

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

N° N1521438

Décision attaquée : 06 mai 2015 de la cour d'appel de Paris

l'Agent judiciaire de l'Etat  
C/  
M Jean-Pierre X...

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

---

rapporteur : Olivier Echappé  
assisté de M. Burgaud, auditeur au SDER  
et de M. Turlin, DSGJ au SDER

**RAPPORT**

L'Assemblée plénière de la Cour de Cassation est saisie du pourvoi formé par l'Agent judiciaire de l'Etat contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, en date du 6 mai 2015 (RG n°13/05638), qui, infirmant la décision rendue par le tribunal de grande instance de Paris le 6 février 2013 (RG n°11/10655) et, statuant à nouveau, a dit que la Cour de Cassation (Crim. 19 septembre 2007, n° 06-85.899) avait commis une violation du droit communautaire et de l'article 15 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, constitutive d'une faute lourde au sens de l'article L 141-1 du code de l'organisation judiciaire, et a condamné l'Agent judiciaire de l'Etat au paiement de certaines sommes.

On se bornera, ici, à relever que, dans la sécheresse toute juridique de sa formulation, notre saisine ne peut se dissimuler que, derrière la question de droit posée (y-a-t-il eu violation, par une juridiction, d'un principe du droit communautaire, dans des conditions susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat?) il y a une situation quelque peu insolite, et en tous cas inédite. C'est en effet la première fois qu'une cour d'appel vient dire, d'une manière dépourvue de toute équivoque<sup>1</sup>, que la Cour de Cassation, en l'espèce sa chambre criminelle, a commis une violation du droit,

---

<sup>1</sup> Il convient de citer ici le considérant essentiel de la cour d'appel, selon lequel la Cour de Cassation a "*délibérément fait le choix de ne pas appliquer le principe communautaire, en recourant à une motivation dont elle n'ignorait pas qu'elle n'était ni pertinente, ni adaptée*" (arrêt p.8).

en l'espèce communautaire. Même si cette affirmation n'est destinée qu'à justifier la décision constatant la responsabilité de l'Etat, il n'échappe à personne qu'elle introduit un certain bouleversement dans un ordre, jusque là traditionnel, des choses, qui veut que la Cour de Cassation soit au sommet de notre ordre judiciaire national, et qu'elle ait seule mission d'unifier le droit et la jurisprudence des cours d'appel.

On comprendra donc, de ce qui précède, qu'avant de fournir des éléments de réflexion et de discussion tirés du droit positif, de la doctrine et de la jurisprudence, on retrace, peut être plus complètement que de coutume, la genèse de cette affaire et les développements de procédure qui ont conduit à l'arrêt aujourd'hui soumis à l'Assemblée Plénière.

### **1- Exposé des faits et de la procédure**

Selon l'arrêt attaqué, entre le 30 novembre 1987 et le 7 mars 1988, la Coopérative agricole de l'arrondissement de Reims (CAAR), aux droits de laquelle est ensuite venue la société Cohesis et, aujourd'hui, la société coopérative agricole Acolyance, dirigée par M. X..., a importé des Pays Bas et de Grande Bretagne 1.905.538 kgs de pois protéagineux, pour une somme totale de 5.733.078 Frs. Lors de l'établissement de la déclaration en douane, ces pois ont été désignés comme relevant de la catégorie tarifaire « autres que ceux destinés à l'ensemencement ». Leur classement dans cette catégorie ouvrait droit aux aides communautaires prévues par divers règlements européens (dont certains sont aujourd'hui abrogés), qui ont été effectivement versés à la CAAR.

Soutenant que ces pois étaient en réalité destinés à l'ensemencement, et ne pouvaient à ce titre bénéficier des dites aides communautaires, pourtant perçues en l'espèce, l'administration des Douanes a poursuivi le 11 août 1994 M. X... et divers autres prévenus devant le tribunal correctionnel de Reims pour fausse déclaration d'espèces à l'importation ayant pour but ou pour effet d'obtenir en tout ou en partie un avantage, ainsi que pour la contravention de déclaration d'origine inexacte, l'administration des Douanes suspectant une origine hongroise, et non hollandaise, de ces pois.

Par jugement du 6 février 1996, le tribunal a constaté la nullité de la procédure dont il était saisi, au motif que les infractions poursuivies avaient été abrogées par l'article 111 de la loi du 17 juillet 1992 selon lequel le code des douanes ne s'applique plus à l'entrée des marchandises communautaires et que, même si l'article 110 de la loi réservait le cas des infractions commises avant son entrée en vigueur le 1er janvier 1993, cet article ne pouvait s'appliquer à des poursuites engagées, comme en l'espèce, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, peu important que les faits punissables fussent antérieurs. Le tribunal a donc considéré que l'article 110

permettait seulement le jugement des actions introduites avant l'entrée en vigueur de la loi.

Et par arrêt du 5 mai 1999, la cour d'appel de Reims a confirmé ce jugement.

Mais par arrêt du 18 octobre 2000 (n° 99-84.320), la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992, en retenant que la suppression des taxations et contrôles douaniers à l'égard des marchandises intracommunautaires, effective à compter du 1er janvier 1993, ne faisait pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant l'entrée en vigueur de ladite loi, sur le fondement des dispositions législatives antérieures, peu important la date d'engagement des poursuites.

Désignée comme cour de renvoi, 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 CAAR et les autres prévenus à une amende de 1.911.026 francs (soit 291.334,03 euros) et une somme d'égal montant pour tenir lieu de confiscation.

Cet arrêt a cependant été cassé par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 5 février 2003 (n°01-88.747) au motif que la parole n'avait pas été donnée en dernier au prévenu et à son avocat.

C'est dans ces conditions que par arrêt du 6 juillet 2006, la cour d'appel de Paris, à nouveau désignée comme juridiction de renvoi, a déclaré M. X... coupable des infractions qui lui étaient reprochées, et a prononcé les mêmes condamnations, exprimées cette fois en euros .

Saisie d'un pourvoi de M. X..., la chambre criminelle de la Cour de Cassation, par arrêt du 19 septembre 2007 (n°06-85.899, publié au Bulletin et au Rapport), a rejeté le pourvoi, fondé sur le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce, par l'attendu de principe suivant :

*« 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 ».*

M. X... a alors saisi le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies, pour violation de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui dispose :

*Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas 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.*

Ce comité a constaté le 21 octobre 2010 l'existence d'une violation de l'article 15 du Pacte. Il a notamment conclu que :

*"le principe de rétroactivité de la peine la plus légère, à savoir en l'espèce l'absence de toute peine, trouve à s'appliquer en l'espèce; que, par conséquent, l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 viole le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce de l'article 15 du Pacte".*

Et il a ajouté que l'article 15, paragraphe 1 du Pacte *"ne saurait être interprété de manière restrictive; (...) si cette disposition vise le principe de rétroactivité d'une loi prévoyant une peine plus légère, elle doit être entendue comme visant a fortiori une loi prévoyant une suppression de peine pour un acte qui ne constitue plus une infraction".*

Se fondant sur cet avis, M. X... et la société Cohésis ont assigné l'Etat sur le fondement de l'article L 141-1 du code de l'organisation judiciaire devant le tribunal de grande instance de Paris.

