiction de renvoi invite la Cour à clarifier, en substance, les critères d'application du principe *ne bis in idem* inscrit à l'article 50 de la Charte. Ces questions sont soulevées dans le contexte de deux procédures. La première, à présent close, concernait la réglementation sectorielle des services postaux et une amende, ultérieurement annulée, infligée à bpost par l'IBPT pour violation du principe de non-discrimination (ci-après la « procédure sectorielle »). La seconde procédure concerne le droit de la concurrence. Dans cette affaire, une amende a été infligée à bpost par l'Autorité belge de la concurrence pour abus de position dominante (ci-après la « procédure de droit de la concurrence »).

35. Ces deux procédures ont visiblement débouché sur des sanctions à caractère pénal. La juridiction de renvoi demande dès lors si l'appréciation de l'élément *idem* devrait dépendre de l'intérêt juridique protégé respectivement par les deux régimes réglementaires en cause ou si l'appréciation doit être réalisée au regard de la clause de limitation des droits inscrite à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

36. En d'autres termes, la juridiction de renvoi ne saisit pas exactement le critère *idem* qu'elle est censée appliquer à la combinaison de procédures sectorielle et de droit de la concurrence. En effet, devrait-elle appliquer le critère visant la combinaison de deux procédures de droit de la concurrence que la Cour a établi dans l'arrêt *Wilhelm e.a.*<sup>9</sup> et a continuellement réaffirmé depuis, en particulier dans l'arrêt *Toshiba Corporation e.a.*<sup>10</sup> et plus récemment dans l'arrêt *Slovak Telecom*<sup>11</sup> ? Ou devrait-elle appliquer le critère défini récemment aussi par la Cour dans l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197), visant la combinaison de procédures pénale et administrative ?

37. La question de savoir si la jurisprudence à appliquer est l'arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72), ou l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197), est cruciale dans la présente affaire. Cependant, dans le contexte de l'article 50 de la Charte, elle ne représente que la pointe visible de l'iceberg. On doit reconnaître qu'il se tapit davantage sous la surface et qu'il faut donc creuser bien au-delà si l'on veut prendre la dimension réelle de l'iceberg et décider en pleine connaissance de cause de la bonne approche à adopter.

38. Je vais dès lors commencer par exposer succinctement l'évolution du principe *ne bis in idem* dans différents domaines du droit de l'Union, souvent expressément de concert avec la CEDH, au vu de laquelle on peut saisir au mieux la portée et la pertinence adéquates de la question visant à choisir entre l'arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72), ou l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197) (section A). De surcroît, compte tenu du fait que l'évolution du principe *ne bis in idem* a été plutôt problématique, en se traduisant par un certain nombre de régimes fragmentés, je mettrai l'accent sur quelques problèmes que cette

<sup>9</sup> Arrêt du 13 février 1969 (14/68, EU:C:1969:4).

<sup>10</sup> Arrêt du 14 février 2012 (C-17/10, EU:C:2012:72).

<sup>11</sup> Arrêt du 25 février 2021 (C-857/19, EU:C:2021:139).

fragmentation a suscité. J'expliquerai également en quoi la meilleure voie à suivre n'est peut-être pas d'étendre l'approche adoptée dans l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), à toutes les affaires relevant de l'article 50 de la Charte (section B). Pour terminer, je présenterai une solution aux problèmes évoqués en proposant une approche (aussi uniforme que possible) du principe ne bis in idem inscrit à l'article 50 de la Charte (section C).

### *A. L'évolution de la jurisprudence consacrée au principe ne bis in idem*

39. Pour commencer, une précision terminologique s'impose. Les approches actuelles du principe ne bis in idem sont souvent rangées, par commodité, en deux catégories, ordinairement appelées « idem factum » ou « idem crimen ». Ces termes renferment ce qui est en substance la prémisse de l'approche spécifique du principe.

40. L'approche fondée sur l'idem factum veut que la condition de l'idem soit remplie lorsque les deux procédures en cause concernent les mêmes faits, sans considérer si la seconde procédure porte sur une autre infraction que les mêmes faits ont pu constituer. L'identité des faits suffit à remplir la condition de l'idem.

41. L'approche fondée sur l'idem crimen consiste à apprécier si la seconde procédure concerne non seulement les mêmes faits, mais aussi la même infraction. Si elle porte sur une infraction différente, la seconde procédure sera en principe admise. Une certaine variété se dessine cependant dans les définitions de ce qui constitue exactement l'identité de l'infraction. Celle-ci est souvent définie par les notions d'« intérêt juridique protégé », de « valeurs sociétales » auxquelles le fait touche ou, pour le dire en termes plus abstraits, par la nature du comportement préjudiciable à la société.

42. Au niveau de l'Union, le principe ne bis in idem s'est développé dans ce que l'on peut parfaitement appeler des vagues successives de jurisprudence. Pour simplifier quelque peu, cette évolution a été amorcée dans le domaine du droit de la concurrence de l'Union par une approche fondée sur l'intérêt juridique protégé (sous-section 1). Il y a eu par la suite la jurisprudence suscitée par la CAAS, fondée sur l'approche idem factum (sous-section 2). Les développements liés à la CAAS ont apparemment inspiré une évolution dans la jurisprudence de la Cour EDH qui est passée de l'idem crimen initial à l'idem factum. Toutefois, l'approche a été par la suite encore affinée en introduisant un lien matériel et temporel étroit, permettant une nouvelle procédure dans la même affaire dans certaines circonstances (sous-section 3). La Cour a alors pris acte de ces développements dans la jurisprudence de la Cour EDH. Cependant, elle a alors décidé de déplacer le centre de son analyse du champ de protection de l'article 50 de la Charte pour le porter sur la clause de limitation des droits figurant à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte (sous-section 4).

#### *1. L'intérêt juridique protégé en droit de la concurrence de l'Union*

43. La jurisprudence consacrée au principe ne bis in idem en matière de concurrence trouve sa source dans l'arrêt Wilhelm e.a.<sup>12</sup>. Cette affaire concernait des enquêtes ouvertes aux niveaux national et supranational sur un comportement contraire à la concurrence. L'autorité nationale allemande de la concurrence n'était prétendument pas habilitée à poursuivre son enquête à l'égard de certaines infractions qui étaient instruites dans le même temps par la Commission. Les

<sup>12</sup> Arrêt du 13 février 1969 (14/68, EU:C:1969:4).

questions soulevées concernaient notamment la possibilité d'appliquer aux mêmes faits relevant de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE les règles de concurrence nationales et de l'Union, alors que la Commission avait déjà agi au titre du règlement n° 17<sup>13</sup> ou si l'autorité nationale de la concurrence ne pouvait pas agir au titre des règles nationales de concurrence en raison du risque de double peine et d'une appréciation inconciliable.

44. La Cour a relevé que l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 autorisait les autorités nationales à appliquer l'article 85, paragraphe 1, et l'article 86 du traité CEE à l'époque. Cela étant, cette disposition ne concernait pas la compétence des autorités nationales de la concurrence appliquant leurs règles nationales<sup>14</sup>. La Cour a ajouté que « le droit communautaire et le droit national en matière d'ententes considèrent celles-ci sous des aspects différents »<sup>15</sup>, indiquant ainsi clairement que la procédure nationale ne pourrait pas porter atteinte à la procédure communautaire.

45. Depuis cet arrêt, le principe *ne bis in idem* n'a jamais été perçu comme constituant un obstacle à des procédures parallèles diligentées par la Commission et les autorités nationales respectives de la concurrence. L'adage selon lequel le droit communautaire et le droit national des ententes considèrent celles-ci sous des aspects différents a été complété par la suite par l'idée de la Cour selon laquelle les règles de concurrence nationales et de l'Union protègent un intérêt juridique différent. En conséquence, dans la jurisprudence aujourd'hui établie, la protection du principe *ne bis in idem* en droit de la concurrence ne joue que s'il y a triple identité des faits, du contrevenant et de l'intérêt juridique protégé.

46. Le dernier critère a été appliqué dans le contexte de procédures diligentées et de sanctions infligées dans l'Union, la Cour concluant que « 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 »<sup>16</sup>. La Cour a également appliqué le critère de l'intérêt juridique protégé à des affaires dans lesquelles des entreprises faisaient l'objet de poursuites et de sanction dans un pays tiers<sup>17</sup>, expliquant sa raison d'être par la spécificité des objectifs, des règles de fond et des conséquences juridiques en cause dans la sanction d'infractions aux règles de concurrence<sup>18</sup>.

47. Plus fondamentalement, la Grande Chambre a réaffirmé dans l'arrêt *Toshiba Corporation e.a.*<sup>19</sup> la triple condition de l'*idem* même si l'avocate générale Kokott avait invité la Cour à l'abandonner<sup>20</sup>. L'avocate générale avait suggéré en effet d'aligner l'appréciation de l'*idem* sur l'approche « même contrevenant, mêmes faits » suivie par la Cour dans le contexte de l'article 54 de la CAAS, du mandat d'arrêt européen, et au regard de la position (récente à l'époque) adoptée

<sup>13</sup> CEE Conseil : règlement n° 17 : premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204).

<sup>14</sup> L'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 disposait seulement que « [a]ussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, point 1, et de l'article 86 [...] ».

<sup>15</sup> Arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4, point 3).

<sup>16</sup> Arrêts du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 338), et du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72, point 97).

<sup>17</sup> Arrêts du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission* (C-289/04 P, EU:C:2006:431, points 52 à 56) ; du 29 juin 2006, *SGL Carbon/Commission* (C-308/04 P, EU:C:2006:433, points 28 à 32), et du 10 mai 2007, *SGL Carbon/Commission* (C-328/05 P, EU:C:2007:277, points 24 à 30).

<sup>18</sup> Voir, notamment, arrêt du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission* (C-289/04 P, EU:C:2006:431, point 53). Dans un sens contraire, cependant, voir arrêt du 14 décembre 1972, *Boehringer Mannheim/Commission* (7/72, EU:C:1972:125, point 4).

<sup>19</sup> Arrêt du 14 février 2012 (C-17/10, EU:C:2012:72, point 97 et jurisprudence citée). Voir également arrêt du 26 octobre 2017, *Marine Harvest/Commission* (T-704/14, EU:T:2017:753, point 308).

<sup>20</sup> Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2011:552, points 114 à 122).

par la Cour EDH dans l'affaire Zolotukhin<sup>21</sup>. Elle a souligné que « rien ne justifie objectivement que le principe non bis in idem soit soumis, en droit de la concurrence, à d'autres conditions qu'ailleurs »<sup>22</sup>. Elle a également expliqué que l'examen d'un cas donné de comportement anticoncurrentiel était nécessairement lié à un contexte spécifique dans le temps et l'espace, éléments distinguant le comportement illégal donné d'un autre comportement<sup>23</sup>.

48. En définitive, le fait pour la Cour de ne pas suivre la proposition de l'avocate générale Kokott a eu une incidence pratique limitée sur la solution de cette affaire. La Cour et l'avocate générale sont convenues que les deux décisions en cause, l'une émanant de la Commission et l'autre de l'autorité nationale tchèque de la concurrence, avaient trait à *des territoires différents et à des périodes différentes*, ce qui privait la prise en compte du critère de l'intérêt juridique de toute pertinence.

49. La Cour a par la suite été invitée à reconsidérer les choses dans l'affaire Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie<sup>24</sup>. Cette affaire soulevait la question de savoir si le principe non bis in idem avait été dûment appliqué dans une procédure relative à un abus de position dominante. Cependant, l'affaire portait sur une seule et unique procédure, raison pour laquelle la Cour a considéré que le principe non bis in idem n'avait pas vocation à s'appliquer. L'avocat général Wahl a néanmoins saisi cette occasion pour suggérer, en substance, que le critère de l'intérêt juridique protégé devrait être abandonné<sup>25</sup>.

50. Peu après, la Cour a réaffirmé une nouvelle fois le critère de l'identité de l'intérêt juridique protégé dans l'arrêt Slovak Telekom<sup>26</sup>, affaire qui avait trait à deux procédures portant sur des faits apparemment différents (en l'espèce, des marchés de produits différents).

