



HAL
open science

Droit pénal transitoire et droit pénal en mouvement

François Rousseau

► **To cite this version:**

François Rousseau. Droit pénal transitoire et droit pénal en mouvement : Obs. sous Crim., 6 mai 2015, n° 15-80076, Crim., 31 mars 2015, n° 14-86584 et Crim., 6 janv. 2015, n° 14-84694 (application dans le temps des lois de procédure); Crim., 15 avril 2015, n° 14-82172, Crim., 14 avril 2015, n° 14-84473 et Crim., 31 mars 2015, n° 14-86584 (application dans le temps des lois de fond). 2015, pp.579-589. hal-03342498

HAL Id: hal-03342498

<https://hal.science/hal-03342498>

Submitted on 14 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Chronique de Droit pénal général

François Rousseau

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes

Droit et changement social (DCS UMR-CNRS 6297)

« DROIT PENAL TRANSITOIRE ET DROIT PENAL EN MOUVEMENT »

A l'occasion d'un séminaire en l'honneur du Doyen Georges Fournier où il nous était demandé d'intervenir sur « *l'enseignement des sciences criminelles au défi de l'instabilité du périmètre du droit pénal* »¹, nous avons analysé l'impact de l'activisme du législateur pénale contemporain sur l'enseignement du droit pénal en relevant notamment que l'un des (trop rares ?) effets positifs de ce droit pénal en mouvement était de redynamiser les règles du droit pénal transitoire pour mieux faire comprendre aux étudiants les enjeux très actuels et pratiques de la maîtrise des conflits de lois dans le temps. Notre chronique en sera une parfaite illustration puisque la Chambre criminelle aura eu plusieurs problèmes de droit pénal transitoire à résoudre au cours de la première moitié de l'année 2015, tant en ce qui concerne l'application dans le temps des lois de procédure (I) que celle des lois pénales de fond (II).

I – L'APPLICATION DANS LE TEMPS DES LOIS DE PROCEDURE PENALE

Cass. crim., 6 mai 2015, n° 15-80076 (saisie conservatoire de bien)

Cass. crim., 31 mars 2015, n° 14-86584 (motivation de peine)

Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 14-84694 (géolocalisation)

Contrairement aux lois pénales de fond, les lois de procédures pénales obéissent au principe de l'application immédiate aux procès en cours n'ayant pas encore donné lieu à une condamnation définitive, selon l'article 112-2 du Code pénal. Il est donc important en matière de droit pénal transitoire de bien identifier, au préalable, la nature des nouvelles lois pour déterminer si elles se rattachent au fond ou à la procédure. Mais, l'identification des lois de procédure n'est pas toujours simple comme en témoigne deux arrêts rendus à propos de la saisie conservatoire de bien² et de la motivation des décisions prononçant un emprisonnement ferme³ (1). Une fois identifiée, la nouvelle loi de procédure pénale s'applique immédiatement aux procédures en cours, ce qui ne signifie pas qu'elle est rétroactive comme le rappelle un arrêt rendu à propos de la géolocalisation⁴ (2).

¹ Ce séminaire portant sur « *les défis intellectuels de l'enseignement des sciences criminelles dans les facultés de droit* » s'est tenu le 26 juin 2015 à la faculté de droit et de science politique de l'Université Rennes 1.

² Cass. crim., 6 mai 2015, n° 15-80076.

³ Cass. crim., 31 mars 2015, n° 14-86584.

⁴ Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 14-84694.

1/ L'identification des lois de procédure

Dans un **arrêt du 6 mai 2015**⁵, la Chambre criminelle devait se prononcer sur l'application dans le temps de la saisie de biens ou droits incorporels prévue à l'article 706-153 du Code de procédure pénale pour garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation de l'article 131-21 du Code pénal. Dans cette affaire, une banque a fait l'objet d'une mise en examen en 2011, notamment, pour des faits d'escroquerie reposant sur des souscriptions de contrats de prêts réalisés entre 2006 et 2008. En 2013, le juge d'instruction ordonne la saisie des créances de la banque découlant des prêts litigieux en application de l'article 706-153 du Code de procédure pénale. Les défenseurs de la banque contestent cette ordonnance de saisie conservatoire au motif que cette possibilité de saisie à titre conservatoire des biens ou droits incorporels résulte de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010, *visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale*⁶ entrée en vigueur après la commission des faits d'escroquerie. La Cour de cassation estime au contraire que la saisie des biens ou droits incorporels prévue par l'article 706-153 du Code de procédure pénale est « *immédiatement applicable aux procédures en cours [...] pour garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation* ». A première vue, cette décision ne surprend guère dès lors que la « saisie » d'un bien au cours de l'information judiciaire est une mesure conservatoire et à ce titre de nature procédurale contrairement à la « confiscation » d'un bien prononcée à titre de peine complémentaire (art. 131-21 CP). La saisie n'étant pas une peine, mais un acte de procédure, elle pouvait s'appliquer immédiatement au procès en cours en application de l'article 112-2, 2° du Code pénal. Le principe de non-rétroactivité des nouvelles peines plus sévères était donc hors de propos contrairement à ce que suggérait le pourvoi.

