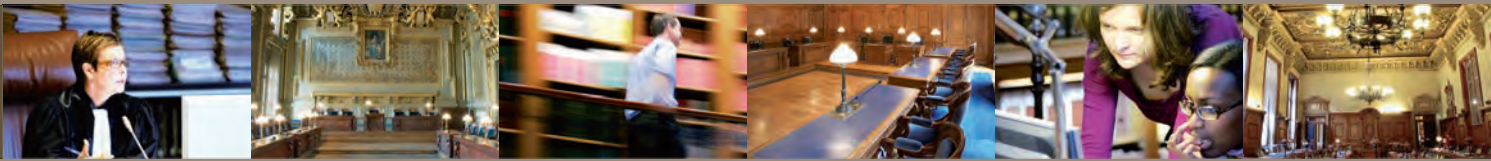


Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 859



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} avril
2017*

Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation

The screenshot shows the homepage of the Cour de Cassation website. At the top, there is a navigation bar with the Cour de Cassation logo and menu items: COUR DE CASSATION, JURISPRUDENCE, PUBLICATIONS, ÉVÉNEMENTS, HAUTES JURIDICTIONS, and INFORMATIONS & SERVICES. Below the navigation bar, the main content area is divided into several sections:

- La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français**: A section with a decorative image of the Cour de Cassation and a text block explaining its mission and the motto "Il y a pour toute la République une Cour de cassation".
- Derniers arrêts mis en ligne**: A list of recent judgments, including a communiqué on AZF and several arrêtés on criminal and labor law.
- Actualités**: A section with news items such as "Affaire AZF", "Activité 2014 de la Cour", and "Rentrée solennelle".
- Questions prioritaires de constitutionnalité**: A section listing constitutional questions submitted to the court.
- Informations et suivi d'un pourvoi**: A section providing contact information and a "SUIVRE VOTRE AFFAIRE" button.
- Colloques à venir**: A section announcing upcoming colloquia, including "26 janvier 2015" and "5 février 2015".
- Liens professionnels**: A section with links to professional resources like "Experts judiciaires" and "Fonds ancien de la bibliothèque".

At the bottom of the page, there is a footer with contact information, a search bar, and a copyright notice for the Cour de Cassation.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications

Jurisprudence



2
•

Le 3 novembre, la chambre sociale a jugé (*infra*, n° 405) que « Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements [...] sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle », solution « moins radical[e] que celle consistant à affirmer l'autonomie des niveaux de négociation » (Jean-François Cesaro, *JCP* 2016, éd. S, II, 1392) : « c'est en définitive au juge que revient la mission de définir l'équilibre entre la liberté des partenaires sociaux et l'égalité », l'auteur ajoutant que cette « règle jurisprudentielle ainsi définie pourrait aussi avoir un effet potentiel plus important que celle de l'autonomie des périmètres », en ce qu'elle pourrait éventuellement « s'étendre à l'accord d'entreprise ».

Le même jour, la première chambre civile a jugé (*infra*, n° 386) que « Les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, au sens de l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, de sorte que leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. » Approuvant une « solution opportune » qui « fait suite à une première inflexion de la chambre criminelle » et s'inscrit « dans la lignée des autorités de protection compétentes en la matière et plus encore de la jurisprudence, désormais établie, de la Cour de justice de l'Union européenne », Romain Perray note (*JCP* 2016, éd. G, II, 1310) en outre que cette décision « anticipe, avant leur entrée en vigueur le 25 mai 2018, les exigences du règlement européen n° 2016/679 [...] ».

Doctrine



Le même jour également, la troisième chambre civile a jugé (*infra*, n° 342) que « l'ancien article 49 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, dont les dispositions ont été reprises à l'article 24, f, de la même loi, prévoit une simple faculté d'adaptation du règlement de copropriété aux textes législatifs ou réglementaires intervenus depuis son établissement et n'édicte pas de sanction en cas d'absence de saisine de l'assemblée générale sur ce point », solution approuvée par Vivien Zalewski-Sicard, qui note (*Rev. loyers* 2016, p. 500) que « le copropriétaire qui estime que le règlement de copropriété doit être adapté aux modifications législatives et réglementaires peut toujours demander à ce que ce point soit inscrit à l'ordre du jour » et que le syndic, « tenu d'un devoir de conseil », « doit attirer l'attention [...] de l'assemblée des copropriétaires sur les difficultés pouvant résulter du défaut d'adaptation du règlement de copropriété aux modifications législatives et réglementaires ».

Enfin, le 18 novembre, l'assemblée plénière a jugé que « que la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit de l'Union européenne, par une décision d'une juridiction nationale de l'ordre judiciaire statuant en dernier ressort, n'est susceptible d'être engagée que si [...] 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 CJUE », cassant l'arrêt qui « énonce que la Cour de cassation a délibérément fait le choix de ne pas appliquer la décision de la CJUE [...] relative au principe de la rétroactivité de la peine plus légère, ainsi que l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, alors qu'il ne résulte d'aucun texte ou principe général du droit de l'Union européenne ni d'une jurisprudence bien établie de la CJUE que ce principe fait obstacle à ce que soient poursuivies et sanctionnées les fausses déclarations en douane ayant pour but ou pour effet d'obtenir un avantage quelconque attaché à des importations intracommunautaires commises antérieurement à la mise en place du marché unique [...] ».

Table des matières

Jurisprudence

Tribunal des conflits

Numéros

Séparation des pouvoirs 324-325

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 18 novembre 2016

rendu par l'assemblée plénière

Page

État 7

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Numéro

Question prioritaire de constitutionnalité 326

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Numéros

Agent immobilier 327-328

Aliments 329

Appel civil 330-331

Astreinte (loi du 9 juillet 1991) 332

Bail commercial 333

Bail rural 334

Banque 335

Cassation 336-337

Cautionnement 338

Circulation routière 339

Confiscation 387

Construction immobilière 340

Contrôle d'identité 341-368

Copropriété 342

Cour d'assises 343-344

Crimes et délits commis à l'étranger 345

Effet de commerce 346

Élections professionnelles 347

Entreprise en difficulté 348

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) 349 à 357

État 358 à 361

Étranger 362 à 364

Extorsion 365

Extradition 366

Filiation 367

Formation professionnelle 390

Garde à vue 368

Géolocalisation 369

Instruction 370 à 372

Majeur protégé 373

Mesures d'instruction 374

Mineur 375

Peines 387

Postes et communications électroniques 400

Presse 376-377

Preuve 378

Procédure civile 379 à 381

Propriété 382-383

Propriété industrielle 384

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Protection des consommateurs	385	Statut collectif du travail	399 à 405
Protection des droits de la personne	386	Syndicat professionnel	406
Recel	387	Travail réglementation, durée du travail	407
Représentation des salariés	388 à 390	Travail, réglementation, santé et sécurité	408
Responsabilité pénale	391	Urbanisme	337
Santé publique	392		
Sécurité sociale	393		
Sécurité sociale, assurance des non-salariés	394-395	DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION	
Sécurité sociale, assurances sociales	396-397	<i>Commission nationale de réparation des détentions</i>	
Sécurité sociale, prestations familiales	398	Réparation à raison d'une détention	409

Jurisprudence

Tribunal des conflits

N° 324

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige opposant un service public industriel et commercial à l'organe chargé de son administration. - Applications diverses. - Protection fonctionnelle. - Président du conseil d'administration d'un office public d'aménagement et de construction.

Les liens existant entre une personne publique et l'organe chargé de son administration sont des rapports de droit public, nonobstant sa nature d'établissement public à caractère industriel et commercial.

Dès lors, les juridictions de l'ordre administratif sont compétentes pour connaître du litige portant sur les conditions de mise en œuvre de la protection fonctionnelle dont le président du conseil d'administration d'un office public d'aménagement et de construction (OPAC) sollicite le bénéfice.

14 novembre 2016.

N° 16-04.070. - Conseil d'État, 11 juillet 2016.

M. Honorat, Pt. - M. Maunand, Rap. - Mme Bourgeois-Machureau, rapporteur public. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 325

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à un contrat comportant occupation du domaine public. - Applications diverses. - Immeuble devant recevoir un ouvrage destiné à l'usage direct du public.

Jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, une décision certaine d'une collectivité publique d'affecter un immeuble lui appartenant à un service public et de réaliser à cette fin un aménagement spécial, de même qu'une décision certaine d'affecter l'immeuble à l'usage direct du public, et, si cette affectation nécessitait un aménagement, de le réaliser, avait pour effet de soumettre cet immeuble aux principes de la domanialité publique.

Dès lors, les juridictions de l'ordre administratif sont compétentes pour connaître du litige portant sur l'occupation de parcelles acquises par l'État à une date antérieure au 1^{er} juillet 2006, sur le fondement d'un décret du 30 mars 2000 déclarant d'utilité publique des travaux d'aménagement d'une autoroute, avec pour projet certain d'y réaliser un ouvrage destiné à l'usage direct du public, nonobstant la circonstance que les travaux prévus n'ont pas été réalisés et que les parcelles n'ont pas été incluses dans le périmètre d'une déclaration d'utilité publique modificative résultant d'un décret du 16 novembre 2007.

14 novembre 2016.

N° 16-04.068. - CA Montpellier, 26 mai 2016.

M. Honorat, Pt. - M. Chauvaux, Rap. - M. Desportes, rapporteur public. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, Av.

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 18 NOVEMBRE 2016 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 7
Arrêt	Page 7
Note	Page 9
Rapport	Page 12
Avis	Page 23
Avis complémentaire	Page 36

État

Responsabilité. - Fonctionnement defectueux du service de la justice. - Activité juridictionnelle. - Conditions. - Faute lourde ou déni de justice. - Cas. - Violation du droit de l'Union européenne. - Conditions. - Méconnaissance manifeste du droit de l'Union européenne ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il résulte de la combinaison de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, ensemble le principe de la responsabilité des États membres du fait de la violation du droit de l'Union européenne (CJCE, 30 septembre 2003, G. Köbler, C-224/01, et CJUE, 28 juillet 2016, Tomášová, C-168/15), que la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit de l'Union européenne, par une décision d'une juridiction nationale de l'ordre judiciaire statuant en dernier ressort, n'est susceptible d'être engagée 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 de justice de l'Union européenne.

Viole ce texte, ensemble ce principe, la cour d'appel qui, pour retenir une faute lourde au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, énonce que la Cour de cassation a délibérément fait le choix de ne pas appliquer la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 mai 2005 (Berlusconi, C-387/02) relative au principe de la rétroactivité de la peine plus légère, ainsi que l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, alors qu'il ne résulte d'aucun texte ou principe général du droit de l'Union européenne ni d'une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne que ce principe fait obstacle à ce que soient poursuivies et sanctionnées les fausses déclarations en douane ayant pour but ou pour effet d'obtenir un avantage quelconque attaché à des importations intracommunautaires commises antérieurement à la mise en place du marché unique, en application de l'article 110 de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992.

ARRÊT

La cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par l'Agent judiciaire de l'État, domicilié bâtiment Condorcet, télédéc 353, 6, rue Louise-Weiss, 75703 Paris Cedex 13,

contre l'arrêt rendu le 6 mai 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 2, chambre 1), dans le litige l'opposant :

1° À M. Jean-Pierre X..., domicilié (...), 51684 Reims Cedex 2 ;

2° À la société Acolyance, société coopérative agricole, venant aux droits de la société Cohesis distribution ;

3° À la société Cohesis distribution, société par actions simplifiée,

ayant toutes deux leur siège 16 boulevard du Val-de-Vesle, BP 1009, 51684 Reims Cedex 2,

défendeurs à la cassation ;

Le premier président a, par ordonnance du 28 avril 2016, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

Le demandeur invoque, devant l'assemblée plénière, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, avocat de l'Agent judiciaire de l'État ;

Un mémoire en défense et des observations complémentaires ont été déposés au greffe de la Cour de cassation par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de M. X... et de la société Acolyance ;

Le rapport écrit de M. Echappé, conseiller, et l'avis écrit ainsi que l'avis complémentaire de M. Marin, procureur général, ont été mis à la disposition des parties ;

Un avis 1015 du code de procédure civile a été mis à disposition des parties et des observations ont été déposées au greffe de la Cour de cassation par la SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, avocat de l'Agent judiciaire de l'État, et la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de M. X... et de la société Acolyance ;

Sur le rapport de M. Echappé, conseiller, assisté de M. Burgaud, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, et de M. Turlin, directeur des services de greffe judiciaires au même service, les observations de la SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, l'avis de M. Marin, procureur général, auquel, invitées à le faire, les parties ont répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à l'Agent judiciaire de l'État du désistement partiel de son pourvoi à l'égard de la société Cohesis distribution ;

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, ensemble le principe de la responsabilité des États membres du fait de la violation du droit de l'Union européenne ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ce texte et de ce principe (CJCE, 30 septembre 2003, G. Köbler, C-224/01, et CJUE, 28 juillet 2016, Tomášová, C-168/15) que la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit de l'Union européenne, par une décision d'une juridiction nationale de l'ordre judiciaire statuant en dernier ressort, n'est susceptible d'être engagée 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 de justice de l'Union européenne ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la coopérative agricole de l'arrondissement de Reims (la CAAR), aux droits de laquelle sont venues la société Cohesis distribution puis la société Acolyance, dirigée par M. X..., a procédé, en 1987 et 1988, à l'importation de pois protéagineux ; que ces pois ont été déclarés, lors de leur entrée en France, comme provenant des Pays-Bas et de Grande-Bretagne et n'étant pas destinés à l'ensemencement, ce qui ouvrait droit à des aides communautaires, que la CAAR a effectivement perçues ; qu'estimant que ces pois provenaient pour partie de Hongrie et avaient été en réalité utilisés pour l'ensemencement, la direction générale des douanes a poursuivi M. X... pour déclaration d'origine inexacte et fausse déclaration à l'importation ; que le pourvoi, formé par M. X... contre la décision l'ayant condamné de ces chefs, a été rejeté par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 septembre 2007, aux motifs que « *les demandeurs ne sauraient se faire un grief de ce que l'arrêt n'a pas écarté, comme contraire au principe de l'application rétroactive de la peine plus légère, l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992, selon lequel les dispositions de cette loi ne font pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur sur le fondement des dispositions législatives antérieures, dès lors qu'en l'espèce, 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 protéagineux et de leur origine et non sur l'existence de l'infraction ou la gravité des sanctions* » ; que, saisi par M. X..., le Comité des droits de l'homme des Nations unies a, le 21 octobre 2010, constaté que l'article 110 de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992 violait le principe de rétroactivité de la peine plus légère, énoncé par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; que M. X... et la société Cohesis distribution ont alors assigné l'Agent judiciaire de l'État en réparation de la faute lourde résultant du fonctionnement défectueux du service de la justice ;

Attendu que pour retenir une violation manifeste 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 L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, l'arrêt énonce que la Cour de cassation connaissait la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 mai 2005 (Berlusconi, C-387/02) relative au principe de la rétroactivité de la peine plus légère, ainsi que l'article 15 du Pacte international, et n'ignorait pas que ses arrêts antérieurs n'étaient pas dans la ligne de cette jurisprudence et étaient critiqués par une partie de la doctrine, qu'elle a considéré que la loi du 17 juillet 1992 n'avait ni supprimé l'infraction ni eu d'effet sur les peines, de telle sorte que le principe de rétroactivité *in mitius* n'avait pas à s'appliquer, et qu'elle a ainsi délibérément fait le choix, sachant que l'incrimination en cause avait été supprimée par l'article 111 de la loi du 17 juillet 1992, de ne pas appliquer le principe communautaire et le Pacte international, cependant que, si l'élément matériel de l'infraction pouvait avoir subsisté, l'élément légal avait été supprimé par l'article 111 de cette loi ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne résulte d'aucun texte ou principe général du droit de l'Union européenne, ni d'une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait obstacle à ce que soient poursuivies et sanctionnées les fausses déclarations en douane ayant pour but ou pour effet d'obtenir un avantage quelconque attaché à des importations intracommunautaires commises antérieurement à la mise en place du marché unique, de sorte que l'application par la Cour de cassation de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 ne contrevenait pas au droit de l'Union, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 mai 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi.

Ass. plén. - 18 novembre 2016

CASSATION SANS RENVOI

N° 15-21.438. - CA Paris, 6 mai 2015.

M. Louvel, P. Pt. - M. Echappé, Rap., assisté de M. Burgaud, auditeur, et de M. Turlin, directeur des services de greffe judiciaires. - M. Marin, Procureur général. - SCP Meier- Bourdeau et Lécuyer, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1288, note Fabrice Picod. Voir également le D. 2016, somm., p. 2410, le JCP 2016, éd. E, Act., 1007, et la revue Dr. pénal 2017, comm. 8, note Jacques-Henri Robert.

Note sous assemblée plénière, 18 novembre 2016

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté posait à l'assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 mai 2015, la question de la violation, par une juridiction nationale, du principe du droit communautaire de l'application rétroactive de la peine plus légère, dans des conditions susceptibles d'engager la responsabilité de l'État membre. Cette question, en outre, se posait dans un contexte assez particulier, et inédit, au regard des principes de l'organisation judiciaire française, puisque l'arrêt attaqué retenait la responsabilité de l'État du fait d'une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-85.899, *Bull. crim.* 2007, n° 215), la cour d'appel ayant estimé que celle-ci avait « *délibérément fait le choix de ne pas appliquer [ce] principe communautaire, en recourant à une motivation dont elle n'ignorait pas qu'elle n'était ni pertinente, ni adaptée* ».

Les faits, qui remontent à 1987, et la procédure peuvent être résumés comme suit. Au cours des années 1987 et 1988, la coopérative agricole de l'arrondissement de Reims, alors dirigée par M. X..., a importé des Pays-Bas et de Grande-Bretagne une grande quantité de pois protéagineux, déclarés en douane comme « *autres que ceux destinés à l'ensemencement* », ce qui ouvrait droit à diverses aides communautaires. Soutenant que ces pois étaient originaires de Hongrie et avaient été utilisés en réalité pour l'ensemencement, et que les aides communautaires avaient en conséquence été irrégulièrement perçues, l'administration des douanes a poursuivi, notamment, M. X... pour le délit de fausse déclaration et la contravention d'origine inexacte des articles 410 et 426 du code des douanes.

Confirmant le jugement du tribunal correctionnel, la cour d'appel de Reims a, le 5 mai 1999, constaté la nullité de la procédure, aux motifs que les infractions poursuivies avaient été abrogées par l'article 111 de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992 portant mise en œuvre par la République française de la directive du Conseil des communautés européennes (CEE) n° 91-680, selon lequel le code des douanes ne s'appliquait plus à l'entrée des marchandises communautaires, et que même si l'article 110 de cette loi réservait le cas des infractions commises avant son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993, cette disposition ne pouvait s'appliquer à des poursuites engagées postérieurement à celle-ci. Cet arrêt a cependant été cassé (Crim., 18 octobre 2000, pourvoi n° 99-84.320) au motif que la suppression des taxations et contrôles douaniers à l'égard des marchandises intracommunautaires ne faisait pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises antérieurement, peu important la date d'engagement des poursuites.

Désignée comme cour de renvoi, la cour d'appel de Paris a donc déclaré, le 14 novembre 2001, M. X... coupable du délit et de la contravention qui lui étaient reprochés et l'a solidairement condamné à une amende et à une somme tenant lieu de confiscation. Une nouvelle cassation (Crim., 5 février 2003, pourvoi n° 01-88.747) est venue sanctionner le fait que le prévenu n'avait pas eu la parole en dernier. Par arrêt du 6 juillet 2006, la cour d'appel de Paris, autrement composée, a confirmé les condamnations prononcées par l'arrêt cassé (sauf à les exprimer cette fois en euros).

La chambre criminelle de la Cour de cassation, par arrêt du 19 septembre 2007 (précité), a rejeté le nouveau pourvoi de M. X..., par l'attendu suivant : « *les demandeurs ne sauraient se faire un grief de ce que l'arrêt n'a pas écarté, comme contraire au principe de l'application rétroactive de la peine plus légère, l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 [...] dès lors qu'en l'espèce, 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 protéagineux et de leur origine, 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'ONU, qui, le 21 octobre 2010, a constaté une violation du principe de rétroactivité de la peine plus légère, consacré par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, estimant que ce principe devait être entendu « *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... a alors assigné l'État français en responsabilité sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, soutenant que la décision de la chambre criminelle caractérisait un fonctionnement défectueux du service de la justice.

