CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 20 octobre 2005 [1]

I — Introduction

1. L'acquis de Schengen comprend:

a) l'accord conclu le 14 juin 1985, dans la ville luxembourgeoise du même nom, par les gouvernements des trois États formant l'Union économique Benelux, la République fédérale d'Allemagne et la République française, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (ci-après l'«accord de Schengen») [2];

b) la convention d'application de cet accord, conclue le 19 juin 1990 par les mêmes parties contractantes (ci-après la «convention») [3] et,

c) les protocoles et accords d'adhésion à ces deux actes d'autres États membres de l'Union européenne, les décisions et déclarations adoptées pas le comité exécutif créé par la convention, ainsi que les actes adoptés par les instances auxquelles ce comité a attribué des compétences décisionnelles [4].

2. Le protocole (n° 2) annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne (ci-après le «protocole») intègre ce corpus juridique dans le cadre de l'Union. Conformément à l'article 2, paragraphe 1, premier alinéa, dudit protocole, l'acquis de Schengen s'applique aux treize États membres visés à l'article 1er, dont

1 — Langue originale: l'espagnol.
2 — JO 2000, L 239, p. 13.
3 — JO 2000, L 239, p. 19.
4 — JO 2000, L 239, p. 63 et suiv.

le Royaume de Belgique [5], à compter de la date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (1er mai 1999).

3. En vertu de l'article 6 du protocole, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sont tenus de mettre en œuvre et de développer l'acquis de Schengen, qui s'applique dans ces États depuis le 25 mars 2001 [6].

4. La demande de décision préjudicielle présentée par le Hof van Cassatie (Cour de cassation) (Belgique) offre à la Cour l'occasion d'interpréter, pour la troisième fois [7], l'article 54 de la convention, qui énonce le principe ne bis in idem, ainsi que d'analyser son application ratione temporis et de préciser la notion de «mêmes faits».

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

5. Les dispositions de l'acquis de Schengen visent, selon le préambule du protocole, à renforcer l'intégration européenne et, en particulier, à permettre à l'Union européenne de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice.

5 — Les autres États membres sont le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République portugaise, la République de Finlande et le Royaume de Suède. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ainsi que l'Irlande ne se sont pas associés pleinement à ce projet commun et ont opté pour une intervention ponctuelle [les décisions 2000/365/CE du Conseil, du 29 mai 2000 (JO L 131, p. 43), et 2002/192/CE du Conseil, du 28 février 2002 (JO L 64, p. 20), sont relatives, respectivement, aux demandes de ces deux États membres de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen]. Le Royaume de Danemark jouit d'un statut particulier qui lui permet de ne pas appliquer les décisions adoptées dans ce domaine. Les règles constituant l'acquis de Schengen lient les dix nouveaux États membres à compter de leur adhésion à l'Union, bien que l'application d'un grand nombre d'entre elles dépende du Conseil de l'Union européenne [article 3 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (JO 2003, L 236, p. 33)].

6 — Le 19 décembre 1996, les treize États membres de l'Union, alors signataires des accords de Schengen et les États nordiques susmentionnés ont signé, à Luxembourg, un accord ad hoc, auquel a fait suite l'accord conclu le 18 mai 1999 par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen — Acte final (JO 1999, L 176, p. 36). En vertu de l'article 15, paragraphe 4, de ce dernier accord, le Conseil était chargé de fixer une date d'entrée en vigueur dudit accord pour les nouvelles parties contractantes, tâche qu'il a accomplie par sa décision 2000/777/CE, du 1er décembre 2000, relative à la mise en application de l'acquis de Schengen au Danemark, en Finlande et en Suède, ainsi qu'en Islande et en Norvège — Déclarations (JO L 309, p. 24), en indiquant, de façon générale, le 25 mars 2001 (article 1er).

7 — Dans ses deux premiers arrêts, la Cour a étudié la manière dont le jus puniendi est exercé dans les États membres et a déclaré que le principe ne bis in idem s'impose également lorsque l'action pénale est éteinte à la suite de l'accomplissement, par le prévenu, de certaines obligations convenues avec le ministère public (arrêt du 11 février 2003, Gozutok et Brugge, C-187/01 et C-385/01, Rec. p. I-1345, affaires dans lesquelles j'ai présenté des conclusions le 19 septembre 2002). En revanche, ce principe ne s'applique pas si l'affaire est clôturée après que le ministère public a décidé de ne pas poursuivre l'action au seul motif que des poursuites pénales ont été engagées dans un autre État membre à l'encontre du même prévenu et pour les mêmes faits, et ce en l'absence de toute appréciation sur le fond (arrêt du 10 mars 2005, Miraglia, C-469/03, Rec. p. I-2009).