Néanmoins, à y regarder de plus près, l'argumentation du pourvoi n'était pas dénuée d'intérêt. En effet, pour soumettre au principe de non-rétroactivité des peines les dispositions de la loi du 9 juillet 2010 qui étendaient la saisie conservatoire aux biens incorporels, le pourvoi expliquait très habilement que cette saisie conservatoire est étroitement liée à l'exécution de la peine complémentaire de confiscation de l'article 131-21 du Code pénal⁷, ce que rappelle d'ailleurs la Cour de cassation elle-même dans sa motivation. Le pourvoi en déduisait que seuls les biens pour lesquels la confiscation était encourue au moment des faits pouvaient alors faire l'objet d'une saisie conservatoire lors d'une procédure ultérieure. Cette analyse pouvait se recommander de la lettre de l'article 706-153 qui autorise la saisie de biens ou droits incorporels « *dont la confiscation est prévue par l'article 131-21 du Code pénal* ». Or, ce n'est qu'à l'occasion de l'adoption de la même loi du 9 juillet 2010 que la confiscation des droits incorporels a été expressément prévue à l'article 131-21, alinéa 8, de telle sorte qu'aux moments des faits (2006-2008) cette peine complémentaire ne pouvaient être encourue par la banque qui, par ricochet, ne pouvaient donc pas non plus faire l'objet d'une saisie portant sur des droits incorporels (puisque leur confiscation n'était pas envisageable).

⁵ N° 15-80076.

⁶ Cette saisie de biens ou droits incorporels n'étaient auparavant possible qu'en matière de criminalité organisée, v. C. Cutajar, *Commentaire des dispositions de droit interne de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale* : D. 2010, p. 2305 ; v. également, la belle étude de N. Lory, *La saisie pénale des biens incorporels* (préf. G. Roussel) : L'Harmattan, 2015.

⁷ Sur ce lien entre saisie et confiscation, v. N. Lory, *préc.*, *spéc.* p. 20, 27 et s.

Mais, les juges du fond ont opposé à cette argumentation un raisonnement tout aussi habile consistant à raisonner non pas sur la confiscation de droits incorporels introduite formellement en 2010 à l'alinéa 8 de l'article 131-21 du Code pénal, mais sur la confiscation du « produit direct ou indirect de l'infraction » prévue par le troisième alinéa du même article encourue à titre de peine complémentaire au moment des faits. Dès lors, les créances issues des escroqueries réalisées par la banque pouvaient bien faire l'objet d'une saisie puisqu'elles pouvaient faire l'objet d'une peine complémentaire de confiscation au moment des faits au titre du produit indirect de l'infraction. En approuvant la décision des juges du fond, la Chambre criminelle valide leur raisonnement et autorise implicitement une dissociation, au regard du droit transitoire, entre le régime juridique des mesures procédurales liée à l'exécution de la peine et le régime juridique du prononcé de la peine elle-même.

Cette solution doit être rapprochée d'un autre arrêt rendu par la **Chambre criminelle le 31 mars 2015**⁸ à propos de la motivation des peines d'emprisonnement. Dans cette affaire, un individu fut condamné en appel à quatre ans d'emprisonnement ferme du chef de vol avec violence en état de récidive légale, le 5 septembre 2014. On rappellera que la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, avait supprimé l'exigence de motivation du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme pour les délits commis en état de récidive légale (ancien art. 132-19, al. 2 CP). Or, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014, a réintroduit l'exigence de motivation du prononcé des peines d'emprisonnement ferme en matière délictuelle à l'encontre des récidivistes. En l'espèce, bien que cette exigence de motivation spéciale soit entrée en vigueur après la condamnation prononcée en appel, le condamné estimait que cette disposition plus favorable au droit antérieur devait s'appliquer rétroactivement aux affaires non encore définitivement jugées, ce qui impliquait un réexamen du prononcé de sa peine. Une fois encore, le moyen du pourvoi suscitait habilement l'hésitation sur le régime juridique applicable à l'exigence de motivation spéciale d'une peine au regard du droit transitoire. Il laissait entendre que l'exigence de motivation du prononcé d'une peine devait suivre le même régime juridique que celui de la peine.

