

Arrêt n° 630 du 18 novembre 2016 (15-21.438)

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 28 OCTOBRE 2016 A 14 HEURES

CONSEILLER-RAPPORTEUR : M. Olivier ECHAPPÉ

PROCUREUR GÉNÉRAL : M. Jean-Claude MARIN

POURVOIN^o : N 15-21.438

L'Agent judiciaire de l'Etat
(ayant pour avocats la SCP Meier Bourdeau et Lécuyer)

c/

Monsieur Jean-Pierre X... et Société Acolyance (ayant
pour avocats la SCP Baraduc Duhamel et Rameix)

ARRÊT ATTAQUÉ : Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (Pôle 2 Chambre 1, le 6 mai 2015)

Avis de Monsieur Jean-Claude Marin, Procureur général

Introduction

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation est confrontée aujourd'hui à une situation à la fois inédite et délicate.

En effet, elle est amenée à apprécier les mérites d'un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Paris qui a jugé que la chambre criminelle de la Cour de cassation avait « *délibérément fait le choix de ne pas appliquer le principe communautaire [de la rétroactivité in mitius] en recourant à une motivation dont elle n'ignorait pas qu'elle n'était ni pertinente ni appropriée ; [...] qu'il en résulte que cette violation manifeste de la règle de droit communautaire qui avait pour objet de conférer des droits aux particuliers par la Cour de cassation a causé un préjudice* ». Cette cour d'appel a, en conséquence, condamné l'Etat à payer à un particulier des dommages-intérêts.

- Inédite, car c'est la première fois que la Cour va devoir juger si l'une de ses chambres a pris une décision qui serait contraire au droit de l'Union et, dans l'affirmative, si cette erreur a engagé la responsabilité de l'Etat en application de l'article L 141-1 du code de l'organisation judiciaire.

- Délicate, parce qu'en estimant que la chambre criminelle de la Cour de cassation avait commis une erreur de droit dans l'application du droit pénal, la cour d'appel de Paris semble dénier le rôle essentiel de la Cour : celui de dire le droit et d'unifier la jurisprudence. De ce principe, il devrait résulter que c'est la Cour de cassation qui dit le droit et que l'opinion contraire d'une cour d'appel est, par là-même, erronée. Dire l'inverse et permettre à une cour d'appel de juger que la Cour de cassation a mal interprété le droit et que, ce faisant, elle aurait engagé la responsabilité de l'Etat est un exercice particulièrement délicat et qui doit être envisagé « *d'une main tremblante* » pour reprendre une expression employée dans d'autres circonstances.

Or, en l'espèce, c'est sans délicatesse et avec une certaine brutalité que la cour d'appel de Paris a fustigé la chambre criminelle en faisant prévaloir sa propre interprétation d'une règle de droit de l'Union aux lieux et place de la Cour régulatrice et en accusant celle-ci de violation délibérée de ce droit.

Au-delà de la surprise, voire de l'incompréhension que peuvent provoquer la lecture d'une telle décision, il convient, de manière liminaire de rechercher si la cour d'appel de Paris avait bien la compétence et le pouvoir de décider que la responsabilité de l'Etat était engagée du fait d'une application erronée du droit de l'Union par la chambre criminelle

Pour en arriver à la condamnation de l'Etat, la cour d'appel de Paris s'est fondée à la fois sur l'article L 141-1 du code de l'organisation judiciaire et sur la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, devenue la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour de justice »).

L'article L 141-1 du code de l'organisation judiciaire énonce que l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement defectueux du service de la justice et que, sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.

L'Assemblée plénière de la Cour a défini la faute lourde comme « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »¹.

Cependant, pour condamner l'Etat, la cour d'appel de Paris ne s'est pas référée directement à l'article L 141-1 tel qu'interprété par l'Assemblée plénière mais à la jurisprudence de la Cour de justice.

Par cette jurisprudence que nous développerons de manière détaillée ultérieurement, la Cour de justice a arrêté le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort².

Le fait que l'on puisse mettre en cause la responsabilité de l'Etat du fait de décisions juridictionnelles de ses juridictions statuant en dernier ressort a été fortement discuté par les gouvernements des Etats membres qui étaient intervenus devant la Cour de justice dans le cadre de l'affaire Köbler.

Il avait été notamment avancé que cette mise en œuvre revenait à remettre en cause l'autorité de la chose jugée par ces juridictions.

Sur ce point, la Cour de justice a répondu qu'une « *procédure visant à engager la responsabilité de l'État n'a pas le même objet et n'implique pas nécessairement les mêmes parties que la procédure ayant donné lieu à la décision ayant acquis l'autorité de la chose définitivement jugée. En effet, le requérant dans une action en responsabilité contre l'État obtient, en cas de succès, la condamnation de celui-ci à réparer le dommage subi, mais pas nécessairement la remise en cause de l'autorité de la chose définitivement jugée de la décision juridictionnelle ayant causé le dommage. En tout état de cause, le principe de la responsabilité de l'État inhérent à l'ordre juridique communautaire exige une telle réparation, mais non la révision de la décision juridictionnelle ayant causé le dommage.* »³

Il avait également été soutenu que cette mise en cause de la responsabilité de l'Etat portait atteinte à l'indépendance du juge. Sur ce point, la Cour de justice a répondu « *que le principe de responsabilité visé concerne non la responsabilité personnelle du juge, mais celle de l'État. Or, il n'apparaît pas que la possibilité de*

¹ Ass.plén., 23 février 2001, Bull. ass. plén. n°5, D. 2001. 1752, note C. Debbasch ; JCP 2001, n°30, p.1497, note G. Viney.

² CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01.

³ Arrêt Köbler, point 39.

voir engagée, sous certaines conditions, la responsabilité de l'État pour des décisions juridictionnelles contraires au droit communautaire comporte des risques particuliers de remise en cause de l'indépendance d'une juridiction statuant en dernier ressort. »⁴

Enfin, s'agissant de l'atteinte à l'autorité de la juridiction statuant en dernier ressort, la Cour de justice a considéré que « *l'existence d'une voie de droit permettant, sous certaines conditions, la réparation des effets dommageables d'une décision juridictionnelle erronée pourrait aussi bien être considérée comme confortant la qualité d'un ordre juridique et donc finalement aussi l'autorité du pouvoir juridictionnel* ». ⁵

Il apparaît donc que pour la Cour de justice, ni l'autorité de chose jugée, ni l'indépendance des juges, ni leur autorité ne sont des obstacles à ce que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée du fait de la violation d'une règle du droit de l'Union par une juridiction statuant en dernier ressort.

Les gouvernements des Etats membres qui étaient intervenus devant la Cour de justice dans l'affaire Köbler avaient également fait valoir qu'il était difficile de désigner une juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages résultant des décisions des juridictions statuant en dernier ressort.

Sur ce point, la Cour de justice a répondu qu'il « *incombe aux États membres de permettre aux intéressés d'invoquer ce principe en mettant à leur disposition une voie de droit appropriée. La mise en œuvre dudit principe ne saurait être compromise par l'absence d'un for compétent.* »

Puis, elle a ajouté que, « *selon une jurisprudence constante, en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne de chaque État membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* » et que « *sous la réserve que les États membres doivent assurer, dans chaque cas, une protection effective aux droits individuels dérivés de l'ordre juridique communautaire, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, sur le plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire* »⁶.

Ce faisant la Cour de justice n'a fait que rappeler le principe dit de l'autonomie procédurale selon lequel les règles procédurales applicables aux actions fondées sur le droit de l'Union doivent être les mêmes que celles, de même nature, fondées sur le droit national (principe d'équivalence) et que ces règles ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union (principe d'effectivité).

⁴ Arrêt Köbler, point 42.