51. Compte tenu de ces développements, les trois points suivants sont particulièrement remarquables. Premièrement, il est à présent de jurisprudence constante que l'application du principe non bis in idem dans le contexte du droit de la concurrence de l'Union obéit aux trois critères de l'identité du contrevenant, des faits et de l'intérêt juridique protégé. Deuxièmement, cependant, et plutôt étrangement, le critère de l'intérêt juridique n'est bien établi que de manière théorique. Il n'a jamais été appliqué en pratique. Les affaires de droit de la concurrence au sein de l'Union que la Cour a examinées à ce jour ont porté, d'après la Cour, sur des actes différents. Il s'ensuit que la Cour n'a jamais vraiment expliqué de manière fort approfondie la manière dont l'intérêt juridique protégé devrait être apprécié.

52. Troisièmement, à ce jour, trois avocats généraux ont critiqué ce critère. Après l'avocate générale Kokott<sup>27</sup>, l'avocat général Wahl a estimé de même qu'il était « difficile de trouver de bonnes raisons justifiant de continuer d'appliquer le triple critère en matière de droit de la concurrence »<sup>28</sup>. Enfin, l'avocat général Tanchev a observé que « la pertinence de la condition tenant à l'unité de l'intérêt juridique protégé [était] contestée, étant donné, premièrement, que cette condition n'est pas appliquée dans des domaines du droit de l'Union autres que le droit de la concurrence [...] et, deuxièmement, qu'elle s'accorde mal avec la convergence croissante des

<sup>21</sup> Arrêt de la Cour EDH du 10 février 2009, Sergey Zolotukhin c. Russie (CE:ECHR:2009:0210)UD001493903).

<sup>22</sup> Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, point 118).

<sup>23</sup> Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, points 129 à 134).

<sup>24</sup> Arrêt du 3 avril 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283).

<sup>25</sup> Conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, point 45).

<sup>26</sup> Arrêt du 25 février 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139, point 43).

<sup>27</sup> Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, points 114 à 122), évoquées au point 47 des présentes conclusions.

<sup>28</sup> Conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, point 45), évoquées au point 49 des présentes conclusions.

règles de concurrence nationales et de l'Union, ainsi qu'avec le système de mise en œuvre décentralisé du droit de la concurrence mis en place par le règlement (CE) n° 1/2003 »<sup>29,30</sup>. La doctrine a émis des doutes similaires en se demandant pour quelle raison la Cour a continuellement réaffirmé le critère en dépit de l'adoption de l'approche de l'*idem factum* dans d'autres domaines du droit de l'Union<sup>31</sup>.

## 2. *L'idem factum* dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice

53. L'article 54 de la CAAS a été historiquement la première disposition du droit de l'Union à inclure le principe *ne bis in idem* dans son texte. Ce qui distingue l'article 54 de la CAAS des expressions que le principe *ne bis in idem* avait trouvées jusque-là en droit international, tel l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH<sup>32</sup> ou l'article 14, paragraphe 7, du pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>33</sup>, c'est sa portée transfrontalière expresse. Ce qui était auparavant requis dans un État ou dans une partie signataire est devenu applicable dans un espace juridique plus vaste. Une expression similaire du principe *ne bis in idem* a par la suite été adoptée dans des instruments de coopération judiciaire en matière pénale, telle la décision-cadre 2002/584/JAI sur le mandat d'arrêt européen<sup>34</sup> en tant qu'un des motifs de non-exécution obligatoire du mandat d'arrêt européen<sup>35</sup>.

54. Dans le contexte de la CAAS, l'étude de l'intérêt juridique protégé et de la qualification juridique a été jugée dénuée de pertinence. Le seul critère pertinent est devenu « celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elle »<sup>36</sup>.

55. L'arrêt *Van Esbroeck*<sup>37</sup> en fait plutôt bien la démonstration. L'affaire concernait un ressortissant belge condamné en Norvège à une peine d'emprisonnement de cinq ans pour *importation* illégale de produits stupéfiants en Norvège. Après avoir purgé une partie de sa peine, il a été libéré conditionnellement et ramené sous escorte en Belgique. Quelques mois plus tard, il a été cité en Belgique et condamné à une peine d'un an d'emprisonnement pour *exportation* illégale

<sup>29</sup> Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1).

<sup>30</sup> Conclusions de l'avocat général Tanchev dans l'affaire *Marine Harvest* (C-10/18 P, EU:C:2019:795, point 95 et note en bas de page 34).

<sup>31</sup> Voir, notamment, Sarmiento, D., « *Ne Bis in Idem in the Case-Law of the European Court of Justice* », dans Van Bockel, B. (éd), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, point 130 ; Nazzini, R., « *Parallel Proceedings in EU Competition Law. Ne Bis In Idem as a Limiting Principle* », dans Van Bockel, B. (éd), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 143 à 145 ; Luchtman, M., « *The ECJ's Recent Case Law on Ne Bis in Idem : Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order* », *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, p. 1724.

<sup>32</sup> Du 22 novembre 1984, Série des traités européens n° 117.

<sup>33</sup> Du 16 décembre 1966 : « Nul ne peut être poursuivi ou puni 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 chaque pays* » (mise en italique par mes soins).

<sup>34</sup> Article 3, point 2, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO 2002, L 190, p. 1).

<sup>35</sup> Voir, pour d'autres exemples, article 11, point 1, sous c), de la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution (JO 2008, L 337, p. 102) et article 9, point 1, sous c), de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne (JO 2008, L 327, p. 27).

<sup>36</sup> Arrêts du 9 mars 2006, *Van Esbroeck* (C-436/04, EU:C:2006:165, point 36) ; du 28 septembre 2006, *Gasparini e.a.* (C-467/04, EU:C:2006:610, point 54) ; du 28 septembre 2006, *Van Straaten* (C-150/05, EU:C:2006:614, point 48) ; du 18 juillet 2007, *Kraaijenbrink* (C-367/05, EU:C:2007:444, point 26) ; du 16 novembre 2010, *Mantello* (C-261/09, EU:C:2010:683, point 39), et du 29 avril 2021, X (Mandat d'arrêt européen – *Ne bis in idem*) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, point 71 et jurisprudence citée), cette dernière affaire ayant donné lieu à une décision antérieure imposée par un État tiers.

<sup>37</sup> Arrêt du 9 mars 2006 (C-436/04, EU:C:2006:165).

des mêmes produits stupéfiants de la Belgique. Les juridictions belges ont conclu à la régularité des nouvelles poursuites par application de l'article 36, paragraphe 2, sous a), de la convention unique sur les stupéfiants<sup>38</sup>, aux termes duquel chacune des infractions énumérées dans cet article, dont l'importation et l'exportation de stupéfiants, sera considérée comme formant une infraction distincte, si elles sont commises dans des pays différents.

56. Devant la Cour, la question soulevée était de savoir si les secondes procédures enfreignaient l'article 54 de la CAAS. La Cour a relevé que l'énoncé de l'article 54 de la CAAS vise la seule matérialité des faits en cause, à l'exclusion de leur qualification juridique<sup>39</sup>. La Cour en a alors confronté les termes à ceux de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH et à ceux de l'article 14, paragraphe 7, du pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, visant tous deux une « infraction ». Elle en a retenu la pertinence du critère de la qualification juridique des faits « comme condition d'application du principe *ne bis in idem* consacré par [les deux derniers] instruments »<sup>40</sup>.

57. En relevant l'existence d'une confiance mutuelle dans les systèmes respectifs de justice pénale dans l'Union, la liberté de circuler et l'absence d'harmonisation des droits pénaux, la Cour a observé que « l'éventualité de qualifications juridiques divergentes des mêmes faits dans deux États contractants différents ne saurait faire obstacle à l'application de l'article 54 de la CAAS »<sup>41</sup>. « Pour les mêmes motifs, le critère de l'identité de l'intérêt juridique protégé ne saurait être retenu, celui-ci étant susceptible de varier d'un État contractant à l'autre »<sup>42</sup>.

58. La Cour a reconnu que l'exportation et l'importation des mêmes produits stupéfiants, donnant lieu à des poursuites dans différents États contractants, peuvent constituer un ensemble de faits indissociablement liés entre eux, par leur nature même, mais a laissé à la juridiction nationale le soin de l'apprécier<sup>43</sup>.

59. En résumé, la jurisprudence relative à l'article 54 de la CAAS et aux dispositions équivalentes de la décision-cadre 2002/584 s'est toujours fondée sur la prémisse selon laquelle l'intérêt juridique protégé et la qualification juridique des faits n'intéressent pas l'étude de la vocation du principe *ne bis in idem* à s'appliquer.

60. Le rejet de l'approche de l'*idem crimen* s'est fondé tout d'abord sur l'interprétation littérale. L'article 54 de la CAAS semble se distinguer en requérant un niveau de protection plus élevé que l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH. Au-delà du texte, la nécessité d'adopter l'approche de l'*idem factum* a également été justifiée au titre de la logique présidant à l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui vise à surmonter les obstacles éventuels nés du contexte multi-juridictionnel de l'Union dont les législations pénales ne sont pas harmonisées et dans lequel les intérêts juridiques et les qualifications juridiques d'un même comportement peuvent diverger.

<sup>38</sup> Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (Nations Unies), *Recueil des traités*, vol. 520, p. 151 (telle que modifiée par le protocole de 1972, *Recueil des traités*, vol. 976, p. 3).

<sup>39</sup> Arrêt du 9 mars 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, point 27).

<sup>40</sup> Arrêt du 9 mars 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, point 28).

<sup>41</sup> Arrêt du 9 mars 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, point 31).

<sup>42</sup> Arrêt du 9 mars 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, point 32).

<sup>43</sup> Voir également arrêts du 28 septembre 2006, Van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, point 41) ; du 18 juillet 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, point 26), et du 16 novembre 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, point 39).

61. Si l'évocation de la qualification juridique se comprend d'elle-même, celle des intérêts juridiques (divergents) semble nettement moins compréhensible. La Cour semble avoir employé ces deux notions indifféremment. Son raisonnement implique que l'intérêt juridique protégé, en réprimant une infraction pénale donnée, telle que définie par le droit interne, est une spécificité propre à chaque État membre. La notion d'« intérêt juridique » ne semble pas devoir se comprendre comme visant un intérêt sociétal qu'une infraction spécifique, ou une catégorie spécifique d'infractions, entend protéger quel que soit l'État membre concerné, tel l'intérêt de la protection de la vie humaine, de la santé, de la liberté, de la propriété et autres. Ce qui compte vraiment dans l'intérêt juridique protégé n'est dès lors pas examiné.

62. Quoi qu'il en soit, on s'accorde à dire que la jurisprudence de la Cour relative à l'article 54 de la CAAS a rejailli sur celle de la Cour EDH<sup>44</sup>. En réalité, elle a conduit la Cour EDH à décider dans l'arrêt Zolotukhin d'harmoniser sa jurisprudence qui oscillait jusque-là entre les approches de l'idem crimen et de l'idem factum, et à adopter l'approche selon laquelle l'existence de « faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »<sup>45</sup> est ce qui compte pour apprécier si les secondes procédures sont ou non interdites.

### *3. La Cour EDH : de l'idem crimen à quelque chose d'autre (mais présentant un lien matériel et temporel étroit) en passant par l'idem factum*

63. La jurisprudence de la Cour EDH relative au principe ne bis in idem a connu une évolution par phases. Dans l'arrêt Zolotukhin, la Cour EDH a brossé un premier tableau de la manière dont la condition de l'idem avait été appréhendée dans sa jurisprudence et décidé d'adopter une interprétation harmonisée de la notion de « même infraction » aux fins de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH afin de mettre fin à l'« insécurité juridique »<sup>46</sup> (sous-section a). Cependant, quelques années plus tard, la Cour EDH a posé un deuxième jalon dans l'évolution de la jurisprudence par son arrêt A et B<sup>47</sup>. Elle a décidé de nuancer l'arrêt Zolotukhin en mettant en avant le lien matériel et temporel étroit (sous-section b).

