



Ne bis in idem : exit *Zolotoukhine* et vive *Boman* !

SÉBASTIEN FANTI



CÉDRIC MIZEL

Alors que la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) avait, dans son arrêt *Zolotoukhine contre Russie* du 10 février 2009, clarifié l'application du principe « ne bis in idem » en tranchant en faveur du critère de l'identité des faits, voilà qu'elle revient à son ancienne jurisprudence dans un arrêt *Boman contre Finlande* du 17 février 2015. Elle y accepte la division des sanctions – même lorsque ces dernières sont semblables – pour un même état de fait lorsque les procédures ne visent pas les mêmes buts et qu'elles présentent un lien matériel et temporel suffisamment étroit entre elles. Les auteurs analysent cette évolution notamment au regard du système dual helvétique de répression des infractions routières. Ils posent aussi cette problématique dans une perspective plus large.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in seinem Urteil *Zolotoukhine gegen Russland* vom 10. Februar 2009 die Anwendung des Grundsatzes « ne bis in idem » dahingehend geklärt, dass zugunsten des Kriteriums der Gleichheit des Tatbestandes zu entscheiden sei. Nun aber kommt er mit dem Urteil *Boman gegen Finnland* vom 17. Februar 2015 auf seine alte Rechtsprechung zurück. Er anerkennt die Aufteilung der Sanktionen – auch wenn diese ähnlich sind – für den gleichen Sachverhalt, wenn die Verfahren nicht die gleichen Ziele haben und diese eine ausreichende materielle und zeitliche Verbindung aufweisen. Die Autoren analysieren diese Entwicklung insbesondere im Bereich des dualen schweizerischen Bestrafungssystems von Strassenverkehrsdelikten. Diese Problematik stellt sich für die Autoren auch unter einem breiteren Blickwinkel.

Plan

- I. Introduction : quand le vent semble tourner ... en rond
- II. L'ACEDH *Zolotoukhine contre Russie* du 10 février 2009
 1. En lien avec l'art. 11 CPP
 2. En lien avec une mesure administrative comme le retrait du permis de conduire
- III. L'ACEDH *Boman contre Finlande* du 17 février 2015
 1. Résumé des considérations de la Cour
 - 1.1 L'interdiction de conduire prononcée par la police s'apparente à une sanction pénale
 - 1.2 Les faits à la base des deux interdictions de conduire sont identiques ou en substance les mêmes
 - 1.3 Absence de violation du principe « ne bis in idem » car il existe un lien matériel et temporel suffisamment étroit entre les deux procédures pour que l'on puisse considérer les deux (mêmes) sanctions comme les différentes étapes d'une seule procédure
 2. Une opinion (si peu) dissidente
- IV. Application au système suisse
- V. Mise en perspective sur le plan international : le « ne bis in idem » reste un casse-tête juridique

I. Introduction : quand le vent semble tourner ... en rond

Le vent semble tourner ... en rond. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme avait, dans son arrêt *Zolotoukhine contre Russie* du 10 février 2009, clarifié l'application du principe « ne bis in idem » en tranchant

en faveur du critère de l'identité des faits, voilà qu'elle revient à son ancienne jurisprudence dans un arrêt *Boman contre Finlande* du 17 février 2015, confirmant l'absence de violation lorsque deux autorités – qui plus est disposant des mêmes sanctions ! – se prononcent sur un même état de fait, mais qu'il existe un lien matériel et temporel suffisamment étroit entre les deux procédures pour que l'on puisse considérer que les sanctions ne découlent que d'une seule procédure. La seule opinion dissidente admet en outre elle-même que la division des sanctions pour un même état de fait peut s'avérer justifiée lorsque les procédures ne visent pas les mêmes buts. Comme quoi, à Strasbourg, les girouettes ne se trouvent pas que sur les clochers...

II. L'ACEDH *Zolotoukhine contre Russie* du 10 février 2009

Dans son arrêt *Zolotoukhine contre Russie* du 10 février 2009¹, la CourEDH a été appelée à « harmoniser l'inter-

SÉBASTIEN FANTI, avocat et notaire, Préposé à la protection des données et à la transparence du Canton du Valais.

CÉDRIC MIZEL, avocat et Dr en droit, Canton du Valais.

¹ ACEDH (Arrêt de Grande Chambre) *Zolotoukhine contre Russie* du 10 février 2009 (requête n° 14939/03). L'affaire concerne la double condamnation – jugée contraire à l'art. 4 du Protocole n° 7 de la CEDH – d'un soldat ivre et insolent qui avait introduit son amie dans un quartier militaire sans autorisation. Le tribunal du district Gribanovski l'avait reconnu coupable d'« actes perturbateurs mineurs » en vertu de l'article 158 du Code des infractions administratives de la Fédération de Russie, lui infligeant une peine de trois jours de détention. Dans une seconde procédure, le même

prétation de la notion de « même infraction » – l'élément *idem* du principe *non bis in idem* – aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 de la CEDH ». Dans son argumentation, la CourEDH a relevé que la diversité des approches adoptées jusqu'ici pour vérifier si l'infraction pour laquelle un requérant a été poursuivi était en fait la même que celle pour laquelle il avait déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif, était source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction. Elle a donc décidé d'harmoniser l'interprétation de la notion de « même infraction »². La Cour a retenu à cet égard que l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions était trop restrictive des droits de la personne, car si l'on s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, on risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'art. 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la CEDH³. En conséquence, l'art. 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 mêmes⁴. Il s'agit donc d'adopter une approche fondée strictement sur l'identité des faits matériels et de ne pas retenir la qualification juridique de ces faits comme critère pertinent.