La Chambre criminelle rejette très clairement cette analyse en rappelant que l'article « 132-19 du code pénal, qui ne concerne ni la définition des faits punissables, ni la nature et le quantum des peines susceptibles d'être prononcées, n'entre pas dans les prévisions de l'article 112-1, alinéa 3, mais dans celles de l'article 112-2, 2°, dudit code ; que, s'agissant d'une loi de procédure, elle ne peut entraîner l'annulation d'une décision sur le fond régulièrement rendue avant son entrée en vigueur ». En d'autres termes, elle prend soin, dans un premier temps, de rappeler la nature procédurale de l'exigence de motivation, fut-elle en lien avec le prononcé d'une peine, pour la soumettre au principe de l'application immédiate des lois de procédure et non au principe de rétroactivité *in mitius*. Puis, dans un second temps, elle explique que l'application immédiate d'une nouvelle loi de procédure ne remet pas en cause les décisions rendues

⁸ N° 14-86584.

avant son entrée en vigueur. La solution n'est pas nouvelle⁹ et rappelle en outre qu'il ne faut pas confondre application immédiate et rétroactivité.

2/ L'application immédiate des lois de procédure

Le principe de l'application immédiate des lois de procédure est parfois mal compris en ce qu'il est confondu avec la rétroactivité, comme en témoigne l'arrêt rendu par la **Chambre criminelle du 6 janvier 2015**¹⁰ à propos de l'application dans le temps de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014, *relative à la géolocalisation*. Dans cette affaire relative à des faits de trafic de produits stupéfiants, des opérations de géolocalisation avaient été accomplies dans le cadre d'une enquête policière sur autorisation du procureur de la République au cours de l'année 2013 avant l'ouverture d'une information judiciaire. Les mis en cause entendaient faire annuler ces actes de procédure en estimant, d'une part, que cette ingérence dans leur vie privée nécessitait l'intervention d'un magistrat du siège en vertu de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, d'autre part, que la loi du 28 mars 2014 encadrant la géolocalisation ne pouvait rétroactivement valider des actes de procédures accomplis antérieurement à son entrée en vigueur. En réponse à cette argumentation, les juges du fond rappellent que les lois de procédure sont, selon l'article 112-2 du Code pénal, « *applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur* ». Ils décident alors d'apprécier la légalité des opérations de géolocalisation réalisées en 2013 au regard de la nouvelle loi du 28 mars 2014 et concluent à leur régularité.

La Cour de cassation censure cette motivation en rappelant conformément à l'article 112-4 du Code pénal, que, si les lois de procédures sont immédiatement applicables au procès en cours n'ayant pas encore fait l'objet d'une décision définitive, elles ne peuvent remettre en cause la validité des actes de procédures accomplis antérieurement à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. En d'autres termes, la Chambre criminelle rappelle que l'application immédiate des lois de procédure aux procès en cours ne signifie pas qu'elles sont rétroactives. En l'espèce, la loi du 28 mars 2014 était, certes, applicable à l'affaire en cours, ce qui aurait autorisé son application à des opérations de géolocalisation postérieures à cette date, mais elle ne pouvait s'appliquer à des actes d'enquête réalisés en 2013 et donc antérieurement à son entrée en vigueur.

Cette distinction entre application immédiate et rétroactivité ne peut se comprendre que si l'on raisonne sur la bonne « situation juridique » à la base du conflit de lois dans le temps pour reprendre Roubier¹¹. En effet, s'agissant d'une nouvelle loi de procédure, la situation juridique à prendre en compte est le procès pénal et non l'infraction. Or, le procès pénal est par hypothèse une situation juridique continue qui dure dans le temps jusqu'au prononcé d'une décision définitive. Dès lors, si une nouvelle loi de procédure survient au cours du procès, elle s'appliquera immédiatement pour les actes de procédure à venir sans remettre en cause (rétroactivement) les actes déjà accomplis antérieurement¹². Dans cette

⁹ V. Cass. crim. 3 oct. 1994 : Bull. n° 312 ; Rev. sc. crim. 1995, p. 345, B. Bouloc ; 21 juin 1995: Bull. n° 213 ; Rev. sc. crim. 1996, p. 368, obs. B. Bouloc.

¹⁰ N° 14-84694.

¹¹ V. P. Roubier, *Le droit transitoire* (2^{ème} éd., 1960) : Dalloz, 2008 (réed.)

¹² V. R. Merle & A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1 : Cujas, 7^e éd., 1997, n° 274.

affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 6 janvier 2015, l'erreur des juges du fond est sans doute d'avoir raisonné sur la mauvaise situation juridique, à savoir l'infraction. Ayant considéré que la loi de procédure sur la géolocalisation était immédiatement applicable aux infractions (de trafic de produits stupéfiants) faisant l'objet d'une procédure en cours, ils en ont déduit implicitement qu'elle était d'effet rétroactif. Il est vrai que, si l'on raisonne à partir de l'infraction, toute application immédiate d'une nouvelle loi de procédure au procès relatif à cette infraction revient à une application rétroactive de la loi¹³. Mais cela n'a aucun sens, car la loi de procédure n'affecte pas l'infraction (son incrimination ou sa sanction). Elle concerne des actes de procédures accomplis dans le cadre d'une procédure pénale ; c'est donc à l'égard de cette situation procédurale qu'il convient de raisonner. A la décharge des juges du fond dans cette affaire, on fera observer que l'article 112-2 du Code pénal est assez mal formulé (pour ne pas dire trompeur) puisqu'il affirme que les lois de procédure « *sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur* ». Formellement, il raisonne donc sur l'infraction et non sur la procédure. En toute logique, il devrait être rédigé ainsi : « Sont immédiatement applicables aux procédure pénale en cours.... ».

