

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

N° 2 - avril 2019

Chronique de droit pénal et de procédure pénale

Écrit par

Evelyne BONIS



Professeur à l'Université de Bordeaux, Institut de sciences criminelles et de la justice

Virginie PELTIER



Professeur à l'Université de Bordeaux, Institut de sciences criminelles et de la justice

I. PROCEDURE PENALE (E. B.)

1. Cons. const. 14 sept. 2018, n° 2018-730 QPC - Absence d'obligation d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé de son placement en garde à vue

Le Code de procédure pénale comporte des règles particulières relatives à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par des majeurs protégés (C. pr. pén., art. 706-112 et s.). En vertu de ces textes, et de façon obligatoire, en cas de tutelle ou de curatelle, le représentant du majeur poursuivi doit être informé de la situation procédurale du majeur protégé et associé à la procédure. Cette obligation d'information naît avec les poursuites de la personne sous protection ou, à tout le moins, au moment de la décision relative aux poursuites puisque pèse, sur le procureur de la République, une obligation d'aviser le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, d'une mesure alternative aux poursuites dès lors qu'elle consiste en une obligation de réparation du dommage, en une médiation, une composition pénale, une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou si elle est entendue comme témoin assisté (art. 706-113, al. 1^{er}). Malgré cette extension légale à des hypothèses d'alternatives aux poursuites (laquelle semble devoir être interprétée strictement et donc ne concerner que les hypothèses limitativement énumérées par le texte à l'exclusion, par exemple, du simple rappel à la loi), c'est, en principe, la poursuite et donc la phase judiciaire de la procédure pénale qui se trouve soumise à une telle obligation d'information des autorités de protection (pour aller plus loin sur la question, v. E. Bonis, *Troubles psychiques - Malades mentaux*, Rép. Pén. Dalloz, 2018, spéc. n°35 et s.).]

A contrario, il faut en déduire qu'au stade de l'enquête, aucune assistance spécifique, autre que celle de l'avocat, n'est prévue. Le placement en garde à vue d'un majeur protégé s'opère de la même manière que celui d'un majeur non protégé, bref selon les règles de droit commun. Certes, le tuteur ou le curateur peut être informé de la mesure dont est l'objet le majeur protégé, si ce dernier demande que l'officier de police judiciaire avise le tuteur ou le curateur. L'article 63-2 du code de procédure pénale dispose en effet que toute personne placée en garde à vue peut, à sa demande, faire prévenir par téléphone, une personne (et une seule) dont une liste est dressée et parmi laquelle figure le tuteur ou le curateur. Toutefois, le majeur protégé peut préférer faire prévenir une autre personne telle la personne avec laquelle il vit habituellement de telle sorte que le tuteur ou le curateur peut rester dans l'ignorance de ce placement. L'information du tuteur ou du curateur peut ainsi ne pas être organisée ou bien être opérée de façon tardive alors même que l'association du tuteur ou du curateur dès le début de la garde à vue pourrait sembler nécessaire à la bonne compréhension et à l'effectivité des droits reconnus à la personne gardée à vue (C. pr. pén., art. 63-1).

Cette situation a donné récemment lieu à une question prioritaire de constitutionnalité, un requérant se prévalant devant la Cour de cassation de ce

que l'article 706-113 du code de procédure pénale, en ce qu'il limite l'obligation faite au procureur de la République ou au juge d'instruction d'aviser le tuteur ou le curateur ainsi que le juge des tutelles à la seule hypothèse de l'engagement des poursuites à l'encontre de la personne protégée, sans étendre cette obligation au placement d'une personne protégée en garde à vue, méconnaîtrait les droits et libertés constitutionnellement garantis, et plus particulièrement l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Par un arrêt rendu le 19 juin 2018, la Cour de cassation a estimé la question sérieuse et l'a renvoyée au Conseil constitutionnel pour examen. Pour justifier ce renvoi, elle a commencé par relever que l'article 706-113 du code de procédure pénale ne prévoit pas que l'officier de police judiciaire, ou l'autorité judiciaire sous le contrôle de laquelle se déroule cette période de privation de liberté, a l'obligation, même lorsqu'il a connaissance de la mesure de protection légale dont fait l'objet la personne gardée à vue, de prévenir le tuteur ou le curateur de sa situation. Elle a ensuite souligné les dangers qu'il pourrait y avoir pour la personne à ne pas être assistée à ce stade de son tuteur ou de son curateur. Elle observe à ce titre que si la personne gardée à vue s'abstient de demander que son tuteur ou curateur soit informé de la mesure, voire s'y oppose, elle peut être amenée à opérer des choix, tels qu'ils sont prévus par les articles 63-2 et suivants du code de procédure pénale, notamment au regard de ses droits de défense, contraires à ses intérêts. Dès lors, elle en déduit que la personne aurait intérêt à une telle assistance, la protection voulue par la loi lors de l'instauration de ces règles procédurales dérogatoires n'étant pas seulement une protection des intérêts patrimoniaux de la personne mais, plus largement, une protection de la personne elle-même, à laquelle doit être rattachée la défense contre une accusation de nature pénale. Or, pour la Cour de cassation, la vérification, par le tuteur ou curateur, de ce que l'assistance du majeur protégé par un avocat sera assurée durant la garde à vue, ou que le refus, par ce majeur, d'une telle assistance est dépourvu d'équivoque, entre, à l'évidence dans sa mission. Elle conclut dès lors, pour justifier le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, que la disposition critiquée est susceptible de porter aux droits de défense une atteinte non proportionnée au but de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions poursuivi par le législateur (Cass. crim. 19 juin 2018, n° 18-80.872). Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a déclaré le premier alinéa de l'article 706-113 du code de procédure pénale contraire à la Constitution.

