

Principe *ne bis in idem* :

D'une cacophonie jurisprudentielle à une reconstruction à quatre mains

Trystan Lauraire

ATER – Aix-Marseille Université

Doctorant en droit privé de l'Université Aix-Marseille

Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles

AMU, LDPSA EA 4690

1 - *Ne bis in idem*. Consacré par de nombreuses dispositions nationales¹ et internationales², l'adage *ne bis in idem* implique qu' « une personne déjà jugée pour un comportement infractionnel ne doit pas être poursuivie une seconde fois pour les mêmes faits »³. Cet attachement à l'autorité de chose jugée, qui selon la doctrine la plus autorisée⁴, demeure relativement récent, permet de distinguer ce versant procédural du versant substantiel efficient, comme l'illustre notamment la jurisprudence récente⁵, en matière de concours de qualification. L'intérêt pour l'aspect procédural, qui seul fera l'objet de développement, s'est accrue ses dernières années en raison de sa confrontation à des mécanismes de cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits⁶. Effectivement, l'autorité de chose jugée, tant négative que positive, est circonscrite au seul pénal sur le pénal d'où les questions pouvant naître dans les nombreuses hypothèses de « doubles poursuites » devant le juge

¹ Article 6 et 368 du code de procédure pénale.

² Article 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politique ; Article 4-1 du protocole additionnel numéro 7 à la Convention européenne des droits de l'homme ; Article 54 à 58 de la Convention d'application de l'accord de Schengen ; Article 50 de la Charte des droits fondamentaux.

³ N. Fricéro, « Non bis in idem », in J. Andriantsimazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, St. Rials et F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 1^{er} éd., 2008, p. 702-703. Voir également : J. Danet, « Chose jugée (autorité de) », *Rép. Pén.*, Dalloz, n°05.

⁴ R. Gassin, « Les destinée du principe de l'autorité de chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain », *RSC* 1963, p. 239. C. Gavalda, « Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *JCP* 1957. I. 1372. N. Catelan, « Constitution vs CESDH vs UE : ne bis in idem et la répression des opérations d'initié », *RSC* 2016, p.467. J. Danet, « Chose jugée (autorité de) », *op.*, *cit.*, n°17.

⁵ Voir notamment : Crim. 26 oct. 2016, n°15-84.552, *Publié au bulletin, Juris-data* n°2016-022307 ; *Dalloz. Actu.*, 7 nov. 2016, obs. S. Fucini ; *JCP G* 2017, 16 obs. N. Catelan ; *DP* 2017, comm. 1 et 4 obs. Ph. Conte ; *RSC* 2016, p. 778 obs. H. Matsopoulou ; *AJ Pénal* 2017, p. 35 obs. J. Gallois. Crim. 7 déc. 2016, n°15-87.335, *Publié au bulletin, Juris-data* n°2016-026305 ; *Dalloz actu.*, 18 janv. 2017 obs. J. Gallois ; *RTD com.* 2017, p. 205 obs. L. Saenko ; *DP* 2017, comm. 36 obs. Ph. Conte ; *Dt. Sociétés* 2017, comm. 33 obs. R. Salomon.

⁶ Pour une étude approfondie sur ce point, voir : S. Fucini, « Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits », *Nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, 2014, n°25, PUAM, p. 147- 176.

répressif et une seconde autorité. Cette problématique anima les jurisprudences européennes et nationales jusqu'à, après une phase de cacophonie, aboutir à un consensus fondé sur une reconstruction du principe. Pour ces raisons, le principe *ne bis in idem* s'impose comme un terrain particulièrement adéquat à l'observation et l'analyse du dialogue entre juges.

2 - Sens, objet et méthode. S'attarder sur le sens qui sera retenu des notions de « *dialogues des juges* » et de « *création judiciaire du droit* » semble être un préalable indispensable à la bonne compréhension de l'exposé. Concernant, le second, il conviendra de s'attacher à l'activité normative du juge déduite de la *juridictio*. Pour le premier, le terme dialogue renvoie usuellement à une « *communication le plus souvent verbale entre deux personnes ou groupes de personnes* »⁷ ou à une « *conversation, discussion, négociation menée avec la volonté commune d'aboutir à une solution acceptable par les deux parties en présence* »⁸. Considéré par un auteur comme le corolaire de l'obligation de coopération⁹, le dialogue envisagé dans les prochains développements ne sera pas limité aux seules hypothèses, qu'il conviendra de qualifier de dialogue direct, dans lesquelles deux juridictions s'adressent mutuellement des décisions à propos d'une même affaire¹⁰. Aussi, retenir une notion du dialogue des juges apparaît entrer en conflit avec l'objet du raisonnement. En effet, il ne s'agira pas ici de confronter une situation empirique à un modèle pour savoir si elle peut ou non l'intégrer mais de déduire d'un cas concret certains traits permettant de caractériser, non pas le dialogue mais un type de dialogue¹¹. L'entorse à la rigueur kantienne pardonnée¹², il conviendra de s'attarder sur un sujet ayant été l'objet d'une jurisprudence abondante, le principe *ne bis in idem* (I), pour tirer de sa construction certaines qualités caractérisant ce dialogue entre juges (II)

⁷ « Discussion » in *TLFI*, CNRTL.

⁸ *Idem*.

⁹ L. Potvin-Solis, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Bruylant, coll. « Droit et Justice », n°53, 2004, Bruxelles, p. 19 – 58, spéc. p. 26 et s.

¹⁰ Ch. Soulard, « Cour de cassation et dialogue des juges », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 95 – 108, spéc. p. 95-96.

¹¹ Sur les difficultés à distinguer l'objet observé de la notion : X. Magnon, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont « une juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême ». Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in Mélanges P. Bon, *Long cours*, Dalloz, 2014, Paris, p.312.

¹² I. Kant « Définition du concept de la race humaine », in *La philosophie de l'Histoire*, 1785 trad. S. Piobetta: « *Il est de la plus haute importance d'avoir au préalable défini très exactement le concept que l'on veut éclaircir par des observations, avant d'interroger l'expérience à son sujet : car l'expérience ne peut nous procurer ce dont nous avons besoin que si nous savons d'abord ce que nous devons y chercher* ».

I – La construction par les juges du principe *ne bis in idem*

L'étude de la jurisprudence récente relative au principe *ne bis in idem* permet de distinguer deux phases successives. Il fut un temps pendant lequel les différents acteurs exposèrent leurs perceptions ce qui occasionna de réels antagonismes. Puis, suite à de nombreuses interactions, la discorde laissa place à l'entente autour d'une conception renouvelée du principe. Dans un souci de pédagogie, il conviendra, d'une part, de s'attacher aux différentes positions de chaque juridiction du temps de leurs divergences (A) pour, d'autre part, en arriver à l'analyse de la convergence et, à travers elle, des échanges entre les juges (B).