Le tribunal de grande instance de Paris, le 6 février 2013, l'a débouté de sa demande, mais la cour d'appel de Paris, par l'arrêt attaqué, a fait droit à ses prétentions. La cour d'appel a essentiellement retenu pour cela qu'il résultait du rapport du conseiller rapporteur de la chambre criminelle 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 qu'elle n'ignorait pas que la loi du 17 juillet 1992 précitée avait supprimé le contrôle douanier pour les marchandises intracommunautaires, et que, même si l'élément matériel pouvait avoir subsisté, l'élément légal de l'infraction reprochée à M. X... avait disparu en suite de cette loi.

Au soutien de son pourvoi, l'Agent judiciaire de l'État présentait un unique moyen de cassation, pris, en ses trois branches, de la violation de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, soutenant, d'abord, que la loi du 17 juillet 1992 précitée, qui supprimait un contrôle sans faire disparaître l'infraction douanière, n'était donc pas

contraire au principe de rétroactivité de la peine plus légère, ensuite, que la cour d'appel n'avait pas caractérisé une violation claire et précise du droit communautaire et conventionnel par la Cour de cassation, et, enfin, qu'il n'existait pas d'erreur de droit délibérée ou inexcusable dès lors que la réponse à la question ne relevait pas de l'évidence et que les avis étaient partagés.

On remarquera d'emblée que, si la violation de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques avait une importance historique dans cette affaire, puisqu'elle trouvait sa source dans la constatation du Comité des droits de l'homme de l'ONU, elle présentait moins d'intérêt pour la solution de la question posée à la Cour de cassation, dès lors que les décisions du Comité des droits de l'homme n'ont pas force contraignante et que l'obligation souscrite par les États signataires n'est pas sanctionnée. Dès lors, le débat devant la Cour de Cassation portait essentiellement sur la portée et la sanction des principes et mécanismes communautaires de rétroactivité *in mitius* et de responsabilité des États membres pour méconnaissance du droit de l'Union européenne.

Le principe de rétroactivité *in mitius* de la loi pénale est solidement admis en droit interne depuis 1813 (Crim., 1^{er} octobre 1813, *Bull. crim.* 1813, n° 211) et doté d'une valeur constitutionnelle, fondée sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, décision n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes). Son application n'a cependant pas été sans poser un certain nombre de difficultés et a conduit la chambre criminelle de la Cour de cassation à développer une jurisprudence, dont s'inspirait manifestement son arrêt du 19 septembre 2007 précité, selon laquelle lorsqu'une disposition législative, support légal d'une infraction, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif (voir, par exemple, Crim., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-83.514).

Ce principe a été accueilli par le droit communautaire, à la suite de la reconnaissance, plus large, de la non-rétroactivité de la loi pénale (CJCE, arrêt du 10 juillet 1984, Kirk, C-63/83), et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, entrée en vigueur en décembre 2009. La Cour de justice de l'Union européenne l'a consacré, sans attendre, dès son arrêt Berlusconi (CJCE, arrêt du 3 mai 2005, Berlusconi e. a., affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02), en le rendant obligatoire pour le juge national, tout en semblant le restreindre à l'application rétroactive de la seule peine plus légère (voir aussi, en ce sens, CJCE, arrêt du 8 mars 2007, Campina, C-45/06).

Quant à la responsabilité de l'État pour mauvais fonctionnement du service de la justice, elle est admise en droit interne depuis la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile. Elle est codifiée aujourd'hui à l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, précité, tout en étant restreinte à la seule faute lourde, définie désormais comme « toute déficience [...] traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi » (assemblée plénière, 23 février 2001, pourvoi n° 99-16.165, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 5). S'il a été retenu que le refus de transmission d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ne constituait pas une faute lourde (1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-24.250, *Bull.* 2011, I, n° 181), il semble admis qu'un acte juridictionnel, même définitif, peut donner lieu à une mise en œuvre de la responsabilité de l'État (1^{re} Civ., 20 mars 1989, pourvoi n° 86-18.890, *Bull.* 1989, I, n° 131 ; *contra* : Crim., 9 décembre 1981, pourvoi n° 81-94.848, *Bull. crim.* 1981, n° 327).

Le droit communautaire, quant à lui, a progressivement construit un régime de la responsabilité des États membres qui le méconnaîtraient. L'arrêt Francovich (CJCE, arrêt du 19 novembre 1991, Francovich e. a., affaires jointes C-6/90 et C-9/90) a posé le principe que « les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont applicables ». Ensuite, l'arrêt Brasserie du Pêcheur (CJCE, arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur e. a., affaires jointes C-46/93 et C-48/93) a étendu ce principe à tout organe de l'État membre, y compris une « juridiction statuant en dernier ressort » (CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01).

Mais ce sont surtout les conditions de la mise en œuvre de cette responsabilité des États membres qui ont été précisées. L'arrêt Brasserie du Pêcheur, précité, exige 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, la méconnaissance de la règle communautaire devant être manifeste et grave compte tenu du degré de clarté de la règle violée, de la marge d'appréciation laissée aux autorités, du caractère intentionnel ou non du manquement et, enfin, du caractère inexcusable de la règle de droit. L'arrêt Tomášová (CJUE, arrêt du 28 juillet 2016, Tomášová, C-168/15) a apporté la précision suivante : « une décision [d'une] 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 [CJUE] en la matière ».

Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure une cour d'appel pouvait retenir la responsabilité de l'État du fait d'une décision de la Cour de Cassation était certes susceptible de se poser. Un arrêt très récent du Conseil d'État (CE, 21 septembre 2016, n° 394360, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*) a cependant jugé que « les tribunaux administratifs et, en appel, les cours administratives d'appel sont compétents » pour connaître de la responsabilité de l'État du fait d'une décision du Conseil d'État. La nécessaire cohérence entre les deux ordres de juridiction, sur une question de principe de cette importance, rendait difficile une solution contraire pour l'ordre judiciaire.

En revanche, la réflexion de la Cour de cassation n'a pu faire abstraction d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 6 octobre 2016, Paoletti e. a., C-218/15), rendu quelques jours seulement avant l'audience des débats. Saisie d'une question préjudicielle relative au sort des poursuites exercées contre des ressortissants italiens ayant aidé à l'entrée illégale de travailleurs de nationalité roumaine en Italie, avant l'adhésion de la Roumanie à l'Union, la Cour a répondu que « [...] l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [doit être interprété] en ce sens que l'adhésion d'un État à l'Union ne fait pas obstacle à ce qu'un autre État membre puisse infliger une sanction pénale à des personnes ayant commis, avant cette adhésion, le délit d'assistance à l'immigration illégale [...] ». Dans sa motivation, la Cour de justice de l'Union européenne a

essentiellement retenu un argument de droit, pris de ce que les éléments constitutifs du délit demeuraient inchangés, l'adhésion de la Roumanie à l'Union Européenne n'ayant pas affecté l'existence de l'infraction dans l'ordre juridique national italien, et un argument d'opportunité, en relevant que toute autre solution créerait un « *effet d'aubaine* », les délinquants pouvant anticiper une évolution connue (telle que l'adhésion d'un État ou la suppression des barrières intracommunautaires) pour bénéficier *a posteriori* d'une impunité pour les infractions commises avant cette évolution.

L'arrêt ici commenté s'inspire de cette décision de la Cour de justice de l'Union européenne, mais aussi de ses décisions antérieures (Brasserie du Pêcheur et Tomášová, précitées), en retenant qu'aucun texte ou principe général du droit communautaire, et aucune jurisprudence établie de la Cour de justice, ne fait obstacle à la poursuite de l'infraction de fausses déclarations en douane, ayant pour but ou pour effet d'obtenir un avantage quelconque attaché à des importations intracommunautaires, commise antérieurement à la mise en place du marché unique.

En cassant sans renvoi l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris, il valide non seulement le raisonnement tenu par la chambre criminelle dans son arrêt du 19 septembre 2007, mais encore la jurisprudence ancienne en matière de délinquance économique (voir, par exemple, Crim., 28 janvier 2004, pourvoi n° 02-86.597, *Bull. crim.* 2004, n° 23) par laquelle la Cour de cassation avait retenu que la rétroactivité *in mitius* ne trouvait pas à s'appliquer lorsque la loi nouvelle n'avait modifié que certaines modalités de l'infraction, notamment quant à sa constatation, sans toucher au « *support légal de l'incrimination* » (soit, dans le présent arrêt, les articles 410 et 426 du code des douanes), qui demeure et reste applicable aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Rapport de M. Echappé

Conseiller rapporteur

L'assemblée plénière de la Cour de cassation est saisie du pourvoi formé par l'Agent judiciaire de l'État 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, pourvoi n° 06-85.899, *Bull. crim.* 2007, n° 215) 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'État 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 de droit communautaire, dans des conditions susceptibles d'engager la responsabilité de l'État ?), 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 équivoque¹, que la Cour de cassation, en l'espèce sa chambre criminelle, a commis une violation du droit, en l'espèce communautaire. Même si cette affirmation n'est destinée qu'à justifier la décision constatant la responsabilité de l'État, 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 kg de pois protéagineux, pour une somme totale de 5 733 078 F. 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 desdites 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 1^{er} 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 (pourvoi 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 1^{er} 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 (pourvoi n° 01-88.747), au motif que la parole n'avait pas été donnée en dernier au prévenu et à son avocat.

¹ 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).

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 (pourvoi n° 06-85.899, *Bull. crim.* 2007, n° 215, publié 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'État 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 États liés par le Pacte, elles émanent d'un organe non juridictionnel ne pouvant lier le juge saisi d'une action en responsabilité contre l'État 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'État 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'État 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 États 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 ;

- 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'État 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 : 3 000 €). 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 : 3 000 €).

Un désistement partiel de son pourvoi à l'encontre de la société Cohésis a été régularisé par l'Agent judiciaire de l'État 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 L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, et de condamner l'État à verser à M. X... les sommes de 15 000 € en réparation de son préjudice moral, et à la société Acolyance, venant aux droits de la société Cohésis, les sommes de 100 000 € en réparation du préjudice résultant du défaut de restitution de la somme versée aux douanes en exécution de la décision définitive de condamnation 167 089 € au titre des honoraires d'avocat et 2 000 € au titre de son préjudice moral.

Sa **première branche** est prise de la violation de l'article L. 141-1 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 L. 141-1 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 L. 141-1 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 (CEE) n° 3540/85 de la Commission européenne du 5 décembre 1985, mettant en œuvre le règlement (CEE) n° 1431/82 du 18 mai 1982, avait prévu, à l'initiative de chacun des États membres, des mesures spéciales de contrôle douanier ou administratif, en particulier pour les pois, fèves et féveroles présentés dans des emballages de plus de 12,5 kg.

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 1^{er} janvier 1993. L'article 111 de cette loi a créé un article 2 *bis* 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 première 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.

À 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. À 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'État 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 dû 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 reprises² 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 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'État 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 la rapprochant de la faute simple. L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 février 2001³ 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 doctrine⁴.

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 toute taxe afférente, ce dont il est résulté que l'infraction relative au défaut de déclaration ou à une fausse déclaration s'est trouvée 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

² Crim., 28 novembre 1996, pourvoi n° 95-85.187, *Bull. crim.* 1996, n° 436 ; Crim., 6 février 1997, pourvoi n° 94-84.670, *Bull. crim.* 1997, n° 51.

³ Assemblée plénière, 23 février 2001, pourvoi n° 99-16.165, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 5.

⁴ En particulier A. Dekeuwer, « La rétroactivité *in mitius* en droit pénal, un principe encore et toujours contesté », *JCP* 1997, I, 4065.

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'État, selon la précision apportée par l'arrêt Köbler ?

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

4. Éléments 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'État 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 longs⁵, en le limitant à la seule responsabilité de l'État 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'État 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 L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire. Il dispose que « *l'État 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 exceptionnelles que présente l'exercice de la fonction juridictionnelle* »⁶, pour un engagement de la responsabilité de l'État 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* »⁷, 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 2001⁸ selon lequel « *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* ».

⁵ Cf. S. Guinchard, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », Dalloz, *Répertoire de procédure civile*, 2013.

⁶ J. Foyer, *JO déb. AN*, séance du 23 juin 1972, p. 2813 et s.

⁷ 1^{re} Civ., 13 octobre 1953, *Bull.* 1953, I, n° 272.

⁸ Pourvoi n° 99-16.165, précité, note 3.

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 distinctes⁹.

De nombreuses décisions ont précisé les frontières de la faute lourde. On citera seulement 1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-24.250, *Bull.* 2011, 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 œuvre de la responsabilité de l'État du fait d'une décision de justice définitive. Pour de nombreux auteurs¹⁰, admettre la possibilité pour un justiciable de mettre en œuvre la responsabilité de l'État 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 transparaît dans un arrêt de la chambre criminelle du 9 décembre 1981¹¹ 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 prévues par la loi* ».

Mais, ainsi qu'il a été déjà souligné¹², 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'État 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 œuvre de la responsabilité de l'État* ». Un pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par un arrêt de la première chambre civile du 20 mars 1989¹³, qui a statué en reprenant les termes précités de la cour d'appel.

Si le principe de la responsabilité de l'État 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'État 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 connu des étudiants en droit, comme l'exception la plus remarquable au principe de la non-rétroactivité des lois pénales.

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 napoléonien¹⁴, 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 eux¹⁵. Et la chambre criminelle de la Cour de cassation semblait, dès 1813¹⁶, 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 1981¹⁷ 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 »*¹⁸.

Et dans une décision QPC ultérieure, du 3 décembre 2010¹⁹, 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* ».

⁹ 1^{re} Civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 01-00.579, *Bull. crim.* 2004, I, n° 270 ; 1^{re} Civ., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-23.897.

¹⁰ Par exemple S. Petit, « Responsabilité du service public de la justice », *Daloz, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, avril 2016, p. 145.

¹¹ Pourvoi n° 81-94.848, *Bull. crim.* 1981, n° 327.

¹² P. Combeau, « Responsabilité du service public de la justice », *Juris-Classeur adm.*, fasc. 900, décembre 2013, p. 26.

¹³ Pourvoi n° 86-18.890, *Bull.* 1989, I, n° 131.

¹⁴ « *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* ».

¹⁵ 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*, 2012/1, 83, p. 336.

¹⁶ *Crim.*, 1^{er} octobre 1813, *Bull. crim.* 1813, n° 17.

¹⁷ N° 80-127 DC. Voir en particulier le considérant n° 75.

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

¹⁹ N° 2010-74 QPC.

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 punissables²⁰.

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 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 demeure²¹.

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 (pourvoi n° 06-85.899, *Bull. crim.* 2007, n° 215) 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.

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 1984²², 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 arrêts²³, 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* »²⁴, 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* »²⁵.

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

²¹ Par exemple :
- *Crim.*, 28 janvier 2004, pourvoi n° 02-86.597, *Bull. crim.* 2004, 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° 07-86.909 : « *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, pourvoi n° 09-83.514 : « *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* ».

²² C-63/83.

²³ En particulier 29 février 1996, *Skanavi* et *Chryssantakopoulos*, C-193/94 ; 26 septembre 1996, *Allain*, C-341/94 ; 29 octobre 1998, *Awoyemi*, C-230/97.

²⁴ Conclusions de l'avocat général Ph. Léger dans l'affaire *Awoyemi* précitée.

²⁵ Conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Niselli* (10 juin 2004, C-457/02).

Prenant en compte l'introduction du principe dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000²⁶ (mais qui n'a acquis une valeur juridique qu'avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en décembre 2009), 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 2005²⁷, en un parfait syllogisme :

« 67. À 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. À cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États 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 États 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 œuvre le droit communautaire et en l'occurrence [...] ».

Ainsi que cela a été souligné par la doctrine²⁸, 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 paragraphes 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 :

- l'arrêt ED et F. *Man Alcohols Ltd*²⁹ 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 Campina³⁰ 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'État 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 1991³¹, la Cour a consacré de façon solennelle un nouveau principe général de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union européenne. En son paragraphe 37, l'arrêt précise que « le droit communautaire impose 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 ».

Puis, un arrêt Brasserie du Pêcheur contre Allemagne du 5 mars 1996³² a précisé que ce principe était valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire, et ce, quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission serait à l'origine du manquement.

Et dans le prolongement de cette décision, un arrêt Köbler contre Autriche du 30 septembre 2003³³ 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 »³⁴.

Enfin, un arrêt Commission contre Italie du 24 novembre 2011³⁵ précise que cette responsabilité s'applique à l'égard du contenu des décisions rendues par une juridiction suprême.

²⁶ Article 491. 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.

²⁷ 3 mai 2005, Berlusconi et al., C-387/02, C-391/02 et C-403/02.

²⁸ 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.

²⁹ 4 octobre 2012, C-669/01. Voir aussi l'arrêt Jager du 11 mars 2008, C-420/06.

³⁰ 8 mars 2007, C-45/06 notamment son paragraphe 40.

³¹ C-6/90 et C-9/90.

³² C-46/93.

³³ 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.

³⁴ Arrêt Traghetti del Mediterraneo du 13 juin 2006, C-173/3, paragraphe 36.

³⁵ C-379/10.

2. Reste évidemment la question des conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'État. 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'État 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 État 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 ressort³⁶ en ces termes :

« La responsabilité d'un État 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 État 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'État 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 systématicité de l'engagement de la responsabilité de l'État, 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 »³⁷.

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, fondée 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.

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 prévoit que tout État qui y devient partie reconnaît que le Comité des droits de l'homme, qu'il 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'État concerné³⁸.

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.

³⁶ Arrêt du 28 juillet 2016, *Tomasova*, C-168/15.

³⁷ Arrêt Köbler, précité, paragraphe 53.

³⁸ 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.

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 considérée comme constituant une violation de l'article 7 de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme³⁹.

Plus récemment, dans l'affaire Scoppola contre Italie du 17 septembre 2009⁴⁰, 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 favorable⁴¹. 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 équivaudrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'État 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 États 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.

Sans doute peut-on observer que, dans la mesure où les États 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 États 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'État auquel elles sont adressées ».

Pour le Conseil d'État, on rappellera :

- CE, 14 mai 1998, Sidibe, n° 241588 ;

- CE, 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'État 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 [...] »⁴².

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'État destinataire de sa constatation, qui doit fournir des informations sur les suites qu'il lui aura réservées, et où, d'autre part, l'État concerné a ratifié le Pacte et les principes qu'il consacre, s'est ainsi engagé, aux termes du paragraphe 3, a, de l'article 2 du dit Pacte, à les respecter et à offrir à ses nationaux un recours utile pour en bénéficier.

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

⁴⁰ N° 10249/03. Voir en particulier ses paragraphes 106 à 110.

⁴¹ CEDH, 5 décembre 2000, Le Petit contre Royaume-Uni, n° 35574/97.

⁴² C. Sciotti et E. Lambert, « Les droits de l'homme dans l'Union européenne, deuxième partie », *Les Petites affiches* 1999, n° 148, p. 18.

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 États avaient fait part de leur incertitude sur la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages résultant de décisions de juridictions « *statuant en dernier ressort* », au sens que la Cour de justice donne à cette expression.

L'arrêt Köbler y a expressément répondu⁴³, 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'État, qui avait, dans son arrêt Gestas du 18 juin 2008⁴⁴, repris la solution de l'arrêt Köbler, vient de rendre le 21 septembre 2016 un arrêt SNC Lactalys⁴⁵ 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'État 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'État. 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, les décisions du Comité des droits de l'homme n'ont pas de force contraignante et que, l'obligation souscrite par les États signataires du Pacte n'étant 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 celles de l'article 15 du Pacte* ».

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, fût-ce radicalement par sa suppression, et relevant alors du principe communautaire, ou s'il ne concernait que des modalités d'inspection ou de contrôles non assimilables 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.

⁴³ Paragraphes 46 et 47.

⁴⁴ *Rec.*, p. 230.

⁴⁵ N° 394360 et 395548, non encore publié.

Avis de M. 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'État 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'État 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'État 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'État 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'État, 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'État 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'État, 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 États 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'État du fait de décisions juridictionnelles de ses juridictions statuant en dernier ressort a été fortement discuté par les gouvernements des États 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.

¹ Assemblée plénière, 23 février 2001, pourvoi n° 99-16.165, *Bull.* 2001, 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.

Il avait également été soutenu que cette mise en cause de la responsabilité de l'État 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 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 la chose jugée, ni l'indépendance des juges, ni leur autorité ne sont des obstacles à ce que la responsabilité de l'État 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 États 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).

Il apparaît donc acquis que la mise en cause de la responsabilité de l'État 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'État, 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'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché 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'État du fait de la violation du droit de l'Union par le Conseil d'État 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 « *lorsqu'une cour administrative d'appel ou un tribunal administratif est saisi de conclusions qu'il estime relever de la compétence du Conseil d'État, son président transmet sans délai le dossier au Conseil d'État 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 administratives 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'État* »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'État 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 L. 141-1 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'État.