⁵ Arrêt Köbler, point 43.

⁶ Arrêt Köbler, points 46 et 47.

Il apparaît donc acquis que la mise en cause de la responsabilité de l'Etat en réparation des dommages résultant de la violation du droit de l'Union par une juridiction statuant en dernier ressort doit pouvoir, à défaut d'une disposition spécifique, être engagée selon une procédure interne au droit national que la violation ait été commise tant par la juridiction administrative que par la juridiction judiciaire statuant en dernier ressort.

S'agissant des juridictions de l'ordre administratif, le Conseil d'Etat, dans son arrêt Gestas⁷, a repris la jurisprudence Köbler et a jugé « *qu'en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité ; que si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'Etat peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers* ».

Pour les modalités procédurales, il semble que les cours administratives d'appel considèrent que la question de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat du fait de la violation du droit de l'Union par le Conseil d'Etat lui-même relève de la compétence de cette juridiction. Elles se fondent sur l'article R 351-2 du code de justice administrative qui énonce que « *[l]orsqu'une cour administrative d'appel ou un tribunal administratif est saisi de conclusions qu'il estime relever de la compétence du Conseil d'Etat, son président transmet sans délai le dossier au Conseil d'Etat qui poursuit l'instruction de l'affaire. Si l'instruction de l'affaire révèle que celle-ci relève en tout ou partie de la compétence d'une autre juridiction, la sous-section d'instruction saisit le président de la section du contentieux qui règle la question de compétence et attribue, le cas échéant, le jugement de tout ou partie des conclusions à la juridiction qu'il déclare compétente.* »

Les cours administrative d'appel considèrent « *qu'un tel litige, qui conduit à apprécier la conformité au droit communautaire des motifs d'une décision rendue par la juridiction suprême de l'ordre administratif interne, ne peut que relever de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat* »⁸.

En ce qui concerne les juridictions judiciaires, il n'existe pas de dispositions équivalentes à l'article R 351-2 du code de justice administrative. L'action en responsabilité de l'Etat du fait de la violation du droit de l'Union par la Cour de cassation doit donc se faire selon les procédures de droit commun, soit l'article L141-1 du code de l'organisation judiciaire et ce en application des principes d'équivalence et d'effectivité précédemment rappelés.

Il appartient donc aux juridictions du fond de dire si la Cour de cassation a violé le droit de l'Union et si, en application de la jurisprudence Köbler, cette violation a pu engager la responsabilité de l'Etat.

⁷ CE. 18 juin 2008. Gestas. Rec p. 230.

⁸ Cour administrative d'appel de Nantes. 29 octobre 2015. Lactalis Ingredients.

Cependant, l'appréciation quant à la violation d'une norme du droit de l'Union ainsi que des critères de mise en œuvre de la jurisprudence Köbler doivent faire l'objet d'un contrôle strict de la part de la Cour de cassation.

En l'espèce, il appartient donc à l'Assemblée plénière de la Cour d'exercer ce contrôle pour la première fois à l'occasion du pourvoi qui lui est soumis.

1 - Les faits et les étapes de la procédure

1 – 1 La procédure pénale

Entre le 30 novembre 1987 et le 7 mars 1988, la Coopérative agricole de l'arrondissement de Reims a procédé à l'importation de pois protéagineux en provenance du Royaume Uni et des Pays Bas suivant 80 déclarations comme relevant de la position tarifaire « *autres que ceux destinés à l'ensemencement* » et bénéficiant à ce titre d'aides communautaires.

Estimant que les pois importés étaient en réalité « *destinés à l'ensemencement* » et à ce titre ne bénéficiaient pas d'aides communautaires, l'administration des douanes a fait citer M. X... et divers autres prévenus devant le tribunal correctionnel de Reims pour fausse déclaration d'espèces à l'importation ayant pour but ou effet d'obtenir en tout ou partie un avantage, délit d' « *importation sans déclaration de marchandises prohibées* ». La Coopérative agricole de l'arrondissement de Reims devenue la société COHESIS a été citée en qualité de civilement responsable.

Le 6 février 1996, le tribunal correctionnel de Reims a constaté la nullité de la procédure qui lui était soumise au motif que « *l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 ne saurait s'appliquer à des poursuites engagées postérieurement au 1er janvier 1993* », estimant que cet article dispose seulement que la loi ne fait pas obstacle à la poursuite des infractions c'est-à-dire au jugement des actions engagées avant le 1er janvier 1993.

Par arrêt du 5 mai 1999, la cour d'appel de Reims a confirmé cette décision en précisant que « *les dispositions de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 ne peuvent utilement être invoquées au soutien de poursuites engagées plus de dix-huit mois après l'entrée en vigueur de la loi dont s'agit* ».

Par arrêt du 18 octobre 2000⁹, la Cour de cassation a cassé l'arrêt déféré au motif que la date d'engagement des poursuites est sans incidence sur l'application de la loi du 17 juillet 1992.

Statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris, par arrêt du 14 novembre 2001, a déclaré M. X... coupable du délit d'importation sans déclaration de marchandises prohibées et de la contravention douanière de fausse déclaration et l'a condamné solidairement avec la coopérative et les autres prévenus à une amende ainsi qu'à une autre somme pour tenir lieu de confiscation.

⁹ Pourvoi n° 99-81.320.

Par arrêt du 5 février 2003¹⁰, la Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que la parole n'avait pas été donnée en dernier au prévenu et à son avocat.

Par arrêt du 6 juillet 2006, la cour d'appel de Paris a de nouveau déclaré M. X... coupable du délit d'importation sans déclaration de marchandises prohibées et de déclaration d'origine inexacte et l'a condamné solidairement avec les autres prévenus et la coopérative à une amende et à une autre somme pour tenir lieu de confiscation.

Par arrêt du 19 septembre 2007¹¹, la Cour de cassation a rejeté les pourvois des prévenus en retenant notamment que « *le principe communautaire de l'effet rétroactif de la peine plus légère ne s'oppose pas à l'application de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992, selon lequel les dispositions de cette loi, relative à la suppression des taxations et contrôles douaniers, ne font pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur sur le fondement des dispositions législatives antérieures, lorsque la modification apportée par ladite loi n'a eu d'incidence que sur les modalités de contrôle du respect de la réglementation communautaire et non sur l'existence de l'infraction ou la gravité des sanctions.* »

1 – 2 Le Comité des droits de l'Homme de l'ONU

M. X... a saisi le Comité des droits de l'Homme de l'ONU en soutenant que sa condamnation constituait une violation du paragraphe 1er de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹².

Par constatations du 21 octobre 2010, le Comité a conclu que les faits qui lui étaient présentés faisaient apparaître une violation de cet article 15 et a préconisé que la France fournisse un recours utile et une indemnisation appropriée¹³.

1 – 3 La procédure en responsabilité contre l'Etat

M. X... et la coopérative ont fait assigner en responsabilité et aux fins d'obtenir une indemnisation l'agent judiciaire de l'Etat devant le tribunal de grande instance de Paris.

Par jugement du 6 février 2013, le tribunal a rejeté ces demandes.

¹⁰ Pourvoi n° 01-88.747.

¹¹ Pourvoi n° 06-85.899.

¹² Article 15 du Pacte international des droits civils et politiques : « *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient par un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.* ».

¹³ Comité des droits de l'Homme. 21 octobre 2010, X... c/ France, n°1760/2008.

M. X... et la société Acolyance qui vient aux droits de la coopérative ont interjeté appel.

Par arrêt du 6 mai 2015, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement et dit que la Cour de cassation a commis une violation du droit communautaire et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques constitutive d'une faute lourde au sens de l'article L141-1 du code de l'organisation judiciaire et a condamné l'Agent judiciaire de l'Etat à payer diverses sommes à M. X... et à la société Acolyance.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Le pourvoi

Le pourvoi comprend un moyen unique de cassation, lequel reproche à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la Cour de cassation avait commis une violation du droit de l'Union et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que cette violation constituait une faute lourde au sens de l'article L141-1 du code de l'organisation judiciaire.