6. En application de l'article 2, paragraphe 1, deuxième alinéa, du protocole, le Conseil a adopté, le 20 mai 1999, les décisions 1999/435/CE et 1999/436/CE, relatives à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis [8].

7. Il ressort de l'article 2 et de l'annexe A de la seconde de ces décisions que la base juridique des articles 54 à 58 de la convention est constituée par les articles 34 UE et 31 UE, qui figurent au titre VI du traité UE, intitulé «Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale».

8. Lesdits articles de la convention forment le chapitre 3, intitulé «Application du principe ne bis in idem» et relevant du titre III («Police et sécurité»).

9. L'article 54 se lit comme suit:

«Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation.»

10. L'article 71, figurant au chapitre 6 («Stupéfiants») du même titre III, trouve sa base juridique dans les articles 34 UE et 31 UE, susmentionnés, mais également dans l'article 30 UE. Ses deux premiers paragraphes sont ainsi rédigés:

«1. Les Parties Contractantes s'engagent, en ce qui concerne la cession directe ou indirecte de stupéfiants et de substances psychotropes de quelque nature que ce soit, y compris le cannabis, ainsi que la détention de ces produits et substances aux fins de cession ou d'exportation, à prendre, en conformité avec les Conventions existantes des Nations Unies, toutes mesures nécessaires à la prévention et à la répression du trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes.

2. Les Parties Contractantes s'engagent à prévenir et à réprimer par des mesures administratives et pénales l'exportation illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, y compris le cannabis, ainsi que la cession, la fourniture et la remise desdits

8 — JO L 176, p. 1 et 17, respectivement.

produits et substances, sans préjudice des dispositions pertinentes des articles 74, 75 et 76 [9].

[...]»

B — *Les conventions des Nations unies*

11. L'article 36 de la convention unique sur les stupéfiants signée à New York le 30 mars 1961 prévoit:

«1. a) Sous réserve de ses dispositions constitutionnelles, chaque Partie adoptera les mesures nécessaires pour que la culture et la production, la fabrication, l'extraction, la préparation, la détention, l'offre, la mise en vente, la distribution, l'achat, la vente, la livraison, à quelque titre que ce soit, le courtage, l'envoi, l'expédition en transit, le transport, l'importation et l'exportation de stupéfiants non conformes aux dispositions de la présente Convention, ou tout autre acte qui, de l'avis de ladite Partie, serait contraire aux dispositions de la présente Convention, constituent des infractions punissables lorsqu'elles sont commises intentionnellement et pour que les infractions graves soient passibles d'un châtiment adéquat, notamment de peines de prison ou d'autres peines privatives de liberté.

[...]

2. Sous réserve des dispositions constitutionnelles de chaque Partie, de son système juridique et de sa législation nationale,

a) i) Chacune des infractions énumérées au [paragraphe] 1 sera considérée comme une infraction distincte, si elles sont commises dans des pays différents;

[...]

3. Aucune disposition du présent article ne portera atteinte aux dispositions du droit pénal d'une Partie en matière de juridiction.

4. Les dispositions du présent article seront limitées en matière de compétence par la législation pénale de chacune des Parties.»

9 — Ces dispositions se réfèrent au commerce légal et aux contrôles indispensables.

12. Le libellé de l'article 22 de la convention de 1971 sur les substances psychotropes est pratiquement identique à celui de l'article 36 de la convention de 1961.

III — Les faits du litige au principal et les questions préjudicielles

13. M. Van Esbroeck, ressortissant belge, a été condamné le 2 octobre 2000 par le Bergens tingrett [tribunal de première instance de Bergen (Norvège)] à une peine d'emprisonnement de cinq ans pour importation illégale de stupéfiants, infraction commise le 1er juin 1999.

14. Après avoir purgé la moitié de sa peine et avoir été remis en liberté conditionnelle, il est retourné dans son État d'origine, où, le 27 novembre 2002, il a été cité à comparaître et mis en accusation pour l'exportation, le 31 mai 1999, des substances qu'il a introduites en Norvège le jour suivant. Le correctionele rechtbank van Antwerpen (tribunal correctionnel d'Anvers) l'a condamné à un an de prison par jugement du 19 mars 2003, confirmé en appel par le hof van beroep te Antwerpen (cour d'appel d'Anvers) dans un arrêt du 9 janvier 2004.

15. L'intéressé s'est pourvu en cassation et a invoqué la violation du principe ne bis in idem, énoncé à l'article 54 de la convention.