⁴ Arrêt Köbler, point 42.

⁵ Arrêt Köbler, point 43.

⁶ Arrêt Köbler, points 46 et 47.

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

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

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 quatre-vingts 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 1^{er} 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 1^{er} 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 déferé 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.

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 1 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'État

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

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

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

⁹ Pourvoi n° 99-81.320.

¹⁰ Pourvoi n° 01-88.747.

¹¹ Pourvoi n° 06-85.899, *Bull. crim.* 2007, n° 215.

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.

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 L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, et a condamné l'Agent judiciaire de l'État 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 L. 141-1 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'État. La seule circonstance que le principe de la rétroactivité de la peine plus légère - principe formulé dans les 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'État.

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 États 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'État.

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 mitius*¹⁴. 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.

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^e éd., § 161.

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 « lorsque, 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 :

« 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 jugée »¹⁹.

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 gouvernementale²⁰. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence classique de la chambre criminelle refuse de faire application de ce principe en matière économique²¹.

Des traces de cette conception peuvent se retrouver dans des décisions datant de la seconde moitié du XX^e 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 et 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 Communauté économique européenne servant de support effectif et nécessaire aux poursuites n'avaient plus

¹⁵ B. Boulloc, *loc. cit.*

¹⁶ Crim., 1^{er} octobre 1813, *Bull. crim.* 1813, n° 17 ; Sirey 14116. Cité par Frédéric Desportes et Francis Le Guehenc, *Traité du droit pénal général*, 16^e édition, 2009, spéc. § 333.

¹⁷ Conseil constitutionnel, décision 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. »

¹⁹ Conseil constitutionnel, 3 décembre 2010, décision 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 Jeandier, « L'application de la loi dans le temps », dans *Juris-Classeur Pénal traité*, Fasc. 20, spéc. § 90.

²¹ Crim., 22 décembre 1916, *Bull. crim.* 1916, n° 291 ; Crim., 11 mai 1948, *S.* 1948, I, p. 185, note M. Rousselet et M. Patin.

²² Crim., 10 novembre 1970, pourvoi n° 70-90.044, *Bull. crim.* 1970, n° 293.

²³ Crim., 1^{er} juin 1981, pourvoi n° 80-94.953, *Bull. crim.* 1981, n° 179.

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 État 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 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.

À la suite de 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 « les 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. À cet argument retenu par la chambre criminelle peut en être 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.

²⁴ Crim., 12 novembre 1986, pourvoi n° 85-96.282, *Bull. crim.* 1986, n° 334.

²⁵ Crim., 8 mars 1993, pourvoi n° 92-80.357, *Bull. crim.* 1993, n° 102 ; Crim., 12 juin 1995, pourvoi n° 94-81.241, *Bull. crim.* 1995, 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, pourvoi n° 95-84.636, *Bull. crim.* 1997, 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° 96-84.762, *Bull. crim.* 1998, n° 168.

²⁹ Crim., 2 juin 1993, pourvoi n° 92-83.576, *Bull. crim.* 1993, n° 198.

³⁰ Crim., 29 mars 2000, pourvoi n° 99-81.938, *Bull. crim.* 2000, n° 147.

³¹ Crim., 23 février 1987, pourvois n° 86-90.647, n° 86-93.817 et n° 86-93.194, *Bull. crim.* 1987, n° 87, 88 et 89 ; Crim., 1^{er} juin 1987, pourvois n° 86-93.131 et n° 86-95.157, *Bull. crim.* 1987, n° 225 et 226 ; Crim., 7 décembre 1987, pourvoi n° 87-81.536, *Bull. crim.* 1987, n° 447.

³² Crim., 28 janvier 2004, pourvoi n° 02-86.597, *Bull. crim.* 2004, n° 23.

³³ Crim., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-83.514.

³⁴ Crim., 15 avril 2008, pourvoi n° 07-86.909.

³⁵ Crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-85.899, *Bull. crim.* 2007, n° 215.

³⁶ Cf. F. Desportes et F. Le Guehec, précité, note 16, spéc. § 343 : « Pourquoi ne pas admettre [que l'absence de nécessité] puisse également en constituer la limite ? ».

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 1^{er} 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 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 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 États 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.

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.

³⁷ Journal officiel de l'Assemblée nationale, 2^e séance du 26 mai 1992, spéc. p. 1705.

³⁸ Conseil Constitutionnel, 3 décembre 2010, décision n° 201074 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.

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

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.

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} 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

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.

⁴⁷ CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, C-5/88, point 18 ; CJCE, 10 janvier 1992, Kühn/Landwirtschaftskammer WeserEms, 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.

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

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 intracomunautaires 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 Cour européenne des droits de l'homme, 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'État 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 États.

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 Traité* »⁵².

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.

3.2.2. La violation du droit de l'Union par les juridictions statuant en dernier ressort

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.

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

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

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.

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.

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.

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.

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.

⁵⁷ Arrêt Köbler, précité, points 37 à 45.

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

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.

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 manifeste*⁶² 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 prises 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.

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.

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.

⁶² Souligné par nous.

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

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

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

⁶⁶ Arrêt précité, Tomasova, point 25.

3.3.1. L'arrêt du 19 septembre 2007 et les critères Köbler

Selon les jurisprudences Köbler et Tomášová, 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.

Selon la Cour de justice, le juge appelé à statuer sur la responsabilité de l'État 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 ».

⁶⁷ Serge Guinchard, *Rép. proc. civ.*, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », § 37.

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'État, 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.

Avis complémentaire de M. Marin

Procureur général

Depuis le dépôt de mon avis dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour de justice ») a rendu le 6 octobre 2016⁶⁸ un arrêt susceptible d'apporter un éclairage nouveau sur la problématique soumise à l'assemblée plénière de la Cour.

Dans cet arrêt, la Cour de justice a dit pour droit que « l'article 6 TUE et l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens que l'adhésion d'un État à l'Union ne fait pas obstacle à ce qu'un autre État membre puisse infliger une sanction pénale à des personnes ayant commis, avant cette adhésion, le délit d'assistance à l'immigration illégale en faveur de ressortissants du premier État ».

En l'espèce, des ressortissants italiens sont poursuivis devant un tribunal italien pour avoir permis l'entrée illégale de trente ressortissants roumains, à une époque antérieure à l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, afin de tirer profit de l'exploitation intensive et continue de main d'œuvre étrangère à bas coût. Les poursuites ont été engagées à leur rencontre postérieurement à cette adhésion.

Le tribunal italien a donc posé à la Cour de justice les questions suivantes :

« 1. Convient-il d'interpréter l'article 7 de la CEDH, l'article 49 de la Charte et l'article 6 TUE en ce sens que l'adhésion de la Roumanie à l'Union, intervenue le 1^{er} janvier 2007, a entraîné l'abolition de l'infraction prévue et sanctionnée par l'article 12 du décret législatif n° 286/1998 en ce qui concerne l'aide à l'immigration et au maintien de la présence de ressortissants roumains en Italie ?

2. Convient-il d'interpréter les articles cités en ce sens qu'il est interdit à l'État membre d'appliquer le principe de la rétroactivité *in mitius* à l'égard de ceux qui se sont rendus responsables, avant le 1^{er} janvier 2007 (ou toute autre date ultérieure déterminant la pleine application du Traité), date d'entrée en vigueur de l'adhésion de la Roumanie à l'Union, de la violation de l'article 12 du décret législatif n° 286/1998 pour avoir aidé à l'immigration de ressortissants roumains, fait qui n'est plus considéré comme une infraction à compter du 1^{er} janvier 2007 ? ».

La Cour de justice rappelle en premier lieu que, même avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qui a conféré à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») la même valeur juridique que les traités, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus favorable, tel que consacré à l'article 49, paragraphe 1, de la Charte, découlait des traditions constitutionnelles communes aux États membres et devait être considéré comme faisant partie des principes généraux du droit de l'Union que le juge national doit respecter lorsqu'il applique le droit national (point 25).

En deuxième lieu, la Cour de justice affirme que l'application de la loi pénale plus favorable implique une succession de lois dans le temps et repose sur la constatation que le législateur a changé d'avis soit sur la qualification pénale des faits soit sur la peine à appliquer à une infraction (point 27). À cet égard, elle constate que la législation italienne sur l'aide à l'immigration illégale n'a pas été modifiée depuis la commission des faits poursuivis.

Cette référence à l'intervention du législateur se retrouve dans la réserve retenue par la chambre criminelle de la Cour, selon laquelle le principe de rétroactivité *in mitius* ne trouve pas à s'appliquer lorsque le législateur a expressément choisi de l'écarter, manifestant ainsi sa volonté de maintenir les poursuites pour des faits antérieurs à la loi nouvelle.

En troisième lieu, la Cour de justice affirme que le simple fait que, après leur entrée illégale, les citoyens roumains sont devenus citoyens de l'Union n'est pas susceptible d'influencer le déroulement des procédures contre les personnes qui ont apporté une aide à l'immigration illégale (point 32). L'adhésion de la Roumanie à l'Union n'a produit aucun effet sur la qualification de l'infraction.

La Cour de justice précise que l'infraction reprochée aux prévenus était totalement et définitivement constituée avant l'adhésion de la Roumanie à l'Union (point 40).

Pour l'avocat général, en revanche, il faudrait retenir la solution contraire dans le cas où les faits relèveraient d'une infraction continue qui se prolongerait au-delà de l'adhésion de la Roumanie. Dans cette hypothèse, en effet, l'élément matériel de l'infraction ne serait pas encore achevé au moment de l'adhésion, de sorte que ce dernier, toujours en cours et indivisible, disparaîtrait avec la loi nouvelle. L'infraction ne pourrait alors être constituée⁶⁹.

La Cour de justice ajoute :

« 36. Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 26 et 27 de ses conclusions, aucune disposition de la directive 2002/90 ou d'un autre texte du droit de l'Union ne permet de considérer que l'acquisition de la citoyenneté de l'Union devrait entraîner la disparition de l'infraction commise par des prévenus, tels que ceux au principal, qui se sont livrés au trafic de main-d'œuvre. Statuer dans un sens contraire reviendrait à encourager ce trafic dès qu'un État aurait engagé le processus d'adhésion à l'Union, puisque les trafiquants seraient assurés de bénéficier ensuite de l'immunité. Le but atteint serait, alors, contraire à celui recherché par le législateur de l'Union »⁷⁰.

Il semble ressortir de cet arrêt que, pour la Cour de justice, le principe de la rétroactivité *in mitius* n'est pas un principe absolu dont l'application serait automatique. Elle considère que l'application du principe est subordonnée

⁶⁸ CJUE, 6 octobre 2016, Gianpaolo Paoletti e.a., C-218/15.

⁶⁹ Conclusions de l'avocat général Y. Bot., points 38 à 40.

⁷⁰ Souligné par nous.

à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle et qu'elle peut être écartée lorsque l'infraction commise a produit tous ses effets avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et afin de garantir l'efficacité du droit de l'Union en empêchant tout effet d'aubaine que la certitude d'une immunité à venir pourrait entraîner.

Si l'on applique ce raisonnement au litige ayant donné lieu à l'arrêt attaqué, il faut relever, d'une part, que l'infraction commise avait produit tous ses effets avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1992 ayant aboli les frontières douanières intracommunautaires et, d'autre part, que l'application immédiate de la loi nouvelle aurait encouragé de tels comportements dès lors qu'une immunité serait assurée par la suite.

En écartant le principe de la rétroactivité *in mitius*, la chambre criminelle de la Cour de cassation était donc parfaitement en accord avec la position retenue aujourd'hui par la Cour de justice. Il est certain, à tout le moins, que, contrairement à ce que la cour d'appel a pu affirmer, la chambre criminelle de la Cour n'a pas, par sa décision, manifestement violé le droit communautaire.

Je conclus, de plus fort, à la cassation de l'arrêt attaqué.

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 326

Question prioritaire de constitutionnalité

Baux commerciaux. - Code de commerce. - Article L. 145-34. - Droit de propriété. - Article 1 du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. - Communication au ministère public de la question. - Défaut. - Irrecevabilité.

Sur l'irrecevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité, soulevée par le ministère public :

38 Vu l'article 23-1, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067
• du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que, devant les juridictions relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis ; que cette formalité est d'ordre public ;

Attendu que, saisi par la société France Loisirs, locataire, d'une demande de fixation du loyer en application de la règle du plafonnement prévue par l'article L. 145-34 du code de commerce, le juge des loyers commerciaux du tribunal de grande instance de Dieppe a transmis une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée :

« L'article L. 145-34 du code de commerce, issu de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ? » ;

Attendu qu'il résulte du jugement que le juge des loyers commerciaux a statué le 27 juillet 2016 sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité avant d'avoir communiqué l'affaire au ministère public ;

Que la question n'est dès lors pas recevable ;

Par ces motifs :

DÉCLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité.

3^e Civ. - 3 novembre 2016.

IRRECEVABILITÉ

N° 16-40.239. - TGI Dieppe, 27 juillet 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Corbel, Rap. - Mme Guilguet-Pauthé, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copr. 2016, repère 11, note Joël Monéger.

Note sous 3^e Civ., 3 novembre 2016, QPC, n° 326 ci-dessus et 9 février 2017 (à paraître)

La troisième chambre civile a été saisie, à deux reprises, par un juge des loyers commerciaux de la même question prioritaire de constitutionnalité.

Des irrégularités affectant chacune des procédures ont conduit aux deux décisions d'irrecevabilité présentement commentées.

La première fois, il a été constaté que, devant le juge des loyers commerciaux, l'affaire avait été communiquée au ministère public le 5 août 2016, soit postérieurement au jugement, qui était daté du 27 juillet 2016.

La question prioritaire de constitutionnalité a été déclarée irrecevable par un arrêt du 3 novembre 2016 (QPC n° 16-40.239) pour ne pas avoir respecté la prescription de l'article 23-1, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, qui impose que, devant les juridictions relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé, afin qu'il puisse faire connaître son avis.

Cette formalité, d'ordre public, n'est remplie que si l'affaire est communiquée au ministère public « dès que » le juge est saisi de la question, c'est-à-dire sans délai, donc sans attendre l'audience des débats, afin que le ministère public soit mis en mesure de donner son avis et que celui-ci puisse être porté à la connaissance des parties. Elle ne peut donc être considérée comme satisfaite lorsque la communication n'a lieu qu'au cours du délibéré, encore moins sans que les parties ne soient informées de la teneur de l'avis.

Par jugement du 15 décembre 2016, le juge des loyers commerciaux a non seulement rectifié l'erreur matérielle affectant la date de son premier jugement en disant qu'il s'agissait du 5 août 2016, mais statué, de nouveau, sur la même question prioritaire de constitutionnalité dont il a ordonné sa transmission, sans avoir été saisi à cette fin par une partie.

Force est de constater que la rectification matérielle, qui inversait la chronologie entre l'avis du ministère public et le jugement, n'était pas de nature à modifier l'appréciation de la régularité de la procédure dans la mesure où, s'il apparaissait que le juge n'avait pas statué avant d'avoir eu l'avis, celui-ci avait été sollicité et donné en cours de délibéré, le jour même où le jugement avait été rendu.

Mais surtout, c'est la saisine de la Cour de cassation qui était cette fois-ci irrégulière. Ayant déjà été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité, le juge des loyers commerciaux ne pouvait pas, sous le couvert d'une décision rectificative, faire « revivre » cette question et la transmettre une seconde fois.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 327

Agent immobilier

Collaborateur salarié. - Pouvoir susceptible de délégation. - Étendue. - Pouvoir d'accepter et de signer le mandat écrit prévu à l'article 6, I, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970.

Il résulte des dispositions combinées des articles 4 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 9 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, dans leur rédaction respectivement issue de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 et du décret n° 2009-766 du 22 juin 2009, que l'agent immobilier, titulaire de la carte professionnelle, peut déléguer au négociateur salarié qu'il a habilité aux fins de négocier, s'entremettre ou s'engager pour son compte le pouvoir d'accepter et de signer le mandat écrit préalable à son intervention dans toute opération immobilière qu'impose l'article 6, I, de la loi.

1^{er} Civ. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-23.234. - CA Lyon, 21 mai 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Verdun, Rap. - M. Cailliau, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, Av.

N° 328

Agent immobilier

Mandat. - Validité. - Conditions. - Mandat assorti d'une clause d'exclusivité ou pénale. - Dénonciation. - Modalités. - Inobservation. - Sanction.

Il résulte du rapprochement des deux premiers alinéas de l'article 78 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, dans sa rédaction issue du décret n° 2009-766 du 22 juin 2009, que lorsqu'il est assorti d'une clause d'exclusivité ou d'une clause pénale ou qu'il comporte une clause de garantie de rémunération en faveur de l'intermédiaire, le mandat doit rappeler la faculté qu'a chacune des parties, passé le délai de trois mois à compter de sa signature, de le dénoncer à tout moment, dans les conditions de forme et de délai réglementairement prescrites, et en faire mention, comme de la clause dont cette faculté de résiliation procède, en caractères très apparents.

Cette disposition influant sur la détermination de la durée du mandat est prescrite à peine de nullité absolue de l'entier contrat, en application de l'article 7 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006.

Il s'ensuit qu'une clause qui, stipulée dans un mandat de recherche exclusif, restreint l'exercice de la faculté de résiliation à l'échéance du terme de chaque période trimestrielle de reconduction tacite

contrevient aux exigences impératives de l'article 78, alinéa 2, du décret précité, qui prévoit que la dénonciation peut intervenir à tout moment ; le mandat qui la contient, étant nul, n'ouvre droit ni à rémunération ni à l'application de la clause pénale sanctionnant le non-respect de son exclusivité.

1^{er} Civ. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-23.534. - CA Paris, 6 mai 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Verdun, Rap. - M. Cailliau, Av. Gén. - M^e Bouthors, SCP Ohl et Vexliard, Av.

N° 329

Aliments

Pension alimentaire. - Contribution à l'entretien et à l'éducation. - Action en paiement. - Recevabilité. - Conditions. - Qualité pour agir. - Mère de l'enfant devenu majeur agissant en recherche de paternité.

Si seul l'enfant devenu majeur peut agir en recherche de paternité, la mère de celui-ci est recevable à agir, à l'encontre du père, en contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant depuis sa naissance.

1^{er} Civ. - 9 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-27.246. - CA Paris, 8 septembre 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1272, note Yann Favier. Voir également le JCP 2016, éd. N, Act., n° 1288, et la revue AJ Famille 2016, p. 602, note J. Houssier.

N° 330

Appel civil

Procédure sans représentation obligatoire. - Expropriation. - Transmission par voie électronique. - Domaine d'application. - Détermination. - Portée.

Aucune disposition du code de l'expropriation n'exclut, devant la cour d'appel, la faculté pour les parties d'effectuer par voie électronique l'envoi, la remise et la notification des actes de procédure, instituée par l'article 748-1 du code de procédure civile.

Cette faculté est toutefois subordonnée, en application de l'article 748-6 du même code, à l'emploi de procédés techniques garantissant, dans des conditions fixées par arrêté du garde des

sceaux, la fiabilité de l'identification des parties, l'intégrité des documents ainsi que la confidentialité et la conservation des échanges et la date certaine des transmissions. Or, les dispositions liminaires, claires et intelligibles, de l'article 1 de l'arrêté du garde des sceaux du 5 mai 2010 relatif à la communication électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel ne fixent de telles garanties que pour l'envoi par un auxiliaire de justice de la déclaration d'appel, de l'acte de constitution et des pièces qui leur sont associées, à l'exclusion des écritures des parties. La restriction de l'usage de la communication électronique qui en découle est conforme aux exigences du procès équitable dès lors que, répondant à l'objectif de sécurisation de l'usage de la communication électronique, elle est dénuée d'ambiguïté pour un professionnel avisé comme un auxiliaire de justice lorsqu'il recourt à la communication électronique et ne le prive pas de la possibilité d'adresser au greffe les mémoires prévus par l'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, alors applicable dans les conditions fixées par ce texte.

C'est par conséquent à bon droit qu'une cour d'appel, qui n'était pas saisie du mémoire de l'appelant, qui avait été transmis par la voie électronique *via* le réseau privé virtuel avocat (RPVA), ayant constaté que celui-ci n'avait adressé son mémoire que par un courrier posté alors que le délai de deux mois prescrit par l'article R. 13-49 était expiré, a prononcé la déchéance de l'appel prévue par ce texte.

2^e Civ. - 10 novembre 2016.

REJET

N° 15-25.431. - CA Rennes, 19 juin 2015.

Mme Flise, Pt. - M. de Leiris, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, p. 2502, note Corinne Bléry.

N° 331

Appel civil

Procédure sans représentation obligatoire. - Expropriation. - Transmission par voie électronique. - Domaine d'application. - Détermination. - Portée.