La première branche soutient que, n'est pas contraire au principe de la rétroactivité de la peine plus légère, la loi qui se borne à supprimer un contrôle douanier sans faire disparaître l'infraction douanière ni modifier les peines et précise qu'elle ne fait pas obstacle à la poursuite des infractions commises avant son entrée en vigueur. En conséquence, la décision de la Cour de cassation n'est pas constitutive d'une faute lourde dès lors que la modification apportée par la loi du 17 juillet 1992 n'a eu d'incidence que sur les modalités de contrôle du respect des conditions de l'octroi de l'aide aux pois oléagineux et de leur origine et non sur l'existence de l'infraction ou la gravité des sanctions. En décidant le contraire, la cour d'appel aurait violé l'article L 141-1 du code de l'organisation judiciaire.

La deuxième branche affirme que seule la violation manifeste d'une règle claire et précise du droit de l'Union ou conventionnel est susceptible de constituer une faute lourde engageant la responsabilité de l'Etat. La seule circonstance que le principe de la rétroactivité de la peine plus légère - principe formulé dans mêmes termes par l'article 15 du pacte international relatif aux droits civils et politiques - ait été érigé en principe général du droit de l'Union à l'occasion d'une affaire où la modification ne concernait pas seulement les peines mais également les conditions d'engagement des poursuites ainsi que les règles de prescription et de connexité, ne permet pas de conclure que le principe de la rétroactivité de la peine plus légère reconnu par la Cour de justice et l'article 15 du pacte international relatif aux droits civils et politiques concerne aussi une loi qui supprime une incrimination ou un mode de contrôle. Donc, en jugeant que la Cour de cassation avait méconnu délibérément le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce motif pris que la Cour de justice avait posé le principe de la rétroactivité de la peine plus légère dans une affaire où la modification portait sur la sanction plus légère et sur les conditions de l'engagement des poursuites, la connexité et la prescription, d'où il s'ensuivait

qu'elle avait eu une interprétation extensive de ce principe, la cour s'est prononcée par un motif impropre à caractériser le caractère manifeste de la violation du droit de l'Union et partant, la faute lourde de l'Etat.

La troisième branche fait valoir qu'il n'y a pas d'erreur de droit délibérée ou inexcusable lorsque la réponse à apporter à une question posée n'avait aucune évidence et que les avis étaient partagés. Or, il résultait des pièces de la procédure ayant donné lieu à l'arrêt du 19 septembre 2007, que l'avocat général avait affirmé que l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 n'était pas en conflit avec le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce et que d'autres arrêts rendus par la Haute juridiction avaient statué en ce sens, la cour d'appel a violé l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire.

3 - Discussion

Afin d'apprécier les mérites du pourvoi, nous reviendrons, dans un premier temps, sur la problématique de la rétroactivité *in mitius* afin de déterminer, notamment, si et dans quelle mesure, ce principe est reconnu en droit de l'Union. Dans un deuxième temps, nous exposerons la jurisprudence de la Cour de justice relative à la mise en cause de la responsabilité des Etats membres lorsque l'un de leurs organes - et en particulier, les juridictions - violent le droit de l'Union en rappelant les critères exigés pour cette mise en œuvre. Enfin, dans un troisième temps, nous rechercherons si la cour d'appel de Paris a suffisamment caractérisé une violation du droit de l'Union dans des circonstances susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat.

3 – 1 La problématique de la rétroactivité *in mitius*

La rétroactivité *in mitius* révèle les difficultés d'application de la loi pénale dans le temps. S'il est de principe général que celle-ci soit immédiate et surtout non-rétroactive, la question vient se poser lorsque la loi pénale est favorable à la personne poursuivie. La loi ayant supprimé le comportement délictueux poursuivi, ou réduit la peine encourue, il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité de faire bénéficier l'auteur du comportement poursuivi de cette loi nouvelle intervenue entre le jour de la commission de l'infraction et celui du jugement. Le principe de la rétroactivité *in mitius* a de nombreux fondements internes (3-1-1). Son application pose cependant des difficultés en matière économique (3-1-2), pouvant expliquer la décision rendue par la Cour de cassation le 19 septembre 2007. Les fondements internationaux et en droit de l'Union européenne du principe de la rétroactivité *in mitius* ne pouvaient pas, quant à eux, être retenus par la chambre criminelle au jour où elle a statué (3-1-3).

3 – 1 – 1 Les fondements de la rétroactivité in mitius

S'il est depuis longtemps admis que le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce doit bénéficier à la personne poursuivie, les sources normatives sont peu nombreuses, surtout avant la recodification du code pénal en 1992. En effet, il n'existait que peu de règles écrites en droit national admettant expressément le principe de la rétroactivité in mitius¹⁴. Mais cette rétroactivité se fondait en l'absence de textes, sur deux justifications principales outre le rattachement au principe général de légalité des infractions et des peines.

D'une part, l'intérêt de la société – raison d'être du droit pénal – commande de ne plus appliquer une disposition qui a été adoucie, car considérée comme étant trop rigoureuse. D'autre part, l'intérêt individuel du délinquant justifie ce principe. Il serait « contraire au bon sens » de lui appliquer une loi plus sévère que celle qui fait partie du droit positif au moment auquel le juge doit se prononcer¹⁵. Cette justification du point de vue de l'intérêt individuel rejoint par ailleurs l'illustration du principe de légalité du droit pénal, selon lequel le juge ne doit se prononcer qu'en fonction des textes à sa disposition, interprétés strictement.

Dès 1813, la chambre criminelle de la Cour de cassation constatait que « [l]orsque dans l'intervalle d'un délit au jugement, il a existé une loi pénale plus douce que celle qui existait soit à l'époque du délit, soit à l'époque du jugement, c'est cette loi plus douce qui a dû être appliquée »¹⁶.

Le premier fondement constitutionnel interne à la rétroactivité in mitius a été conféré par une décision du Conseil constitutionnel en date des 19 et 20 janvier 1981¹⁷ qui a déclaré une disposition de la loi dite « sécurité et liberté » contraire au principe de nécessité des peines contenu dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹⁸. Le Conseil constitutionnel a ultérieurement réaffirmé ce principe dans les termes suivants :

¹⁴ Tout au plus pouvait-on identifier certaines règles qui faisaient état d'une telle rétroactivité : décret du 23 juillet 1810 relatif à la mise en vigueur du Code pénal ; article 261 du Code de justice militaire pour l'armée de terre et article 274 du Code de justice militaire pour l'armée de mer. Ces textes ont depuis été abrogés. Voir : Bernard BOULOC, Droit pénal général, 23^{ème} éd, § 161.

¹⁵ B. BOULOC, loc.cit.

¹⁶ Crim. 1^{er} octobre 1813, Bull n°17 ; Sirey 14-1-16. Cité par Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHÉC, Traité du droit pénal général, 16^{ème} édition, 2009, spéc. § 333.

¹⁷ Cons. constitutionnel. n°81-127 DC « Loi dite "sécurité et liberté" », AJDA 1981, p. 275, note J. RIVERO ; RD publ. 1981, p. 651, note J. PRADEL.

¹⁸ « Considérant que ces dispositions tendent à limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ; que, dès lors, elles doivent être regardées comme contraires au principe formulé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel : La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires . Qu'en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires »

« le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ; que, dès lors, sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée¹⁹ ».