A – Le temps des divergences

3 - Position de la Cour de cassation. La jurisprudence constante de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire témoigne du conservatisme de cette dernière à l'endroit du principe *ne bis in idem*. Ainsi, la prohibition du cumul de poursuites, fondées sur les mêmes faits, devant des juridictions pénales¹³ ne s'étend pas au cumul devant des autorités distinctes. Longtemps, la Cour de cassation fonda cette circonscription sur la réserve formulée par la France lors de la ratification du protocole additionnel n°7¹⁴ de la Convention européenne qui dispose « *que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* ». ¹⁵ Plus récemment, la Chambre criminelle opéra, en matière de marché

¹³ Crim. 19 janv. 2005, n°04-81.686, *Bull. crim.* n°25, *Juris-Data* n°2005-026956, *AJ Pénal* 2005 p. 196, obs. C. Porteron, *RSC* 2005 p. 934 obs. J.-F. Renucci ; *D.* 2006 p. 617 obs. J. Pradel.

¹⁴ Crim. 20 juin 1996, n°94-85.796, *Bull. crim.* n°268 ; *Juris-Data* n°1996-003702 ; *RSC* 1997, p. 372 obs. B. Bouloc ; *D.* 1997 p. 249 obs. G. Tixier et Th. Lamulle : « *la règle " non bis in idem " consacrée par l'article 4 du protocole n° 7, additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif* ». Voir en ce sens : Crim. 6 nov. 1997, n°96-86.127, *Bull. crim.* n°379, *Juris-data* n°1997-005738 ; *Dr. Fisc.* 1998, comm. 521 obs. M. Cliquennois. *Crim.*, 1 mars 2000, n° 99-86.299, *Bull. crim.* n° 98 ; *D.* 2000, p. 229, obs. A. Lienhard ; *RSC* 2000, p. 629 obs. J. Riffault ; *RTD com.* 2000, p. 1028, obs. B. Bouloc ; *DP* 2000, comm. 75, note J.-H. Robert. *Crim.*, 7 sept. 2004, n° 04-80.010, *Bull. crim.* n° 200 ; *Juris-data* n°2004-025056 ; *RSC* 2005, p. 69, obs. E. Fortis ; *DP* 2005, comm. 24, note J.-H. Robert.

¹⁵ Réserve contenue dans l'instrument de ratification déposé le 17 février 1986.

financier, un changement de fondement¹⁶ en relevant que « *l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une personne sanctionnée pour un manquement relevant de la compétence de l'AMF puisse, en raison des mêmes faits, être poursuivie et condamnée pour un délit dès lors que, d'une part, ce cumul garantit la sanction effective, proportionnée et dissuasive, (...) [et] d'autre part, le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne peut dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée* »¹⁷. Au-delà de consommer l'appropriation du droit de l'Union européenne par la Chambre criminelle, cette évolution prétorienne appelle à deux remarques. La première tient au résultat qui souligne, en limitant le montant total susceptible d'être prononcé au plafond de la sanction encourue la plus élevée, la nécessité de respecter le principe de proportionnalité des peines¹⁸. La seconde, relative au changement de fondement opéré, laissait supposer que la Cour envisageait de s'éloigner de la possibilité offerte par une réserve à la validité fragile. La Cour européenne des droits de l'homme avait, dans les arrêts *Gradinger* et *Grande Stevens*, invalidé les réserves formulées par l'Autriche¹⁹ et l'Italie²⁰ en raison de leur caractère général déduit de l'absence d'un bref exposé de la loi incompatible avec la disposition soumise à la réserve²¹. Les doutes émis par une partie de la doctrine²² quant à la validité de la réserve

¹⁶ M. Robert, « Le principe non bis in idem : vers un bouleversement du droit français de la sanction », *AJ Pénal* 2016, p. 475.

¹⁷ Crim. 22 janv. 2014, n° 12-83.579, *Bull. crim.* n° 22 ; *Juris-data* n°2014-000571 ; *D.* 2014, p. 274 ; *Ibid.*, p. 600, entretien N. Rontchevsky ; *Ibid.*, p. 1564, obs. C. Mascala ; *Ibid.*, p. 1736, obs. J. Pradel ; *Ibid.*, p. 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet ; *DP* 2014, étu. 6 obs. L. De Graëve ; *Ibid.*, comm. 67 obs. E. Bonis-Garçon ; *Ibid.*, comm. 77 obs. J.-H. Robert ; *AJ pénal* 2014, p. 180 note J. Lasserre Capdeville ; *Rev. sociétés* 2014, p. 321, note B. Bouloc ; *RSC* 2014, p. 106, obs. F. Stasiak ; *RTD com.* 2014, p. 159, obs. N. Rontchevsky ; *ibid.*, p. 435, obs. B. Bouloc.

¹⁸ E. Bonis-Garçon, « Cumul limité des amendes pénales et boursières et droit de l'Union européenne », obs. sous Crim. 22 janv. 2014, *préc.*

¹⁹ CEDH, *Gradinger c. Autriche*, 23 janv. 1995, req. n°15963/90, par. 49 – 51, Série A n°328-C ; *RTD eur.* 1995, p. 723 obs. G. Cohen-Jonathan ; *AJDA* 1996 p. 376 obs. J.-F. Flauss ; *RSC.* 1996, p. 487 obs. R. Koering-Joulin.

²⁰ CEDH, *Grande Stevens et a. c. Italie*, req. n°18640/10, n°18647/10, n°18663/10, n°18668/10 et n°19698/10, par. 204 – 211, *D.* 2015, p. 1506 obs. C. Mascala ; *Rev. sociétés* 2014, p. 675 note H. Matsopoulou ; *RSC* 2014, p. 110 obs. F. Stasiak ; *ibid.*, p. 2015, p. 169, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD eur.* 2015, p. 235 obs. L. Ambrosio et D. Vozza ; *Dr. Soc.* 2015, comm. 94 obs. St. Torck.

²¹ Sur ce point voir : Article 57 de la Convention (Anciennement article 64 de la CEDH) et CEDH, *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, req. n°10328/83, par. 58 et 59, série A n° 132 ; *RGDIP* 1989 p. 273 obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1989 chron. p. 804 obs. P. Rolland et P. Tavernier.

Voir également : W. A. Schabas, « Article 64 », in. L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Préf. P.-H. Teitgen, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica*, 2^{ème} ed., 1999, p. 923 – 942, spéc. p. 935 et 936 ; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1989, Aix-en-Provence, p. 85 – 94 ; J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} ed., 2012, Paris, p. 896 – 900.

française avaient-ils trouvé grâce auprès des magistrats du Quai de l'Horloge ? Il conviendra, à la lecture de la jurisprudence récente²³, d'en douter²⁴, bien que la motivation, faisant état des dernières précisions en provenance de Strasbourg, démontre toute l'attention portée au premier interprète du texte conventionnel... autant que des difficultés à se comprendre²⁵.

