



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master 2 Droit de la propriété littéraire, artistique et
industrielle**

**Dirigé par Monsieur le Professeur Jérôme Passa
2023**

***La conformité au principe ne bis in idem
des poursuites pénales et douanières en
contrefaçon de marque***

Marion Ganswindt

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jérôme Passa

Université Paris II Panthéon-Assas

Master 2 Droit de la propriété littéraire, artistique et industrielle

Dirigé par Monsieur le Professeur Jérôme PASSA

**La conformité au principe *ne bis in idem* des poursuites
pénales et douanières en contrefaçon de marque**

Mémoire présenté et soutenu par Marion GANSWINDT

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jérôme PASSA

Année universitaire 2022-2023

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout particulièrement Madame Christine Baron, cheffe de la section « contentieux dédouanement et prohibition – MOA » du bureau des affaires juridiques et contentieuses de la Direction générale des Douanes et des Droits indirects, et Madame Anne-Laure Siegwald, chargée des dossiers de contrefaçon du même bureau pour le temps qu'elles m'ont accordé et leurs explications précieuses sur le contentieux douanier.

Je remercie également Monsieur le Professeur Jérôme Passa pour ses conseils dans l'orientation du sujet.

Je remercie enfin mes parents et ma sœur pour leur soutien et leur relecture.

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

LISTE DES ABREVIATIONS

<i>AJ pénal</i>	Actualité juridique du droit pénal
<i>AJDA</i>	Actualité juridique du droit administratif
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
CAAS	Convention d'application de l'Accord de Schengen
CD	Code des douanes
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Com.	Chambre commerciale
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dr. Pénal</i>	Droit pénal
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
UE	Union européenne

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 – La possibilité d’un cumul des poursuites pénales et douanières en contrefaçon de marque	5
CHAPITRE 1 – L’identité de cause des poursuites pénales et douanières	5
Section 1 – L’identité de faits à l’origine de poursuites successives	5
Section 2 – L’identité de faits à l’origine d’une poursuite unique	9
CHAPITRE 2 – L’identité d’objet des poursuites pénales et douanières	12
Section 1 – La différence d’objet des poursuites pénales et douanières en droit français	12
Section 2 – L’identité d’objet des poursuites pénales et douanières en droit européen au regard de la matière pénale	17
PARTIE 2 – L’encadrement du cumul des poursuites pénales et douanières en contrefaçon de marque	21
CHAPITRE 1 – L’exigence européenne d’une complémentarité des poursuites pénales et douanières successives	21
Section 1 – L’exigence strasbourgeoise d’un lien matériel et temporel étroit entre les poursuites pénales et douanières	22
Section 2 – La justification luxembourgeoise du cumul des poursuites pénales et douanières	25
CHAPITRE 2 – L’exigence d’un cumul proportionné des sanctions pénales et douanières	27
Section 1 – L’introduction d’un principe de proportionnalité des sanctions	28
Section 2 – La mise en œuvre du principe face aux spécificités du droit douanier	31
CONCLUSION	35
BIBLIOGRAPHIE	36

INTRODUCTION

« *Ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre* »¹

A l'image de la femme rêvée de Paul Verlaine, les poursuites pénales et douanières apparaissent n'être ni tout à fait les mêmes, ni tout à fait distinctes face à des actes de contrefaçon de marque dont elles visent toutes deux la répression. Pourtant, elles s'y côtoient de plus en plus fréquemment face à la volonté affirmée de lutter contre la contrefaçon présentée comme « une triple menace, pour la santé publique, pour la sécurité des consommateurs et pour l'économie nationale »². Cette lutte pourrait sembler bien étrange car l'essence de la contrefaçon réside en une atteinte au monopole d'exploitation dont jouit le titulaire d'un droit de marque. Plus précisément, la contrefaçon consiste pour un tiers à faire usage sans autorisation, sur le territoire couvert par la protection, dans la vie des affaires et à titre de marque d'un signe identique ou similaire à la marque pour des produits identiques ou similaires à ceux visés à l'enregistrement³. Dès lors, la principale – si ce n'est la seule – victime de la contrefaçon est le titulaire du droit de marque qui dispose, pour défendre son monopole, d'une action en contrefaçon devant les juridictions civiles. Cependant, le législateur considère que la contrefaçon porte aussi atteinte à l'ordre public et l'érige ainsi en délit.

La contrefaçon est d'abord un délit pénal en vertu des articles L. 716-9 et L. 716-10 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) qui côtoient les dispositions civiles de la contrefaçon. Ainsi, outre son action devant le juge civil, le titulaire d'une marque française peut agir devant le juge répressif, via un dépôt de plainte avec constitution de partie civile ou une citation directe. Si l'action publique du ministère public ne dépend pas de cette action civile, elle est rarement exercée lorsque le titulaire n'agit pas son droit devant les tribunaux répressifs⁴, soulignant là encore qu'il est la principale victime de ce délit. Ce n'est cependant pas cette action civile qui sera étudiée dans ce mémoire mais l'action publique et la décision pénale en découlant.

La contrefaçon est ensuite un délit douanier car la Direction générale des Douanes et des Droits indirects (DGDDI)⁵, originellement cantonnée à des missions fiscales de recouvrement de l'impôt, a été érigée en acteur clé dans la lutte contre la contrefaçon en raison

¹ VERLAINE, P., « Mon rêve familial », in *Poèmes saturniens*, 1866.

² Présentation du plan contrefaçons 2021-2022, p. 2.

³ CPI, Article L. 713-2.

⁴ SZKOPINSKI, A., *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, 2022, § 18.

⁵ Appellation utilisée depuis le décret CE n° 48-689 du 16 avril 1948.

de ses pouvoirs de police des marchandises. C'est ainsi que les douanes disposent de pouvoirs de retenue douanière à l'égard de marchandises contrefaisantes pour permettre aux titulaires de droits d'agir en contrefaçon ou de solliciter la destruction des marchandises litigieuses. Mais de bras armé des titulaires de droits dans la lutte contre la contrefaçon, les douanes en sont désormais aussi les fers de lance. En effet, la loi n° 94-102 du 5 février 1994 a inscrit les marchandises contrefaisant des droits de marque au sein des marchandises prohibées de l'article 38 du Code des douanes (CD). Ce faisant, elle a érigé la contrefaçon de marque en délit douanier, d'une part, d'importation en contrebande de marchandises prohibées et, d'autre part, d'importation et d'exportation sans déclaration de marchandises prohibées. Ces délits sont sanctionnés à l'article 414 du CD sur le fondement duquel les douanes peuvent poursuivre le contrefacteur par la voie transactionnelle⁶ ou la voie judiciaire⁷. Suivant cette seconde voie, les délits douaniers peuvent être poursuivis par le ministère public en vertu de son action publique et/ou par les douanes en vertu de leur action fiscale – action fiscale qui peut cependant être exercée par le Parquet à titre accessoire en l'absence des douanes. L'action fiscale vise l'application de peines d'amende et de confiscation, tandis que l'action publique porte sur les peines d'emprisonnement. Ce mémoire s'intéressera à l'ensemble de ces voies d'action qui s'inscrivent dans le régime exorbitant du contentieux pénal douanier – « îlot national indépendant »⁸, non harmonisé au niveau européen⁹.

Délit pénal et délit douanier, actions publiques, action fiscale, transaction douanière : les qualifications et les poursuites s'enchevêtrent face à des actes de contrefaçon. Si ces poursuites peuvent avoir lieu au sein d'une procédure unique devant le tribunal correctionnel, elles peuvent aussi être séparées, notamment au regard de l'usage abondant de la transaction douanière qui est la voie adoptée pour 90 % des infractions douanières constatées¹⁰. Ce cumul de poursuites devrait prendre de l'importance car, si les poursuites pénales sur le fondement du délit de contrefaçon restent peu développées avec 234 condamnations par an par le tribunal correctionnel sur la période 2012-2020¹¹, la lutte contre la contrefaçon est présentée aujourd'hui

⁶ CD, Article 350.

⁷ CD, Article 343.

⁸ BERR, C.-J., *Introduction au droit douanier*, 2008, p. 63.

⁹ Le Code des douanes de l'Union ne sera donc pas invoqué.

¹⁰ Rapport annuel 2021 du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, p. 85.

¹¹ Moyenne réalisée à partir des statistiques des condamnations publiées par le Ministère de la Justice. Les chiffres mentionnent les condamnations pour contrefaçon de marque, modèle ou œuvre. Il y a eu 177 condamnations en 2020, un chiffre relativement bas, en raison de la crise sanitaire.

comme une « priorité pour la douane »¹² dont les saisies atteignent des records¹³ et qui cherche à renforcer sa politique contentieuse¹⁴.

Ainsi, loin d'être le rêve de Verlaine, ce cumul de poursuites, et *in fine* de sanctions, pourrait être le cauchemar des prévenus qui seraient tentés de faire jouer le principe *ne bis in idem*¹⁵ pour y échapper.

Initialement règle procédurale en droit romain, l'adage *ne bis in idem* est devenu au temps des Lumières un droit fondamental protégeant les personnes des poursuites intempestives des Etats. En effet, il interdit qu'une « personne déjà jugée définitivement pour un fait délictueux, ne [soit] poursuivie à nouveau pour le même fait »¹⁶. Considéré comme appartenant « au droit universel des nations »¹⁷, il est consacré au niveau international par l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988. Si le Protocole n'a pas été ratifié par l'ensemble des Parties contractantes¹⁸ et si l'article 4 a fait l'objet de plusieurs réserves¹⁹, le droit de l'Union européenne (UE) a quant à lui affirmé l'importance du principe *ne bis in idem* en l'érigant en principe fondamental du droit communautaire²⁰. L'intégrant d'abord au sein du droit dérivé par l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS), entrée en vigueur le 26 mars 1995, il le consacre ensuite en droit primaire à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE²¹. Cet article a vocation à s'appliquer au cumul des poursuites pénales et douanières de la contrefaçon au service de la politique européenne de lutte contre la contrefaçon²². En droit de l'UE, le principe *ne bis in idem* a une portée transnationale

¹² Présentation du plan contrefaçons 2021-2022, p. 2.

¹³ Selon le rapport annuel 2021 du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes (p. 92), il y a eu 9 millions d'articles saisis en 2021, soit une augmentation de 62 % par rapport à 2020.

¹⁴ Présentation du plan contrefaçons 2021-2022, p. 6.

¹⁵ La formule « *ne bis in idem* » serait davantage conforme à la grammaire latine que la forme « *non bis in idem* ». Voir en ce sens : LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem*, 2005, p. 15.

¹⁶ GUINCHARD, S. ; DEBARD, T., *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., 2022, v° « Non bis in idem ».

¹⁷ FAUSTIN, H., *Traité de l'instruction criminelle*, t. 2, 2^e éd., 1866, n° 1010, cité par BRACH-THIEL, D., « *Non bis in idem* : du mythe à la réalité », in *Existe-t-il un seul non bis in idem aujourd'hui ?*, 2017, p. 5.

¹⁸ Par l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

¹⁹ Par la France, l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie et le Portugal.

²⁰ CJCE, Grande Chambre, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij c/ Commission*, C-238/99, pt. 59.

²¹ Le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 rend la Charte juridiquement contraignante (Traité sur l'UE, Article 6 § 1).

²² Selon l'article 51 § 1 de la Charte, elle s'applique aux « Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». La CJUE a une appréciation large de cette condition qui est remplie même si sans mettre en œuvre directement le droit de l'Union, la législation nationale s'inscrit dans une politique européenne (CJUE, Grande Chambre, 26 février 2013, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, pt. 24-28).

puisque'il interdit aussi la succession de poursuites entre les autorités de différents Etats membres. Cependant, ce mémoire n'étudiera pas la portée inter-étatique du principe *ne bis in idem* et se concentrera sur la conformité de la succession des poursuites pénales et douanières françaises au regard des textes européens.

La conformité du cumul au principe *ne bis in idem* sera aussi étudiée sous l'angle du droit français. Si le principe n'a pas de valeur constitutionnelle²³, le Conseil constitutionnel lui préférant le principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines tiré de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²⁴, il dispose cependant d'une assise textuelle puisqu'il est lié à l'autorité de la chose jugée prévue à l'article 6 du Code de procédure pénale (CPP)²⁵. Il est ainsi employé comme une règle procédurale, pendant de l'autorité de la chose jugée, et visant davantage la préservation de la sécurité juridique collective qu'individuelle²⁶, à l'inverse du droit européen. Dans cette logique, la conformité au principe *ne bis* sera de nouveau étudiée face à l'hypothèse de poursuites successives. Cependant, ce mémoire envisagera aussi l'hypothèse d'une poursuite judiciaire unique des délits pénaux et douaniers de la contrefaçon car, malgré la conception originelle du principe *ne bis*, la jurisprudence française²⁷ le convoque pour régler le concours idéal d'infraction qui a lieu lorsqu'un même fait matériel est susceptible de consommer plusieurs infractions.

Droit européen et droit français, poursuite unique et poursuites successives : toutes ces hypothèses seront étudiées afin de déterminer si le cumul de poursuites pénales et douanières en contrefaçon de marque est conforme au principe *ne bis in idem*, qui apparaît déjà multiforme. Ainsi, s'il s'agira d'abord d'envisager la possibilité, face au principe *ne bis*, de cumuler les poursuites pénales et douanières en contrefaçon en s'attachant aux diverses hypothèses mentionnées (Partie 1), il faudra également étudier l'encadrement en aval de cette possibilité (Partie 2).

²³ Cons. const., 30 juillet 1982, n° 82-143 DC, cons. 13.

²⁴ Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, cons. 17.

²⁵ GUINCHARD, S. ; BUISSON, J., *Procédure pénale*, 15^e éd., 2022, § 2729.

²⁶ *op. cit.*, LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem*, 2005, § 140.

²⁷ Crim, 25 octobre 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-84.552 : *AJ pénal* 2017. 35, obs. Gallois.