16. Avant de se prononcer, le Hof van Cassatie a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 54 de la [convention] doit-il être interprété en ce sens qu'il peut être appliqué par une juridiction belge à l'égard d'une personne qui est poursuivie en Belgique après le 25 mars 2001 devant un tribunal correctionnel pour les mêmes faits que ceux pour lesquels il a été jugé et condamné par jugement d'un tribunal correctionnel norvégien le 2 octobre 2000 et que, la sanction ou la mesure a déjà été subie, alors que, à la suite de l'article 2.1 de la Convention du 18 mai 1999, conclue entre le Conseil de l'Union européenne, [la République] d'Islande et [le Royaume de Norvège], relative à la manière dont l'Islande et la Norvège participent à l'exécution, à l'application et au développement de l'acquis [de] Schengen, notamment l'article 54 de la [convention] ne sera mis en œuvre et appliqué par la Norvège qu'à partir du 25 mars 2001?

Dans la mesure où la réponse à la première question est affirmative:

2) L'article 54 de la [convention], lu en combinaison avec l'article 71 de cette même [convention], doit-il par conséquent être interprété en ce sens que les faits punissables

de détention destinée à l'exportation et à l'importation concernant ces mêmes stupéfiants et les substances psychotropes de toute nature, le cannabis inclus, et qui sont poursuivis dans différents États ayant signé la [convention] ou ayant mis en œuvre et appliqué l'acquis [de] Schengen, doivent être considérés en tant qu'exportation ou importation comme 'les mêmes faits' au sens de l'article 54 précité?»

IV — La procédure devant la Cour

17. Ont soumis des observations écrites dans la présente procédure préjudicielle le requérant au principal, les gouvernements tchèque, néerlandais, autrichien, polonais et slovaque ainsi que la Commission des Communautés européennes. Les représentants de M. Van Esbroeck, des deux premiers gouvernements cités et de la Commission ont assisté à l'audience tenue le 22 septembre 2005 afin d'y être entendus en leurs observations orales.

V — Analyse des questions préjudicielles

A — *La nature et les fondements du principe ne bis in idem*

18. Dans les conclusions que j'ai présentées dans les affaires Gözütok et Brügge, précitées (points 48 et suivants), j'ai indiqué que l'article 54 de la convention est une authentique expression du principe qui s'oppose à ce que, en raison d'un même comportement illicite, une personne soit poursuivie pénalement et, éventuellement, condamnée plusieurs fois, dans la mesure où ce cumul de poursuites et de sanctions a pour conséquence inadmissible l'exercice répété du jus puniendi.

19. J'ai ensuite ajouté que ce principe est fondé sur les deux piliers de tout système juridique, à savoir la sécurité juridique et l'équité. L'auteur de l'infraction doit savoir que, par l'exécution de la peine, il a expié sa faute, et n'a plus à craindre une nouvelle sanction. Lorsqu'il est acquitté, il doit avoir la certitude qu'aucune autre procédure ne sera ouverte pour le juger à nouveau.

20. On ne saurait oublier, en outre, que toute sanction poursuit une double finalité, répressive et dissuasive. Elle vise à sanctionner un comportement et à décourager les auteurs de l'infraction en cause, ainsi que d'autres éventuels auteurs d'infractions, d'adopter des comportements juridiquement répréhensibles. Elle doit donc être proportionnée à de telles fins, en maintenant un juste équilibre afin de sanctionner le comportement en cause, tout en étant exemplaire. Le principe d'équité, dont la règle de la proportionnalité est un instrument, s'oppose ainsi au cumul des sanctions.

21. L'interdiction énoncée par le principe ne bis in idem a donc deux fondements. D'une part, élevée au rang de norme constitutionnelle dans certains États liés par l'acquis de Schengen [10], elle s'analyse comme une manifestation de la protection juridictionnelle du citoyen face au jus puniendi, laquelle découle du droit à une procédure régulière et à un procès équitable [11]. D'autre part, elle répond à une exigence structurelle de l'ordre juridique, dont la légitimité repose sur le respect de la chose jugée [12].

22. Cette dualité, de même que l'objectif poursuivi par l'article 54 de la convention, doit inspirer la réponse aux questions du Hof van Cassatie.

B — *La finalité du principe ne bis in idem dans le cadre de Schengen*

23. La disposition susmentionnée [13], qui confère une validité internationale au principe ne bis in idem, contient une règle au service de la création d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, objectif de l'intégration européenne.

24. La suppression graduelle des contrôles aux frontières est une étape nécessaire vers la réalisation de cet espace commun, même si l'élimination des obstacles administratifs bénéficie à tous, et notamment à ceux qui profitent de la diminution des contrôles pour étendre leurs activités illicites.

25. Aussi est-il indispensable de renforcer la coopération — en particulier en matière de police et de sécurité — entre les États, qui se transforment ainsi en acteurs de la lutte contre le crime dans l'ensemble de la société européenne et collaborent de ce fait au maintien de l'ordre. Toutefois, cette plus grande résolution dans la poursuite des

10 — En tant que garantie individuelle, elle est consacrée par plusieurs traités internationaux tels que le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 14, paragraphe 7) ou le protocole n° 7 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (article 4). Ces textes, toutefois, énoncent le principe dans l'ordre juridique interne et en garantissent le respect sur le territoire d'un État. Le comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies a déclaré que l'article 14, paragraphe 7, dudit pacte ne s'applique pas aux décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée adoptées à l'étranger (décision du 2 novembre 1987, réf. CCPR/C/31/D/204/1986).