4 - Position de la Cour de justice de l'Union européenne. Bien que le principe *ne bis in idem* irrigue la jurisprudence de la Cour de justice depuis près d'un demi siècle²⁶, seuls les développements les plus récents initiés par l'arrêt *Fransson*²⁷ seront abordés²⁸. Souscrivant « à l'idée selon laquelle deux poursuites relevant de la matière pénale ne peuvent être initiées à raison de faits identiques »²⁹, la Cour retient que « le principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, successivement une sanction fiscale et une sanction pénale »³⁰. Il appartiendra ainsi aux juridictions nationales de déterminer la nature de

²² Voir notamment : R. Koering-Joulin, « Non bis in idem : condamnation pénale et administrative pour la même infraction routière », obs. sous CEDH, Gradinger c. Suisse, *préc.* ; S. Fucini, « Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits », *op. cit.*, p. 174-175 ; N. Catelan, « Constitution vs CESDH vs UE : ne bis in idem et la répression des opérations d'initié », *RSC* 2016 p. 467 ; R. Parizot, « Le principe ne bis in idem dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal* 2015, p. 173 ; *JCP E* n°36, 3 sept. 2015, 1395 ét. A. Louvaris et J.-L. Sauron ; H. Matsopoulou, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle ne bis in idem », obs. sous CEDH, Grande Stevens et a. c. Italie, *préc.* ; J. Lepoutre, « Invalidité des réserves françaises au principe non bis in idem (Convention EDH, art. 4, prot. 7) : et si les juges nationaux n'attendaient pas la Cour de Strasbourg ? », *Dt. fisc.* 2016, 537.

Pour une position plus mesurée : D. Roets, « L'article 4 du protocole n°7 (non bis in idem) dopé par la Grande Chambre », *RSC* 2009, p. 675.

²³ *Crim.* 22 févr. 2017, n°14-82.526, *Publié au bulletin, Juris-data* n°2017-002844 ; *Dalloz actu*, 17 mars 2017 obs. J. Gallois ; *Lexbase H.*, 6 avril 2017, n°694 obs. N. Catelan ; *Dr. Fisc.* 2017, n°18-19, 292 obs. R. Salomon.

²⁴ Il convient de relever que la motivation fait appel, dans un second temps, à l'argument tiré de la conformité des doubles poursuites à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux.

²⁵ Voir, *Infra*, n°13.

²⁶ B. Aubert, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE », *AJ Pénal* 2015, p. 175.

²⁷ CJUE, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, Gr. ch., 26 févr. 2013, n°C-617 ; *JCP G* 2014, 345 note Ch. Mauro ; *Europe* 2013, comm. 154 obs. D. Simon ; *AJ Pénal* 2013, p. 270 note C. Copain ; *Dr. Fisc.* 2013, comm. 460 obs. C. Brokelind ; *AJDA* 2013, p. 1154 chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *Ibid.*, 396 chron. L. Bernardeau et O. Peiffert ; *RFDA* 2013, p. 1231 chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *RTD civ.* 2014, p. 312, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2013, p. 267 note D. Ritleng ; *Ibid.* 2015, p. 184 obs. F. Benoit-Rohmer ; *Ibid.*, p. 235 obs. L. d'Ambrosio et D. Vozza.

²⁸ Pour une étude exhaustive, voir B. Aubert, *préc.*

²⁹ N. Catelan, « Constitution vs CESDH vs UE : ne bis in idem et la répression des opérations d'initié », *préc.*

³⁰ CJUE, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, *op. cit.*, *in fine*.

la sanction³¹ à partir des critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Engel*³² et, le cas échéant, de faire en sorte que les sanctions restantes soient « *effectives, proportionnées et dissuasives* »³³.

5 - Position du Conseil constitutionnel. Refusant de donner valeur constitutionnelle au principe³⁴, les sages, dans leurs décisions du 17 janvier 2013³⁵ et du 24 octobre 2014³⁶, relèvent l'absence d'incompatibilité entre la pluralité de poursuites et la nécessité des peines sans réellement se positionner sur *ne bis in idem*³⁷. A n'en pas douter, le considérant 19 de la décision « *Initié I* »³⁸ inscrit cette dernière dans ce courant jurisprudentiel bien que le Conseil limite la possibilité de cumul en développant quatre critères³⁹ cumulatifs⁴⁰. Partant, celui-ci s'attache à la similitude des comportements prohibés dans les qualifications de manquement

³¹ *Idem.*

³² CEDH, *Engel et. a. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71, n°5101/71, n°5102/72, 5354/72 et n°5370/72, par. 82, Série A n°22 ; F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis, 7^{ème} ed., 2015, n°4 (ci-dessous, *GACEDH*) ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Sirey, 12^{ème} ed., 2011, n°99 ; *CDE* 1978 chron. p. 364 obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1977 p. 481 Etu. R. Pelloux ; *JDI* 1978 chron. p. 695 obs. P. Rolland.

Repris par le Cour de justice de l'Union dans l'arrêt *Bonda*. CJUE, *Lukasz Marcin Bonda*, Gr. ch., 5 juin 2002, aff. C-489/10, par. 37, *Juris-data* n°2012-013479 ; *Dalloz actu.*, 21 juin 2012 obs. C. Fleuriot ; *Europe* 2012, comm. 349 obs. S. Roset ; *DP* 2014, chron. 3 obs. V. Peltier.

³³ En ce sens : D. Simon, « *Ne bis in idem* », obs. sous CJUE, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, *préc.* Voir, CJUE, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, *op. cit.*, par. 36.

³⁴ En ce sens : J. Bossan, « Le cumul des poursuites appréhendé par le Conseil constitutionnel », *AJ Pénal* 2015, p. 179 ; N. Catelan, « Constitution vs CESDH vs UE : *ne bis in idem* et la répression des opérations d'initié », *préc.* O. Décima, « Le fantôme de *ne bis in idem* », *D.* 2015, p. 874. Ch. Arnaud, « Le cumul des poursuites et des sanctions : divergences constitutionnelles et européennes », *RFDA* 2015, p. 1019.

³⁵ Cons. Const., 17 janv. 2013, n°2014-289 QPC ; *AJDA* 2013, p. 147 obs. M.-Ch. de Montecler. Voir également : Cons. Constit., 27 sept. 2013, n°2013-341 QPC, *Juris-data* n°2013-021234 ; *DP* 2013, comm. 156 obs. J.-H. Robert.

³⁶ Cons. Const., 24 oct. 2014, n°2014-423 QPC, cons. 36-37, *Juris-data* n°2014-025969 ; *DP* 2015, comm. 14 obs. V. Peltier.

³⁷ J. Bossan, *préc.*

³⁸ Cons. Const., 18 mars 2015, n°2014-453/454 QPC et n°2015-462 QPC, cons. 19, *Juris-data* n°2015-005120, *JCP G* 2015, 368 obs. F. Sudre ; *Ibid.*, 369 obs. J.-H. Robert ; *DP* 2015, comm. 79 obs. V. Peltier ; *D.* 2015, p. 874 point de vue O. Décima ; *Ibid.*, p. 1506 obs. C. Mascala ; *Ibid.*, p. 1738 obs. J. Pradel ; *Rev. Société* 2015, p. 380 note H. Matsopoulou ; *RSC* 2015, p. 374 obs. F. Stasiak ; *Ibid.*, p. 705 obs. B. de Lamy ; *Dt. Société* 2015, comm. 94 obs. St. Torck ; *Ibid.*, comm. 99 obs. R. Salomon.