Il résulte de la combinaison des articles 748-1, 748-3 et 748-6 du code de procédure civile et de l'article 1 de l'arrêté du garde des sceaux du 5 mai 2010 relatif à la communication électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel que, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, la déclaration d'appel, les actes de constitution et les pièces qui leur sont associées peuvent être valablement adressés au greffe de la chambre de l'expropriation par la voie électronique par le biais du « réseau privé virtuel avocat ».

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui déclare irrecevable l'appel interjeté contre un jugement d'une juridiction de l'expropriation faute d'avoir été formé selon la procédure particulière instaurée par l'article R. 13-47 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, alors applicable.

2^e Civ. - 10 novembre 2016.

CASSATION

N° 14-25.631. - CA Versailles, 10 juin 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Brouard-Gallet, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Zribi et Texier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, p. 2502, note Corinne Bléry.

N° 332

Astreinte (loi du 9 juillet 1991)

Liquidation. - Juge en charge de la liquidation. - Pouvoirs. - Étendue. - Détermination.

Le juge tient de l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution la seule mission de vérifier l'exécution d'une obligation de démolition, prononcée sur le fondement d'un empiètement, sans pouvoir modifier celle-ci.

Dès lors, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, saisie d'une demande de liquidation d'une astreinte prononcée par une décision irrévocable, constate la subsistance de points d'empiètement impliquant la liquidation de l'astreinte.

3^e Civ. - 10 novembre 2016.

REJET

N° 15-21.949. - CA Grenoble, 5 mai 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Echappé, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Coutard et Munier-Apaire, Av.

N° 333

Bail commercial

Prix. - Fixation du loyer du bail renouvelé. - Prix fixé en fonction du chiffre d'affaires. - Portée. - Accord des parties. - Saisine du juge des loyers commerciaux. - Fixation à la valeur locative.

Lorsqu'elles sont convenues d'un loyer composé d'une part variable et d'un minimum garanti, les parties peuvent prévoir de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative.

Dans ce cas, le juge statue selon les critères de l'article L. 145-33 du code de commerce, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle (arrêt n° 1, pourvoi n° 15-16.826, et arrêt n° 2, pourvoi n° 15-16.827).

3^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1 :

N° 15-16.826. - CA Aix-en-Provence, 19 février 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Andrich, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Delaporte et Briard, M^e Occhipinti, Av.

Arrêt n° 2 :

N° 15-16.827. - CA Aix-en-Provence, 19 février 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Andrich, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Delaporte et Briard, M^e Occhipinti, Av.

Un commentaire de ces décisions est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1210, et II, 1415, note Joël Monéger. Voir également le JCP 2016, éd. E, Act., n° 882, et II, 1655, note Bastien Brignon, la revue Administrer, novembre 2016, p. 36, note Jehan-Denis Barbier, la revue AJDI 2016, p. 805, note Jean-Pierre Blatter, la revue Loyers et copr. 2016, comm. 253, note Philippe-Hubert Brault, et la RJDA 2017, chronique, p. 3, note Robert Parneix.

Note sous 3^e Civ., 3 novembre 2016, n° 333 ci-dessus

Ces arrêts s'inscrivent dans le courant jurisprudentiel consacrant la liberté et l'autonomie de la volonté des parties à un bail commercial qui prévoit un loyer composé d'une partie constituant un minimum garanti et d'une partie dite variable dont le montant est calculé selon un pourcentage du chiffre d'affaires du preneur ou selon toute autre modalité, lorsqu'un conflit survient à l'occasion du renouvellement du bail.

En application du principe d'autonomie contractuelle, il a été jugé que les parties sont libres de fixer le loyer du bail initial et du bail renouvelé et que la décomposition de ce loyer en un minimum de base et en une partie éventuelle selon un seuil de déclenchement qu'elles déterminent devait être maintenue, sauf disposition contraire, lors du renouvellement.

En absence d'accord des parties et dans le silence du contrat sur la façon de calculer le loyer lors du renouvellement, la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation a évolué parallèlement à la créativité des rédacteurs de baux de ce type.

Ainsi, devant un bail prévoyant un loyer constitué d'une redevance égale à 4 % du montant des recettes nettes s'additionnant à un loyer minimal indexé sur le montant de la jauge brute d'un théâtre, la Cour de cassation, au nom de la liberté et de l'autonomie de la volonté, a écarté l'intervention du juge des loyers commerciaux pour qu'il fixe, selon les critères du statut des baux commerciaux, le loyer minimum de ce bail venant à renouvellement, critères auxquels ce loyer était totalement étranger (affaire dite du « Théâtre Saint Georges », 3^e Civ., 10 mars 1993, pourvoi n° 91-13.418, *Bull.* 1993, III, n° 30).

Par suite, elle a adopté la même position dans les cas où le bail prévoyant un loyer composite ne donnait pas au juge des loyers commerciaux, par une disposition expresse, le pouvoir de fixer le montant de la partie correspondant au minimum garanti, ou détachait totalement du statut des baux commerciaux ou de la valeur locative les modalités ou critères de fixation de ce minimum garanti (3^e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, *Bull.* 2002, III, n° 94 ; 3^e Civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 15-14.107).

En l'état de telles clauses, l'exclusion des dispositions statutaires pour la fixation du loyer du bail renouvelé et celle de l'intervention du juge des loyers commerciaux pour déterminer la valeur locative, ayant pour conséquence l'intangibilité du minimum garanti, souvent seul exigible, à défaut d'atteindre le seuil de déclenchement du supplément, ont pu enfermer les parties dans l'obligation ou de s'accorder coûte que coûte ou de se délier, de sorte qu'une partie de la doctrine et des cours d'appel a retenu un principe d'incompatibilité mécanique entre les dispositions du statut des baux commerciaux relatives au prix du bail renouvelé et une clause de loyer composite ou binaire.

L'incompatibilité reposait, selon ces auteurs, sur la compétence matérielle du juge des loyers commerciaux, qui ne peut appliquer que les critères énoncés à l'article L. 145-33 du code de commerce, et sur l'indivisibilité du loyer commercial, qui faisait obstacle à ce qu'une partie seulement de ce loyer soit fixée judiciairement à la valeur locative.

Depuis, pour remédier à un tel enfermement, l'usage s'est répandu de stipuler dans les contrats de bail que le minimum garanti du loyer sera fixé en application des dispositions de l'article L. 145-33 du code de commerce et de renvoyer expressément à la compétence du juge pour fixer ce minimum du loyer.

L'occasion a été ainsi donnée à la Cour de cassation de se prononcer sur la validité de ces clauses, dont, par les arrêts susvisés, elle reconnaît l'efficacité.

Ainsi, lorsque l'accord des parties existe sur le mode de calcul du loyer de renouvellement, prévoyant que le montant minimal garanti du loyer sera fixé selon la valeur locative par le juge des loyers commerciaux, la Cour de cassation décide que cet accord s'impose à ce juge. Conformément aux pouvoirs qu'il tient de l'article R. 145-33 du code de commerce, celui-ci doit alors fixer la valeur de ce minimum garanti selon les critères énoncés à l'article L. 145-33 du même code, en prenant en compte la sujétion particulière, figurant au contrat, qui impose au preneur de verser au bailleur une prime venant en supplément de ce loyer minimum garanti, lorsqu'un certain seuil du chiffre d'affaires ou un certain niveau d'une jauge sont atteints.

C'est, pour partie, cette nécessaire prise en compte, distinguant, dans la composition du loyer, le second élément, dont les

modalités de calcul, basé sur un pourcentage ou une autre échelle définie par le contrat, sont intangibles, qui justifie l'intervention du juge des loyers commerciaux.

N° 334

Bail rural

Bail à ferme. - Éléments de l'exploitation agricole. - Caractère cessible. - Détermination. - Portée.

Si le bail rural n'a pas en lui-même de valeur patrimoniale, l'exploitation agricole des parcelles louées peut engendrer des valeurs identifiables telles que l'octroi de primes et de droits à paiement unique, comme telles susceptibles d'être évaluées et déclarées à l'actif de la succession du preneur à bail.

3^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-20.366. - CA Amiens, 3 février 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Barbieri, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 335

Banque

Responsabilité. - Faute. - Applications diverses. - Délai de prescription. - Action en recouvrement d'une créance. - Exercice. - Abus de droit.

Un créancier qui agit en recouvrement de sa créance dans le délai de prescription ne commet pas de faute, sauf abus dans l'exercice de ce droit.

Com. - 2 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 14-29.723. - CA Cayenne, 22 septembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - M. Remeniéras, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - M^e Le Prado, Av.

N° 336

Cassation

Moyen. - Moyen nouveau. - Récidive. - Condamnation antérieure. - Caractère définitif. - Absence de contestation devant les juges du fond. - Recevabilité.

Est recevable le moyen invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation critiquant les énonciations d'un arrêt relatives à l'état de récidive d'un prévenu.

N'encourt pas la censure l'arrêt qui déclare un prévenu coupable des délits de recel et corruption, en récidive, sans constater que la condamnation retenue par la prévention comme premier terme de la procédure avait un caractère définitif au moment où les faits objet de la poursuite ont été commis, dès lors que la Cour de cassation est en mesure de s'assurer par la lecture du casier judiciaire du prévenu que la condamnation constituant ce premier terme est devenue définitive, à défaut d'appel interjeté par le prévenu ou le ministère public du jugement rendu contradictoirement, et qu'une partie des faits visés à la prévention des chefs de recel et de corruption est postérieure à la date à laquelle cette condamnation a acquis un caractère définitif.

Crim. - 2 novembre 2016.

REJET

N° 15-84.211. - CA Besançon, 9 juin 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Parlos, Rap. - M. Lagauche, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 337

1^o Cassation

Pourvoi. - Rejet. - Notification. - Défaut. - Remise en état des lieux. - Délai. - Point de départ. - Détermination.

2^o Urbanisme

Astreinte. - Recouvrement engagé par arrêté préfectoral. - Prescription. - Délai. - Détermination.

3^o Urbanisme

Permis de construire. - Péremption. - Interruption involontaire des travaux. - Portée.

1^o Le délai imparti par le juge pour effectuer des travaux de mise en conformité ne court qu'à compter du jour où la décision, devenue définitive, est exécutoire. À défaut de notification du rejet du pourvoi formé à son encontre, l'arrêt de la cour d'appel acquiert un caractère exécutoire au jour où les prévenus ont connaissance de ce rejet par tout moyen certain, notamment par la mention qui en est faite dans une décision de justice contradictoire.

Encourt la censure l'arrêt qui rejette l'exception d'illégalité d'un arrêté liquidant une astreinte depuis le jour d'un arrêt non notifié de rejet d'un pourvoi rendu en 1999, alors que seul un arrêt contradictoire rendu en 2005 à l'occasion d'une autre poursuite faisait mention de ce rejet.

2^o La prescription décennale est applicable au recouvrement de l'astreinte engagé par arrêté préfectoral conformément aux articles L. 111-3, 1^o, et L. 111-4, alinéa 2, du code des procédures civiles d'exécution, ensemble l'article 26, II, de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

3^o L'article R. 424-17, anciennement R. 421-32, du code de l'urbanisme ne vise que l'interruption volontaire des travaux.

Doit être approuvé l'arrêt qui écarte une exception tirée, pour s'opposer à une mise en conformité ordonnée conformément au permis de construire délivré, de la péremption dudit permis, dès lors que les travaux n'ont été interrompus que pour des causes étrangères aux prévenus.

Crim. - 8 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 15-86.889. - CA Aix-en-Provence, 20 octobre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Fossier, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - SCP Coutard et Munier-Appaire, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Pénal 2017, p. 40, note Raymond Leost. Voir également la revue Dr. pénal 2017, comm. 7, note Jacques-Henri Robert, et la RD imm. 2017, p. 33, note Gabriel Roujou de Boubée.

N° 338

Cautonnement

Extinction. - Causes. - Subrogation rendue impossible par le fait du créancier. - Conditions. - Droit préférentiel. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Cession de créance professionnelle. - Défaut de notification au débiteur cédé.

Lorsqu'un établissement de crédit, cessionnaire d'une créance professionnelle, s'abstient de notifier la cession au débiteur cédé, la caution qui invoque la subrogation dans les droits du cessionnaire ne justifie pas de la perte d'un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance et n'est, dès lors, pas fondée à se prévaloir des dispositions de l'article 2314 du code civil.

Com. - 2 novembre 2016.

REJET

N° 15-12.491. - CA Paris, 6 novembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Robert-Nicoud, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Rousseau et Tapie, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2016, n° 42, p. 24, note Marie Pierre Dumont-Lefrand. Voir également le JCP 2016, éd. E, II, 1653, note Dominique Legeais, le JCP 2016, éd. G, II, 1391, note Philippe Simler, le D. 2017, p. 147, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand, et la revue Banque et droit, novembre-décembre 2016, p. 73, note François Jacob.

N° 339

Circulation routière

Immatriculation. - Cession d'un véhicule. - Professionnel du commerce de l'automobile. - Obligations. - Détermination.

Si le professionnel du commerce de l'automobile, dans le cadre de son activité de négoce, qui a enregistré sa déclaration d'achat n'a pas l'obligation de demander l'immatriculation du véhicule à son nom avant toute cession, il lui appartient de justifier de la délivrance d'un certificat W garage dans les conditions prévues par l'arrêté du 9 février 2009 relatif aux modalités d'immatriculation des véhicules.

Crim. - 8 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-85.532. - Juridiction de proximité de Paris, 30 juin 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Harel-Dutirou, Rap. - M. Liberge, Av. Gén.

N° 340

Construction immobilière

Construction d'un ouvrage. - Vente. - Vendeur. - Garantie décennale. - Action en garantie de l'acquéreur. - Caractère apparent des désordres. - Appréciation. - Modalités. - Détermination. - Portée.

Le caractère apparent ou caché des désordres s'apprécie en la personne du maître de l'ouvrage constructeur et au jour de la réception, qui correspond pour celui-ci à l'achèvement des travaux.

Dès lors, viole les articles 1792 et 1792-1, 2^o, du code civil une cour d'appel qui, pour rejeter une demande formée au titre des désordres relevant de la garantie décennale, retient qu'il est établi que les défauts affectant les travaux de réfection complète de la toiture et de la toiture terrasse étaient nécessairement connus des acquéreurs, que, n'ayant nullement renoncé à la vente, ceux-ci ont acquis l'immeuble en connaissance de cause et qu'ils ne sont pas fondés à poursuivre le vendeur-constructeur sur le fondement de la responsabilité des constructeurs.

3^e Civ. - 10 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-24.379. - CA Douai, 18 mars 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - M^e Ricard, SCP Bénabent et Jehannin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RD imm. 2017, p. 34, note Philippe Malinvaud.

N° 341

Contrôle d'identité

Contrôle de police judiciaire. - Motif. - Appartenance ethnique réelle ou supposée. - Portée.

L'annulation d'un contrôle d'identité est justifiée lorsque les mentions du procès-verbal font présumer que ce contrôle a été

motivé par l'appartenance ethnique, réelle ou supposée, de la personne contrôlée, en méconnaissance de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Crim. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-85.548. - CA Bordeaux, 2 septembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén.

N° 342

Copropriété

Règlement. - Modification. - Modifications législatives et réglementaires. - Effets. - Adaptation du règlement de copropriété. - Saisine de l'assemblée générale. - Défaut. - Sanction (non).

L'ancien article 49 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, dont les dispositions ont été reprises à l'article 24, f, de la même loi, prévoit une simple faculté d'adaptation du règlement de copropriété aux textes législatifs ou réglementaires intervenus depuis son établissement et n'édicte pas de sanction en cas d'absence de saisine de l'assemblée générale sur ce point.

3^e Civ. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-24.793. - CA Paris, 17 décembre 2014.

M. Chauvin, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. loyers 2016, p. 500, note Vivien Zalewski-Sicard. Voir également la revue Loyers et copr. 2017, comm. 22, note Agnès Lebatteux.

N° 343

Cour d'assises

Débats. - Procès-verbal. - Mentions. - Déposition d'un témoin. - Défaut. - Portée.

Il n'est porté aucune atteinte au principe de l'oralité des débats ni à leur caractère contradictoire dans le cas où la feuille de motivation fait état, parmi les éléments ayant convaincu la cour d'assises de la culpabilité de l'accusé et ayant été discutés au cours des débats, de la déposition d'un témoin, alors que le procès-verbal des débats ne comporte aucune référence à ce témoignage.

Crim. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-84.339. - Cour d'assises du Val-de-Marne, 17 avril 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Béghin, Rap. - M. Valat, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 344

Cour d'assises

Débats. - Témoins. - Déposition. - Déposition portant sur des faits prescrits. - Disposition faisant obstacle (non).

Devant la cour d'assises, aucune disposition légale ne fait obstacle à la déposition d'un témoin sur des faits prescrits.

Lorsqu'il est acquis aux débats, ce témoin doit être entendu sous serment, sous réserve des exceptions prévues à l'article 335 du code de procédure pénale.

Crim. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-87.038. - Cour d'assises de la Seine-Saint-Denis, 12 novembre 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Drai, Rap. - M. Valat, Av. Gén. - SCP Richard, Av.

N° 345

Crimes et délits commis à l'étranger

Crime. - Crime commis par un étranger hors du territoire de la République. - Compétence des lois et juridictions françaises. - Victime directe. - Nationalité.

Seule la qualité de victime directe de nationalité française au moment de la commission d'une infraction commise à l'étranger attribue compétence aux lois et juridictions françaises sur le fondement des articles 113-7 du code pénal et 689 du code de procédure pénale.

Une femme de nationalité française alléguant avoir subi des préjudices découlant du crime de torture dont son époux étranger a été victime à l'étranger n'est pas, au sens du premier texte, la victime directe de l'infraction.

Crim. - 8 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 16-84.115. - CA Paris, 10 juin 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Guého, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén. - SCP Zribi et Texier, Av.

N° 346

Effet de commerce

Lettre de change. - Mentions nécessaires. - Signature. - Signature du tireur et du tiré. - Apposition sous la clause « retour sans frais » ou « sans protêt ». - Nécessité (non).

Lorsqu'une clause « retour sans frais » ou « sans protêt » est préimprimée sur la lettre de change, la seule signature du tireur portée sur l'effet suffit à la valider, sans qu'il soit nécessaire qu'une seconde signature, distincte de la première, soit apposée spécifiquement sous cette clause.

Com. - 2 novembre 2016.

REJET

N° 15-12.399. - CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Rousseau et Tapie, SCP Ortscheidt, Av.

N° 347

Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Vote par voie électronique. - Mise en œuvre. - Conditions. - Conclusion d'un accord d'entreprise. - Portée.

Dans une entreprise divisée en établissements, un accord d'entreprise peut fixer le cadre général du recours au vote électronique et renvoyer les modalités de sa mise en œuvre à un accord d'établissement.

Le cahier des charges que doit comporter l'accord n'est soumis à aucune condition de forme.

Soc. - 3 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-21.574. - TI Boulogne-Billancourt, 6 juillet 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Farthouat-Danon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 409, et II, 1423, note Franck Petit. Voir également la RJS 2017, n° 44.

N° 348

1^o *Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Plan. - Jugement l'arrêtant. - Représentant des créanciers. - Fin de sa mission. - Conditions. - Achèvement de la vérification des créances. - Applications diverses.

2^o *Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Patrimoine. - Vérification des créances. - Procédure. - Recours. - Appel du débiteur. - Appel. - Délai. - Point de départ. - Détermination.

1^o Aux termes de l'article 88, alinéa 2, du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, le juge-commissaire met fin à la mission du représentant des créanciers après avoir constaté l'achèvement de la vérification des créances.

Ayant constaté que les états de créances avaient été déposés et publiés au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC)*, une cour d'appel, qui n'était pas tenue d'apprécier la régularité des déclarations des créances inscrites sur les états de créances et des opérations de vérification, en déduit exactement que, les opérations de vérification étant achevées, il pouvait être mis fin à la mission du représentant des créanciers.

2^o Si le débiteur peut faire appel de l'état des créances comportant les décisions d'admission ou de rejet du juge-commissaire à la condition qu'il démontre n'avoir pas été mis en mesure de participer à la vérification des créances, le délai de dix jours dans lequel il doit former ce recours a pour point de départ la publication au *BODACC* de l'insertion indiquant que l'état des créances est constitué et déposé au greffe.

Si ce recours n'a pas été exercé, l'état des créances ne peut plus être remis en question par la voie d'une contestation de la fin de mission du représentant des créanciers.

Com. - 15 novembre 2016.
REJET

N° 15-12.610. - CA Paris, 4 décembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Bévalat, Rap. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 349

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire. - Contrats en cours. - Contrat d'assurance. - Résiliation. - Conditions. - Détermination.

