Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. YVES BOT
présentées le 15 décembre 2015 [1]

Affaire C-486/14

Procédure pénale
contre
Piotr Kossowski

[demande de décision préjudicielle formée par le Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hambourg, Allemagne)]

«Renvoi préjudiciel — Espace de liberté, de sécurité et de justice — Convention d'application de l'accord de Schengen — Articles 54 et 55, paragraphe 1, sous a) — Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — Articles 50 et 52, paragraphe 1 — Principe ne bis in idem — Validité de la réserve à l'application du principe ne bis in idem — Acquis de Schengen — Principe de reconnaissance mutuelle — Confiance mutuelle — Poursuites pénales dans un autre État membre contre la même personne et en raison des mêmes faits — Notion de 'même infraction' — Notion de 'jugement définitif' — Examen au fond — Droit des victimes»

1. La présente affaire pose, pour la première fois, la question de la validité des réserves à l'application du principe ne bis in idem, prévues à l'article 55 de la convention d'application de l'accord de Schengen [2], au regard de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte»).

2. En particulier, le Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hambourg) demande si la possibilité offerte aux États membres, inscrite à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS, de ne pas appliquer ce principe lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur leur territoire constitue une limitation à l'article 50 de la Charte autorisée par l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci.

3. Cette affaire est, également, l'occasion pour la Cour de préciser sa jurisprudence sur la notion de «jugement définitif», au sens des articles 54 de la CAAS et 50 de la Charte.

4. Dans les présentes conclusions, nous exposerons les raisons qui nous amènent à faire valoir que la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS doit être déclarée invalide. Puis, nous expliquerons pourquoi, selon nous, le principe ne bis in idem énoncé aux articles 54 de la CAAS et 50 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'une ordonnance de non-lieu adoptée par le

1 — Langue originale: le français.

2 — Convention du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990 (JO 2000, L 239, p. 19, ci-après la «CAAS»).

ministère public et clôturant la procédure d'instruction ne peut pas être qualifiée de «jugement définitif», au sens de ces articles, lorsqu'il ressort manifestement de la motivation de celle-ci que les éléments qui constituent la substance même de la situation juridique, tels que l'audition de la victime et celle du témoin, n'ont pas été examinés par les autorités judiciaires concernées.

I – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

5. Le principe ne bis in idem est énoncé dans la Charte. Ainsi, l'article 50 de celle-ci prévoit ce qui suit:

«Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi.»

6. Par ailleurs, l'article 52, paragraphe 1, de la Charte indique que «[t]oute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte 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 reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui».

7. L'article 54 de la CAAS prévoit qu'«[u]ne personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation».

8. L'article 55 de la CAAS énonce:

«1. Une Partie Contractante peut, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention, déclarer qu'elle n'est pas liée par l'article 54 dans l'un ou plusieurs cas suivants:

a) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire; dans ce dernier cas, cette exception ne s'applique cependant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de la Partie Contractante où le jugement a été rendu;

[...]

4. Les exceptions qui ont fait l'objet d'une déclaration au titre du paragraphe 1 ne s'appliquent pas lorsque la Partie Contractante concernée a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à l'autre Partie Contractante ou accordé l'extradition de la personne concernée.»

9. La République fédérale d'Allemagne a, conformément à cette disposition, émis sur l'article 54 de la CAAS la réserve suivante:

«La République fédérale d'Allemagne n'est pas liée par l'article 54 de la convention

a) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire» [3].

3 — BGBl. 1994 II, p. 631.

10. Avec le protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne par le traité d'Amsterdam [4], la CAAS a été incorporée dans le droit de l'Union.

B – *Le droit polonais*

11. L'article 282 de la loi contenant le code pénal (ustawa – Kodeks karny), du 6 juin 1997 [5], prévoit que quiconque, dans le but de se procurer un avantage pécuniaire, par violence ou menace d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie ou d'atteinte violente au patrimoine, contraint une autre personne à disposer de son patrimoine ou du patrimoine d'autrui ou à cesser une activité économique sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un an à dix ans.

12. L'article 327, paragraphe 2, de la loi contenant le code de procédure pénale (ustawa – Kodeks postępowania karnego), du 6 juin 1997 [6], indique qu'une procédure d'instruction définitivement close peut uniquement être rouverte, par ordonnance du ministère public, à l'encontre d'une personne qui a fait l'objet d'une procédure d'instruction en qualité de suspect lorsque des éléments de fait ou de preuve essentiels, qui n'étaient pas connus au cours de la procédure précédente, apparaissent.

13. Conformément à l'article 328, paragraphe 1, du code de procédure pénale, le ministère public peut annuler une décision définitive de clôture de la procédure d'instruction à l'encontre d'une personne qui a fait l'objet d'une procédure d'instruction en qualité de suspect lorsqu'il constate que la clôture de la procédure d'instruction n'était pas fondée. En vertu de l'article 328, paragraphe 2, de ce code, après l'expiration d'un délai de six mois courant à compter de la date à laquelle la clôture de la procédure d'instruction est devenue définitive, le ministère public peut annuler ou réformer la décision ou la motivation de celle-ci uniquement en faveur du suspect.