1. En lien avec l'art. 11 CPP

Le principe « ne bis in idem » est un corollaire de l'autorité de chose jugée. Il découle implicitement de la Constitution fédérale⁵ et appartient avant tout au droit pénal fédéral matériel, en interdisant qu'une personne soit poursuivie deux fois pour les mêmes faits. Les commentateurs de l'art. 11 CPP (interdiction de la double poursuite) ont considéré que les principes développés dans l'arrêt *Zolotoukhine* valent aussi pour l'application de cette disposition, dans ce sens que celle-ci exclut une nouvelle poursuite lorsque les faits ayant donné lieu à un jugement antérieur, prononcé en Suisse et entré en force, sont iden-

tiques⁶. Pour sa part, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a considéré, en référence à l'art. 11 CPP et à l'arrêt *Zolotoukhine*, que le principe « ne bis in idem » « interdit qu'une personne soit pénalement poursuivie deux fois pour les mêmes faits. Le premier jugement exclut ainsi que la personne soit poursuivie une seconde fois par une juridiction pénale, même sous une qualification juridique différente. Il s'agit en effet d'adopter une approche fondée strictement sur l'identité des faits matériels et de ne pas retenir la qualification juridique de ces faits comme critère pertinent »⁷.

2. En lien avec une mesure administrative comme le retrait du permis de conduire

Aucun des *commentateurs pénaux* susmentionnés n'a exprimé une opinion quant à la compatibilité d'une sanction pénale et d'une mesure de retrait du permis de conduire au regard de l'arrêt *Zolotoukhine*. De son côté, le *Tribunal fédéral* a très tôt exprimé la crainte que l'arrêt *Zolotoukhine* ait pour conséquence que le système dual helvétique de répression des infractions routières ne soit à terme déclaré incompatible avec le principe « ne bis in idem »⁸. Quant à la *doctrine*, une partie d'entre elle a défendu la thèse que le système instauré par la loi fédérale sur la circulation routière (LCR), qui veut qu'une infraction routière fasse successivement l'objet d'une sanction pénale (art. 90ss LCR) puis d'un retrait d'admonestation du permis de conduire (art. 16ss LCR), contrevient à la règle « ne bis in idem » lorsque les faits à la base de la sanction pénale et de la mesure administrative sont identiques; par conséquent, il convient que le législateur

tribunal du district Gribanovski l'avait reconnu coupable pour des faits en substance considérés comme les mêmes des infractions réprimées par l'article 319 du Code pénal de la Fédération de Russie (CPFR), pour violence contre un agent public (art. 318 CPFR) et pour insulte à un agent public (art. 319 CPFR).

² ACEDH *Zolotoukhine*, § 78.

³ ACEDH *Zolotoukhine*, § 81.

⁴ ACEDH *Zolotoukhine*, § 82.

⁵ ATF 137 I 363 cons. 1.2 et les ATF cités. V. aussi TF, arrêt du 23.2.2015, affaire NE, 2C_751/2014, cons. 5.1.

⁶ MICHEL HOTTELIER, in : André Kuhn/Yvan Jeanneret (éd.), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle 2011, N. 6 ss ad art. 11 CPP, spéc. N. 10–11; BRIGITTE TAG, in : Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2^e éd. 2014, N. 5 ss ad art. 11 CPP, spéc. N. 11 et nbp 53; WOLFGANG WOHLERS, in : Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (éd.), Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Zurich/Bâle/Genève. V. aussi NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2^e éd. 2013, N. 2 ad art. 11 CPP; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2^e éd. 2013, N. 244 ss, spéc. N. 244 et nbp 415.

⁷ TF, arrêt du 18.4.2011, affaire NE; 6B_1029/2010, cons. 1.1. V. aussi TF, arrêt du 23.9.2013, affaire ZH, 6B_433/2013, cons. 4; TF, arrêt du 14.11.2014, affaire BL, 6B_20/2014, cons. 3.