³⁹ V. Peltier, *préc.*

⁴⁰ Voir : H. Matsopoulou, « L'interdiction du cumul des poursuites pour le délit et le manquement de diffusion de fausses informations », *Rev. Sociétés* 2017, p. 99.

et de délit d'initié⁴¹, à l'identité de l'intérêt social protégé⁴², à la nature de la sanction⁴³ et à l'identité de l'ordre juridictionnel⁴⁴.

6 - Position de la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que restreint⁴⁵, le contentieux relatif à l'article 4 du protocole additionnel numéro 7 a permis à la Cour européenne de développer un régime protecteur⁴⁶ dont l'arrêt *Grande Stevens* marque l'aboutissement. Reprenant une solution dégagée dans l'arrêt *Zolotoukhine*⁴⁷, les juges rappellent que « *l'article 4 du Protocole n°7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes* »⁴⁸. Le « *idem* » ne s'attache donc pas aux éléments constitutifs des infractions prévues dans les dispositions internes mais aux faits reprochés aux requérants⁴⁹. Bien que l'on puisse noter, déjà, une certaine attraction entre les différentes voix s'exprimant sur le principe *ne bis in idem*, il apparaît qu'en l'état, elles ne s'expriment pas à l'unisson.

B – Le temps de la convergence

7 - Rencontre des jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles. Les décisions « *Wildenstein* » et « *Cahuzac* »⁵⁰ constituent une nouvelle étape, voire même un recommencement, dans la construction prétorienne du principe *ne bis in idem*⁵¹. Interrogés

⁴¹ Cons. Const., 18 mars 2015, *op. cit.*, cons. 24.

⁴² *Ibid.*, cons. 25.

⁴³ *Ibid.*, cons. 26.

⁴⁴ *Ibid.*, cons. 27.

⁴⁵ R. Parizot, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal* 2015, p. 173.

⁴⁶ Sur les évolutions dans la jurisprudence de la Cour européenne, voir : F. Sudre, in *GACEDH*, *op. cit.*, p. 451- 453.

⁴⁷ CEDH, Serguei Zolotoukhine c. Russie, Gr. ch., 10 févr. 2009, req. n°14939/03, par. 82, *Rec.* 2009 ; V. Berger, *op. cit.*, n°156 ; *D.* 2009, p. 2014 obs. J. Pradel ; *AJDA* 2009, p. 872 chron. J.-F. Flauss ; *RTDH*, 2009, p. 867 obs. H. Mock ; *RSC* 2009, p. 675 obs. D. Roets ; *JCP G* 2009, I, 143 n°33 obs. F. Sudre.

⁴⁸ CEDH, Grande Stevens, *op. cit.*, par. 219.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 224.

⁵⁰ Cons. Const., 24 juin 2016, n°2016-545 QPC, *Juris-data* n°2016-012236 et Cons. Const., 24 juin 2016, n°2016-546 QPC, *Juris-data* n°2016-012237 ; *D.* 2016, p. 2442 note O. Décima ; *RSC* 2016, p. 524 obs. St. Détraz ; *Dt. Fisc.*, 2016 Comm. 405 obs. St. Détraz ; *Ibid.*, 439 ét. R. Salomon ; *JCP G* 2016, 847 obs. M. Collet et P. Collin ; *Ibid.*, 1042 note St. Détraz ; *DP* 2016, comm. 135 obs. V. Peltier ; *Constitutions* 2016, p. 436 note Cl. Mandon.

⁵¹ Il faut relever en ce sens que la décision « *Initiés II* » s'inscrit parfaitement dans la jurisprudence en vigueur. Cons. Const., 14 janv. 2016, n°2015-513/514/526 QPC ; *D.* 2016, p. 931 obs. O. Décima ; *DP*

sur le cumul de poursuites fiscales et pénales, les sages abandonnèrent partiellement les critères dégagés précédemment pour s'attacher, non plus à la concurrence entre les sanctions, mais à leur complémentarité⁵² apprécié à partir de l'identité des faits poursuivis, de celle des intérêts sociaux protégés et de la concordance de nature entre les sanctions prononcées⁵³. Il est donc souligné que ces dispositions permettent « d'assurer ensemble (souligné par nous) la protection des intérêts financiers de l'Etat, (...) en poursuivant des finalités communes (soulignés par nous), à la fois dissuasive et répressive »⁵⁴. L'unité ne contrevient donc pas au principe de nécessité⁵⁵ qui n'a alors pour seule conséquence de circonscrire le recours à la sanction pénale aux cas les plus graves de dissimulations frauduleuse⁵⁶. Ainsi, l'ensemble sera soumis au principe de proportionnalité impliquant que le « montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »⁵⁷. Il pouvait apparaître, au lendemain de cette décision, que la construction constitutionnelle s'éloignait encore un peu plus de l'édifice strasbourgeois, et cela bien que la solution dégagée dans la décision du 18 mars 2015 ne consommait pas une réelle convergence⁵⁸. Au lendemain... seulement : la jurisprudence de la Cour entamant elle aussi une surprise⁵⁹ mue. Dans son arrêt *A et B*, cette dernière conçoit que les Etats puissent « opter pour des réponses juridiques complémentaires (soulignés par nous) face à certains comportements socialement inacceptables (...) au moyen de différentes procédures formant un tout cohérent (soulignés par nous) de manière à traiter sous ses différents aspects le problème social en question, pourvu que ces réponses juridiques combinées ne représentent pas une charge excessive (soulignés par nous) pour la personne en cause »⁶⁰. Les différentes

2016, comm. 52 ; *Rev. Sociétés* 2016, p. 246 obs. E. Dezeuze et G. Pellegrin ; *RTD com.* 2016, p. 151 obs. N. Rontchevsky ; *RSC* 2016, p. 293 obs. F. Stasiak. ; *Lexbase H.* obs. N. Catelan.

⁵² N. Catelan, *préc.*

⁵³ H. Matsopoulou, « L'interdiction du cumul des poursuites pour le délit et le manquement de diffusion de fausses informations », *préc.* Voir également : J.-H. Robert, « Le Conseil constitutionnel rend une nouvelle décision de règlement à propos du cumul de poursuites contre les abus de marché », *JCP G* 2016, 1315.

⁵⁴ Cons. Constit., 24 juin 2016, *op. cit.*, cons. 20.

⁵⁵ *Ibid.*, cons. 23 : « l'application combinée de l'article 1729 et des dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne peut donc être regardée comme conduisant à l'engagement de poursuites différentes aux fins de sanctions de faits identiques en application de corps de règles distincts et ne méconnaît pas le principe de nécessité des délits et des peines ».

⁵⁶ *Ibid.*, cons. 21 et 22.

⁵⁷ *Ibid.*, cons. 8 et 24.