11 — On pourrait même soutenir que l'interdiction découlant du principe ne bis in idem protège la dignité de la personne face aux traitements inhumains et dégradants, puisque la pratique consistant à poursuivre plusieurs fois une infraction mérite une telle qualification.

12 — Ces aspects ont été soulignés par Vervaele, J. A. E., «El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 5, octobre 2004 (www.iustel.com).

13 — Reprise d'une disposition antérieure de la convention de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à l'application du principe ne bis in idem, texte qui a connu peu de succès, mais qui a eu le mérite d'inspirer les articles 54 à 58 de la convention, ainsi que l'a souligné Blanco Cordero, I., «El principio ne bis in idem en la Unión Europea», *Diario La Ley*, n° 6285, du 30 juin 2005.

infractions ne doit pas porter atteinte aux garanties inaliénables reconnues aux citoyens dans une société démocratique de droit.

26. C'est vers ce dernier objectif que tend l'article 54 de la convention, qui, aux termes des arrêts précités Gözütok et Brügge ainsi que Miraglia, garantit la libre circulation des citoyens au sein de l'Union (points 38 et 32, respectivement), finalité énoncée à l'article 2, premier alinéa, quatrième tiret, UE.

C — *L'application ratione temporis de l'article 54 de la convention (première question préjudicielle)*

27. L'acquis de Schengen s'applique en Belgique depuis le 1er mai 1999 et en Norvège depuis le 25 mars 2001. L'infraction reprochée à M. Van Esbroeck s'est déroulée les 31 mai et 1er juin 1999. L'intéressé a été condamné en Norvège le 2 octobre 2000 pour importation illégale de substances prohibées et, en Belgique, le 19 mars 2003, pour exportation illicite des mêmes produits.

28. Compte tenu de cette chronologie, la juridiction de renvoi se demande si l'interdiction des doubles peines énoncée à l'article 54 de la convention, qui n'était pas en vigueur en Norvège lorsque le premier jugement a été prononcé, pourrait empêcher l'imposition d'une sanction ultérieure en Belgique.

29. Force est de constater que l'acquis de Schengen ne contient aucune disposition spécifique concernant l'entrée en vigueur de l'article 54 de la convention ou ses effets dans le temps.

30. La réponse au doute formulé par la juridiction de renvoi, sur laquelle s'accordent tous les participants à la procédure préjudicielle à l'exception du gouvernement slovaque, ressort entièrement de la nature et des fondements du principe ne bis in idem.

31. S'analysant comme un droit matériel subjectif destiné à ce que nul ne puisse être poursuivi et sanctionné de nouveau après avoir commis une infraction et purgé sa peine, il trouve sa pleine expression lorsque ces conditions se vérifient, moment où naît, en tant que corollaire de ce droit, l'obligation des pouvoirs publics de s'abstenir de toute mesure répressive. Ce principe ne peut s'appliquer que si le prévenu a été définitivement jugé antérieurement.

32. Or la justice belge a intenté une action pénale contre M. Van Esbroeck et l'a sanctionné nonobstant l'existence d'un jugement de condamnation étranger, alors même

que l'article 54 de la convention liait les deux États. Dans ces circonstances, je suggère à la Cour d'indiquer au Hof van Cassatie que cette disposition est applicable dans une situation telle que celle du litige au principal.

34. Si l'on considère l'article 54 de la convention sous son angle procédural, la solution est identique, car, sauf disposition expresse contraire, les règles de ce type régissent les procédures engagées après leur entrée en vigueur et le litige au principal a pris naissance en Belgique après l'entrée en application de ladite disposition dans cet État et en Norvège.

33. Au point 14 des conclusions que j'ai présentées dans les affaires Gözütok et Brügge, j'ai soutenu que l'interdiction des doubles peines n'est pas une règle d'ordre procédural, mais, au contraire, une garantie fondamentale des citoyens dans les systèmes juridiques qui, comme ceux des États membres de l'Union, sont fondés sur la reconnaissance à l'individu d'un ensemble de droits et de libertés face à l'action des pouvoirs publics [14]. À cet égard, même si l'on considérait que, aux fins du principe susmentionné, le cadre juridique de la seconde affaire est celui qui était applicable à l'époque de la première, voire celui qui était en vigueur au moment de la commission de l'infraction, le cadre normatif actuel, étant plus favorable à l'accusé, devrait être appliqué rétroactivement, conformément à un principe de base de la politique pénale communément admis dans les systèmes juridiques évoqués plus haut.