On terminera par signaler que cette erreur de raisonnement des juges du fond ne leur a pas valu une cassation, la Chambre criminelle ayant estimé que les opérations de géolocalisation réalisées en 2013, au regard notamment de leur courte durée, pouvaient être jugées conformes aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne, seul droit applicable aux moments de la réalisation des actes.

II – L'APPLICATION DANS LE TEMPS DES LOIS DE FOND

Cass. crim., 15 avril 2015, n° 14-82172 (loi interprétative)

Cass. crim., 14 avril 2015, n° 14-84473 (contrainte pénale)

Cass. crim., 31 mars 2015, n° 14-86584 (peines planchers)

Les lois pénales de fond sont soumises à deux principes fondamentaux rappelés à l'article 112-1 du Code pénal : la non-rétroactivité de la loi nouvelle (al. 1 et 2), d'une part, et la rétroactivité de la loi nouvelle plus douce ou rétroactivité *in mitius*, d'autre part (al. 3). La non-rétroactivité de la loi pénale découle directement du principe de la légalité criminelle qui impose une prévisibilité de la norme pénale pour garantir la liberté individuelle. C'est pourquoi la règle est formellement consacrée tant à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qu'à l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. Sa valeur quasi-absolue n'en interdit pas, cependant, quelques tempéraments lorsque la loi nouvelle est interprétative¹⁴ (1). La rétroactivité *in mitius* n'est sans doute pas aussi absolue en dépit de sa valeur constitutionnelle¹⁵ et conventionnelle¹⁶, car elle découle de considérations d'humanité

¹³ Sauf à ce que l'infraction soit continue.

¹⁴ Cass. crim., 15 avril 2015, n° 14-82172.

¹⁵ V. Cons. const. 20 janv. 1981, n° 80-127 DC : D. 1982, p. 441, note A. Dekeuwer ; JCP 1981, II, 19701, note C. Franck.

pouvant juridiquement se rattacher au principe de nécessité des peines¹⁷. C'est sans doute pourquoi la jurisprudence s'autorise parfois à en neutraliser les effets, comme en témoigne un arrêt rendu à propos de la contrainte pénale¹⁸ et un autre relatif à la suppression des « peines planchers »¹⁹ (2).

1/ La non-rétroactivité des lois plus sévère tempérée

Dans un **arrêt du 15 avril 2015**, la Chambre criminelle a été amenée à se prononcer sur l'application dans le temps de l'article 222-22-1 du Code pénal introduit par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010, *tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux*. Selon cet article, qui n'a pas l'objet d'une censure constitutionnelle contrairement à la qualification d'inceste²⁰, la contrainte constitutive des agressions sexuelles au sens de l'article 222-22 du Code pénal peut aussi bien être physique que morale, ce que la jurisprudence avait déjà admis auparavant²¹. En outre, il dispose que « *la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime* ». Dans cette affaire, les juges du fond ont condamné pour agressions sexuelles aggravées l'auteur d'attouchements sexuels sur la fille de sa concubine, âgée de seulement 9 ans à l'époque des premiers faits. Pour établir l'existence d'une contrainte et justifier la qualification d'agression sexuelle, les juges du fond se sont appuyés dans leur motivation, tant sur le jeune âge de la victime, que sur l'autorité de l'auteur en sa qualité de concubin de la mère de la victime. Les faits ayant été commis avant 2010, les défenseurs du prévenu reprochaient aux juges du fond d'avoir procédé à une application rétroactive de la loi du 8 février 2010 qu'ils considéraient comme plus sévère en ce qu'elle tendait à faciliter l'établissement de la contrainte morale.

La Chambre criminelle écarte leur argumentation et rejette le pourvoi en expliquant que « *la cour d'appel, qui, en l'état des dispositions interprétatives de l'article 222-22-1 du code pénal, a pu, sans méconnaître le principe de non rétroactivité de la loi pénale, déduire la contrainte morale subie par la victime, âgée de neuf ans lors de la commission des premiers faits poursuivis, de sa différence d'âge avec le prévenu* ». La cour de cassation autorise donc l'application rétroactive de l'article 222-22-1 dès lors que cette disposition se borne à interpréter une disposition plus ancienne – en l'espèce l'article 222-22 – en vigueur au moment de la commission des faits. Cette rétroactivité « naturelle » des lois interprétatives n'est pas une solution nouvelle en matière pénale²² et se justifie traditionnellement par l'idée que la loi interprétative fait corps

¹⁶ V. CEDH, gr. ch., 17 sept. 2009, *Scoppola c/ Italie* : Rev. sc. crim. 2010, p. 234, obs. J.-P. Marguénaud ; Dr. pén. 2010, chron. n° 3, obs. E. Dreyer ; v. également, CJCE 3 mai 2005, *Silvio Berlusconi et a.* : JCP G 2006, II, 10020, note O. Dubos

¹⁷ Sur cette possible relativité du principe de rétroactivité *in mitius*, v. nos observations sous Cass. crim. 11 déc. 2012 : Rev. pénit. 2013, p. 627.