⁵⁸ En ce sens : F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G* 2015, 36.

⁵⁹ O. Décima, « Unum in idem : cumul des sanctions pénales et fiscales », *JCP G* 2017, 183.

⁶⁰ CEDH, *A et B c. Norvège*, Gr. ch., 15 nov. 2016, req. n°24130/11 et n°29758/11, par. 121, *Rec.* 2016 ; *AJDA* 2016, p. 2190 obs. J.-M. Pastor ; *D.* 2017, p. 128 obs. J.-F. Renucci et A. Renucci ; *JCP*

procédures devront être unies par « *un lien matériel et temporel suffisamment étroit* »⁶¹, ce qui nécessitera, pour le lien matériel, que ces dernières : visent des buts complémentaires ; soient prévisible et permettent la « *circulation des preuves* »⁶² ainsi que le prononcé d'une peine proportionnée⁶³. Le lien temporel nécessitera quant à lui « *que le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs* »⁶⁴ renvoyant ainsi à un impératif général de sécurité juridique. Cette construction, réaffirmée très récemment dans l'arrêt *Johannesson*⁶⁵, se fonde dans le moule forgé, quelques mois plus tôt, par le Conseil constitutionnel : les deux organes fondant désormais leur approche du principe sur la complémentarité entre les procédures.

8 - Interactions. A n'en pas douter, l'échange entre les juges est principalement à rechercher dans la solution commune dégagée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne bien qu'aucune référence ne le fasse explicitement apparaître. Toutefois, il conviendra d'élever au rang d'indice la chronologie entre les diverses décisions et les mouvements des deux « juridictions ». Il y eut un premier pas du Conseil vers la Cour qui limita les possibilités de cumul. Puis, il y en eut un second, cette fois de l'est vers l'ouest, consommant la nouvelle appréhension du principe. Par ailleurs, limiter les échanges entre juges à cette seule rencontre serait, semble-t-il, réducteur. Sans tendre à l'exhaustivité, il faudra relever l'arrêt de Chambre criminelle du 22 janvier 2014⁶⁶ reprenant la solution dégagée dans l'arrêt *Fransson*⁶⁷, celui du 22 février 2017⁶⁸ se référant explicitement à paragraphe 117 de l'arrêt *A et B*⁶⁹ ainsi qu'une décision récente de la Cour de justice de l'Union⁷⁰ fondée sur la jurisprudence de son homologue strasbourgeoise⁷¹ en matière cumul de sanctions entre personnes physiques et

G 2016, act. 1290 obs. L. Milano ; *Ibid.* 2017, 183 note O. Décima ; *AJ Pénal* 2017, p. 45 obs. M. Robert ; *RSC* 2017, p. 134 obs. D. Roets ; *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 259 obs. P. Pailler. La Cour ajoute qu'il lui appartiendra d'évaluer si « *si la mesure nationale spécifique dénoncée constitue, dans sa substance ou dans ses effets, une double incrimination portant préjudice au justiciable ou si, au contraire, elle est le fruit d'un système intégré permettant de réprimer un méfait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée et formant un tout cohérent, en sorte de ne causer aucune injustice à l'intéressé* » (*Ibid.*, par. 122).

⁶¹ *Ibid.*, par. 130.

⁶² O. Décima, *préc.*

⁶³ CEDH, *A et B c. Norvège*, *op. cit.*, par. 132.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 134.

⁶⁵ CEDH, *Johannesson et a. c. Islande*, 18 mai 2017, req. n°22007/11, *Juris-data* n°2017-009918 ; *JCP G* 2017, 654 obs. K. Blay-Grabarczyk.

⁶⁶ Crim. 22 févr. 2017, n°14-82.526, *préc.*

⁶⁷ CJUE, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, *loc. cit.*

⁶⁸ Crim. 22 févr. 2017, n°14-82.526, *préc.*

⁶⁹ CEDH, *A et B c. Norvège*, *op. cit.*, par. 117.

⁷⁰ CJUE, 5 avril 2017, Massimo Orsi, C-217/15, Luciano Baldetti, C-350/15, par. 25, *Juris-data* n°2017-007326 ; *Dt. Fisc.* 2017, 307 obs. N. Guiland ; *Europe* 2017, 218 obs. E. Daniel.

⁷¹ CEDH, *Pirttimaki c. Finlande*, 20 mai 2014, req. n°35232/11, par. 51.

personne morale. Enfin, au coté de ces échanges « spontanés » apparaît une autre catégorie d'interactions que l'on pourrait qualifier de provoquées. Il s'agit de l'hypothèse où une question prioritaire de constitutionnalité sera renvoyée au Conseil constitutionnel après que la Cour de cassation, ce qui fut le cas dans ses arrêts en date du 17 décembre 2014⁷² et 28 janvier 2015⁷³ ayant entraîné la décision « *Initié I* », ait considéré que l'évolution du droit européen constitue un changement de circonstances. L'argumentation de la Cour fait de l'environnement juridique entourant la question posée un élément générant un besoin de dialogue.

II – L'appréhension du dialogue des juges à partir du principe *ne bis in idem*

Les échanges entre juges ayant conduit à une conception commune du principe *ne bis in idem* permettent de relever divers caractères permettant d'établir une conception du dialogue des juges (A). Néanmoins, ce processus de création normative n'est pas exempt de défauts dont il conviendra de tenir compte (B).

A – La caractérisation d'un modèle de dialogue entre juges

9 - Sujet et fin du dialogue. Le dialogue ne peut s'installer qu'autour d'une problématique partagée. De plus, le sujet autour duquel s'établissent les échanges demeure, à n'en pas douter, un facteur primordial de leur intensité. Comme le relève fort justement un auteur, « *la signification exacte de la règle ne bis in idem demeure discutée* »⁷⁴ ce qui en fait un terrain propice au dialogue. Il faut en ce sens relever que les échanges semblent avoir le consensus pour fin ce qui rejoint la thèse selon laquelle le dialogue entre juges serait un corollaire du principe de coopération⁷⁵. Certes, on pourrait observer que le droit européen des droits de

⁷² Crim. 17 déc. 2014, n°14-90.043, *Inédit*, *Juris-data* n°2014-031079 : « *Attendu qu'à supposer que ces dispositions ont été déclarées intégralement conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 mars 2014 (Grande Stevens et autres c. Italie) est de nature à constituer un changement de circonstances* ».

⁷³ Crim. 28 janv. 2015, n°14-90.049, *Inédit*, *Juris-data* n°2015-002246.