Le 14 septembre 2018, le Conseil constitutionnel a conclu à la non-conformité de l'article 706-113 à la Constitution (V. P. Bonfils, Inconstitutionnalité de l'article 706-113 du Code de procédure pénale : Droit de la famille, 2018, n°11, comm. 269 ; A.-S. Chavent-Leclère, Inconstitutionnalité de l'absence d'information obligatoire du tuteur ou du curateur : Procédures 2018, n°11, comm. 344). Il commença par relever qu'aucune disposition législative n'impose aux autorités policières ou judiciaires de rechercher, dès le début de la garde à vue, si la personne entendue est placée sous curatelle ou sous tutelle et d'informer alors son représentant de la mesure dont elle fait l'objet. Or, la personne placée en garde à vue peut ne pas demander à ce que son curateur ou son tuteur soit prévenu sur le fondement de l'article 63-1, 3°, du code de procédure pénale. Elle peut être dans l'incapacité d'exercer ses droits, faute de discernement suffisant ou de possibilité d'exprimer sa volonté en raison de l'altération de ses facultés mentales ou corporelles. Elle est alors susceptible d'opérer des choix contraires à ses intérêts, au regard notamment de l'exercice de son droit de s'entretenir avec un avocat et d'être assistée par lui au cours de ses auditions et confrontations. Aussi, compte tenu de ce risque d'atteinte aux droits de la défense, le Conseil a retenu qu'en ne prévoyant pas, lorsque les éléments recueillis au cours de la garde à vue d'une personne font apparaître qu'elle fait l'objet d'une mesure de protection juridique, que l'officier de police judiciaire ou l'autorité judiciaire sous le contrôle de laquelle se déroule la garde à vue soit, en principe, tenu d'avertir son curateur ou son tuteur afin de lui permettre d'être assistée dans l'exercice de ses droits, les dispositions contestées sont contraires à la Constitution. Elles sont donc déclarées inconstitutionnelles en ce qu'elles méconnaissent les droits de la défense.

Toutefois et comme l'y autorise l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel module dans le temps les effets de l'abrogation. Il observe qu'une abrogation immédiate de l'alinéa 1^{er} de l'article 706-113 aurait pour effet de supprimer l'obligation pour le procureur de la République et le juge d'instruction d'aviser le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'un majeur protégé. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Le Conseil reporte ainsi au 1^{er} octobre 2019, les effets de l'abrogation, ce qui laisse le temps au législateur de procéder aux modifications qui s'imposent pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée.

Cette solution est heureuse en ce qu'elle vient renforcer la protection de la personne placée sous un régime de protection. Elle est en outre parfaitement conforme à l'évolution des garanties en procédure pénale qui tendent toutes à naître désormais dès le stade de l'enquête et plus seulement en phase judiciaire. On s'étonnera toutefois que le Conseil n'ait pas mieux organisé la période d'attente qui s'ouvre jusqu'au plus tard le 1^{er} octobre 2019. Il faut en effet déduire de cette décision que non seulement l'abrogation ne profite pas au requérant, auteur de la question prioritaire de constitutionnalité ce qui est somme toute très classique, mais aussi qu'elle ne semble pas devoir profiter aux personnes qui, d'ici le 1^{er} octobre 2019, seraient placées en garde à vue. Le Conseil n'a en effet pas organisé la période transitoire de telle sorte que, pour l'heure, les officiers de police judiciaire restent libres d'aviser ou pas le représentant de la personne protégée d'une mesure de placement en garde à vue.

Avec cette décision, un pas indéniable vient d'être fait dans l'organisation d'une meilleure garantie de l'effectivité des droits des personnes faisant l'objet d'un régime civil de protection au cours d'une procédure pénale. On ne peut que s'en réjouir et en même temps s'étonner que la question n'ait été envisagée qu'en 2018 alors que dès le début des années 2000, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aurait dû nous conduire à une meilleure prise en considération des personnes placées sous un régime civil de protection dès lors qu'elles doivent se défendre contre une accusation pénale dirigée contre lui (CEDH 30 janv. 2001, req. n° 35683/97, Vaudelle c/ France, spec. § n°62 - JCP 2001. I. 342, n° 14, obs. Sudre ; JCP

2001. II. 10526, note Di Raimondo ; D.2002.353, note Gouttenoire-Cornut et Rubi Cavagna ; D. 2002. Somm. 2164, obs. Lemouland ; JCP 2001. II. 10526 note Di Raimondo ; Dr. fam. 2001, n° 66, obs. Fossier ; LPA 19 nov. 2001, note Massip ; RTD civ. 2001. 330, obs. Hauser ; 2001.439, obs. Marguenaud).