D — *La définition de la notion de l'«idem» (seconde question préjudicielle)*

1. Quelques précisions liminaires

35. La juridiction de renvoi demande à ce que la portée de l'expression «mêmes faits», figurant à l'article 54 de la convention, soit clarifiée.

36. La tâche consistant à déterminer si des faits justifiant l'ouverture d'une procédure pénale sont identiques à ceux d'une affaire antérieure est au cœur de la fonction de juger, pour laquelle seul est qualifié le juge qui connaît directement la réalité sur laquelle il projette son appréciation, sans préjudice d'un possible réexamen en deuxième instance.

14 — Queralt Jiménez, A., *La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español* (thèse de doctorat en cours d'élaboration), indique que l'analyse de l'arrêt nº 2/2003 du Tribunal Constitucional espagnol, du 16 janvier 2003 (BOE nº 219 de 2003), permet d'affirmer que l'interdiction découlant du principe ne bis in idem présente un double aspect: le premier, matériel, concerne l'impossibilité de sanctionner deux fois ou davantage une personne pour un comportement, indépendamment du point de savoir si les sanctions sont infligées à l'intérieur du même ordre juridique ou dans le cadre d'une procédure unique; le second aspect, procédural, interdit tout nouveau jugement sur un fait à l'égard duquel une décision définitive, de condamnation ou d'acquittement, a déjà été rendue, protégeant ainsi l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions judiciaires. Il ajoute, comme droit autonome, l'interdiction des doubles poursuites pénales, appartenant à l'univers du droit à un procès équitable, mais qui, de façon indirecte, influe sur le principe ne bis in idem.

37. En conséquence, la Cour doit résister à la tentation de le supplanter. Sa fonction se borne à énoncer des critères d'interprétation qui, compte tenu des fondements et de la finalité de la règle, indiquent la direction la plus appropriée pour parvenir à un traitement uniforme dans l'ensemble du territoire de l'Union.

38. À ce stade de l'analyse, j'avoue qu'une lecture hâtive de la seconde question du Hof van Cassatie m'a incité à entreprendre de définir les contours de la notion juridique indéterminée de «mêmes faits», afin de dégager, du point de vue du droit communautaire, des règles autonomes permettant d'énoncer un critère général susceptible de résoudre les éventuels cas qui pourraient se présenter à l'avenir.

39. Cette tâche, outre qu'elle serait présomptueuse, s'avérerait impossible, car la contingence des politiques pénales et la nature de la procédure pénale rendent difficiles les constructions à valeur universelle, en sorte qu'une approche utile pour quelques infractions ou certaines formes de participation peut être inadéquate pour d'autres [15].

15 — Dannecker, G., «La garantía del principio ne bis in idem en Europa», *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Madrid, 2004, p. 157 à 176, souligne les fluctuations de ce principe lorsqu'on le confronte à des cas de figure se rattachant à la coopération entre groupes criminels ou à certaines infractions continues telles que la détention illégale d'armes (p. 168).

40. Il semble plus raisonnable de se placer dans une optique intermédiaire et d'apprécier, sans se perdre dans les faits du litige au principal, les circonstances particulières de l'affaire afin d'aider le juge national en lui fournissant des règles destinées à résoudre ledit litige conformément à l'esprit de la disposition dont l'interprétation est demandée dans la présente procédure préjudicielle.

2. La dimension strictement factuelle de ladite notion

41. Cette approche éclectique sous-tend la question du Hof van Cassatie, qui vise à déterminer si, aux fins de l'article 54 de la convention, l'exportation et l'importation illicites de stupéfiants ou de substances psychotropes entre deux États parties à cette convention peuvent être qualifiées de faits identiques ou si, au contraire, chaque État est tenu de les réprimer comme des infractions distinctes.

42. L'importance de cette question est évidente, non pas tant en raison de la complexité juridique qui l'entoure, mais parce que cette forme de criminalité se caractérise par la fréquente répétition de comportements analogues. La doctrine avait

annoncé de tels problèmes [16] et la réalité en a confirmé l'existence [17].

43. Il s'agit, par conséquent, de délimiter la notion constituée par le second élément de la maxime ne bis in idem. Il convient, pour ce faire, d'envisager un triple point de vue: celui des faits, à l'exclusion de toute autre considération, celui privilégiant leur qualification juridique et celui mettant l'accent sur les biens protégés par cette qualification.

44. Une approche linguistique permet de valider la première possibilité. La version espagnole de la convention, qui contient l'expression «por los mismos hechos», ne laisse aucune place au doute. Les textes français, allemand, anglais, italien et néerlandais («pour les mêmes faits», «wegen derselben Tat», «for the same acts», «per i medesimi fatti» et «wegens dezelfde feiten», respectivement) ne prêtent pas non plus à controverse, car ils se réfèrent tous à l'idem factum, soit à l'ensemble des événements visés par l'action pénale en tant que phénomène que le juge doit apprécier afin d'en tirer les conséquences pertinentes en droit.