¹⁸ Cass. crim., 14 avril 2015, n° 14-84473.

¹⁹ Cass. crim., 31 mars 2015, n° 14-86584.

²⁰ V. Cons. const. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC : Gaz. pal. 2012, p. 295, note S. Détraz ; Rev. sc. crim. 2011, p. 830, obs. Mayaud ; Rev. sc. crim. 2012, p. 183, obs. J. Danet.

²¹ Par exp. v. Cass. crim. 8 févr. 1995 : Dr. pén. 1995, n° 171 (2^e arrêt), obs. M. Véron ; 7 déc. 2005 : Bull. n° 326 ; Dr. pén. 2006, n° 31, obs. M. Véron ; Rev. sc. Crim. 2006, p. 319, obs. Y. Mayaud.

²² V. par exp., Crim. 12 janv. 2000 : Bull. n° 20 ; Dr. pén. 2000, n° 71, obs. M. Véron ; Rev. sc. crim. 2000, p. 813, B. Bouloc (application rétroactive de la loi du 17 juin 1998 ayant précisé que les mauvais traitements infligés à un

avec la loi antérieure qu'elle explicite²³. Cette solution n'est cependant pas à l'abri de la critique en matière pénale²⁴. Il se peut tout d'abord qu'une nouvelle loi pénale sous couvert d'interpréter une incrimination antérieure procède à son extension²⁵. Ensuite et surtout, quand bien même une nouvelle loi pénale serait véritablement interprétative, ne signifie-t-elle pas *a posteriori* que le texte antérieur manquait de clarté et de précision s'agissant de l'élément textuel interprété ?²⁶ A défaut de clarté du texte initial, celui-ci ne devrait donc pas pouvoir s'appliquer en vertu du principe de la légalité criminelle et de l'exigence de prévisibilité qui en découle selon la Cour européenne des droits de l'homme²⁷.

Mais à dire vrai, pour revenir à notre arrêt du 15 avril 2015, on peut avoir de sérieux doutes sur la qualification de « loi interprétative » attribuée par la Chambre criminelle à l'article 222-22-1 du Code pénal. En effet, la notion de contrainte morale en matière d'agression sexuelle est depuis longtemps relativement bien cernée par la jurisprudence, de telle sorte que la finalité de la loi du 8 février 2010 ne semblait pas être interprétative. Le législateur a plutôt souhaité, en introduisant cette disposition, poser une présomption légale de contrainte morale pour faciliter l'établissement de celle-ci. Il s'agit donc en ce sens d'une règle de preuve, comme l'a d'ailleurs récemment considéré le Conseil constitutionnel²⁸. Se pose alors la question de l'application dans le temps des règles de preuve qui n'est pas formellement tranchée par l'article 112-2 du Code pénal²⁹. On pourrait, il est vrai, considérer que les règles de preuve relèvent de la procédure pénale et obéissent à ce titre au principe de l'application immédiate aux procès en cours. Dans ce cas, la présomption de contrainte morale de l'article 222-22-1 pourrait parfaitement s'appliquer dans le cadre d'un procès pénal en cours pour des faits d'agression sexuelle commis avant 2010. Mais, on pourrait aussi considérer, comme la Cour de cassation a déjà pu l'affirmer par le passé³⁰, qu'une présomption légale se rattachant à un élément constitutif d'une infraction fait corps avec celui-ci de telle sorte qu'elle devrait être soumise au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère³¹. Dans ce cas alors, la présomption légale de contrainte morale introduite en 2010 pouvait apparaître comme une disposition plus sévère ne pouvant s'appliquer rétroactivement à des faits d'agression sexuelle commis antérieurement, comme l'invoquait le pourvoi dans l'arrêt du 15 avril 2015. C'est dire que la Chambre criminelle a habilement

mineur comprenaient les atteintes sexuelles commises à son encontre en application du délit de non-dénonciation de tels faits incriminés à l'article 434-3 du Code pénal).

²³ V. R. Merle & A. Vitu, *Traité de droit criminel*, préc., n° 269 ; J. Pradel, *Droit pénal général* : Cujas, 20^e éd., 2014, n° 187.

²⁴ V. E. Dreyer, *Droit pénal général* : Lexisnexis, 3^e éd., 2014, n° 1732 ; E. Verny, O. Décima & S. Détraz, *Droit pénal général* : LGDJ, 2014, n° 137.