La loi du 5 mars 2007 a certes instauré des règles particulières aux articles 706-113 mais en faisant dépendre la protection à la fois de l'existence d'un régime civil de protection et de l'engagement au plan pénal de poursuites, des pans entiers de la procédure pénale peuvent se dérouler sans que des garanties particulières ne soient assurées au bénéfice de majeurs protégés. Il y a tout lieu de penser que les nouvelles insuffisances se feront jour comme le laissent d'ailleurs supposer des arrêts récents de la chambre criminelle de la Cour de cassation portant sur la question de la connaissance de l'existence d'une règle de protection. En effet, en l'état du droit positif, s'il incombe bien au procureur de la République ou au juge d'instruction d'aviser le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, des poursuites dont la personne fait l'objet, encore faut-il que l'autorité judiciaire pénale ait connaissance de l'existence du régime civil de protection. La question s'est récemment posée de savoir s'il incombait au magistrat de se renseigner en cas de doute sur l'existence d'un tel régime. Par un arrêt rendu le 19 septembre 2017, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré, sur le fondement des articles 706-113 et D. 47-14 du code de procédure pénale, qu'en cas de doute sur l'existence d'une mesure de protection juridique, il incombe au procureur de la République ou au juge d'instruction de procéder aux vérifications nécessaires préalablement à cet acte (Cass. crim. 19 sept 2017, n° 17-81.919, Dalloz actualité, 18 oct. 2017, obs. Benelli-de-Bénazé ; AJ pénal 2017. 504, obs. Lasserre Capdeville ; RSC 2017. 771, note Cordier). Cette obligation de vérification ne semble toutefois incomber au magistrat qu'à partir du moment où il a, à tout le moins, un doute sur l'existence d'un tel régime. Il ne lui est donc pas demandé de procéder à une vérification systématique préalable. Ainsi, dans un autre arrêt, la chambre criminelle a annulé (et non cassé) la décision des juges du fond qui a statué sur une procédure en méconnaissance des dispositions de l'article 706-113 du code de procédure pénale alors même qu'il n'est pas établi que les juges aient eu connaissance de la mesure de protection juridique dont bénéficiait le prévenu dès lors que la Cour de cassation était en mesure de s'assurer par les pièces contradictoirement produites devant elle, le prévenu avait été placé sous curatelle renforcée le 27 novembre 2014 (Cass. crim. 10 janv. 2017, n° 15-84.469, Dalloz actualité, 16 févr. 2017, obs. Goetz). Ces nombreux arrêts montrent que le régime de protection des personnes placées sous un régime civil de protection reste encore à parfaire.

Gageons que le projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme de la justice apporte ces précisions. Pour l'heure, tel que soumis à la Commission mixte paritaire, ce projet répond à la demande de mise en conformité résultant de la décision du Conseil constitutionnel du 14 septembre 2018. En effet, un nouvel article 706-112 inséré dans le code prévoyait une information des tuteurs ou curateurs dès le stade de la garde à vue dès lors que les éléments recueillis au cours de la garde à vue d'une personne font apparaître que celle-ci fait l'objet d'une mesure de protection juridique. Il incombe à ce stade à l'officier ou l'agent de police judiciaire d'aviser le curateur ou le tuteur de la mesure dont fait l'objet la personne sous protection. S'il est établi que la personne bénéficie d'une mesure de sauvegarde de justice, l'officier ou l'agent de police judiciaire avise s'il y a lieu le mandataire spécial désigné par le juge des tutelles. Cet avis doit être donné, sauf en cas de circonstance insurmontable dans un délai de six heures à compter du moment où est apparue l'existence d'une mesure de protection juridique. Toutefois, le procureur de la République peut, à la demande de l'officier de police judiciaire, décider que l'avis sera différé ou ne sera pas délivré si cela s'avère indispensable afin de permettre le recueil ou la conservation des preuves ou de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne. Le projet vient en outre préciser les prérogatives de cette personne avisée. En ce sens, si la personne n'est pas assistée d'un avocat ou n'a pas fait l'objet d'un examen médical, le curateur, le tuteur ou le mandataire spécial peuvent désigner un avocat ou demander qu'un avocat soit désigné par le bâtonnier, et ils peuvent demander que la personne soit examinée par un médecin.

Ce faisant, le droit pénal des majeurs protégés tend à se rapprocher de celui du droit des mineurs ce dont la doctrine se réjouit, les raisons de la protection étant les mêmes « *le majeur protégé, comme le mineur, ne dispose pas d'un discernement suffisant pour exprimer sa volonté. Il est logique que les modalités de la protection soient également les mêmes* » (P. Bonfils, Inconstitutionnalité de l'article 706-113 du Code de procédure pénale : Droit de la famille, 2018, n°11, comm. 269). Des disparités demeurent toutefois entre ces deux droits spéciaux notamment une différence majeure relative à l'assistance par un avocat. Elle est obligatoire pour le mineur et ne se limite pas au stade des poursuites puisqu'elle a été étendue à la garde à vue par l'effet de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2017) alors qu'elle n'est que facultative pour le majeur protégé. Là est peut-être le terrain de prochaines évolutions comme certains le pensent (P. Bonfils, op. cit. A.-S. Chavent-Leclère, op. cit.).

Indépendamment de la comparaison avec le droit pénal des mineurs, une fois ce texte définitivement adopté, il est probable que le contentieux de la Cour de cassation se déplace sur la question du contrôle et donc de la nullité des actes pratiqués en méconnaissance de ces règles. Il est en effet possible d'observer que le nouvel article ne comporte pas de nullité textuelle de telle sorte que la chambre criminelle sera probablement amenée à développer sur ce point sa jurisprudence relative aux nullités substantielles qu'elle a déjà amorcée en la matière en exigeant dans les arrêts les plus anciens la preuve d'un grief (Cass. crim. 28 sept. 2010, n° 10-83.283, Bull. crim. n° 144 ; AJ pénal 2011. 192, puis, de façon plus protectrice, en considérant que la seule méconnaissance du texte crée une présomption de grief (Cass. crim. 3 mai 2012, n° 11-88.725, Bull. crim. n° 105 ; Dalloz actualité, 21 juin 2012, obs. Girault ; D. 2012. Actu. 1615, obs. Girault ; Dr. pénal 2012. Chron. 7, obs. Lesclous).