#### *a) De l'idem crimen à l'idem factum dans l'arrêt Zolotukhin*

64. Dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt Zolotukhin, l'approche de l'idem était principalement fondée sur l'idem crimen<sup>48</sup>. Elle partait de la prémisse selon laquelle le même comportement peut constituer plusieurs infractions susceptibles, juridiquement, de donner lieu à

<sup>44</sup> Ainsi que l'a relevé, notamment, l'avocat général Cruz Villalón dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2012:340, point 77).

<sup>45</sup> Cour EDH, 10 février 2009, Zolotukhin c. Russie (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, point 82).

<sup>46</sup> Cour EDH, 10 février 2009, Zolotukhin c. Russie (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, point 78).

<sup>47</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011).

<sup>48</sup> Voir, cependant, Cour EDH, 23 octobre 1995, Gradinger c. Autriche (CE:ECHR:1995:1023JUD001596390). Dans cet arrêt, la Cour EDH a jugé que, en dépit des différences que les deux infractions en cause présentent dans leur appellation, nature et but, les deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement et, partant, il y a eu violation de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH.

des poursuites distinctes. La jurisprudence antérieure à l'arrêt Zolotukhin est illustrée par les arrêts Oliveira<sup>49</sup> ou Franz Fischer<sup>50</sup>. Dans ce dernier arrêt, la Cour EDH a soumis l'examen de l'identité de l'infraction au critère de ses éléments essentiels<sup>51</sup>.

65. L'approche fondée sur l'idem crimen a été abandonnée dans l'arrêt Zolotukhin. Dans cette affaire, le requérant avait injurié des fonctionnaires de police au cours de son interrogatoire. Dans la procédure administrative ouverte à son encontre, que la Cour EDH assimile à une procédure pénale, il a été reconnu coupable d'« actes perturbateurs mineurs ». Plusieurs jours plus tard, une procédure pénale a été ouverte notamment pour « actes perturbateurs ». Ces poursuites visaient le même comportement que celui qui avait déjà donné lieu au verdict de culpabilité. Le requérant fut relaxé des poursuites pour cette infraction, mais déclaré coupable à d'autres titres.

66. Avant de conclure que la seconde procédure constituait une violation de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH, la Cour EDH a indiqué que son approche antérieure « qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne » et « que l'article 4 du protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une deuxième "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »<sup>52</sup>. La Cour EDH a conclu que l'examen doit donc se concentrer « sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées »<sup>53</sup>.

#### *b) Affaire A et B : l'idem factum combiné à un lien matériel et temporel étroit*

67. L'approche adoptée dans l'arrêt Zolotukhin a été généralement appliquée dans la jurisprudence qui a suivi<sup>54</sup>. Cependant, cette approche n'a pas fait l'unanimité. La Cour EDH a décidé de la reconsidérer une nouvelle fois dans l'affaire A et B (arrêt de la Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège, CE:ECHR:2016:1115JUD002413011). Tout en maintenant en principe l'approche de l'idem factum, la Cour EDH a néanmoins considéré qu'un cumul des

<sup>49</sup> Cour EDH, 30 juillet 1998, Oliveira c. Suisse (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, points 25 à 29). Voir également Cour EDH, 14 septembre 1999, Ponsetti et Chesnel c. France (CE:ECHR:1999:0914DEC003685597, point 5) ; Cour EDH, 2 juillet 2002, Göktaş c. France (CE:ECHR:2002:0702JUD003340296, point 50), et Cour EDH, 24 juin 2003, Gauthier c. France (CE:ECHR:2003:0624DEC0006117800, point 14).

<sup>50</sup> Cour EDH, 29 mai 2001, Franz Fischer c. Autriche (CE:ECHR:2001:0529JUD00379509, point 29).

<sup>51</sup> Voir également, notamment, Cour EDH, 30 mai 2002, W.F. c. Autriche (CE:ECHR:2002:0530JUD003827597, point 28) ; Cour EDH, 6 juin 2002, Sailer c. Autriche (CE:ECHR:2002:0606JUD003823797, point 28) ; Cour EDH, 2 septembre 2004, Bachmaier c. Autriche (CE:ECHR:2004:0902DEC00774130) ; Cour EDH, 14 septembre 2004, Rosenquist c. Suède (CE:ECHR:2004:0914DEC006061900) ; Cour EDH, 7 décembre 2006, Hauser-Sporn c. Autriche (CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, point 45) ; Cour EDH, 1<sup>er</sup> février 2007, Storbråten c. Norvège (CE:ECHR:2007:0201DEC001227704) ; Cour EDH, 26 juillet 2007, Schutte c. Autriche (CE:ECHR:2007:0726JUD001801503, point 42) ; Cour EDH, 11 décembre 2007, Haarvig c. Norvège (CE:ECHR:2007:1211DEC001118705), et Cour EDH, 4 mars 2008, Garretta c. France (CE:ECHR:2008:0304DEC000252904, point 86).

<sup>52</sup> Cour EDH, 10 février 2009, Zolotukhin c. Russie (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, points 81 et 82).

<sup>53</sup> Cour EDH, 10 février 2009, Zolotukhin c. Russie (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, point 84).

<sup>54</sup> Cour EDH, 4 mars 2014, Grande Stevens c. Italie (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, points 221 et 227) ; Cour EDH, 27 janvier 2015, Rinas c. Finlande (CE:ECHR:2015:0127JUD001703913, points 45 et 46) ; Cour EDH, 10 février 2015, Österlund c. Finlande (CE:ECHR:2015:0210JUD005319713, point 41) ; Cour EDH, 30 avril 2015, Kapetanios et autres c. Grèce (CE:ECHR:2015:0430JUD000345312, points 64 et 74), ainsi que Cour EDH, 9 juin 2016, Sismanidis et Sitaridis c. Grèce (CE:ECHR:2016:0609JUD006660209, point 44). Voir également Cour EDH, 18 octobre 2011, Tomasović c. Croatie (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, points 28 à 32).

poursuites était possible lorsque les procédures en question « se combinaient de manière à être intégrées dans un tout cohérent »<sup>55</sup>. Dans pareilles circonstances, la Cour EDH considère qu'il n'y a en réalité pas eu de véritable seconde procédure.

68. Ladite affaire A et B concernait des majorations d'impôt appliquées aux requérants dans une procédure administrative pour avoir omis des revenus dans leur déclaration fiscale. Les requérants furent également condamnés pour les mêmes faits dans des procédures pénales menées (dans une certaine mesure) parallèlement. La Cour EDH a conclu que cette situation ne comportait pas de violation de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH dès lors que, « si des sanctions différentes ont été imposées par deux autorités différentes lors de procédures différentes, il existait néanmoins entre celles-ci un lien, tant matériel que temporel, suffisamment étroit pour les considérer comme s'inscrivant dans le mécanisme intégré de sanctions prévu par le droit norvégien dans le cas où une omission d'informations sur certains revenus dans une déclaration fiscale conduit à une erreur dans l'assiette de l'impôt »<sup>56</sup>.

69. En d'autres termes, la Cour EDH a décidé de mettre en avant le critère du lien matériel et temporel suffisant déjà énoncé (certes pas systématiquement) dans sa jurisprudence antérieure, en ce compris dans les arrêts antérieurs à l'arrêt Zolotukhin<sup>57</sup>.

70. La Cour EDH a expliqué que la condition requise d'un lien *matériel* serait remplie selon les trois éléments suivants : premièrement, la complémentarité des buts poursuivis par les deux procédures visant des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société ; deuxièmement, la mixité des procédures concernées, une conséquence prévisible ou non, en fait et en droit, du même comportement incriminé ; troisièmement, la coordination ou non des deux procédures concernées à diligenter d'une manière qui évite autant que possible toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve ; et, quatrièmement, « surtout » le caractère proportionné de l'ensemble des sanctions infligées<sup>58</sup>.

71. Le lien *temporel* a été largement laissé dans le flou, si ce n'est que la Cour a indiqué en termes généraux : « 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 »<sup>59</sup>.

72. Pour expliquer le changement d'approche, la Cour EDH a évoqué l'incapacité de l'arrêt Zolotukhin à donner des « indications lorsque les procédures, en réalité, ne se répètent pas, mais sont plutôt combinées et intégrées de manière à former un tout cohérent »<sup>60</sup>, ce qui a semblé être aux yeux de la Cour EDH la situation en cause. La Cour EDH a également relevé « l'absence de convergence entre les systèmes nationaux des États contractants, le degré variable de volonté de la part desdits États d'être tenus par le protocole n° 7 [à la CEDH] »<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, point 130).

<sup>56</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, points 147 et 153).

<sup>57</sup> Cour EDH, 13 décembre 2005, Nilsson c. Suède (CE:ECHR:2005:1213DEC007366101) ; Cour EDH, 20 mai 2014, Glantz c. Finlande (CE:ECHR:2014:0520JUD003739411, point 61) ; Cour EDH, 20 mai 2014, Nykänen c. Finlande (CE:ECHR:2014:0520JUD001182811, points 50 et 51) ; Cour EDH, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Suède (CE:ECHR:2014:1127JUD000735610, point 62), et Cour EDH, 17 février 2015, Boman c. Finlande (CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, points 42 et 43). Voir également Cour EDH, 30 mai 2000, R.T. c. Suisse (CE:ECHR:2000:0530DEC003198296).

<sup>58</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, point 132).

<sup>59</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, point 134).

<sup>60</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, point 111).

<sup>61</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, point 106).

73. Le critère du lien matériel et temporel suffisamment étroit permet, dans l'esprit de la Cour EDH, de « définir où se trouve le juste équilibre entre la préservation nécessaire des intérêts de l'individu protégés par le principe ne bis in idem, d'une part, et la prise en compte de l'intérêt particulier pour la société de pouvoir réglementer de manière calibrée le domaine en question, d'autre part »<sup>62</sup>.

74. Dans l'arrêt A et B, la Cour EDH a estimé que la condition du lien étroit était remplie dans ses deux volets. La jurisprudence ultérieure a apporté un certain nombre de précisions. Cependant, il serait osé de laisser entendre que toute la clarté serait à présent faite sur ce qui constituera un lien suffisamment étroit, en particulier dans sa dimension temporelle<sup>63</sup>.

#### 4. Les régimes de mise en œuvre à double voie devant la Cour : de l'idem factum à l'idem factum combiné à la clause de limitation des droits

75. La Cour a répondu au changement d'approche adopté par la Cour EDH dans un ensemble d'arrêts qui constituent la jurisprudence Menci<sup>64</sup>. Ces arrêts qui ont été au cœur de nombreux commentaires académiques<sup>65</sup> concernaient des nouvelles procédures (pénales ou administratives) engagées pour évasion fiscale, manipulation de marché et délits d'initié en dépit de procédures antérieures (pénales ou administratives) déjà ouvertes pour les mêmes faits.

76. Dans l'affaire Menci (C-524/15), qui peut être qualifiée d'« affaire pilote » de ces trois affaires, le requérant faisait l'objet d'une procédure administrative pour avoir omis de verser un montant de taxe sur la valeur ajoutée (TVA). La procédure administrative s'est conclue par une amende d'environ 85 000 euros représentant 30 % de la dette de TVA. Après que cette procédure est devenue définitive, une procédure pénale a été ouverte à charge du requérant pour les mêmes faits. La question qui s'est alors posée était de savoir si l'article 50 de la Charte s'opposait à cette seconde procédure.

77. Il appartenait à la Cour de décider soit de faire sienne l'approche adoptée par la Cour EDH dans son arrêt du 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011), soit de maintenir l'approche qu'elle avait adoptée auparavant dans un contexte similaire dans l'arrêt Åkerberg Fransson. Dans ce dernier arrêt, elle a indiqué que le principe ne bis in idem ne s'opposait pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations

<sup>62</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, point 124).