⁷⁴ O. Décima, « *Unum in idem : cumul des sanctions pénales et fiscales* », *préc.*

⁷⁵ L. Potvin-Solis, « *Le concept de dialogue entre les juges en Europe* »,

l'homme constitue par essence un terrain privilégié⁷⁶ du fait que la Cour use régulièrement d'une interprétation dite « consensuelle » dans sa jurisprudence⁷⁷. Ce décalage du sujet aux acteurs doit cependant être nuancé du fait que, d'une part, l'importance réelle de cette interprétation soit à relativiser⁷⁸ et, d'autre part, que le recours aux fameuses notions autonomes visent justement à éteindre toute velléité de discussion. Il faut en effet se souvenir que la découverte de la notion de « matière pénale » fut motivée par la nécessité de ne pas subordonner le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 de la Convention à la volonté des Etats contractants⁷⁹ : l'autonomie opérant, comme le souligne expressément la Cour, « à sens unique »⁸⁰. Ainsi, certains thèmes seront d'emblée exclus alors que d'autres permettront plus facilement l'échange. Le principe *ne bis in idem* fait parti de ceux-là comme, il y a quelques années, la non-motivation des arrêts de Cour d'assises où l'exigence de motivation du premier arrêt *Taxquet*⁸¹ fut transformée en une exigence de « compréhension » par la Grande chambre⁸². Par ailleurs, bien que le dialogue ne nécessite pas strictement la présence d'un débat, le passage d'un état de divergence à un état de convergence entre les différentes opinions jurisprudentielles peut apparaître comme un marqueur révélant l'existence de échange⁸³. La diversité des opinions va ainsi permettre à chaque juge de bâtir une doctrine en

⁷⁶ Sur cette question, voir : J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges » in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *op. cit.*, p. 153 – 166. J. Andriantsimbazovina, « Les méthode d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *op. cit.*, p.167 – 192.

⁷⁷ Sur l'interprétation de la Convention par la Cour européenne, voir : F. Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, p. 405-463. O. Jacot-Guillarmod, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in in. L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *op. cit.*, p. 40-63. F. Sudre, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (coord.), *L'office du juge*, Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, Coll. « Les colloques du Sénat », Paris, p. 228.

⁷⁸ En ce sens : F. Sudre, « A propos du dynamise interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, doctr. 333 ; *Ibid.*, « La mystification du « consensus » européen », *JCP G* 2015, doctr. 1369.

⁷⁹ CEDH, Engel et a. c. Pays-Bas, *op. cit.*, 81.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ CEDH, *Taxquet c. Belgique*, 13 janv. 2009, n°926/25 ; *D.* 2009, p. 1508 note J.-F. Renucci ; *JCP* 2009-I-143, chron. n°9 obs. F. Sudre ; *RSC* 2009, p. 657 obs. J.-P. Marguenaud ; *DP* 2009, p. 21 obs. E. Dreyer ; *Ibid.* Focus n°12 W. Roumier ; *RFDA* 2009, p. 677 Etu. L. Berther et A.-B. Caire.

⁸² CEDH, *Taxquet c. Belgique*, 16 nov. 2010, Gr. Ch., req. n°926/25, par. 93, Rec. 2010 ; *D.* 2011, p. 47 note J. - F. Renucci ; *Ibid.*, p. 48 note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2011, p. 35 obs. C. Renaud-Duparc ; *RSC* 2011, p. 214 obs. J.-P. Marguenaud ; *RPDP* 2011, p. 192 obs. P. Beauvais ; *Procédures* 2011, comm. n°33 obs. J. Buisson ; *DP* 2011, n°4 chron. 3, p. 19, obs. E. Dreyer ; *RTDH* 2011, p. 695 note V. Malabat ; *Gaz. Pal.* 8-9 déc. 2010, p. 18 note M. Bougain.

⁸³ Ce qui n'est pas sans rappeler l'intitulé d'une contribution de Monsieur le professeur Wachsmann : « Le dialogue au lieu de la guerre ». P. Wachsmann, « Le dialogue au lieu de la guerre », in Mélanges B. Genevois, *Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009, Paris, p. 1121-1138.

réception de celle précédemment exprimée pour « *aboutir à une solution acceptable pour les deux parties en présence* »⁸⁴. Ainsi, si dans leur doctrine initiale, les juges partagent la même opinion, il sera difficile de constater une réelle phase d'échange, sauf à ce que la motivation fasse explicitement référence à ce précédent. La jurisprudence européenne fournit sur ce point de nombreux exemples comme la découverte par la Cour européenne des droits de l'homme du principe de sécurité juridique en référence à la jurisprudence de la Cour de justice⁸⁵. De plus, il convient de relever que l'existence d'une divergence n'entraîne pas nécessairement, ou au moins immédiatement, le dialogue. En se référant au principe *non bis in idem*, le droit européen des droits de l'homme semblait, avec l'arrêt *Serguei Zolotoukhine*⁸⁶, être en contradiction avec le droit interne alors que le dialogue ne s'installa réellement que des années plus tard. Ce dernier sous-entend donc une certaine fréquence entre les échanges dont le défaut risquerait d'isoler la parole prononcée ce qui aboutirait à créer une succession de monologues.

10 - Acteurs du dialogue. L'existence d'un dialogue nécessite l'intervention de différents interlocuteurs. Or, comme l'a parfaitement illustré la construction du principe *ne bis in idem*, leur multiplication sera favorable aux échanges. Néanmoins, il faut relever que le nombre constitue un élément favorable au dialogue dans l'hypothèse où les juridictions ne sont pas intégrées à un ensemble hiérarchisé. En ce sens, lorsqu'une Haute juridiction garantie « *l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé* »⁸⁷, il ne semble pas que la sanction⁸⁸ puisse réellement être assimilée à un dialogue bien que la possibilité de résistance de la juridiction de renvoi et la transformation de l'office du juge de cassation⁸⁹ puisse, peut-être, atténuer ce constat. Ainsi, derrière la quantité des intervenants apparaît immanquablement la question de leur qualité. Le dialogue sera enrichi par leur

⁸⁴ « *Discussion* » in *TLFI*, CNRLT.

⁸⁵ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74, par. 58, Série A n°31 ; V. Bergers, *op. cit.*, n°160 ; *GACEDH*, n°51 ; *CDE* 1980 chron. p. 473 obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980 chron. p. 317 obs. P. Rolland. Il sera fait référence à *Defrenne c. Sabena* (CJCE, *Defrenne/Sabena*, 8 avr.1976, Aff. n°43-75, *Rec.* 1976, p. 465-483, spéc. p. 481).

⁸⁶ CEDH, *Serguei Zolotoukhine c. Russie*, Gr. ch., *préc.*

⁸⁷ X. Magnon, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont « une juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême ». Proposition de définitions modales et fonctionnelles », *op. cit.*, p. 313.

⁸⁸ Sur la fonction de la Cour de cassation, voir : F. Zénatti, « La nature de la Cour de cassation », *BICC* n°575, 15 avril 2003.