⁸ Rapport de gestion du Tribunal fédéral 2010, 17 : « En vertu d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (Sergueï Zolotoukhine contre Russie du 10 février 2009, requête 14939/03), il n'est pas exclu que la coexistence des procédures pénale et administrative puisse être déclarée non conforme avec l'art. 4 ch. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH qui garantit le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction ».

mette fin au système dual suisse, en intégrant le retrait d'admonestation dans la panoplie des peines placées à la disposition du juge pénal⁹. Un autre courant doctrinal s'est interrogé sur les conséquences prévisibles qu'aurait la détermination du critère de l'identité des faits sur les ordres juridiques internes des Etats parties à la Convention, en particulier sur le fractionnement des procédures administrative et pénale qui ont cours en matière d'infractions aux règles de la circulation routière. Après avoir relevé que « la Suisse et sans doute d'autres pays pratiquant le fractionnement des procédures pourraient devoir modifier leur approche après l'arrêt [*Zolotoukhine*] », il a avancé que « des exceptions à l'unicité de la procédure devraient rester possibles, à tout le moins lorsque, pour des raisons objectives et fondées, toutes les conséquences d'un acte délictueux ne peuvent pas être jugées ensemble; ce sera à la jurisprudence à venir préciser ce qui est admissible à cet égard »¹⁰. Pour notre part, nous fondant sur les arrêts antérieurs de la CourEDH rendus en matière de retrait du permis de conduire en lien avec le principe « ne bis in idem » – *R.T. contre Suisse* du 30 mai 2000¹¹, *Nilsson contre Suède* du 13 décembre 2005¹² et *Maszni contre Roumanie* du 21 septembre 2006¹³ – comme sur le statut légal expresse du système dual institué par la *LCR*, nous avons plaidé en faveur du caractère conventionnel du retrait du permis de conduire suisse. Nous avons exprimé l'avis que les considérants de l'arrêt *Zolotoukhine*, qui concernent deux procédures sanctionnant un même état de fait, conduites par le même tribunal disposant des mêmes sanctions, ne s'appliquent pas à la double procédure de sanctions des infractions routières en Suisse, dont l'une présente un lien matériel et temporel très étroit avec l'autre sans pour autant que les autorités distinctes qui les conduisent disposent des mêmes compétences ni des mêmes types de sanctions¹⁴.

Plus récemment, le Tribunal fédéral, amené à se prononcer sur le caractère conventionnel du système dual prévu par la *LCR*, a confirmé dans un arrêt de principe – de façon certes non péremptoire¹⁵ – la conformité de la double procédure pénale et administrative prévue par la *LCR* à l'interprétation de l'art. 4 ch. 1 Protocole additionnel n° 7 CEDH, telle qu'elle ressort de l'ACEDH *Zolotoukhine contre Russie*¹⁶. Observant que la CourEDH ne s'était pas prononcée sur le cumul des procédures administrative et pénale en matière d'infractions contre la circulation routière, domaine particulier à différents titres, il a considéré il n'y avait pas lieu de s'écarter de la jurisprudence prévalant jusqu'à ce jour, selon laquelle la coexistence desdites procédures ne viole pas le principe « ne bis in idem »¹⁷. En effet, toutes les conséquences de l'acte délictueux ne pouvant pas être jugées ensemble, deux autorités aux compétences distinctes, ne disposant pas du même type de sanction, poursuivant des buts distincts, sont amenées à statuer sur le même état de fait dans le contexte de deux procédures distinctes. Cette jurisprudence a depuis lors été confirmée à de nombreuses reprises.

III. L'ACEDH *Boman* contre *Finlande* du 17 février 2015

Or, dans un récent arrêt *Boman* contre *Finlande* du 17 février 2015¹⁸, la CourEDH, par six voix contre une, vient de confirmer – dans un retour à ses anciennes jurisprudences – l'absence de violation du principe « ne bis in idem » dans le cas d'un même délit routier sanctionné à deux reprises, qui plus est par une « même » interdiction de conduire, soit une première fois par un tribunal pénal, puis une seconde fois par une autorité administrative, elle-même confirmée par la Cour administrative puis par la Cour suprême administrative de son pays.

Les faits : Le requérant, Alexander Boman, est un ressortissant finlandais né en 1992. Il se plaint d'avoir été puni deux fois pour la même infraction. Au début de l'année 2010, M. Boman fut accusé de perturbation grave

⁹ YVAN JEANNERET, L'arrêt *Zolotoukhine* contre Russie ou la fin de retrait administratif du permis de conduire, RDAF 2010 I p. 263 ss; LE MÊME, Retrait de permis de conduire : les juges de Strasbourg auraient-ils signé l'arrêt de mort du système suisse ? [in : RICR 1/2010 20 ss].

¹⁰ HANSPETER MOCK, Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits, Revue trimestrielle des droits de l'homme [RTDH] 2009 p. 867 ss, p. 879].

¹¹ Décision d'irrecevabilité *R.T. contre Suisse* du 30 mai 2000, requête n° 31982/96, résumée à la JAAC 64.152.

¹² Décision d'irrecevabilité *Nilsson contre Suède* du 13 décembre 2005, requête n° 73661/01, Recueil 2005–XIII p. 333 ss.

¹³ ACEDH *Maszni contre Roumanie* du 21 septembre 2006, requête n° 59892/00.

¹⁴ CÉDRIC MIZEL, Ne bis in idem : l'arrêt *Zolotoukhine* contre Russie ne s'applique pas au retrait du permis de conduire suisse, Revue interdisciplinaire de la Circulation routière 2011 p. 27 ss, 30.