<sup>63</sup> Cour EDH, 18 mai 2017, Jóhannesson c. Islande (CE:ECHR:2017:0518JUD002200711) ; Cour EDH, 6 juin 2019, Nodet c. France (CE:ECHR:2019:0606JUD004734214), et Cour EDH, 8 juillet 2019, Mihalache c. Roumanie (CE:ECHR:2019:0708JUD005401210, points 84 et 85). Dans l'arrêt du 13 juin 2017, Šimkus c. Lituanie (CE:ECHR:2017:0613JUD004178811, points 46 et 47), la Cour EDH semble exclure le fait que la condition du lien étroit soit remplie dans ses deux volets bien que la pertinence de l'arrêt Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011), semble plutôt impliquée. Dans l'arrêt Cour EDH, 8 octobre 2019, Korneyeva c. Russie (CE:ECHR:2019:1008JUD007205117, point 58), la Cour EDH rappelle le critère sans l'appliquer dès lors que les parties n'ont pas soutenu que les deux procédures en cause constituaient une « réponse juridique intégrée » au sens de l'arrêt Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011). Au contraire, le critère a été jugé rempli dans ses deux volets dans l'arrêt Cour EDH, 8 octobre 2020, Bajčić c. Croatie (CE:ECHR:2020:1008JUD00673341, points 45 et 46).

<sup>64</sup> Cités à la note en bas de page 4 des présentes conclusions.

<sup>65</sup> Voir, notamment, Burić, Z., « Ne Bis in Idem in European Criminal Law – Moving in Circles ? » *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2019, 507-520 ; Luchtman, M., « The ECJ's Recent Case Law on Ne Bis in Idem: Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order », vol. 55, *Common Market Law Reports*, 2018, 1725-50, p. 1717 ; Peeters, B., « The Ne Bis in Idem Rule: Do the EUJ and the ECtHR Follow the Same Track ? », vol. 4, *EC Tax Review*, 2018, 182-185, p. 182 ; Serneels, C. « Unionisation » of the European Court of Human Rights' ne bis in idem jurisprudence: the Case of Mihalache v Romania », vol. 11(2), *New Journal of European Criminal Law*, 2020, p. 232-234 ; Schiavo, GL., « The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope and restrictions », vol. 14(3), *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 644-663 ; Vetzto, M., « The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem Dialogue Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma », vol. 11(55), *REALaw*, 2018, p. 70-74.

déclaratives dans le domaine de la TVA, successivement une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal (en se fondant sur les critères Engel).<sup>66</sup>

78. Dans ses conclusions, l'avocat général Campos Sánchez-Bordona avait soutenu que l'adoption de la nouvelle approche adoptée par la Cour EDH entamerait la protection actuellement conférée par le principe *ne bis in idem*<sup>67</sup>. La Cour a néanmoins fait une analyse différente. Il apparaîtrait que la Cour cherchait dans le fond à suivre la Cour EDH. À cet effet, cependant, elle a plutôt choisi une grille de lecture propre. La Cour a glissé de l'analyse de l'article 50 de la Charte à la clause de limitation des droits figurant à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

79. La Cour a admis les secondes procédures à condition que la législation permettant le cumul des procédures « vise un objectif d'intérêt général qui est de nature à justifier un tel cumul[,] [...] ces poursuites et ces sanctions devant avoir des buts complémentaires, contienne des règles assurant une coordination limitant au strict nécessaire la charge supplémentaire qui résulte, pour les personnes concernées, d'un cumul de procédures, et prévoie des règles permettant d'assurer que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée »<sup>68</sup>.

80. Poursuivant son analyse au regard de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, la Cour a tout d'abord vérifié que la limitation en cause fût prévue par la loi et respectât le *contenu essentiel* du droit consacré par l'article 50 de la Charte. Sur ce dernier point, la Cour a observé que la législation en cause ne permettait « un tel cumul de poursuites et de sanctions qu'à des conditions limitativement fixées, assurant ainsi que le droit garanti à cet article 50 ne soit pas remis en cause en tant que tel »<sup>69</sup>.

81. Deuxièmement, la Cour a alors confirmé l'existence d'un *objectif d'intérêt général* (la perception de l'intégralité de la TVA due dans l'affaire Menci<sup>70</sup> ; la protection de l'intégrité des marchés financiers et de la confiance du public dans les instruments financiers dans l'affaire Di Puma et Zecca<sup>71</sup> et dans l'affaire Garlsson Real Estate e.a.<sup>72</sup>), ainsi que l'existence d'objectifs complémentaires poursuivis par les deux réglementations en cause. Dans l'arrêt Menci, la Cour a indiqué que ces objectifs complémentaires consistaient à dissuader et à réprimer « tout manquement, qu'il soit intentionnel ou non, aux règles de déclaration et de perception de la TVA en infligeant des sanctions administratives fixées de manière forfaitaire », d'une part, et à « dissuader et réprimer des manquements graves à ces règles, qui sont particulièrement néfastes pour la société et qui justifient l'adoption de sanctions pénales plus sévères », d'autre part<sup>73</sup>.

82. Troisièmement, la Cour a vérifié le *caractère proportionné* de la limitation en cause. Elle a déterminé si celle-ci « ne dépass[ait] pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par cette réglementation, étant entendu que,

<sup>66</sup> Arrêt du 26 février 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, point 37).

<sup>67</sup> Conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire Menci (C-524/15, EU:C:2017:667).

<sup>68</sup> Arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, point 63).

<sup>69</sup> Arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, point 43).

<sup>70</sup> Arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, point 44).

<sup>71</sup> Arrêt du 20 mars 2018 (C-596/16 et C-597/16, EU:C:2018:192, point 42).

<sup>72</sup> Arrêt du 20 mars 2018 (C-537/16, EU:C:2018:193, point 46).

<sup>73</sup> Arrêt du 20 mars 2018, Menci (C 524/15, EU:C:2018:197, point 45).

lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »<sup>74</sup>.

83. À cet égard, la Cour a relevé que la législation en cause était apte à réaliser l'objectif affiché et que, en ce qui concerne le « strict nécessaire », elle énonçait des règles claires et précises permettant aux particuliers de connaître les actes et omissions susceptibles de donner lieu à un cumul de procédures. Elle a également relevé que la législation en cause assurait une coordination visant à réduire au strict nécessaire la charge supplémentaire que comporte un tel cumul pour les personnes concernées et garantissait que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées n'excède pas ce qui est strictement nécessaire au regard de la gravité de l'infraction constatée<sup>75</sup>.

84. Les éléments de fait de l'affaire Menci ont donc répondu aux nouvelles conditions établies. Ce ne fut pas le cas dans l'affaire *Garlsson Real Estate e.a.* (arrêt du 20 mars 2018, C-537/16, EU:C:2018:193), dans laquelle la Cour a indiqué que l'imposition d'une sanction administrative à des entreprises déjà condamnées au terme d'une procédure pénale à une peine effective, proportionnée et dissuasive pour les mêmes faits excéderait ce qui est strictement nécessaire. La Cour a statué à l'identique dans l'affaire *Di Puma* (C-596/16), dans laquelle une procédure administrative avait été ouverte pour des faits qui avaient déjà donné lieu, sur le plan pénal, à un acquittement définitif.

### ***B. Les problèmes soulevés par les régimes actuellement fragmentés du principe ne bis in idem***

85. Ainsi que le montre le survol fait ci-dessus, la jurisprudence que la Cour a développée de concert avec la Cour EDH peut être décrite au mieux comme une mosaïque de régimes parallèles. Je vais examiner ici deux questions fondamentales suscitées par cet état de choses. Premièrement, est-ce véritablement un problème (section 1) ? Deuxièmement, si c'en est un, la Cour ne devrait-elle pas simplement étendre à toutes les affaires relevant de l'article 50 de la Charte, y compris à la présente affaire, l'approche récemment adoptée dans l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197) (section 2) ?

#### *1. Y a-t-il un problème ?*

86. On pourrait peut-être dire qu'il n'y a pas de problème de cohérence. Cela requerrait cependant un travail plutôt exigeant de nuances minutieuses au motif que chacun des régimes présentés ci-dessus a une bonne raison d'être différent. Les approches sont différentes parce qu'elles sont fondées sur des textes différents et s'inscrivent dans des contextes réglementaires différents.

87. Premièrement, l'article 54 de la CAAS et les dispositions équivalentes figurant dans des instruments de coopération judiciaire en matière pénale visent *l'identité des faits* tandis que l'article 50 de la Charte (et l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH dans cette matière) visent *l'identité de l'infraction*. Il y a dès lors une nette différence dans l'énoncé des deux dispositions. De surcroît, sur le plan de son contexte réglementaire, la CAAS comporte une expression spécifiquement transfrontalière du principe ne bis in idem qui n'intéresse que les affaires

<sup>74</sup> Arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197, point 46).

<sup>75</sup> Arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197, points 53 et 55).

(véritablement) pénales survenant dans le système de Schengen. On peut donc être capable d'expliquer la raison pour laquelle l'intérêt juridique et la qualification juridique n'ont pas été jugés pertinents, par la nécessité de surmonter, dans l'Union multijuridictionnelle, les obstacles à la liberté de circulation que la Cour a recensés dans l'arrêt du 9 mars 2006, *Van Elsbroeck* (C-436/04, EU:C:2006:165)<sup>76</sup>.

88. Deuxièmement, la vocation du principe *ne bis in idem* à s'appliquer au titre de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH se limite à une seule partie contractante de la CEDH. Il se trouve dès lors que cette disposition ne risque pas de susciter des problèmes transfrontaliers. Le fait que l'application du principe *ne bis in idem* se cantonne à un seul État membre où, en effet, une plus grande importance peut être accordée à des procédures intégrées et à la nécessité d'une coordination, peut peut-être justifier une approche plus stricte de la vocation des critères adoptés dans l'arrêt de la Cour EDH, 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège* (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011), à s'appliquer. Je relève que, lorsque la jurisprudence Menci a réagi au critère défini dans cet arrêt de la Cour EDH, elle l'a précisément fait dans le même contexte d'un seul État.

89. Au vu de ces différences, devrait-on simplement reconnaître l'existence de ces régimes parallèles dans la jurisprudence relative au principe *ne bis in idem* ? Plutôt que chercher à restaurer une sorte d'unité au titre de l'article 50 de la Charte, ne serait-il pas plus logique d'expliquer pourquoi ils sont différents ?

90. Je ne le pense pas.

91. Premièrement, pareil exercice a ses limites logiques. En effet, la jurisprudence relative à la CAAS et à la décision-cadre 2002/584 peut être distinguée de celle relative à l'article 50 de la Charte sur le fondement de leur texte et, en partie aussi, de leur contexte et de leur finalité. Cependant, la distinction devient moins évidente lorsque l'on compare l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH à l'article 50 de la Charte. Bien que tous deux visent l'identité de l'« infraction », les critères développés au titre de chacune des dispositions diffèrent.

92. De surcroît, le travail de distinction se heurte de plein fouet à un mur s'agissant des lignes qui coexistent actuellement dans l'arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4), et l'arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72), d'une part, et dans la jurisprudence Menci, d'autre part. Les situations couvertes par ces deux lignes de jurisprudence relèvent à présent toutes les deux de l'article 50 de la Charte, ce qui permet difficilement d'expliquer de manière convaincante pourquoi chacune d'elles procède d'une approche différente. Il est certain que, en ce qui concerne le contexte, on peut toujours essayer de tirer argument de la nature spéciale du droit de la concurrence qui exclut toutes les autres catégories et qualifications. Cependant, à cet égard, et à l'instar de tous mes éminents collègues qui se sont prononcés sur cette question dans le passé<sup>77</sup>, je ne suis moi-même tout simplement pas convaincu. En soi et théoriquement, je ne peux pas davantage souscrire à l'idée qu'aujourd'hui le domaine du droit de la concurrence soit différent des autres domaines du droit<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Voir points 55 à 58 des présentes conclusions.

<sup>77</sup> Voir point 52 des présentes conclusions.

<sup>78</sup> Voir les développements que j'y consacre dans les conclusions que je présente parallèlement dans l'affaire *Nordzucker e.a.* (C-151/20, EU:C:2021:681).