45. Cette perspective se confirme si l'on examine le fondement et le sens de cette garantie essentielle accordée aux citoyens: la libre circulation dans l'espace Schengen exige que l'auteur d'un acte sache que, une fois condamné et après avoir purgé sa peine ou, le cas échéant, après avoir été définitivement acquitté dans un État membre, il peut se déplacer à l'intérieur de cet espace sans craindre d'être poursuivi dans un autre État membre au motif que ce comportement constitue une infraction distincte dans son ordre juridique. Si l'on admettait cette dernière approche, l'objectif de l'article 2, premier alinéa, quatrième tiret, UE resterait lettre morte et l'on aboutirait à autant d'obstacles à cette liberté dans l'espace intérieur qu'il y a de systèmes pénaux, lesquels, de surcroît, et malgré le travail d'harmonisation résultant des décisions-cadres du Conseil, se caractérisent par une forte empreinte nationale.

46. Pour les mêmes raisons, il convient de rejeter également le critère du bien juridique protégé, car il apparaît si lié aux choix légitimes des politiques pénales internes qu'il permettrait de réprimer plusieurs fois un

16 — Vervaele, J. A. E., op. cit., a relevé que, à la suite de l'arrêt Gözütok et Brügge, il restait un certain nombre de points cruciaux en suspens, comme la clarification de la notion de «mêmes faits». Van den Wyngaert, C., et Stessens, G., «The International Non Bis in Idem Principle: Resolving some of the unanswered Questions», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, octobre 1999, p. 789, posent la question de savoir si, dans le cas du trafic illégal de drogue entre deux pays, l'auteur commet deux infractions, l'une au titre de l'exportation et l'autre liée à l'importation. Dannecker, G., op. cit., p. 167 et 168, utilise le même exemple.

17 — Dans l'affaire Hiebeler (C-493/03), la cour d'appel de Bordeaux souhaitait savoir si, aux fins de l'interdiction découlant du principe ne bis in idem, le transport transfrontalier d'une certaine quantité de stupéfiants impliquait l'existence de faits différents, punissables dans les États membres correspondants. La Cour ne s'est pas prononcée, la procédure préjudicielle ayant fait l'objet d'une ordonnance de radiation en date du 30 mars 2004, au motif que l'instance au principal était devenue sans objet. Le rechtbank 's-Hertogenbosch (tribunal de cette ville du Brabant) (affaire Van Straaten, C-150/05) et le hof van beroep te Antwerpen (affaire Bouwens, C-272/05) se sont adressés à la Cour dans les mêmes termes, toujours en rapport avec le commerce international illicite de drogues. L'examen de ces deux renvois est en cours.

même comportement, compromettant ainsi l'objectif de l'article 54 de la convention.

47. Si les éléments d'appréciation étaient les infractions ou les valeurs protégées par leur interdiction, en lieu et place des simples faits, le principe ne bis in idem ne trouverait jamais à s'appliquer dans l'ordre international [18].

48. Cette circonstance explique probablement que, à la différence du pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui interdit les doubles poursuites pour une même «infraction» (article 14, paragraphe 7), et du protocole n° 7 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui, avec le même objectif, s'intéresse à l'«infraction» (article 4) [19] — deux textes qui s'attachent à la dimension interne du principe qui nous occupe —, d'autres accords, qui abordent sa dimension internationale, se placent dans une optique purement factuelle [20]. L'Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision-cadre du Conseil relative à l'application du principe ne bis in idem [21] contient le même critère, le terme «idem» étant défini comme «le deuxième acte punissable [qui] résulte exclusivement des mêmes circonstances ou de circonstances en substance similaires, indépendamment de sa qualification juridique» [article 1er, sous e)].

49. Par ailleurs, dans la présente affaire, il convient de constater que les ministères de l'Intérieur et de la Justice belges ont publié, le 10 décembre 1998, une circulaire [22] précisant que, aux fins de l'article 54 de la convention, ce qui est exigé n'est pas l'identité des qualifications juridiques, mais

18 — Ainsi s'exprime Dannecker, G., op. cit., p. 175.

19 — La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme apparaît contradictoire sur ce point. Dans l'arrêt Gradinger du 23 octobre 1995, série A n° 328-C, cette Cour a privilégié le critère lié à l'identité des faits, indépendamment de leur qualification juridique, mais dans l'arrêt Oliveira c. Suisse du 30 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V, elle a opté pour l'autre solution. On pouvait penser que l'arrêt Franz Fischer c. Autriche du 29 mai 2001 (n° de requête 37950/97) concilierait ces deux précédents en se fondant sur les faits, toutefois, dans son arrêt Goktan c. France du 2 juillet 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-V, cette même Cour a utilisé de nouveau le critère de la qualification juridique.