Le principe de la rétroactivité in mitius peut alors être considéré comme contenu dans cette disposition à portée constitutionnelle, et fait donc partie du socle fondamental du droit pénal.

La reconnaissance de ce principe est intervenue dans le code pénal de 1992, à l'article 112-1, lequel dispose, en son dernier alinéa, que *« [...] les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».*

Le principe de la rétroactivité in mitius trouve donc ses fondements, en droit national, à la fois dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, ainsi que dans la loi, en l'espèce l'article 112 du code pénal. En conséquence, l'application de ce principe devrait être aisée et ne soulever aucune objection. Force est pourtant de constater que ce n'est pas le cas en matière économique.

3 – 1 - 2 Les affaiblissements au principe de la rétroactivité in mitius en matière économique

La rétroactivité in mitius, en matière économique, rencontre un point de friction.

En effet, cette dernière matière vise la préservation des intérêts de l'État, notamment lorsqu'elle concerne les domaines fiscaux et douaniers. Faire application de la rétroactivité in mitius aux personnes ayant sciemment violé des dispositions fiscales ou douanières créerait alors un effet d'aubaine pour le prévenu et saperait la politique économique gouvernemental²⁰. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence classique de la chambre criminelle refuse de faire application de ce principe en matière économique²¹.

¹⁹ Cons. constitutionnel. 3 décembre 2010, n°2010-74 QPC, « sanction des dispositions législatives encadrant la revente à perte », JCP 2011, 82, obs. E. DREYER ; D.2011, p.1859, obs. C. MASCALA ; AJ Pénal 2011, p.30, obs. J.-B. PERRIER.

²⁰ Wilfried JEANDIDIER, « L'application de la loi dans le temps », dans J.-CL. Pénal traité, Fasc.20, spéc. § 90.

²¹ Crim. 22 décembre 1916, Bull. n° 291 ; Crim. 11 mai 1948, S. 1948, I, p. 185, note M. ROUSSELET et M. PATIN.

Des traces de cette conception peuvent se retrouver dans des décisions datant de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. C'est le cas de l'arrêt Von Salder²² dans lequel la chambre criminelle a jugé que « *les textes réglementaires en matière économique ou fiscale ne rétroagissent pas à moins de dispositions contraires formellement identifiées* ». Selon cette chambre, le principe de la rétroactivité in mitius est renversé: la loi pénale plus douce ne trouve pas à s'appliquer par principe rétroactivement, sauf à ce qu'une disposition en dispose autrement. Ce principe a d'ailleurs été réaffirmé par la suite²³.

Cette appréciation ne pouvait que difficilement résister à la décision précitée du Conseil constitutionnel des 19-20 janvier 1981, qui rattache la rétroactivité in mitius à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, c'est-à-dire au principe de la nécessité des peines. C'est pourquoi la chambre criminelle a fait évoluer sa position.

Aussi peut-on citer une première décision qui affirme que « *si en matière douanière et économique, l'abrogation d'un texte réglementaire n'efface pas rétroactivement, sauf précision contraire de la loi abrogative, les infractions qui étaient l'objet d'une poursuite en cours, tel n'est pas le cas lorsque, (...) les textes réglementaires de la CEE servant de support effectif et nécessaires aux poursuites n'avaient plus d'existence légale en raison de leur abrogation* »²⁴. La chambre criminelle a précisé par la suite cette jurisprudence en affirmant que la suppression du texte communautaire qui sert de support à la poursuite pénale interne doit avoir un effet favorable pour la personne poursuivie – et donc le principe de la rétroactivité in mitius doit s'appliquer – même si le texte interne n'est pas lui-même abrogé²⁵. Dans ces deux décisions, les poursuites engagées contre un importateur et un exportateur de produits en provenance et à destination d'Espagne ont été abandonnées en raison de l'entrée de cet Etat au sein de la CEE²⁶.

Ainsi, également, le principe de la rétroactivité in mitius trouve à s'appliquer en raison de l'entrée d'un nouvel État membre au sein de l'Union européenne, cet événement faisant disparaître les infractions pénales²⁷.

De même, la chambre criminelle a fait jouer ce principe en faveur du prévenu poursuivi, pour avoir méconnu un embargo qui avait été suspendu postérieurement aux faits²⁸, ou pour avoir importé sans déclaration des marchandises d'un territoire devenu ensuite partie intégrante du territoire de l'Union européenne²⁹, ou bien encore, pour avoir importé d'un pays tiers une marchandise à un prix inférieur au prix minimal imposé par un règlement communautaire, alors que ce prix minimal

²² Crim. 10 novembre 1970, Bull. n° 293.

²³ Crim. 1^{er} juin 1981, Bull. n° 179.

²⁴ Crim. 12 novembre 1986, Bull. n° 334.

²⁵ Crim. 8 mars 1993, Bull. n° 102 ; Crim. 12 juin 1995, Bull. n° 213.

²⁶ Crim. 12 juin 1995, précité : « *Cessent d'être applicables aux poursuites en cours les dispositions des lois et règlements, même non expressément abrogées, dans la mesure où elles sont inconciliables avec celles d'une loi nouvelle ou d'une Convention internationale* ».

²⁷ Crim. 22 janvier 1997, Bull. n° 30 (cas de travailleurs en provenance du Portugal) ; Crim. 11 décembre 2012, pourvoi n° 11-86.415 (travailleurs en provenance de Pologne).

²⁸ Crim. 18 mai 1998, n° 96-84762.

²⁹ Crim. 2 juin 1993, Bull. n° 198.

avait été ensuite relevé par une décision émanant d'un organe de type administratif³⁰.

Cette solution jurisprudentielle n'est toutefois pas transposable lorsque l'infraction est purement interne, ou lorsque le texte concerné par le principe de la rétroactivité in mitius est un texte de droit national ne mettant pas en œuvre le droit de l'Union.

A la suite à la décision précitée du Conseil constitutionnel de 1981, la chambre criminelle a, par plusieurs décisions de 1987, affirmé à propos de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, qu' « *une loi nouvelle, même de nature économique, lorsqu'elle abroge une ou des incriminations pénales déterminées ou lorsqu'elle prévoit des pénalités plus douces, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés* »³¹. Cette appréciation n'est toutefois pas absolue, la chambre criminelle réservant le cas de « *dispositions contraires expresses* », c'est-à-dire des dispositions légales maintenant les poursuites en cours sur le fondement du texte ayant été abrogé.

C'est par des considérations du même ordre que la chambre criminelle n'applique pas ce principe lorsque la disparition de l'infraction résulte de l'entrée en vigueur d'un décret, mais que l'incrimination elle-même demeure. L'exemple type est celui des marchés publics, notamment lorsque le seuil au-delà duquel il est nécessaire de lancer un appel d'offres a été relevé entre le jour où l'infraction a été commise et celui où l'affaire est jugée³². Des exemples peuvent être trouvés dans d'autres domaines de la législation économique, telle la réglementation relative à l'ouverture des surfaces commerciale³³ ou celle des débits de boissons³⁴. Dans de tels cas, en effet, on peut considérer que la nécessité d'interdire un type de comportement n'a pas disparu.

C'est justement cette réserve législative qui est contenue dans la loi du 17 juillet 1992, objet du présent litige. En effet, l'article 110 de cette loi dispose que « [l]es dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur sur le fondement des dispositions législatives antérieures », alors que l'article 111 de la même loi écarte l'application de toutes les dispositions du code des douanes – et donc les dispositions pénales – relatives aux relations intracommunautaires. Ainsi, les délits douaniers ne concernent plus ces relations, sauf pour les faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1992.