PARTIE 1 – La possibilité d’un cumul des poursuites pénales et douanières en contrefaçon de marque

Le principe *ne bis in idem* interdit de poursuivre une personne à raison de faits délictueux ayant déjà conduit à une décision définitive. Il est présenté comme le pendant de l’autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal²⁸ qui est une cause d’extinction de l’action publique²⁹. Il s’apprécie, comme l’autorité de la chose jugée en matière civile prévue par l’article 1355 du Code civil, suivant une triple identité : identité de parties, de cause et d’objet³⁰. Lorsque ces trois identités sont caractérisées entre une première décision irrévocable et susceptible d’aucun recours³¹ et une seconde procédure, le principe *ne bis* exclut cette dernière. L’identité de parties entre les poursuites pénales et douanières ne semble pas devoir faire l’objet de développement particulier même si le champ d’application *rationae personae* des infractions n’est pas identique car les délits douaniers sanctionnent, outre les auteurs principaux et les complices, les personnes intéressées à la fraude³². Il suffira d’observer si les doubles poursuites pèsent sur le même prévenu suivant la même qualité. En revanche, les notions d’identité de cause (Chapitre 1) et d’objet (Chapitre 2) doivent être étudiées pour déterminer la possibilité d’un cumul des poursuites pénales et douanières en contrefaçon de marque.

CHAPITRE 1 – L’identité de cause des poursuites pénales et douanières

L’identité de cause est d’abord appréciée dans le cadre de poursuites successives car le champ originel du principe *ne bis in idem* est lié à l’autorité de la chose jugée qui suppose une décision définitive première. Pourtant, la jurisprudence française use aussi cet adage face à une poursuite unique pour résoudre le cumul idéal d’infractions. Or, si l’hypothèse de poursuites pénales et douanières successives est envisageable (Section 1), celle de poursuites concomitantes l’est également car ces délits peuvent être poursuivis devant le même juge (Section 2). Il s’agira donc d’étudier l’identité de cause dans chacun de ces cas.

Section 1 – L’identité de faits à l’origine de poursuites successives

Le principe *ne bis in idem* empêche « qu’une personne déjà jugée définitivement pour un fait délictueux, ne [soit] poursuivie à nouveau pour le même fait »³³. Mais à quoi renvoie ce

²⁸ *op. cit.*, GUINCHARD, S. ; BUISSON, J., *Procédure pénale*, § 2729.

²⁹ CPP, Article 6.

³⁰ *ibid*, *Procédure pénale*, § 2729.

³¹ *idem*, § 2725.

³² CD, Article 399.

³³ *op. cit.*, *Lexique des termes juridiques*, v° *Non bis in idem*.

« même fait » ? Est-ce, dans une conception étroite, les faits matériels appréciés des premiers juges ou, à l'inverse et dans une conception large, les faits matériels juridiquement qualifiés par ceux-ci ? Avant de répondre à cette question, il faut jauger de sa pertinence face aux délits pénaux et douaniers de la contrefaçon de marque. Si de toute évidence il ne peut y avoir identité des qualifications entre ces délits dont les éléments légaux sont distincts, peuvent-ils, indépendamment de leur élément intentionnel, reposer sur les mêmes faits matériels ?

Sur le fondement du droit de la propriété intellectuelle, l'élément légal du délit de contrefaçon de marque française est prévu aux articles L. 716-9 et L. 716-10 du CPI. En ce qui concerne son élément matériel, s'il faut d'abord se référer aux conditions préalables de la contrefaçon de l'article L. 713-2 et apprécier éventuellement un risque de confusion, la contrefaçon porte aussi sur un type d'acte matériel précis. Or, sur ce point, les dispositions pénales ne se contentent pas de renvoyer aux actes prévus par les dispositions civiles de la contrefaçon³⁴, mais énumèrent des comportements délictueux spécifiques. L'article L. 716-9, a) évoque des actes d'importation et d'exportation de marchandises présentées sous une marque contrefaisante en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou louer, tandis que l'article L. 716-10, a) réprime des actes de détention sans motif légitime, d'importation et d'exportation, sans viser leur finalité. Les faits matériels du délit reposent donc, outre le caractère contrefaisant des marchandises, sur des actes d'introduction de celles-ci à des fins commerciales sur le territoire de protection, mais aussi de sortie voire de seule possession des marchandises.

Sur le fondement du droit douanier, l'article 414 du CD sanctionne « tout fait de contrebande ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration lorsque ces infractions se rapportent à des marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées ». La distinction entre les deux délits tient au lieu d'interception des marchandises. D'une part, la contrebande qui vise à « faire entrer ou sortir des marchandises du territoire national en dehors des bureaux de douanes »³⁵ est envisagée lorsque les marchandises sont détenues sur le territoire douanier. Face à une telle détention, et à défaut de justification d'origine fournie aux agents douaniers et exigée par l'article 215, l'article 419 répute les marchandises contrefaisant des droits de marque comme importées en contrebande. Les circonstances matérielles du délit sont ainsi une détention et une circulation irrégulières de marchandises contrefaisantes sur le territoire douanier – ce qui est similaire à la détention sans motif légitime de l'article L. 716-10, a) du CPI – mais qui sont envisagées par le droit douanier comme succédant nécessairement

³⁴ CPI, Article L. 713-3-1.

³⁵ BELFAYOL, E., *Le contentieux pénal douanier*, 2016, p. 63.

une importation réputée illicite. D'autre part, s'agissant de l'importation et de l'exportation sans déclaration, elle consiste à « faire entrer ou sortir des marchandises par les bureaux de douane mais sans remplir les formalités relatives à leur déclaration [voire] en faisant de fausses déclarations ou en utilisant de faux documents »³⁶. Ces actes sont appréhendés lors du franchissement des frontières, et sont présumés avoir eu lieu face à une « infraction aux dispositions législatives [...] portant prohibition d'importation ou d'exportation » selon l'article 428, alinéa 1^{er} du CD. Or, l'article 38, 9^o vise les marchandises contrefaisant des droits de marque parmi les marchandises prohibées. Ainsi, les faits concrets du délit se rapportent, comme pour le délit pénal, à des actes d'entrée ou de sortie du territoire douanier qui se superpose au territoire de protection de la marque française.

Les délits pénaux et douaniers de la contrefaçon de marque reposent donc sur des circonstances matérielles identiques : des marchandises contrefaisantes importées, exportées ou détenues. Ainsi, il est pertinent définir la notion de cause pour savoir si le principe *ne bis in idem* pourrait interdire le cumul des poursuites pénales et douanières.

En droit français d'abord, si la concision de l'article 6 du CPP sur l'autorité de la chose jugée est peu utile pour appréhender la question, d'autres textes peuvent éclairer la notion. Ainsi, l'article 368 du CPP sur l'autorité d'un acquittement en matière criminelle ainsi que les articles 692 du même Code et 113-9 du Code pénal sur l'autorité des jugements étrangers, se réfèrent tous aux *faits*, « même sous une qualification différente »³⁷. Cette identité de cause comprise comme identité des circonstances matérielles est d'autant plus concluante au regard de la finalité du principe *ne bis in idem*. Il est traditionnellement lié à l'autorité de la chose jugée et tend ainsi à préserver la paix sociale en fixant les situations juridiques et en mettant fin aux débats judiciaires³⁸. Dans cette optique, il est nécessaire de lui conférer une large portée, en retenant le critère de l'identité des faits matériels. Les juges adoptent cette position³⁹.

En droit européen ensuite, le critère de l'« *idem* » a été davantage débattu. En effet, si l'article 54 de la CAAS évoque des poursuites pour des « mêmes *faits* », les articles 50 de la Charte et 4 du Protocole n° 7 font état d'une « *infraction* pour laquelle [le prévenu] a déjà été acquitté ou condamné », ce qui pourrait renvoyer aux faits juridiquement qualifiés. Face à cette incertitude, il semble nécessaire de lire les textes à la lumière de leurs objectifs. Or, ils visent la protection de l'individu contre des poursuites intempestives. En outre, le droit de l'Union, en

³⁶ *op. cit.*, *Le contentieux pénal douanier*, p. 63.

³⁷ CPP, Article 368.

³⁸ *op. cit.*, LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem*, § 81.

³⁹ Pour un exemple : Crim, 4 avril 2018, « *La Coque de Nacre* », n° 16-87.414, *Inédit : Propriétés Intellectuelles* octobre 2018. p. 89, obs. de Candé.

conférant au principe *ne bis* une portée transnationale, a pour objectif d'assurer la libre circulation des personnes dans un « espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures »⁴⁰. Il repose sur la confiance mutuelle entre les Etats membres. Dès lors, il est inopportun de réduire le principe à une identité des qualifications. En effet, dans le cas contraire, les Etats pourraient les multiplier pour poursuivre indéfiniment des individus au sujet des mêmes faits, ce qui rendrait la protection par le principe *ne bis* illusoire. De plus, les droits nationaux des Etats membres de l'Union ne partageant par hypothèse pas les mêmes qualifications pénales, la portée interétatique du principe *ne bis* serait sans effet. C'est ainsi que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) d'abord, dans l'arrêt *Van Esbroeck* du 9 mars 2006⁴¹, et la Cour de Strasbourg ensuite, dans l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie* du 10 février 2009⁴², ont retenu le critère de l'identité des circonstances matérielles, jamais démenti.

Les délits pénaux et douaniers de la contrefaçon partageant une identité de cause, le principe *ne bis* pourrait à ce stade s'opposer au cumul des poursuites pénales et douanières successives. Or, une telle hypothèse est fréquente car il y a une pluralité d'autorités poursuivantes. En effet, d'une part, l'action publique sur le fondement du CPI peut être dissociée dans le temps des poursuites judiciaires de l'Administration des douanes qui dispose d'une action fiscale pour sanctionner les délits douaniers⁴³. L'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de non-lieu motivée en droit⁴⁴ et aux décisions définitives au fond⁴⁵ s'opposerait alors aux poursuites secondes – pénales ou douanières – à raison des mêmes faits. D'autre part, les douanes ont un pouvoir de transaction⁴⁶ à laquelle est attachée l'autorité de la chose transigée après exécution⁴⁷. Les poursuites pénales ultérieures pourraient là encore se heurter au principe *ne bis*. Néanmoins, les délits pénaux et douaniers, soumis à la compétence du même juge, peuvent aussi être poursuivis au sein d'une instance unique. Quelle est alors l'incidence du principe *ne bis in idem* ?

⁴⁰ Traité sur l'UE, Art. 3 § 2.

⁴¹ CJCE, 9 mars 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04, pt. 36. : *AJ pénal* 2006. 265, obs. Saas ; *RSC* 2005. 940, obs. Manacorda.

⁴² CEDH, Grande Chambre, 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, requête n° 14939/03, pt. 84 : *D.* 2009. 2014., note Pradel ; *RSC* 2009. 675., note Roets.

⁴³ CD, Article 343.

⁴⁴ *op. cit.*, GUINCHARD, S. ; BUISSON, J., *Procédure pénale*, § 2727.

⁴⁵ *idem*, § 2729.

⁴⁶ CD, Article 350.

⁴⁷ PERRIER, J.-B., *La transaction en matière pénale*, 2014, § 376.

Section 2 – L’identité de faits à l’origine d’une poursuite unique

Si les poursuites pénales et douanières peuvent se succéder dans le temps en raison de la pluralité des autorités poursuivantes, une poursuite unique est aussi envisageable. En effet, les délits pénaux et douaniers relèvent de la compétence du tribunal correctionnel⁴⁸. Ainsi, et peu important les discussions au sujet de la compétence territoriale des tribunaux correctionnels en matière de propriété intellectuelle, il est possible qu’un même tribunal soit compétent pour connaître d’une poursuite unique sur le fondement de ces deux délits. Cette hypothèse a lieu lorsque le ministère public exerce des poursuites – souvent après une plainte du titulaire des droits – et qualifie les faits de délit pénal et douanier, mais aussi lorsque les poursuites pénales et douanières sont jointes en raison de leur connexité⁴⁹.

Face à cette hypothèse d’une poursuite unique, le principe *ne bis in idem* ne semble pas devoir s’appliquer à défaut de « *bis* ». En effet, les textes européens mentionnent la présence d’une décision définitive antérieure et n’interviennent pas dans le cadre d’une poursuite unique⁵⁰. De même, la majorité de la doctrine française lie ce principe à l’autorité de la chose jugée qui suppose là encore une décision définitive première. Pourtant, la jurisprudence française a brandi le principe *ne bis in idem* face à une poursuite unique se heurtant à un cumul idéal d’infractions qui a lieu lorsqu’un même fait matériel est susceptible de consommer plusieurs infractions⁵¹. Bien que cette extension soit contestée au regard de la conception française de la règle *ne bis* comme règle procédurale, ce serait la confirmation que la règle vise davantage une exigence d’unicité de l’action répressive⁵².

Cette unité de l’action répressive implique une unité de qualification pénale⁵³. Ainsi « un même fait, autrement qualifié, ne saurait entraîner une double déclaration de culpabilité »⁵⁴. Pour choisir entre plusieurs infractions, des solutions ont été développées. Ainsi, il ne peut y avoir de cumul d’infractions incompatibles – qui s’excluent – ou inclusives – dont l’infraction première serait un élément constitutif ou une circonstance aggravante de la seconde⁵⁵. Face aux délits pénaux et douaniers de la contrefaçon, ces solutions ne s’appliquent

⁴⁸ CD, Article 357 pour les délits douaniers ; CPP, Article 381 pour le délit de contrefaçon de marque.

⁴⁹ CPP, Article 387.

⁵⁰ CEDH, 30 juillet 1998, *Oliveira c/ Suisse*, requête n° 25711/94, pt. 26.

⁵¹ *op. cit.*, Crim, 25 octobre 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-84.552 ; Crim, 15 décembre 2021, FP-B, n° 21-81.864.

⁵² *op. cit.*, LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem*, § 82.

⁵³ SAINT-PAU, J.-C., « La règle *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la chambre criminelle », in *La règle ne bis in idem*, p. 141 s.

⁵⁴ Crim, 25 février 1921 : S. 1923, I, 89, note J.-A. Roux.