93. Deuxièmement, il s'ensuit que les approches sont imprévisibles. Comme le montrent les positions divergentes prises par les juridictions nationales dans la procédure au principal, lorsque deux des domaines d'application du principe *ne bis in idem* se recoupent dans une affaire, aucune règle ne détermine laquelle des approches s'applique. La combinaison des procédures administratives propres au droit de la concurrence et étrangères au droit de la concurrence devrait-elle relever de l'arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4), et de l'arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72), ce qui impliquerait d'étudier l'intérêt juridique ? Ou devrait-on appliquer la jurisprudence *Menci* et l'approche fondée sur la clause de la limitation des droits ? Ou bien la jurisprudence *Menci* a-t-elle *remplacé* l'approche définie dans lesdits arrêts *Wilhelm e.a.* et *Toshiba Corporation e.a.* ?

94. Rien dans l'approche de la jurisprudence *Menci* ne semble exclure cette dernière possibilité. Cet arrêt *Menci* se réfère à une interprétation de l'article 50 de la Charte qui s'applique horizontalement à tous les domaines du droit de l'Union. Cependant, dans l'arrêt *Slovak Telekom*<sup>79</sup> postérieur audit l'arrêt *Menci*, la Cour confirme que le critère lié à l'intérêt juridique, énoncé dans l'arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4) et dans l'arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72), s'applique toujours sans toutefois expliquer pourquoi tel est toujours le cas.

95. Troisièmement, et c'est peut-être ce qui importe le plus, il est plutôt difficile de persister à penser qu'une seule et même disposition de droit primaire, en l'occurrence l'article 50 de la Charte, dont le respect doit être assuré dans toutes les situations relevant du droit de l'Union, puisse avoir un contenu différent en fonction du domaine du droit de l'Union auquel elle est appliquée. Il semble cependant que tel soit bel et bien le cas si les deux éléments de la définition de l'interdiction énoncée dans cette disposition, à savoir l'*idem* et le *bis*, se comprennent différemment dans différents domaines du droit de l'Union. Cela pose la question de l'incidence de l'article 50 de la Charte dans des cas de figure comme celui qui se présente dans la procédure au principal qui n'est pas un pur cas de figure de droit de la concurrence, mais qui ne correspond pas non plus au scénario de l'affaire *Menci* (C-524/15), faute de (véritable) procédure pénale.

96. Je considère que cette situation est intenable.

97. Cependant, j'admets que la présente affaire puisse éventuellement être réglée sans tenter d'uniformiser l'approche à appliquer au titre de l'article 50 de la Charte. L'approche adoptée dans la jurisprudence *Menci* pourrait éventuellement être étendue pour couvrir également la situation qui se présente dans la procédure au principal, tout en pouvant renoncer à appliquer l'approche des arrêts du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4), et du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72).

98. La présente affaire ne requiert pas à proprement parler de résoudre toutes les difficultés recensées plus haut, en ce compris la question épineuse de l'abandon ou non du critère de l'intérêt juridique en droit de la concurrence. Auparavant, la question de l'intérêt juridique était nettement liée à la structure spécifique du régime d'application des règles de concurrence dans l'Union, tel que cela est à présent établi dans le règlement n° 1/2003 et avant cela dans le règlement n° 17. On pourrait dès lors soutenir que, dans la mesure où, dans la procédure au principal, une procédure de droit de la concurrence est combinée à une procédure étrangère au droit de la concurrence, il est superflu d'appliquer le critère de l'intérêt juridique dès lors que la situation ne relève pas de la question spécifique de l'application des règles de concurrence dans l'Union.

<sup>79</sup> Arrêt du 25 février 2021, *Slovak Telekom* (C-857/19, EU:C:2021:139).

99. Cependant, en ayant limité de la sorte la logique des arrêts du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4), et du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72), la question qui reste en suspens est désormais de savoir quelle approche doit s'appliquer à l'affaire dans la procédure au principal. La réponse serait naturellement l'approche de la jurisprudence *Menci*. C'est une approche récemment établie par la Grande Chambre de la Cour qui, à tout le moins dans son énoncé, paraît être exhaustive. Elle semble couvrir toutes les situations auxquelles l'article 50 de la Charte est applicable. Elle pourrait donc être expressément retenue comme approche adéquate (et uniforme) du principe *ne bis in idem* au titre de l'article 50 de la Charte.

100. Néanmoins, pour les raisons que je vais exposer ci-dessous, il serait sage que la Cour évite de le faire. À mon sens, l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197), est problématique.

## 2. *L'approche de la jurisprudence Menci peut-elle s'appliquer à toutes les affaires ?*

101. L'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197), est paradoxal. Dans l'intérêt d'une protection accrue conforme à la jurisprudence de la Cour EDH, il a pour conséquence surprenante de ne pas conférer de protection individuelle effective.

102. À titre préliminaire, on doit bien reconnaître qu'une partie du problème provient d'emblée de la définition et de l'application par la Cour EDH de ce qu'il est convenu d'appeler les « critères Engel »<sup>80</sup> à travers lesquels la Cour EDH a développé une vision plutôt expansionniste de ce qui constitue une matière « pénale »<sup>81</sup>. Cette interprétation large de la notion de « matière "pénale" » a été utilisée pour évoquer devant la Cour EDH des procédures nationales qui auraient échappé sinon au champ d'application de l'article 6 de la CEDH parce qu'elles sont qualifiées de « matière administrative » en droit interne.

103. Cependant, il n'y a pas forcément lieu de conclure que la même approche extensive, développée dans un contexte donné aux fins d'asseoir une compétence au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, doive être automatiquement appliquée à tout autre notion « pénale » figurant dans la CEDH. Pourtant, la Cour EDH a affirmé que la « notion de "poursuivi ou puni pénalement" figurant à l'article 4 du protocole n° 7 doit être interprétée au regard des principes généraux relatifs aux termes correspondant "accusation en matière pénale" et "peine" figurant aux articles 6 et 7 [de la CEDH] »<sup>82</sup>. Elle a également réaffirmé cette approche dans l'arrêt *A et B*<sup>83</sup>.

104. La Cour a suivi cette orientation<sup>84</sup>. Tout d'abord, il se trouve que, au regard de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, elle pouvait en effet difficilement faire autrement. Toutefois, ce choix initial a des répercussions considérables sur l'approche à adopter à propos de l'élément *idem*. La liste de différentes procédures et peines administratives réputées pénales allant croissant, il en va de même des procédures et peines requérant d'évaluer l'*idem*. Ensuite, sauf à adopter l'idée que

<sup>80</sup> Cour EDH, 23 novembre 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas* (CE:ECHR:1976:1123JUD000510071, point 82).

<sup>81</sup> Voir, notamment, Franssen, V., « La notion "pénale" : mot magique ou critère trompeur ? Réflexions sur les distinctions entre le droit pénal et le droit quasi pénal », dans Brach-Thiel, D. (éd), *Existe-t-il encore un seul non bis in idem aujourd'hui ?*, L'Harmattan, Paris, 2017, p. 57 à 91.

<sup>82</sup> Voir, notamment, Cour EDH, 18 octobre 2011, *Tomasović c. Croatie* (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, point 19 et jurisprudence citée) (traduction non officielle).

<sup>83</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège* (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, points 105 à 107).

<sup>84</sup> La Cour a adopté les critères Engel dans l'arrêt du 5 juin 2012, *Bonda* (C-489/10, EU:C:2012:319, point 37), et également ultérieurement dans l'arrêt du 26 février 2013, *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105).

tout et n'importe quoi est inclus dans la protection offerte par le principe ne bis in idem, il faut alors faire un tri quelque part : soit au stade de la définition de ce qui a un caractère « pénal », soit au stade de la définition de l'idem.

105. Il apparaîtrait, à présent, que les critères Engel ne soient pas susceptibles d'être revus. Toutefois, ce que cela signifie, c'est que, à moins d'exclure toute seconde procédure administrative de nature pénale quels que soient les différents buts ou objectifs qu'elle peut poursuivre, l'idem doit être défini plus rigoureusement. Autrement, si la définition du pénal et la définition de l'idem sont trop larges, la plupart des régimes administratifs parallèles propres aux États membres rencontreront de sérieux problèmes dans leur mise en œuvre, sans parler du fait que des procédures administratives parallèles peuvent se dérouler à travers les États membres ou au niveau de l'Union.

106. Face à de telles difficultés à venir, il semblerait que l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), ait cherché à donner une solution de rechange. En effet, déplacer l'analyse de l'article 50 de la Charte à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte pourrait être, à première vue, une manière élégante de contourner la définition énigmatique de l'idem aux fins de l'article 50 de la Charte. Cela parce qu'une interprétation plutôt large (et donc protectrice) de l'idem est contrebalancée par la possibilité de limiter le droit inscrit à l'article 50 de la Charte. De cette manière, la règle à laquelle on aboutit réalise un équilibre. Cependant, à y regarder de plus près, je crains qu'elle crée plus de problèmes qu'elle n'en résout.

107. Premièrement, et avant tout, à mes yeux du moins, la véritable finalité de l'article 50 de la Charte est de protéger le particulier contre les secondes procédures. L'article 50 de la Charte fait barrage. S'il est valablement mis en œuvre, il empêche *même l'ouverture* de l'autre procédure<sup>85</sup>. Pareille barrage doit être défini ex ante et de manière normative.

108. Toutefois, selon l'approche de l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197)<sup>86</sup>, ce n'est que lorsque la seconde procédure est close qu'il sera possible de vérifier si certaines conditions du critère sont ou non remplies et donc si la seconde procédure est régulière ou pas. Il peut être possible d'arrêter le cours de certaines des nouvelles procédures en raison de l'absence d'un intérêt objectif ou général, ou de l'absence des buts complémentaires poursuivis. Toutefois, pourvu que ces conditions requises soient remplies, le caractère proportionné de la limitation qui en résulte dépend des conditions dans lesquelles se déroulera la seconde procédure, y compris la détermination de la peine.

109. En d'autres termes, l'application du principe ne bis in idem cesse de se référer à des critères définis normativement ex ante. Il devient au contraire un correctif ex post qui peut s'appliquer ou non en fonction des circonstances et du montant exact des peines infligées. Il ne s'agit pas d'une protection contre une double incrimination. C'est une simple protection ex post contre le caractère disproportionné de peines combinées ou cumulées.

110. Deuxièmement, vu sous cet angle, je me demande vraiment comment le principe ne bis in idem, conçu de la sorte, pourra continuer à protéger l'essence même du droit inscrit à l'article 50 de la Charte. Les explications données spécifiquement dans l'arrêt du 20 mars 2018, Menci

<sup>85</sup> La Cour s'est apprêtée récemment à aller sur ce point jusqu'à faire barrage à une simple détention provisoire destinée à vérifier si une personne pourrait ou non être extradée pour donner suite à de nouvelles poursuites dans un pays tiers – voir arrêt du 12 mai 2021, Bundesrepublik Deutschland (Notice rouge d'Interpol) (C-505/19, EU:C:2021:376, points 72 à 82).

<sup>86</sup> Avec ses étapes individuelles exposées aux points 79 à 83 des présentes conclusions.

(C-524/15, EU:C:2018:197)<sup>87</sup>, ne clarifient pas davantage la question. Dans son arrêt, la Cour a simplement postulé que la législation en cause « respect[ait] le contenu essentiel de l'article 50 de la Charte, dès lors [...] [qu'elle] ne permet [le] cumul de poursuites et de sanctions qu'à des conditions *limitativement fixées* »<sup>88</sup>. Pour moi, cette affirmation semble davantage viser la condition de légalité de la limitation en cause (« prescrite par la loi »). Sur le plan de l'essence des droits, je perçois difficilement comment l'essence du principe *ne bis in idem* est protégée lorsque le droit national affirme clairement et expressément qu'il y aura une nouvelle procédure<sup>89</sup>.

111. Troisièmement, les critères qui ne sont pas conçus pour une protection *ex ante*, mais plutôt pour une correction *ex post* sont amenés à être *conjoncturels*<sup>90</sup>. En particulier, les éléments relatifs à la proportionnalité semblent particulièrement tributaires des circonstances dans une coordination déclarée, mais pas toujours requise entre les procédures et dans la description du mécanisme fixant le montant global de la sanction qui énonce différents éléments sans toutefois définir de critère général.