Par jugement rendu le 6 février 2013, ce tribunal les a déboutés de leurs demandes. Pour statuer ainsi, le tribunal a essentiellement retenu que :

-Si les constatations du Comité des droits de l'homme ont une valeur reconnue par les Etats liés par le Pacte, elles émanent d'un organe non juridictionnel ne pouvant lier le juge saisi d'une action en responsabilité contre l'Etat quant à son appréciation d'une faute.

-Il n'y a pas eu de violation grave et caractérisée des principes du Pacte dès lors que la loi du 17 juillet 1992 n'a eu ni pour but ni pour effet de supprimer l'octroi d'aides communautaires à l'importation de certaines marchandises, le contrôle des conditions d'importation et les éventuelles sanctions, ainsi que cela a été jugé de façon constante par la Cour de Cassation, qu'il ressort du rapport du conseiller rapporteur sur l'arrêt du 19 septembre 2007 que la question était débattue eu égard aux positions divergentes de la doctrine, et que la Cour de Cassation a statué comme elle l'a fait après débats.

-Il n'y a pas eu de violation du droit de l'Union dès lors que le principe de l'effet immédiat des lois pénales plus douces peut être écarté par une disposition expresse justifiée par des circonstances exceptionnelles, comme c'est le cas pour la loi du 17 juillet 1992, M. X...

n'ayant pas demandé d'ailleurs à la Cour de cassation de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'un renvoi préjudiciel sur ce point.

Mais par arrêt du 6 mai 2015, la cour d'appel de Paris a infirmé ce jugement et alloué des dommages-intérêts. La cour d'appel a notamment retenu dans sa motivation que :

-l'Agent judiciaire de l'Etat ne peut dénier toute possibilité à M. X... de prétendre que la Cour de Cassation a méconnu le droit communautaire, dès lors que sa critique porte sur le contenu même de la décision de cette dernière et tend à critiquer le bien-fondé de l'arrêt, car, si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de la responsabilité dans les cas où la faute lourde résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette dernière serait devenue définitive, la responsabilité de l'Etat peut cependant être engagée dans le cas où ce contenu est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers;

-il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que 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 est applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi ;

-il incombe donc au juge national compétent de rechercher si cette violation présente un caractère manifeste et analyser en conséquence l'arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 2007, M. X... soutenant que l'incrimination pour laquelle il avait été poursuivi ayant disparu, il ne pouvait plus être poursuivi par application du principe de rétroactivité in mitius, consacré à l'article 112-1 du code pénal et que la Cour de Cassation a refusé d'appliquer ;

- or il ressort du rapport du conseiller rapporteur rédigé à l'occasion de l'arrêt du 19 septembre 2007 que la Cour de Cassation savait que ses arrêts antérieurs n'étaient pas dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et du Pacte sur la rétroactivité in mitius, qu'elle connaissait l'interprétation extensive de ce principe non seulement au cas où la modification porte sur une sanction plus légère mais aussi aux conditions de l'engagement des poursuites, à la connexité et à la prescription, qu'elle n'ignorait pas que sa position était critiquée par la doctrine, et 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 ;

-la Cour de Cassation a retenu que la loi de 1992 ne portait que sur les modalités de contrôle du respect des conditions de l'octroi de l'aide aux pois oléagineux, laissant à penser que ce texte n'avait ni supprimé l'infraction ni eu d'effet sur les peines de sorte que le principe de rétroactivité in mitius n'avait pas à s'appliquer ; elle n'ignorait pas cependant que cette même loi avait supprimé le contrôle douanier pour les marchandises communautaires qui n'a été rétabli qu'en 1994, soit postérieurement aux faits objets de la procédure, ainsi que le soulignait le rapporteur, et que même si l'élément matériel de l'infraction pouvait avoir subsisté, l'élément légal avait disparu à la suite de la loi du 17 juillet 1992 ;

-la Cour de cassation qui disposait de toutes les informations nécessaires à l'appréciation du litige et qui avait connaissance de ce que l'incrimination en cause avait été supprimée, a

délibérément fait le choix de ne pas appliquer le principe communautaire en recourant à une motivation dont elle n'ignorait pas qu'elle n'était ni pertinente ni appropriée;

-Une violation de l'article 15 du Pacte est également constituée pour les mêmes motifs.

L'Agent judiciaire de l'Etat a régulièrement formé le 10 juillet 2015 un pourvoi contre ledit arrêt à lui signifié le 19 mai 2015. Le mémoire ampliatif a été déposé le 4 novembre 2015 (demande au titre de l'article 70 du code de procédure civile : 3000€). Des mémoires en défense et observations complémentaires ont été produits les 4 janvier et 13 janvier 2016 (demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3000€).

Un désistement partiel de son pourvoi à l'encontre de la société Cohésis a été régularisé par l'Agent judiciaire de l'Etat le 4 novembre 2015; il conviendra de lui en donner acte.

La procédure apparaît régulière et l'affaire en état d'être jugée.

## 2- Analyse du moyen

Un **moyen unique** reproche à l'arrêt attaqué de dire 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 de condamner l'Etat à verser à M. X... les sommes de 15000€ en réparation de son préjudice moral, et à la société Acolyance, venant aux droits de la société Cohésis, les sommes de 100000€ en réparation du préjudice résultant du défaut de restitution de la somme versée aux Douanes en exécution de la décision définitive de condamnation et 167089€ au titre des honoraires d'avocat et 2000€ au titre de son préjudice moral.

Sa **première branche** est prise de la violation de l'article L141-1 du code de l'organisation judiciaire ; elle soutient que la loi qui se borne à supprimer un contrôle douanier sans faire disparaître l'infraction douanière, et précise qu'elle ne fait pas obstacle aux infractions commises avant son entrée en vigueur, n'est pas contraire au principe de rétroactivité de la peine plus légère, si bien que l'application de cette loi ne peut constituer une faute lourde de la Cour de Cassation.

Sa **deuxième branche** est prise de la violation de l'article L141-1 du code de l'organisation judiciaire ; elle soutient que la cour d'appel n'aurait pas caractérisé la violation claire et précise du droit communautaire et conventionnel commise par la chambre criminelle de la Cour de Cassation.

Sa **troisième branche** est prise de la violation de l'article L141-1 du code de l'organisation judiciaire ; elle soutient qu'il n'existe aucune erreur de droit délibérée ou inexcusable lorsque la réponse à apporter à la question posée ne relève pas de l'évidence et que les avis sont partagés.

+ +  
+

Pour le **mémoire ampliatif** :

1) L'article 31 du règlement 3540/85 de la Commission européenne du 5 décembre 1985, mettant en oeuvre le règlement 1431/82 du 18 mai 1982, avait prévu, à l'initiative de chacun des Etats membres, des mesures spéciales de contrôle douanier ou administratif, en particulier pour les pois, fèves, et féveroles présentés dans des emballages de plus de 12,5kgs.