⁵⁵ PRADEL, J., *Droit pénal général*, 22^e éd., 2019, § 334.

pas dès lors que les éléments constitutifs de l'un n'excluent pas l'autre et que l'un ne se résume pas à un élément constitutif ou à une circonstance aggravante de l'autre. Il en va de même du recours à la règle *lex specialia generalibus derogant* puisque le délit pénal de la contrefaçon n'est pas général par rapport au délit douanier. A l'inverse, la solution qui fait primer la plus haute expression pénale⁵⁶ pourrait être davantage pertinente. Mais quelle serait en l'espèce la qualification la plus grave ? Si les délits douaniers sont punis de trois ans d'emprisonnement et d'une amende comprise entre une et deux fois la valeur de l'objet de la fraude⁵⁷, les délits de contrefaçon de marque sont punis de trois à quatre ans d'emprisonnement et de 300 000 à 400 000 euros d'amende⁵⁸. Dès lors, ils pourraient être vus comme ayant des sanctions plus sévères que les délits douaniers et devoir être retenus en cas de conflit. Cependant, cette solution ne paraît pas optimale. En effet, elle serait fluctuante, liée aux volontés du législateur, et aurait d'ailleurs été inverse avant la loi *Perben II* du 9 mars 2004 puisque le délit de contrefaçon était alors puni de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. De plus, il semble difficile de déterminer la plus haute expression pénale au regard du plafond variable de l'amende douanière. Ainsi, le conflit de qualifications reste entier. La jurisprudence a dégagé une solution permettant de justifier ce concours d'infractions.

Dans l'arrêt du 3 mars 1960 dit *Ben Haddadi*, la chambre criminelle a jugé que lorsque les infractions en concours protégeaient des valeurs sociales distinctes, les deux qualifications pouvaient être retenues⁵⁹. C'est la solution soutenue par les juges face aux poursuites pénales et douanières de contrefaçon⁶⁰. Cependant, est-ce que les délits pénaux et douaniers de la contrefaçon protègent véritablement des valeurs sociales fondamentalement différentes ? La chambre criminelle considère que le délit de contrefaçon vise la protection des droits du titulaire de la marque tandis que les délits douaniers sont tournés vers la sauvegarde des intérêts économiques et fiscaux de l'Etat. Cette présentation du délit pénal de la contrefaçon comme une stricte atteinte à des intérêts privés est classique. Pourtant, en tant qu'infraction pénale, le délit vise aussi, ne serait-ce qu'*a minima*, la protection de l'ordre social. Plus précisément, il « entend [aussi] protéger les intérêts [du corps social] en sanctionnant des comportements économiques venant troubler l'ordre public économique »⁶¹. Ce faisant, les intérêts protégés

⁵⁶ *op. cit.*, *Droit pénal général*, § 340.

⁵⁷ CD, Article 414.

⁵⁸ CPI, Articles L. 716-9 et L. 716-10.

⁵⁹ Crim, 3 mars 1960, « *Ben Haddadi* », *Bull. crim.* n° 168.

⁶⁰ Crim, 11 juin 2008, « *Philip Morris* », n° 07-83.400, *Inédit.* ; Crim, 17 juin 2015, n° 14-80.019, *Inédit.*

⁶¹ BRIATTA, M., *Droit de la contrefaçon et droit de la propriété intellectuelle. Origines et enjeux d'une désunion*, IRPI, t. 50, coll. « Thèses », 2022, p. 174.

par le délit pénal de la contrefaçon, même s'ils ne sont pas tous communs à ceux des délits douaniers, peuvent néanmoins se superposer. A ce titre, les travaux parlementaires des lois n° 94-102 du 5 février 1994 élevant la contrefaçon de marque au rang de délit douanier⁶² comme n° 2014-315 du 11 mars 2014 étendant ce délit à tous les droits de propriété intellectuelle⁶³, ne distinguent pas les intérêts protégés des délits pénaux et douaniers de la contrefaçon et considèrent que la contrefaçon, au sens large, porte atteinte à l'économie des entreprises, à la sécurité des consommateurs et constitue un manque à gagner pour les finances publiques. La distinction frontale entre les intérêts protégés des deux délits paraît assez artificielle.

De plus, la notion de valeur protégée est dénoncée comme particulièrement « hasardeuse, imprécise, parfois arbitraire »⁶⁴. En effet, si elle est employée dans un sens étroit face au cumul des qualifications pénales et douanières de la contrefaçon, elle pourrait aussi être perçue dans un sens large et ainsi renvoyer à la protection de l'ordre public économique. Dès lors, le recours par les juges à la notion de valeur protégée semble être lié à une pure question d'opportunité des poursuites, source d'insécurité pour les prévenus. Par ailleurs la doctrine a largement contesté l'emploi de cette notion extra-juridique pour régler une question de technique juridique par le biais de la politique législative⁶⁵.

C'est ainsi que la Cour de cassation semble aujourd'hui moins encline à user de cette condition, qu'elle ne mentionne ni dans son arrêt du 25 octobre 2016 où elle pose l'attendu de principe suivant lequel « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes »⁶⁶, ni dans son revirement du 15 décembre 2021 posant en principe la possibilité d'un cumul sauf en cas d'infractions incompatibles, inclusives et générales s'il existe une infraction spéciale⁶⁷. Ainsi, peu important les intérêts protégés distincts ou superposés des délits en concours, le principe est désormais celui du cumul des qualifications. Ceci n'est guère concluant par rapport au principe de l'unité de la qualification pénale mais s'inscrit dans la volonté de lutter contre la contrefaçon puisque cela maintient les sanctions sévères prononcées par le juge en droit

⁶² Avis n° 251 de la Commission des Affaires économiques déposé le 19 janvier 1994 par M. J-P. Emin, p. 12-14.

⁶³ Rapport n° 133 de la Commission des lois du Sénat déposé le 13 novembre 2013 par M. M. Delebarre, p. 11.

⁶⁴ ROBERT, J.-H., *Droit pénal général*, P.U.F., coll. « Thémis », 6^e éd., 2005, p. 284, cité par DREYER, E., *Droit pénal général*, 6^e éd., 2021, § 981.

⁶⁵ DARSONVILLE, A., « La pertinence des valeurs sociales protégées », in *La règle ne bis in idem*, p. 35 et s.

⁶⁶ *op. cit.*, Crim, 25 octobre 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-84.552 : *AJ pénal* 2017. 35, obs. Gallois.

⁶⁷ *op. cit.*, Crim, 15 décembre 2021, FP-B, n° 21-81.864 : *Dr. pénal* n° 2. févr. 2022. comm. 23, note Conte ; *Dr. pénal* n° 3. Mars 2022. dossier 4, étude Décima.

douanier⁶⁸ tout en permettant au titulaire des droits d'exercer son action civile qui serait irrecevable si seul le délit douanier était retenu⁶⁹.

En cas de poursuite pénale et douanière unique pour un même fait, il apparaît aujourd'hui possible de retenir les deux infractions. Ainsi, afin de réprimer largement des faits de contrefaçon sans violer le principe *ne bis in idem*, il semble opportun d'engager les poursuites de façon concomitante. Néanmoins, l'hypothèse de poursuites successives vue précédemment est toujours envisageable⁷⁰. Partageant des identités de parties et de faits matériels, ces poursuites jouissent-elles en outre d'une identité d'objet conduisant à ce que le principe *ne bis* s'oppose à la seconde poursuite ?

CHAPITRE 2 – L'identité d'objet des poursuites pénales et douanières

Le principe *ne bis in idem* suppose une identité de parties, de faits matériels et d'objet. Face à des poursuites pénales et douanières successives en contrefaçon de marque, les deux premières identités sont caractérisées. Qu'en est-il de l'identité d'objet ? J. Pradel expose précisément la problématique : « l'objet d'une action, c'est ce qui est demandé. En matière pénale, c'est toujours « l'application d'une peine », disons d'une sanction pénale. D'où la question suivante : si une sanction non pénale [douanière] a déjà été prononcée, une sanction pénale peut-elle ensuite être cependant prononcée [et inversement] ? »⁷¹. En somme, les poursuites douanières ont-elles le même objet que les poursuites pénales à savoir le prononcé d'une peine conduisant à l'application du principe *ne bis* ? A l'inverse de la notion unifiée de cause, celle d'objet des poursuites douanières se dédouble puisqu'à côté de l'approche française favorable au cumul (Section 1), le droit européen a développé la notion autonome de matière pénale pour une application étendue du principe *ne bis in idem* (Section 2).

Section 1 – La différence d'objet des poursuites pénales et douanières en droit français

Si l'objet des poursuites pénales de la contrefaçon exercées par le ministère public vise l'application de peines de 3 à 4 ans d'emprisonnement et de 300 000 à 400 000 euros

⁶⁸ Le juge sanctionne peu le délit pénal de contrefaçon à la différence des délits douaniers. En 2021, le tribunal correctionnel a prononcé 177 condamnations en contrefaçon (tous droits confondus) dont 86 amendes fermes d'un montant moyen de 6 576 euros. En comparaison, le montant moyen des amendes douanières est de 91 274 euros (toutes infractions confondues) (selon les statistiques des condamnations en 2020 du Ministère de la Justice).

⁶⁹ *op. cit.*, Crim, 11 juin 2008, « Philip Morris », n° 07-83.400, *Inédit*.

⁷⁰ Deux hypothèses sont possibles : (i) des poursuites pénales et douanières successives devant le juge répressif ou (ii) une transaction douanière suivie d'une poursuite pénale en contrefaçon.

⁷¹ *op. cit.*, GUINCHARD, S. ; BUISSON, J., *Procédure pénale*, § 1153.

d'amende⁷², celui des poursuites des délits douaniers est débattu. Sur ce point, il est nécessaire de distinguer l'objet de l'action fiscale douanière (i) de celui de la transaction (ii).

(i) – Une différence d'objet tenant au caractère mixte de l'action fiscale douanière

Les douanes peuvent choisir de poursuivre le contrevenant en justice en exerçant leur action fiscale. Si cette action est présentée comme une « action publique de nature spéciale »⁷³, elle n'ôte pas toute compétence au Parquet. A ce titre, l'article 343 du CD dispose dans son alinéa 1^{er} que « l'action pour l'application des peines est exercée par le ministère public » tandis que son alinéa 2 réserve à titre principal « l'action pour l'application des sanctions fiscales [à] l'administration des douanes ». La lettre de cet article pourrait laisser croire que l'action fiscale des douanes ne vise pas l'application de peines. Cependant, cela semble n'être qu'une maladresse textuelle dès lors que l'article cherche plutôt à répartir les compétences des autorités poursuivantes au regard de la nature des sanctions prévues⁷⁴. Ainsi, le ministère public est seul compétent pour requérir l'application de peines privatives de liberté – un emprisonnement de trois ans pour les délits douaniers de la contrefaçon⁷⁵ –, tandis que la compétence des douanes se limite au prononcé d'une amende et de mesures de confiscation. En plus de ce rectificatif terminologique, ces mesures semblent bien constituer une peine définie comme une « sanction punitive, qualifiée comme telle par le législateur et infligée par une juridiction répressive au nom de la société, à l'auteur d'une infraction »⁷⁶. En effet, elles sont infligées par le tribunal correctionnel au contrevenant et semblent punitives dès lors que, d'une part, la confiscation porte non seulement sur les objets de la fraude mais aussi sur les moyens de transport, les objets servant à masquer la fraude et les biens et avoirs, produits directs ou indirects de l'infraction et, d'autre part, le montant de l'amende s'élève à une à deux fois la valeur de l'objet de la fraude⁷⁷.

Pourtant, la chambre criminelle considère que l'amende douanière dans le contentieux de la contrefaçon a un « caractère mixte, répressif et indemnitaire »⁷⁸. Ce faisant, l'objet des poursuites douanières se distingue de celui des poursuites pénales fondées sur le CPI qui visent la stricte application de sanctions punitives. Le critère de l'identité d'objet n'étant pas rempli, la Cour en conclut que des poursuites pénales et douanières successives peuvent avoir lieu, en conformité avec le principe *ne bis in idem*. Mais comment expliquer cette solution ?

⁷² CPI, Articles L. 716-9 et L. 716-10.

⁷³ Crim, 4 juillet 1973, n° 72-91.185, *Bull. crim.* n° 316.

⁷⁴ BERR, J. C. ; TREMEAU, H., *Le droit douanier : communautaire et national*, 7^e éd., 2006, § 775.

⁷⁵ CD, Article 414.

⁷⁶ *op. cit.*, *Lexique des termes juridiques*, v° *Peine*.

⁷⁷ CD, Article 414.

⁷⁸ Crim, 27 février 2002, n° 01-84.301, *Inédit.* ; Crim, 1^{er} juin 2011, « *Auchan* », n° 11-90.029, *Inédit.*

Ancienne et commune à tous les délits douaniers⁷⁹, cette solution pourrait d'abord s'expliquer par le fait que les infractions douanières supposent souvent la privation de recettes fiscales dues au Trésor, les contrevenants cherchant à diminuer voire à éviter les droits de douanes en déclarant une origine douanière ou une valeur en douane erronée. L'action des douanes vise alors à sanctionner leur comportement et à permettre le recouvrement des droits éludés. Cependant, face à des marchandises contrefaisantes, ce raisonnement ne peut avoir lieu. En effet, ces marchandises sont prohibées au titre de l'article 38, 9° du CD et le Trésor n'a donc pas vocation à percevoir des droits de douanes puisqu'elles ne sont pas censées circuler. Ainsi, pour les délits douaniers de la contrefaçon, il n'y a pas de préjudice au détriment du Trésor à réparer et l'action fiscale des douanes ne peut revêtir un aspect indemnitaire. La chambre criminelle a d'ailleurs semblé admettre l'aspect strictement répressif de l'amende douanière face au délit d'importation en contrebande de stupéfiants, en estimant que l'amende douanière n'est pas une dette douanière mais une sanction strictement pécuniaire⁸⁰. Les stupéfiants étant des marchandises prohibées⁸¹, la solution peut être transposée pour les marchandises contrefaisantes. *A fortiori*, même en considérant que les délits douaniers de la contrefaçon faisaient naître une dette au profit du Trésor, le recouvrement de cette somme n'aurait pas lieu via l'action fiscale de l'article 343 du CD. En effet, depuis la réforme du 29 décembre 1977, ce paiement prend place à l'issue d'une action civile des douanes prévue à l'article 377 bis du CD qui dispose qu'« en sus des pénalités fiscales, les tribunaux ordonnent le paiement des sommes fraudées ou indûment perçues ». Seule cette action a un caractère réparateur, et non l'action fiscale des douanes, sauf à considérer qu'on répare deux fois le même préjudice. Les douanes peuvent aussi opter pour un avis de mise en recouvrement avec le cas échéant la saisine du juge judiciaire pour obtenir le paiement des droits dus⁸². Cette voie, largement empruntée, témoigne d'autant plus de l'absence de caractère réparateur de l'amende fiscale prononcée. Cette première explication apparaît donc datée et erronée s'agissant des délits douaniers de contrefaçon.