L'article L. 622-13, alinéa 3, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, rendu applicable à la liquidation judiciaire par l'article L. 641-10 du même code, n'exclut pas l'application de l'article L. 113-3 du code des assurances pour la résiliation du contrat d'assurance en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective de l'assuré.

Dès lors, à défaut de paiement, dans les dix jours de son échéance, de la prime d'assurance échue postérieurement au jugement d'ouverture d'une liquidation judiciaire, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après une mise en demeure du liquidateur, l'assureur ayant le droit de résilier le contrat dix jours après l'expiration de ce délai.

Com. - 15 novembre 2016.
CASSATION

N° 14-27.045. - CA Nancy, 3 septembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vallansan, Rap. - Mme Beaudonnet, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Boutet et Hourdeaux, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1317. Voir également la Gaz. Pal. 2017, n° 2, p. 66, note Fabien Kendérian.

N° 350

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire. - Vérification et admission des créances. - Contestation d'une créance. - Conditions. - Exclusion. - Réponse des créanciers suite à la contestation d'une créance. - Absence d'observations du débiteur.

Aucune disposition ne subordonne le maintien de la contestation d'une créance, émise par le débiteur au cours de la vérification des créances, à l'existence d'observations de sa part sur les réponses reçues des créanciers en application de l'article L. 622-27 du code de commerce, ou à la présence du débiteur au rendez-vous fixé par le liquidateur pour la signature de la liste des créances.

Com. - 2 novembre 2016.
CASSATION

N° 14-29.292. - CA Montpellier, 25 novembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vaissette, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - M^e Haas, SCP Delvolvé et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. E, chron., 1661, spéc. n° 7, note Philippe Pétel, également publiée au JCP 2017, éd. G, chron. 91. Voir également la RJDA 2017, n° 34.

N° 351

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Organes. - Liquidateur. - Pouvoirs. - Action contre une déclaration d'insaisissabilité. - Qualité pour agir. - Conditions. - Reconstitution du gage commun des créanciers.

La déclaration notariée d'insaisissabilité n'étant opposable à la liquidation judiciaire que si elle a fait l'objet d'une publicité régulière, le liquidateur, qui a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, est recevable à en contester la régularité à l'appui d'une demande tendant à reconstituer le gage commun des créanciers.

Com. - 15 novembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-26.287. - CA Nîmes, 11 septembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - M. Arbellot, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - SCP Nicolaï, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Bénabent et Jéhannin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2333, note Alain Lienhard. Voir également le JCP 2017, éd. G, II, 21, note Alexandre Dumery, la Gaz. Pal. 2017, n° 2, p. 52, note Pierre-Michel Le Corre, et ce même numéro, p. 69, note Denis Voinot.

N° 352

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Ouverture. - Qualité du débiteur. - Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante. - Cas. - Exclusion. - Gérant d'une SARL.

Le gérant d'une société à responsabilité limitée qui agit au nom et pour le compte de la société qu'il représente et non en son

nom personnel n'exerce pas une activité indépendante, au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

Com. - 15 novembre 2016.

CASSATION

N° 14-29.043. - CA Bordeaux, 15 octobre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - M^e Ricard, SCP Ohl et Vexliard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1277. Voir également le D. 2016, somm., p. 2396, note Alain Lienhard, la Gaz. Pal. 2017, n° 2, p. 59, note Florence Reille, le Bull. Joly sociétés 2017, p. 38, note Bernard Saintourens, et le JCP 2017, éd. E, II, 1032, note Adeline Cerati-Gauthier.

N° 353

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Patrimoine. - Revendication. - Conditions. - Séparation sans dommage des biens mobiliers incorporés dans un autre bien. - Appréciation souveraine.

Une cour d'appel, ayant relevé que le matériel revendiqué était identifiable et dissociable du plancher en béton sur lequel il avait été fixé et que son démontage ne nécessitait qu'une éventuelle remise en état de celui-ci, sans risque de dégradation pour les biens de la société débitrice, en a souverainement déduit que la séparation des biens pouvait s'effectuer sans qu'ils en subissent un dommage, au sens de l'article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce.

Com. - 2 novembre 2016.

REJET

N° 14-18.898. - CA Douai, 27 mars 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vallansan, Rap. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 354

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Arrêt des poursuites individuelles. - Action en résolution. - Domaine d'application. - Créance antérieure au jugement d'ouverture. - Action en résiliation d'un contrat.

L'action en résiliation d'un contrat de bail fondée sur le paiement tardif des loyers antérieurs au jugement d'ouverture est une action en résolution d'un contrat fondée sur le défaut de paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L. 622-21 du code de commerce.

Com. - 15 novembre 2016.

REJET

N° 14-25.767. - CA Aix-en-Provence, 22 mai 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Caston, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 2, p. 65, note Fabien Kendérian.

N° 355

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Vérification et admission des créances. - Contestation d'une créance. - Décision du

juge-commissaire. - Appel d'un créancier. - Recevabilité. - Conditions. - Personne faisant objet d'une extension de la procédure, débiteur et mandataire judiciaire. - Qualité d'intimé.

Le lien d'indivisibilité unissant les parties à l'instance relative à l'admission des créances impose au créancier qui forme un appel contre la décision du juge-commissaire ayant prononcé l'admission d'une créance détenue sur la personne à qui la procédure collective a été étendue d'intimer cette dernière, le débiteur et le mandataire judiciaire.

Com. - 15 novembre 2016.

CASSATION

N° 14-29.885. - CA Nîmes, 11 septembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Foussard et Frogier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2334.

N° 356

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Vérification et admission des créances. - Contestation d'une créance. - Décision du juge-commissaire. - Appel du débiteur. - Recevabilité. - Conditions. - Créancier et mandataire judiciaire. - Qualité d'intimé.

Même si l'article R. 661-6 du code de commerce est inapplicable à l'appel en matière de vérification du passif, le lien d'indivisibilité qui existe en cette matière entre le créancier, le mandataire judiciaire et le débiteur impose à ce dernier, lorsqu'il forme seul appel contre la décision d'admission d'une créance, d'intimer non seulement le créancier, mais aussi le mandataire judiciaire, et de respecter à l'égard de chacun d'eux les règles de la procédure d'appel.

Com. - 2 novembre 2016.

REJET

N° 14-25.536. - CA Riom, 21 mai 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vallansan, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJDA 2017, n° 37.

N° 357

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Responsabilités et sanctions. - Responsabilité pour insuffisance d'actif. - Procédure. - Articulation avec d'autres actions. - Action en reddition de comptes. - Compatibilité. - Condition.

L'action en reddition de comptes prévue par l'article 1993 du code civil n'a pas le même objet que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif prévue par l'article L. 651-2 du code de commerce.

Com. - 15 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-16.070. - CA Douai, 15 janvier 2015.

Mme Mouillard, Pt. - M. Arbellot, Rap. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 358

État

Responsabilité. - Fonctionnement défectueux du service de la justice. - Faute lourde. - Définition. - Contrôle d'identité discriminatoire.

Prive de base légale sa décision une cour d'appel qui retient le caractère discriminatoire d'un contrôle d'identité sans rechercher, comme elle y était invitée, si la différence de traitement n'était pas justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, tenant au soupçon de commission d'une infraction que faisait naître l'attitude de la personne contrôlée.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.
CASSATION

N° 15-25.872. - CA Paris, 24 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Resp. civ. et assur. 2017, Repère, 1, note Hubert Groutel.

N° 359

État

Responsabilité. - Fonctionnement défectueux du service de la justice. - Faute lourde. - Définition. - Contrôle d'identité selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine, réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable.

Une faute lourde de l'État, au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, doit être regardée comme constituée lorsqu'il est établi qu'un contrôle d'identité a été réalisé selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable.

La charge de la preuve est aménagée en ce qu'il appartient à celui qui s'en prétend victime d'apporter des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement et laissant présumer l'existence d'une discrimination, et, le cas échéant, à l'administration de démontrer soit l'absence de différence de traitement, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Les juges apprécient souverainement si celui qui s'en prévaut rapporte la preuve de faits de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination dans le choix de la personne.

Une cour d'appel énonce à bon droit que des études et informations statistiques sont, à elles seules, insuffisantes à laisser présumer une discrimination et, déduisant ensuite souverainement du contenu des attestations produites que l'intéressé ne rapporte pas la preuve de faits de nature à traduire une différence de traitement, retient exactement que la responsabilité de l'État ne peut être engagée pour discrimination dans le choix de la personne.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.
REJET

N° 15-24.212. - CA Paris, 24 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Resp. civ. et assur. 2017, Repère, 1, note Hubert Groutel.

N° 360

État

Responsabilité. - Fonctionnement défectueux du service de la justice. - Faute lourde. - Définition. - Contrôle d'identité selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine, réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable.

Une faute lourde de l'État, au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, doit être regardée comme constituée lorsqu'il est établi qu'un contrôle d'identité a été réalisé selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable.

La charge de la preuve est aménagée en ce qu'il appartient à celui qui s'en prétend victime d'apporter des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement et laissant présumer l'existence d'une discrimination, et, le cas échéant, à l'administration de démontrer soit l'absence de différence de traitement, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Les juges apprécient souverainement si celui qui s'en prévaut rapporte la preuve de faits de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination dans le choix de la personne.

Une cour d'appel qui constate que les études et informations statistiques produites attestent de la fréquence de contrôles d'identité effectués, selon des motifs discriminatoires, sur une même catégorie de population appartenant aux « minorités visibles », c'est-à-dire déterminée par des caractéristiques physiques résultant de son origine ethnique, réelle ou supposée, et se fonde sur un témoignage pour retenir que les opérations de contrôle ont visé, durant 1 h 30, de façon systématique et exclusive, un type de population en raison de sa couleur de peau ou de son origine en déduit souverainement que la victime apporte des éléments de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination.

Un cour d'appel, qui, au regard d'une telle présomption, estime souverainement que l'Agent judiciaire de l'État ne démontre pas en quoi ce contrôle d'identité était justifié par des circonstances objectives, étrangères à toute discrimination, en déduit exactement que la responsabilité de l'État se trouve engagée sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.
REJET

N° 15-25.873. - CA Paris, 24 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Resp. civ. et assur. 2017, Repère, 1, note Hubert Groutel.

N° 361

État

Responsabilité. - Fonctionnement défectueux du service de la justice. - Faute lourde. - Définition. - Contrôle d'identité selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine, réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable.

Une faute lourde de l'État, au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, doit être regardée comme constituée lorsqu'il est établi qu'un contrôle d'identité a été réalisé selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable.

La charge de la preuve est aménagée en ce qu'il appartient à celui qui s'en prétend victime d'apporter des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement et laissant présumer l'existence d'une discrimination, et, le cas échéant, à l'administration de démontrer soit l'absence de différence de traitement, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Les juges procèdent à une appréciation souveraine de l'existence de la différence de traitement et des éléments objectifs de nature à justifier une telle différence. Le contrôle d'une personne selon des critères tirés de caractéristiques physiques au motif qu'elle répondait au signalement de l'un des suspects constitue une telle justification, dont il se déduit que le choix de la personne contrôlée ne présente pas de caractère discriminatoire.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.

REJET

N° 15-24.210. - CA Paris, 24 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Resp. civ. et assur. 2017, Repère, 1, note Hubert Groutel.

**Note sous 1^{re} Civ., 9 novembre 2016,
commune aux n° 358, n° 359, n° 360 et n° 361 ci-dessus**

Une série de treize pourvois invitait la Cour de cassation à se prononcer pour la première fois sur l'engagement de la responsabilité de l'État dans le cas où un contrôle d'identité serait réalisé sur le fondement de caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée de la personne contrôlée.

En application de l'article 78-2 du code de procédure pénale, un contrôle d'identité peut intervenir en flagrance, sur les réquisitions du procureur de la République, ou encore au motif d'un risque de trouble à l'ordre public. Tout contrôle d'identité, qu'il soit « administratif » ou « judiciaire », est soumis au contrôle des autorités judiciaires, ainsi qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 1993 (Conseil constitutionnel, 5 août 1993, décision n° 93-323 DC) et de la lettre des articles 78-1 du code de procédure pénale et R. 434-23 du code de la sécurité intérieure.

Il appartient donc au juge, gardien des libertés individuelles au sens de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, d'assurer le respect des droits fondamentaux de la personne, notamment le respect de l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion, telle que prévue à l'article 1 de la Constitution, en contrôlant, le cas échéant, l'absence de caractère discriminatoire du contrôle d'identité, alors même que la procédure, telle que prévue par le code de procédure pénale, aurait été respectée.

Cependant, lorsqu'ils n'ont pas conduit au déclenchement d'une procédure judiciaire ou administrative, les contrôles d'identité ne font l'objet d'aucun enregistrement. Les preuves des circonstances d'un tel contrôle ne résultent pas d'une procédure écrite des fonctionnaires ayant effectué celui-ci. Or, en droit commun, une personne qui estime être victime d'une situation qui lui porte préjudice doit apporter la preuve de l'existence de cette situation.

Dans certaines matières, la Cour de cassation a parfois instauré des aménagements de la charge de la preuve, notamment en jugeant, en droit du travail, qu'il n'appartient pas au salarié d'établir la discrimination dont il se plaint, mais seulement de présenter des faits laissant supposer qu'elle existe, à charge alors pour l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination propres à justifier la différence apparente de traitement (Soc., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-42.643, *Bull.* 2000, V, n° 151).

Dans les litiges soumis à la première chambre civile de la Cour de cassation, treize personnes s'estimant victimes de discrimination à raison de leur apparence physique (couleur de peau, traits ou tenue vestimentaire reflétant une origine africaine ou nord-africaine réelle ou supposée), à l'occasion de contrôles d'identité réalisés en 2011 et 2012, avaient assigné l'Agent judiciaire de l'État en réparation de leur préjudice moral, sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire. Alors que le tribunal de grande instance avait rejeté leur demande, la cour d'appel de Paris a condamné l'État à verser des dommages-intérêts à la personne contrôlée dans cinq cas et considéré, dans les huit autres, que la responsabilité de l'État n'était pas engagée.

Des pourvois ont été formés contre ces treize arrêts, soit par l'Agent judiciaire de l'État, soit par les personnes contrôlées.

Par treize arrêts rendus le 9 novembre 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation, se prononçant pour la première fois sur ces questions, considère qu'un contrôle d'identité réalisé selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable, constitue une faute lourde engageant la responsabilité de l'État.

La première chambre civile précise la façon dont la discrimination doit être prouvée. Il s'agit d'un aménagement de la charge de la preuve en trois temps :

- dans un premier temps, la personne qui s'estime victime doit apporter au juge « *des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement et laissant présumer l'existence d'une discrimination* » ;

- c'est ensuite à l'administration de démontrer soit l'absence de discrimination, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

- enfin, le juge exerce son contrôle.

Dans ces conditions, l'État a été condamné lorsqu'il n'a pas démontré que la différence de traitement était justifiée par des éléments objectifs (1^{re} Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.873, en cours de publication).

L'État n'a pas été condamné lorsque la différence de traitement était justifiée par des éléments objectifs : la personne contrôlée correspondait au signalement d'un suspect recherché (1^{re} Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-24.210, en cours de publication).

L'État n'a pas été condamné non plus lorsque la personne contrôlée n'a pas apporté les éléments de fait qui traduisaient une différence de traitement et laissaient présumer l'existence d'une discrimination : l'invocation de statistiques qui attestent de la fréquence de contrôles effectués sur une même catégorie de population appartenant aux « minorités visibles » ne constituait pas, à elle seule, une preuve suffisante ; de plus, les témoignages apportés ne mettaient pas en évidence une différence de traitement (1^{re} Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-24.212, en cours de publication).

Pour la Cour de cassation, des statistiques ne sont ainsi pas suffisantes pour établir le premier temps de l'aménagement de la charge de la preuve. Encore faut-il que d'autres éléments de fait, tels que des témoignages, viennent corroborer l'existence de la discrimination lors du contrôle.

En application de ce régime de la charge de la preuve, onze des pourvois formés contre les arrêts de la cour d'appel sont donc rejetés.

Dans deux affaires, cependant, l'arrêt est cassé : dans un cas, pour non-respect d'une règle de procédure civile indépendante de la question des contrôles d'identité (1^{re} Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.875) ; dans l'autre, parce que la cour d'appel n'a pas recherché si la différence de traitement n'était pas justifiée par des éléments objectifs apportés par l'administration (1^{re} Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.872, en cours de publication).

N° 362

Étranger

Entrée en France. - Maintien en zone d'attente. - Saisine du juge. - Ordonnance statuant sur le maintien. - Appel. - Départ de l'étranger du territoire national. - Portée.

Même en cas de départ de l'étranger du territoire national, le premier président doit se prononcer sur l'appel de l'ordonnance statuant sur le maintien en zone d'attente tant que le délai fixé par la loi n'est pas expiré.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.

CASSATION SANS RENVOI

N° 15-26.016. - CA Paris, 18 avril 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Mansion, Rap. - M. Bernard de La Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Marlange et de La Burgade, Av.

N° 363

Étranger

Entrée ou séjour irrégulier. - Placement en garde à vue. - Régularité. - Procédure de retour établie par la directive 2008/115/CE non menée à son terme. - Portée.

Un ressortissant d'un pays tiers à l'Union européenne, entré en France irrégulièrement, par une frontière intérieure à l'espace Schengen, qui n'encourt pas l'emprisonnement prévu à l'article L. 621-2, 2°, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) dès lors que la procédure de retour établie par la directive 2008/115/CE n'a pas encore été menée à son terme, ne peut, au regard des articles 63 et 67 du code de procédure pénale, être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée du seul chef d'entrée irrégulière.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 13-28.349. - CA Douai, 29 mars 2013.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - M. Bernard de La Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2344.

Note sous 1^{re} Civ., 9 novembre 2016, n° 363 ci-dessus

La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite directive « retour », prescrit aux États membres de prendre une décision d'éloignement (dite « décision de retour ») à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire.

Deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) des 28 avril et 6 décembre 2011 (CJUE, arrêt du 28 avril 2011, El Dridi, C-61/11, et CJUE, gde ch., arrêt du 6 décembre 2011, Achughbabian, C-329/11), interprétant la « directive retour », ont conduit à une remise en cause de l'infraction de « séjour irrégulier » en ce que l'emprisonnement d'une personne en séjour irrégulier était contraire à l'objectif d'éloignement prévu par cette directive.

En effet, la CJUE a jugé que cette directive s'opposait à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permettait l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'avait pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de

cette directive et n'avait pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention.

Si la CJUE, dans l'arrêt « Achughbabian », a considéré que la « directive retour » s'opposait à une réglementation pénalisant le séjour irrégulier, c'est dans la seule mesure où celle-ci était de nature à entraîner une peine de prison, qui compromettrait l'objectif général de la directive en retardant le retour de l'étranger (points 37 et 39). Cette interprétation a été confirmée récemment par la CJUE : le séjour irrégulier peut être réprimé par une peine d'amende, non par une peine d'assignation à résidence sans garantie que cette peine prendrait fin dès le transfert hors de l'État membre (CJUE, arrêt du 6 décembre 2012, Sagor, C-430/11).

En conséquence, les étrangers contrôlés n'étant plus exposés par principe à une sanction pénale d'emprisonnement, ils ne pouvaient plus être placés en garde à vue. En effet, depuis la réforme du 14 avril 2011, ce placement est réservé aux personnes susceptibles d'être condamnées à une peine de prison. Par plusieurs décisions du 5 juillet 2012, la première chambre de la Cour de cassation a ainsi jugé que le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui n'encourt pas la peine d'emprisonnement prévue par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef (voir 1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.250, *Bull.* 2012, I, n° 158 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-21.792 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.384 ; 1^{re} Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 12-17.508 ; 1^{re} Civ., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-14.765 ; 1^{re} Civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-10.140 ; 1^{re} Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-13.701 ; 1^{re} Civ., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-19.086).

Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'il incombait au juge compétent, pour prolonger une mesure de rétention, de rechercher, au vu des pièces de la procédure suivie devant lui, si cet étranger avait été préalablement soumis à une mesure coercitive au sens de l'article 8 de la directive « retour » précitée et, dans l'hypothèse où ce dernier aurait déjà fait l'objet d'un placement en rétention, si la durée de celle-ci avait été maximale.

En l'espèce, il n'était pas reproché à l'étranger un séjour irrégulier, mais une entrée irrégulière sur le territoire national dont il s'agissait de savoir si elle produisait, ou non, les mêmes effets qu'un séjour irrégulier, au regard de la « directive retour ».