II – Le litige au principal et les questions préjudicielles

14. Dans le litige au principal, le ministère public de Hambourg (Staatsanwaltschaft Hamburg) a ouvert une procédure d'instruction à l'encontre de M. Kossowski, lui reprochant d'avoir, le 2 octobre 2005 à Hambourg (Allemagne), commis des actes sur la victime qui, en droit pénal allemand, sont qualifiés d'extorsion assimilée au vol aggravé. Ainsi, après avoir menacé la victime, l'avoir contrainte à signer un contrat de vente portant sur son véhicule et l'avoir forcée à le conduire à une station-service, M. Kossowski a pris la fuite au volant de ce véhicule.

15. Le 20 octobre 2005, lors d'un contrôle routier à Kołobrzeg (Pologne), les autorités polonaises ont arrêté ledit véhicule conduit par M. Kossowski et ont interpelé ce dernier aux fins de l'exécution d'une peine d'emprisonnement à laquelle il avait été condamné en Pologne dans une autre affaire. Après avoir fait des recherches sur le véhicule, le ministère public d'arrondissement de Kołobrzeg (Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu) a, également, ouvert une procédure d'instruction à l'encontre de M. Kossowski relative à l'accusation d'extorsion assimilée au vol aggravé au titre des faits commis à Hambourg le 2 octobre 2005. Il est donc constant que cette procédure et celle menée par le ministère public de Hambourg portent sur les mêmes faits.

16. Dans le cadre de l'entraide judiciaire, le ministère public régional de Koszalin (Prokuratura Okręgowa w Koszalinie, Pologne) a demandé au ministère public de Hambourg la copie du dossier d'instruction. Ce dernier, après avoir demandé à être informé des démarches ultérieures envisagées par les autorités polonaises, a transmis la copie du dossier au mois d'août 2006.

4 — JO 1997, C 340, p. 93, ci-après le «protocole de Schengen».

5 — Dz. U. de 1997, nº 88, position 553.

6 — Dz. U. de 1997, nº 89, position 555, ci-après le «code de procédure pénale».

17. Par décision du 22 décembre 2008, le ministère public d'arrondissement de Kołobrzeg a indiqué mettre fin à la procédure pénale en cours à l'encontre de M. Kossowski en raison de l'absence de charges suffisantes. L'ordonnance de non-lieu était motivée par le fait que celui-ci avait refusé de faire une déposition, que, dans la mesure où la victime et un témoin par ouï-dire résidaient en Allemagne, ils n'avaient pas pu être entendus au cours de la procédure d'instruction et que les indications, pour partie imprécises et contradictoires, de la victime n'avaient ainsi pas pu être vérifiées.

18. Le 24 juillet 2009, le ministère public de Hambourg a émis un mandat d'arrêt européen à l'encontre de M. Kossowski et l'extradition de ce dernier a été demandée par la République fédérale d'Allemagne à la République de Pologne par lettre du 4 septembre 2009.

19. Par décision du Sąd Okręgowy w Koszalinie (tribunal régional de Koszalin, Pologne) du 17 septembre 2009, l'exécution de ce mandat d'arrêt a été refusée dans la mesure où la décision du ministère public d'arrondissement de Kołobrzeg de mettre fin à la procédure pénale était définitive au sens de l'article 607p, paragraphe 1, point 2, du code de procédure pénale.

20. Le 7 février 2014, M. Kossowski, toujours recherché en Allemagne, a été arrêté à Berlin (Allemagne). Le 17 mars 2014, un acte d'accusation a été émis contre lui par le ministère public de Hambourg pour les actes commis le 2 octobre 2005.

21. Par décision du 18 juin 2014, le Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg, Allemagne) a refusé d'ouvrir la procédure de jugement contre M. Kossowski, considérant que l'action publique avait été éteinte, au sens de l'article 54 de la CAAS, par la décision du ministère public d'arrondissement de Kołobrzeg. Le Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg) avait déjà levé le mandat d'arrêt européen émis à l'encontre de M. Kossowski dès le 4 avril 2014 et ce dernier, qui avait été placé en détention provisoire, avait été libéré.

22. Le ministère public de Hambourg a fait appel de la décision du Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg) devant le Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hambourg) qui, éprouvant des doutes quant à l'interprétation du droit de l'Union pertinent en l'espèce, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les réserves formulées par les parties contractantes au moment de la ratification de la CAAS conformément à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de celle-ci – et notamment la réserve sous a) formulée par la République fédérale d'Allemagne lors du dépôt de l'acte de ratification, aux termes de laquelle elle n'est pas liée par l'article 54 de la CAAS 'lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire [...]' – sont-elles toujours valides après l'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre juridique de l'Union par le protocole de Schengen, maintenu en vigueur par le protocole de Schengen annexé au traité de Lisbonne? Ces exceptions sont-elles des limitations proportionnées de l'article 50 de la Charte au sens de l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci?