La chambre criminelle a jugé, par arrêt en date du 19 septembre 2007 qui concerne le présent litige, que cette loi n'est pas contraire au principe de la rétroactivité in mitius, car elle « *n'a eu d'incidence que sur les modalités du contrôle du respect des conditions de l'octroi de l'aide [...] et non sur l'existence de l'infraction ou la gravité des sanctions* »³⁵. A cet argument retenu par la chambre criminelle, peut en être

³⁰ Crim. 29 mars 2000, Bull. n° 147.

³¹ Crim. 23 février 1987, Bull. n° 87, 88 et 89 ; Crim, 1^{er} juin 1987, Bull. n° 225 et 226 ; Crim. 7 décembre 1987, Bull. n°447.

³² Crim. 28 janvier 2004, n°02-86.597.

³³ Crim. 8 avril 2010, n° 09-83-514.

³⁴ Crim. 15 avril 2008, n° 07-86.909.

³⁵ Crim. 19 septembre 2007, Bull. n°215.

ajouté un autre. Le principe de la rétroactivité *in mitius* étant justifié par la nécessité des peines, il y a lieu d'admettre que la répression puisse se poursuivre en dépit de l'abrogation du texte répressif, lorsqu'existent des circonstances rendant nécessaire la non-rétroactivité du texte plus favorable³⁶.

Il convient d'adopter ce raisonnement au litige ayant donné lieu à l'arrêt attaqué. Si, en application de l'article 111 de la loi du 17 juillet 1992, le code des douanes ne trouve plus à s'appliquer aux échanges intracommunautaires, l'article 110 dispose expressément que la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur sur le fondement des dispositions législatives antérieures, demeure possible.

La loi du 17 juillet 1992 fait donc application de la réserve apparue dans les arrêts rendus par la chambre criminelle en 1987 : le principe de la rétroactivité *in mitius* ne joue pas en présence d'une disposition expresse en ce sens de la loi.

En s'attachant à la *ratio legis*, il doit être considéré que cette disposition a été incluse dans la loi afin de ménager les intérêts de l'État et d'éviter un effet d'aubaine, autrement dit une stratégie de fraude.

En effet, l'abolition des barrières douanières à compter du 1er janvier 1993 était la dernière étape du processus amorcé par l'acte unique européen signé en 1986 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1987. Il était tout à fait envisageable que l'auteur d'un acte délictueux commis entre 1987 et 1993 ait entendu bénéficier du principe de la rétroactivité *in mitius*, et donc de profiter de la probable suppression des délits douaniers au sein de l'espace communautaire. C'est pour éviter un tel risque, qui constituait un blanc-seing offert aux délinquants douaniers, que le législateur a introduit l'article 110 dans la loi du 17 juillet 1992, maintenant le caractère punissable des faits délictueux commis avant l'entrée en vigueur de la loi. Il doit être noté que cette disposition n'a soulevé, lors de la discussion du projet de loi,³⁷ aucune observation de la part de la représentation nationale, démontrant ainsi que cette mesure était considérée comme légitime.

De manière générale, une dérogation au principe apparaît d'autant plus opportune que les hypothèses visées sont généralement celles du droit pénal économique. En effet, dans ce domaine les normes changent fréquemment pour répondre à des nécessités contingentes. L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* ferait donc perdre une partie de leur utilité aux mesures prises.

Ce faisant, la position adoptée par la chambre criminelle dans son arrêt du 19 septembre 2007 qui a écarté l'application du principe de la rétroactivité *in mitius*, se justifie pleinement.

D'une part, il doit être considéré que la loi du 17 juillet 1992 n'a pas abrogé les infractions douanières elles-mêmes ; elle a, en revanche, simplement aboli les contrôles aux frontières douanières intracommunautaires qui permettaient d'en constater l'existence. D'autre part, il était nécessaire, pour éviter que la modification législative ne profite aux auteurs de faits délictueux commis avant son entrée en

³⁶ Cf. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, précité note 16, spéc. § 343 : « *pourquoi ne pas admettre [que l'absence de nécessité] puisse également en constituer la limite ?* ».

³⁷ Journal officiel de l'Assemblée Nationale, 2^{ème} séance du 26 mai 1992, spéc. p. 1705.

vigueur, de maintenir la possibilité de poursuivre pénalement leurs agissements commis antérieurement à l'abolition des contrôles.

Cette dernière justification a par ailleurs été confortée par la décision précitée du Conseil constitutionnel, en date du 3 décembre 2010, qui rappelle que le principe de nécessité des peines implique l'application immédiate de la loi pénale plus douce «*sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée* »³⁸.

En conclusion, par l'arrêt du 19 septembre 2007, la chambre criminelle, dont la jurisprudence sur l'application du principe de la rétroactivité in mitius ne saurait être ignorée, a appliqué les dispositions de l'article 110 la loi du 17 juillet 1992 et, de ce fait, écarté ce principe. Cette mise à l'écart trouve son fondement en droit interne dans la possibilité laissée au législateur par le juge constitutionnel, de prévoir des exceptions justifiées à l'application du même principe.

3- 1 – 3 Le principe de la rétroactivité in mitius en droit international et en droit de l'Union

Le droit international et le droit de l'Union reconnaissent le principe de la rétroactivité in mitius. Pour autant, ce principe n'était que difficilement applicable par la chambre criminelle lorsqu'elle a rendu sa décision le 19 septembre 2007.

S'agissant du droit international, le Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié par la France par la loi du 25 juin 1980, reconnaît le principe de la rétroactivité in mitius. Cette norme internationale peut être invoquée directement devant les juridictions nationales³⁹, à l'instar du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels⁴⁰, mais n'est dotée que d'une faible portée normative. En outre, les contours de ce principe ne pouvaient pas être connus de la chambre criminelle puisqu'ils résultent de la communication en date du 21 octobre 2010 concernant précisément le présent litige. Cette opinion du Comité des droits de l'Homme étant postérieure à la décision de la chambre criminelle, celle-ci ne pouvait bien évidemment pas en connaître la teneur, et encore moins en méconnaître la portée.

En tout état de cause, même la cour d'appel de Paris a reconnu expressément, dans l'arrêt attaqué qu'il « *ne peut être retenu que les constatations du Comité constituent une décision juridictionnelle ayant valeur contraignante pour les Etats auxquels elles sont adressées* »⁴¹.

S'agissant du droit de l'Union, c'est par l'arrêt Kirk que, la Cour de justice a consacré le principe de non-rétroactivité de la loi pénale en tant que principe général du droit communautaire⁴².

³⁸ Cons. Constitutionnel. 3 décembre 2010, n°2010-74 QPC, précitée.

³⁹ Soc. 29 février 2012, D. 2012, p.2622, obs. J. PORTA.

⁴⁰ Voir en ce sens : Soc. 16 décembre 2008, Droit social 2009, p. 236, obs. J. MOULY.

⁴¹ Arrêt attaqué, page 9, in fine.

⁴² CJCE, 10 juillet 1984, Kirk, 63/83, point 22.

Cependant, la Cour de justice n'accordait pas la même valeur au principe de la rétroactivité *in mitius*. Il ressort en effet de l'arrêt Skanavi et Chryssanthakopoulos que l'application de ce principe n'était admise par la Cour de justice que s'il était prévu en droit interne et sous réserve que l'ancienne loi soit contraire au droit de l'Union.

« 17. Il apparaît ainsi que le juge national pourrait faire application du principe, connu de son droit national, de la rétroactivité de la loi pénale plus favorable et, par conséquent, écarter le droit national pour autant que celui-ci serait contraire aux dispositions du traité »⁴³.

Plus encore, la Cour de justice a pu considérer que les États membres étaient tenus de garantir l'efficacité du droit communautaire applicable à l'époque des faits, en dépit de l'extension du territoire douanier communautaire, suivant le raisonnement suivant :

«28. [...] il convient de souligner que l'extension du territoire douanier communautaire par l'unification d'un État membre ou par l'adhésion de nouveaux États membres est un fait matériel nouveau, qui n'a pas pour effet de soustraire les États membres de leur obligation de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire applicable à l'époque des faits.