²⁵ V. E. Dreyer, préc. On admettra que cette critique ne peut être opposée à l'article 222-22-1 qui ne procède aucunement à l'extension des agressions sexuelles qui pouvaient déjà résulter d'une contrainte morale avant l'introduction de ce texte dans le Code pénal.

²⁶ V. Ph. Conte & P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général* : A. Colin, 7^e éd., 2004, n° 138 ; E. Verny, O. Décima & S. Détraz, préc.

²⁷ V. CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni* (§49), Série A n° 30 ; 17 mars 2009, *Ould Dah c/ France*, req. n° 13113/03 : D. 2009, p. 1573, note J.-F. Renucci ; Rev. sc. crim. 2009, p. 659, obs. D. Roets.

²⁸ V. Cons. const. 6 févr. 2015, n° 2014-448 QPC : Rev. sc. crim. 2015, p. 86, obs. Y. Mayaud

²⁹ V. E. Dreyer, *Droit pénal général*, préc., n° 1750.

³⁰ V. Cass. crim. 21 mai 1997, n° 96-83504 : Bull. n° 190 ; 14 sept. 2010, n° 10-80718 : Bull. n° 133 ; mais v. *contra*, Cass. crim. 17 mai 2011, n° 10-87646 : Rev. pénit. 2011, p. 723, obs. S. Détraz.

³¹ V. E. Verny, O. Décima & S. Détraz, *Droit pénal général*, préc., n° 124

contourné cette difficulté en ayant recours à la qualification très contestable de loi interprétative.

2/ La rétroactivité des lois plus douces neutralisées

Par plusieurs arrêts remarquables du 14 avril 2015³², la Chambre criminelle s'est prononcée sur l'application dans le temps de la nouvelle peine de contrainte pénale introduite par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*. Sa position était très attendue³³ ; car, s'agissant d'une nouvelle peine alternative à l'emprisonnement mais pouvant comporter des obligations et/ou interdictions relativement rigoureuses, une hésitation était permise sur le caractère plus doux ou plus sévère de la contrainte pénale par rapport au droit antérieur³⁴. L'enjeu était de taille, puisqu'il s'agissait par-là de savoir si la contrainte pénale allait pouvoir s'appliquer ou non aux affaires en cours en application du principe de rétroactivité *in mitius*. La Cour de cassation, dans ses arrêts du 14 avril 2015, tranche clairement cette difficulté en estimant que l'introduction de la contrainte pénale crée un nouvel état du droit des peines plus favorable qu'auparavant, puisqu'elle constitue une nouvelle alternative à l'emprisonnement. Par conséquent, elle peut être prononcée rétroactivement à l'encontre de l'auteur d'un délit n'ayant pas encore fait l'objet d'une condamnation définitive. Nous ne nous étendrons pas sur l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle la contrainte pénale est une peine plus douce en ce qu'elle constitue une alternative à l'emprisonnement sans sursis, puisqu'elle a déjà fait l'objet de très riches commentaires³⁵. On rappellera simplement que le raisonnement était loin d'être évident, car, la contrainte pénale n'ayant pas de véritable équivalent antérieur, son caractère plus doux ou plus sévère dépend largement du choix de l'ancienne peine avec laquelle on la compare (emprisonnement, amende, travail d'intérêt général, etc...)³⁶. En affirmant qu'elle est une alternative à l'emprisonnement sans sursis, la Cour de cassation coupe cours à la discussion et impose de comparer la contrainte pénale à l'emprisonnement ferme auquel elle a vocation à se substituer. Dans ce cas, la contrainte pénale est assurément plus clémentine. Pour autant, cette application rétroactive de la contrainte pénale n'a pas amené la Chambre criminelle à annuler systématiquement les condamnations non définitives n'ayant pas envisagé la contrainte pénale et c'est sur ce point que nous souhaiterions orienter notre propos.

Nous voudrions en particulier revenir sur **l'un des arrêts du 14 avril 2015**³⁷ où une personne avait été condamnée en appel pour escroquerie et faux, à deux ans d'emprisonnement dont six mois fermes, le 11 juin 2014. Formant un pourvoi en cassation, elle demandait l'annulation de sa condamnation et son réexamen à la lumière de la nouvelle peine de contrainte pénale introduite par la loi du 15 août 2014 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014 (soit après la condamnation en appel). Tout en admettant le principe de la

³² Cass. crim. 14 avril 2015, n° 14-84473, n° 15-80858 et n° 14-84260 : D. 2015, p. 1307, note S. Détraz ; E. Bonis-Garçon, *De l'application dans le temps de la contrainte pénale* : Dr. pén. 2015, étude n° 13.

³³ E. Bonis-Garçon, préc.

³⁴ V. L. Griffon, *La contrainte pénale : premiers éléments d'analyse pratique* : Dr. pén. 2014, étude 18 ; J.-H. Robert, *Réforme pénale. Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014* : Dr. pén. 2014, étude n° 16.

³⁵ V. E. Bonis-Garçon, préc. ; S. Détraz, préc.