20 — Les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda évoquent «des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire» (articles 10, paragraphe 1, et 9, paragraphe 1, respectivement). Dans la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JO 1995, C 316, p. 49), et la convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne (JO 1997, C 195, p. 2), figurent les termes «pour les mêmes faits» (articles 7, paragraphe 1, et 10, paragraphe 1, respectivement). Toutefois, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO 2000, C 364, p. 1) retient le critère de la même qualification [«Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi» (article 50)], disposition que reproduit le traité établissant une Constitution pour l'Europe (article II-110) (JO 2004, C 310, p. 1).

21 — JO 2003, C 100, p. 24.

22 — Circulaire interministérielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire (*Belgisch Staatsblad*, n° 20, du 29 janvier 1999, p. 2714).

uniquement celle des faits [23]. Un tribunal belge a fait application de cette règle [24].

3. Le cas particulier du litige au principal

50. Les réflexions qui précèdent acquièrent davantage de force lorsqu'on les projette sur les circonstances de l'affaire qui nous occupe.

51. Il est indiscutable que, d'un point de vue matériel, le fait pour lequel M. Van Esbroeck a été sanctionné en Norvège est le même que celui dont il aurait à répondre en Belgique, à savoir le transport clandestin d'un État à un autre d'une certaine quantité de drogue les 31 mai et 1er juin 1999. Ce comportement correspond à une qualification juridique différente d'un État à l'autre: exportation des substances illicites en ce qui concerne la Belgique et importation de ces mêmes produits dans le cas de la Norvège. Si la notion de l'idem a une portée strictement factuelle, M. Van Esbroeck bénéficie de l'application de l'article 54 de la convention, alors que si elle se voit attribuer une dimension juridique, la double peine est possible.

52. Cette dernière option me paraît critiquable pour trois raisons. Tout d'abord, elle aboutit à une solution restrictive, incompatible avec la force expansive intrinsèque des garanties essentielles de l'individu qui protègent sa dignité. Ensuite, elle s'oppose frontalement à l'objectif énoncé à l'article 54 de la convention, qui est d'assurer la libre circulation des citoyens, en laissant pendre au-dessus du condamné qui a exécuté sa peine l'épée de Damoclès de nouvelles sanctions au cas où il franchirait les limites de l'État dans lequel il l'a purgée. Enfin, il est ironique de parler d'importation et d'exportation dans un territoire régi par un ordre juridique qui vise précisément, par sa nature même, à supprimer les frontières tant pour les personnes que pour les biens [25].

23 — Dans les conclusions du IXe Congrès international de droit pénal, approuvées à La Haye le 29 août 1964, une approche strictement factuelle de la notion de l'idem a été proposée (leur texte peut être consulté dans le *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 1965, p. 184 à 193, en particulier p. 189 et 190). Les plus hautes juridictions néerlandaise et française se sont ralliées à ce point de vue [arrêts du Hoge Raad der Nederlanden, du 13 décembre 1994 (*Ars Aequi*, 1995, p. 720), et de la Cour de cassation, du 13 décembre 1983 (*Bulletin* nº 340), cités par Weyembergh, A., «Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?», *Cahiers de droit européen*, 2004, nos 3 et 4, p. 349].

24 — Le Tribunal correctionnel d'Eupen, dans un jugement du 3 avril 1995 (publié dans la *Revue de droit pénal et de criminologie*, novembre 1996, p. 1159), a déclaré que, même si la participation d'une personne à une opération menée entre la Belgique et l'Allemagne se décomposait en deux infractions en vertu de l'article 36 de la convention unique de New York sur les stupéfiants, du 30 mars 1961, l'action publique exercée devant la juridiction belge pour l'infraction commise sur le territoire de la Belgique ne devait pas être admise, car l'acte en cause ne constituait qu'un seul fait punissable et son auteur avait déjà été jugé en Allemagne. Brammertz, S., «Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen», même numéro de la revue citée, p. 1063 à 1081, rend compte de la jurisprudence belge antérieure à l'entrée en vigueur des dispositions de l'acquis de Schengen, opposée à une application internationale du principe ne bis in idem.

25 — Pour Brammertz, S., op. cit., p. 1077 et 1078, après l'entrée en vigueur des dispositions de l'acquis de Schengen, il n'est plus possible d'affirmer que le commerce illicite de drogues entre deux États participants implique l'existence de faits distincts susceptibles de donner lieu à une double sanction, car la libre circulation des personnes et des biens suppose un climat de confiance qui doit avoir des répercussions sur l'analyse et l'appréciation d'un crime transfrontalier. «Pourquoi considérer un trafic entre Eupen et Liège comme un fait pénal unique et décomposer le même trafic entre Eupen et Aix-la-Chapelle en deux faits distincts en fonction d'une frontière qui, sur le terrain, ne trouve aucune concrétisation matérielle?»