Ces contrôles ont été supprimés, à l'occasion de la mise en place du marché unique, par la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992, entrée en vigueur le 1er janvier 1993. L'article 111 de cette loi a créé un article 2bis dans le code des douanes qui dispose que celui-ci ne s'applique pas à l'entrée des marchandises communautaire, et à leur sortie vers des pays membres de l'Union.

Cependant, son article 110 précise que ces dispositions ne font pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur.

Le mémoire soutient que les dispositions de l'article 111 n'ont pas eu pour objet ou pour effet de supprimer des infractions douanières (le délit d'importation sans déclaration de marchandises, prévu par l'article 426-4 du code des douanes, et la contravention de 1ère classe de déclaration d'origine inexacte, prévue par l'article 410 du même code, qui subsistent tous deux dans ce code), ni d'en alléger les peines, mais seulement de supprimer les contrôles aux frontières pour ces marchandises.

A l'appui de cette affirmation, il invoque les travaux préparatoires de la loi, en particulier le rapport fait au nom de la Commission des finances de l'Assemblée nationale qui précise, sous l'article 111 : *"...l'ensemble des contrôles aux frontières et des formalités accompagnant les mouvements de marchandises communautaires, actuellement, en vigueur, doivent disparaître..."*, et fait d'ailleurs observer que ces contrôles ont été rétablis par la loi n°94-114 du 10 février 1994 chaque fois qu'un avantage quelconque est sollicité du fonds européen d'orientation et de garantie agricole.

Même si le rétablissement de ces contrôles est postérieur aux faits qui nous intéressent aujourd'hui, il en déduit que l'objectif de la loi de 1992 n'était pas de faire

disparaître les infractions douanières, mais seulement de supprimer (d'ailleurs temporairement, comme on vient de le rappeler ci-dessus) les contrôles douaniers, et que, partant, elle ne pouvait être considérée comme contraire au principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Il en conclut que la Cour de Cassation n'a commis aucune faute lourde en statuant comme elle l'a fait par son arrêt du 19 septembre 2007.

2) A supposer cependant qu'on puisse considérer que la suppression des contrôles douaniers réalisée par la loi du 17 juillet 1992 a entraîné la suppression des infractions, il estime que la violation du principe communautaire d'application immédiate de la peine plus légère et de l'article 15 du Pacte par l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 septembre 2007, qui alors en résulterait, ne serait pas clairement manifeste.

Il se fonde, pour justifier cette affirmation, sur l'arrêt Köbler rendu le 30 septembre 2003 par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a posé le principe selon lequel la responsabilité de l'Etat peut certes être engagée du fait d'une décision juridictionnelle statuant en dernier ressort qui violerait le droit communautaire, mais à la condition que cette violation soit manifeste, compte tenu du degré de clarté et de précision de la règle violée, du caractère délibéré de la violation, et du caractère excusable ou non de l'erreur de droit commise.

Il soutient "*qu'au jour où la Cour de Cassation statuait, rien ne permettait de conclure à l'existence d'un principe général du droit communautaire ou du droit conventionnel d'application rétroactive de la loi pénale qui supprimerait une incrimination*", et que sa décision ne pouvait donc être considérée comme entachée d'une violation manifeste de ce droit communautaire ou conventionnel.

3) En outre il considère qu'à supposer qu'une telle violation manifeste serait caractérisée, elle serait toutefois excusable, au sens donné à cette notion par l'arrêt Köbler.

Il estime en effet que, quand bien même le conseiller rapporteur aurait porté à la connaissance de la Cour de Cassation des éléments dont elle aurait du déduire une application obligatoire du principe de la rétroactivité *in mitius*, cette juridiction était par ailleurs en possession de l'avis de l'avocat général qui concluait à l'absence de méconnaissance du principe en s'appuyant notamment sur le fait que la Cour avait déjà jugé à plusieurs reprises<sup>2</sup> que l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 permettait de poursuivre les infractions commises avant son entrée en vigueur. La Cour pouvait

---

<sup>2</sup> Crim. 28 novembre 1996 n° 95-85.187, Bull crim n° 436; Crim. 6 février 1997 n° 94-84.670, Bull crim n° 51.



donc en déduire que la réponse à apporter à la question posée était loin d'être évidente et que les avis étaient partagés.

Pour le mémoire en défense et les observations complémentaires produites :

1) Les dispositions de l'article L 141-1 du code de l'organisation judiciaire organisent la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice, et subordonnent l'engagement de cette responsabilité à l'existence d'une faute lourde. Il rappelle que cette dernière notion a connu une importante évolution, tendant à son assouplissement dans un sens extensif le rapprochant de la faute simple. L'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 23 février 2001<sup>3</sup> a précisé que "*constitue une faute lourde 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*".

Et il souligne que la violation d'une règle de droit communautaire peut constituer une faute lourde dès lors qu'elle est manifeste, ainsi que cela a été précisé par l'arrêt Köbler de la Cour de justice de l'Union européenne du 30 septembre 2003, précité. Parmi ces règles figure celle de la rétroactivité *in mitius*, garantie par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 et par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

2) S'agissant des conséquences de la mise en place du marché unique européen sur le contrôle aux frontières des importations intracommunautaires de certains produits, parmi lesquels les pois protéagineux, il rappelle que la chambre criminelle de la Cour de Cassation a de façon constante, estimé que les dispositions de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 n'étaient pas contraires à l'article 15 du Pacte, dès lors que ce dernier texte ne concernerait que les sanctions et pas les incriminations, et ce malgré les critiques de la doctrine<sup>4</sup>.

Il soutient que le refus, par la Cour de Cassation, d'appliquer le principe communautaire de la rétroactivité *in mitius* au bénéfice d'une disposition législative pourtant clairement contraire à ce principe, caractérise une faute lourde du service public de la justice.

3) Selon lui, la loi du 17 juillet 1992 n'a pas eu pour seul effet de faire disparaître le contrôle douanier, mais a supprimé toute obligation de déclaration et

---

<sup>3</sup>. Ass. Plén. 23 février 2001 n° 99-16.165, Bull. AP n°5.

<sup>4</sup>En particulier A. Dekeuwer, "La rétroactivité *in mitius* en droit pénal, un principe encore et toujours contesté", *JCP*, 1997, I, 4065.

toute taxe afférente, ce dont il est résulté que l'infraction relative au défaut de déclaration ou à une fausse déclaration s'est trouvé abrogée, et que la loi de 1992 n'a donc pas seulement porté sur les modalités de contrôle, mais sur l'objet même du contrôle, ce qui suffirait à faire écarter la première branche du moyen.

En tout état de cause, le contenu même du rapport déposé devant la chambre criminelle suffit à démontrer que c'est en pleine connaissance des critiques apportées par la doctrine à sa résistance à appliquer le principe de rétroactivité *in mitius* à la cause, et de la contrariété au droit communautaire de sa position, que la Cour de Cassation a statué le 19 septembre 2007. Et ces considérations suffisent à établir le caractère manifeste de la violation du droit communautaire en l'espèce, de nature à conduire au rejet de la deuxième branche du moyen.