29. Dès lors, une telle extension n'a pas pour effet d'empêcher les juridictions nationales de sanctionner les violations de la réglementation communautaire dans les conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif.

30. Dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la question posée que les dispositions douanières communautaires, applicables à la suite de l'unification de la République fédérale d'Allemagne et de la République démocratique allemande, ne s'opposent pas à une éventuelle requalification des faits en droit national pour sanctionner des violations de la réglementation communautaire applicable à l'époque des faits »⁴⁴.

C'est par l'arrêt Berlusconi de 2005 que la Cour de justice a fait évoluer sa jurisprudence. Elle y a en effet affirmé que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère appartient aux traditions constitutionnelles communes aux États membres et doit être considéré comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire que le juge national doit respecter lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre le droit de l'Union⁴⁵.

Cependant, dans cet arrêt, la Cour de justice se borne à relever l'existence du principe sans en faire application ni le reprendre dans son dispositif⁴⁶.

⁴³ CJCE, 29 février 1996, Skanavi et Chryssanthakopoulos, C- 193/94, point 17.

⁴⁴ CJCE, 26 septembre 1996, Steel Trading France SARL, C-341/94, points 28 à 30.

⁴⁵ CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi, C-387/02, points 68 et 69.

⁴⁶

Voir, a contrario, l'arrêt du 22 novembre 2005, Mangold (C-144/04) dans lequel la Cour a affirmé, dans le dispositif de l'arrêt, l'existence d'un principe général de non-discrimination en fonction de l'âge et en a fait application.

Or, il est communément admis que les principes généraux du droit de l'Union ne sont pas sans limites. Des restrictions apportées à l'exercice d'un droit fondamental, pour être admissibles, doivent répondre aux critères suivants :

« Les droits fondamentaux reconnus par la Cour n'apparaissent toutefois pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits. »⁴⁷

Ou encore,

« Toutefois, selon une jurisprudence bien établie, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits »⁴⁸.

La réglementation nationale en cause (article 110 de la loi du 17 juillet 1992), en ce qu'elle avait pour objet la sauvegarde des intérêts financiers de la CEE, constituait une limitation proportionnée à l'application du principe de la rétroactivité in mitius.

Ce principe ne reposait, lorsque la chambre criminelle a statué, sur aucune norme du droit de l'Union primaire ou dérivé mais relevait, pour la Cour de justice, de la « tradition constitutionnelle commune aux États membres » et, à ce titre, était élevé au rang de principe général du droit de l'Union, sans que la Cour de justice n'en ait précisé les contours.

Depuis l'arrêt de la chambre criminelle en date du 19 septembre 2007, l'article 49, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, a consacré le principe de la rétroactivité in mitius dans les termes suivants :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée ».

Toutefois, la Charte n'a acquis, conformément à l'article 6 TUE, « la même valeur juridique que les traités » qu'avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, soit le 1^{er}

⁴⁷

CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, C-5/88, point 18 ; CJCE, 10 janvier 1992, Kühn/Landwirtschaftskammer Weser-Ens, C-177/90, point 16 ; CJCE, 5 octobre 1994, Allemagne/ Conseil, C-280/93, point 78 ; CJCE, 10 juillet 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood, C-20/00 et C-64/00, point 88 ; CJCE, 30 juin 2005, Alessandrini e.a., C-295/03, point 86.

⁴⁸ CJCE, 13 avril 2000, Karlsson e.a., C-292/97, point 45.

décembre 2009 et la Cour de justice a jugé qu'elle ne peut être invoquée pour des faits antérieurs à cette date⁴⁹.

En l'état de la jurisprudence de la Cour de justice et dans l'esprit de l'arrêt *Steel Trading*, il est permis de se demander si, en matière d'infractions douanières, le principe de la rétroactivité *in mitius*, tel que posé par la Charte, ne pourrait pas être écarté. En effet, l'article 52, paragraphe 1, de la Charte permet que, dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations soient apportées à l'exercice des droits et libertés qu'elle reconnaît, si ces limitations sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union.

Or, le maintien de la poursuite des infractions douanières, commises avant l'entrée en vigueur de la suppression des contrôles douaniers intracommunautaires, visait à dissuader les opérateurs économiques d'anticiper cette suppression et de commettre des infractions par une sorte d'effet d'aubaine en comptant, par avance, sur l'application du principe de la rétroactivité *in mitius*. Ce maintien de la poursuite des infractions protégeait les intérêts financiers de la CEE et, partant, pouvait entraîner légitimement une limitation de l'application du principe.

S'agissant enfin de la CEDH, celle-ci a jugé, dans un premier temps, que l'application rétroactive d'une loi pénale plus douce ne portait pas atteinte au principe de non rétroactivité⁵⁰. Puis, en se référant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi qu'à la jurisprudence *Berlusconi* de la Cour de justice, elle a estimé qu'un « *consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal* ». Elle en a déduit que ce principe devait être garanti par la Convention⁵¹.

Ainsi, il ressort de l'examen de ces dispositions internationales qu'il semble assez difficile de reprocher à la chambre criminelle d'avoir méconnu ou refusé de mettre en œuvre le principe de la rétroactivité *in mitius* en tant que principe général du droit communautaire, dans la mesure où celui-ci n'était pas déterminé avec précision par la Cour de justice, et où ce refus de mise en œuvre était justifié par la protection des intérêts de la CEE. Il n'a été reconnu que postérieurement par d'autres instances internationales.

3- 2 La responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'Union par les juridictions statuant en dernier ressort.

C'est la Cour de justice qui a posé le principe selon lequel la violation manifeste du droit de l'Union par une juridiction nationale statuant en dernier ressort est de nature à engager la responsabilité de l'État et à l'obliger à réparer les dommages causés aux particuliers. Cette position a été adoptée en plusieurs étapes au cours desquelles la Cour de justice a posé des critères précis de mise en œuvre de la responsabilité des Etats.

⁴⁹ CJUE, 26 mars 2015, *Fenoll*, C-316/13, points 45 et 46.

⁵⁰ CEDH, 25 sept. 1995, *G. c/ France*, § 26 et 27.

⁵¹ CEDH, 17 sept. 2009, *Scoppola c. Italie*, n° 10249/03, § 106.

3-2-1 Le principe de responsabilité des États membres du fait de la violation du droit de l'Union

C'est dans l'arrêt Francovich que la Cour de justice a posé le principe de la responsabilité d'un État membre pour les dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit communautaire qui lui sont imputables. Elle s'est exprimée dans les termes suivants :

« 33. [...] la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre.

34. La possibilité de réparation à charge de l'État membre est particulièrement indispensable lorsque [...] le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire.

35. Il en résulte que le principe de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité⁵²».

La Cour de justice a ensuite précisé que le principe de la responsabilité de l'État membre est applicable à « toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement »⁵³.

Le principe étant acquis, la Cour de justice a précisé les conditions de mise en œuvre de la responsabilité.

La responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union par l'un de ses organes peut être ainsi engagée sous trois conditions :

- la règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers ;
- la violation doit être suffisamment caractérisée ;
- il doit exister un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées⁵⁴.

⁵² CJCE, 19 novembre 1991, Francovich e.a., C-6/90 et C-9/90, points 33 à 35.

⁵³ CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame, C-46/93 et C-48/93, point 32.

⁵⁴ Arrêts précités, Brasserie du Pêcheur et Factortame, point 51.