112. Un tel degré de conjoncture accidentelle dans une protection supposée être égale pour tous les particuliers est une nouvelle fois frappant. En effet, des procédures impliquant deux personnes dans une situation fort similaire, diligentées par les mêmes autorités, pourraient parfaitement donner lieu à une appréciation différente en raison de la rapidité avec laquelle les autorités examinent l'affaire ou en fonction de la manière dont est calculée le montant de l'amende.

113. Quatrièmement, le niveau effectif de protection individuelle offert par l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), apparaît être plutôt bas. L'essence du droit d'être protégé contre une seconde procédure pénale pour la même infraction est censée être préservée du simple fait que le prévenu pouvait prévoir qu'il serait poursuivi une seconde fois<sup>91</sup>. Les buts complémentaires poursuivis sont réputés exister du simple fait que les poursuites pénales, contrairement aux poursuites administratives, se limitent aux seuls manquements « graves », tout en poursuivant apparemment largement le même but<sup>92</sup>. On peut peut-être supposer qu'un certain nombre de régimes parallèles sont en fait susceptibles de répondre à ce critère sans soulever de grands problèmes.

114. Cinquièmement, il y a la condition, énoncée dans l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), voulant qu'un cumul soit limité à ce qui est strictement nécessaire aux fins de la réalisation de l'objectif d'intérêt général. Plus spécifiquement, il doit y avoir des règles garantissant la coordination de procédures nationales en vue de réduire au strict nécessaire le désavantage

<sup>87</sup> Cet aspect n'est pas analysé dans l'arrêt du 20 mars 2018, Di Puma et Zecca (C-596/16 et C 597/16, EU:C:2018:192).

<sup>88</sup> Mise en italique par mes soins. Voir arrêts du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, point 43), et du 20 mars 2018, Garlsson Real Estate e.a. (C-537/16, EU:C:2018:193, point 45).

<sup>89</sup> De manière similaire, conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, point 82).

<sup>90</sup> Curieusement, dans un certain nombre d'autres contextes législatifs, notamment concernant l'article 325 TFUE, la Cour persiste à exiger d'évaluer normativement et *ex ante* le *champ d'application* d'une disposition du droit de l'Union au regard de certains types de procédures nationales. Ce champ d'application ne peut pas être rendu dépendant d'issues *ex post* de la procédure donnée. Pour un commentaire avec d'autres références, voir conclusions que j'ai présentées dans les affaires jointes Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție e.a. (C-357/19 et C-547/19, EU:C:2021:170, points 109 à 115).

<sup>91</sup> Voir point 80 des présentes conclusions.

<sup>92</sup> Voir point 81 des présentes conclusions.

additionnel lié à ce cumul des procédures pour la personne concernée. On peut voir la logique dans cette idée et son attrait, si elle est émise dans le contexte de procédures pénales et dans un État membre<sup>93</sup>.

115. Toutefois, lorsque le cumul des procédures concernées implique un certain nombre de régimes administratifs parallèles, et, ce qui est plus important, plus d'un État membre ou les autorités des États membres et de l'Union, alors les suggestions appelant de leurs vœux des systèmes à voie unique pourraient rapidement quitter le domaine du souhait pour passer à celui de la science-fiction.

116. À titre accessoire (ou plutôt réaliste), il a fallu des décennies pour établir un réseau intégré de droit de la concurrence réunissant la Commission et les autorités nationales de la concurrence. Cela étant, en dépit de l'identité des règles à appliquer et de l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, un certain nombre de questions de mise en œuvre pratique restent sans réponse<sup>94</sup>. D'autres systèmes de prise de décision parallèle, tel le mécanisme du guichet unique du règlement (UE) 2016/679<sup>95</sup> récemment introduit, semble souffrir de graves maladies de jeunesse dans la répartition des compétences<sup>96</sup>. Si tel est l'état actuel des choses dans des réseaux spécialisés et expressément réglementés à travers l'Union, on ne perçoit pas immédiatement comment le niveau nécessaire de coordination pourrait être raisonnablement attendu et réalisé à travers différents domaines juridiques dans différents organismes et à travers différents États membres.

117. Pour résumer, tous ces éléments pris ensemble conduisent à l'image globale plutôt insatisfaisante évoquée au début de cette section. En vue peut-être de restaurer un certain équilibre, la Cour a décidé dans l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), de se tourner vers l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et la limitation des droits. Ce faisant, cependant, elle s'est retrouvée paradoxalement dans une situation où l'essence même de l'article 50 de la Charte a été perdue.

### *C. La solution suggérée*

118. Après avoir exposé ci-dessus les problèmes suscités par le régime actuel, je commencerai d'abord par résumer succinctement les paramètres qu'une approche plus adéquate doit avoir (section 1). Ensuite, j'aborderai la question de l'intérêt sociétal ou juridique protégé (section 2) avant d'exposer une approche uniforme possible pour le principe ne bis in idem au titre de l'article 50 de la Charte (section 3). Puis, j'illustrerai quelque peu la mise en œuvre d'une telle approche dans différents exemples (section 4). Pour terminer, j'évoquerai la présente affaire et l'application de l'approche que j'ai proposée (section 5).

<sup>93</sup> Sachant que ces idées ont été émises au début dans le contexte de la CEDH – voir Cour EDH, 30 juillet 1998, Oliveira c. Suisse (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, point 27), et plus récemment Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, point 130).

<sup>94</sup> Voir, à titre d'illustration, mes conclusions dans l'affaire parallèle Nordzucker e.a. (C-151/20, EU:C:2021:681).

<sup>95</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (JO 2016, L 119, p. 1) (ci-après le « RGPD »).

<sup>96</sup> Comme l'a récemment démontré l'arrêt du 15 juin 2021, Facebook Ireland e.a. (C-645/19, EU:C:2021:483).

## 1. Les paramètres

119. Premièrement, le champ de protection au titre de l'article 50 de la Charte doit être déterminable ex ante. Le champ normatif d'une disposition de droit de l'Union, en particulier un droit fondamental, ne peut pas dépendre de circonstances ou d'issues d'une procédure donnée, incertaines et donc imprévisibles. Lorsque la vocation de l'article 50 de la Charte à s'appliquer est définie ex ante, le principe ne bis in idem pourrait pouvoir garantir qu'une seconde procédure n'ait pas lieu en faisant, au besoin, barrage à l'ouverture même de la seconde procédure.

120. Deuxièmement, conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, le niveau de protection offert au titre de l'article 50 de la Charte ne peut pas être inférieur à celui offert au titre de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH. Cela ne veut pas nécessairement dire, à mon sens, que l'approche à concevoir pour parvenir à un tel résultat compatible doit être identique. Tel est a fortiori le cas dans des situations où l'approche doit coller à des caractéristiques spécifiques d'un système donné. Le rôle de la Cour est de donner aux juridictions nationales des indications ex ante sur la manière d'appliquer le droit de l'Union. Il n'est pas, à tout le moins dans des décisions préjudicielles, de déterminer ex post si une convention a été méconnue ou non par une partie contractante dans un cas donné.

121. Troisièmement, l'approche, tout en acceptant comme base de départ le large éventail de ce qui est « pénal » par nature<sup>97</sup>, doit faire en sorte de ne pas aboutir à des résultats déraisonnables dans l'environnement juridique composite spécifique de l'Union. Une approche générale au titre de l'article 50 de la Charte doit pouvoir être mise en œuvre non seulement dans un État membre, mais aussi, ou plutôt surtout, à travers l'Union, à la fois horizontalement (États membres à États membres) et verticalement (États membres à Union). Dans ce domaine complexe, un équilibre raisonnable doit être restauré entre la protection effective de droits individuels et les objectifs légitimes des États membres ou de l'Union de poursuivre des actes qui empiètent sur différents intérêts sociétaux protégés.

122. Enfin, pour toutes les situations relevant du droit de l'Union conformément à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, auxquelles l'article 50 de la Charte devient applicable, l'approche doit être la même, à tout le moins au titre de l'article 50, lorsqu'il est appliqué seul. À cet égard, je souscris en effet à la proposition selon laquelle « la portée fondamentale que revêt la règle [ne] bis in idem en tant que principe général du droit de l'Union, élevé au rang de droit fondamental, a pour conséquence que son contenu ne devrait pas être substantiellement différent en fonction du domaine juridique concerné »<sup>98</sup>. Cela n'exclut bien entendu pas qu'il puisse exister des régimes spécifiques dans le droit de l'Union qui offrent un niveau de protection plus élevé. Cependant, lorsque la Charte s'applique, l'approche par défaut au titre de l'article 50 de la Charte doit dès lors être la même.

## 2. La métaphore du caméléon

123. Le mieux est de commencer par le texte. L'article 50 de la Charte, intitulé « Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même *infraction* » dispose que « [n]ul 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 »<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Voir points 102 à 105 des présentes conclusions.

<sup>98</sup> Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, point 117).

<sup>99</sup> Mise en italique par mes soins.

124. Cet énoncé diffère de l'article 54 de la CAAS qui emploie le terme « faits ». Ce dernier dispose qu'« 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 »<sup>100</sup>.

125. Une « infraction » n'est pas un « fait ». Le terme « infraction » est plus riche. Il vise généralement non seulement les éléments de fait pertinents, mais également la qualification juridique d'un certain comportement caractérisé, ou au moins les effets négatifs ou l'impact que pareil comportement a sur les intérêts jugés dignes de protection par la société.

126. Lorsqu'un seul comportement affecte différents intérêts juridiques ou sociaux protégés, il aboutit souvent à la commission de plusieurs infractions (concours idéal). La sanction qui s'ensuit tend à être définie, selon le système juridique national, sur le fondement de principes spécifiques dont l'idée est d'apprécier de manière intégrée les infractions commises<sup>101</sup>.

127. Il n'est généralement pas possible de le faire lorsque les infractions commises intéressent différents domaines juridiques dont chacun relève du contrôle d'une autorité de régulation différente. Déclarer que, dans ces circonstances, une seconde procédure ne sera jamais admise parce qu'elle intéresse les mêmes faits, c'est interdire en fait la possibilité de poursuivre en parallèle différents intérêts juridiques.

128. Dès lors, tôt ou tard, on arrive logiquement à la question de l'intérêt sociétal ou juridique protégé pour opérer une distinction entre les situations en cause. Il est frappant de voir que, même lorsque l'approche de l'*idem factum* a été retenue, la notion d'« intérêt juridique protégé » n'a en réalité jamais vraiment disparu. À l'instar d'un caméléon, il a simplement pris d'autres couleurs, en s'identifiant lui-même aux différents bâtons ou branches qui se présentaient dans chaque ligne de jurisprudence au moment donné.

129. Le seul domaine du droit de l'Union dans lequel la notion d'« intérêt juridique protégé » a vraiment disparu est celui de l'article 54 de la CAAS et de la décision-cadre 2002/584. En revanche, en droit de la concurrence, la pertinence de l'intérêt juridique protégé a toujours été réaffirmée. Même les avocat généraux qui ont préconisé l'abandon de l'intérêt juridique comme critère distinct finissaient par recouper effectivement sa teneur par une définition extensive de l'« identité des faits »<sup>102</sup>. De même, dans l'affaire Menci (C-524/15), l'examen de la différence dans les intérêts juridiques protégés a simplement été déplacé sous le chapitre des objectifs d'intérêt général différents et de la complémentarité des buts poursuivis<sup>103</sup>.

130. Cependant, c'est dans la jurisprudence de la Cour EDH que la notion d'« intérêt juridique protégé » présente véritablement des qualités de caméléon. Dans un premier temps, avant l'arrêt de la Cour EDH, 10 février 2009, Sergey Zolotukhin c. Russie (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903), la différence dans l'intérêt juridique poursuivi semblait

<sup>100</sup> Mise en italique par mes soins.

<sup>101</sup> Voir également conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, point 91 et note en bas de page 79).