2) Dans la négative, le principe ne bis in idem énoncé aux articles 54 de la CAAS et 50 de la Charte doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'exercice de l'action publique contre un inculpé dans un État membre – en l'occurrence en Allemagne – lorsque la procédure pénale dirigée contre cette personne dans un autre État membre – en l'occurrence en Pologne – a été close par le ministère public – sans que des obligations imposées à titre de sanction aient été exécutées et sans qu'une instruction approfondie ait été menée – pour des raisons de fait, en l'absence de charges suffisantes, et ne peut être rouverte que si des éléments essentiels inconnus auparavant apparaissent, alors que de tels éléments nouveaux n'existent pas dans le cas d'espèce?»

III – Notre analyse

23. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si, à la suite de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union et à la lumière de l'article 50 de la Charte, la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS est encore valide.

24. Dans le cas où une telle réserve ne serait plus valide, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le principe ne bis in idem énoncé aux articles 54 de la CAAS et 50 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'une ordonnance de non-lieu adoptée par le ministère public et clôturant la procédure d'instruction peut être qualifiée de «jugement définitif», au sens de ces articles, lorsqu'elle a été adoptée sans que la victime ni le témoin aient été entendus au cours de cette procédure.

A – *Sur la validité de l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS*

25. D'emblée, il convient d'écarter l'hypothèse défendue par la Commission européenne, dans ses observations écrites [7] et lors de l'audience, selon laquelle l'examen de la première question posée par la juridiction de renvoi pourrait être superflu. La Commission rappelle que l'article 55, paragraphe 4, de la CAAS prévoit que «[l]es exceptions qui ont fait l'objet d'une déclaration au titre du paragraphe 1 ne s'appliquent pas lorsque la Partie Contractante concernée a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à l'autre Partie Contractante ou accordé l'extradition de la personne concernée». Or, selon la Commission, le fait que les autorités judiciaires allemandes ont coopéré avec les autorités judiciaires polonaises, leur ont transmis une copie de leur dossier d'instruction et ne se sont pas opposées à une éventuelle procédure pénale polonaise constituerait implicitement une demande de poursuite au sens de cette disposition.

26. Nous ne partageons pas cette analyse.

27. Il convient, d'abord, de préciser que la compétence territoriale des juridictions en matière pénale revêt normalement, dans les législations nationales, un caractère d'ordre public. De la compétence territoriale va découler obligatoirement la loi nationale applicable, le droit pénal ne connaissant pas la théorie du statut personnel. La territorialité de la loi pénale est, en effet, l'une des expressions de la souveraineté des États membres. En conséquence, et par principe, le choix entre la loi pénale allemande et la loi pénale polonaise ne nous paraît pas pouvoir être le résultat du jeu d'un mécanisme implicite tel que suggéré par la Commission. Ce choix ne nous semble pouvoir résulter que d'une demande explicitement formulée par la juridiction d'un État membre et explicitement acceptée par l'autre.

28. Il apparaît, ensuite, que rien dans le dossier transmis par la juridiction de renvoi à la Cour n'indique qu'une telle demande a été formulée, quelle que soit la forme qu'elle aurait pu prendre. Bien au contraire, le ministère public de Hambourg précise, dans ses observations écrites, qu'il n'était pas demandé au ministère public régional de Koszalin de reprendre les poursuites. Si nous ajoutons à cela que la réponse de ce dernier fait état explicitement des investigations qui auraient dû être faites pour pouvoir saisir le tribunal et qui ne l'ont pas été, nous devons y voir la preuve qu'il ne s'est jamais considéré comme investi de la charge des poursuites. Dans le cas contraire, il lui aurait été simple de demander aux autorités judiciaires compétentes allemandes de faire entendre les personnes dont les dépositions manquaient.

29. Il convient, également, de considérer que, en transmettant la copie du dossier d'instruction, le ministère public de Hambourg a expressément demandé à être informé des démarches ultérieures envisagées par les autorités judiciaires polonaises [8].

7 — Point 69.

8 — Voir point 16 des présentes conclusions.

30. Il convient, enfin, de relever que le ministère public de Hambourg a uniquement transmis une copie du dossier d'instruction et non l'original, qu'il a conservé. Cette attitude du ministère public de Hambourg est, en fait, conforme à une pratique judiciaire de prudence fondamentale normalement observée par les autorités de poursuite qui consiste à n'engager des poursuites que sur la base de l'original du dossier d'instruction, qui en constitue le support. Cette règle, que la pratique enseigne, est une attitude de prévention des doubles poursuites et donc une forme prétorienne de prévenir autant que possible une violation du principe ne bis in idem qui, dans sa logique première, vise fondamentalement à éviter les doubles poursuites générant les doubles condamnations.