³⁶ V. E. Bonis-Garçon, préc.

³⁷ N° 14-84473.

rétroactivité de la contrainte pénale en raison de son caractère plus doux, la Chambre criminelle estime que « *la demanderesse ne saurait, pour autant, prétendre à l'annulation de sa condamnation dès lors que l'emprisonnement a été prononcé conformément aux exigences de l'article 132-24, alinéa 3, du code pénal dans sa version alors en vigueur* ». En d'autres termes, la Chambre criminelle semble considérer que même si la contrainte pénale avait été en vigueur au moment du prononcé de la peine, elle n'aurait pas été choisie par les juges du fond au regard de la motivation de leur décision pour justifier le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme. Dès lors, elle en déduit que la non-application rétroactive de la contrainte pénale n'a pas été préjudiciable ou défavorable à la personne condamnée, si bien que la condamnation ne mérite pas d'être annulée.

La solution est pour le moins « *surprenante* »³⁸, tant sur le fond que sur la méthode. Sur le fond tout d'abord, le raisonnement de la Chambre criminelle est à la limite de l'art divinatoire. En effet, à partir du moment où l'on considère que la contrainte pénale est une alternative à l'emprisonnement ferme, comment être certain que des juges ayant motivé une peine d'emprisonnement ferme n'auraient pas eu recours à une autre peine pouvant s'y substituer ? Il faudrait sans doute comprendre que, aux yeux de la Chambre criminelle, des juges ayant prononcé de l'emprisonnement ferme n'auraient jamais songé à la contrainte pénale si elle avait existé au moment de la condamnation. Mais, n'est-ce pas alors remettre en cause sa propre affirmation première selon laquelle la contrainte pénale est une peine plus douce en ce qu'elle constitue une alternative à l'emprisonnement sans sursis ?³⁹

Sur la méthode ensuite et c'est sans doute là l'aspect le plus intéressant de cet arrêt du 14 avril 2015. La Chambre criminelle ne se contente pas d'une analyse abstraite du conflit de lois dans le temps qui aurait consisté, après avoir déterminé le caractère plus doux du nouveau texte, à annuler la condamnation afin de rejuger l'affaire en application de la loi nouvelle⁴⁰. Elle procède à une analyse concrète de l'affaire afin de déterminer si la non-application rétroactive d'une sanction pénale plus douce a été défavorable ou non à la personne condamnée. En l'espèce, elle observe *in concreto* que les juges du fond ont, avant l'entrée en vigueur de la contrainte pénale, prononcé une peine d'emprisonnement ferme conformément aux exigences de l'article 132-24, alinéa 3, du Code pénal, en vigueur à l'époque, c'est-à-dire en tenant compte de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et en considérant que toute autre sanction pénale était inadéquate. Au regard de cette motivation, elle en déduit donc que les juges du fond estimaient nécessaire de prononcer une peine d'emprisonnement ferme et que la possible existence d'une nouvelle alternative à l'emprisonnement – la contrainte pénale en l'espèce – n'aurait rien changé. Elle en conclut alors que la non prise en compte de la contrainte pénale n'a pas été préjudiciable *in concreto* à la personne condamnée.

La Cour de cassation neutralise ainsi la rétroactivité *in mitius* d'une nouvelle disposition plus favorable au motif que son application à l'espèce n'aurait pas changé le sort

³⁸ E. Bonis-Garçon, préc.

³⁹ Sur cette potentielle contradiction, v. S. Détraz, préc.

⁴⁰ V. E. Bonis Garçon, préc. ; par exp. v. Cass. crim. 5 sept. 2000 : Bull. n° 262 ; Dr. pén. 2000, n° 135, obs. M. véron ; JCP G 2001, II, 10507, note J.-Y. Chevallier ; Rev. sc. crim. 2001, p. 154, obs. Y. Mayaud (pour l'application rétroactive de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 ayant partiellement dépénalisée la faute d'imprudence).

de la personne condamnée dans un sens plus favorable⁴¹. Ce mode de raisonnement n'est pas sans rappeler l'approche concrète de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle apprécie les conflits de loi dans le temps en matière pénale. Dans son arrêt *Maktouf et Damjanovic* du 18 juillet 2013⁴², la Cour européenne a apprécié la conventionnalité de l'application rétroactive d'une nouvelle législation pénale bosniaque en matière de crimes de guerre qui supprimait la peine de mort pour les faits les plus graves tout en alourdissant les seuils minimums des peines encourues pour les faits les moins graves. La justice pénale bosniaque justifiait cette application rétroactive du nouveau dispositif pénal en le considérant globalement plus doux. Mais, la Cour européenne n'adhère pas à cette analyse abstraite et oppose une analyse concrète de la situation des condamnés en observant qu'ils n'étaient pas exposés aux peines les plus lourdes (devenus plus douces) au regard des faits commis et que leurs peines dépassaient de peu les nouveaux minimas légaux. Dès lors, elle estime que, même si les peines pouvaient être justifiées en vertu des anciens comme des nouveaux textes, les condamnés pouvaient au moins « espérer » une condamnation plus clémentine en application des anciens textes dont les seuils minimums des peines encourues étaient plus faibles. C'est pourquoi la Cour européenne conclut à la violation de l'article 7. Comme l'a très justement fait remarquer un auteur, la Cour européenne apprécie le respect des exigences de l'article 7 de la Convention en considération de la « perte de chance » pour le condamné d'être moins sévèrement puni⁴³.