Le 22 mars 2014, Mme X..., de nationalité ghanéenne, avait été interpellée, à Coquelles, alors qu'elle provenait de Belgique à bord d'un autobus effectuant la liaison Gand-Londres. Elle avait présenté un passeport belge comportant la photographie d'une autre personne, établi à un autre nom, puis avait été placée en garde en vue pour entrée irrégulière sur le territoire français. Le lendemain, le préfet du Pas-de-Calais avait pris à son encontre une décision de remise aux autorités belges et ordonné son maintien en rétention administrative, dans l'attente de l'acceptation de la procédure de réadmission. Une ordonnance du juge des libertés et de la détention avait prolongé cette mesure et le premier président, saisi en appel, l'avait confirmée.

La procédure révélait donc que s'étaient succédé :

- un contrôle d'identité, dont la légalité n'était pas contestée, dans un bus à Coquelles (Pas-de-Calais), sur le fondement des articles L. 611-1 du CESEDA et 78-2 du code de procédure pénale ;

- un placement en garde à vue, sur le fondement de l'article L. 621-2, 2°, du CESEDA (entrée irrégulière sur le territoire) ;

- un placement en rétention sur le fondement du 1° de l'article L. 551-1 du CESEDA (réadmission : remise aux autorités d'un État membre en application de l'article L. 531-1 ou L. 531-2 du même code) ;

- une prolongation de sa rétention, confirmée par le premier président.

Mme X... s'étant pourvue en cassation contre l'ordonnance du premier président du 29 mars 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation avait, par un arrêt du 28 janvier 2015, sursis à statuer et posé à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) trois questions sur la compatibilité avec la « directive retour » d'une peine d'emprisonnement pour entrée irrégulière, dans le cas de Mme X..., qui se trouvait en transit.

La CJUE a, par un arrêt du 7 juin 2016 rendu en grande chambre (CJUE, gde ch., arrêt du 7 juin 2016, C-47/15, Affum), dit pour droit :

« 1^o L'article 2, paragraphe 1, et l'article 3, point 2, de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier doivent être interprétés en ce sens qu'un ressortissant d'un pays tiers se trouve en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et relève, à ce titre, du champ d'application de cette directive lorsque, sans remplir les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence, il transite par cet État membre en tant que passager d'un autobus, en provenance d'un autre État membre, faisant partie de l'espace Schengen, et à destination d'un troisième État membre se trouvant en dehors de cet espace.

2^o La directive 2008/115 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre permettant du seul fait de l'entrée irrégulière par une frontière intérieure, conduisant au séjour irrégulier, l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, pour lequel la procédure de retour établie par cette directive n'a pas encore été menée à son terme.

Cette interprétation est également valable lorsque le ressortissant concerné est susceptible d'être repris par un autre État membre, en application d'un accord ou d'un arrangement au sens de l'article 6, paragraphe 3, de ladite directive ».

Dans l'arrêt ici commenté, la première chambre civile de la Cour de cassation, tirant les conséquences de cet arrêt de la CJUE, casse, pour manque de base légale, l'ordonnance attaquée, qui avait retenu que le placement en garde à vue de Mme X... était régulier dès lors que l'infraction d'entrée irrégulière était établie, au motif que le premier président n'a pas recherché si la procédure de retour établie par la directive avait été menée à son terme à l'égard de l'intéressée.

La première chambre précise que le ressortissant d'un pays tiers, entré en France irrégulièrement, par une frontière intérieure à l'espace Schengen, qui n'encourt pas l'emprisonnement prévu à l'article L. 621-2, 2^o, du CESEDA dès lors que la procédure de retour établie par la directive 2008/115/CE n'a pas encore été menée à son terme, ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée du seul chef d'entrée irrégulière.

N^o 364

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Fin de la rétention. - Conditions. - Existence de circonstances de droit ou de fait. - Recherche de la conformité au droit de l'Union de la mesure de rétention. - Office du juge des libertés et de la rétention.

Le juge des libertés et de la détention, saisi en application des articles L. 552-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, est compétent pour mettre fin, à tout moment, à la rétention administrative, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient.

Ces circonstances peuvent résulter de la recherche de la conformité au droit de l'Union de la mesure de rétention.

1^{er} Civ. - 9 novembre 2016.
CASSATION SANS RENVOI

N^o 15-27.357. - CA Paris, 19 mars 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoullaud, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N^o 365

Extorsion

Éléments constitutifs. - Élément intentionnel. - Usage conscient de la force, de la violence ou de la contrainte.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable du délit d'extorsion, constate que la signature ou la remise de fonds ont été déterminées par l'existence d'une contrainte morale exercée en connaissance de cause sur la victime.

Crim. - 3 novembre 2016.
REJET

N^o 15-83.892. - CA Douai, 21 avril 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Draï, Rap. - M. Valat, Av. Gén. - M^e Bouthors, Av.

N^o 366

1^o Extradition

Chambre de l'instruction. - Avis. - Extradition aux fins d'exécution d'une condamnation. - Droits de la défense. - Respect. - Constatations nécessaires.

2^o Extradition

Chambre de l'instruction. - Avis. - Extradition aux fins d'exécution d'une peine. - Loi de l'État requérant ou loi française. - Prescription de la peine. - Constatations nécessaires.

3^o Extradition

Chambre de l'instruction. - Avis. - Avis favorable. - Arrêt ne satisfaisant pas aux conditions essentielles de son existence légale. - Omission de se prononcer sur l'atteinte alléguée au respect de la vie privée et familiale.

1^o Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'extradition en vue de l'exécution d'une condamnation, la chambre de l'instruction, pour répondre à la personne réclamée qui le conteste, vérifie si cette dernière a été appelée à son procès et en mesure d'exercer les recours utiles.

2^o Lorsque l'extradition est demandée aux fins d'exécution d'une peine, il appartient seulement à la chambre de l'instruction de rechercher si cette peine est ou non prescrite d'après la loi de l'État requérant ou la loi française.

3^o La chambre de l'instruction est tenue de répondre à l'argumentation de la personne réclamée qui fait valoir, en soumettant à son appréciation les pièces y afférentes, que son extradition serait de nature à porter une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ne satisfait pas aux conditions de son existence légale, au sens de l'article 696-15 du code de procédure pénale, l'arrêt qui, en réponse à une telle demande, se limite à retenir que l'atteinte au respect de la vie privée et familiale trouve sa justification dans la nature même de la procédure d'extradition.

Crim. - 15 novembre 2016.
CASSATION

N^o 16-85.335. - CA Dijon, 24 août 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Durin-Karsenty, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 367

Filiation

Actions relatives à la filiation. - Actions aux fins d'établissement de la filiation. - Action en recherche de paternité. - Prescription prévue par l'article 321 du code civil. - Convention européenne des droits de l'homme. - Article 8. - Droit au respect de la vie privée et familiale. - Compatibilité. - Appréciation concrète.

Si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la prescription des actions relatives à la filiation est prévue par la loi et poursuit un but légitime en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique.

Il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre des dispositions de droit interne relatives à la prescription de l'action ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi.

Un arrêt qui relève que l'action en recherche de paternité, engagée plus de dix années après la majorité du demandeur, est prescrite en application de l'article 321 du code civil et des dispositions transitoires de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, et retient que cette action, qui tend à remettre en cause une situation stable depuis cinquante ans, porte atteinte à la sécurité juridique et à la stabilité des relations familiales, le père prétendu étant âgé de 84 ans, marié et père d'une fille, peut en déduire que la prescription opposée au demandeur ne porte pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.
REJET

N° 15-25.068. - CA Riom, 31 mars 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - M. Bernard de La Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2337, note Inès Gallmeister. Voir également la revue AJ Famille 2016, p. 601, note Maïté Saulier, et le JCP 2017, éd. G, II, 46, note Virginie Larribau-Termeyre.

N° 368

1^o Garde à vue

Droits de la personne gardée à vue. - Notification. - Informations relatives à l'infraction. - Défaut. - Sanction. - Nullité. - Conditions. - Caractérisation. - Absence. - Propos du demandeur ne s'incriminant pas. - Atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue (non).

2^o Contrôle d'identité

Vérification d'identité. - Procédure. - Garanties. - Respect. - Constatations nécessaires.

1^o L'omission, dans la notification à la personne gardée à vue, prévue à l'article 63-1 du code de procédure pénale, d'une infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ne peut entraîner le prononcé d'une nullité que s'il en est résulté pour elle une atteinte effective à ses intérêts.

Une telle atteinte ne se trouve pas caractérisée lorsque, en répondant aux questions des enquêteurs, le demandeur n'a tenu aucun propos par lequel il s'est incriminé.

2^o La méconnaissance des garanties prévues par l'alinéa 1 de l'article 78-3 du code de procédure pénale cause nécessairement grief à la personne dont l'identité est vérifiée.

Encourt la cassation l'arrêt qui a écarté le moyen pris de la nullité du procès-verbal de vérification d'identité sans rechercher si la personne avait bénéficié des droits qu'elle tenait de l'article 78-3 du code de procédure pénale et si elle n'avait été retenue que le temps strictement exigé par l'établissement de son identité.

Crim. - 2 novembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 16-81.716. - CA Aix-en-Provence, 25 février 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Ascensi, Rap. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 369

Géolocalisation

Officier de police judiciaire. - Pouvoirs. - Réquisitions aux fins de géolocalisation. - Géolocalisation en temps différé. - Géolocalisation en temps réel. - Distinction.

Doivent être distinguées, parmi les géolocalisations mises en œuvre par la police judiciaire, celles qui, accomplies en temps réel pour suivi dynamique d'un mis en cause, sont seules régies par les dispositions des articles 230-32 et suivants du code de procédure pénale et celles qui, réalisées en temps différé pour reconstitution ultérieure de son parcours, sont exécutées sur le fondement de l'article 77-1-1 dudit code.

Crim. - 2 novembre 2016.
REJET

N° 16-82.376. - CA Aix-en-Provence, 29 mars 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Buisson, Rap. - M. Cuny, P. Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 370

Instruction

Avis de fin d'information. - Présentation de réquisitions ou observations complémentaires. - Délais applicables. - Point de départ. - Détermination. - Portée.

Il résulte de l'article 175 du code de procédure pénale que le délai de dix jours ou d'un mois ouvert au ministère public et aux parties pour présenter, respectivement, des réquisitions et observations complémentaires ne commence à courir qu'à l'issue du premier délai d'un mois ou de trois mois prévu par ce texte.

Encourt la cassation l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui inclut dans le délai de trois mois celui d'un mois dont avait disposé la partie civile pour présenter des observations complémentaires à la suite du dépôt, par le procureur de la République, de son réquisitoire définitif.

Crim. - 15 novembre 2016.
CASSATION

N° 15-86.940. - CA Rennes, 9 octobre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Parlos, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, Av.

N° 371

Instruction

Désignation du juge d'instruction. - Juge d'instruction empêché. - Remplacement. - Remplacement par le président du tribunal de grande instance. - Condition.

Il se déduit des articles 50, alinéa 4, et 84, alinéas 3 et 4, du code de procédure pénale que le président du tribunal de grande

N° 374

instance n'est compétent, lorsque le juge d'instruction saisi du dossier est empêché, pour désigner celui des juges du tribunal qui le remplacera que si, d'abord, il n'a pu désigner un autre juge d'instruction pour le remplacer, si, ensuite, un autre juge d'instruction n'a pas été désigné en application des dispositions de l'article 50 susvisé et si, enfin, l'urgence et l'impossibilité de réunir l'assemblée générale des magistrats du tribunal ont été constatées.

Ne justifie pas sa décision au regard de ces textes la chambre de l'instruction qui rejette le moyen pris de la nullité de la désignation, dans l'ordonnance de répartition des services du président du tribunal, d'un juge des enfants en qualité de suppléant du juge d'instruction, en s'abstenant de rechercher si les conditions précitées étaient réunies.

Crim. - 15 novembre 2016.
CASSATION

N° 16-82.709. - CA Besançon, 6 avril 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Ascensi, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 372

Instruction

Ordonnances. - Appel. - Appel de la personne mise en examen. - Ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel. - Recevabilité. - Détermination.

La chambre de l'instruction ne peut être saisie d'un recours fondé sur le non-respect, par le magistrat instructeur, des dispositions destinées à assurer le caractère contradictoire du règlement de l'information judiciaire, l'article 385, alinéa 2, du code de procédure pénale conférant, en la matière, une compétence exclusive au tribunal correctionnel.

Dès lors, l'appel de l'ordonnance prise par le juge d'instruction à la suite du renvoi opéré par la juridiction de jugement en application de l'article précité n'est recevable que dans les limites fixées par l'article 186-3 du même code.

Crim. - 15 novembre 2016.
IRRECEVABILITE

N° 16-84.619. - CA Rennes, 17 juin 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Parlos, Rap. - M. Lagache, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 373

Majeur protégé

Tutelle. - Mainlevée. - Demande de mainlevée. - Recevabilité. - Conditions. - Production d'un certificat médical (non).

La production d'un certificat médical n'est pas une condition de recevabilité de la demande de mainlevée d'une mesure de protection juridique des majeurs.

1^{re} Civ. - 9 novembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-17.735. - CA Douai, 17 avril 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - M. Bernard de La Gatinais, P. Av. Gén. - M^e Delamarre, SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Famille 2016, p. 606, note Thierry Verheyde.

1^o Mesures d'instruction

Sauvegarde de la preuve avant tout procès. - Motif légitime. - Caractérisation. - Office du juge. - Étendue. - Limites.

2^o Mesures d'instruction

Sauvegarde de la preuve avant tout procès. - Motif légitime. - Secret des affaires.

1^o La mise en œuvre, sur le territoire français, de mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile est soumise à la loi française et n'impose pas au juge de caractériser le motif légitime d'ordonner une mesure d'instruction au regard de la loi susceptible d'être appliquée à l'action au fond qui sera éventuellement engagée.

2^o Le secret des affaires et le secret professionnel ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile.

La seule réserve à l'appréhension et à la communication de documents sur le fondement de ces dispositions tient au respect du secret des correspondances entre avocats ou entre un avocat et son client, tel qu'édicté par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

1^{re} Civ. - 3 novembre 2016.
REJET

N° 15-20.495. - CA Versailles, 7 mai 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Wallon, Rap. - M. Cailliau, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Odent et Poulet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1201.

N° 375

Mineur

Cour d'assises. - Composition. - Assesseurs. - Juge des enfants. - Juge des enfants du ressort de la cour d'appel. - Désignation. - Impossibilité. - Constatations nécessaires. - Défaut. - Portée.

Les deux assesseurs appelés à siéger à la cour d'assises des mineurs doivent être choisis, sauf impossibilité, parmi les juges des enfants du ressort de la cour d'appel.

La juridiction est irrégulièrement composée si aucune pièce de la procédure soumise à la Cour de cassation n'établit l'impossibilité, constatée par le premier président de la cour d'appel, de désigner un assesseur parmi les juges des enfants du ressort de la cour d'appel.

Crim. - 3 novembre 2016.
CASSATION

N° 15-82.430. - Cour d'assises des Yvelines, 27 mars 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Draï, Rap. - M. Valat, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 376

Presse

Abus de la liberté d'expression. - Réparation. - Fondement. - Détermination.

Les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil.

Méconnaît ce principe la juridiction de proximité qui accueille la demande de dommages-intérêts formée par des copropriétaires au titre du droit commun de la responsabilité et motivée par l'atteinte causée à leur réputation par l'affichage des notes du conseil syndical.

3^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION SANS RENVOI

N° 15-17.150. - Juridiction de proximité de Paris 17, 2 février 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Jariel, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Delaporte et Briard, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2283. Voir également la Gaz. Pal. 2017, n° 2, p. 29, note Nathalie Blanc, et la revue Loyers et copr. 2017, comm. 24, note Christelle Coutant-Lapalus.

N° 377

Presse

Procédure. - Action publique. - Extinction. - Prescription. - Délai. - Point de départ. - Diffusion sur le réseau internet. - Mise en ligne d'un lien hypertexte renvoyant à un texte déjà publié. - Nouvelle publication. - Conditions. - Détermination.

L'insertion, sur internet, par l'auteur d'un écrit, d'un lien hypertexte renvoyant directement audit écrit, précédemment publié, caractérise une reproduction, à nouveau rendue publique, d'un texte déjà publié et est constitutive d'une publication nouvelle dudit texte, qui fait courir à nouveau le délai de prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Crim. - 2 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-87.163. - CA Paris, 22 octobre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Bonnal, Rap. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. E, chron., 1036, spéc. n° 29, note Nathalie Mallet-Pougol. Voir également la revue AJ Pénal 2017, p. 39, note Jean-Baptiste Thierry.

N° 378

Preuve

Règles générales. - Moyen de preuve. - Moyen illicite. - Exclusion. - Cas. - Production de pièces obtenues par le délégué du personnel dans un but légitime.

L'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice.

Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Encourt la cassation l'arrêt qui retient que constitue un mode de preuve illicite la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application de l'article L. 3171-2 du code du travail et qui ont été reproduits sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés, alors que la cour d'appel a constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions d'une décision de justice lui faisant interdiction de faire travailler ses salariés le dimanche, ce dont il

résultait que la production de ces documents ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi.

Soc. - 9 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-10.203. - CA Versailles, 6 novembre 2014.

M. Frouin, Pt. - M. David, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 407. Voir également le JCP 2017, éd. S, II, 1008, note Alexis Bugada, le JCP 2016, éd. G, Act., 1281, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier, la RJS 2017, n° 27 et le D. 2017, p. 37, note Gwendoline Lardeux.

Note sous Soc., 9 novembre 2017, n° 378 ci-dessus

Par l'arrêt ici commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation exerce un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve.

La subordination inhérente au contrat de travail n'a pas pour effet de priver le salarié des droits fondamentaux attachés à sa personne. L'article L. 1121-1 du code du travail pose ainsi la règle selon laquelle « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Dans ce cadre légal, la jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation, reconnaît un droit du salarié au respect de sa vie personnelle (Soc., 14 mai 1997, pourvoi n° 94-45.473, Bull. 1997, V, n° 175). Cette notion recouvre à la fois la vie privée du salarié, mais également ses libertés civiles et civiques.

L'article 9 du code de procédure civile, qui impose à chacune des parties au procès civil de prouver les faits qu'elle allègue au soutien de sa prétention, précise que cette preuve doit être rapportée « conformément à la loi ». Ainsi, la Cour de cassation refuse d'admettre, à titre de preuve, des éléments contenant des informations relevant de la vie privée ou qui ont été obtenus par un procédé y portant atteinte (Soc., 16 mars 2011, pourvoi n° 09-43.204, portant sur l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée à l'insu du salarié).

S'agissant des mesures d'instruction *in futurum*, la jurisprudence de la chambre sociale retenait jusqu'à présent que la vie personnelle du salarié ne constituait pas un obstacle à une communication de pièces lorsque celle-ci procédait d'un motif légitime et était nécessaire à la protection des droits de la partie qui sollicitait cette communication (Soc., 19 décembre 2012, pourvoi n° 10-20.526, Bull. 2012, V, n° 341).

Il est cependant apparu à la Cour de cassation que la question de l'articulation entre les nécessités de la preuve et le respect dû à la vie privée devait être examinée à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette juridiction a en effet reconnu, sur le fondement de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « le droit d'une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves » (CEDH, 27 octobre 1993, Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas, n° 14448/88, § 33 ; CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T.A. c/ Belgique, n° 65097/01, § 42), ou, autrement dit, un « droit à la preuve » (CEDH, 10 octobre 2006, L.L. c/ France, n° 7508/02, § 40). Elle a, de la sorte, invité les juges nationaux « à aborder la recevabilité d'un mode a priori inadmissible ou suspect à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre et constitue le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond » (rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, « La preuve », p. 329).

La Cour de cassation procède à un tel contrôle de proportionnalité, en affirmant que le droit à la preuve ne peut justifier la production

d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi (1^{re} Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, en cours de publication).

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté, à la demande d'un syndicat, un juge des référés avait interdit à une société d'employer des salariés le dimanche dans des établissements qu'elle exploitait dans la région parisienne. Cette interdiction était assortie d'une astreinte par infraction constatée.

Le syndicat avait de nouveau saisi le juge des référés pour voir constater l'emploi, par la société, de salariés le dimanche dans certains de ses établissements et obtenir notamment la liquidation de l'astreinte et la condamnation de la société à lui verser une somme provisionnelle à titre de dommages-intérêts.