31. Pour l'ensemble de ces raisons, nous considérons que le ministère public de Hambourg ne saurait être considéré comme s'étant dessaisi de sa compétence.

32. Il convient, à présent, d'examiner la validité de la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS à la suite de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union et au regard des articles 50 et 52, paragraphe 1, de la Charte. Sur ce dernier point, nous précisons que cette réserve constitue une limitation du principe ne bis in idem, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, dans la mesure où les explications relatives à celle-ci, en ce qui concerne son article 50, mentionnent expressément les articles 54 à 58 de la CAAS parmi les dispositions qui sont visées par la clause horizontale de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

33. Concernant le premier point abordé par la juridiction de renvoi, à savoir les conséquences de l'intégration de l'acquis de Schengen sur la validité de l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS, nous pensons que, a priori, cette intégration en tant que telle n'a pas eu pour effet de rendre cette disposition invalide.

34. En effet, la CAAS a été incluse dans le droit de l'Union par le protocole de Schengen au titre d'«acquis de Schengen», tel que défini à l'annexe de ce protocole. Il ressort de l'article 2 de la décision 1999/436/CE[9] et de l'annexe A de celle-ci que le Conseil de l'Union européenne a désigné les articles 34 TUE et 31 TUE comme constituant les bases juridiques des articles 54 à 58 de la CAAS et donc, en ce compris, l'article 55 de celle-ci.

35. S'il n'est pas contestable que la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS fait partie de l'acquis de Schengen et est devenue partie intégrante du droit de l'Union, la question demeure de savoir si le contenu de cette disposition est compatible avec l'état actuel du droit de l'Union tel qu'il résulte, d'une part, de la jurisprudence de la Cour et, d'autre part, des termes de la Charte, toutes deux postérieures tant à l'élaboration de la CAAS qu'à son intégration au titre de l'acquis de Schengen. En effet, le premier alinéa du préambule du protocole de Schengen précisait qu'il s'agissait par ce moyen, «en particulier, [de] permettre à l'Union européenne de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice». Il est donc évident que, intégré dans ce but, l'acquis de Schengen ne saurait jouer contre cet espace. Il nous faut, alors, rechercher si, dans le cas présentement soumis, la réserve invoquée constitue un obstacle à la construction dudit espace et, si nécessaire, proposer soit de l'écarter, soit de l'interpréter, si possible dans un sens conforme à la volonté du législateur de l'Union.

36. Le fondement historique premier du principe ne bis in idem, reconnu très tôt, est de préserver l'individu contre l'arbitraire qui consisterait à juger un même individu plusieurs fois pour le même fait sous des qualifications différentes.

9 — Décision du Conseil du 20 mai 1999 déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen (JO L 176, p. 17).

37. Les premières évocations de ce principe se retrouvent à l'époque romaine où l'interdit du préteur lui donna sa forme expressive conservée par la suite: «bis de eadem re ne sit actio». Il ne saurait être contesté que ledit principe constitue l'un des droits fondamentaux du citoyen face au pouvoir de juger. Il est devenu un principe essentiel du droit pénal.

38. Tout en conservant cet aspect fondamental de défense des libertés individuelles, le principe ne bis in idem a, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, reçu également une autre finalité, celle d'assurer la liberté de circulation.

39. Cette nouvelle dimension amenait nécessairement à lui conférer une application transnationale au sein de l'Union. Dès lors, se posait par là même la nécessité de combiner entre eux les différents systèmes de justice pénale des États membres, ensemble de législations caractérisées tant par d'indéniables points de rapprochement que par d'incontestables différences, notamment de nature procédurale. Pour surmonter les difficultés résultant de la diversité de systèmes n'ayant fait l'objet ni d'harmonisations ni de rapprochements – auxquels, d'ailleurs, les États membres sont, en général, hostiles dans le domaine du droit pénal –, la Cour fit application du principe de la reconnaissance mutuelle.

40. En effet, les États membres, réunis lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, ont fait de ce principe la pierre angulaire de la coopération judiciaire. Le traité de Lisbonne le consacre en en faisant le fondement de la coopération judiciaire dans l'Union en matière pénale [10].

41. Dans son arrêt Gözütok et Brügge [11], la Cour a énoncé que «le principe ne bis in idem, consacré à l'article 54 de la CAAS, qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, *implique nécessairement* qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente» [12].

42. Nous soulignons l'expression «implique nécessairement», car elle prend, selon nous, une signification particulière. Si l'on considère, en effet, que, dans les lignes qui la précèdent, la Cour a relevé que rien dans le traité UE ni dans la CAAS ne subordonne le jeu du principe ne bis in idem à une harmonisation ou à un rapprochement préalable des législations, cela veut dire que le jeu de ce principe, devenu fondamental en tant que condition de l'application concrète de la liberté de circulation, impose, en fait, aux États membres de se faire mutuellement confiance. Les divergences des législations nationales ne sauraient donc être un obstacle au jeu dudit principe [13].