Une autre explication pourrait avoir lieu. Certains excipent l'aspect indemnitaire de l'amende douanière de son régime exorbitant du droit commun⁸³. En effet, si le régime de son prononcé suit les règles du droit pénal général car elle ne peut être imposée à l'encontre des

⁷⁹ Crim, 11 juin 1949, *Bull. crim.* n° 208 ; Crim, 2 octobre 1975, *Bull. crim.* n° 220.

⁸⁰ Crim, 3 janvier 1986, n° 84-93.870, *Bull. crim.* n° 1, p. 1 : *Gaz. Pal.*, 1987, I, 349, note Bayet.

⁸¹ CD, Article 38, 4°.

⁸² CD, Article 345.

⁸³ CREN, R., *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, 2011, § 140-142.

héritiers du contrevenant décédé avant condamnation⁸⁴ et se prescrit dans les mêmes délais que les peines correctionnelles de droit commun⁸⁵, le régime quant à son recouvrement est quelque peu dérogatoire. En effet, l'amende se prescrit dans les mêmes conditions que les dommages et intérêts civils⁸⁶ et les douanes disposent à son égard de larges facilités de recouvrement : elles peuvent en demander le paiement au propriétaire des marchandises quand bien même ce serait son employé qui aurait été condamné⁸⁷ et elles peuvent faire de même à l'égard des héritiers du condamné décédé⁸⁸. Ces possibilités, dérogeant au caractère personnel de la responsabilité pénale, seraient justifiées par le caractère mixte de l'amende douanière. Pourtant, ne serait-ce pas une erreur de raisonnement que de déduire du régime exorbitant de l'amende douanière sa nature indemnitaire ? De plus, ce régime dérogatoire présent dès le décret n° 48-1935 du 8 décembre 1948 portant refonte du CD⁸⁹ n'est-il pas davantage un héritage du particularisme douanier permettant à l'Administration de recouvrer au mieux le préjudice causé au Trésor ? Ces dérogations restent-elles justifiées alors que pour les délits douaniers de la contrefaçon, « il n'y a aucune place pour une prétendue réparation des intérêts du Trésor qui ne peuvent être distingués de l'intérêt général »⁹⁰ ?

Le caractère mixte de l'action fiscale pose donc question. Il est difficile de percevoir en quoi les poursuites judiciaires pénales et douanières en contrefaçon ont un objet distinct. Pourtant, c'est sur ce fondement que les juges français écartent le principe *ne bis in idem* et acceptent la succession de poursuites judiciaires douanières et pénales.

(ii) – Une différence d'objet tenant à l'aspect administratif de la transaction douanière

Si l'administration des douanes peut choisir la voie judiciaire, elle peut aussi opter pour son pouvoir de transaction en vertu de l'article 350 du CD. Issue de l'Ancien-Régime, cette faculté est particulièrement étendue puisqu'elle peut intervenir avant toute action en justice mais également en cours de procès avec l'acceptation de principe de l'autorité judiciaire, voire même après jugement définitif pour les seules sanctions fiscales. Ce pouvoir est largement utilisé par les douanes et 90 % des infractions douanières constatées font l'objet d'une transaction⁹¹. L'exécution de la transaction éteint les actions publique et fiscale du délit

⁸⁴ CD, Article 344.

⁸⁵ CD, Article 382, alinéa 5.

⁸⁶ CD, Article 382, alinéa 5.

⁸⁷ CD, Article 404.

⁸⁸ CD, Article 385, alinéa 4 ; disposition identique en droit pénal général dans C. pén., Article 133-1.

⁸⁹ Depuis l'ordonnance n° 58-1238 du 17 décembre 1958 pour CD, Article 382, alinéa 5.

⁹⁰ BERR, C. J., *D.* 1997, p. 226 : note sous arrêt : Crim, 24 octobre 1996, n° 95-82.782.

⁹¹ Rapport annuel 2021 du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, p. 85.

douanier de contrefaçon constaté⁹². Pour autant, elle n'a pas de prise sur le délit du CPI. Ainsi, une poursuite pénale successive peut avoir lieu. Cependant, qu'en est-il de cette possibilité face au principe *ne bis in idem* ? Est-ce qu'il y a identité d'objet entre la transaction douanière et la poursuite pénale en contrefaçon ?

La transaction douanière, suivant le régime de la transaction civile du Code civil, aurait comme objet la renonciation à agir⁹³. Cependant, cet objet doit être mis en perspective dès lors qu'elle intervient dans le cadre d'un litige pénal. En effet, l'Administration des douanes transige avec le contrevenant sur son action fiscale. Elle lui propose une amende transactionnelle dont le montant est atténué par rapport à celui prévu à l'article 414 du CD et auquel le contrevenant pourrait faire face en cas de condamnation. Le caractère mixte de l'amende douanière transactionnelle pourrait être questionné suivant le même débat précédemment développé. Cependant, ce n'est pas sur la nature de l'amende transactionnelle mais sur l'autorité qui la prononce que les juges fondent leur solution conduisant à accepter le cumul de la transaction avec une poursuite pénale en contrefaçon. L'amende transactionnelle n'est pas une peine car elle n'est pas prononcée par le juge répressif mais par une administration. Cette limitation du principe *ne bis* aux poursuites successives devant les seules juridictions répressives⁹⁴ est conforme à la réserve émise par la France à l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention qui en restreint l'application aux « seules infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale »⁹⁵. Cependant, la mise à l'écart de cette mesure alternative aux poursuites judiciaires qui aboutit à une amende non négligeable est critiquable et certains appellent à l'application de *ne bis* « par souci de garantie de la sécurité juridique du citoyen et de maintien de la cohérence du système répressif »⁹⁶.

Ainsi, en droit français, le cumul des poursuites pénales et douanières face à des actes de contrefaçon de marque semble bien ancré, ce qui permet l'effectivité de la lutte contre la contrefaçon. Cette solution s'inscrit aussi dans les pas du Conseil constitutionnel. En effet, même s'il ne reconnaît pas le principe *ne bis in idem*, il apprécie le cumul de poursuites sous l'angle de la nécessité des délits et des peines⁹⁷ et prône le cumul des poursuites. Si un durcissement de sa position a pu se faire ressentir en 2015 puisqu'il a déclaré inconstitutionnel le cumul des poursuites administrative et pénale au sujet du délit d'initié en raison de leur

⁹² *op. cit.*, BERR, J. C. ; TREMEAU, H., *Le droit douanier : communautaire et national*, § 1014.

⁹³ C. civ., Article 2048.

⁹⁴ Crim, 20 juin 1996, n° 94-85.796, *Bull. crim.* n° 268 : *D.* 1997. 249, note Tixier et Lamulle.

⁹⁵ Décret n° 89-37 du 24 janvier 1989 : *JORF* du 27 janvier 1989.

⁹⁶ *op. cit.*, LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem*, § 45.

⁹⁷ *op. cit.*, Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, pt. 17.

identité de faits, de finalités, de sanctions et d'ordre juridictionnel⁹⁸, il adopte une position plus souple dès 2016 face au cumul de poursuites pour fraude fiscale en considérant que celui-ci vise l'objectif à valeur constitutionnelle (OVC) de lutte contre la fraude fiscale⁹⁹. Il est donc probable, face à une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁰, qu'il admette le cumul des poursuites pénales et douanières au regard du nouvel OVC de lutte contre la fraude en matière douanière¹⁰¹, peu importe les critiques vues précédemment au sujet de la différence de finalités des poursuites. Néanmoins, cette faveur française envers les poursuites successives pourrait se heurter aux prescriptions des Cours de Strasbourg et de Luxembourg qui, afin de donner plein effet au principe *ne bis in idem*, le soumettent à la notion autonome élargie de matière pénale.

Section 2 – L'identité d'objet des poursuites pénales et douanières en droit européen au regard de la matière pénale

Les textes européens relatifs au principe *ne bis in idem* visent à protéger les individus déjà condamnés ou acquittés par un jugement définitif d'une seconde poursuite portant sur les mêmes faits, peu important que celle-ci conduise au prononcé ou non de sanctions. Ils se limitent au cadre de poursuites d'infractions pénales et ne prohibent pas la succession de poursuites pénale et d'une nature différente. Mais à quoi renvoie cette notion de poursuite pénale ? Ces textes doivent-ils être confinés à des poursuites qualifiées de pénales par les Etats ? Une telle question mérite d'être posée au regard de la lettre des articles 4 du Protocole additionnel n° 7 évoquant la « procédure pénale de [l'] Etat » et 50 de la Charte disposant d'un « jugement pénal [...] conformément à la loi ». Cependant, confier aux Etats le soin de qualifier des poursuites de nature pénale ou non conduirait à leur laisser le choix de les soumettre ou de les soustraire au principe *ne bis*, ce qui rendrait la protection des individus illusoire. Dès lors, il apparaît nécessaire d'adopter une notion autonome des poursuites pénales pour assurer une protection effective des individus.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), sur le fondement de l'article 6 de la Convention relatif au droit au procès équitable face à une « accusation en matière pénale », a dégagé la notion autonome de « matière pénale » fondée sur trois critères alternatifs : la qualification de l'infraction par le droit interne, sa nature et le degré de sévérité de la sanction¹⁰².

⁹⁸ Cons. const., 18 mars 2015, n°s 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, « *M. John L. et autres* », pt. 28.

⁹⁹ Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, « *M. Jérôme C.* », pt. 20.

¹⁰⁰ Une QPC a déjà été posée mais la Cour de cassation, se réfugiant derrière le caractère mixte de l'amende douanière, l'a jugée non sérieuse (Crim, 1^{er} juin 2011, « *Auchan* », n° 11-90.029, *Inédit*).

¹⁰¹ Cons. const., 22 septembre 2022, n° 2022-1010 QPC, « *M. Mounir S.* », pt. 7.

¹⁰² CEDH, Cour plénière, 8 juin 1976, *Engel et al. c/ Pays-Bas*, requête n° 5100/71 et autres, pt. 82.

Elle a étendu sa solution à l'article 4 du Protocole n° 7 qui vise également l'équité procédurale¹⁰³. Ainsi, si les infractions considérées relèvent de la matière pénale à la lumière des critères *Engel* et qu'une infraction a donné lieu à une première décision définitive, la poursuite de la seconde infraction se heurte au principe *ne bis in idem*. Si le délit pénal de contrefaçon relève de toute évidence de la matière pénale, qu'en est-il des poursuites douanières ?

D'une part, s'agissant de l'action fiscale, vu la sévérité des sanctions – une amende d'une à deux fois la valeur des marchandises contrefaisantes et des confiscations s'étendant au-delà des objets de la fraude¹⁰⁴ – il semble incontestable qu'elle relève de la matière pénale. Son caractère mixte n'est pas de nature à la soustraire de la matière pénale dès lors que l'aspect répressif est dominant dans le cadre de la contrefaçon. *A fortiori*, les sanctions sont prononcées par le juge répressif ce qui l'attire à la procédure pénale française. C'est ainsi que la Cour a aisément soumis l'amende douanière de l'article 414 du CD à la matière pénale, peu important son aspect mixte¹⁰⁵.

D'autre part, s'agissant de la transaction douanière, le débat est plus précis. La transaction est une modalité discrétionnaire des douanes. Elles proposent au contrevenant de reconnaître l'infraction commise et de payer une amende transactionnelle dont le montant est inférieur à celui prévu par l'article 414 du CD, sans pour autant être négligeable. La transaction exécutée conduit à l'extinction des actions publique et fiscale relatives au délit constaté. Le contrevenant échappe ainsi à des peines privatives de liberté. Si la transaction n'est pas inscrite au casier judiciaire, elle intervient dans le cadre de la récidive car le contrevenant qui commet une nouvelle infraction à l'article 414 du CD dans les cinq ans suivant la transaction voit le taux maximal des pénalités encourues doubler¹⁰⁶. Ces éléments soulignent la sévérité de l'amende transactionnelle et son caractère répressif. Elle relève de la matière pénale au sens de la Convention même si elle est prononcée par une administration. A ce titre, la Cour a déjà reconnu une coloration pénale à une transaction douanière belge, voisine dans ses effets de la transaction française, au vu de ses conséquences sur la situation du contrevenant¹⁰⁷.

Ainsi, tant l'action fiscale que la transaction douanière relèvent de la matière pénale et le principe *ne bis in idem* trouve donc à s'appliquer si elles interviennent après une décision définitive sur le fondement du délit pénal du CPI, ou inversement. Cette affirmation ne semble

¹⁰³ *op. cit.*, CEDH, Grande Chambre, 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, requête n° 14939/03, pt. 52.

¹⁰⁴ CD, Article 414.

¹⁰⁵ CEDH, 2 juillet 2002, *Götkan c/ France*, requête n° 33402/96, pt. 48.

¹⁰⁶ CD, Article 370.

¹⁰⁷ CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*, requête n° 6903/75, pt. 45-46.

pas pouvoir être remise en cause par la réserve française qui limite le champ de l'article 4 du Protocole n° 7 aux « seules infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale ». D'une part, les délits douaniers de la contrefaçon relèvent de la compétence du tribunal correctionnel qui prononce les sanctions fiscales. Les poursuites judiciaires douanières ne sont donc pas affectées par la réserve. D'autre part, et *a fortiori*, la validité de la réserve est contestable au regard de l'article 57 de la Convention qui exige que les réserves comportent un bref exposé de la loi nationale non conforme à la disposition de la Convention visée. Or, la réserve française ne présente aucun bref exposé d'une disposition nationale la justifiant et, si sa validité n'a pas encore été examinée par la Cour, des réserves semblables ont été invalidées¹⁰⁸. Ainsi, la position française qui accepte le cumul des poursuites en raison de leur objet distinct n'apparaît pas conforme au droit européen des droits de l'homme qui retient une identité d'objet.