¹⁵ ATF 137 I 363, chapeau et cons. 2.4 (JT 2011 I 347) : « Dans ces circonstances, il est difficile de savoir si, en rendant l'arrêt *Zolotoukhine*, la Cour européenne a voulu remettre en cause l'arrêt topique *Nilsson contre Suède* (...). On ne peut pas non plus déduire du bref paragraphe 82 de l'arrêt *Zolotoukhine* que toutes les doubles procédures prévues par les systèmes légaux soient à proscrire ».

¹⁶ ATF 137 I 363, chapeau et cons. 2 (JT 2011 I 347).

¹⁷ ATF 137 I 363, chapeau et cons. 2 (JT 2011 I 347), avec référence à l'ATF 125 II 402 (JT 1999 I 827).

¹⁸ ACEDH *Boman* v. *Finland* du 17 février 2015 [Quatrième Section] (requête n° 41604/11).

du trafic routier et de conduite d'un véhicule sans permis, infractions commises le 5 février 2010. Le procureur demanda qu'il soit interdit de conduite parce qu'il était accusé d'avoir gravement perturbé le trafic routier. *Le tribunal de district* reconnut M. Boman coupable en avril 2010 et le condamna à 75 jours-amende pour un total de 450 euros et à une interdiction de conduite de 7 mois (en tant que sanction pénale prononcée en vertu de l'art. 44 du *Driving Licence Act of the Province of Åland*) jusqu'au 4 septembre 2010. En mai 2010, la police prononça une nouvelle interdiction de conduite de deux mois (en tant que mesure administrative de sécurité routière prononcée en vertu de l'art. 46 du même *Driving Licence Act of the Province of Åland*) contre M. Boman, à compter du 5 septembre, pour conduite d'un véhicule sans permis. Invoquant l'article 4 du Protocole n° 7 (droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois) à la Convention, M. Boman dit avoir fait l'objet de deux instances pénales et de deux peines pour une infraction ayant pour origine une même série de faits.

1. Résumé des considérations de la Cour

1.1 L'interdiction de conduire prononcée par la police s'apparente à une sanction pénale

Se référant à sa jurisprudence constante¹⁹, la Cour considère que même si la seconde interdiction de conduire constitue juridiquement une mesure administrative, elle demeure fondée sur une infraction pénale fautive et revêt, par son degré de gravité, un caractère punitif et dissuasif, de sorte qu'elle s'apparente à une sanction pénale au sens de l'article 4 du Protocole n° 7 (et de l'article 6 al. 1^{er} CEDH)²⁰.

1.2 Les faits à la base des deux interdictions de conduire sont identiques ou en substance les mêmes

Se référant à son arrêt *Zolotoukhine contre Russie* (§§ 81–84), la Cour rappelle 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 mêmes²¹. Dans le cas *Boman*, la Cour considère que la sanction pénale (amende et interdiction de conduire) a été prononcée notamment pour conduite sans permis, et que l'interdiction de conduire prononcée par la police a été décidée pour ce dernier fait, de surcroît en se référant à la condamnation pénale devenue exécutoire, de sorte que l'on doit admettre que les deux procédures se fondent sur des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes²².

1.3 Absence de violation du principe « ne bis in idem » car il existe un lien matériel et temporel suffisamment étroit entre les deux procédures pour que l'on puisse considérer les deux (mêmes) sanctions comme les différentes étapes d'une seule procédure

Se référant à son arrêt *Zolotoukhine contre Russie*, la Cour rappelle que l'article 4 du Protocole n° 7 interdit d'ouvrir des procédures consécutives lorsque la seconde est ouverte à un moment où la première est déjà devenue exécutoire; elle rappelle aussi que, concernant les procédures parallèles, il n'y a pas de problème conventionnel lorsque la seconde est interrompue après que la première est devenue définitive²³. La Cour rappelle cependant qu'elle a jugé que des sanctions différentes (prison avec sursis et retrait du permis de conduire) concernant une même infraction (ivresse au volant) prononcées par des autorités différentes dans des procédures différentes ne violaient par l'article 4 du Protocole n° 7 lorsqu'il existait entre elles un lien matériel et temporel suffisamment étroit²⁴. Elle conclut que dans le cas d'espèce, l'interdic-

¹⁹ V. notamment ACEDH *Malige contre France* du 23 septembre 1998, requête n° 27812/95, § 39, CEDH 1998–VII; *Nilsson contre Suède* (déc) du 13 décembre 2005, requête n° 73661/01; ACEDH *Maszni contre Roumanie* du 21 septembre 2006, requête n° 59892/00, § 66. On peut noter que le Tribunal fédéral reprend évidemment la même conception, v. ATF 133 II 331 cons. 5.2 (JT 2007 I 504); ATF 125 II 402 cons. 1 (JT 1999 I 827); ATF 121 II 22 cons. 3 (JT 1995 I 680).

²⁰ ACEDH *Boman v. Finland* du 17 février 2015, requête n° 41604/11, §§ 28 à 32.

²¹ ACEDH *Boman v. Finland* du 17 février 2015, requête n° 41604/11, § 33.

²² ACEDH *Boman v. Finland* du 17 février 2015, requête n° 41604/11, §§ 34–35.