2. Cons. const. 16 nov. 2018, n°2018-744 QPC - Régime de la garde à vue des mineurs

A l'heure où Madame le garde des Sceaux, Mme Belloubet, a annoncé sa volonté de réformer le droit pénal des mineurs, le Conseil constitutionnel rendait lui une décision par laquelle il déclarait contraires à la Constitution des mots contenus aux articles 8 et 9 de l'ordonnance du 2 février 1945 par une décision d'effet immédiat, aucun motif ne justifiant en l'espèce de reporter dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Cette décision est intervenue à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la requérante et portant sur les articles 1, 5, 7, 8, 9 et 10 de l'ordonnance du 2 février 1945 dans leur rédaction en vigueur en 1984, soit à l'époque des faits, en ce qu'ils méconnaîtraient tant la présomption d'innocence et les droits de la défense garantis par les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs. Plus précisément, il était reproché à ce textes de permettre, dans le cadre d'une instruction, le placement en garde à vue d'un mineur, sans que celui-ci ne bénéficie des garanties nécessaires au respect de ses droits, notamment à l'assistance d'un avocat, à la notification du droit de garder le silence et à l'information de son représentant légal. Il est vrai que les articles 8 et 9 de l'ordonnance de 1945 se bornaient à indiquer qu'il est procédé « dans les formes prévues par le chapitre 1^{er} du titre III du livre I^{er} du code de procédure pénale », bref comme il est dit aux articles 79 et suivants, des textes applicables aux majeurs et ne comportant pas de spécificités en fonction de l'âge de la personne.

La question portait ainsi précisément sur la conformité de ces mots organisant le renvoi au droit commun.

Par un arrêt rendu le 11 septembre 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé la question sérieuse et renvoyait au Conseil (Cass. crim. 11 sept. 2018 : pourvoi n°18-83.360). Selon la cour, dès lors que le législateur n'a pas, à l'occasion des modifications qu'il a apportées à l'ordonnance du 2 février 1945, postérieurement à la Constitution du 4 octobre 1958 et antérieurement à 1984, prévu les garanties spécifiques devant être apportées à un mineur privé de liberté par une mesure de garde à vue, ce qu'il n'a fait que par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993, en choisissant de le fixer dans ce texte et non dans le code de procédure pénale, il y a lieu de vérifier s'il a été porté atteinte, par cette abstention, au principe fondamental reconnu par les lois de la République du droit pénal spécial et protecteur des mineurs.

La question, bien que pertinente au regard des faits de l'espèce, présente ainsi essentiellement une valeur historique dans la mesure où elle porte sur un texte qui, à l'époque, ne prévoyait aucune garantie légale afin d'assurer le respect des droits notamment, les droits de la défense de la personne gardée à vue, majeure ou mineure. Pas plus, ces textes n'organisaient de règles spécifiques à la garde à vue en fonction de l'âge de la personne.

Le Conseil retient ainsi que ces dispositions permettaient que tout mineur soit placé en garde à vue pour une durée de 24 heures renouvelable avec comme seul droit celui d'obtenir un examen médical en cas de prolongation de la mesure. Aussi il conclut à une méconnaissance de la Constitution car, en procédant de la sorte, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés garanties. En outre, il a contrevenu au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs.

II. DROIT DE LA PEINE

1. Cons. constit., 14 septembre 2018, QPC n°2018-731 - Amende minimale - Amende douanière- Individualisation de la peine

Le Conseil constitutionnel a rendu, le 14 septembre dernier, une décision qui présente l'intérêt d'apporter une réponse à la question de la conformité à la Constitution des peines minimales de l'article 415 du code des douanes mais aussi et au-delà, de mieux comprendre le domaine d'application du principe d'individualisation de la peine (V. sous cette décision, nos obs. Dr. pénal nov. 2018, comm.). Avant d'apprécier la portée de cette décision, revenons à la question précisément posée relative à la conformité de l'article 415 du code des douanes à la Constitution. Ce texte tel que soumis au Conseil prévoyait en effet que les faits consistant pour une personne, par exportation, importation, transfert ou compensation, à procéder ou tenter de procéder à une opération financière entre la France et l'étranger portant sur des fonds qu'elle savait provenir, directement ou indirectement, d'un délit prévu au présent code ou d'une infraction à la législation sur les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants est notamment puni « d'un emprisonnement de deux à dix ans ». La particularité de cette disposition tient ainsi à la présence d'une peine minimale à laquelle le pénaliste n'est plus habitué, les « fourchettes de peine » ayant été supprimées du code pénal à l'occasion de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation au nouveau code pénal, qui a abrogé toutes les mentions relatives aux minima des peines figurant dans les textes antérieurs, sous la seule réserve de l'article 132-18 en matière criminelle et celle de l'article 131-8 pour la peine de travail d'intérêt général.

La chambre criminelle, qui lui renvoyait la question au motif qu'elle était sérieuse, insistait en effet sur le fait que cet article interdit au juge, qui voudrait prononcer une peine d'emprisonnement, de fixer sa durée en-deçà du seuil de deux ans et cela nonobstant toutes les autres possibilités qui s'offrent à lui tel dispenser le coupable des sanctions pénales prévues par ce code, ordonner qu'il soit sursis à leur exécution ou décider que la condamnation ne sera pas mentionnée au bulletin n° 2 du casier judiciaire (Cass. crim. 19 juin 2018 : pourvoi n° 18-90008 ; Dr. pénal 2018, obs. n°168). Sans écarter du débat les possibilités qui s'offrent au juge qui ne souhaiterait pas prononcer une peine d'emprisonnement et que rappelle d'ailleurs le

Conseil, la question portait donc plus précisément sur la liberté du juge dans la fixation du *quantum* de la peine qu'il entend prononcer et sur la conformité des restrictions que le texte apporte à cette liberté au regard du principe d'individualisation de la peine et des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

Le Conseil déclare au terme de son raisonnement l'article conforme à ces principes. Il prend toutefois le soin de particulièrement développer son argumentation au regard du principe d'individualisation de la peine en y apportant des éléments d'appréciation assez nouveaux mais aussi bien casuistiques.