La position française se heurte aussi au droit de l'UE. En effet, la notion de « matière pénale » et les critères *Engel* sont adoptés par la CJUE¹⁰⁹ qui se doit, en vertu de l'article 52 § 3 de la Charte de conférer au principe *ne bis in idem* un sens et une portée égale à celle de la Convention européenne des droits de l'homme. Les raisonnements vus précédemment sont donc applicables. L'action fiscale et la transaction douanière relèvent de la matière pénale au sens des articles 54 de la CAAS et 50 de la Charte. Sur ce point, la CJUE avait déjà considéré que la transaction douanière était de nature pénale dès lors qu'elle a un effet extinctif et sanctionne par l'amende prononcée le comportement reproché, peu important qu'aucune juridiction ne prenne part à sa conclusion¹¹⁰. Pour autant, la CJUE a aussi pris ses distances avec la CEDH et son interdiction stricte du cumul. En effet, elle admet le cumul de poursuites si elle observe qu'à défaut les sanctions restantes ne sont pas effectives, proportionnées et dissuasives¹¹¹. Cependant, cette limitation ne semble pas devoir avoir lieu face à la sévérité des sanctions pénales et douanières de la contrefaçon.

Ainsi, sur le plan européen, le principe *ne bis in idem* s'oppose à ce qu'une même personne, à raison des mêmes faits matériels d'importation, d'exportation ou de détention de marchandises contrefaisant des droits de marque, soit poursuivie sur le fondement du délit pénal de contrefaçon alors qu'elle a déjà été définitivement jugée sur le plan douanier, via un

¹⁰⁸ CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c/ Autriche*, requête n° 15963/90, pt. 51. ; CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et al. c/ Italie*, requête n° 18640/10, pt. 210-211.

¹⁰⁹ CJUE, Grande Chambre, 5 juin 2012, *Bonda*, C-489/10, pt. 37.

¹¹⁰ CJCE, 11 février 2003, *Gözütok et Brügger*, C-187/01 et C-385/01, pt. 27-31.

¹¹¹ CJUE, Grande Chambre, 26 février 2013, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, pt. 36 : *AJ pénal* 2013. 270, note Copain ; *RTD civ.* 2014. 312, obs. Usunier ; *RTD eur.* 2013. 267, note Ritleng.

jugement du tribunal sur l'action fiscale ou une transaction douanière, et inversement. En effet, ces deux poursuites successives – pénales et douanières – relèvent de la matière pénale. Cette position quant au non-cumul a été clairement affirmée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Grande Stevens* du 4 mars 2014¹¹² et par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *Aklagaren* du 26 février 2013¹¹³, transposable en matière douanière.

En conclusion, les poursuites pénales et douanières de la contrefaçon peuvent viser le même prévenu à raison des mêmes circonstances matérielles d'importation, d'exportation ou de détention de marchandises contrefaisantes. Face à une poursuite judiciaire unique devant le tribunal correctionnel, le principe *ne bis in idem*, réduit à peau de chagrin par la chambre criminelle dans son revirement du 15 décembre 2021, permet la double qualification des faits et leur double condamnation, peu importe le débat sur les intérêts protégés par ces deux délits, et sans incidence du droit européen, inapplicable dans cette hypothèse. En revanche, face à des poursuites successives – pour lesquelles le principe *ne bis in idem* a véritablement vocation à s'appliquer – le débat est plus vif et se déporte sur l'identité d'objet des poursuites. La chambre criminelle est favorable au cumul des poursuites, se positionnant soit sur le caractère mixte de l'amende douanière, soit sur l'aspect administratif de la transaction. A l'inverse, les Cours européennes sont opposées au cumul car elles englobent les poursuites pénales et douanières – judiciaires et transactionnelles – au sein de la matière pénale. Ainsi, une profonde divergence se creuse entre les Cours, dont la CEDH devrait pourtant sortir gagnante car la solution française risque d'être condamnée en dernier recours par les juges strasbourgeois. Face à ce « magma jurisprudentiel »¹¹⁴, les juges ont pourtant opté pour la voie du dialogue ce qui conduit à un alignement des solutions à la faveur d'un encadrement du cumul des poursuites pénales et douanières.

¹¹² *op. cit.*, CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et al. c/ Italie*, requête n° 18640/10, pt. 222-228 : *Revue des sociétés* 2014. 675, note Matsopoulou ; *RTD eur.* 2015. 235, obs. D'Ambrosio et Vozza.

¹¹³ *op. cit.*, CJUE, Grande Chambre, 26 février 2013, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, pt. 37.

¹¹⁴ BRACH-THIEL, D., « *Non bis in idem* : du mythe à la réalité », in *Existe-t-il un seul non bis in idem aujourd'hui ?*, 2017, p. 8.

PARTIE 2 – L’encadrement du cumul des poursuites pénales et douanières en contrefaçon de marque

Alors que la chambre criminelle ouvre largement les portes d’un cumul entre des poursuites pénales et douanières – judiciaires ou transactionnelles –, les Cours européennes, et notamment la CEDH, sont fermement opposées à toute succession des procédures suivant à la lettre le principe *ne bis in idem*. Cette divergence profonde semble inconciliable dès lors que la France refuse de s’aligner avec le droit européen. Elle cherche à préserver sa politique de répression, associant poursuites administratives et poursuites pénales, qui a court dans le contentieux douanier mais aussi en droit fiscal¹¹⁵. Les critiques des Etats sur ce point ont conduit les juges européens à infléchir leur position. Le débat se déporte alors sur l’encadrement du cumul car, sans modifier leur position de principe quant au non-cumul, les juges européens acceptent désormais la possibilité d’une succession de procédures complémentaires, solution qui pourrait s’appliquer aux poursuites pénales et douanières de la contrefaçon (Chapitre 1). De plus, le cumul des poursuites concomitantes comme successives est encadré en toute hypothèse par l’exigence de proportionnalité des sanctions (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – L’exigence européenne d’une complémentarité des poursuites pénales et douanières successives

L’interdiction européenne du cumul de poursuites pénales et douanières dans le contentieux de la contrefaçon s’oppose, d’une part, à la possibilité d’une poursuite pénale en contrefaçon après une transaction douanière et, d’autre part, à des poursuites judiciaires successives. Si cette seconde hypothèse est rare, la première est fréquente et il s’agira de l’envisager dans ce chapitre car les juges strasbourgeois permettent désormais le cumul de procédures mixtes – alliant une décision administrative et une décision judiciaire – si les poursuites sont liées par un lien matériel et temporel étroit. Est-ce que cette limitation à l’interdiction du cumul pourrait s’appliquer aux poursuites pénales et douanières (Section 1) ? Adoptant la même position, la CJUE examine en outre le cumul des poursuites pénales et douanières prévu par le droit français sous le spectre de la justification des limites aux droits fondamentaux de la Charte prévue à son article 52 § 1 (Section 2).

¹¹⁵ La fraude fiscale est poursuivie (i) par l’Administration fiscale qui applique des majorations d’impôts (article 1729 du Code général des impôts) et (ii) par le ministère public qui requiert des peines d’amende et d’emprisonnement (article 1741 du même code).

Section 1 – L'exigence strasbourgeoise d'un lien matériel et temporel étroit entre les poursuites pénales et douanières

L'arrêt *Grande Stevens*, rendu dans le cadre de poursuites pénales et fiscales italiennes, a fait frémir les institutions françaises. En effet, la Cour de Strasbourg a, d'une part, invalidé la réserve italienne similaire à celle française et, d'autre part, sanctionné le système italien de répression fiscale intégrant poursuites judiciaires pénales et poursuites administratives fiscales puisqu'elle s'oppose au cumul de ces procédures lorsque l'une est devenue définitive. Or, le droit français comporte de telles poursuites à double volet pénal et administratif, comme dans le contentieux de la contrefaçon. Plus précisément, la solution de la CEDH conduit à sanctionner l'hypothèse récurrente d'une transaction douanière rendue définitive par son exécution et d'une action publique successive sur le fondement du CPI. Elle interdit cette seconde poursuite. La politique répressive française en matière de contrefaçon est alors menacée. En effet, si la transaction permet d'obtenir du contrevenant la reconnaissance du délit et le punit à une amende, elle ne le sanctionne ni d'une peine d'emprisonnement¹¹⁶ ni n'inscrit sa condamnation au casier judiciaire¹¹⁷, à l'inverse de la décision du juge répressif à l'issue de l'action publique sur le fondement du CPI. De plus, la solution *Grande Stevens* conduit à ce que cette transaction, qui peut intervenir au cours d'une procédure intégrant des poursuites douanières et pénales en contrefaçon, éteigne l'ensemble de la procédure. Ainsi, le juge ne peut plus statuer sur l'action publique quant au délit pénal de la contrefaçon et ne peut *in fine* plus examiner l'action civile du titulaire des droits en découlant, recevable que sur le fondement du délit pénal de la contrefaçon¹¹⁸. Ce-dernier est alors contraint de former une nouvelle procédure devant le tribunal judiciaire, lui faisant perdre temps et argent. Cette décision n'est donc ni optimale dans la lutte contre la contrefaçon, ni favorable au titulaire des droits qui reste pourtant la principale victime des actes de contrefaçon.

L'interdiction du cumul n'étant pas non plus idéale dans la lutte contre la fraude fiscale¹¹⁹, les nombreuses critiques des Etats ont amené la CEDH à amender sa solution dans un arrêt *A et B. c/ Norvège* du 15 novembre 2016¹²⁰ concernant la procédure norvégienne duale

¹¹⁶ CD, Article 350.

¹¹⁷ *op. cit.*, CREN, R., *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, § 113.

¹¹⁸ *op. cit.*, Crim, 11 juin 2008, « *Philip Morris* », n° 07-83.400, *Inédit*.

¹¹⁹ La sanction administrative de l'Administration fiscale est vue comme une décision pénale définitive par le droit européen et empêche alors des poursuites pénales ultérieures pourtant nécessaires pour réprimer au mieux les fraudes les plus importantes.

¹²⁰ CEDH, Grande Chambre, 15 novembre 2016, *A et B. c/ Norvège*, requêtes n°s 24130/11 et 29758/11 : *AJ pénal* 2017. 45. obs. Robert ; *RSC* 2017. 134. note Roets.

de répression de la fraude fiscale. Considérant qu'il est parfois légitime pour les Etats de mettre en place des procédures mixtes pour réprimer certains comportements¹²¹, elle estime que ces procédures ne se heurtent pas à *ne bis in idem* lorsqu'elles sont unies par « un lien matériel et temporel suffisamment étroit »¹²². Mais cette condition est-elle remplie dans l'hypothèse d'une transaction douanière première et d'une action publique seconde sur le fondement du CPI ?

S'agissant du lien matériel, la Cour liste les quatre sous-conditions à remplir : (i) les procédures doivent viser des buts complémentaires et concerner des aspects différents de l'acte préjudiciable ; (ii) le cumul des procédures doit être prévisible ; (iii) il faut éviter toute répétition dans la collecte et l'appréciation des preuves ; (iv) les sanctions prononcées doivent se compenser¹²³. S'agissant du premier critère, les critiques tant à l'égard de la distinction des intérêts protégés des poursuites pénales et douanières de la contrefaçon que celles sur le caractère mixte de l'amende douanière peuvent être renouvelées. L'idée de sanctionner par ces deux procédures des aspects différents de l'acte de contrefaçon est contestable. Cependant, ce n'est pas la position actuelle de la jurisprudence et de la doctrine françaises qui réaffirment notamment le caractère indemnitaire de l'amende douanière. De plus, la CEDH a adopté une position assez souple sur ce critère. En effet, elle fractionne la notion autonome de matière pénale pour distinguer les procédures pénales infamantes des procédures qui ne relèvent pas du noyau dur de la matière pénale, comme les infractions fiscales et douanières, et qui apparaissent donc complémentaires aux premières procédures¹²⁴. Partant, elle estime en l'espèce que les sanctions administratives de majoration d'impôt n'ont qu'un caractère indemnitaire et non infamant, à l'inverse des sanctions pénales¹²⁵ et au grand dam du juge Pinto de Albuquerque pour qui une majoration d'impôt est nécessairement punitive¹²⁶. Elle pourrait donc adopter une solution similaire face aux poursuites pénales et douanières. Pour ce qui est du deuxième critère, le cumul de poursuites pénales et douanières étant prévu par la loi, cela apparaît prévisible pour les contrevenants¹²⁷. Là encore le juge dénonce cette solution car le cumul ne paraît pas prévisible dès lors que seules certaines personnes sont poursuivies au pénal et pas seulement par l'administration fiscale¹²⁸. La même observation pourrait être faite pour les poursuites pénales et douanières car l'Administration des douanes choisit librement, face à des infractions

¹²¹ *A et B. c/ Norvège*, pt. 121.

¹²² *idem*, pt. 130.

¹²³ *idem*, pt. 132.

¹²⁴ *idem*, pt. 133.

¹²⁵ *idem*, pt. 144.

¹²⁶ Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, pt. 53.

¹²⁷ *A et B. c/ Norvège*, pt. 146.

¹²⁸ Opinion dissidente, pt. 57-58.

constatées à l'issue de retenue et de saisie douanières, de passer-outré, de transiger ou de saisir le juge répressif, peu important l'action ou l'inaction du titulaire des droits ou du ministère public sur le fondement du délit du CPI. Concernant l'absence de répétition dans la collecte de la preuve, il semble que les poursuites douanières et pénales se conforment au critère. En effet, les preuves de la contrefaçon sont souvent apportées par le biais d'une retenue ou d'une saisie douanière qui peut servir aux douanes, au titulaire des droits et au Parquet. Enfin, s'agissant du critère de la compensation des sanctions, il peut aussi faire l'objet de critiques car le contenu de la transaction douanière est confidentiel¹²⁹. A ce stade, il ne semble pas certain que les procédures pénales et douanières de la contrefaçon remplissent le critère du lien matériel étroit. Cependant, au regard de la position souple de la CEDH qui cherche à épargner la politique répressive des Etats, il est possible qu'elles passent le filtre du lien matériel.

S'agissant du lien temporel étroit, la CEDH considère qu'il n'est pas nécessaire que les procédures soient menées simultanément du début à la fin mais précise qu'il faut éviter les lenteurs procédurales¹³⁰. Ce critère sera apprécié *in concreto*, la Cour ayant là encore une appréciation souple, dénoncée comme « arbitraire »¹³¹, du rapprochement temporel entre les procédures. Cette position est critiquable car elle conduit à nier le critère « *bis* » du principe *ne bis in idem* car peu importe qu'une décision définitive première ait eu lieu dès lors que la seconde intervient peu de temps après.