3-2-2 La violation du droit de l'Union par les juridictions statuant en dernier ressort

3-2-2- a) Le principe

Le principe étant posé que tout organe d'un État membre peut être à l'origine d'un manquement dans l'application du droit de l'Union ayant causé un préjudice, la Cour de justice l'a appliqué lorsque l'organe de l'État est une juridiction.

Sur ce point, la Cour de justice a jugé, dans l'arrêt Köbler, que « *le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort* »⁵⁵.

La Cour de justice a admis ce principe de la responsabilité « *du fait des juridictions suprêmes* » en conclusion du raisonnement suivant :

« 33 *Eu égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires, la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort.* »

34 *Il convient de souligner à cet égard qu'une juridiction statuant en dernier ressort constitue par définition la dernière instance devant laquelle les particuliers peuvent faire valoir les droits que le droit communautaire leur reconnaît. Une violation de ces droits par une décision d'une telle juridiction qui est devenue définitive ne pouvant normalement plus faire l'objet d'un redressement, les particuliers ne sauraient être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir par ce biais une protection juridique de leurs droits.*

35 *C'est d'ailleurs, notamment, afin d'éviter que des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire soient méconnus que, en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE, une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue de saisir la Cour* »⁵⁶.

⁵⁵ Arrêt Köbler, précité, point 50.

⁵⁶ Arrêt Köbler, précité, points 33 à 35 ; CJCE, 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, point 31.

3-2-2-b) La justification du principe

La Cour de justice a expressément énoncé que la règle de l'autorité de la chose jugée et le principe de l'indépendance et de l'autorité des juges, ne font pas obstacle à ce que la responsabilité de l'État pour les dommages résultant de la violation du droit de l'Union puisse être engagée du fait des décisions des juridictions statuant en dernier ressort⁵⁷.

La Cour a précisé la raison pour laquelle la violation du droit de l'Union par une juridiction nationale statuant en dernier ressort, peut résulter de l'interprétation de la règle de droit faite par cette juridiction dans les termes suivants :

« 34 D'une part, [...] l'interprétation des règles de droit relève de l'essence même de l'activité juridictionnelle puisque, quel que soit le domaine d'activité considéré, le juge, confronté à des thèses divergentes ou antinomiques, devra normalement interpréter les normes juridiques pertinentes – nationales et/ou communautaires – aux fins de trancher le litige qui lui est soumis.

35 D'autre part, il ne saurait être exclu qu'une violation manifeste du droit communautaire applicable soit commise, précisément dans l'exercice d'une telle activité interprétative, si le juge donne, par exemple, à une règle de droit matériel ou procédural communautaire une portée manifestement erronée, notamment au regard de la jurisprudence pertinente de la Cour en cette matière [...], ou s'il interprète le droit national d'une manière telle qu'elle aboutit, en pratique, à la violation du droit communautaire applicable.

36 [...], exclure, [...] toute responsabilité de l'État en raison du fait que la violation du droit communautaire découle d'une opération d'interprétation des règles de droit effectuée par une juridiction reviendrait à vider de sa substance même le principe posé par la Cour dans l'arrêt Köbler, [...]. Cette constatation vaut, à plus forte raison, pour les juridictions statuant en dernier ressort, chargées d'assurer, à l'échelle nationale, l'interprétation uniforme des règles de droit.

37 Une conclusion analogue doit être tirée [...] lorsque la violation imputable à une juridiction de cet État résulte d'une appréciation des faits et des preuves.

38 D'une part, en effet, pareille appréciation constitue, au même titre que l'interprétation des règles de droit, un autre volet essentiel de l'activité juridictionnelle puisque, indépendamment de l'interprétation retenue par le juge national saisi d'une affaire déterminée, l'application desdites règles au cas d'espèce dépendra souvent de l'appréciation qu'il aura portée sur les faits de l'espèce ainsi que sur la valeur et la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet par les parties au litige.

39 D'autre part, une telle appréciation [...] peut également conduire, dans certaines hypothèses, à une violation manifeste du droit applicable, que cette appréciation soit effectuée dans le cadre de l'application de règles spécifiques relatives à la charge de la preuve, à la valeur de ces preuves ou à l'admissibilité des modes de preuve, ou dans celui de l'application de règles qui exigent une qualification juridique des faits.

⁵⁷ Arrêt Köbler, précité, points 37 à 45.

40 Exclure, dans ces circonstances, toute possibilité d'engagement de la responsabilité de l'État dès lors que la violation reprochée au juge national vise l'appréciation portée par celui-ci sur des faits ou des preuves reviendrait également à priver d'effet utile le principe énoncé dans l'arrêt Köbler, [...], en ce qui concerne les violations manifestes du droit communautaire qui seraient imputables aux juridictions nationales statuant en dernier ressort.»⁵⁸.

La Cour de justice a également défini les obligations des juridictions nationales statuant en dernier ressort.

L'article 234, troisième alinéa, CE (devenu l'article 267, troisième alinéa, TFUE), auquel se réfère la Cour dans l'arrêt Köbler, précise que lorsqu'une question portant sur l'interprétation des traités ou des actes de droit dérivé est « soulevée devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. »

La Cour de justice a jugé que cette obligation de la saisir à titre préjudiciel « a notamment pour but de prévenir que s'établisse, dans un État membre quelconque, une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire »⁵⁹.

Cependant, dès 1982 dans son arrêt Cilfit e.a.⁶⁰, la Cour de justice a apporté des limites à cette obligation de la saisir à titre préjudiciel. Cette jurisprudence a été rappelée, notamment, dans l'arrêt précité Intermodal Transports BV dans les termes suivants :

«33- L'article 234, troisième alinéa, CE doit, au terme d'une jurisprudence constante, être interprété en ce sens que de telles juridictions sont tenues, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elles, de déférer à leur obligation de saisine, à moins qu'elles n'aient constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. L'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté.»⁶¹.

Il est donc acquis que la responsabilité de l'État peut être engagée lorsqu'une juridiction statuant en dernier ressort, telle la Cour de cassation, a pris une décision en violation du droit de l'Union. Cependant, cette responsabilité ne peut être engagée que sous certaines conditions.

⁵⁸ Arrêt Traghetti del Mediterraneo, précité, points 34 à 40.

⁵⁹ CJCE. 24 mai 1977, Hoffmann-La Roche, 107/76, point 5 ; CJCE. 22 février 2001, Gomes Valente, C-393/98, point 17 ; CJCE. 15 septembre 2005, Intermodal transport BV, C-495/03, point 29.

⁶⁰ CJCE. 6 octobre 1982, C-283/81, Cilfit e.a.

⁶¹ Arrêt précité Cilfit e.a., points 9, 10 et 16 et Intermodal transports BV, point 33.

3 – 2 – 2 – c) La mise en œuvre de la responsabilité

Ainsi qu'il a été exposé supra, la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union peut être engagée sous trois conditions.

S'agissant de la deuxième condition, soit une violation suffisamment caractérisée, la Cour de justice a apporté des limitations lorsque c'est une juridiction statuant en dernier ressort qui a commis une violation du droit de l'Union.

Dans cette hypothèse, la Cour a jugé qu'il y a lieu « *de tenir compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle ainsi que des exigences légitimes de sécurité juridique [...]. La responsabilité de l'État du fait d'une violation du droit communautaire par une telle décision ne saurait être engagée que dans le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste⁶² le droit applicable »⁶³ ou « *si cette violation intervient malgré l'existence d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière* »⁶⁴.*

La Cour de justice a précisé les critères devant être pris en compte par le juge qui doit statuer sur une demande de reconnaissance de responsabilité de l'État afin de lui permettre de caractériser « *le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable* ».

Pour cela, il doit être retenu un certain nombre d'éléments.

« 55. Parmi ces éléments figurent notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE.

56. En tout état de cause, une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée lorsque la décision concernée est intervenue en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour en la matière »⁶⁵.