Enfin, il importe peu que l'avocat général ait affirmé que l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 n'était pas contraire au principe de la rétroactivité *in mitius*, dès lors que c'est délibérément que la Cour de Cassation a fait le choix de maintenir la jurisprudence qu'elle avait initié dès 1996 et maintenu malgré les critiques de la doctrine, en sorte que la violation commise ne pouvait être considérée comme excusable, comme l'affirme la troisième branche du moyen.

### **3- Identification des points de droit à juger**

- Le mécanisme institué par les articles 110 et 111 de la loi du 17 juillet 1992 a-t-il eu pour objet ou pour effet de faire disparaître les infractions douanières concernées, ou de modifier les peines qui leur sont applicables, ou bien n'a-t-il eu d'incidence que sur les modalités de contrôle du respect des conditions de l'octroi de l'aide aux pois oléagineux ?

- Cette première question commande directement la réponse à une deuxième question : y a-t-il eu violation du principe de droit communautaire de rétroactivité de la peine plus légère, et/ou de l'article 15 du Pacte étendu à l'hypothèse de la peine supprimée?

- Dans l'affirmative, cette violation était elle suffisamment manifeste pour justifier la responsabilité de l'Etat, selon la précision apportée par l'arrêt Köbler?

- A supposer que cette violation fut suffisamment manifeste, était elle excusable, selon la précision apportée là encore par l'arrêt Köbler?

## **4- Eléments de réflexion**

La question qui est soumise aujourd'hui à notre Assemblée plénière, s'avère assurément délicate, ainsi qu'on l'a déjà souligné, au regard des règles d'organisation et des principes traditionnels gouvernant notre ordre judiciaire français.

Mais elle est d'abord complexe, en raison de la diversité des perspectives à partir desquelles elle peut être appréhendée. Comme cela a pu être vu plus haut, s'entremêlent dans la réflexion des éléments tirés du droit interne, du droit international et du droit communautaire. On distinguera, dans les éléments de réflexion qui suivent, entre ces trois approches différentes sans perdre de vue le fait qu'elles devront, dans notre approche finale, être bien sûr mises en perspective commune.

### **4.1- Le droit interne**

#### **4.1.1- La responsabilité de l'Etat du fait d'un mauvais fonctionnement du service public de la justice en droit interne**

On se bornera ici à rappeler le cadre général dans lequel se situe en droit interne cette question, dont le traitement exhaustif exigerait des développements notablement plus longs<sup>5</sup>, en le limitant à la seule responsabilité de l'Etat engagée par une partie à un procès, invoquant un dysfonctionnement du service de la justice, pour faute lourde résultant d'une décision de justice.

1- La possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service de la justice judiciaire a été introduite par l'article 11 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972. Les diverses codifications successives intervenues n'ont que peu altéré le texte initial, qui est, depuis l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, devenu l'article L141-1 du code de l'organisation judiciaire. Il dispose que *"l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que pour une faute lourde ou pour un déni de justice"*.

Présenté par le rapporteur à l'Assemblée nationale de la loi de 1972, M. Jean Foyer, comme une volonté d'aligner la responsabilité à raison du fonctionnement des juridictions sur la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique, ce nouveau régime a opté délibérément, *"à raison des difficultés*

---

<sup>5</sup>Cf. S. Guinchard, "Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice", Dalloz, Rep. Pr. Civ, 2013

*exceptionnelles que présente l'exercice de la fonction juridictionnelle*<sup>6</sup>, pour un engagement de la responsabilité de l'Etat limité non seulement à la faute, mais encore à la seule faute lourde et par les seuls usagers du service public de la justice, soit les parties au procès, les autres personnes atraites à la procédure et les avocats.

2- Si le choix d'un régime fondé sur la faute lourde n'a jamais été sérieusement remis en cause, la définition de cette faute lourde a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle sensible.

La définition classique de la faute lourde, adaptée de la formule bien connue de Laferrière, et selon laquelle cette faute lourde résulte d'une "*erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné*"<sup>7</sup>, qui pouvait paraître assez inadaptée à la complexité de l'exercice de la fonction juridictionnelle, a été abandonnée au profit d'une définition nouvelle par un arrêt de l'assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 23 février 2001<sup>8</sup> selon lequel :

*"constitue une faute lourde toute déficience caractérise 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"*.

Cette nouvelle définition substitue au critère subjectif classique un critère objectif qui ne vise plus le comportement des juges, mais le fonctionnement du service. Elle admet par ailleurs que la faute lourde puisse résulter de plusieurs faits additionnés, voire de plusieurs procédures distinctes<sup>9</sup>.

De nombreuses décisions ont précisé les frontières de la faute lourde. On citera seulement 1<sup>ère</sup> Civ. 26 octobre 2011 (n.°10-24.250, Bull crim I n° 181) qui a considéré que ne constituait pas une faute lourde le refus de transmission d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne par la Cour de Cassation, en l'absence de violation manifeste de l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne.

3- Une question particulière se pose cependant pour la mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une décision de justice définitive. Pour de nombreux

---

<sup>6</sup> J. Foyer, J.O Deb AN, séance du 23 juin 1972, p 2813 et s.

<sup>7</sup> 1<sup>ère</sup> Civ., 13 octobre 1953 Bull. n° 272.

<sup>8</sup> n° 99-16.165, précité note 3

<sup>9</sup> 1<sup>ère</sup> Civ., 16 novembre 2004, n° 01-00.579, Bull crim I n° 270. 1<sup>ère</sup> Civ., 6 juillet 2011, n° 10-23.897

auteurs<sup>10</sup>, admettre la possibilité pour un justiciable de mettre en oeuvre la responsabilité de l'Etat du fait d'une décision de justice revient à lui reconnaître un droit de contester et même de remettre en cause cette décision, ce qui peut sembler difficilement compatible avec le caractère définitif de la décision. C'est la position qui transparait dans un arrêt de la chambre criminelle du 9 décembre 1981<sup>11</sup> pour qui "*les décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, tant dans les motifs que dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévus par la loi*".

Mais ainsi qu'il a été déjà souligné<sup>12</sup>, cette position a été remise en cause par la jurisprudence de plusieurs cours d'appel qui tendaient à reconnaître la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service de la justice en raison de décisions au fond ayant acquis force de chose jugée. En particulier la cour d'appel d'Aix en Provence, par un arrêt du 15 septembre 1986 (inédit), a affirmé qu'un "*acte juridictionnel, même définitif, peut donner lieu à une mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat*". Un pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 20 mars 1989<sup>13</sup>, qui a statué en reprenant les termes précités de la cour d'appel.

Si le principe de la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice, même pour des décisions définitives, semble acquis en droit interne, il reste que, dans le présent pourvoi, le dysfonctionnement invoqué est une violation du droit communautaire. Notre Cour devra donc examiner la position spécifique du droit communautaire relative à la responsabilité de l'Etat du fait d'une décision d'une juridiction nationale "statuant en dernier ressort" (cf. *infra*).