²³ ACEDH *Boman v. Finland* du 17 février 2015, requête n° 41604/11, §§ 40–41.

²⁴ ACEDH *Boman v. Finland* du 17 février 2015, requête n° 41604/11, § 42, se référant à la Décision d'irrecevabilité *R.T. contre Suisse* du 30 mai 2000, requête n° 31982/96, ainsi qu'à la Décision d'irrecevabilité *Nilsson contre Suède* du 13 décembre 2005, requête n° 73661/01, cette dernière décision ayant alors considéré : « La Cour ne saurait accueillir la thèse du requérant selon laquelle les autorités ont déclenché contre lui de nouvelles poursuites pénales en mettant en œuvre la procédure de retrait litigieuse. Si les diverses sanctions infligées à l'intéressé ont été prononcées par deux autorités différentes à l'issue de procédures distinctes, il existait entre elles un lien matériel et temporel suffisamment étroit pour que l'on puisse considérer le retrait de permis comme l'une des mesures prévues par le droit suédois pour la répression des délits de

tion de conduire peut être considérée à la fois comme une mesure administrative de sécurité et comme une sanction pénale, qu'il existe un lien matériel et temporel étroit entre les deux procédures puisque la seconde est directement fondée sur la condamnation pénale et qu'elle n'appelle pas un nouvel examen de l'infraction, de sorte que l'on peut considérer les deux sanctions comme découlant d'une seule procédure²⁵. En conclusion, on ne peut pas dire que le requérant a été condamné deux fois pour les mêmes faits dans deux procédures différentes.

2. Une opinion (si peu) dissidente

Si l'arrêt *Boman* a été adopté par 6 voix contre 1, l'opinion dissidente du Juge Wojtyczek n'en admet pas moins elle aussi que la division des sanctions pour un même état de fait, telle qu'elle existe dans la plupart des pays européens²⁶, peut s'avérer justifiée lorsque les procédures ne

visent pas les mêmes buts²⁷. C'est donc sans aucune référence à l'arrêt *Zolotoukhine* qu'il considère que, dans le cas *Boman*, le « ne bis in idem » a été violé en ce que la duplication des procédures ne pouvait pas se justifier par la nature différente des sanctions prononcées²⁸. La Cour aurait donc dû examiner plus en détail le but des deux procédures et les règles relatives à leur articulation et à leur interaction.

Si l'on préfère voir les choses dans leur dénominateur commun, les six Juges de la Quatrième Section de la Cour européenne, malgré l'arrêt *Zolotoukhine*, admettent le principe établi de sanctions différentes, imposées dans deux procédures différentes mais connectées, sur un même état de fait pour autant que les sanctions et les buts visés n'en soient pas les mêmes.

IV. Application au système suisse et conclusion

L'arrêt *Boman* est important dans la mesure où l'arrêt *Zolotoukhine* pouvait sembler proscrire toutes les doubles procédures sur un même état de fait prévues par les systèmes légaux, et singulièrement les doubles procédures pénale/administrative. Une certaine insécurité régnait pour le moins à cet égard. Il est ici notamment songé aux procédures tendant au prononcé de retraits de permis à titre d'admonestation, d'amendes fiscales²⁹ ou douanières, voire de sanctions disciplinaires prononcées contre des avocats, médecins³⁰ ou employés publics³¹, lorsqu'elles se fondent sur un comportement qui fait ou qui a fait l'objet d'une procédure pénale. On peut aussi penser à la décision de révoquer un permis de séjour à la suite d'une infraction pénale qui a valu à l'intéressé une condamnation pénale, situation dont le Tribunal fédéral a récemment considéré

conduite en état d'ébriété avancé et de conduite sans permis (voir *R.T. contre Suisse*, décision précitée, et, *mutatis mutandis*, *Philips contre Royaume-Uni*, n° 41087/98, § 34, CEDH2001-VII). En d'autres termes, on ne saurait déduire du retrait litigieux que l'intéressé a été « poursuivi ou puni (...) en raison d'une infraction pour laquelle il a[vait] déjà été (...) condamné par un jugement définitif » au mépris de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7 ».

²⁵ ACEDH *Boman v. Finland* du 17 février 2015, requête n° 41604/11, § 43 : « A driving ban is considered to be both an administrative security measure as well as a criminal sanction. Even if the different sanctions are imposed by two different authorities in different proceedings, there is nevertheless a unity between them, in substance and in time. This is illustrated by the fact that, according to the wording of the relevant legislation, namely section 46 § 1 (c) of the Driving Licence Act of the Province of Åland, the imposition of a driving ban on the basis of that provision presupposes that a person has already been found guilty of a traffic offence or of operating a vehicle without a licence. In the present case, the police decision, shortly after the judgment in the criminal proceedings, to impose the second driving ban was directly based on the applicant's final conviction by the District Court for traffic offences and thus did not contain a separate examination of the offence or conduct at issue by the police. Therefore, it must be said that, under the Ålandic system, the two proceedings, namely the criminal proceedings against the applicant and the proceedings to impose a driving ban, were intrinsically linked together, in substance and in time, to consider that these measures against the applicant took place within a single set of proceedings for the purpose of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention. In conclusion, the Court finds that the applicant was not convicted twice for the same matter in two separate sets of proceedings ».