43. Le législateur de l'Union a voulu, par le recours au principe de la reconnaissance mutuelle, surmonter les difficultés quasi insurmontables enregistrées en raison, notamment, des échecs des tentatives de rapprochement préalable des législations nationales. La Cour, à sa suite, en a tiré les conséquences dans sa jurisprudence. La formule employée doit donc se comprendre comme signifiant que la confiance mutuelle est non pas le préalable au jeu de la reconnaissance mutuelle, mais la conséquence [14] imposée aux États membres par l'application de ce principe. Autrement dit, l'application du principe de reconnaissance mutuelle impose aux États membres de se faire mutuellement confiance quelles que soient les différences de leurs législations nationales respectives.

10 — Voir article 82, paragraphe 1, TFUE. Voir, également, article 67 TFUE.

11 — C-187/01 et C-385/01, EU:C:2003:87.

12 — Point 33. Italique ajouté par nos soins.

13 — On notera, d'ailleurs, que le traité FUE fournit une base juridique pour rapprocher les législations dans le seul but de faciliter le jeu de la reconnaissance mutuelle.

14 — Sinon les difficultés antérieures que l'on voulait éviter réapparaîtraient immanquablement.

44. La force du principe ainsi exprimé se justifie par l'enjeu que constitue la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice pour la création de l'Union. Cet espace, en effet, apparaît comme la dimension complémentaire de l'espace unique de circulation et d'activité économique, dans la mesure où il lui assure un cadre juridique contenant les droits individuels des citoyens de l'Union. En cela, il se rattache incontestablement à la notion de citoyenneté de l'Union à laquelle il contribue à donner une dimension concrète.

45. C'est donc à la lumière de cette création jurisprudentielle que la validité de la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS souscrite par la République fédérale d'Allemagne doit aujourd'hui s'apprécier. La force particulière donnée au principe de reconnaissance mutuelle doit-elle conduire à l'écarter?

46. Si, comme nous l'avons rappelé précédemment, cette réserve n'est pas devenue obsolète par le simple fait de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union, pour autant elle ne saurait jouer contre lui.

47. La référence faite par le gouvernement allemand, lors de l'audience, à la notion d'utilité ou de nécessité nous paraît constituer un angle d'approche approprié.

48. En effet, il ne fait aucun doute que le jeu de la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS a pour effet de vider de son contenu le principe ne bis in idem. Compte tenu des considérations susmentionnées tenant au lien de ce principe avec celui de reconnaissance mutuelle et de l'importance fondamentale de cette dernière pour la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, cette seule considération suffit à conclure que cette réserve doit être déclarée invalide.

49. Une exception ne pourrait, cependant, être apportée à cette affirmation que si elle se trouvait justifiée par la nécessité d'attribuer à ladite réserve un effet utile allant dans le sens d'un intérêt supérieur qui ne serait pas d'un effet contraire à l'élaboration de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

50. C'est pourquoi, dans cette optique, nous étudierons, sur la base de l'argumentation du gouvernement allemand, l'éventualité de l'existence d'une possible utilité ou nécessité de cette même réserve.

51. À cet égard, nous sommes d'avis que la référence à la notion d'utilité ou de nécessité conduit à conclure que la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS est inutile, car elle n'est justement plus nécessaire par l'effet de l'application juste de la jurisprudence de la Cour, en ligne avec les dispositions de la Charte, ce que nous allons exposer maintenant.

52. Les expressions employées par la Cour pour définir les conditions matérielles de mise en œuvre du principe ne bis in idem ne doivent pas nous induire en erreur et ne doivent pas, surtout, être sorties du contexte de l'état d'achèvement actuel de cette jurisprudence non plus que du texte de la Charte, évidemment applicable ici.

53. Le texte de la CAAS emploie la notion de «mêmes faits». La Charte, quant à elle, emploie celle de «même infraction». C'est évidemment cette dernière notion – dont la signification se trouve contenue dans la jurisprudence élaborée par la Cour dans sa construction jurisprudentielle des règles d'application du principe ne bis in idem – qu'il convient de prendre en compte.

54. La Cour a dégagé de la notion de «mêmes faits» une conception non pas purement matérielle, mais au contraire juridique. Dans son arrêt Mantello [15], elle a érigé cette notion au rang de «notion autonome du droit de l'Union». Pour la Cour, comme pour la Charte, l'identité de faits exprimée dans la CAAS n'est rien d'autre que la similitude d'infractions, similitude qui s'apprécie non pas en considération des qualifications particulières à chaque législation nationale, mais au regard de la substance même des infractions en concours.