La cour d'appel a écarté certains éléments de preuve produits par le syndicat à l'appui de ses demandes, en particulier des décomptes du temps de travail hebdomadaire des salariés, des plannings, des contrats de travail à temps partiel de salariés mentionnant les horaires effectués le dimanche, des lettres de salariés s'étant déclarés volontaires pour travailler le dimanche et des bulletins de paie. Ces documents avaient pu être consultés par un délégué du personnel dans les locaux de la société en application des dispositions de l'article L. 3171-2 du code du travail. La cour d'appel a retenu que le droit de consultation prévu par ce texte était exclusif de toute appropriation, notamment par copie ou par photographie, et que la photographie de documents contenant des données personnelles sur les salariés, sans qu'il soit justifié de l'accord des intéressés, n'était pas un moyen de preuve légalement admissible.

Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation.

En premier lieu, la chambre sociale de la Cour de cassation retient que l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice. Elle affirme que la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application de ce texte constitue un moyen de preuve licite. Cette solution se justifie par la nécessité de permettre aux syndicats d'exercer la mission de défense des droits et intérêts des salariés dont ils sont investis.

En second lieu, la chambre sociale de la Cour de cassation procède à un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la vie personnelle des salariés et le droit à la preuve. Se fondant sur les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle pose le principe selon lequel le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle du salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. Tel était le cas en l'espèce, les documents litigieux ayant été obtenus par un délégué du personnel dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle légale relative au repos dominical et se conformait aux dispositions d'une décision de justice lui faisant interdiction de faire travailler ses salariés le dimanche.

N° 379

Procédure civile

Défense au fond. - Proposition en tout état de cause. - Portée.

Les défenses au fond pouvant être invoquée en tout état de cause, un bailleur qui a délivré un congé avec refus de renouvellement peut, au cours de l'instance en fixation de l'indemnité d'éviction, dénier l'application du statut des baux commerciaux.

Viole, dès lors, l'article 72 du code de procédure civile la cour d'appel qui déclare sans portée comme procédant d'un estoppel la contestation du bailleur sur l'application du statut des baux commerciaux.

3^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-25.427. - CA Poitiers, 7 avril 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Corbel, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - M^e Haas, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. loyers 2016, p. 478, note Christine Quément. Voir également la revue Administrer, décembre 2016, p. 25, note Jehan-Denis Barbier.

N° 380

Procédure civile

Intervention. - Intervention à une instance en révision. - Possibilité.

Un tiers peut intervenir à une instance en révision.

Une cour d'appel qui constate qu'il a été révélé, depuis l'arrêt par lequel elle a statué sur la demande d'indemnisation des acquéreurs d'un immeuble pour les désordres et malfaçons subis, que ceux-ci n'en étaient plus les propriétaires lors de cette décision, pour l'avoir revendu, et relève que seuls les propriétaires d'un immeuble atteint de désordres sont fondés à percevoir les indemnités allouées au titre des désordres matériels et de jouissance pendant la durée des travaux en déduit exactement que l'intervention à l'instance en révision de ceux à qui l'immeuble a été revendu est recevable en raison de l'évolution du litige.

3^e Civ. - 10 novembre 2016.

REJET

N° 14-25.318. - CA Montpellier, 17 juillet 2014.

M. Chauvin, Pt. - M. Jardel, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, II, 1348, note Fabrice Defferrard.

N° 381

Procédure civile

Procédure à jour fixe. - Requête. - Ordonnance y faisant droit. - Délai fixé pour assigner. - Non-respect. - Sanction. - Détermination.

Le non-respect du délai fixé par un premier président dans l'ordonnance par laquelle il autorise l'assignation à jour fixe pour la délivrance des assignations ne peut être sanctionné par la caducité de l'ordonnance et, partant, de l'assignation à jour fixe qu'elle autorise, et est sans incidence sur la recevabilité de l'appel.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir relevé que le premier président, dans l'ordonnance autorisant l'assignation à jour fixe, avait prévu que les assignations devaient être délivrées aux parties adverses dans les quinze jours de sa décision sous peine de caducité et que les assignations avaient été délivrées aux créanciers inscrits et au créancier poursuivant sans que ce délai ait été respecté, retient que, l'ordonnance du premier président s'imposant aux parties comme à la juridiction de jugement, la caducité de ladite ordonnance doit être prononcée, l'appelante ne pouvant dès lors se prévaloir de la procédure d'assignation à jour fixe exigée par l'article R. 322-19 du code des procédures civiles d'exécution, et déclare en conséquence l'appel irrecevable.

2^e Civ. - 10 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-11.407. - CA Grenoble, 2 décembre 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Brouard-Gallet, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - SCP Gaschignard, SCP Foussard et Froger, Av.

N° 382

Propriété

Atteinte au droit de propriété. - Construction empiétant sur l'héritage voisin. - Empiètement négligeable. - Portée.

Viola l'article 545 du code civil la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un propriétaire fondée sur un empiètement créé par des éléments de la toiture du propriétaire du fonds voisin, retient que cet empiètement n'est que de vingt centimètres et n'est à l'origine d'aucun désordre ni sinistre, et que sa rectification serait préjudiciable aux deux parties et disproportionnée.

3^e Civ. - 10 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-19.561. - CA Bastia, 18 mars 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Meano, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1271, note Julien Dubarry. Voir également le JCP 2017, éd. N, II, n° 1001, note Lionel Bosc.

N° 383

Propriété

Droit de propriété. - Atteinte. - Applications diverses. - Construction empiétant sur le fonds voisin. - Démolition. - Étendue. - Démolition partielle de la construction. - Recherche nécessaire.

Prive de base légale sa décision au regard des articles 544 et 545 du code civil une cour d'appel qui ordonne la démolition totale d'une construction empiétant sur un fonds sans rechercher, comme il le lui est demandé, si un raboutage du mur n'est pas de nature à mettre fin à l'empiètement constaté.

3^e Civ. - 10 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-25.113. - CA Bourges, 2 juillet 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Meano, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Bouloche, M^e Rémy-Corlay, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1271, note Julien Dubarry. Voir également le JCP 2017, éd. N, II, n° 1001, note Lionel Bosc.

N° 384

1^o Propriété industrielle

Organisation administrative et professionnelle. - Institut national de la propriété industrielle. - Recours contre les décisions du directeur général. - Compétence judiciaire. - Étendue. - Actions en responsabilité.

2^o Propriété industrielle

Organisation administrative et professionnelle. - Institut national de la propriété industrielle. - Recours contre les décisions du directeur général. - Compétence de la cour d'appel en premier et dernier ressort. - Dérogation au double degré de juridiction. - Violation d'un principe général du droit ayant valeur constitutionnelle (non).

1^o Une cour d'appel retient à bon droit que la compétence de l'ordre judiciaire pour statuer sur les recours en annulation formés contre les décisions prises par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de délivrance, de rejet ou de maintien des titres de propriété industrielle, s'étend aux actions relatives aux conséquences dommageables des fautes qu'il aurait pu commettre à l'occasion de l'exercice de ses attributions, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que l'action en responsabilité est engagée par l'auteur du recours en annulation, accessoirement à ce recours, ou par un tiers, indépendamment de toute contestation de la décision faisant grief.

2^o Une cour d'appel décide exactement que l'article L. 411-4 du code de la propriété intellectuelle, qui confère à la cour d'appel une compétence en premier et dernier ressort pour statuer sur les recours en annulation formés contre les décisions prises par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de délivrance, de rejet ou de maintien des titres de propriété industrielle, déroge expressément au principe du double degré de juridiction, lequel n'est ni consacré à titre de principe général du droit ayant valeur constitutionnelle ni exigé par le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1^{re} Civ. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-24.189. - CA Paris, 26 mai 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Canas, Rap. - M. Cailliau, Av. Gén. - M^e Bertrand, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1202.

N° 385

Protection des consommateurs

Clauses abusives. - Caractère abusif. - Office du juge. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Par arrêt du 4 juin 2009 (Pannon GSM Zrt., aff. C-243/08), la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet.

Présente un caractère abusif, au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation, la clause du contrat de séjour proposé aux résidents d'une maison de retraite prévoyant que le délai de restitution du dépôt de garantie est de deux mois, alors que l'article R. 314-149 du code de l'action sociale et des familles prévoit une restitution dans les trente jours du départ du résident.

1^{re} Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 15-20.621. - CA Grenoble, 28 avril 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Gall, Rap. - M. Cailliau, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2278. Voir également le JCP 2016, éd. G, II, 1351, note Gilles Paisant, le JCP 2017, éd. E, chron., 1006, spéc. n° 7, note Romain Loir, et la revue Contrats, conc. consom. 2017, comm. 22, note Sabine Bernheim-Desvaux.

N° 386

Protection des droits de la personne

Informatique et libertés (loi du 6 janvier 1978). - Traitement de données à caractère personnel. - Données à caractère personnel. - Qualification. - Applications diverses. - Adresses IP. - Portée.

Les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, au sens de l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, de sorte que leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

1^{re} Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-22.595. - CA Rennes, 28 avril 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Canas, Rap. - M. Ingall-Montagnier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

L'avis de l'avocat général est paru dans la Gaz. Pal. 2016, n° 40, p. 24. Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, II, 1310, note Romain Perray. Voir également le JCP 2017, éd. E, chron., 1036, spéc. n° 22, note Nathalie Mallet-Pougol.

N° 387

1^o Recel

Délits assimilés. - Immeuble indivis d'un prévenu déclaré coupable de non-justification de ressources. - Éléments constitutifs. - Élément intentionnel. - Connaissance des délits effectivement commis par la personne avec laquelle elle est en relations habituelles (non).

2^o Confiscation

Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Immeuble indivis d'un prévenu déclaré coupable de non-justification de ressources. - Condition. - Non-justification même partielle de l'origine des fonds ayant permis l'acquisition du bien confisqué.

3^o Peines

Peines complémentaires. - Confiscation. - Immeuble en indivision avec un tiers. - Invocation par le condamné d'une atteinte aux droits du coïndivisaire non condamné. - Qualité (non). - Bien dévolu en situation d'indivision à l'État.

1^o Le délit de non-justification de ressources ne nécessite pas que soit caractérisée la connaissance par le prévenu des délits effectivement commis par la personne avec laquelle elle est en relations habituelles.

2^o Doit être approuvée la cour d'appel qui, pour confisquer l'immeuble indivis d'un prévenu déclaré coupable de non-justification de ressources, peine prévue par l'article 321-10-1 du code pénal, retient que l'intéressé ne justifie pas de l'origine des fonds au moyen desquels il a, même partiellement, remboursé l'emprunt souscrit pour l'acquisition du bien confisqué.

3^o Le prévenu contre lequel a été prononcée la confiscation d'un immeuble indivis n'a pas qualité pour invoquer une atteinte aux droits de son coïndivisaire dans le bien confisqué, lequel est dévolu en situation d'indivision à l'État.

Crim. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-85.751. - CA Paris, 3 septembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Béghin, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 388

1^o Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Attributions. - Activités sociales et culturelles. - Ressources. - Contribution de l'employeur. - Calcul. - Contestation. - Action en justice. - Prescription. - Délai. - Point de départ. - Détermination. - Portée.

2^o Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Attributions. - Activités sociales et culturelles. - Ressources. - Contribution de l'employeur. - Calcul. - Assiette. - Éléments pris en compte. - Masse salariale brute. - Sommes versées aux dirigeants sociaux. - Inclusion - Conditions. - Détermination - Portée.

1^o Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

Ayant relevé que le comité d'entreprise avait eu connaissance du montant de la masse salariale inscrite au compte 641 par les différents documents comptables qui avaient pu lui être communiqués en application de l'article L. 2323-8 du code du travail, la cour d'appel a pu en déduire que ses demandes au titre des années 1982 à 2005 étaient prescrites.

2^o Sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles versée par l'employeur au comité d'entreprise en application de l'article L. 2323-86 du code du travail s'entend de la masse salariale brute correspondant au compte 641 « Rémunérations du personnel », à l'exception des sommes qui correspondent à la rémunération des dirigeants sociaux, à des remboursements de frais ainsi que celles qui, hormis les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de retraite et de préavis, sont dues à la rupture du contrat de travail.

Seule la rémunération du mandat social peut être exclue de la masse salariale et les salaires versés aux dirigeants titulaires d'un contrat de travail doivent y demeurer.

Soc. - 3 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-19.385. - CA Nîmes, 2 avril 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Salomon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 404, et II, 1436, note Frédéric Broud et Laurianne Cunha. Voir également la RJS 2017, n° 33.

N° 389

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Comité central. - Attributions. - Attributions consultatives. - Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise. - Projet de réorganisation des activités de l'entreprise. - Avis du comité. - Formulation. - Délai conventionnel. - Expiration. - Portée.

Ayant constaté qu'aux termes d'un accord conclu entre l'employeur et la majorité de leurs membres titulaires, le comité central et le comité d'établissement disposaient d'un délai jusqu'au 7 novembre 2013, pour le premier, et jusqu'au 8 novembre 2013, pour le second, afin de donner leurs avis sur le projet de réorganisation de ses activités envisagé par l'employeur, la cour d'appel en a exactement déduit que le comité central et

le comité d'établissement étaient irrecevables à solliciter, après l'expiration de ces délais, tant la caducité de l'accord que la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Soc. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-16.082. - CA Versailles, 27 janvier 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 405. Voir également la RJS 2017, n° 34.

N° 390

1^o Représentation des salariés

Règles communes. - Mandat. - Cessation. - Causes. - Mutation du salarié mandaté. - Circonstances. - Détermination.

2^o Formation professionnelle

Formation continue. - Dispositifs de formation. - Droit individuel à la formation. - Caractère transférable. - Exclusion. - Cas. - Licenciement du salarié. - Conditions. - Détermination.

1^o La mutation d'un salarié protégé, expressément acceptée par ce dernier, d'un établissement dans lequel il exerçait des mandats représentatifs, dans un autre établissement de la même entreprise, met fin à ses mandats.

2^o Aux termes de l'article L. 6323-17 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009, le droit individuel à la formation est transférable en cas de licenciement du salarié, sauf pour faute grave ou faute lourde.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déboute le salarié de sa demande d'indemnité de ce chef alors qu'il ne retient pas l'existence d'une faute grave, de sorte que celui-ci a été privé de la possibilité d'exercer son droit individuel à la formation par le fait de l'employeur.

Soc. - 3 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-16.026. - CA Paris, 7 mai 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Slove, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Lévis, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, II, 1437, note Jean-Yves Kerbourc'h. Voir également la RJS 2017, n° 40.

N° 391

Responsabilité pénale

Causes d'irresponsabilité ou d'atténuation. - Exercice de la liberté d'expression. - Conditions. - Propos s'inscrivant dans le cadre d'un débat d'intérêt général. - Journaliste. - Bénéfice. - Cas.

N'encourt pas la censure l'arrêt qui confirme une ordonnance de non-lieu rendue dans une information suivie du chef d'escroquerie à l'encontre d'une journaliste qui avait utilisé le procédé de l'infiltration pour pénétrer un mouvement politique et recueillir des informations dont elle avait tiré un livre, dès lors qu'il se déduit de ses énonciations que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société

démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression.

Crim. - 26 octobre 2016.

REJET

N° 15-83.774. - CA Versailles, 12 mai 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Chaubon, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Le Griel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, II, 1314, note Guillaume Beaussonie et Bertrand de Lamy. Voir également la revue Comm. com. élect. 2016, comm. 103, note Agathe Lepage.

Note sous Crim., 26 octobre 2016, n° 391 ci-dessus

Par cette décision, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi du Front national contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction dans l'information suivie sur sa plainte du chef d'escroquerie à l'encontre d'une journaliste qui avait utilisé le procédé de l'infiltration pour pénétrer ce mouvement politique et recueillir des informations dont elle avait tiré un livre.

La journaliste avait pris un faux nom et une fausse qualité, elle avait menti sur sa profession, ses études, sa situation familiale, et s'était créé un faux profil Facebook et un faux profil sur le site « Copain d'avant » afin d'adhérer à la fédération des Hauts-de-Seine du mouvement, d'y mener des investigations, d'obtenir la remise de fichiers et d'y recueillir des propos et des confidences qu'elle avait utilisés pour son livre.

La question se posait de l'appréciation de ses agissements au regard de l'incrimination d'escroquerie, qui vise, aux termes de l'article 313-1 du code pénal, la remise volontaire par un tiers d'une chose grâce à l'utilisation d'une tromperie consistant en l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité ou l'emploi de manœuvres frauduleuses.

La chambre de l'instruction avait considéré que l'élément matériel de l'escroquerie était constitué par la tromperie utilisée par la journaliste et la remise obtenue, qui portait sur des biens exploitables, mais que l'élément intentionnel faisait défaut, la journaliste ayant eu pour objectif d'informer ses lecteurs et ayant agi de bonne foi.

La chambre criminelle de la Cour de cassation juge que cette motivation procédait d'une confusion entre l'élément intentionnel et le mobile. Elle rejette le pourvoi pour un autre motif. Elle juge en effet que, compte tenu des procédés auxquels la journaliste avait recouru pour infiltrer le mouvement, de la particularité de son rôle et de sa mission ainsi que du caractère de son enquête, dont le sérieux et l'utilité au débat d'intérêt général avaient été reconnus par la chambre de l'instruction, l'incrimination des actes accomplis par elle porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

La chambre criminelle de la Cour de cassation procède ainsi à un contrôle de proportionnalité de l'incrimination et reconnaît l'existence, au profit d'une journaliste, d'une cause de non-responsabilité pénale dans ce type de situation. On ne saurait cependant en déduire que tous les actes accomplis dans le cadre d'une enquête journalistique échappent au risque de qualification pénale. Ainsi que l'indique cet arrêt, il doit être tenu compte notamment de la nature et de la gravité des actes, du sérieux de l'enquête et de son insertion dans un débat d'intérêt général.

N° 392

Santé publique

Protection des personnes en matière de santé. - Réparation des conséquences des risques sanitaires. - Risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé. -

Indemnisation des victimes. - Conditions. - Identification du professionnel de santé ou de l'établissement de santé auquel une faute est imputable ou qui répond de ses conséquences.

La responsabilité des professionnels de santé et des établissements de santé, qui n'est, en principe, engagée, en vertu de l'article L. 1142-1, I, alinéa 1, du code de la santé publique, qu'en cas de faute, dont la preuve incombe au demandeur, constitue une responsabilité personnelle, impliquant que soit identifié le professionnel de santé ou l'établissement de santé auquel la faute est imputable ou qui répond de ses conséquences.

Dès lors, une cour d'appel, qui, après avoir retenu l'existence d'une négligence fautive liée à l'oubli d'une compresse sur le site opératoire d'une des deux interventions subies par une patiente, relève qu'aucune donnée ne permet de rattacher la présence de la compresse à l'une ou l'autre de ces interventions, pratiquées par des chirurgiens différents dans des cliniques distinctes et qui ont l'une et l'autre nécessité l'usage de compresses, et qu'aucun comportement fautif de tel ou tel médecin exerçant à titre libéral ou auxiliaire n'est démontré, n'a pu qu'en déduire que leur responsabilité ne pouvait être engagée.

1^{er} Civ. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-25.348. - CA Aix-en-Provence, 16 octobre 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Duval-Arnould, Rap. - M. Cailliau, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, M^e Le Prado, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, II, 1205, note Pierre Sargos. Voir également le D. 2017, pan., p. 26, note Olivier Gout, la Gaz. Pal. 2017, n° 2, p. 28, note Mustapha Mekki, et la revue Resp. civ. et assur. 2017, comm. 19, note Laurent Bloch.

N° 393

1^o Sécurité sociale

Assujettissement. - Généralités. - Personnes assujetties. - Président-directeur général et directeur général délégué d'une société de droit français ayant perçu des rémunérations aux États-Unis. - Législation applicable. - Détermination.

2^o Sécurité sociale

Financement. - Contribution pour le remboursement de la dette sociale. - Contribution pour le remboursement de la dette sociale portant sur les revenus d'activité et de remplacement de source étrangère. - Recouvrement. - Administration fiscale. - Compétence.

1^o D'une part, selon les stipulations de l'article 5, § 1, de l'Accord de sécurité sociale du 2 mars 1987 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, publié par le décret n° 88-610 du 5 mai 1988, sauf dispositions contraires, une personne occupée sur le territoire de l'un des États contractants est, en ce qui concerne cet emploi, soumise uniquement à la législation de cet État contractant, même si cette personne réside sur le territoire de l'autre État contractant ou si le siège de l'employeur de cette personne se trouve sur le territoire de l'autre État contractant, et, selon l'article 7, § 3, du même accord, une personne exerçant habituellement une activité non salariée sur le territoire de l'un et l'autre des États contractants est soumise uniquement à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel cette personne exerce son activité principale.

D'autre part, selon l'article L. 311-3, 12°, du code de la sécurité sociale, qui figure au nombre des législations nationales auxquelles renvoie l'article 2, § 1, de l'accord susmentionné pour l'application de ses stipulations, sont assujettis obligatoirement au régime

général, notamment, les présidents du conseil d'administration, les directeurs généraux et les directeurs généraux délégués des sociétés anonymes.