4. L'article 71 de la convention

53. En vertu de cette disposition, les États signataires s'engagent à prendre toutes mesures nécessaires à la répression du trafic illicite de drogue, en conformité avec les conventions des Nations unies, et notamment les conventions sur les stupéfiants et les substances psychotropes, qui obligent à considérer les actes punissables comme des infractions distinctes s'ils sont commis dans des pays différents (articles 36 et 22, respectivement).

54. À première vue, les dispositions susmentionnées contredisent le raisonnement exposé ci-dessus, mais un examen attentif de leur contenu permet d'indiquer que, loin de le remettre en question, elles le corroborent.

55. L'article 71 impose aux parties contractantes de ne pas relâcher leurs efforts, dans le cadre de l'espace Schengen, contre le trafic de drogue et, à cette fin, rappelle les obligations qui leur incombent en vertu des conventions sectorielles des Nations unies. Cette disposition a une portée générale et, partant, ne limite pas spécifiquement le champ d'application de l'article 54.

56. Cela étant précisé, lesdites conventions des Nations unies doivent être examinées dans leur contexte historique et normatif, car leurs articles 22 et 36, en vertu desquels les parties contractantes sont tenues de prendre des mesures visant à réprimer les comportements liés à ce commerce illégal, n'énoncent pas une obligation inconditionnelle et préservent les limitations découlant des systèmes juridiques concernés. L'article 54 de la convention fait partie intégrante de l'ordre juridique des États qui ont ratifié ce texte, de sorte que ces limitations ne sauraient nuire à son effectivité.

57. Il ne faut pas non plus perdre de vue que lesdites conventions des Nations unies ont été élaborées en vue de lutter, à l'échelle mondiale, contre le commerce illicite des drogues, stupéfiants et substances psychotropes, en l'absence de réponse forte dans tous les pays. Cette vision confère aux articles 22 et 36 desdites conventions leur véritable signification, à savoir que, lorsque les faits sont perpétrés dans plusieurs États parties, il est possible de les poursuivre et d'en sanctionner les auteurs dans l'un quelconque d'entre eux, afin que, malgré l'éventuelle défaillance de certains États, les auteurs ne demeurent pas impunis. Or cette approche est dénuée de sens dans l'espace Schengen, fondé, comme je l'ai indiqué dans les conclusions présentées dans les affaires Gözütok et Brügge (point 124) et comme la Cour l'a confirmé dans son arrêt dans cette affaire (point 33), sur la confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale [26].

26 — Le programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (JO 2001, C 12, p. 10) cite le principe ne bis in idem comme l'une des règles appropriées à cette fin (p. 12). La communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres va dans le même sens [COM(2005) 195 final, p. 4].

58. En somme, les articles susmentionnés tentent d'empêcher la dépénalisation matérielle d'un comportement, mais, une fois que celui-ci est sanctionné, dans les systèmes juridiques, tels que celui de Schengen, qui admettent le principe ne bis in idem, de nouvelles poursuites sont impossibles. Il n'existe donc aucune contradiction entre les deux corps de règles en question.

59. Ainsi, au sens de l'article 54 de la convention, lu en combinaison avec l'article 71 de celle-ci, l'exportation et l'importation des mêmes stupéfiants ou substances psychotropes, quelle qu'en soit la nature, y compris le cannabis, entre deux États signataires de la convention ou dans lesquels l'acquis de Schengen est mis en œuvre et appliqué, constituent des faits identiques aux fins de la première de ces dispositions, indépendamment de la qualification juridique attribuée à ces comportements dans les ordres juridiques concernés.

VI — Conclusion

60. À la lumière des réflexions qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par le Hof van Cassatie:

«1) L'article 54 de la convention d'application de l'accord, conclu le 14 juin 1985 à Schengen par les gouvernements des trois États formant l'Union économique Benelux, la République fédérale d'Allemagne et la République française, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, est applicable ratione temporis à une procédure pénale engagée après l'entrée en vigueur de ladite disposition en raison de faits déjà jugés, indépendamment de la date à laquelle les premières poursuites ont été entamées.

2) L'exportation et l'importation des mêmes stupéfiants ou substances psychotropes, quelle qu'en soit la nature, y compris le cannabis, entre deux États signataires ou dans lesquels l'acquis de Schengen est mis en œuvre et appliqué, constituent des faits identiques au sens de l'article 54 de ladite convention, lu en combinaison avec l'article 71 de celle-ci, abstraction faite de la qualification juridique attribuée à ces comportements dans les ordres juridiques concernés.»