Ainsi, après la décision *Sergueï Zolotoukhine* conférant une large portée à l'article 4 du Protocole n° 7 en retenant l'identité de circonstances matérielles et « après la délivrance du certificat de décès [du cumul des sanctions pénales et administratives] dans l'affaire italienne, une telle approche est aujourd'hui ressuscitée »¹³². En effet, la CEDH est désormais favorable au cumul de poursuites intervenant dans « un système intégré permettant de réprimer un méfait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée et formant un tout cohérent »¹³³, ce que pourraient être la transaction douanière et l'action publique sur le fondement du CPI. Cette position est contestable tant au regard de l'objectif du principe *ne bis in idem* comme protection des individus contre les poursuites intempestives des Etats que des critères d'application de l'adage : l'« *idem* » est nié par le fractionnement de la matière pénale et le « *bis* » est rejeté par l'absence de prise en compte du caractère définitif d'une décision première.

¹²⁹ Voir *infra*.

¹³⁰ *A et B. c/ Norvège*, pt. 134.

¹³¹ Opinion dissidente, pt. 46.

¹³² *idem*, pt. 80.

¹³³ *A et B. c/ Norvège*, pt. 122.

Le principe n'apparaît n'être aujourd'hui qu'une règle de procédure permettant aux Etats aux grés des enjeux de cumuler les poursuites. Si pour l'instant c'est la solution choisie par la CEDH, elle pourrait être amendée comme le souhaite le juge Pinto de Albuquerque et il faudrait alors étudier de nouveau la possibilité européenne d'un cumul des poursuites pénales et douanières. Une telle limitation de la solution ne semble cependant pas être d'actualité dès lors qu'elle est aussi adoptée par la CJUE.

Section 2 – La justification luxembourgeoise du cumul des poursuites pénales et douanières

A l'image de la Cour de Strasbourg, celle de Luxembourg était réticence à l'idée d'un cumul de poursuites administratives et pénales successives¹³⁴ comme le sont la transaction douanière et la poursuite du délit pénal de la contrefaçon devant le juge répressif. Pourtant, dans trois arrêts du 20 mars 2018¹³⁵ rendus en matière d'infractions à la taxe sur la valeur ajoutée – *Menci*¹³⁶ – et d'abus de marché – *Garlsson Real Estate* et *Di Puma* – elle se rallie à la solution strasbourgeoise du lien matériel et temporel étroit¹³⁷ au grand dam de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona qui incitait à ne pas s'incliner pour préserver l'intégrité du principe *ne bis*. Elle subordonne en outre la possibilité de cumuler des poursuites complémentaires au respect de critères supplémentaires par le jeu de l'article 52 § 1 de la Charte. Cet article prévoit que les droits et libertés garantis par la Charte, comme le principe *ne bis in idem* de l'article 50, peuvent être limités. Le cumul de poursuites pénales et douanières en matière de contrefaçon apparaît comme une limitation au principe *ne bis*. Or, cette limitation doit « être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général ». Plus précisément, la CJUE retient trois conditions : le cumul doit (i) viser un objectif d'intérêt général, (ii) restreindre au strict nécessaire la charge supplémentaire qui en résulte à l'encontre des personnes poursuivies et (iii) limiter la sévérité des sanctions au strict nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction¹³⁸. Ces conditions sont-elles respectées ? S'agissant d'abord de l'objectif d'intérêt général, le cumul s'inscrit dans la lutte contre la contrefaçon qui est un projet important tant au niveau

¹³⁴ *op. cit.*, CJUE, Grande Chambre, 26 février 2013, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, C-617/10.

¹³⁵ CJUE, 20 mars 2018, *Menci*, C-524/15 ; *Garlsson Real Estate SA*, C-537/16 ; *Di Puma*, C-596/16 : *AJDA* 2018. 1026, chron. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; *RSC* 2018. 524, obs. Stasiak.

¹³⁶ Cette décision sera approfondie car les faits sont semblables à l'hypothèse étudiée : une sanction administrative première suivie d'une poursuite pénale.

¹³⁷ *Menci*, pt. 60.

¹³⁸ *idem*, pt. 65.

interne qu'eupéen. Reprenant la solution strasbourgeoise, la CJUE estime qu'il est légitime face à tel objectif d'intérêt général de mettre en place des procédures avec des « buts complémentaires ayant pour objet, le cas échéant, des aspects différents du même comportement infractionnel concerné »¹³⁹. Dans l'affaire *Menci*, la CJUE soutient que les procédures sont complémentaires car les pénalités administratives sont dissuasives tandis que les sanctions pénales sont répressives¹⁴⁰. Pour le contentieux de la contrefaçon, l'idée du caractère mixte de l'amende transactionnelle douanière – mi-répressif, mi-indemnitaire – pourrait de nouveau être sollicitée pour justifier ces poursuites qui seraient de ce fait complémentaires. La CJUE pourrait ainsi considérer que le premier critère est caractérisé. A l'inverse, sur l'exigence de coordination des poursuites pour réduire au strict nécessaire la contrainte pesant sur la personne poursuivie, la CJUE souligne l'importance de « prévoir des règles claires et précises permettant au justiciable de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un tel cumul »¹⁴¹. Le critère est plus strict que la simple prévisibilité du cumul prévue la CEDH et face à laquelle la décision arbitraire de cumuler les poursuites avait déjà été critiquée. Le second critère n'est donc pas assuré. Il en va de même du troisième critère relatif à la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées qui ne doit pas excéder la gravité de l'infraction constatée. En effet, il semble difficile de respecter ce critère dès lors que la loi ne prévoit pas d'agencement des sanctions et que le montant de l'amende transactionnelle, gardé secret, pourrait ne pas être pris en compte par le juge répressif lors du prononcé des sanctions pénales¹⁴². A titre de comparaison, dans l'arrêt *Menci*, le juge a considéré que le troisième critère était respecté car l'exécution de la sanction administrative était suspendue pendant la procédure pénale et définitivement exclue après condamnation¹⁴³. Ce n'est pas le cas dans le cadre du contentieux de la contrefaçon. La justification de la limitation de l'article 50 pourrait ne pas être garantie et le cumul pourrait encore être sanctionné.

Néanmoins, si la faculté de cumuler des poursuites complémentaires est enserrée dans des critères précis tant par la CEDH que par la CJUE, les juges adoptent parfois une appréciation souple de ces conditions. La dérogation au principe *ne bis* tiendrait moins au respect des critères posés qu'à la volonté des juges de permettre le cumul pour assurer l'effectivité de l'arsenal répressif national face à certaines infractions. Or, la contrefaçon est perçue comme une entrave

¹³⁹ *Menci*, pt. 44.

¹⁴⁰ *idem*, pt. 45.

¹⁴¹ *idem*, pt. 49.

¹⁴² Voir *infra*.

¹⁴³ *Menci*, pt. 56.

importante au commerce légitime¹⁴⁴. Ainsi, la CJUE pourrait être plus encline à permettre le cumul d'une transaction douanière et d'une poursuite pénale successive, comme dans l'arrêt *Menci*. De même, la CEDH pourrait vouloir assurer le cumul des poursuites pour permettre l'efficacité des procédures nationales prévues et suivant la largesse adoptée dans l'arrêt *A et B c/ Norvège*. Dès lors, il est probable que les Cours admettent le cumul d'une transaction douanière avec une procédure pénale sur le fondement du CPI, malgré les doutes émis quant au respect de certains critères. Des décisions sur ce point permettraient cependant de dissiper les incertitudes.

Ainsi, les Cours européennes semblent aujourd'hui admettre la possibilité d'un cumul entre une transaction douanière et une poursuite pénale sur le fondement du CPI, en raison de leur complémentarité, même si la position plus stricte de la CJUE appellerait une décision sur ce point. La position française du cumul n'apparaît plus forcément incompatible avec le droit européen. A ce titre, la chambre criminelle justifie désormais la succession des procédures au regard du critère européen de la complémentarité des poursuites pénales et douanières qui « résultent d'un système permettant au juge pénal de réprimer [l'acte de contrefaçon] sous ses deux aspects, de manière prévisible et proportionnée »¹⁴⁵. Ainsi, « la distinction entre un *ne bis in idem* interne et un *ne bis in idem* européen s'estompe progressivement »¹⁴⁶. Pour autant, ce qui s'estompe d'autant plus c'est le principe *ne bis in idem* lui-même qui, de droit fondamental du procès protégeant les individus de poursuites intempestives, est relégué à un principe malléable au gré des enjeux en faveur des politiques répressives des Etats. Cependant, si le principe ne joue plus au stade des poursuites, il persiste au stade des sanctions prononcées. En effet, le cumul des procédures est encadré en aval, en droit interne comme en droit européen, par le principe de proportionnalité des sanctions.

CHAPITRE 2 – L'exigence d'un cumul proportionné des sanctions pénales et douanières

Les Cours européennes, d'abord réticentes au cumul des poursuites au regard de la lettre du principe *ne bis in idem*, acceptent désormais le cumul de poursuites complémentaires. Le cumul d'une transaction douanière et d'une poursuite pénale ultérieure pourrait ainsi être admis. A ce titre, les juges soulignent l'importance de la proportionnalité des sanctions pour justifier

¹⁴⁴ Règlement (UE) n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013, cons. 2.

¹⁴⁵ *op. cit.*, Crim, 4 avril 2018, « *La Coque de Nacre* », n° 16-87.414, *Inédit*.

¹⁴⁶ FLORE, D., « Le principe *ne bis in idem* en droit pénal européen », in *Existe-t-il un seul non bis in idem aujourd'hui ?*, 2017, p. 27.

du cumul de poursuites. Condition du cumul en droit européen, cette exigence se retrouve aussi en droit français pour juguler en aval les lourdes conséquences de la dualité des poursuites à l'égard de la personne condamnée. Les intérêts du prévenu, délaissés face à l'acceptation grandissante du cumul des poursuites, sont ainsi de nouveau pris en compte au stade des sanctions par l'exigence de proportionnalité (Section 1) qui pourrait cependant se heurter aux particularités du droit douanier (Section 2).

Section 1 – L'introduction d'un principe de proportionnalité des sanctions

Si le principe *ne bis in idem* tend à l'origine à interdire en amont la poursuite d'une procédure seconde une fois qu'une décision définitive première a été rendue, la faveur actuelle à l'égard du cumul des poursuites a conduit les juges à déporter l'application du principe *ne bis* au stade des sanctions. Cumul des poursuites oui mais cumul des sanctions pas forcément. Cette limitation des sanctions qui avait traditionnellement lieu dans le cadre d'une poursuite unique (i), s'étend ainsi désormais aux sanctions prononcées dans des procédures distinctes (ii).

(i) – Le cumul des sanctions pénales et douanières dans le cadre d'une poursuite unique

Unifier les poursuites pénales et douanières au sein d'une procédure judiciaire unique est la voie privilégiée pour se conformer au principe *ne bis in idem*. En effet, cette hypothèse n'est pas sous le feu européen et est largement adoptée par la Cour de cassation. Néanmoins, ce cumul de qualifications est encadré au stade des sanctions. Traité comme un concours réel d'infractions¹⁴⁷, il entraîne l'application de l'article 132-3 du Code pénal qui dispose que « chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé ». Le principe est donc celui du cumul plein et entier des peines de nature différente et du cumul limité des peines de même nature. Comment appliquer cette disposition dans le contentieux de la contrefaçon ?

Les peines d'emprisonnement, de confiscation et d'amende apparaissent de nature différente et peuvent se cumuler entre elles, peu important qu'elles ressortent du délit pénal ou douanier de la contrefaçon. Par exemple, le juge peut cumuler une peine d'emprisonnement sur le fondement du CPI avec une amende douanière. Mais qu'en est-il de la peine d'emprisonnement du CPI face à celle du CD ? de la confiscation ? de l'amende ?

¹⁴⁷ BONIS-GARCON, E. ; PELTIER, V., *Droit de peine*, 3^e éd., 2019, § 534.

En premier lieu, les peines d'emprisonnement apparaissent inévitablement de même nature. Le juge ne prononce qu'une seule peine dans la limite du maximum légal le plus élevé. Sans circonstance aggravante, ce maximum est celui de l'article L. 716-9 du CPI qui le fixe à quatre ans au lieu de trois pour le délit douanier¹⁴⁸. En revanche, quand les actes reprochés sont accomplis en bande organisée ou portent sur des marchandises dangereuses, c'est le maximum de dix ans du délit douanier qu'il faut suivre et non pas les sept ans des délits pénaux.

En second lieu, les peines de confiscation sont de même nature bien que ce soit une peine principale en droit douanier et une peine complémentaire pour les délits pénaux¹⁴⁹. La confiscation ne peut être prononcée qu'une seule fois et le juge ne peut cumuler une peine de confiscation en nature sur le fondement du délit pénal, et par équivalent sur le fondement du délit douanier¹⁵⁰, et inversement. En revanche, la confiscation de l'article 414 du CD ne portant pas seulement sur les objets de la fraude à la différence des délits pénaux, il est possible pour le juge de prévoir une confiscation des objets servant à masquer la fraude et des biens du contrefacteur issus du délit, en plus de celle prononcée sur le fondement du CPI ou du CD.

En dernier lieu, s'agissant de la peine d'amende, le débat est plus vif. En effet, l'amende douanière est perçue comme mixte et n'est donc pas de même nature que l'amende pénale, strictement punitive. Dès lors, elles peuvent se cumuler sans limite. C'est ce que retient la Cour de cassation¹⁵¹. Cependant, elle visait dans sa décision à réprimer sur le fondement du droit pénal et du droit douanier une escroquerie à la taxe sur la valeur ajoutée qui suppose le non-paiement des droits à l'Administration des douanes qui cherche ainsi par l'amende à sanctionner le contrevenant et à recouvrer le paiement des droits éludés. Le caractère mixte de l'amende se comprend mieux et son cumul avec l'amende pénale aussi. A l'inverse, dans le contentieux de la contrefaçon, la différence de nature entre les amendes est plus débattue. A ce titre, les juges expriment un certain malaise à cumuler sans limite les amendes et prononcent d'ailleurs souvent qu'une amende douanière¹⁵². Cette attitude souligne que l'amende douanière en contrefaçon est perçue comme punitive, à l'image de l'amende pénale, et qu'elles ne peuvent se cumuler sans limite. Cette vision est aujourd'hui d'autant plus attestée que la chambre criminelle énonce face à un cumul de qualifications pénales et douanières que « le montant global des sanctions

¹⁴⁸ Les articles L. 716-10 du CPI et 414 du CD prévoient des peines identiques de trois ans.