⁸⁹ En effet, si la Cour de cassation n'a plus de réprimer la sentence, mais de servir de modèle, il demeure envisageable que les rapports celle-ci et les juridictions du fond évoluent. Sur l'évolution, voir : F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511.

appartenance à différentes cultures juridiques ou encore par la norme de référence dont ils seront les garants. La construction du principe *ne bis in idem* se fait l'écho de cette diversité avec l'intervention de quatre institutions aux identités uniques. La singularité de s'arrêter d'ailleurs pas à leurs portes mais touche également les liens les unissant les unes aux autres. La Cour de cassation noue, à travers le contrôle de conventionnalité, un lien particulier avec les juridictions européennes teinté de subordination, bien que l'on puisse en discuter au regard des effets attachés aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰, et de priorité. De même, la Cour de justice de l'Union, au regard de l'importance de la Convention européenne dans le développement des droits de l'homme au sein de l'Union⁹¹, n'entretient pas les mêmes rapports avec la Cour européenne que le Conseil constitutionnel, et cela bien que la Convention ne constitue pas un « *instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union* »⁹².

11 - Modèle de dialogue. Sans prétendre poser le modèle du dialogue entre juges, l'analyse réalisée à partir d'un cas concret permet d'obtenir un modèle de dialogue. Celui-ci devra s'entendre comme un ensemble de décisions, rendues par des juridictions appartenant chacune à un système ou ordre juridique distinct, présentant entre elles un lien matériel et temporel et ayant pour fin d'arriver à un consensus. Le lien matériel sera caractérisé par le thème communément abordé par l'ensemble des acteurs et cela même si ces derniers n'expriment pas de divergences. Le lien temporel témoignera, quant à lui, de la volonté d'échanger ce qui nécessitera que les différentes décisions interviennent à une fréquence raisonnable. De plus, bien que la fin poursuivie soit le consensus, les périodes de divergence feront également partie du dialogue dont elles seront une phase. Il peut ainsi apparaître que le dialogue entre juges

⁹⁰ Il peut néanmoins sembler que la Cour de cassation reconnaisse elle-même sa soumission aux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. Ass. plén. 15 avril 2011, n°10-30.313, *Juris-data* n°2011-006077 ; *Ibid.*, n°10-30.316, *Juris-data* n°2011-006078 ; *Ibid.*, n°10-17.049, *Juris-data* n°2011-006080 ; *D.* 2011, p. 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *Ibid.*, p. 1713 obs. V. Bernaud et L. Gay ; *RSC* 2011, p. 410 obs. A. Guidicelli ; *Constitutions* 2011, p. 326 obs. A. Levade ; *AJ pénal* 2011, p. 311 obs. C. Mauro ; *RTD Civ.* 2011, p. 725 obs. J.-P. Marguénaud.

Voir en ce sens au sujet du principe *ne bis in idem* : E. Piwnica, « Le principe non bin in idem et la Cour de cassation », *JCP E* 2015, 1396.

⁹¹ Voir article 6 paragraphe 3 du TUE. En ce sens, Monsieur le professeur Jean-François Renucci considère que la Convention est « *une source d'inspiration privilégiée* » du juge du Luxembourg : J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 727. Voir également : F. Sudre, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne, » in J. Rideau (Dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit, Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, Paris, p. 207-230.

⁹² Voir notamment : CJUE, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, *op. cit.*, par. 44 ; CJUE, *Massimo Orsi*, *op. cit.*, par. 15.

présente une réelle proximité avec le dialogue tel qu'il est usuellement présenté : la différence fondamentale tenant à la nature et aux effets normatifs des échanges.

B – Les limites consubstantielles à ce modèle de dialogue entre juges

12 - Dialogue entre juges et sécurité juridique. Le dialogue, en ce qu'il peut, comme pour le principe *ne bis in idem*, amener au consensus, demeure une méthode participant à la clarté et à la précision de la règle de droit. Il concourt ainsi à faire de la règle une règle de droit au sens matériel⁹³. Toutefois, cette qualité attachée à la fin ne peut masquer la réalité relative aux moyens mis en œuvre. En effet, le temps du dialogue demeure une période d'instabilité pour la règle de droit comme en témoigne les nombreuses évolutions de la jurisprudence relative au principe *ne bis in idem*. Cette phase est également caractérisée par l'incertitude consécutive à l'existence concomitante de différentes normes issues du même principe. Or, ces deux caractères constituent la négation même de la sécurité juridique⁹⁴. L'insécurité générée durant cette période est d'autant plus importante que certaines juridictions, pourtant non conviées à la table des négociations, interviennent en appliquant l'une des solutions. Il en fut en l'espèce ainsi lorsque le tribunal de grande instance de Paris disposa que le principe *ne bis in idem* ne s'opposait pas au cumul des sanctions pénales et administratives en motivant sa décision en référence aux jurisprudences des deux juridictions européennes⁹⁵ ou, dans un autre domaine, lorsque certaines juridictions du fond usèrent⁹⁶, en matière d'application rétroactive des lois

⁹³ En ce sens, un auteur relevait qu'un « droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un ». J. Boulois, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Liber Amicorum Pierre Pescatore, Du droit international au droit de l'intégration*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1983, p. 53-58, spéc. p. 53.

Voir également : CEDH, *Malone c. Royaume*, 2 août 1984, req. n°8691/79, Série A n° 82 ; V. Berger, *op. cit.*, n°205 ; *CDE* 1986 chron. p. 224-227 obs. G. Cohen-Jonathan ; *Gaz. Pal.* 1984 p. 441-442 note Y.-M. Moray ; *RSC* 1984 chron. p. 145-147 obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986 chron. p. 1064-1067 obs. P. Rolland et P. Tavernier.

⁹⁴ En effet, Thomas Piazzon identifie la stabilité, la prévisibilité et l'accessibilité comme les trois impératifs classiques de la sécurité juridique. Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, Préf. L. Leveneur, Defrénois, Lextension éditions, Coll. Doctorat et Notariat, Paris, 2009 p. 18.

⁹⁵ TGI Paris, 11^e ch. corr., 26 sept. 2014 ; *Dt. sociétés* 2014, comm. 191 obs. St. Torck

⁹⁶ CA Paris, 18^e ch. Sect. D, 17 oct. 2000, *Martin c. Association des foyers du 17^e*, *Jurisdata* n°2000-134376.

Voir : J.-P. Marguénaud, « L'outrance d'une juridiction du premier degré écartant l'application de l'article 87-1 de la loi du 12 avril 1996 pour contrariété à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ou comment se servir des sources européennes pour empêcher le législateur d'épiloguer sur « l'affaire du tableau d'amortissement ») », *RTD civ.* 1998 p. 521.

dans un litige en cours, de la solution dégagée dans l'arrêt *Zielinski*⁹⁷ alors mêmes que la Cour de cassation ne l'avait pas définitivement fait sienne⁹⁸.