55. Ainsi, la Cour a défini les conditions de l'identité des faits en précisant qu'il s'agissait de faits qui étaient en substance les mêmes (donc sans prise en compte des expressions des législations nationales), indissolublement liés entre eux dans le temps, dans l'espace et par leur «objet» [16]. Ce faisant, la Cour a donné, sous cette forme, une définition classique de la notion d'infraction en se référant à une identité de l'acte pris dans la signification, la substance, que lui donne l'intention délictueuse de son auteur. Un fait ne saurait, en effet, revêtir une qualification pénale spécifique, c'est-à-dire ne se confondant avec aucune autre, s'il était détaché de sa finalité, c'est-à-dire de son intention. Entre une blessure involontairement causée et une autre volontairement portée, la différence n'est pas de degré, mais de nature, quand bien même la seconde aurait entraîné des conséquences moins graves que la première.

56. Nous soulignons le terme «objet», car qu'est-ce que l'objet de l'acte sinon son but, sa finalité, c'est-à-dire l'intention dans laquelle il a été commis? Si l'objet de l'acte est de permettre à son auteur de s'approprier volontairement le bien d'autrui, si c'est ce qu'il veut faire, alors il est coupable de vol et c'est bien dans l'intention de réaliser cette appropriation que l'acte a été commis.

57. Par la prise en compte de l'objet de l'acte dans sa définition de ce qu'est l'identité matérielle des faits au sens du principe ne bis in idem, la Cour se réfère à la notion classique de l'infraction et se met «en ligne» avec l'expression de la Charte, avant même l'entrée en vigueur de cette dernière. Dans sa jurisprudence, la Cour a, d'ailleurs, parfois employé expressément la notion d'intention comme élément faisant partie de la définition de la notion de mêmes faits [17].

58. Il est temps de revenir maintenant à l'exemple fourni par le gouvernement allemand lors de l'audience.

59. Ce gouvernement a considéré une situation dans laquelle un individu de nationalité étrangère ayant commis, en Allemagne, une infraction de violence inspirée par l'apologie du nazisme est condamné dans son pays d'origine pour ces actes de violence en application d'une loi ignorant, dans sa qualification, la circonstance particulière d'apologie du nazisme. Dans ce cas, selon le gouvernement allemand, la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS doit s'appliquer. Nous ne le pensons pas.

60. L'intention, au sens classique du terme, est, en droit pénal, généralement définie comme la volonté tendue vers un but. En ce sens, elle se distingue du mobile qui est la raison pour laquelle l'auteur a commis l'infraction. Le mobile est, en général, indifférent au stade de la qualification, en ce sens qu'il n'est pas pris en compte pour la définition légale de l'acte matériel punissable. Que l'on vole par nécessité alimentaire ou par cupidité, le vol est commis. L'objet de l'acte matériel consiste en l'appropriation du bien d'autrui. C'est dans cette intention que l'auteur l'appréhende. Le mobile de

15 — C-261/09, EU:C:2010:683.

16 — Voir arrêts Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, points 26 et 27 et jurisprudence citée) ainsi que Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, point 39 et jurisprudence citée).

17 — À cet égard, il convient de noter que la Cour, dans son arrêt Kretzinger (C-288/05, EU:C:2007:441), a fait référence à l'intention afin de caractériser l'identité de faits matériels.

cette appropriation frauduleuse se trouvera, par exemple, dans l'état de nécessité ou dans l'appât du gain. L'infraction est identique dans les deux cas, elle constitue un vol et le juge fera la différence en prenant en compte le mobile pour individualiser la peine qu'il prononcera ou pour en dispenser l'auteur, le cas échéant.

61. Toutefois, il est possible qu'un État membre considère qu'un acte accompli avec un mobile particulier, ici l'apologie du nazisme, cause à son ordre public un trouble particulier et qu'il entende pour cela en faire une infraction spécifique en faisant du mobile, inspirant l'acte mais objectivé dans sa commission, un élément constitutif d'une infraction spécifique assortie d'une peine propre. Cela est parfaitement licite et légitime, car il s'agit de son ordre public et donc des valeurs de sa nation. Cependant, dans son incrimination spécifique, la législation nationale aura fait de l'apologie du nazisme l'un des caractères de l'élément matériel de l'infraction.

62. Il convient, à ce stade, de souligner que cette interprétation n'est nullement en contradiction avec la position claire de la Cour qui précise que seule doit être prise en compte l'identité matérielle des faits indépendamment des qualifications et des intérêts protégés. En effet, la question que nous venons d'examiner consiste non pas à se demander quels intérêts sont à protéger, mais à rechercher si, quelles que soient les qualifications employées, nous nous trouvons en présence de deux infractions qui sont, en substance, les mêmes ou non.

63. Or, si nous ne nous trouvons pas en présence de la même infraction, telle que cette expression doit se comprendre par application simultanée de la Charte et de la jurisprudence de la Cour, alors la situation examinée se trouve en dehors du champ du principe ne bis in idem.

64. La question de savoir si la différence de qualification recouvre, ou non, une différence de substance au regard des définitions données par la Cour est évidemment de la compétence du juge du fait, c'est-à-dire du juge national, sauf à lui d'interroger la Cour en cas de doute sur une notion qui constitue, comme nous l'avons vu, une notion autonome du droit de l'Union.