#### **4.1.2- La rétroactivité *in mitius* de la loi pénale en droit interne**

Le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce en droit interne est évidemment très connue des étudiants en droit, comme l'exception la plus remarquable au principe de la non-rétroactivité des lois pénales.

---

<sup>10</sup> Par exemple S. Petit, "Responsabilité du service public de la justice", *Dalloz*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, avril 2016, p. 145

<sup>11</sup> n° 81-94.848, Bull crim n° 327.

<sup>12</sup>P. Combeau, "Responsabilité du service public de la justice", *Jurisclasseur*, adm., fasc. 900, déc. 2013, p.26

<sup>13</sup> n° 86-18.890, Bull n° 131.

1- Mais s'il était facile de trouver à ce dernier un fondement solennel dans le principe fondamental de la légalité des délits et des peines, et une traduction en droit positif dans le vieil article 4 du code pénal napoléonien<sup>14</sup>, l'exercice était par contre plus délicat pour l'exception de la loi pénale plus douce qu'il paraissait difficile de rattacher à un texte de droit positif. On s'accordait à y voir un principe de bon sens ou d'humanité, ou encore à y découvrir une des conséquences de l'influence des droits de l'homme sur le droit pénal, symptôme de l'interdépendance et de la complémentarité existant entre eux<sup>15</sup>. Et la chambre criminelle de la Cour de Cassation semblait, dès 1813<sup>16</sup>, l'admettre sans plus se préoccuper d'en préciser le fondement juridique.

Les choses sont plus claires aujourd'hui du fait de l'intervention du Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 20 janvier 1981<sup>17</sup> relative au contrôle a priori de la loi du 2 février 1981, dite "Sécurité et Liberté", le Conseil a consacré la valeur constitutionnelle du principe de la rétroactivité *in mitius* en le fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et sur le principe de nécessité stricte des peines. Ainsi que l'énonçait le doyen Vedel, rapporteur de cette affaire en sa qualité d'alors membre du Conseil constitutionnel, "*au fond, si l'on y regarde de près, la lex mitior a un fondement constitutionnel. L'article 8 de la Déclaration de 1789 veut que la loi n'établisse que des 'peines strictement et évidemment nécessaires'. Or, quand une loi nouvelle atténue les rigueurs de la loi ancienne, c'est que le législateur reconnaît que les peines prévues par celles-ci sont devenues excessives et donc ne sont plus 'strictement et évidemment nécessaires'. La lex mitior trouve là, me semble-t-il, son véritable fondement : elle écarte les rigueurs de la loi ancienne dès lors que le législateur ne les trouve plus lui même 'évidemment et strictement nécessaires'*"<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> *Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punies de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis.*

<sup>15</sup> I. Moumouni, "Le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces : une rupture de l'égalité devant la loi entre délinquants", *Revue internationale de droit pénal*, 2012/I, 83, p. 336.

<sup>16</sup> Cass. Crim. 1<sup>er</sup> octobre 1813, Bull. n° 17.

<sup>17</sup> n° 80-127DC. Voir en particulier le considérant n° 75.

<sup>18</sup> G. Vedel, in B. Mathieu (dir), in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Paris Dalloz, 2009, pp. 377 et 397.

Et dans une décision QPC ultérieure, du 3 décembre 2010<sup>19</sup>, le Conseil a précisé encore mieux sa position en affirmant que *“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 jugée.”*

C’est donc très naturellement que le code pénal de 1992 a accueilli, cette fois explicitement, le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce (curieusement renommée “moins sévère”) en son article 112-1, tout en continuant à en faire une simple exception (“toutefois”) au principe traditionnel de la légalité des délits et des peines.

2- Cependant l’application de ce principe en apparence simple n’est pas sans poser un certain nombre de difficultés, notamment, et pour des raisons évidentes, en matière économique où il peut conduire à avantager des fraudeurs qui anticiperaient habilement l’évolution d’une législation. Pour cette raison, on peut observer que la rétroactivité *in mitius* a fait l’objet de deux séries d’aménagements.

La première concerne l’hypothèse d’une loi d’incrimination complétée par un texte réglementaire d’application, qui fixe la sanction encourue (amende ou autre peine non privative de liberté), ou institue un seuil au delà ou en deçà duquel le comportement est pénalement punissable. Dans le silence de la loi, la Cour de Cassation admet que si un tel règlement d’application est abrogé tandis que la disposition législative, support de l’incrimination, demeure, les faits commis avant l’abrogation du règlement restent punissables<sup>20</sup>.

La seconde vise des hypothèses dans lesquelles la loi d’incrimination elle même a expressément exclu la rétroactivité de ses dispositions plus douces. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision QPC précitée du 3 décembre 2010, a envisagé la situation dans laquelle la suppression d’une incrimination en matière économique, ou son remplacement par une disposition moins sévère, ne correspondait en réalité pas à un adoucissement de la loi pénale, mais à un changement de la réglementation applicable, dont la loi pénale n’était pas séparable; et il a considéré qu’aucune disposition constitutionnelle n’interdisait au législateur de prévoir une poursuite de la répression sur le fondement de la loi antérieure, dès lors

---

<sup>19</sup> n° 2010-74QPC

<sup>20</sup> Voir Crim. 18 janvier 2006, n° 05-84.369 (excès de vitesse restés punissables malgré un arrêté relevant le seuil de vitesse autorisée); Crim. 16 mars 2010, n° 09-82.198, Bull crim n° 52 (infractions au repos dominical malgré la création de dérogations ultérieures)

que la répression antérieure plus sévère “était inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s’était substituée”.

De nombreuses décisions de la chambre criminelle retiennent, dans cette ligne, que le principe de la rétroactivité *in mitius* est susceptible d’être écarté dans l’hypothèse où l’entrée en vigueur d’une disposition nouvelle fait disparaître l’infraction en modifiant certains de ses éléments constitutifs ou la sanction applicable, tandis que l’incrimination en elle-même demeure<sup>21</sup>.

On est donc là, de manière évidente, au plus près de la situation de notre pourvoi, dans lequel l’article 111 de la loi du 17 juillet 1992 a disposé que le code des douanes ne s’appliquait plus (conséquence du marché unique) aux échanges intracommunautaires, tandis que l’article 110 de la même loi prévoyait que les infractions douanières commises avant l’entrée en vigueur de la loi pourraient toujours être poursuivies sur la base des dispositions antérieures. On remarquera seulement qu’à la différence des arrêts cités plus haut, l’arrêt de la chambre criminelle du 19 septembre 2007 (n° 06-85.899) ne constate pas que la disposition nouvelle, sans remettre en cause le support légal de l’infraction, touche à certains de ses éléments constitutifs ou à la peine applicable, et retient qu’elle ne concerne pas l’incrimination, mais seulement des modalités de contrôle.

Sans doute touche-t-on là les limites d’un examen limité au droit interne. Il est donc temps maintenant d’envisager la question sous l’angle du droit communautaire et du droit international.