La méthode concrète suivie par la Chambre criminelle et l'ayant amenée à neutraliser l'application rétroactive d'une peine plus clémentine n'est donc *a priori* pas contestable au regard de l'approche européenne, du moins dans son raisonnement. En revanche, on peut être un peu plus dubitatif quant au résultat de la solution. En effet, à partir du moment où la Chambre criminelle affirme que la contrainte pénale est une alternative à l'emprisonnement sans sursis, celui qui a été condamné à de l'emprisonnement ferme avant l'entrée en vigueur de la contrainte pénale ne pouvait-il pas « espérer » un sort plus favorable en application de cette nouvelle peine « alternative à l'emprisonnement sans sursis » ? La Chambre criminelle a répondu négativement, ce qui pouvait se discuter.

C'est en suivant le même raisonnement que la Chambre criminelle, dans son **arrêt du 31 mars 2015**⁴⁴, a neutralisé *in concreto* l'application rétroactive de la suppression des « peines planchers » opérée par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*. Dans cette affaire, que nous avons déjà citée précédemment au sein de cette chronique (v. I, 1)⁴⁵, un individu fut condamné en appel à quatre ans d'emprisonnement ferme du chef de vol avec violence en état de récidive légale, le 5 septembre 2014. En raison de son état de récidive, il encourrait à l'époque de sa condamnation une « peine plancher » de quatre ans d'emprisonnement en application de l'article 132-19-2 du Code pénal introduit par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, *renforçant la*

⁴¹ On a pu dire à cet égard que la rétroactivité *in mitius* cédait devant le principe d'individualisation de la peine, v. E. Bonis-Garçon, préc.

⁴² CEDH, gde ch., 18 juill. 2013, n° 2312/08, *Maktouf et Damjanovic c/ Bosnie-Herzégovine*: Dr. pén. 2014, chron. 4, n° 24, obs. E. Dreyer ; Rev. sc. crim. 2013, p. 662, obs. D. Roets ; AJ pén. 2013, p. 601, note O. Cahn & R. Parizot.

⁴³ D. Roets, préc.

⁴⁴ N° 14-86584.

⁴⁵ A propos de l'application dans le temps de la réintroduction de l'exigence de motivation des peines d'emprisonnements ferme prononcées à l'encontre des récidivistes.

lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. Or, la loi du 15 août 2014, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014, a supprimé le mécanisme des « peines planchers » et abrogé notamment l'article 132-19-2 du Code pénal. Ayant été condamné au seuil minimum de peine encourue, le condamné demandait l'annulation de sa condamnation et un réexamen de sa situation en application des dispositions plus favorables de la loi du 15 août 2014. Sa demande pouvait d'ailleurs se recommander d'un arrêt de la Chambre criminelle du 14 octobre 2014⁴⁶ ordonnant le réexamen d'une personne condamnée en état de récidive sur le fondement d'une « peine plancher » en raison des dispositions plus favorables de la loi du 15 août 2014 ayant supprimé le mécanisme des peines planchers. Et pourtant, la Chambre criminelle ne fait pas droit à la demande du condamné et se livre une fois encore à un examen concret de la situation du condamné, en observant que les juges du fond avaient motivé le prononcé d'une peine de quatre ans d'emprisonnement ferme en considération de la gravité des faits, de l'état de récidive et de la personnalité du prévenu. En d'autres termes, la Chambre criminelle estime que le choix de la peine aurait été peu ou prou identique même en l'absence de tout mécanisme de « peines planchers ». La situation était donc bien différente de celle ayant donné lieu à l'arrêt du 14 octobre 2014 où la peine d'emprisonnement prononcée n'avait été justifiée, par les juges du fond, que par application du « plancher » prévu par la loi à l'époque de la condamnation. Un observateur avisé avait d'ailleurs anticipé cette possible divergence de solutions en fonction de la situation concrète de chaque condamnation selon qu'elle dépasserait ou non le quantum minimal encouru⁴⁷.

Il nous semble qu'au-delà des seules problématiques techniques de droit transitoire qu'ils règlent, ces arrêts de la Chambre criminelle témoignent d'une certaine évolution des Hauts magistrats dans leur mode de raisonnement qui empruntent aux méthodes plus casuistiques de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴⁶ N° 13-85779 ; Rev. sc. crim. 2014, p. 800, obs. D. Boccon-Gibod.

⁴⁷ D. Boccon-Gibod, préc.