²⁶ Opinion dissidente du Juge Wojtyczek, § 2 : « In most European States, the law provides for situations in which different sanctions for the same illegal act may be imposed in different types of proceedings. It is not uncommon that competence for imposing sanctions for the same illegal acts is divided between different organs of the State applying different substantive and procedural rules ».

²⁷ Opinion dissidente du Juge Wojtyczek, § 4 : « At any event, dividing the imposition of sanctions for the same acts between different State bodies requires appropriate justification. Dividing the imposition of sanctions may be justified in particular where the different procedures do not « overlap » in their aims and effects but are established to achieve complementary aims which would be more difficult to achieve in a unified procedure before the same court ».

²⁸ Opinion dissidente du Juge Wojtyczek, § 4.

²⁹ V. nbp 36.

³⁰ V. TF, arrêt du 23.2.2015, affaire NE, 2C_751/2014, cons. 5.3, qui laisse la question ouverte, tout en se référant à des jurisprudences européennes qui laissent peu de doutes à cet égard.

³¹ Certes, pour ces derniers cas, le paragraphe 32 du Rapport explicatif du Protocole N° 7 expose que l'article 4 ne s'applique qu'au jugement et à la condamnation d'une personne dans le cadre d'un procès pénal, n'empêchant pas « par exemple une procédure disciplinaire dans le cas d'un fonctionnaire ».

qu'elle ne constitue pas une double peine et ne viole pas le « ne bis in idem »³².

Concernant plus spécialement la dualité des procédures helvétiques en matière de répression des infractions routières, l'arrêt *Boman* lève une hypothèque quant au caractère conventionnel des sanctions de même nature (interdiction de conduire) qui pourraient être prononcées à l'encontre d'un conducteur par l'autorité pénale puis par l'autorité administrative. Il est rappelé à cet égard qu'il arrive, certes dans des cas jusqu'ici plutôt rares, que l'Autorité pénale prononce une interdiction de conduire sur la base d'un état de fait qui va aussi donner lieu à un retrait du permis de conduire décidé par l'administration. N'est pas concerné le cas d'une interdiction de conduire pour une utilisation délictueuse d'un véhicule (art. 67e CP [anciennement art. 67b CP]) qui serait commise en concours avec des infractions routières, puisqu'un double prononcé ne contrevient pas au principe « ne bis in idem », à mesure que ce sont deux infractions différentes qui sont traitées. Il n'en va pas de même de l'interdiction de conduire des art. 44 al. 2 et 94 CP (interdiction de conduire en tant que règle de ... conduite [!]), tirée précédemment de la jurisprudence³³. En effet, une même infraction peut ici amener à une double interdiction pénale et administrative de conduire, par exemple le cas d'un conducteur de 76 ans qui perd la maîtrise de son véhicule et blesse mortellement une piétonne qui cheminait sur un trottoir avec ses enfants, et pour lequel seule une interdiction de conduire durant le délai d'épreuve autorise à poser un pronostic favorable permettant l'octroi du sursis³⁴. A suivre l'arrêt *Boman*, même un tel cas de figure ne serait sans doute pas considéré contrevenir au « ne bis in idem », compte tenu des buts différents des mesures, du fait que seul le concours des deux autorités permet de subsumer l'état de fait à toutes les règles juridiques, comme encore et surtout du lien matériel et temporel étroit qu'il existe entre les deux procédures. Encore faut-il pour remplir ces dernières conditions que l'autorité administrative attende le jugement pénal et qu'elle se fonde réellement sur son état de fait, comme le lui enjoint la jurisprudence depuis

quatre décades³⁵, voire éventuellement qu'elle reconsidère d'office son appréciation en cas d'apparition de divergences. Car à défaut de connexion étroite entre les deux procédures, le risque existe qu'une violation du « ne bis in idem » puisse être un jour être admise par la CourEDH, ainsi que cette dernière l'a récemment encore exposé dans une procédure analogue³⁶.

L'arrêt *Boman* n'est pas encore exécutoire (v. art. 44 al. 2 CEDH). Pour notre part, nous pensons qu'il ne sera pas renvoyé devant la Grande Chambre, mais on ne sait jamais. De toute façon, il est fort probable que la solution y serait confirmée. La Cour a en effet tendance à accepter des dérogations aux grands principes dans les affaires de circulation routière (comme cela s'était notamment produit avec le droit de ne pas s'incriminer soi-même dans les arrêts *O'Halloran et Francis* du 29.6.2007³⁷).

³² TF, arrêt du 21 octobre 2013, affaire VD, 2C_459/2013, cons. 4; TF, arrêt du 13 octobre 2011, affaire VD, 2C_432/2011, cons. 3.3.

³³ ATF 108 IV 152 cons. 3a; ATF 106 IV 325 cons. 2 (JT 1981 I 474); ATF 100 IV 252 cons. 2; ATF 94 IV 11 cons. 1 (posant que le retrait de permis administratif et le jugement pénal ordonnant de s'abstenir de conduire ne sont pas incompatibles et peuvent être ordonnés indépendamment l'un de l'autre); ATF 77 IV 71 cons. 1.