65. Nous objecterons que la mise en œuvre concrète peut se révéler source de difficultés. Lorsque la différence d'infraction est invoquée alors qu'une première condamnation a déjà été prononcée dans un autre État membre, comment procéder? Et qui plus est si une peine a déjà été exécutée?

66. Les principes que nous avons évoqués nous conduisent à déclarer licites les secondes poursuites puisque la différence invoquée empêche le principe ne bis in idem de s'appliquer. Pour autant, il ne saurait être dissimulé que, globalement différentes, les infractions en concours sont partiellement identiques. Il serait certainement critiquable d'accepter un cumul pur et simple des condamnations finalement prononcées dans les deux États membres. La solution, simple et mise en œuvre dans plusieurs législations nationales, consiste à n'exécuter que la plus forte des deux condamnations. Seule cette solution nous paraît permettre de couvrir de manière acceptable, au regard des principes, toute la variété des situations concrètes possibles. Comment faire, sinon, lorsque l'une des infractions a déjà été sanctionnée dans un État membre et que la peine a été exécutée? Selon cette pratique, si la peine première exécutée se trouve être la plus forte, aucun «supplément» ne pourra être infligé au condamné. Si elle se révèle avoir été la plus faible, le condamné n'exécutera que le reliquat entre celle déjà exécutée et celle ensuite prononcée.

67. Il nous paraît résulter de ce qui précède que la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS ne présente effectivement plus aucune nécessité, aussi bien dans le cas présent que dans tout autre. Dès lors, en effet, que la jurisprudence de la Cour et la Charte permettent d'assurer le respect de la différence substantielle des infractions, permettre à un État membre de faire échec au principe ne bis in idem dans des circonstances différentes reviendrait à le vider de tout contenu et remettrait en cause le système sur lequel est fondé l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

68. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, nous sommes d'avis que la réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la CAAS ne respecte pas le contenu essentiel du principe ne bis in idem tel qu'énoncé à l'article 50 de la Charte et doit, dès lors, être déclarée invalide.

B – *Sur la notion de «jugement définitif»*

69. Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le principe ne bis in idem énoncé aux articles 54 de la CAAS et 50 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'une ordonnance de non-lieu adoptée par le ministère public et clôturant la procédure d'instruction peut être qualifiée de «jugement définitif», au sens de ces articles, lorsqu'elle a été adoptée sans que la victime ni le témoin aient été entendus au cours de cette procédure.

70. À plusieurs reprises, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de jugement définitif. Ainsi, il ressort de sa jurisprudence que les éléments essentiels à vérifier, afin de déterminer si la décision en cause peut être qualifiée de «définitive», sont les suivants. La décision doit avoir été rendue à la suite d'une appréciation sur le fond de l'affaire et elle doit éteindre, dans l'ordre juridique national, l'action publique engagée contre l'auteur de l'infraction [18].

71. Selon la Cour, une ordonnance de non-lieu prononcée à la suite d'une instruction au cours de laquelle ont été rassemblés et examinés divers moyens de preuve doit être considérée comme ayant fait l'objet d'une appréciation portée sur le fond, dans la mesure où elle comporte une décision définitive sur le caractère insuffisant de ces preuves et exclut toute possibilité que l'affaire soit rouverte sur la base du même faisceau d'indices [19].

72. De l'avis de la Commission, cette jurisprudence doit être appliquée au cas qui nous est ici soumis [20]. Nous ne partageons pas ce point de vue.

73. Il ressort de l'ordonnance de non-lieu en cause au principal que celle-ci a été adoptée au motif que M. Kossowski avait refusé de faire une déposition, que la victime et le témoin par ouï-dire résidaient en Allemagne, si bien qu'ils n'avaient pas pu être entendus au cours de la procédure d'instruction, et que les indications, pour partie imprécises et contradictoires, de la victime n'avaient pas pu être vérifiées.

74. L'essence même du principe ne bis in idem réside dans la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires qui postule la confiance mutuelle des États membres entre eux. Cela interdit-il, pour autant, aux États membres de vérifier si les conditions d'application du principe ne bis in idem sont effectivement remplies, notamment la question de savoir s'il s'agit d'une décision sur le fond?

75. La notion de «fond du litige» pourrait évoquer l'idée d'un examen approfondi et critique de la procédure en cause. L'État membre qui effectuerait cet examen «jugerait», en quelque sorte, la procédure de l'autre État membre avant de reconnaître s'il l'accepte ou pas. Cela reviendrait à rétablir l'exequatur, ce qui serait inacceptable car cela viderait le principe de reconnaissance mutuelle de tout sens et heurterait frontalement l'idée même d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

76. Pour autant, forcer les autorités judiciaires d'un État membre à exécuter les yeux fermés toute décision sans aucun droit de regard serait sûrement de nature à altérer la reconnaissance mutuelle dans des cas où, objectivement, des questions se posent de manière évidente.