---

<sup>21</sup> Par exemple :

- Crim. 28 janvier 2004, n° 02-86.597, Bull crim n° 23 : Attendu que la cour d’appel a écarté, à bon droit, l’application de l’article 28 du décret du 7 mars 2001, ayant relevé le seuil au-delà duquel la procédure d’appel d’offres est obligatoire dès lors, d’une part, que les faits ont été commis antérieurement à l’entrée en vigueur de ce texte et, d’autre part, **que les dispositions législatives, support légal de l’incrimination, n’ont pas été modifiées** ;

- Crim. 15 avril 2008, n° 07-86909 : Attendu qu’en cet état, la cour d’appel, qui a répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a donné une base légale à sa décision, dès lors que, d’une part, aucune tolérance administrative ne peut être opposée devant les juridictions répressives et que, d’autre part, **lorsqu’une disposition législative, support légal d’une incrimination, demeure en vigueur, l’abrogation de textes réglementaires pris pour son application n’a pas d’effet rétroactif** .

-Crim. 8 avril 2010, n° 09-83514 : **Attendu qu’enfin, lorsqu’une disposition législative, support légal d’une incrimination, demeure en vigueur, l’abrogation de textes réglementaires, pris pour son application, n’a pas d’effet rétroactif** ;



## **4.2- Le droit communautaire**

### **4.2.1- Le principe de la rétroactivité *in mitius* en droit communautaire.**

1-En droit communautaire, si la non rétroactivité de principe de la loi pénale a été admise dès un arrêt Kirk de la Cour de justice du 10 juillet 1984<sup>22</sup>, la reconnaissance du principe de rétroactivité *in mitius*, est relativement récente. On ne peut cependant pas dire que ce principe était totalement méconnu jusqu'à cette reconnaissance, puisque la Cour de justice de l'Union européenne, dans plusieurs arrêts<sup>23</sup>, avait laissé au juge national la possibilité, sans en faire une obligation, de requalifier des faits en droit national afin de sanctionner des violations de la réglementation communautaire applicable à l'époque des faits. Mais dans tous ces cas, la Cour n'envisageait le principe que comme un principe de droit interne imposant "*aux juridictions internes répressives d'appliquer immédiatement les nouvelles dispositions pénales plus favorables aux faits non définitivement jugés et commis avant l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles*"<sup>24</sup>, et précisant : "*la raison de l'application rétroactive de la loi pénale plus douce est l'idée qu'un accusé ne devrait pas être condamné pour un comportement qui, d'après le point de vue (modifié) du législateur au moment de l'audience n'est plus sanctionné...L'application rétroactive de la loi plus douce tient en outre compte du fait que la finalité répressive de prévention générale et spéciale disparaît lorsque le comportement en cause n'est plus susceptible d'être sanctionné*"<sup>25</sup>.

Prenant en compte l'introduction du principe dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000<sup>26</sup> (mais qui n'a acquis une valeur juridique qu'avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009),

---

<sup>22</sup> C 63/83.

<sup>23</sup> En particulier 29 février 1996, Skanavi et Chryssantakopoulos, C193/94; 26 septembre 1996, Allain, C341/94 ; 29 octobre 1998 Awoyemi, C230/97

<sup>24</sup> Conclusions de l'Avocat général Ph. Léger dans l'affaire Awoyemi précitée

<sup>25</sup> Conclusions de l'Avocat général Kokott dans l'affaire Niselli (10 juin 2004, C457/02)

<sup>26</sup> Article 49-1. On peut remarquer que la rédaction démarque, à quelque nuances de style et de vocabulaire près, celle de l'article 15 du Pacte relatif aux droits civils et politiques

la Cour de Justice de l'Union a été amenée à l'ériger en principe général, non plus seulement de droit interne, mais bien de droit communautaire, par l'arrêt Berlusconi du 3 mai 2005<sup>27</sup> en un parfait syllogisme :

*67. A cet égard, il y a lieu de relever que, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la cour assure le respect. A cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles commune aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré.*

*68. Or le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.*

*69. Il en découle que ce principe 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 oeuvre le droit communautaire et en l'occurrence.....*

Ainsi que cela a été souligné par la doctrine<sup>28</sup>, l'arrêt Berlusconi a réalisé une véritable promotion du principe, jusque là admis comme relevant du droit interne, en un principe de droit communautaire, lui conférant ainsi une force accrue dans le cadre de la définition qui en était retenue.

2- Cependant, le principe ainsi consacré a fait l'objet de précisions du point de vue de son étendue, en particulier pour déterminer s'il vise seulement les situations où la peine est adoucie ou aussi bien la modification des éléments de l'infraction.

Or il ressort clairement de l'arrêt Berlusconi que l'étendue que la Cour de Justice a entendu donner au nouveau principe de droit communautaire est assez restrictive. En particulier aux § 66-69 de l'arrêt, la Cour se réfère expressément au seul "principe de l'application rétroactive de la **peine plus légère**" (souligné par nous) sans reprendre la formule plus large de la loi pénale plus douce ou moins sévère .

Par la suite, dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour de justice a réaffirmé à plusieurs reprises, et dans les mêmes termes, le principe ainsi précisé dans son étendue :

---

<sup>27</sup> 3 mai 2005, Berlusconi et al. , C387/02, C391/02 et C403/02

<sup>28</sup> En particulier C. Soulard, "Droit communautaire et rétroactivité *in mitius* : exigences et invocabilité des directives en droit pénal des sociétés", *Gaz. Pal.* , 2005, I, p.6-9

- L'arrêt ED et F. Man Alcohols Ltd<sup>29</sup> confirme le principe, mais son application à la cause est écartée dans la mesure où la sanction moins sévère n'avait pas rigoureusement le même objet, ni le même champ d'application que la sanction initiale. La rétroactivité *in mitius* ne concerne donc que l'adoucissement de la sanction.

-L'arrêt Campina<sup>30</sup> réaffirme que *“le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère doit être respecté par le juge national lorsqu'il a à sanctionner un comportement non conforme aux prescriptions édictées par la réglementation communautaire”*.

On peut donc retenir que si la reconnaissance du principe en droit communautaire est désormais acquise, il ne concerne que l'application de peines effectivement plus douces, ce qui implique que la disposition en cause affecte bien une peine.

#### **4.2.2- La responsabilité du fait du service public de la justice en droit communautaire**

1- La Cour de justice de l'Union européenne a progressivement construit un régime de la responsabilité de l'Etat du fait de la méconnaissance du droit de l'union européenne.

Dans un premier temps, par l'arrêt Andrea Francovitch contre Italie du 19 novembre 1991<sup>31</sup>, la Cour a consacré de façon solennelle un nouveau principe général de responsabilité des Etats membres pour violation du droit de l'Union européenne. En son §37 l'arrêt précise que *“le droit communautaire impose 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”*.

Puis, un arrêt Brasserie du Pêcheur contre Allemagne du 5 mars 1996<sup>32</sup> a précisé que ce principe était valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire, et ce quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission serait à l'origine du manquement.