Doivent également être pris en compte « *l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales, [...] la circonstance que les attitudes prises par une institution de l'Union ont pu contribuer à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit de l'Union* »⁶⁶.

Il ressort donc de la jurisprudence de la Cour de justice que la fonction juridictionnelle est tellement spécifique que la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit de l'Union par une juridiction statuant en dernier ressort, ne pourra être engagée qu'exceptionnellement et en cas de méconnaissance manifeste du droit applicable.

⁶² Souligné par nous.

⁶³ Arrêts précités, Köbler, point 53 et Traghetti del Mediterraneo, point 32.

⁶⁴ CJUE, Tomaso, 28 juillet 2016, C-168/15, point 36.

⁶⁵ Arrêts précités, Köbler, points 55 et 56 et Traghetti del Mediterraneo, points 32, 35 et 43.

⁶⁶ Arrêt précité, Tomaso, point 25.

Il convient donc de vérifier si la cour d'appel de Paris a correctement mis en œuvre les critères énoncés par la Cour de justice dans sa jurisprudence Köbler.

3 – 3 La mise en œuvre, par la cour d'appel de Paris, du principe de responsabilité pour violation, par la Cour de cassation, du droit de l'Union

Au vu de l'ensemble des éléments exposés, il convient d'examiner la motivation de la cour d'appel de Paris au regard des critères de la jurisprudence Köbler.

3 – 3 – 1 L'arrêt du 19 septembre 2007 et les critères Köbler

Selon les jurisprudences Köbler et Tomaso, la responsabilité de l'État ne peut être engagée du fait de la violation du droit de l'Union par une juridiction statuant en dernier ressort que « *dans le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable* » ou « *si cette violation intervient malgré l'existence d'une jurisprudence bien établie de la Cour [de justice] en la matière* ».

S'agissant de l'éventuelle méconnaissance d'une jurisprudence bien établie de la Cour de justice, il a été exposé précédemment qu'après avoir écarté le principe de la rétroactivité in mitius, notamment en matière économique et douanière afin que les violations du droit communautaire puissent être sanctionnées, la Cour de justice a reconnu ce principe comme principe général du droit de l'Union sans en préciser ni le champ d'application ni les éventuelles limitations.

Pour le professeur Serge Guinchard la violation d'un tel principe, pour être susceptible d'engager la responsabilité de l'État, suppose que ce principe résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de justice. Rappelant la solution de l'arrêt Köbler, il énonçait :

« *Faut-il aller plus loin et assimiler à cette hypothèse celle de la méconnaissance d'une jurisprudence constante de la Cour de justice ? On se gardera d'aller aussi loin car ce serait empêcher toute évolution jurisprudentielle et transformer la Cour de justice en " caporal " de l'application du droit communautaire : à tout le moins, il faudrait exiger dans ce cas que la jurisprudence de la CJCE soit stable et confirmée depuis longtemps, et moduler la solution en distinguant selon que la jurisprudence concerne une règle de procédure (exigence de respect plus forte, par exemple, pour les droits de la défense) ou une règle de droit substantiel* »⁶⁷.

En n'appliquant pas le principe de la rétroactivité in mitius dans les circonstances qui viennent d'être exposées, la chambre criminelle n'a donc méconnu aucune jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, au sens de la jurisprudence Köbler.

S'agissant de la méconnaissance manifeste du droit applicable, la Cour de justice a précisé les critères à prendre en compte pour établir cette méconnaissance.

⁶⁷ Serge GUINCHARD, Rép. Proc. Civ. Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice, § 37.

Selon la Cour de justice, le juge appelé à statuer sur la responsabilité de l'Etat doit se prononcer en fonction du degré de clarté et de précision de la règle violée, du caractère délibéré de la violation, du caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, de la position prise par une institution communautaire et de l'inexécution de l'obligation de poser une question préjudicielle.

S'agissant du degré de clarté ou de précision de la règle violée, cette condition n'est pas remplie en l'espèce, puisque le principe de la rétroactivité *in mitius* n'était inscrit dans aucune norme du droit primaire ou du droit dérivé de l'Union au jour où la chambre criminelle a statué.

De même, aucune institution de l'Union n'avait pris de position quant à l'application de ce principe, notamment en cas d'infractions douanières au moment de l'abolition des frontières douanières intracommunautaires.

S'agissant enfin du caractère excusable ou inexcusable de l'erreur et du caractère délibéré de la violation, il a été suffisamment démontré que la chambre criminelle faisait une application pleine et entière du principe de la rétroactivité *in mitius* lorsque la norme violée, puis supprimée, était d'origine communautaire ou lorsque le législateur ne prévoyait pas la possibilité du maintien des poursuites. Le caractère excusable résulte aussi de la position du Conseil constitutionnel qui reconnaît au législateur le droit de limiter l'application du principe, ce qu'il a fait en adoptant l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992.

Il apparaît donc que la chambre criminelle, qui n'ignore pas et applique le principe de la rétroactivité *in mitius*, n'a commis aucune violation du droit de l'Union en appliquant une loi qui permettait la poursuite des infractions douanières commises avant la suppression des frontières douanières intracommunautaires dans la mesure où ce texte sauvegardait les intérêts économiques de la CEE et où ce principe ne figurait, au moment où la Cour a statué, dans aucune norme du droit de l'Union et n'avait pas été défini avec précision par la Cour de justice.

3- 3 – 2 L'application des critères Köbler par la cour d'appel de Paris

La cour d'appel, après avoir reproduit de larges extraits du rapport du conseiller rapporteur dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle du 19 septembre 2007, en déduit que la chambre criminelle n'ignorait pas la jurisprudence Berlusconi. Or, il a été démontré que la simple affirmation de l'existence d'un principe général du droit de l'Union sans aucune précision quant aux contours de ce principe, ne saurait constituer une jurisprudence constante de la Cour de justice.

La cour d'appel poursuit ainsi :

« Considérant que l'analyse faite par le rapporteur informait clairement la chambre de ce que si le litige se situait dans l'hypothèse où l'incrimination avait disparu, l'article 15 du pacte et le droit communautaire devaient s'appliquer ; que ne pas suivre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne telle que posée dans l'arrêt Berlusconi reviendrait à violer le droit communautaire ».

Il apparaît donc que la seule violation du droit de l'Union que la cour d'appel a pu détecter est le non-respect de la jurisprudence Berlusconi qui, selon les termes de l'arrêt attaqué, aurait clairement posé le principe de la rétroactivité in mitius. Or, ainsi qu'il a été démontré, il ne saurait être déduit de ce seul arrêt l'existence d'une jurisprudence bien établie et constante !

La cour d'appel poursuit en offrant sa propre analyse de l'interprétation des dispositions des articles 110 et 111 de la loi du 17 juillet 1992 en la faisant prévaloir sur celle de la chambre criminelle pour en déduire que la motivation de celle-ci « *n'était ni pertinente ni appropriée* ».

Enfin, l'arrêt attaqué n'a pas reproché à la chambre criminelle de n'avoir pas interrogé la Cour de justice à titre préjudiciel sur l'interprétation du droit de l'Union avant de prendre sa décision, en application de l'article 234 CE (devenu 267 TFUE).

Ce faisant, la cour d'appel de Paris a elle-même violé le droit de l'Union en ignorant les critères de la jurisprudence Köbler et en retenant avec légèreté la responsabilité de l'Etat, malgré les nombreuses précautions prises par la Cour de justice pour que la mise en cause de cette responsabilité du fait de la violation du droit de l'Union par une juridiction statuant en dernier ressort, ne soit qu'exceptionnelle.

J'invite donc, de confiance, l'Assemblée plénière à casser l'arrêt attaqué.