13 - Dialogue de sourds. L'étude du dialogue entre juges lors de la construction du principe *ne bis in idem* permet enfin de mettre en exergue les difficultés qu'il peut y avoir à se comprendre⁹⁹ ainsi que l'intérêt qu'il peut exister... à ne pas se comprendre. Dans son arrêt du 22 mars 2017, la Cour de cassation relève « *que contrairement à ce que soutient le demandeur, cette réserve n'est pas remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme (cf. en dernier lieu l'arrêt CEDH du 15 novembre 2016, A et B c. Norvège, n° 24130/11 et 29758/11 § 117)* »¹⁰⁰ ce qui sous-entend, comme le relève Monsieur Nicolas Catelan, « *que la réserve française (...) aurait déjà passé les fourches caudines de la Cour* »¹⁰¹. Il apparaît pourtant que la juridiction strasbourgeoise ne se soit pas prononcée sur sa validité. En effet, le paragraphe cité précise simplement que certaines réserves, comme celles de l'Italie ou de l'Autriche, furent déclarées non valables, ce qui n'est pas le cas de la réserve française¹⁰² en référence à l'arrêt *Göktan* dans lequel celle-ci fut simplement évoquée sans que la Cour ne se soit prononcée sur sa conformité aux exigences de l'article 57 § 2 de la Convention¹⁰³. Certes, en prêtant de tels sous-entendus à la motivation de la Cour de cassation, la présente analyse sera subordonnée à l'interprétation choisie. Néanmoins, considérer que la réserve est conforme car la France n'a pas été sanctionnée reviendrait amputer de leur portée les arrêts d'Assemblée plénière du 15 avril 2011¹⁰⁴. Il est donc possible de supposer que le juge ne retienne du dialogue que les éléments qui iront dans le

⁹⁷ CEDH, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et a. France*, 28 oct. 1999, req. n°24846/94, n°34165/96 à 34173/96, par. 57, *Rec.* 1999-VII ; *JCP* 2000-I-203, chron. n°11 obs. F. Sudre ; *RFDA* 2000, p. 1254 obs. S. Bolle ; *AJDA* 2000, chron. p. 533 obs. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 2000, p. 436 obs. J.-P. Marguenaud.

⁹⁸ Cass. Soc., 24 avril 2001, n°00-44.148, *Bull. civ.* V n°130 p. 101 ; *D.* 2001, p. 2445 obs. J. Kibalo Adom ; *Ibid.*, p. 3012 obs. P. Fadeuilhe ; *Dr. soc.* 2001, p. 583, *préc.* ; *Ibid.*, p. 723 obs. J.-Ph. Lhernould ; *RFDA* 2001, p. 1055 obs J.-Y. Frouin et B. Mathieu.

Cass. Ass. Plén., 24 janv. 2003, n°01-41.757 ; *Bull. Ass. Plén.* n°3 ; *D.* 2003, p. 1648 note S. Paricard-Prioux ; *Dr. Soc.* 2003, p. 373 conclu. J. Merlin ; *Ibid.*, p. 430 obs. X. Prétot ; *ibid.*, p. 767, obs. J. Barthélémy ; *RDSS* 2003, p. 306 note D. Boulmier ; *RFDA* 2003, p. 470 note B. Mathieu.

⁹⁹ Sur ce point, J. Andriantsimbazobina, *op. cit.*, p. 187 – 189.

¹⁰⁰ *Crim.* 22 févr. 2017, *préc.*

¹⁰¹ N. Catelan, « Conciliation et cumul des contentieux relatifs à la fraude fiscale », *Lexbase H.*, n°694, 6 avril. 2017.

¹⁰² CEDH, *A et B c. Norvège*, *loc. cit.*

¹⁰³ CEDH, *Göktan c. France*, 2 juill. 2002, req. n°33402/96, par. 51, *Rec.* 2002-V.

¹⁰⁴ Ass. plén. 15 avril 2011, *préc.* : « *attendu que les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* ».

sens qu'il souhaite donner à sa propre décision. Par ailleurs, même si l'incompréhension n'est pas à dessein, la parole d'un juge souffre des mêmes carences que tout autre énoncé. Le dialogue s'avèrera difficilement constructif si l'acquis diffère du donné ; l'édifice se basant, dans cette hypothèse, sur des fondements erronés. Dans le même sens, l'incertitude quant à la portée de chaque décision peut également conduire à des difficultés de réception. Concernant le principe *ne bis in idem*, les problématiques soulevées devant les différents organes concernaient tantôt un cumul en matière de marché financier, tantôt un cumul en matière fiscale. Il se peut ainsi que la solution particulière ne soit pas transposable au cas général¹⁰⁵, ou, à tout le moins, qu'elle soit considérée comme telle par les autres juridictions.

14 - Conclusion. Face au risque de conflits permanents¹⁰⁶ induit par les inéluctables croisements entre jurisprudences, le dialogue des juges s'impose comme un impératif indispensable à la sécurité juridique et à l'enrichissement matériel du droit¹⁰⁷. La réforme de la Cour de cassation apporte du crédit à cette volonté de diriger les rapports entre juges vers le dialogue comme en témoigne la mise en place d'un réseau d'échange privilégié avec la Cour européenne des droits de l'homme sur sa jurisprudence¹⁰⁸. Néanmoins, les moyens mis à la disposition de ce dialogue doivent évoluer pour préserver la sécurité juridique pendant la phase de discussion préalable au consensus. Sur ce point, décaler les effets des décisions dans

¹⁰⁵ Il convient en ce sens de relever que dans certaines décisions postérieures à celle du 24 juin 2016, le Conseil constitutionnel, bien qu'articulant son raisonnement sur les mêmes critères, n'envisage plus expressément le cumul sous l'angle de la complémentarité, ce qui tend à distinguer le cumul en matière fiscale des autres hypothèses. Voir : Cons. Const., 29 sept. 2016, n°2016-570 et n°2016-573 QPC ; *Dalloz actu.* 19 oct. 2016, obs. X. Delpéch ; *DP* 2016, comm. 165 obs. V. Peltier ; *Rev. Sociétés* 2016, p. 755 obs. H. Matsopoulou ; *Ibid.*, p. 770 obs. P. Roussel Galle ; (Banqueroute et procédure de redressement ou de liquidation judiciaire). Cons. Const., 30 sept. 2016, n°2016-572 QPC ; *Juris-data* n°2016-020702 ; *Rev. Sociétés* 2017, p. 99 obs. H. Matsopoulou ; *Dt. Société* 2017, comm. 9 obs. R. Vabres.

Dans le même sens, la Cour européenne souligne, dans l'arrêt *A et B*, que « *Les États devraient pouvoir légitimement opter pour des réponses juridiques complémentaires face à certains comportements socialement inacceptables (par exemple le non-respect du code de la route, le non-paiement des impôts ou l'évasion fiscale)* » ce qui peut amener à supposer que certains domaines seraient exclus. CEDH, *A et B c. Norvège*, *op. cit.*, par. 121.

¹⁰⁶ J.-B. Perrier, « Europe(s) versus Constitution : la hiérarchie des normes et la protection des droits fondamentaux en matière pénale », *Europe* 2014, Et. 8.

¹⁰⁷ *Idem.* J. Andriantsimbovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RDF* 2002, p. 124.

¹⁰⁸ B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015 n°43, 1122.

le temps peut constituer une piste envisageable, à moins que la solution idéale ne réside dans le développement et la transformation des saisines pour avis¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Il convient sur ce point de relever la mise en place d'un mécanisme de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme pour avis. Voir : Protocole additionnel n°16, art. 1 par. 1.