---

<sup>29</sup> 4 octobre 2012, C669/01. Voir aussi l'arrêt Jager du 11 mars 2008, C420/06

<sup>30</sup> 8 mars 2007 C45/06 notamment son § 40

<sup>31</sup> C 6/90 et C 9/90

<sup>32</sup> C 46/93

Et dans le prolongement de cette décision, un arrêt Köbler contre Autriche du 30 septembre 2003<sup>33</sup> a jugé que le principe était également applicable *“lorsque la violation en cause découle d’une décision d’une juridiction statuant en dernier ressort.”* Et cette expression, dans la jurisprudence de la Cour, s’entend en particulier des cours suprêmes, c’est à dire de juridictions qui ont pour fonction *“d’assurer à l’échelle nationale, l’interprétation uniforme des règles de droit”*<sup>34</sup>.

Enfin un arrêt Commission contre Italie du 24 novembre 2011<sup>35</sup> précise que cette responsabilité s’applique à l’égard du contenu des décisions rendues par une juridiction suprême.

2- Reste évidemment la question des conditions de mise en jeu de la responsabilité de l’Etat. L’arrêt Brasserie du Pêcheur, précité, a dégagé trois conditions cumulatives en ces termes :

*“Un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que **la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers**, que **la violation soit suffisamment caractérisée**, et enfin qu’il existe un **lien de causalité direct** entre la violation de l’obligation qui incombe à l’Etat et le dommage...”*

*“Le critère décisif pour considérer qu’une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la **méconnaissance manifeste et grave** par un Etat comme par une institution communautaire des limites qui s’imposent à son pouvoir d’appréciation”...*

*“Il y a lieu de relever le **degré de clarté et de précision de la règle violée**, de **l’étendue de la marge d’appréciation** que la règle enfreinte laisse aux autorités...le **caractère intentionnel ou involontaire du manquement** commis ou du préjudice causé, le **caractère excusable ou inexcusable** d’une éventuelle erreur de droit...”*

Ces critères ont été synthétisés dans une décision très récente applicable à une violation imputable à une décision d’une juridiction nationale statuant en dernier ressort<sup>36</sup> en ces termes :

---

<sup>33</sup> C 224/01. Sur cet arrêt, voir O. Dubos, *“La violation du droit communautaire par une juridiction nationale : quis custodiet custodiet? Custodiet ipsi, scilicet...”*, *La semaine juridique administration et collectivités territoriales*, 2003, p. 1384.

<sup>34</sup> Arrêt Traghetti del Mediterraneo du 13 juin 2006, C 173/3 §36

<sup>35</sup>C 379/10

<sup>36</sup> Arrêt du 28 juillet 2016 Tomasova, C 168/15

*“La responsabilité d’un Etat membre pour des dommages causés aux particuliers du fait d’une violation du droit de l’Union par une décision d’une juridiction nationale n’est susceptible d’être engagée que si cette décision émane d’une juridiction de cet Etat membre statuant en dernier ressort, ce qu’il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier s’agissant du litige au principal. Si tel est le cas, une décision de cette juridiction nationale statuant en dernier ressort ne peut constituer une violation suffisamment caractérisée du droit de l’Union de nature à engager ladite responsabilité, que si, par cette décision, ladite juridiction a méconnu de manière manifeste le droit applicable ou si cette violation intervient malgré l’existence d’une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière.”*

Ainsi si le principe de la responsabilité de l’Etat pour violation du droit communautaire est bien établi, il apparaît d’une part qu’il y a une graduation à opérer en fonction du degré de méconnaissance du droit de l’Union, ce qui implique qu’il n’y a pas de systémacité de l’engagement de la responsabilité de l’Etat, et d’autre part, qu’en matière de responsabilité spécifique du fait des décisions d’une juridiction suprême, la violation doit avoir un caractère manifeste qui conduise à *“tenir compte des spécificités de la fonction juridictionnelle ainsi que des exigences légitimes de la sécurité juridique”*<sup>37</sup>.

#### **4.3- Le droit international**

Le contexte ayant donné lieu à l’arrêt attaqué tire son origine d’une décision du comité des droits de l’homme des Nations unies, fondé sur une violation du Pacte international relatif aux droits sociaux et politiques, en particulier de son article 15. Il importe donc d’examiner le cadre dans lequel s’inscrit cette critique et d’apprécier son importance au regard de la violation du droit communautaire, également invoquée et apparue en cours de procédure.

##### **4.3.1- Le principe de la rétroactivité *in mitius* dans le Pacte et la Convention européenne des droits de l’homme**

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté par une résolution de l’Assemblée générale des Nations unies n° 2200-A (XXI) du 16 décembre 1966. Il est entré en vigueur, une fois atteint le nombre de ratifications qu’il exigeait, le 23 mai 1976. Il a été ratifié par la France le 4 février 1981, non sans être assorti d’un certain nombre de réserves qui ne concernent cependant pas le présent pourvoi.

---

<sup>37</sup>Arrêt Köbler, précité, §53.

Par la même résolution du 16 décembre 1966 était adopté un Protocole facultatif, ratifié par la France le 17 mai 1984, dont l'article 1<sup>er</sup> prévoit que tout Etat qui y devient partie reconnaît que le Comité des droits de l'homme, qu'institue l'article 28 du Pacte, a compétence pour recevoir et examiner des "communications" (c'est à dire des plaintes) émanant de particuliers relevant de sa juridiction et qui prétendent être victimes d'une violation, par cet État partie, de l'un des droits énoncés dans le Pacte. Tout particulier qui prétend être victime d'une telle violation et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut donc présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine et, le cas échéant, émette une "constatation" à destination de l'Etat concerné<sup>38</sup>.

Pour ce qui concerne le pourvoi dont nous sommes saisis aujourd'hui, on peut constater que l'article 15 du Pacte est ainsi rédigé :

*1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas 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.*

*2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.*

Il résulte des dispositions de cet article que le Pacte consacre clairement, outre le principe de la légalité des délits et des peines, celui de la rétroactivité de la peine (nous soulignons) plus douce.

2- Il convient d'ailleurs de préciser ici que le principe de la rétroactivité *in mitius* a été, dans le même temps, également et parallèlement consacré dans le droit du Conseil de L'Europe.

Si la Convention européenne des droits de l'homme ne le mentionne pas expressément, l'application de ce principe n'a jamais été considéré comme constituant une violation de l'article 7 de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> A. Dezayas, "Les communications individuelles contre la France devant le Comité des droits de l'homme des Nations unies", *Les Petites Affiches*, 2000, n° 104, p. 16.

<sup>39</sup> Voir en particulier CEDH, 27 septembre 1995, G. Contre France, n° 15312/89.