Dans un premier temps, le Conseil a vérifié d'une part que la peine minimale de l'article 415 était justifiée au regard de la gravité de faits réprimés et d'autre part que le législateur avait pris le soin de laisser au juge une marge d'appréciation suffisante. Cette façon de faire est classique. Le Conseil a déjà pu procéder ainsi à propos des peines-plancher en cas de récidive légale qui avaient été introduites dans le code pénal (C. pén., art. 132-18-1 et 132-19-1 et 132-19-2, aujourd'hui abrogés - Cons. constit., déc. n°2007-554 DC du 9 août 2007, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; déc. n°2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure). Dans ces décisions antérieures, le Conseil constitutionnel tenait compte du fait que le juge pouvait retrouver une marge d'appréciation s'agissant de la fixation du quantum de la peine d'emprisonnement et pas seulement des possibilités qui s'offrent à lui de ne pas prononcer de peine d'emprisonnement. Or, s'agissant de la peine prévue par le code des douanes, le législateur n'a pas prévu de possibilité pour le juge de prononcer moins que le minimum par le jeu d'une motivation spéciale de la décision. Aussi, le Conseil a dû adapter son raisonnement.

Pour cela, et dans un second temps, il avance des arguments novateurs à savoir d'une part, l'écart entre la durée minimale et la durée maximale de la peine d'emprisonnement - en l'occurrence, 8 années - et, d'autre part, le niveau des *quantas* ainsi retenus -- en l'occurrence, 2 ans et 10 ans -. De ces deux considérations, le Conseil tire la conclusion selon laquelle la juridiction n'est pas privée de la possibilité de fixer, dans ces limites, la peine d'emprisonnement en fonction des circonstances de l'espèce. Là est la réelle nouveauté s'agissant de l'appréciation de la conformité d'une peine d'emprisonnement à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont résulte le principe d'individualisation de la peine. On pourrait comparer cette façon de raisonner à celle retenue par le Conseil en matière d'amende, plus précisément d'amendes forfaitaires. Ainsi, dans une décision du 16 septembre 2011, en matière contraventionnelle, le Conseil constitutionnel écarta le grief tiré de la méconnaissance du principe d'individualisation des peines dès lors que la disposition contestée laisse au juge le soin de fixer la peine dans les limites de l'amende forfaitaire ou de l'amende forfaitaire majorée et du maximum de l'amende encourue, le juge pouvant ainsi proportionner le montant de l'amende à la gravité de la contravention commise, à la personnalité de son auteur et à ses ressources (Cons. constit., 16 septembre 2011, déc. n° 2011-162, QPC, considérant n°4. Comp. déjà en ce sens, Cass. crim., 16 juin 1999 : Bull. crim. n°138). Il n'en demeure pas moins que la démarche est originale et pourrait conduire à des appréciations bien casuistiques pour chaque hypothèse de ce type, lesquelles toutefois demeurent rares. On peut même se demander si cet article 415 du code des douanes n'était pas le dernier bastion de la peine minimale, un bastion qui est tombé puisque depuis la décision du Conseil et alors même que celui-ci conclut à la conformité de l'article 415 du code des douanes à la Constitution, la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude a réécrit cet article qui dispose désormais que ces faits « seront punis d'un emprisonnement de dix ans ».

Au-delà de l'appréciation faite par rapport à la présence d'une peine minimale à l'article 415 du code des douanes, cette décision du Conseil est l'occasion de revenir sur la portée du principe d'individualisation de la peine car cette décision montre qu'en matière douanière comme en matière pénale règne le principe. Ce rappel n'est pas anodin à l'heure où la jurisprudence de la Cour de cassation ne cesse de s'étoffer au sujet des conséquences de l'obligation d'individualisation de la peine sur le prononcé de la décision et spécialement sur la question de la motivation de la décision sur la peine. Il convient à cet égard de préciser que si, en matière pénale comme en matière fiscale ou douanière, le juge est tenu d'individualiser la peine, cette individualisation peut se faire par des moyens distincts selon les matières ; Ainsi, au plan du droit pénal *stricto sensu* et parce que les articles 132-1 et 132-20 du code pénal l'y obligent, le juge doit, pour individualiser la peine, motiver sa décision. En revanche, en matière fiscale, cette obligation de motivation de la décision n'existe pas. Toutefois, cela ne veut pas dire que le juge n'a pas à individualiser la peine. Il doit le faire mais avec les outils juridiques que lui fournissent ces droits spéciaux tel notamment l'article 369 du code des douanes. Tel est le sens d'un arrêt rendu plus récemment par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 novembre 2018 par lequel la Cour énonce que le prononcé, par le juge correctionnel, de l'amende prévue à l'article 414 du code des douanes en répression des infractions de contrebande et d'importation ou d'exportation sans déclaration de marchandises prohibées, est soumis aux dispositions spécifiques de l'article 369 du code des douanes et échappe, par conséquent, aux prescriptions des articles 132-1 et 132-20, alinéa 2, du code pénal (Cass. crim., 7 nov. 2018 : pourvoi n°17-84.616 ; Dr. pénal janv. 2019, comm. 18, nos obs.). Le Conseil constitutionnel faisait déjà état de ces moyens d'individualiser la peine spécifique à la matière douanière dans la décision du 14 septembre 2018 puisqu'il y indiquait que l'instauration de la peine d'emprisonnement minimale n'interdit pas à la juridiction de faire usage d'autres dispositions d'individualisation de la peine lui permettant de prononcer les peines et de fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, notamment en ce qu'elle peut, sur le fondement de l'article 369 du Code des douanes, dispenser le coupable de la peine d'emprisonnement, ordonner qu'il soit sursis à son exécution et décider que la condamnation ne sera pas mentionnée au bulletin n° 2 du casier judiciaire.