³⁴ V., rendus avant l'entrée en vigueur des art. 44 al. 2 et 94 CP, TF, arrêt du 12.4.2006, affaire VD, 6S.489/2005, cons. 1.4, suivi de TF, arrêt du 1.12.2006, affaire VD, 6S.457/2006, cons. 1.2, 1.3.2 et 2.2.

³⁵ ATF 137 I 363 cons. 2.3.2 [fr.](JT 2011 I 347); ATF 136 II 447 cons. 3.1 [fr.](JT 2010 I 524); ATF 129 II 312 cons. 2.4 (JT 2006 IV 35); ATF 123 II 97 cons. 3c/aa (JT 1997 I 752); ATF 121 II 214 cons. 3a (JT 1996 I 694); ATF 119 Ib 158 cons. 3c/aa (JT 1994 I 675); ATF 109 Ib 203 cons. 1 (JT 1984 I 389); ATF 106 Ib 395 cons. 2 (JT 1981 I 406); ATF 105 Ib 18 cons. 1a (JT 1979 I 398); ATF 104 Ib 358 cons. 1 et 3 (JT 1979 I 396); ATF 101 Ib 270 cons. 1b; ATF 96 I 766 cons. 4.

³⁶ V. ainsi ACEDH *Kiiveri c. Finlande* du 10 février 2015 (requête n° 53753/12), traitant de procédures administrative et pénale sanctionnant des mêmes faits constitutifs de soustraction d'impôt et de fraude fiscale, admettant une violation du « ne bis in idem » à mesure que les deux procédures n'étaient en aucune manière connectées, § 45 : « (...) it is true that both the use of criminal proceedings and the tax surcharges imposed on the applicant form part of the sanctions under Finnish law for the failure to provide information about income in a tax declaration with a result that a too low tax assessment is made. However, under the Finnish system the criminal and the administrative sanctions are imposed by different authorities without the proceedings being in any way connected : both sets of proceedings follow their own separate course and become final independently from each other. Moreover, neither of the outcomes of the proceedings is taken into consideration by the other court or authority in determining the severity of the sanction, nor is there any other interaction between the relevant authorities (...). This contrasts with the Court's earlier cases R.T. [v. nbp 11] and Nilsson [v. nbp 12] relating to driving licences, where the decision on withdrawal of the licence was directly based on an expected or final conviction for a traffic offence and thus did not contain a separate examination of the offence or conduct at issue. Therefore, it cannot be said that, under the Finnish system, there is a close connection, in substance and in time, between the criminal and the taxation proceedings ».

³⁷ ACEDH *O'Halloran et Francis contre Royaume-Uni* du 29 juin 2007 (requêtes n° 15809/02 et 25624/02).

V. Mise en perspective sur le plan international : le « ne bis in idem » reste un casse-tête juridique

En tout état de cause, la Suisse n'est pas le seul pays à être concerné par l'application du principe « ne bis in idem » et à avoir dû se prononcer à l'aune de la jurisprudence *Zolotoukhine* (en matière de LCR et de droit pénal notamment), avant le revirement inattendu de l'arrêt *Boman*.

En France, la clarification issue de la jurisprudence *Zolotoukhine* selon laquelle une personne ne peut être poursuivie ou punie deux fois pour les mêmes faits reste en principe sans incidence, à mesure que, selon une réserve émise par cet État relativement à l'article 4 du Protocole n° 7 (en application de l'article 57 CEDH), seules les infractions relevant en droit interne français de la compétence du tribunal statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens dudit article³⁸. S'il est exact que le Conseil constitutionnel ait appliqué l'article 4 du Protocole n° 7 dans l'une de ses décisions³⁹ prévoyant la possibilité de prononcer cumulativement une sanction disciplinaire, une sanction professionnelle et une sanction statutaire, c'est en définitive pour admettre la compatibilité entre les deux séries de dispositions, au motif que ces différentes sanctions poursuivaient des objectifs distincts et étaient de nature différente. En d'autres termes, la jurisprudence européenne générait des incertitudes alors même qu'un État avait émis une réserve.

En Belgique la situation n'est guère plus aisée à appréhender, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle ayant carrément pris des positions antagonistes sur la question. Il convient tout d'abord de mettre en exergue le fait que la Belgique n'avait alors pas encore ratifié le Protocole n° 7 (ce qu'elle a fait le 13 avril 2012). Cependant, sur la base de la quasi-identité entre l'article 4 de ce Protocole et l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (Pacte ONU II, RS 0.103.2), une partie des juridictions belges et de la doctrine ont conclu à son application, principalement en matière de chômage⁴⁰. Selon elles, il est interdit de cumu-

ler une sanction prononcée par un tribunal correctionnel (sanction pénale) avec une exclusion du droit aux allocations (sanction de nature administrative, mais à caractère pénal). À cela, la Cour de cassation va répondre de manière subtile⁴¹. La définition qu'elle consacre est, selon une partie de la doctrine⁴², presque celle de Strasbourg : « Le principe général de droit < ne bis in idem > n'est pas violé lorsque les faits constitutifs des deux infractions ne sont pas, en substance, les mêmes ». Ainsi, elle ne compare pas des faits infractionnels, mais leurs éléments constitutifs. Ceci permet de créer une distinction entre ces faits et d'autoriser le cumul de sanctions, ce qui sera critiqué par la doctrine⁴³. Quant à la Cour constitutionnelle, elle choisit de reprendre purement et simplement la définition de la Cour strasbourgeoise, sans fournir d'autres explications⁴⁴. Lors de la ratification du Protocole n° 7, la Belgique n'a pas émis de déclaration au titre de ce traité n° 117, ce qui aurait permis de lever tout doute.