<sup>102</sup> Dans l'affaire Toshiba déjà évoquée (au point 47 des présentes conclusions), mon éminente collègue, l'avocate générale Kokott, a exclu conceptuellement l'intérêt juridique de la notion d'« *idem* ». Seule comptera l'unité des faits. Elle a alors néanmoins intégré aux faits de l'affaire les effets (préjudiciables) d'une entente et les conséquences anticoncurrentielles qu'elle causait. Cependant, si des effets (sociaux) préjudiciables (sur les intérêts juridiques protégés) sont rangés dans les faits, la condition de l'unité de l'intérêt juridique protégé a-t-il vraiment disparu de la scène ?

<sup>103</sup> Voir point 81 des présentes conclusions.

faire partie de la définition de l'*idem*, à tout le moins dans la plupart des affaires. On en trouvera une bonne illustration en particulier dans la jurisprudence de la Cour EDH consacrée à des requérants ayant causé un accident de voiture qui se sont vu infliger des peines pénales et administratives consistant pour ces dernières en le retrait de leur permis de conduire. La Cour EDH a admis cette combinaison en dépit du fait que le retrait du permis est généralement qualifié de « pénal » selon les critères Engel<sup>104</sup>. Dans un deuxième temps, il est vrai que ledit arrêt Sergey Zolotukhin a récusé la pertinence de la différence dans l'intérêt juridique. Dans un troisième temps, quelques années plus tard, cependant, dans l'arrêt de la Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011), la différence dans l'intérêt protégé a été réintroduite de facto. C'est à cette époque, et à l'instar de ce que la Cour a fait plus tard dans l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), qu'il s'est transformé dans l'étude des objectifs complémentaires poursuivis par les législations appliquées dans les deux procédures en cause. Contrairement à l'approche de la Cour dans cet arrêt Menci, cependant, et de manière quelque peu surprenante sur le plan conceptuel peut-être, la question de savoir si « différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi [...] des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause » est soudainement réapparue en participant de l'évaluation du critère bis et de la question de savoir s'il y a (ou non) un lien matériel suffisant<sup>105</sup>.

131. Je ne crois pas que tout cela soit une simple coïncidence. Une fois que l'on a décidé de permettre une seconde procédure pour les mêmes faits en vue de répondre aux voix appelant à réserver davantage de place à l'application de la loi ou simplement à accepter que, en réalité, toutes les procédures, qu'elles se déroulent à l'intérieur du même État membre ou a fortiori à travers eux, ne sont pas susceptibles d'être des procédures à voie unique, le seul outil disponible pour opérer une distinction entre deux ou plusieurs procédures devient l'attention portée aux objectifs poursuivis. Les conditions relatives à la proportionnalité étant clairement tributaires des circonstances spécifiques de chaque cas, la notion de « complémentarité des buts poursuivis » devient, à mon sens, l'élément central de toute analyse normative. Cependant, ainsi que je l'ai déjà indiqué, cet élément est tout simplement une autre façon de décrire la même idée que celle qui est au cœur de la notion d'« intérêt juridique protégé ».

### 3. L'approche

132. Pour toutes ces raisons, ma proposition est fort simple. Je propose de ranger l'examen de l'intérêt juridique protégé, et donc de l'objectif poursuivi, dans l'étude de l'*idem*. Seul cet élément permet de décider de manière normative, claire et franche pourquoi le comportement donné est poursuivi dans des procédures parallèles ou successives et de déterminer si la même infraction est ou non à nouveau punie pour les mêmes raisons. À moins qu'un examen plus approfondi ne montre que les intérêts juridiques protégés par les deux cadres législatifs en cause sont les mêmes, les deux procédures devraient pouvoir être poursuivies parallèlement, et ce serait préférable plutôt que d'éliminer l'une d'elles de facto par application des critères Engel et d'une notion large de l'« *idem* ».

133. L'appréciation de l'*idem* aux fins de l'article 50 de la Charte devrait dès lors se référer à une *triple identité* du contrevenant, des faits pertinents et de l'intérêt juridique protégé.

<sup>104</sup> Cour EDH, 13 décembre 2005, Nilsson c. Suède (CE:ECHR:2005:1213DEC007366101, p. 10 à 11). Dans un sens contraire, cependant, voir Cour EDH, 28 octobre 1999, Escoubet c. Belgique (CE:ECHR:1999:1028JUD002678095, point 38).

<sup>105</sup> Cour EDH, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, points 131 et 132).

134. Premièrement, la condition visant l'identité du contrevenant est plutôt claire et, en tout cas, incontestée dans la présente affaire.

135. Deuxièmement, en ce qui concerne les faits pertinents, je relèverais que ce qui est en réalité requis, c'est leur *identité* et non pas leur simple « similarité ». Naturellement sous la réserve qu'il puisse arriver que la procédure ultérieure ne concerne qu'une partie des faits (matériellement ou chronologiquement) qui ont fait l'objet de la procédure antérieure. Toutefois, on retiendra que, dans la mesure où les deux ensembles de faits se recoupent, ils doivent être identiques là où ils se recoupent.

136. Troisièmement, qu'est-ce qu'un intérêt juridique protégé ? C'est le bien sociétal ou la valeur sociale que le cadre législatif donné ou une partie de celui-ci est censé protéger et faire respecter. C'est ce bien ou cette valeur que l'infraction en cause affecte ou c'est sur eux qu'elle interfère.

137. La distinction faite entre les différents intérêts juridiques protégés à un niveau plutôt spécifique est bel et bien établie en droit pénal ou en droit administratif pénal. Sur ce point, un code national recenserait habituellement les intérêts ou les valeurs que chaque infraction enfreint (infractions contre la vie, la propriété, l'intégration physique, ou l'État notamment). Cette distinction pourrait en effet devenir beaucoup plus compliquée dans plusieurs domaines parallèles d'administration publique et lorsqu'on les considère à travers différents États et sphères de réglementation.

138. On peut néanmoins relever que l'intérêt juridique protégé *n'est pas* identique à la face objective d'une infraction telle que définie en droit interne. Ce n'est qu'un de ses éléments, défini à un niveau plus élevé d'abstraction. L'identification de l'intérêt juridique ou de la valeur censé être protégé en pénalisant certains faits en droit interne est un point naturel de départ. Cependant, il n'est d'une aucune manière déterminant.

139. La définition de l'« intérêt juridique protégé » apprécié aux fins de l'article 50 de la Charte ne peut pas copier des qualifications nationales et des spécificités juridiques nationales. En termes pratiques, un État membre ne peut pas se soustraire au principe *ne bis in idem* en introduisant plutôt des infractions inhabituelles dans son ordre juridique national. Dans pareilles situations, aux fins de l'application du principe *ne bis in idem*, l'intérêt juridique effectivement protégé doit être réaffirmé au vu des faits de l'infraction prétendument commise, au niveau adéquat d'abstraction. D'une certaine manière, cet exercice est analogue à l'appréciation de la double incrimination dans différents régimes de coopération judiciaire en matière pénale. De même, à cet égard, la description exacte et les faits doivent être « délocalisés » du contexte législatif national spécifique<sup>106</sup>.

140. On peut prendre l'exemple de crimes contre la vie et l'intégrité physique de tiers. Si des violences sur un tiers entraînent son décès, peu importe, pour déterminer l'intérêt juridique protégé, si le droit interne définit cet acte, compte tenu des circonstances de fait spécifiques, de meurtre, d'homicide involontaire ou simplement de coups et blessures ayant entraîné la mort. La question centrale est de savoir si, par des coups portés à un tiers (identité des faits), le même auteur de l'infraction (identité du contrevenant) a porté atteinte au même type d'intérêt juridique protégé, à savoir la vie et l'intégrité physique d'un tiers (identité de l'intérêt juridique protégé).

<sup>106</sup> Pour un exemple concret et un commentaire circonstancié, voir mes conclusions dans l'affaire Grundza (C-289/15, EU:C:2016:622).

141. Cet exemple appelle une observation finale. La notion d'« intérêt juridique protégé » par une règle spécifique, et l'objectif que cette règle poursuit, sont susceptibles d'être mutuellement transitifs en pratique. Ce sont deux catégories visant la même question – l'objet et la finalité de la règle donnée.

#### 4. L'illustration

142. La mise en œuvre et le caractère opérationnel de l'interprétation que nous venons de proposer de l'idem aux fins de l'article 50 de la Charte pourraient être illustrés à travers les trois exemples suivants.

143. Premièrement, apparaît le scénario comportant deux procédures pénales dans deux États membres différents concernant la même infraction, mais dont les éléments territoriaux ou l'impact peuvent se scinder à travers les frontières. On pourrait le désigner « scénario *Van Esbroeck* ». Cependant, dans un tel scénario (l'exportation de produits stupéfiants illicites d'un État et leur importation immédiate dans un autre, dans un acte prétendument identique), on supposerait que l'intérêt juridique protégé en pénalisant ce même acte dans les deux États est en fait le même : la protection de la société et de la santé publique contre les produits stupéfiants. Ainsi, loin d'être dénuée de pertinence dans pareils scénarios, l'identité effective des intérêts juridiques protégés dans les deux procédures exclurait les poursuites ultérieures pour le même acte dans un autre État membre.

144. Deuxièmement, il y a le scénario de l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197). Il concerne la combinaison de procédures pénales et administratives dans le même État membre, que les critères *Engel* ont transformées en une combinaison de deux procédures pénales. La seconde procédure pourrait être admise si la législation appliquée protège un autre intérêt juridique, telle la perception et le recouvrement effectifs de taxes dans la procédure administrative, et la répression d'une infraction commise à l'égard du trésor public dans la procédure pénale.

145. Cependant, le problème conceptuel dans de tels scénarios, par exemple dans le contexte de la TVA, est l'existence de ce que l'on pourrait appeler un « surcroît de sanction administrative ». Il s'agit de situations dans lesquelles l'administration (fiscale) ne se contente pas de réclamer des montants impayés, majorés éventuellement d'intérêts, mais inflige une amende supplémentaire (à savoir une amende, un accroissement d'impôt, une surtaxe notamment). C'est ce surcroît qui fait de la procédure administrative une procédure « pénale » par nature selon les critères *Engel*.

146. La procédure ultérieure, mettant ce « surplus » en œuvre, a été considérée comme ne posant pas de problème dans l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197), mais n'a pas été admise dans l'arrêt du 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.* (C-537/16, EU:C:2018:193), ni dans l'arrêt du 20 mars 2018, *Di Puma et Zecca* (C-596/16 et C-597/16, EU:C:2018:192). Dans pareils scénarios, il ne sera pas facile de distinguer les objectifs poursuivis et les intérêts juridiques protégés. Dans la mesure où la règle administrative donnée ne vise pas seulement à obtenir le paiement de ce qui est dû (majoré éventuellement d'intérêts moratoires), mais inflige également une amende punitive, les étendues respectives des règles administratives et pénales se recoupent dans les objectifs qu'elles poursuivent.

147. Cette idée semble être illustrée par l'arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197). Sur ce point, la Cour a reconnu la régularité de la procédure pénale ultérieure. Après avoir établi que la combinaison des règles administratives et pénales en cause poursuit un

objectif d'intérêt général, à savoir la perception de la TVA due, la Cour a expliqué qu'« un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale peut se justifier lorsque ces poursuites et ces sanctions visent [...] des buts complémentaires ayant pour objet, le cas échéant, des aspects différents du même comportement infractionnel concerné »<sup>107</sup>. Si la Cour a laissé à la juridiction de renvoi le soin de le vérifier, elle a ajouté qu'« il paraît légitime qu'un État membre veuille, d'une part, dissuader et réprimer [...] en infligeant des sanctions administratives fixées, le cas échéant, de manière forfaitaire et, d'autre part, dissuader et réprimer des manquements graves à ces règles, qui sont particulièrement néfastes pour la société et qui justifient l'adoption de sanctions pénales plus sévères »<sup>108</sup>.

148. En revanche, dans l'arrêt *Garlsson Real Estate e.a.*, la Cour a observé que la poursuite d'une procédure administrative *après* une condamnation dans la procédure pénale « excéderait ce qui est strictement nécessaire afin de réaliser l'objectif » de protéger l'intégrité des marchés financiers de l'Union et la confiance du public dans les instruments financiers<sup>109</sup>. La Cour a suivi un raisonnement similaire, relevant le caractère excessif de la sanction, dans l'affaire *Di Puma* qui avait donné lieu à un acquittement dans une procédure pénale antérieure et à une procédure administrative ultérieure pour les mêmes faits de délit d'initié<sup>110</sup>.