2. Cons. const., 26 oct. 2018, n° 2018-742 QPC - Période de sûreté de plein droit. Conformité à l'article 8 DDHC

« Le premier alinéa de l'article 132-23 du code pénal qui ne méconnaît par ailleurs ni le principe de nécessité des peines, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit donc être déclaré conforme à la Constitution ». Voilà, *in extenso*, la réponse du Conseil constitutionnel à la question prioritaire de constitutionnalité qui lui fut transmise le 4 septembre 2018 par la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. crim., 4 sept. 2018, n° 18-90018).

Les faits qui l'avaient motivée étaient les suivants : du fait de sa condamnation à dix ans de réclusion criminelle pour différentes infractions, un individu subissait une période de sûreté égale à la moitié de sa peine -- donc cinq ans -- en vertu des alinéas 1 et 2 de l'article 132-23 du Code pénal, aux termes desquels « *en cas de condamnation à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, prononcée pour les infractions spécialement prévues par la loi, le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle. La durée de la période de sûreté est de la moitié de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, de dix-huit ans. La cour d'assises ou le tribunal peut toutefois, par décision spéciale, soit porter ces durées jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit décider de réduire ces durées* ». En même temps qu'il demanda un relèvement de sa période de sûreté au tribunal de l'application des peines d'Aix-en-Provence, il posa la question dans laquelle il mit en doute la conformité de l'article 132-23, alinéa 1 du Code pénal, instituant une période de sûreté de plein droit, à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La chambre criminelle trouva son contenu sérieux et la renvoya au Conseil qui trancha dans sa décision du 26 octobre 2018.

Dans la mesure où le requérant soulevait la question de la conformité de la période de sûreté à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, encore fallait-il, en premier lieu, déterminer si celui-ci lui était applicable, donc s'interroger, tout d'abord, sur son domaine d'application. La réponse ne faisait guère de doute dans la mesure où le Conseil avait, par plusieurs décisions antérieures, déjà intégré la période de sûreté au champ de l'article 8 (Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86- 215 DC ; voir encore Cons. Const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC).

Le Conseil confirma donc l'applicabilité du texte, mais l'explication n'est pas forcément celle attendue. En effet, quand il revient au Conseil de s'interroger sur la conformité d'une mesure à l'article 8, il commence par préciser que les principes qu'ils posent ne s'appliquent qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition (voir encore récemment Cons. const., 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC ; Cons. const., 8 sept. 2017, n° 2017-752 DC : Dr. pén. 2017, comm. 173). La période de sûreté n'étant pas une peine, pouvait-elle alors être considérée comme une sanction ayant le caractère d'une punition ? Ce n'est pas l'avis du Conseil constitutionnel, qui préfère la concevoir comme un élément de la peine, plus précisément comme une mesure de son exécution. Il reprend en cela une qualification adoptée de façon récurrente par la Cour de cassation, qui lui a permis de déterminer les modalités d'une confusion de peines (Cass. crim., 9 mars 1993, Bull. crim. n° 104) ou l'imputation de la durée de la détention provisoire (Crim 25 juin 2014, Bull. crim. n° 169 ; Crim 10 déc. 2014, Bull. crim. n° 268).

Or, qualifier la période de sûreté de modalité d'exécution de la peine aurait dû conduire le Conseil à refuser de lui appliquer l'article 8. Il était, par exemple, parvenu à pareille conclusion dans sa décision du 8 décembre 2005 dans laquelle, après avoir qualifié la surveillance judiciaire de modalité d'exécution de la peine, il lui avait dénié le caractère de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition et permis son application rétroactive sans préjudice de l'article 8. Il avait d'ailleurs, pour appuyer son propos, insisté sur son caractère préventif, reposant sur la dangerosité du condamné et destiné à lutter contre la récidive. On pourrait avancer la même chose de la période de sûreté, que d'aucuns n'hésitent d'ailleurs pas à qualifier de mesure de sûreté, à l'instar, d'ailleurs, du Conseil dans sa décision de 1994. Toutefois, celui-ci intègre la période de sûreté dans le giron de l'article 8, confirmant ses précédentes décisions (Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86- 215 DC ; voir encore Cons. Const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC). On regrettera alors que, pour des raisons d'opportunité, il persiste à rompre avec l'orthodoxie de sa solution de 1978 : « *en droit pénal les décisions relatives aux modalités d'exécution des peines sont par nature distinctes de celles par lesquelles celles-ci sont prononcées ; (...) par suite, l'application de ceux des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui régissent les condamnations ne s'impose pas en ce qui concerne les décisions relatives aux modalités d'exécution des peines* » si bien que la période de sûreté « *qui ne concerne que l'exécution d'une peine, ne peut donc être regardée comme constituant elle-même une peine ; (...) dès lors, les décisions relatives à son application ne sont pas soumises aux règles qui régissent le prononcé des peines* » (Cons. const., 22 nov. 1978, n° 78-98 DC ; Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86- 215 DC).