18 — Voir arrêt M (C-398/12, EU:C:2014:1057, points 28 et 31 ainsi que jurisprudence citée).

19 — Ibidem (point 30).

20 — Voir points 50 et suiv. de ses observations.

77. En effet, il ne serait d'aucune utilité que la Cour pose les conditions de la validité de la mise en jeu du principe ne bis in idem si leur présence ne pouvait être objectivement constatée. C'est d'ailleurs à ce souci de transparence des décisions de justice, qui constitue l'un des éléments de l'État de Droit, que correspond la nécessité de motivation des décisions judiciaires. Dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, cette transparence est un élément indispensable au dialogue des juges et des procureurs.

78. Ainsi, dès lors qu'il résulte de la motivation, qui ne saurait être absente, de la décision dont la prise en compte est contestée que, indéniablement, les conditions posées par la Cour ne sont pas remplies, la juridiction concernée par l'application du principe ne bis in idem est légitime à ne pas appliquer ce principe, quitte, en cas de doute, à interroger la Cour – diligence effectuée en l'espèce.

79. À la simple lecture des éléments énoncés dans la décision polonaise, il s'avère que, sans conteste, le fond de l'affaire n'a pas été abordé. En effet, cette décision mentionne que le mis en cause n'a pas coopéré et ne s'est pas expliqué, que la confrontation, semble-t-il nécessaire puisque des imprécisions auraient été relevées dans la déposition de la victime, n'a pas été effectuée et que le témoin n'a pas été entendu, en raison de ce que, notamment, ces personnes habitaient en Allemagne, aucune mesure d'entraide judiciaire n'ayant été sollicitée à cet égard. Il paraît évident, alors, que les éléments qui constituent la substance même de la situation juridique à laquelle les autorités judiciaires allemandes et polonaises sont confrontées n'ont pas été examinés par les autorités judiciaires polonaises.

80. Par ailleurs, si la mise en place d'un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice passe par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et, donc, par la nécessaire confiance mutuelle entre les États membres, cela ne peut pas être au détriment de la garantie que les droits fondamentaux seront respectés et, notamment, les droits de la victime. L'application du principe ne bis in idem ne peut, en aucun cas, aboutir à la reconnaissance de décisions manifestement contraires aux droits fondamentaux.

81. Il est manifeste, dans l'affaire au principal, que les droits de la victime n'ont pas été garantis, notamment le droit d'être entendu, le droit de recevoir des informations et le droit à réparation [21].

82. En effet, il ressort de la motivation de l'ordonnance de non-lieu en cause au principal que la victime n'a pas été entendue. De plus, la décision de ne pas poursuivre lui a été notifiée avec un délai de réaction totalement insuffisant – délai de sept jours – pour, dans un État membre autre que celui de sa résidence, avoir le temps, le cas échéant, de la faire traduire et de consulter un conseil pour, ensuite, intenter éventuellement un recours, lequel, portant sur les faits de l'espèce, suppose de prendre connaissance des pièces de procédure, ce qui, manifestement, était ici absolument impossible.

83. Par ailleurs, le droit pénal, s'il tend à sanctionner l'atteinte à l'ordre public, vise, également, à permettre à la victime d'obtenir réparation du préjudice découlant de la commission des faits constituant l'élément matériel de l'infraction. C'est, ici, un motif supplémentaire de considérer que, cette fois-ci, au regard du droit essentiel des victimes, la décision polonaise ne pouvait avoir l'effet conféré par le principe ne bis in idem dont la conséquence aurait été de priver cette victime de tout droit à réparation.

84. Par conséquent, nous estimons que le principe ne bis in idem énoncé aux articles 54 de la CAAS et 50 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'une ordonnance de non-lieu adoptée par le ministère public et clôturant la procédure d'instruction ne peut pas être qualifiée de «jugement définitif», au sens de ces articles, lorsqu'il ressort manifestement de la motivation de celle-ci que les éléments qui constituent la substance même de la situation juridique, tels que l'audition de la victime et celle du témoin, n'ont pas été examinés par les autorités judiciaires concernées.

21 — Voir articles 3, 4 et 9 de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (JO L 82, p. 1).

IV – Conclusion

85. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre au Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hambourg) de la manière suivante:

1) La réserve prévue à l'article 55, paragraphe 1, sous a), de la convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990, ne respecte pas le contenu essentiel du principe ne bis in idem tel qu'énoncé à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et doit, dès lors, être déclarée invalide.

2) Le principe ne bis in idem énoncé aux articles 54 de cette convention et 50 de cette charte doit être interprété en ce sens qu'une ordonnance de non-lieu adoptée par le ministère public et clôturant la procédure d'instruction ne peut pas être qualifiée de «jugement définitif», au sens de ces articles, lorsqu'il ressort manifestement de la motivation de celle-ci que les éléments qui constituent la substance même de la situation juridique, tels que l'audition de la victime et celle du témoin, n'ont pas été examinés par les autorités judiciaires concernées.