¹⁴⁹ CPI, Articles L. 716-11-2 pour les personnes morales et L. 716-13 pour les personnes physiques.

¹⁵⁰ Crim, 5 juin 1997, n° 96-83.086, *Bull. crim.* n° 227.

¹⁵¹ Crim, 10 février 2010, n° 09-81.690 : *Gaz. Pal.* n° 112, 22 avril 2010, p. 12, note Detraz.

¹⁵² Quelques exemples du prononcé d'une seule amende douanière : Crim, 15 février 2023, n° 22-80.337, *Inédit* ; CA Paris, 6 février 2013, RG n° 12/02854 : amende solidaire de 356 320 euros ; CA Paris, 26 octobre 2009, RG n° 09/02407 : amende de 61 081 euros.

éventuellement prononcées ne [doit] pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁵³. Alors que la Cour se réfugie derrière le caractère mixte de l'amende douanière pour permettre le cumul des poursuites, elle semble également juger que le cumul des amendes douanières et pénales doit être limité car elles sont de même nature. Cependant, cette solution semble moins viser l'article 132-3 du Code pénal que le principe supra-législatif de proportionnalité des sanctions, développé dans le cadre du cumul de poursuites successives, et dont la solution est reprise maladroitement par la Cour face à une poursuite unique.

(ii) – Le cumul des sanctions pénales et douanières dans le cadre de poursuites successives

Si la Cour de cassation permet de manière constante le cumul de poursuites pénales et douanières successives, elle l'encadre néanmoins au stade des sanctions¹⁵⁴. En effet, elle s'appuie sur le Conseil constitutionnel qui, ne reconnaissant pas le principe *ne bis in idem* et acceptant la mise en place de procédures successives relatives à un même fait, encadre le cumul par le principe supra-législatif de proportionnalité des sanctions fondé sur l'article 8 de la Déclaration de 1789. Il exige que « le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁵⁵.

Cet encadrement du cumul est critiquable au regard du principe *ne bis in idem*. En effet, le cœur du principe est l'interdiction du cumul de poursuites successives pour des faits identiques. Il a donc vocation à intervenir en amont d'une condamnation puisque soit il s'applique et éteint directement la procédure seconde, soit il ne s'applique pas et elle peut intervenir avec des sanctions à la clé. Aujourd'hui le principe s'étend pourtant à l'encadrement du cumul des sanctions. Ne serait-ce pas contradictoire ? Les juges acceptent le cumul de poursuites en se délestant du principe *ne bis in idem* mais le convoquent de nouveau au stade des sanctions. Et quel est l'intérêt d'accepter le cumul en amont si c'est pour le limiter voire l'anéantir en aval car les sanctions ne peuvent se cumuler ? Les juges auraient dû se déclarer incompétents plutôt que de refuser *in fine* une sanction¹⁵⁶. Cet encadrement des sanctions ne viserait ainsi qu'à « limiter les effets pervers du cumul des poursuites en termes de proportionnalité de la répression »¹⁵⁷. Il s'agirait de faire ressurgir les intérêts des personnes poursuivies, mis à mal par les atteintes constantes au principe *ne bis in idem*.

¹⁵³ Crim, 17 janvier 2018, n° 16-85.951, *Inédit*.

¹⁵⁴ *op. cit.*, Crim, 4 avril 2018, « *La Coque de Nacre* », n° 16-87.414, *Inédit*.

¹⁵⁵ *op. cit.*, Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, pt. 22.

¹⁵⁶ GUINCHARD, A., « Matière pénale et cumul des sanctions. Vers un meilleur respect du principe non bis in idem ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, 2010, p. 526.

¹⁵⁷ *op. cit.*, LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem*, § 22.

Cette mise à mal étant désormais actée dans la jurisprudence des Cours européennes, elles adoptent naturellement l'exigence de proportionnalité des sanctions. Si la CJUE avait déjà posé cette condition dans un arrêt *Walt Wilhelm* du 13 février 1969 sous le vocable d'équité¹⁵⁸ – et désormais au regard de l'article 49 § 3 de la Charte relatif à la proportionnalité des peines¹⁵⁹ –, la CEDH, suivant la lettre du principe *ne bis in idem*, refusait d'intégrer cette condition. En effet, pour les juges strasbourgeois, le principe visait « davantage un droit à la sécurité juridique que la prohibition de l'excès de sanctions »¹⁶⁰. L'arrêt *A et B c/ Norvège* a eu raison de leur opposition. Acceptant le cumul de poursuites complémentaires en dépit du principe *ne bis in idem*, la CEDH exige que « le montant global de toutes les peines prononcées [soit] proportionné »¹⁶¹.

A ce titre, l'exigence de proportionnalité – si elle se concevait par le Conseil constitutionnel dans le rapport des seules peines de même nature entre elles pour faciliter le travail de comparaison des juges – s'apprécie désormais au regard des sanctions prononcées dans leur ensemble. La CJUE l'a expressément indiqué dans un arrêt *BV* du 5 mai 2022¹⁶² : l'exigence de proportionnalité s'applique « à l'ensemble des sanctions imposées cumulativement et, partant, tant au cumul de sanctions de même nature qu'au cumul de sanctions de natures différentes, tel que celui de sanctions pécuniaires et de peines privatives de liberté ». Dès lors, peu importe le débat sur la nature de l'amende douanière, son cumul avec l'amende pénale et même la peine d'emprisonnement doit être limité.

Ainsi, si la porte du cumul de poursuites pénales et douanières en contrefaçon est largement ouverte par le droit interne et entrebâillée par le droit européen, les sanctions prononcées concomitamment et successivement, parfois par des autorités différentes dans le cas de la transaction douanière, doivent être proportionnées. Or, une telle exigence n'est pas garantie face aux spécificités douanières.

Section 2 – La mise en œuvre du principe face aux spécificités du droit douanier

Le cumul des poursuites pénales et douanières, concomitantes comme successives, est aujourd'hui encadré par une exigence de proportionnalité des sanctions. Elle est conçue comme un remède au cumul des poursuites en droit français et comme un critère d'appréciation de la conformité du cumul au principe *ne bis in idem* en droit européen. Cependant, cette exigence

¹⁵⁸ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm et al. c/ Bundeskartellamt*, C-14-68, pt. 11.

¹⁵⁹ *op. cit.*, CJUE, 20 mars 2018, *Menci*, C-524/15, pt. 55.

¹⁶⁰ DETRAZ, S., *Gaz. Pal.* n° 112, 22 avril 2010, p. 12, note sous arrêt : Crim, 10 février 2010, n° 09-81.690.

¹⁶¹ *op. cit.*, CEDH, 15 novembre 2016, *A et B. c/ Norvège*, requêtes n°s 24130/11 et 29758/11, pt. 132.

¹⁶² CJUE, 5 mai 2022, *BV*, C-570/20, pt. 50 : *Dalloz actualité*. 18 mai 2022, note Gallois.

se heurte aux particularités du droit douanier, notamment au regard de la confidentialité de la transaction et de la solidarité de l'amende douanière.

La transaction douanière est un contrat conclu entre le contrevenant et l'Administration des douanes à la suite du constat par les agents douaniers d'une ou plusieurs infractions. Elle contient notamment « la qualification juridique des faits commis, la nature et la quantité des objets de fraude ainsi que la reconnaissance de l'infraction par son auteur et les modalités de l'arrangement transactionnel »¹⁶³, à savoir le montant de l'amende douanière. Ces éléments sont tenus confidentiels et c'est l'un des avantages de la transaction pour le contrevenant en plus de l'atténuation du montant de l'amende. Cependant, lorsque ce-dernier est poursuivi sur le fondement du délit pénal de contrefaçon – car la transaction n'éteint que les actions publique et fiscale des délits douaniers – le juge ne peut prendre en compte le montant de l'amende transactionnelle en raison du caractère secret de la transaction. Comment respecter le principe de proportionnalité des sanctions dans cette hypothèse ? Est-ce que « la prétendue mesure de faveur que concède l'Administration des douanes en acceptant de transiger avec le contrevenant, [ne conduit-elle pas] en l'espèce [...] à une aggravation de la répression »¹⁶⁴ ? L'Administration des douanes, non partie à l'instance, n'a pas à fournir le contenu de la transaction. A l'inverse, le prévenu est fondé à le faire car l'absence de publicité est une faveur faite à la défense qui peut ainsi la rompre. Il lui appartient donc d'assurer que le juge aura pris connaissance d'une amende transactionnelle déjà exécutée pour des actes de contrefaçon identiques à ceux poursuivis et condamne en conséquence à des sanctions proportionnées. Néanmoins, le prévenu voudra-t-il communiquer la transaction par laquelle il a reconnu les faits qui lui sont reprochés ? De plus, qu'en est-il si le juge répressif prononce une relaxe sur le fondement du CPI ? Certes les éléments constitutifs des délits douaniers et pénaux sont distincts mais, si la relaxe se fonde sur le caractère contrefaisant des marchandises, elle remet en cause la transaction conclue au sujet de ces mêmes produits. C'est ainsi que le contractant peut solliciter l'annulation de la transaction pour erreur de droit sur le fondement de l'article 1132 du Code civil¹⁶⁵. La transaction douanière peut donc être prise en compte par le juge au stade des sanctions mais il est nécessaire que le prévenu fournisse le contenu du contrat, ce qu'il pourrait refuser ou oublier de faire. Cette prise en compte est attestée par la réticence des juges à prononcer des sanctions pénales, comme dans l'arrêt « *Coque de Nacre* » où, constatant une

¹⁶³ *op. cit.*, CREN, R., *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, § 115.

¹⁶⁴ BOULAN, F., « La transaction douanière », in *Etudes de droit pénal douanier*, 1968, p. 229.

¹⁶⁵ Com, 11 septembre 2012, « *France achat international* », n° 10-26.942, *Inédit* : fondée sur l'ancien article 2053 du C. civ.

transaction pénale, les juges retiennent le délit pénal de contrefaçon et ne se prononcent que sur les dommages et intérêts civils¹⁶⁶. Le paiement de l'amende douanière transactionnelle semble être une sanction suffisante.

En dehors de la transaction, une autre spécificité douanière se confronte à l'exigence de proportionnalité des sanctions. Le juge, face à plusieurs personnes condamnées pour des mêmes faits de fraude, peut leur infliger une amende solidaire¹⁶⁷. C'est un privilège de l'Administration des douanes pour recouvrer plus aisément l'amende en demandant le paiement au condamné le plus solvable. Il dispose ensuite d'une action récursoire contre les autres condamnés solidaires mais ces-derniers étant souvent insolubles son action est vouée à l'échec. Comment le juge répressif statuant sur le délit pénal de la contrefaçon prend-il en compte cette solidarité en cas de poursuites concomitantes ? Cette solidarité peut conduire en pratique à une dette moindre pesant sur le condamné ou une dette très importante si l'Administration des douanes lui demande paiement. La question se solutionne en pratique par le prononcé d'une seule sanction douanière, et non pénale.

En conclusion, dans le contentieux pénal et douanier de la contrefaçon, le principe de proportionnalité des sanctions semble respecté en pratique car les juges ne prononcent que rarement des sanctions pénales face à des sanctions douanières¹⁶⁸ souvent très importantes. Du point de vue européen, si les sanctions paraissent ainsi proportionnées, les Cours scrutent aussi parfois le système juridique *in abstracto* pour déterminer si le cumul est conforme au principe *ne bis*¹⁶⁹. Or, il n'y a en ce sens aucun texte limitant les sanctions. Il n'est donc à nouveau pas certain que les Cours européennes acceptent dans l'absolu le cumul des poursuites successives complémentaires¹⁷⁰, malgré les largesses observées récemment. Du point de vue français, le cumul des poursuites est encadré et l'exigence de proportionnalité est respectée au stade des sanctions. Néanmoins, le constat de l'abandon de la répression pénale au profit de la répression

¹⁶⁶ *op. cit.*, Crim, 4 avril 2018, « *La Coque de Nacre* », n° 16-87.414, *Inédit*.

¹⁶⁷ CD, Article 406, alinéa 1^{er}.

¹⁶⁸ Quelques rares exemples de condamnation à des amendes pénales et douanières : CA Toulouse, 1^{er} avril 2008, RG n° 07/00218 : amende douanière de 17 986 euros et amende pénale de 2 000 euros ; Crim, 17 novembre 2004, n° 04-80.078, *Inédit* : amende douanière solidaire de 393 398 euros et amende pénale de 7 622, 45 euros.

¹⁶⁹ Dans l'arrêt *A et B c/ Norvège*, la CEDH considère que la présence d'un mécanisme compensatoire permet d'assurer la proportionnalité des sanctions (pt. 132) sans pour autant renier toute appréciation *in concreto* (pt. 146 et 152). Dans l'arrêt *Menci*, la suspension de l'exécution forcée de la sanction administrative pendant la procédure pénale et son exclusion après condamnation conduit la CJUE à retenir la proportionnalité des sanctions (pt. 56).

¹⁷⁰ Plus précisément le cumul d'une transaction douanière suivie d'une poursuite judiciaire pénale sur le CPI.

douanière pourrait questionner la pertinence du cumul des poursuites. Pourquoi accepter le cumul dans le but de réprimer au mieux les actes de contrefaçon si, *in fine*, les sanctions ne suivent pas ? La réponse résiderait dans la nécessité de préserver le pouvoir d’agir du titulaire des droits qui ne doit pas être empêché par l’action des douanes. Il faut qu’il puisse pouvoir agir au pénal et solliciter des dommages et intérêts à l’issue de son action civile, sans incidence de poursuites douanières concomitantes ou d’une transaction douanière antérieure. Cependant, sur ce point, si le principe *ne bis* n’a pas vocation à s’appliquer en droit français puisque l’action du titulaire des droits relève de la matière civile, il n’est pas impossible que la CEDH adopte une position plus stricte en donnant une coloration pénale aux dommages et intérêts civils qui ne se limitent pas à l’indemnisation du préjudice causé mais s’étendent aux bénéfices réalisés par le contrefacteur pour éviter la faute lucrative¹⁷¹. Le principe *ne bis in idem* pourrait alors de nouveau être questionné, d’autant qu’au stade de la condamnation le juge prononce des dommages et intérêts parfois élevés et sans considération des pénalités douanières infligées¹⁷².