L'applicabilité de l'article 8 étant acquise, restait alors, en second lieu, à vérifier si la période de sûreté était conforme aux principes, posés par l'article 8, d'individualisation et de nécessité des peines, mis en exergue par le requérant. Pour le Conseil, le second renvoi à la vérification de l'absence de disproportion manifeste entre une sanction et l'acte qu'elle a vocation à réprimer (voir, par exemple, Cons. const., 23 nov. 2018, n° 2018-746 QPC : « *Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de*

l'absence de disproportion manifeste l'infraction et la peine encourue ») tandis que selon le premier, une sanction pénale ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée en tenant compte des circonstances propres à l'espèce. Le Conseil choisit de ne répondre que sur ce dernier point, notant que la période de sûreté s'applique sans que le juge ait eu à la prononcer. Ce qui, en définitive, sauve le mécanisme est le fait que le Conseil en fait un élément de la peine qui, elle, est évidemment individualisable : comme son *quantum* est fonction de celui de la privation de liberté choisie (il est égal à la moitié), le juge pourrait en définitive en déterminer la durée en agissant sur celle de la peine. Elle présenterait donc un « lien étroit » avec la peine qui permet au Conseil de passer outre le fait qu'elle n'est pas prononcée par le juge.

Ce raisonnement est évidemment biaisé : nonobstant cette « variation », la période de sûreté est toujours égale à la moitié de la peine. Ainsi, en l'espèce l'individu avait été condamné à une peine de dix années de réclusion de sorte qu'une période de sûreté de cinq ans -- et pas une autre durée - avait vocation à s'appliquer. Et il est difficile -- ou en tout cas peu cohérent - de demander à un jury de déterminer le nombre d'années de réclusion à prononcer en fonction de la période de sûreté que l'on souhaite voir s'appliquer au condamné. Par conséquent, l'argument, séduisant de prime abord, ne porte pas, d'autant que la cour d'assises peut toujours, par décision spéciale, choisir de diminuer sa durée (ou de l'augmenter dans la limite des deux tiers de la peine (vingt-deux ans en cas de perpétuité) en vertu de l'alinéa 2 de l'article 132-23 du code pénal. C'est d'ailleurs l'ultime argument mis en avant par le Conseil -- pour conclure à la conformité de l'article 132-23, alinéa 1 du code pénal - qui, lui, de ce fait, ne se rapporte plus à la peine, mais à la période de sûreté même... Le raisonnement final est donc des plus curieux : l'argument le plus pertinent -- la modularité de la période de sûreté -- ne concerne pas, comme on aurait pu s'y attendre, à une peine ou une sanction ayant le caractère d'une punition, mais à un élément de ladite peine.

On notera enfin que, selon le Conseil, en l'absence de décision spéciale sur la période de sûreté (de nature par là même à renseigner le condamné sur sa durée), la cour d'assises peut avertir la personne condamnée des modalités d'exécution de sa peine. En effet, il n'est pas rare qu'un condamné ne découvre l'existence d'une période de sûreté -- et son *quantum* -- qu'au moment de solliciter un aménagement de peine, ce qui se révèle extrêmement démobilisateur. Une modification du code de procédure pénale, faisant obligation à la cour d'indiquer au condamné que la peine qui lui a été infligée s'accompagne d'une période de sûreté de x années, redonnerait du sens à la peine. Pourtant, le projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, qui s'inspire du rapport Sens et efficacité des peines de B. Cotte et J. Minkowski, n'entend pas revenir sur le régime de la période de sûreté : alors que le rapport préconisait qu'elle soit toujours prononcée par la cour d'assises - qui aurait donc pu décider de sa durée et aurait, du même coup, renseigné le condamné sur l'existence et la durée de sa période de sûreté -, le projet ne la réforme pas, pas même *a minima* en prévoyant une obligation d'information à destination du condamné. Tout reste donc en l'état et repose uniquement sur la bonne volonté des présidents de cours d'assises et sur la mission de Conseil des avocats.

V. P

3. Cons. const., 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC - Cumul de sanctions. Pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale

« Les dispositions de l'article 1728 du code général des impôts et la phrase « soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits » de l'article 1741 de ce code, en ce qu'elles autorisent, à l'encontre de la même personne et en raison des mêmes faits, le cumul de procédures ou de sanctions pénales et fiscales, portent-elles atteinte aux principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? ». Telle était la question prioritaire de constitutionnalité posée au Conseil constitutionnel par un éphémère secrétaire d'Etat et son épouse, après leur condamnation pénale pour fraude fiscale (CGI, art. 1741), pour avoir omis volontairement de déclarer leurs impôts à l'administration fiscale, leurs manquements ayant également été sanctionnés par l'application de majorations fiscales sur le fondement de l'article 1728 du même code.

Le Conseil choisit de traiter directement du fond sans s'attarder sur la recevabilité de la question alors pourtant que les deux textes en cause avaient déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité par le Conseil. Certes, le 17 mars 2011, il avait simplement jugé que les majorations - instituées aux fins de sanctionner les omissions de déclaration - par l'article 1728 1a et b n'étaient pas manifestement disproportionnées (Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010/105-106 QPC) alors que le 4 décembre 2013, il n'avait été saisi que des circonstances aggravantes ajoutées à l'article 1741 par la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. Il n'était donc nullement question de cumul des sanctions prévues par ces textes.

Néanmoins, la chambre criminelle, lorsqu'elle transmet la question, avait tout de même pris soin de noter que la décision du 24 juin 2016 (Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC ; n° 2016-546 QPC : Dr. pénal 2016, comm. 135, JCP G 2016, 847, [JCP G 2016, 1042] , S. Detraz ; [JCP E 2016, 1595], Y. Mayaud ; D. 2016, p. 1836, C. Mascala) -- dans laquelle le Conseil a mis au jour une hypothèse dans laquelle le cumul de poursuites et de sanctions est autorisé -- aurait pu, le cas échéant, constituer un changement de circonstances, au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, propice à un réexamen des articles litigieux (Cass. crim., 12 sept. 2018, n° 18-81.067).