D'autres pays ont procédé par le biais de réserves émises lors de la ratification du Protocole n° 7. L'Autriche a ainsi déclaré que l'interdiction du cumul ne vaut qu'entre sanctions prévues par le Code pénal : « Les articles 3 et 4 se réfèrent uniquement aux procédures pénales dans le sens du Code pénal autrichien ». Ainsi qu'il a été indiqué, la France l'a limitée aux seules infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale. L'Allemagne (interdiction du cumul limitée aux actes qui sont des infractions pénales selon son droit), l'Italie (interdiction du cumul limitée aux infractions, procédures et décisions qualifiées de pénales de par la loi italienne) et le Portugal (interdiction du cumul limitée aux faits qui constituent une infraction pénale d'après son droit interne) ne l'appliquent qu'aux infractions qualifiées de pénales en droit interne. Ces différents exemples démontrent que la Suisse aurait peut-être pu s'épargner d'intenses réflexions en ayant, à l'instar des États précités, émis une déclaration lors du dépôt de l'instrument de ratification le 24 février 1988 et ainsi éviter une insécurité juridique.

Ce nonobstant, comme on l'a vu à l'exemple de ce qui s'est produit en France, la réserve n'est pas une garantie absolue permettant d'éviter l'émergence de déci-

³⁸ Conseil d'État, Rapport public 2010, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, p. 228.

³⁹ *Ministre de la défense c/Melle Petitjean* du 27 janvier 2006 (pour apprécier la compatibilité avec celui-ci des dispositions de l'article 29 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires).

⁴⁰ MARY GAUTHIER, Ne bis in idem : controverse entre Cours supérieures, in : Bulletin Juridique et Social 474, avril 2012, disponible à l'adresse : http://www.lebulletin.be/article/Non_bis_in_idem_controverse_entre_Cours_supremes_.

⁴¹ Cass., 25 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 112; J.T., 2011, p. 651, obs. JEAN-FRANÇOIS NEVEN et HUGO MORMONT; *J.T.T.*, 2012, p. 50, obs. GIAN-FRANCO RANERI.

⁴² V. nbp 40.

⁴³ V. JEAN-FRANÇOIS NEVEN, « Cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales en chômage : un arrêt surprenant ? », *B.S.J.*, n° 458, août 2011, p. 6.

⁴⁴ *C. C.*, 29 juillet 2010, n° 91/2010 et *C. C.*, 1^{er} mars 2012, n° 28/2012.

sions contradictoires. De ce point de vue, l'application du principe « ne bis in idem » relève littéralement d'un casse-tête juridique comme le démontrent les exemples cités. Par sa nouvelle décision, la CourEDH n'a fait sans doute qu'ajouter à la confusion. En effet, la jurisprudence *Zolotoukhine* avait été généralement saluée comme une approche cosmopolite magistrale, à l'aune des instruments de référence ayant inspiré la Cour⁴⁵. Or force est de constater que l'arrêt *Boman*, certes rendu par la Cour et non pas la Grande Chambre, affaiblit considérablement la jurisprudence antérieure, mais également la tentative d'harmonisation, notamment avec la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁶. Certains penseront non sans bonnes raisons qu'elle a créé là de nouvelles incertitudes et foulé la sécurité du droit. Or quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite⁴⁷.

⁴⁵ ACEDH *Zolotoukhine* (v. nbp 1), §§ 31 à 44 (partie « En fait » de l'arrêt). Le droit international et comparé mobilisé pour justifier avec force d'arguments le revirement est imposant : cela va de l'article 14 § 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques à l'article 20 du Statut de la Cour pénale internationale pour le droit international; l'article 50 de la Charte, l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen et la jurisprudence de la Cour de justice pour le droit de l'Union européenne; l'article 8 § 4 de la Convention américaine tel qu'interprété par la Cour interaméricaine pour le droit régional des droits de l'homme et, last but not least, la jurisprudence de la Cour suprême américaine pour le droit national (v. LAURENCE BURGOGUE-LARSEN, Chronique de jurisprudence européenne comparée, 2009, in : Revue du droit public N° 6-2010, p. 1820 et 1821).

⁴⁶ V. ACEDH *Åklagaren c/Hans Åkerberg Fransson* (requête C-617/10).

⁴⁷ Comme l'avait relevé justement le Rapport public du Conseil d'Etat, 1991, p. 229.