Plus récemment, dans l'affaire Scoppola contre Italie du 17 septembre 2009<sup>40</sup> la Cour européenne a admis la nécessité de faire évoluer sa jurisprudence et de consacrer ce principe, en revenant sur sa jurisprudence selon laquelle l'article 7 ne garantissait pas le droit de se voir appliquer une loi pénale plus favorable<sup>41</sup>. Il s'agit là d'une interprétation de l'article 7§1 de la Convention européenne faite en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a conduit la Cour à constater dans l'affaire Scoppola :

*“...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”..... “il est cohérent avec le principe de la prééminence du droit, dont l'article 7 constitue un élément essentiel, de s'attendre à ce que le juge du fond applique à chaque acte punissable la peine que le législateur estime proportionnée. Infliger une peine plus forte pour la seule raison qu'elle était prévue au moment de la commission de l'infraction s'analyserait en une application au détriment de l'accusé des règles régissant la succession des lois pénales dans le temps. Cela équivaldrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'Etat et la collectivité qu'il représente considère désormais comme excessives”.*

On voit donc que la Cour européenne des droits de l'homme reprend les justifications les plus traditionnelles de la rétroactivité *in mitius* tout en limitant par ailleurs la solution “aux dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment”. Elle se réfère donc à l'application la plus traditionnelle de ce principe, et n'étend pas, au moins en l'état, l'analyse à l'application du principe à certaines lois pénales de forme.

#### **4.3.2- Le Comité des droits de l'homme des Nations unies et la portée de ses constatations**

Si les constatations rendues par le Comité des droits de l'homme des Nations unies dans le cadre de l'application du Pacte s'apparentent fortement, dans leur méthode d'adoption et dans leur forme, à des décisions juridictionnelles, elles ne disposent pas pour autant d'effet expressément contraignant à l'égard des Etats qui ont manifesté, lors de l'adoption du Protocole, le vif souhait de ne pas voir entamée leur souveraineté du fait de l'action du Comité.

---

<sup>40</sup> n° 10249/03. Voir en particulier ses § 106 à 110.

<sup>41</sup> CEDH, 5 décembre 2000, Le Petit contre Royaume Uni, n° 35574/97

Sans doute peut on observer que, dans la mesure où les Etats ont accepté les dispositions du Pacte et du Protocole, et se sont engagés à les appliquer avec bonne foi, il leur est difficile de ne pas prendre en considération, d'une manière ou d'une autre, les constatations du Comité, qui par ailleurs a développé une "procédure de suivi" et de dialogue avec les Etats qui permet de parvenir à une certaine effectivité de ses décisions. Il n'en reste pas moins que celles-ci n'ont pas force exécutoire dans les ordres juridiques nationaux, et il est d'ailleurs significatif que l'on ait fait très attention au vocabulaire employé pour désigner les décisions du Comité, qui ne sont que des "constatations".

C'est d'ailleurs ce qu'ont jugé avec constance les juridictions françaises et communautaires.

Pour la Cour de Cassation, on se référera à une décision de la Commission de révision et de réexamen des condamnations pénales du 10 décembre 2015 (n° 14-REV.017) :

*"Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies, communiquées sur la base de l'article 5-4 du protocole facultatif se rapportant au Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées."*

Pour le Conseil d'Etat, on rappellera :

-C.E 14 mai 1998, Sidibe, n° 241588

-C.E 3 novembre 2003, Hauchemaille, n° 239559 :

*"les constatations du Comité des droits de l'homme ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées."*

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, on se reportera à l'arrêt du 17 février 1998, Lisa Grant, C- 245/96 :

*"...organe qui.... n'est pas une instance juridictionnelle et dont les constatations sont dépourvues de toute force juridique contraignante..."<sup>42</sup>*

S'il semble donc acquis que les constatations du Comité n'ont aucune autorité juridictionnelle, il reste cependant qu'il paraît difficile de les considérer comme dépourvues de toute portée juridique, dans la mesure où, d'une part, le Comité maintient un dialogue permanent avec l'Etat destinataire de sa constatation qui doit fournir des informations sur les suites qu'il lui aura réservées, et où, d'autre part, l'Etat concerné a

---

<sup>42</sup> C. Sciotti et E. Lambert, "Les droits de l'homme dans l'Union européenne, 2<sup>ème</sup> partie", *Les Petites Affiches*, 1999, n° 148, p.18.



ratifié le Pacte et les principes qu'il consacre, s'est ainsi engagé, aux termes du §3 a) de l'article 2 du dit Pacte, à les respecter, et à offrir à ses nationaux un recours utile pour en bénéficier.

## **5-Éléments de discussion**

1- En relation avec le caractère insolite, et en tous cas inédit, de la situation créée par l'arrêt, on doit observer que, lors des débats ayant conduit à l'arrêt Köbler, certains Etats avaient fait part de leur incertitude sur la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages résultant de décisions de juridiction "statuant en dernier ressort", au sens que la cour de justice donne à cette expression.

L'arrêt Köbler y a expressément répondu<sup>43</sup>, en indiquant qu'il n'appartenait pas à la Cour "d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, sur le plan de l'organisation judiciaire nationale" cette question. Ni le législateur, ni les juridictions judiciaires, n'ont eu à traiter de cette question ouverte, mais le Conseil d'Etat, qui avait, dans son arrêt Gestas du 18 juin 2008<sup>44</sup>, repris la solution de l'arrêt Köbler, vient de rendre le 21 septembre 2016 un arrêt SNC Lactalys<sup>45</sup> qui annule l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 29 octobre 2015, lequel avait décidé que l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat à raison de la faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative relevait de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat. L'arrêt précise que "*les tribunaux administratifs et en appel les cours administratives d'appel sont compétents*" pour en connaître.

2- La violation alléguée de l'article 15 du Pacte a une certaine importance dans l'historique de l'affaire, puisque celle-ci trouve son origine dans la constatation du Comité des droits de l'homme. Mais on doit observer que, dans la mesure où le principe de l'article 15 du Pacte est doublé par la reconnaissance de la rétroactivité *in mitius* comme principe général du droit communautaire, que les décisions du Comité des droits de l'homme n'ont pas de force contraignante, et que l'obligation souscrite par les Etats signataires du Pacte n'est pas sanctionnée, la discussion sur le Pacte perd de son importance au profit de celle sur le droit communautaire. L'arrêt attaqué d'ailleurs ne s'y est pas trompé, puisqu'il limite sa discussion sur ce point à un laconique "les énonciations relatives à la violation du principe de droit communautaire développées précédemment sont transposables à celle de l'article 15 du Pacte".

---

<sup>43</sup> §§ 46 et 47

<sup>44</sup> Rec. p. 230

<sup>45</sup> N° 394360 et 395548, non encore publié

3- Notre Cour devra certainement s'interroger sur l'inscription de l'arrêt de la chambre criminelle du 19 septembre 2007 dans la fidélité à la jurisprudence construite par elle et relative à l'aménagement du principe de droit interne de la rétroactivité *in mitius* lorsque le support légal d'une incrimination a subsisté à l'abrogation d'une sanction.

4- Elle devra aussi déterminer si le mécanisme de l'article 111 mettait en place une peine plus douce, fut-ce radicalement par sa suppression, et relevant alors du principe communautaire, ou s'il ne concernait que des modalités d'inspection ou de contrôle non assimilable à une peine.

5- Le cas échéant, elle devra déterminer si la violation éventuelle du principe communautaire était manifeste ou excusable au sens de l'arrêt Köbler.