¹⁷¹ *op. cit.*, SZKOPINSKI, A., *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, § 662.

¹⁷² Pour quelques exemples : *op. cit.*, Crim, 15 février 2023, n° 22-80.377, *Inédit* : condamnation à 120 000 euros de dommages et intérêts en plus de l’amende douanière ; *op. cit.*, Crim, 4 avril 2018, « *La Coque de Nacre* », n° 16-87.414 : 20 000 euros de dommages et intérêts, sans égard au montant de l’amende transactionnelle non indiqué ; *op. cit.*, CA Paris, 6 février 2013, RG n° 12/02854 : 10 000 euros de dommages et intérêts en plus de l’amende douanière solidaire de 356 320 euros ; *op. cit.*, CA Paris, 26 octobre 2009, RG n° 09/02407 : 5 000 euros de dommages et intérêts en plus de l’amende douanière de 61 081 euros.

CONCLUSION

La conformité des poursuites pénales et douanières au principe *ne bis in idem* doit être envisagée suivant les différentes acceptions du principe.

Le principe *ne bis* est d'abord envisagé comme interdisant le cumul de poursuites successives relatives à un même fait. Sur ce point, la possibilité d'une succession de poursuites pénales et douanières en contrefaçon fait l'objet d'une profonde divergence entre les Cours. En effet, la Cour de cassation, considérant que les poursuites ne partagent pas le même objet, en accepte le cumul. A l'inverse, les Cours de Strasbourg et de Luxembourg se référant à la notion autonome de matière pénale rejettent toute possibilité de cumul. Cependant, atténuant leur position, elles pourraient désormais accepter le cumul fréquent d'une transaction douanière avec une poursuite pénale en contrefaçon, en raison de leur complémentarité.

Le principe *ne bis* est ensuite envisagé comme interdisant le cumul de qualifications au sein d'une poursuite unique. Cette acception contestable – car ne prenant pas en compte le critère « *bis* » – n'a lieu qu'en droit français. La Cour de cassation retient la conformité au principe *ne bis* du cumul de qualifications pénales et douanières au sein d'une poursuite judiciaire unique. Cette voie devrait être privilégiée pour éviter toute condamnation sur le plan européen qui ne se préoccupe que des poursuites successives.

Le principe *ne bis* est enfin entendu comme instaurant une exigence de proportionnalité des sanctions. Moyen de juguler en aval le cumul de poursuites en droit français, il est perçu par les Cours européennes comme un critère d'appréciation de la complémentarité des poursuites. Les juges semblent respecter en pratique cette exigence car ils ne retiennent souvent que les sanctions douanières déjà très importantes. Cependant, cette attitude pourrait questionner la pertinence du maintien du cumul des poursuites, qui ne tendrait *in fine* qu'à ménager les intérêts du titulaire du droit de marque, principale victime de la contrefaçon.

BIBLIOGRAPHIE

1. Textes

a. Textes internationaux

- Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
- Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984

b. Textes de l’Union européenne

- Convention d’application de l’Accord de Schengen du 14 juin 1985
- Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne du 7 décembre 2000
- Traité sur l’Union européenne

c. Codes

- Code de la propriété intellectuelle
- Code des douanes
- Code de procédure pénale
- Code pénal
- Code civil

2. Manuels

a. Manuels de propriété intellectuelle

- AZEMA, J. ; GALLOUX, J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. « Précis », 2017.
- PASSA, J., *Droit de la propriété industrielle, t. 1, Marques et autres signes distinctifs. Dessins et modèles*, L.G.D.J., 2^e éd., 2009.
- POLLAUD-DULIAN, F., *La propriété industrielle : propriété intellectuelle*, Economica, 2^e éd., 2022.

b. Autres manuels

- BERR, C. J. ; TREMEAU, P., *Le droit douanier : communautaire et national*, Economica, 7^e éd., 2006.
- BONIS-GARCON, E. ; PELTIER, V., *Droit de la peine*, LexisNexis, coll. « Manuels », 3^e éd., 2019.
- DREYER, E., *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. « Manuels », 6^e éd., 2021.
- GUINCHARD, S. ; BUISSON, J., *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. « Manuels », 15^e éd., 2022.
- MAYAUD, Y., *Droit pénal général*, P.U.F., 7^e éd., 2021.
- PRADEL, J., *Droit pénal général*, Editions Cujas, coll. « Références », 22^e éd., 2019.
- PRADEL, J., *Procédure pénale*, Editions Cujas, coll. « Référence », 20^e éd., 2019.
- REBUT, D., *Droit pénal international*, Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 2022.
- RENUCCI, F., *Droit européen des droits de l’homme*, L.G.D.J., 2^e éd., 2012.
- VERNY, E., *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Cours », 8^e éd., 2022.

3. Monographies

- PERRIER, J.-B., *La transaction en matière pénale*, L.G.D.J., 2014.
- BELFAYOL, E., *Le contentieux pénal douanier*, Economica, 2016.

BERR, C. J., *Introduction au droit douanier*, Economica, 2008.

BIAD, A. ; PARISOT, V. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Nemesis, 2018.

BRACH-THIEL, D. (dir.), *Existe-t-il encore un seul non bis in idem aujourd'hui ?*, L'Harmattan, 2017.

DECIMA, O., *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz, 2008.

MATSOPOULOU, H. (dir.), *La règle ne bis in idem : concordances et discordances entre les jurisprudences européenne et constitutionnelle*, Mare & Martin, 2019.

RIDEAU-VALENTINI, S., *Contribution à l'étude des particularismes de la matière pénale douanière*, Presses universitaires du Septentrion, 200..

SZKOPINSKI, A., *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, L.G.D.J., 2022.

4. Thèses

BRIATTA, M., *Droit de la contrefaçon et droit de la propriété intellectuelle. Origines et enjeux d'une désunion*, IRPI, t. 50, coll. « Thèses », 2022.

CREN, R., *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, Université Panthéon-Assas, 2011.

LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive : étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Université Panthéon-Sorbonne, 2005.

5. Dictionnaires

ALBERT, J.-L. ; PIERRE, J.-L. ; RICHER, D. (dir.), *Dictionnaire de droit fiscal et douanier*, Ellipses, 2007.

GUINCHARD, S. ; DEBARD, T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^e éd., 2022.

6. Articles

BOULAN, F., « La transaction douanière », in *Etudes de droit pénal douanier*, P.U.F., 1968, pp. 219-247.

CHACORNAC, J., « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », *RSC* 2019, n° 2, p. 333 et s.

COUTRON, L. ; LECOMTE F., « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : de la diversité dans l'unité ? », *Revue de droit public* 2018, n°1, p. 5 et s.

DETRAZ, S., « L'interdiction d'une double condamnation à raison des mêmes faits ne fait pas obstacle au prononcé des pénalités douanières parallèlement aux sanctions pénales », *Gaz. Pal.* n° 112, 22 avr. 2010, p. 12.

GALLOUX, J.-C., « Douanes, lutte anti-contrefaçon et droits fondamentaux », in *Douanes et lutte anti-contrefaçon*, LexisNexis, 2014, pp. 79-103.

GUINCHARD, A., « Matière pénale et cumul des sanctions. Vers un meilleur respect du principe *non bis in idem* ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, pp. 517-529.

JEANDIDIER, W., « Des sanctions mixtes : l'exemple des sanctions fiscales et des sanctions douanières », in *La Sanction*, L'Harmattan, 2007, p. 83 et s.

LE FUR, A.-V. ; SCHMIDT, D., « Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérence et insécurité juridique », *D.* 2016, p. 2126 et s.

MALABAT, V., « *Ne bis in idem* et le juge pénal », *Revue de droit public* 2018, n° 1, p. 27 et s.

ROUSSEAU, D., « La construction par le Conseil constitutionnel du principe de l'alternative des poursuites et sanctions », *Revue de droit public* 2018, n° 1, p. 19 et s.

7. Rapports

- Avis n° 251 de la Commission des Affaires économiques déposé le 19 janvier 1994 par M. J-P. Emin.
- Rapport n° 133 de la Commission des lois du Sénat déposé le 13 novembre 2013 par M. M. Delebarre.
- Statistiques des condamnations en 2020 du Ministère de la Justice, disponible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/les-condamnations-32584.html
- Présentation du plan contrefaçons 2021-2022, disponible à l'adresse : <https://www.douane.gouv.fr/sites/default/files/2021-02/23/plan-contrefacon-2021-2022.pdf>
- Rapport annuel 2021 du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, JORF - édition des documents administratifs du 17 août 2022.

8. Sites internet

Portail de la direction générale des douanes et des droits indirects :

- *Infractions douanières en matière de contrefaçon* (mis à jour le 23 mai 2019), Portail de la direction générale des douanes et des droits indirects [consulté le 9 avril 2023]. <https://www.douane.gouv.fr/fiche/infractions-douanieres-en-matiere-de-contrefacon>

9. Jurisprudences

a. Arrêts de la CEDH

- CEDH, Cour plénière, 8 juin 1976, *Engel et al. c/ Pays-Bas*, requête n° 5100/71 et autres.
- CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*, requête n° 6903/75.
- CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c/ Autriche*, requête n° 15963/90.
- CEDH, 30 juillet 1998, *Oliveira c/ Suisse*, requête n° 25711/94.
- CEDH, 2 juillet 2002, *Götkan c/ France*, requête n° 33402/96.
- CEDH, Grande Chambre, 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, requête n° 14939/03 : *D.* 2009. 2014., note Pradel ; *RSC* 2009. 675., note Roets.
- CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et al. c/ Italie*, requête n° 18640/10 : *Rev. Sociétés* 2014. 675, note Matsopoulou ; *RTD eur.* 2015. 235, obs. D'Ambrosio et Voza.
- CEDH, Grande Chambre, 15 novembre 2016, *A et B c/ Norvège*, requêtes n°s 24130/11 et 29758/11 : *AJ Pénal* 2017. 45. obs. Robert ; *RSC* 2017. 134. note Roets.

b. Arrêts de la CJUE

- CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm et al. c/ Bundeskartellamt*, C-14-68.
- CJCE, Grande Chambre, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij c/ Commission*, C-238/99.
- CJCE, 11 février 2003, *Gözütok et Brügger*, C-187/01 et C-385/01.
- CJCE, 9 mars 2006, *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04 : *AJ pénal* 2006. 265, obs. Saas ; *RSC* 2005. 940, obs. Manacorda.
- CJUE, Grande Chambre, 5 juin 2012, *Bonda*, C-489/10.
- CJUE, Grande Chambre, 26 février 2013, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, C-617/10 : *AJ pénal* 2013. 270, note Copain ; *RTD civ.* 2014. 312, obs. Usunier ; *RTD eur.* 2013. 267, note Ritleng.
- CJUE, 20 mars 2018, *Menci*, C-524/15 ; *Garlsson Real Estate SA*, C-537/16 ; *Di Puma*, C-596/16 : *AJDA* 2018. 1026, chron. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; *RSC* 2018. 524, obs. Stasiak ; *JCP E* n° 18-16, 12 avr. 2018. 1199, comm. Pelletier.
- CJUE, 5 mai 2022, *BV*, C-570/20, pt. 50 : *Dalloz actualité*. 18 mai 2022, note Gallois.

c. Décisions du Conseil constitutionnel

- Cons. const., 30 juillet 1982, n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus*.
- Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.
- Cons. const., 18 mars 2015, n°s 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, « *M. John L. et autres* ».
- Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, « *M. Jérôme C.* ».
- Cons. const., 22 septembre 2022, n° 2022-1010 QPC, « *M. Mounir S.* ».

d. Arrêts de la Cour de cassation

- Crim, 25 février 1921 : S. 1923, I, 89, note J.-A. Roux.
- Crim, 11 juin 1949, *Bull. crim.* n° 208.
- Crim, 3 mars 1960, « *Ben Haddadi* », *Bull. crim.* n° 168.
- Crim, 4 juillet 1973, n° 72-91.185, *Bull. crim.* n° 316.
- Crim, 2 octobre 1975, *Bull. crim.* n° 220.
- Crim, 3 janvier 1986, n° 84-93.870, *Bull. crim.* n° 1, p. 1 : *Gaz. Pal.*, 1987, I, 349, note Bayet.
- Crim, 20 juin 1996, n° 94-85.796, *Bull. crim.* n° 268 : *D.* 1997. 249, note Tixier et Lamulle.
- Crim, 5 juin 1997, n° 96-83.086, *Bull. crim.* n° 227.
- Crim, 27 février 2002, n° 01-84.301, *Inédit*.
- Crim, 17 novembre 2004, n° 04-80.078, *Inédit*.
- Crim, 11 juin 2008, « *Philip Morris* », n° 07-83.400, *Inédit*.
- Crim, 10 février 2010, n° 09-81.690 : *Gaz. Pal.* n° 112, 22 avril 2010, p. 12, note Detraz.
- Crim, 1^{er} juin 2011, « *Auchan* », n° 11-90.029, *Inédit*.
- Com, 11 septembre 2012, « *France achat international* », n° 10-26.942, *Inédit*
- Crim, 17 juin 2015, n° 14-80.019, *Inédit*.
- Crim, 25 octobre 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-84.552 : *AJ pénal* 2017. 35, obs. Gallois.
- Crim, 17 janvier 2018, n° 16-85.951, *Inédit*.
- Crim, 4 avril 2018, « *La Coque de Nacre* », n° 16-87.414, *Inédit : Propriétés Intellectuelles* octobre 2018. p. 89, obs. de Candé.
- Crim, 15 décembre 2021, FP-B, n° 21-81.864 : *Dr. pénal* n° 2. févr. 2022. comm. 23, note Conte ; *Dr. pénal* n° 3. Mars 2022. dossier 4, étude Décima.
- Crim, 15 février 2023, n° 22-80.377, *Inédit*.

e. Décisions de Cours d'appel

- CA Toulouse, 1^{er} avril 2008, RG n° 07/00218.
- CA Paris, 26 octobre 2009, RG n° 09/02407.
- CA Paris, 6 février 2013, RG n° 12/02854.