Toujours est-il que le Conseil choisit de répondre directement à la question, après avoir toutefois rejeté la demande présentée par un tiers intervenant

qui sollicitait la saisine pour avis de la Cour européenne des droits de l'homme sur la conformité de la réserve française au protocole additionnel à la convention n° 7 – lequel proclame en son article 4 le principe *non bis in idem* -. En effet, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} août 2018, du protocole n° 16 additionnel à la Convention, les plus hautes juridictions d'un Etat (pour la France, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, ce dernier n'étant pourtant pas une juridiction au sens juridique du terme, ne tranchant pas des litiges) sont autorisées à adresser à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes d'avis consultatifs portant sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés que la Convention ou ses protocoles garantissent (Protocole additionnel n° 16, art. 1^{er} ; pour un exemple : Cass. Ass. plén., 5 oct. 2018 : JCP 2018, G, 1190, note A. Gouttenoire et F. Sudre). La ratification du protocole ayant été autorisée par la loi n° 2018-237 du 3 avril 2018, il était donc loisible de demander son avis à la Cour européenne sur la validité de la réserve française au protocole n°7, par l'entremise du Conseil constitutionnel. Cependant, ce dernier, estimant que rien ne justifiait une telle saisine, rejeta la demande. Une clarification n'aurait pourtant pas été inutile puisque, si la chambre criminelle soutient que la Cour européenne a affirmé que la réserve est valable (voir, entre autres, Cass. crim., 6 déc. 2017, n° 16-81857, à paraître au Bull.), elle l'a fait en des termes et selon des modalités très ambiguës (CEDH, 15 nov. 2016, A et B c. Norvège, n° 24130/11 et 29758/11 § 117).

Cette précision apportée, le Conseil devait ensuite se prononcer sur la validité des articles 1728 et 1741 du code général des impôts, tout d'abord, en examinant leur conformité de façon individuelle - ce qui ne posa aucune difficulté, les deux textes n'instituant pas des sanctions manifestement disproportionnées - puis en étudiant leur application combinée.

Il va s'y attacher en reproduisant le raisonnement de sa décision du 24 juin 2016 quasiment *in extenso*. On se souvient que le Conseil était revenu sur la prohibition du cumul de sanctions mise au jour dans sa décision du 18 mars 2015 (Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : JCP G 2015, 368, obs. F. Sudre et 369, obs. J.-H. Robert, D. 2015, p. 894, A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; Rev. Sociétés 2015, p. 380, H. Matsopoulou ; Rev. sc. crim. 2015, p. 705, B. de Lamy ; Rev. sc. crim. 2016, p. 293) en y apportant une hypothèse dérogatoire : celle de procédures complémentaires qui, de ce fait, ne pouvaient donc se concevoir comme des procédures concurrentes qui viendraient sanctionner, chacune à leur tour (donc deux fois) le même fait, mais se présentaient comme des procédures formant un tout cohérent aboutissant à l'application de sanctions complémentaires. Cette logique, que l'on retrouve dans les arrêts Rivard c. Suisse et A et B c. Norvège de la Cour européenne (Cour EDH, 4 oct. 2016, n° 21563/12, Rivard c. Suisse : Dr. pénal 2016, comm. 181 ; Cour EDH, 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11 : Dr. pén. 2017, comm. 14), institue donc une dérogation au principe de prohibition du cumul dont le domaine d'application a vocation à s'élargir du fait de la malléabilité des critères qui en délimitent les contours. Si la Cour européenne admet ainsi le cumul de poursuites comme de sanctions en cas de procédures unies par des liens « temporel » et « matériel », le Conseil, lui, évoque des procédures complémentaires obéissant à une finalité commune, en l'occurrence, ici, la lutte contre la fraude fiscale, objectif à valeur constitutionnelle. Mais les procédures complémentaires ne sont réservées qu'aux cas les plus graves et les auteurs de la QPC faisaient justement valoir que les manquements qui leur étaient reprochés – avoir omis de déclarer leurs revenus à l'administration fiscale, malgré de nombreux rappels, de 2009 à 2013... - ne présentaient pas le degré de gravité justifiant un cumul de sanctions. En outre, ils reprochaient au législateur d'avoir violé le principe de légalité des délits et des peines en ne précisant pas les critères objectifs de gravité des omissions déclaratives. Il est vrai que les éléments fournis par le Conseil ne sont pas de nature à renseigner le justiciable sur son sort judiciaire. En effet, pour jauger de la gravité des manquements – et donc pour savoir si l'on peut cumuler les procédures et les sanctions – il faut avoir égard au montant des droits fraudés, à la nature des agissements de la personne poursuivie et aux circonstances de leur intervention. Sans autre précision, le Conseil valide les textes qui lui étaient soumis puisque leur application combinée « *ne peut donc être regardée comme conduisant à l'engagement de poursuites différentes aux fins de sanctions de faits identiques en application de corps de règles distincts* ».

Le Conseil n'a donc pas saisi l'occasion qui lui était fournie par la Cour de cassation pour revenir sur la limitation du cumul aux cas les plus graves. Il persiste par conséquent dans sa restriction en même temps qu'il maintient la réserve exprimée dans sa décision du 24 juin 2016 : un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond ne peut pas être condamné pour fraude fiscale. Il entend donc toujours aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la décision du juge fiscal n'a pas autorité de la chose jugée en matière pénale, les procédures pénale et fiscale étant, par leur nature et leur objet, différentes et indépendantes l'une de l'autre (Cass. crim., 13 juin 2012, n° 11-84.092).

V. P

Citer cet article

Evelyne BONIS ; Virginie PELTIER. « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », Titre VII [en ligne], n° 2, *De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne*, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-penal-et-de-procedure-penale-0>