149. Que ce soit au regard de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, ou du champ d'application de l'article 50 de la Charte, dans les deux scénarios, l'élément clé est la différence dans les intérêts juridiques protégés ou les buts complémentaires poursuivis. À mon sens, la seule distinction conceptuelle qui puisse être faite en réalité est celle entre les différents buts et raisons (et donc les intérêts juridiques protégés) poursuivis dans le recouvrement des sommes dues, d'une part, et dans la dissuasion et la répression, d'autre part. Cependant, dès que les procédures fiscales/administratives commencent à sanctionner au-delà du recouvrement des sommes majorées d'intérêts, ou que la procédure pénale a également pour objet le recouvrement de sommes dues, la différence conceptuelle entre les deux disparaît simplement et l'interdiction du cumul de procédures au titre du principe *ne bis in idem* se met à jouer effectivement, à tout le moins à mon sens.

150. Dans pareilles situations, qui sont susceptibles de se cantonner à un seul et même État membre, il est aussi parfaitement justifié de demander à cet État membre de coordonner ses procédures concernées. Logiquement, il est probable que ce soit en premier lieu une administration fiscale qui enquêtera et poursuivra des cas d'évasion fiscale. Si l'évasion fiscale détectée atteint une certaine gravité ou un certain seuil, la nature de l'enquête et des poursuites peut parfaitement changer. Simplement administrative au départ, elle devient pénale. Il appartient à chaque État membre d'organiser le rapport exact entre les deux procédures, sous réserve que, au bout du compte, l'administration fiscale et le juge pénal ne peuvent pas sanctionner le même acte de peines qui sont par nature pénales.

151. Troisièmement, il y a le scénario de procédures administratives parallèles ou successives dans différents États membres, la nature pénale de ces procédures étant établie sur la base des critères *Engel*. Ces situations peuvent se produire dans un seul et même régime réglementaire dans l'Union (telle la concurrence, la protection des données, etc.), mais peut également se produire pour les mêmes faits qui font l'objet de poursuites dans des cadres réglementaires

<sup>107</sup> Arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197, point 44).

<sup>108</sup> Arrêt du 20 mars 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197, point 45).

<sup>109</sup> Arrêt du 20 mars 2018 (C-537/16, EU:C:2018:193, points 46 et 59).

<sup>110</sup> Arrêt du 20 mars 2018, *Di Puma et Zecca* (C-596/16 et C-597/16, EU:C:2018:192, points 43 et 44).

différents par différentes autorités<sup>111</sup>. Ce sera en particulier dans pareilles situations que la question de l'identité de l'intérêt juridique protégé se posera. De plus, il sera fréquent, en pratique, que pareilles situations soient susceptibles de ne pas présenter l'identité des faits compte tenu de la territorialité de l'infraction, ainsi que l'a expliqué, par exemple, dans le contexte du droit de la concurrence, l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a.<sup>112</sup> et que j'ai développé plus avant dans les conclusions que je présente dans l'affaire parallèle Nordzucker e.a. (C-151/20, EU:C:2021:681).

## 5. La présente affaire

152. La présente affaire concerne deux procédures administratives, a priori à caractère pénal selon les critères Engel, diligentées dans un État membre. Elle représente donc la variété qui vient d'être décrite dans le troisième scénario, mais cantonnée au même État membre. À titre subsidiaire, elle pourrait également être vue comme un avatar du scénario de l'arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197) : elle est située dans le même État membre, mais concerne deux procédures qui sont pénales en raison non pas de leur conception originale nationale, mais des critères Engel.

153. La procédure sectorielle devant l'IBPT a été fondée sur la législation interne transposant la directive 97/67. Cette directive vise à introduire progressivement les conditions du marché dans les services postaux en imposant des obligations de non-discrimination et de transparence. La procédure de droit de la concurrence a été ouverte par la suite. Elle visait à faire respecter l'interdiction de l'abus de position dominante qui vise à protéger la libre concurrence.

154. Il est utile de mentionner que la Cour EDH a en principe déjà reconnu à l'abus de position dominante un caractère pénal aux fins de l'application du volet pénal de l'article 6 de la CEDH<sup>113</sup>, sans oublier bien sûr la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle le principe ne bis in idem s'applique en matière de droit de la concurrence comme tel<sup>114</sup>.

155. Cette appréciation ne semble pas avoir été faite à l'égard des infractions à la réglementation imposant aux fournisseurs de services postaux des obligations de non-discrimination et de transparence. Cependant, la prémisse de la juridiction de renvoi et de toutes les parties à la procédure semble être que les critères Engel sont également remplis à l'égard de cette infraction. Je vais dès lors procéder sur la base de cette prémisse également tout en relevant néanmoins qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'établir si tel est bel et bien le cas.

156. L'identité du contrevenant semble être établie. En ce qui concerne l'identité des faits, je relève que plusieurs parties à la procédure ont émis certains doutes à cet égard. De surcroît, les questions de la juridiction de renvoi sont énoncées de manière plutôt discutable en supposant que, pour que le critère de l'identité des faits soit rempli, il faut tout au plus des « faits similaires ».

<sup>111</sup> Voir dans ce contexte, par exemple, la procédure actuellement pendante dans l'affaire C-252/21, Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd. et Facebook Deutschland GmbH, soulevant, notamment, la question de la compétence d'une autorité nationale de la concurrence d'un État membre autre que celui du lieu du principal établissement d'une entreprise, ce dernier facteur de rattachement étant normalement décisif pour attribuer la compétence à l'autorité nationale de protection des données au titre du RGPD.

<sup>112</sup> Conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2011:552, points 130 et 131).

<sup>113</sup> Cour EDH, 27 septembre 2011, Menarini Diagnostics c. Italie (CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, point 40).

<sup>114</sup> Voir points 43 à 52 des présentes conclusions.

157. Je voudrais à nouveau souligner que les faits concernés par les deux procédures en cause doivent se recouper pour présenter l'identité requise. Il ne suffit pas que les faits soient simplement similaires. Il incombe à la juridiction de renvoi de le vérifier pour établir que les deux procédures visent en effet les mêmes faits matériels compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles<sup>115</sup>. Si les faits ne sont pas identiques, et dans la mesure où ils ne le sont pas, la protection au titre du principe ne bis in idem ne peut pas s'envisager.

158. Enfin, il y a l'identité de l'intérêt juridique protégé, qui, conjointement à l'identité du contrevenant et des faits, peut correspondre à l'idem visant la même infraction. Le droit de la concurrence appliqué dans la seconde procédure, et en particulier l'infraction commise dans ce régime réglementaire, protège-t-il les mêmes intérêts juridiques que l'infraction visée par la législation du marché postal appliquée dans la procédure sectorielle ?

159. La procédure sectorielle était fondée sur l'article 144 ter de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, imposant aux prestataires de service postal universel certaines obligations de transparence et de non-discrimination dans l'adoption et l'application de leur système de tarification. Dans ce contexte, l'IBPT a explicitement déclaré ne pas évaluer la conformité du comportement de bpost aux règles de la concurrence nationale ou de l'Union, en déclinant spécialement sa compétence pour le faire.

160. Ainsi que le gouvernement belge l'a exposé lors de l'audience, le but poursuivi par la réglementation postale en cause est de libéraliser le marché intérieur des services postaux. Le principe de non-discrimination et l'obligation de transparence sont censés encadrer le comportement des entités qui étaient auparavant en situation de monopole. Cet objectif est en principe limité dans le temps. La réglementation sectorielle est fondée sur la prémisse voulant que le marché des services postaux se transformera progressivement pour répondre en fin de compte aux conditions du marché libre.

161. En ce qui concerne la procédure de droit de la concurrence, la juridiction de renvoi explique que l'Autorité belge de la concurrence n'a pas sanctionné bpost pour un manque de transparence ou pour des pratiques discriminatoires. Elle a appliqué le droit de la concurrence national et de l'Union pour sanctionner des pratiques de bpost contraires à la libre concurrence. Ainsi que la juridiction de renvoi l'a relevé, et comme le gouvernement belge l'a également confirmé lors de l'audience, la finalité de cette législation est de protéger la concurrence dans le marché intérieur en interdisant aux opérateurs économiques d'abuser de leur position dominante. Selon l'Autorité belge de la concurrence, les pratiques de bpost étaient susceptibles, d'une part, d'avoir un effet d'éviction des intermédiaires et concurrents potentiels de bpost et, d'autre part, un effet fidélisant sur les plus grands clients de bpost de sorte à renforcer les barrières à l'entrée dans le secteur de la distribution.

162. Il apparaîtrait donc que, sous réserve de vérifications par la juridiction de renvoi, les deux infractions qui ont fait l'objet de poursuites successives dans la procédure sectorielle et dans la procédure de droit de la concurrence semblent liées à la protection d'intérêts juridiques différents et à des législations poursuivant des objectifs distincts. Premièrement, sur le plan de l'intérêt juridique protégé, la réalisation de la libéralisation de certains marchés, auparavant monopolistiques, suit une logique différente de celle de la protection continue et horizontale de la concurrence. Deuxièmement, cela ressort également à l'évidence des conséquences indésirables

<sup>115</sup> Arrêt du 20 mars 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, point 35).

que la répression de chacune des infractions est censée prévenir. Si l'objectif est de libéraliser un secteur, le préjudice éventuellement causé à la concurrence en amont ou en aval n'est pas nécessairement une question à laquelle le cadre réglementaire sectoriel doit s'attaquer. En revanche, un abus de position dominante qui aboutit à perturber la concurrence en amont ou en aval de l'entreprise dominante relève bien davantage des règles de concurrence.

163. Avant de conclure, je souhaiterais relever que l'on a beaucoup insisté dans la présente affaire sur la nécessité de préserver le critère de l'intérêt juridique *spécialement* en droit de la concurrence. À l'exception de bpost, toutes les parties qui ont présenté des observations soulignent que l'abandon de ce critère risque de priver le droit de la concurrence de tout effet utile.

164. Compte tenu du critère proposé dans les présentes conclusions, cette question est vaine. Je relèverais cependant que la relation et les conséquences exactes de l'application du critère proposé dans le domaine spécifique du droit de la concurrence sont au centre des conclusions que je présente dans l'affaire parallèle Nordzucker e.a. (C-151/20, EU:C:2021:681). On pourra dès lors trouver dans ces conclusions des développements plus approfondis sur ce sujet. À ce stade, je rappellerais simplement que, dans les conditions d'application de l'article 50 de la Charte, le droit de la concurrence n'est pas, d'un point de vue structurel, différent des autres domaines couverts par le droit de l'Union. Il s'ensuit que, conformément à l'approche proposée dans les présentes conclusions, l'étude consacrée à l'intérêt juridique devrait faire partie de l'appréciation de l'idem au titre de l'article 50 de la Charte, soumise à un régime spécifique, comme dans l'article 54 de la CAAS.

165. Pour toutes ces raisons, je propose de conclure que le principe ne bis in idem inscrit à l'article 50 de la Charte n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'infliger une amende pour violation du droit de la concurrence national et de l'Union lorsque la même personne a déjà été définitivement acquittée dans une procédure antérieure diligentée par l'autorité nationale de régulation des postes pour un prétendu manquement à la législation postale, à condition que, de manière générale, la procédure ultérieure soit différente en raison soit de l'identité du contrevenant, soit des faits pertinents, soit de l'intérêt juridique protégé que les instruments législatifs respectifs en cause dans les procédures respectives visent à sauvegarder.

## V. Conclusion

166. Je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Bruxelles, section cour des marchés (Belgique), comme suit :

- Le principe ne bis in idem inscrit à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'infliger une amende pour violation du droit de la concurrence national et de l'Union, à condition que la procédure ultérieure qui a lieu devant cette autorité soit différente de celle qui a eu lieu auparavant, en raison soit de l'identité du contrevenant, soit des faits pertinents, soit de l'intérêt juridique protégé que les instruments législatifs respectifs en cause dans les procédures respectives visent à sauvegarder.