Aussi, doit être approuvée la cour d'appel qui applique la loi française à l'assujettissement à cotisations sociales de rémunérations perçues aux États-Unis par le président-directeur général et le directeur général délégué d'une société de droit français.

2^o Il ressort de la combinaison des articles 15, I et III, de l'ordonnance n° 95-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale et L. 136-6, III, du code de la sécurité sociale, ce dernier dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité des contributions (2001 et 2002), que la contribution au remboursement de la dette sociale portant sur les revenus d'activité et de remplacement de source étrangère doit être recouvrée et contrôlée par l'administration fiscale.

2^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-16.991. - CA Paris, 26 février 2015.

M. Prétot, Pt (f.f.). - Mme Belfort, Rap. - Mme Lapasset, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2017, n° 68. Voir également le JCP 2016, éd. S, II, 1428, note Émeric Jeanssen.

N° 394

Sécurité sociale, assurance des non-salariés

Cotisations. - Assiette. - Revenus. - Revenu professionnel. - Détermination. - Portée.

Par un premier arrêt (2^e Civ., 15 mars 2012, pourvoi n° 10-19.605, diffusé), la Cour de cassation a rappelé que les cotisations personnelles d'assurance maladie des travailleurs non salariés des professions non agricoles n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention entre la France et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur les revenus, signée à Londres le 22 mai 1968 et publiée par le décret n° 69-1052 du 21 novembre 1969.

Par un second arrêt (2^e Civ., 9 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.837, Bull. 2014, II, n° 211 [rejet]), la Cour de cassation a jugé que les bénéficiaires distribués par le siège d'un *partnership* de droit américain à un avocat, résidant et travaillant en France, revêtent, au sens de l'article L. 131-6 du code de la sécurité sociale, le caractère d'un revenu d'activité non salariée retenu pour le calcul de l'impôt sur le revenu, de sorte qu'ils entrent dans l'assiette de calcul des cotisations d'allocations familiales dues par l'intéressé.

Dans cet arrêt, la Cour rappelle que les revenus non salariés perçus à Londres, au titre d'un *partnership* de droit britannique, par un avocat résidant sur le territoire français, sont inclus, comme revenus professionnels, dans l'assiette des cotisations personnelles d'assurance maladie de cet avocat dans les limites fixées par l'article L. 131-6 du code de la sécurité sociale.

2^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-21.958. - CA Versailles, 2 juillet 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Belfort, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Bouleuz, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2017, n° 63. Voir également le JCP 2017, éd. S, II, 1007, note Dominique Asquinazi-Bailleux.

N° 395

Sécurité sociale, assurance des non-salariés

Cotisations. - Recouvrement. - Contrainte. - Mentions nécessaires. - Mention de la nature, du montant et de la période des cotisations.

Selon les articles L. 244-2 et L. 244-9 du code de la sécurité sociale, rendus applicables au recouvrement des cotisations par le régime social des indépendants par les articles L. 133-6-4, I, et L. 612-12 du même code, la mise en demeure, qui constitue une invitation impérative adressée au débiteur d'avoir à régulariser sa situation dans le délai imparti, et la contrainte délivrée à la suite de cette mise en demeure restée sans effet doivent permettre à l'intéressé d'avoir connaissance de la nature, de la cause et de l'étendue de son obligation.

À cette fin, il importe qu'elles précisent, à peine de nullité, outre la nature et le montant des cotisations réclamées, la période à laquelle elles se rapportent, sans que soit exigée la preuve d'un préjudice.

Viole ces textes l'arrêt qui, pour valider une contrainte, énonce qu'une mise en demeure avait été adressée au cotisant et contenait toutes précisions sur la période de cotisations et leur montant, majorations de retard comprises, alors que la motivation de la mise en demeure adressée au cotisant ne dispense pas l'organisme social de motiver la contrainte qu'il décerne ensuite pour le recouvrement des cotisations mentionnées dans la mise en demeure.

2^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-20.433. - CA Bastia, 22 avril 2015.

M. Prétot, Pt (f.f.). - M. Hénon, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2017, n° 64. Voir également le JCP 2016, éd. S, II, 1427, note Marlie Michalletz.

Note sous 2^e Civ., 3 novembre 2016, n° 395 ci-dessus

La Cour de cassation était saisie en l'espèce d'un pourvoi se rapportant au recouvrement forcé des cotisations dues par un travailleur indépendant au titre de l'assurance maladie et de l'assurance vieillesse, cotisations ayant donné lieu, successivement, à une mise en demeure et à une contrainte. Faisant opposition à celle-ci, le cotisant faisait valoir qu'elle n'était pas motivée, argumentation écartée par la cour d'appel au motif que la mise en demeure, non contestée et d'ailleurs précédée d'un avis d'appel de cotisations, comportait toutes précisions sur les sommes réclamées. Cette décision est cassée par la deuxième chambre civile, dont l'arrêt rappelle ainsi que la motivation en bonne et due forme de la mise en demeure initialement adressée au cotisant ne dispense pas l'organisme de motiver la contrainte qu'il fait signifier ensuite, le cas échéant, à l'intéressé pour obtenir le recouvrement des sommes litigieuses ; la contrainte étant en l'espèce dépourvue de toute motivation, fût-ce par référence à un document antérieur, telle la mise en demeure, la censure s'imposait.

L'intérêt de l'arrêt rendu le 3 novembre 2016 réside toutefois, plus précisément, dans les bases retenues par la Cour de cassation pour fonder l'exigence de la motivation de la contrainte. Le litige se rapportant à des cotisations dues au titre des régimes d'assurance maladie et d'assurance vieillesse des travailleurs indépendants des professions non agricoles et recouvrées par les organismes du régime social des indépendants, il ne pouvait être fait directement application des dispositions des articles L. 244-2 et L. 244-9 du code de la sécurité sociale, ni, plus encore, de l'article R. 244-1, alinéa 1, qui, reprenant les principes énoncés

par la jurisprudence issue de l'arrêt Deperne (Soc., 19 mars 1992, n° 88-11.682, *Bull.* 1992, V, n° 204), précise les éléments de la motivation de la mise en demeure. C'est pourquoi l'arrêt de la Cour de cassation, après avoir visé les dispositions des articles L. 133-6-4, I, et L. 612-12 du code de la sécurité sociale, qui étendent au recouvrement des cotisations dues par les travailleurs indépendants les règles propres à la mise en demeure et à la contrainte émises pour le recouvrement des cotisations du régime général, reprend, en l'absence de l'extension ou de l'adaptation aux régimes des travailleurs indépendants des dispositions réglementaires propres au régime général, la règle jurisprudentielle antérieure pour préciser le contenu même de la motivation.

N° 396

Sécurité sociale, assurances sociales

Vieillesse. - Pension. - Liquidation. - Caractère définitif. - Conditions. - Détermination.

La pension de retraite ne revêt un caractère définitif que lorsque son attribution a fait l'objet d'une décision de l'organisme dûment notifiée à l'assuré et non contestée en temps utile par ce dernier.

2^e Civ. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 14-26.188. - CA Montpellier, 18 janvier 2012 et 10 septembre 2014.

Mme Flise, Pt. - M. Cadiot, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Delaporte et Briard, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, II, 1419, note Thierry Tauran. Voir également la RJS 2017, n° 61.

N° 397

Sécurité sociale, assurances sociales

Vieillesse. - Pension. - Liquidation. - Retraite progressive. - Conditions. - Détermination. - Portée.

D'une part, l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, permet à l'assuré qui exerce une activité à temps partiel au sens de l'article L. 3123-1 du code du travail de demander la liquidation de sa pension de retraite ainsi que le service d'une fraction de celle-ci aux conditions qu'il précise. D'autre part, l'article L. 3123-1 du code du travail considère comme à temps partiel le salarié dont la durée de travail est inférieure à la durée légale ou à la durée fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise, ou à la durée applicable dans l'établissement.

Il résulte de la combinaison des dispositions de ces deux textes que le bénéfice de la retraite progressive est subordonné à la justification de l'exercice d'une activité dont la durée, exprimée en heures, est inférieure à la durée normale du travail.

Viole ces dispositions la cour d'appel qui retient que le salarié ayant conclu une convention de forfait en jours, dont le nombre est inférieur à celui correspondant à un temps complet, effectue un travail à temps partiel non seulement au sens général du terme mais également au sens de l'article L. 3123-1 du code du travail et peut bénéficier de la retraite progressive.

2^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-26.276. - CA Versailles, 3 septembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Depommier, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, II, 1418, note Thierry Tauran.

Sécurité sociale, prestations familiales

Prestations. - Bénéficiaires. - Enfant mineur étranger résidant en France. - Conditions. - Production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration. - Portée.

Selon l'article L. 512-2 du code de la sécurité sociale, bénéficient des prestations familiales les étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, pour les enfants qui sont à leur charge et au titre desquels les prestations sont demandées dès lors qu'ils justifient de la régularité de leur situation par la production de l'un des titres ou documents énumérés par l'article D. 512-2 du même code.

Selon l'article 8 de la Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la Côte d'Ivoire relative à la circulation et au séjour des personnes signée à Abidjan le 21 septembre 1992, publiée par le décret n° 95-436 du 14 avril 1995, les membres de la famille d'un ressortissant de l'un des États contractants peuvent être autorisés à rejoindre le chef de famille régulièrement établi sur le territoire de l'autre État dans le cadre de la législation en vigueur dans l'État d'accueil en matière de regroupement familial.

Aux termes de l'article 35, § 1, de la Convention de sécurité sociale du 16 janvier 1985 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la Côte d'Ivoire en matière de sécurité sociale, publiée par le décret n° 87-123 du 19 février 1987, les travailleurs salariés de nationalité ivoirienne, occupés sur le territoire français, bénéficient pour leurs enfants résidant en France des prestations familiales prévues par la législation française.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions et stipulations que le travailleur salarié ou assimilé de nationalité ivoirienne doit justifier de la régularité de la situation de l'enfant qui a été autorisé à le rejoindre en France par la production du certificat de contrôle médical de l'enfant délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration à l'issue de la procédure d'introduction ou d'admission au séjour au titre du regroupement familial.

2^e Civ. - 3 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-21.204. - CA Paris, 7 mai 2015.

Mme Fiise, Pt. - Mme Olivier, Rap. - Mme Lapasset, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, II, 1429, note Émeric Jeansen.

Note sous 2^e Civ., 3 novembre 2016, n° 398 ci-dessus

Aux termes de l'article L. 512-2 du code de la sécurité sociale, les étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, qui résident régulièrement en France, bénéficient de plein droit des prestations familiales pour les enfants qui sont à leur charge, à condition de pouvoir justifier de la régularité de l'entrée et du séjour sur le territoire français de ces derniers, preuve qui ne peut être rapportée qu'en produisant l'un des documents prévus à l'article D. 512-2 du même code.

Déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, 15 décembre 2005, décision n° 2005-528 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006), les dispositions des articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale précités ont été jugées compatibles avec les stipulations des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3-1 de la Convention internationale

des droits de l'enfant (assemblée plénière, 3 juin 2011, pourvoi n° 09-69.052, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 6 ; assemblée plénière, 3 juin 2011, pourvoi n° 09-71.352, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 5).

Le 5 avril 2013, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a cependant jugé que les accords euro-méditerranéens instituaient une égalité de traitement entre les ressortissants communautaires et ceux des pays signataires et étaient pourvus d'un effet direct en droit interne, de sorte qu'ils faisaient obstacle à l'application des articles L. 512-2 et D. 512-2 précités, en ce qu'ils soumettaient le bénéficiaire des allocations familiales à la production de documents supplémentaires attestant d'une entrée régulière des enfants en France (assemblée plénière, 5 avril 2013, pourvoi n° 11-17.520, *Bull.* 2013, Ass. plén., n° 2, pour un père ressortissant algérien, en application de l'Accord euro-méditerranéen avec la République algérienne démocratique et populaire du 22 avril 2002 ; assemblée plénière, 5 avril 2013, pourvoi n° 11-18.947, *Bull.* 2013, Ass. plén., n° 3, avec une solution identique pour un père ressortissant turc, en application de l'Accord créant une association entre la CEE et la Turquie, signé à Ankara le 12 septembre 1963 et approuvé par une décision n° 64/732/CEE du Conseil du 23 décembre 1963).

La Convention de sécurité sociale entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de Côte d'Ivoire, signée à Paris le 16 janvier 1985 et publiée par le décret n° 87-123 du 19 février 1987, stipule en son article 1, intitulé « Égalité de traitement », que les travailleurs français et ivoiriens exerçant en Côte d'Ivoire ou en France une activité salariée sont soumis respectivement aux législations de sécurité sociale, dont celles sur les prestations familiales, applicables en Côte d'Ivoire ou en France, et en bénéficient, ainsi que leurs ayants droit, dans les mêmes conditions que les ressortissants de chacun de ces États.

Cette convention ne comporte aucune condition explicite relative à la régularité de l'entrée des enfants mineurs sur le territoire français, contrairement à d'autres accords bilatéraux. En revanche, la Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la Côte d'Ivoire relative à la circulation et au séjour des personnes signée à Abidjan le 21 septembre 1992, publiée par le décret n° 95-436 du 14 avril 1995, dispose, en son article 8, que les membres de la famille d'un ressortissant de l'un des États contractants peuvent être autorisés à rejoindre le chef de famille régulièrement établi sur le territoire de l'autre État dans le cadre de la législation en vigueur dans l'État d'accueil en matière de regroupement familial.

La jurisprudence ne s'était pas encore prononcée sur l'application en la matière des clauses d'une convention bilatérale liant la France à l'État dont l'étranger qui sollicite l'attribution des prestations familiales pour ses enfants a la nationalité. La question a été évoquée, il est vrai, à l'appui de certains pourvois, mais, développée pour la première fois devant la Cour de cassation, elle a été jugée irrecevable, l'applicabilité de conventions dont le champ d'application est, le plus souvent, limité aux travailleurs, voire aux seuls travailleurs salariés et assimilés, impliquant une appréciation de la situation du demandeur de prestations, de sorte que le moyen s'avérait mélangé de fait et de droit et, comme tel, irrecevable (2^e Civ., 7 mai 2015, pourvoi n° 14-15.827).

L'arrêt ici commenté se rapporte à la situation d'une ressortissante de la Côte d'Ivoire excipant, pour obtenir l'attribution des prestations familiales du chef de ses enfants à charge dont l'un au moins l'avait rejointe en France en dehors de la procédure du regroupement familial, des clauses de la convention bilatérale de sécurité sociale conclue entre la France et la Côte d'Ivoire, applicable aux travailleurs salariés et assimilés, qui pose le principe de l'égalité de traitement entre les ressortissants des deux États signataires au regard de leurs législations de sécurité sociale respectives.

La deuxième chambre civile ne fait pas droit, toutefois, à cette argumentation, dans la mesure où, la convention bilatérale conclue, parallèlement, entre la France et la Côte d'Ivoire, relative à la circulation et au séjour, précisant que les membres de la famille d'un ressortissant de l'un des deux États signataires peuvent rejoindre le chef de famille régulièrement entré sur le territoire de

l'autre État membre dans le cadre de la législation en vigueur au sein de celui-ci en matière de regroupement familial, l'application du principe d'égalité de traitement énoncé par la convention de sécurité sociale ne saurait éluder l'application de la procédure de regroupement familial. La Cour de cassation confirme ainsi le principe de l'application distributive, selon leur objet propre, des conventions bi et multilatérales conclues entre les États.

N^o 399

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Air Caraïbes Atlantique. - Protocole d'accord du 1^{er} juin 2009. - Article 3. - Repos post-courrier. - Nature. - Détermination. - Portée.

Les dispositions d'un accord d'entreprise signé au sein de la société Air Caraïbes Atlantique créent, au profit des personnels qu'il vise, non pas une simple contrainte de planification, mais un droit à un repos particulier dont la durée minimale s'impose à l'employeur.

Dès lors, la cour d'appel en a exactement déduit que ces dispositions excluaient, en dehors de ces cas de dérogation expressément prévus, le positionnement par l'employeur d'un jour de repos compensateur, de repos périodique ou de congé payé sur un jour de repos post-courrier.

Soc. - 9 novembre 2016.

REJET

N^o 15-16.003. - CA Paris, 16 octobre 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Schmeitzky-Lhuillery, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N^o 400

1^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accords particuliers. - La Poste. - Accord du 8 juin 2007 portant renforcement des mesures en faveur du personnel du courrier exerçant en nuit. - Article 2, alinéa 3. - Contreparties au travail de nuit. - Contrepartie en temps de travail. - Personnel concerné. - Détermination. - Portée.

2^o Postes et communications électroniques

La Poste. - Contrat de travail. - Salaire. - Élément du salaire. - Complément poste. - Montant. - Attribution. - Différence de traitement. - Justification. - Raisons objectives - Preuve. - Charge - Détermination. - Portée.

1^o L'article 2, alinéa 3, de l'accord portant renforcement des mesures en faveur du personnel du courrier exerçant en nuit du 8 juin 2007 dispose qu'en compensation du travail de nuit, la durée hebdomadaire moyenne du travail pour les agents ne travaillant qu'en nuit et travailleurs de nuit au sens des articles L. 213-1-1 et L. 213-2 du code du travail est fixée à 32 heures payées 35 heures conformément à l'accord ARTT du 17 février 1999, sans préjudice de la mise en œuvre des autres règles applicables à La Poste.

Viole le texte l'arrêt qui applique ces dispositions à un agent travaillant partiellement en horaire de nuit et travailleur de nuit, alors que l'accord ne s'applique qu'aux agents travaillant exclusivement la nuit et qui ont la qualité de travailleur de nuit.

2^o Le « complément poste » étant appelé à rétribuer un niveau de fonction en tenant compte de la maîtrise personnelle du poste, la cour d'appel, qui a constaté que le salarié occupait un poste identique à celui du salarié auquel il se comparait, à exactement décidé, sans inverser la charge de la preuve, que l'attribution d'un « complément poste » d'un montant différent malgré l'exercice de fonctions identiques dans un même centre de tri constituait

un élément de fait susceptible de caractériser une inégalité de traitement, de sorte qu'il appartenait à l'employeur d'apporter des éléments objectifs justifiant cette différence.

Soc. - 9 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N^o 15-10.373. - CA Caen, 7 novembre 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Ala, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Foussard et Froger, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, II, 1433, note Laurence Cailloux-Meurice. Voir également la RJS 2017, n^o 69.

N^o 401

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Casino. - Convention collective nationale des casinos du 29 mars 2002. - Article 20. - Comité d'entreprise. - Représentant syndical. - Désignation. - Salarié autre que le délégué syndical. - Domaine d'application - Exclusion. - Entreprise de moins de trois cents salariés. - Portée.

L'article 20 de la convention collective nationale des casinos du 29 mars 2002, qui prévoit que « chaque organisation syndicale de salariés représentative peut désigner un représentant syndical auprès du comité qui bénéficie d'heures de délégations selon les dispositions légales », ne déroge pas aux dispositions des articles L. 2324-2 et L. 2143-22, alinéa 1, du code du travail.

Soc. - 3 novembre 2016.

REJET

N^o 15-60.250. - TI Béziers, 20 octobre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Slove, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, II, 1424, note Henri Guyot. Voir également la RJS 2017, n^o 32.

N^o 402

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport. - Accord du 18 avril 2002. - Accord de réduction du temps de travail. - Article 26. - Rémunération. - Prime de treizième mois. - Taux horaire. - Détermination. - Prise en compte de l'ancienneté. - Portée.

L'article 26 de l'accord ARTT du 18 avril 2002 attaché à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950 dispose qu'il est créé, pour les salariés ayant au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise au 31 décembre de chaque année, un treizième mois conventionnel, que celui-ci s'entend sur la base de 35 heures de travail hebdomadaire dans le cadre d'une activité à temps complet et que le taux horaire en compte est celui du mois de novembre de l'année considérée.

Viole ce texte l'arrêt qui déduit du taux horaire la majoration liée à l'ancienneté alors que l'accord ne prévoit pas une telle déduction.

Soc. - 9 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N^o 15-21.236. - CA Nancy, 7 mai 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Ala, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Lesourd, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2017, n^o 23.

N° 403

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981. - Article 1.09 f. - Forfait en jours sur l'année. - Protection de la sécurité et de la santé du salarié. - Défaut. - Portée.

Les dispositions de l'article 1.09 f alors applicables de la convention collective nationale du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981, étendue par arrêté du 30 octobre 1981, ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et permettent une bonne répartition, dans le temps, du travail du salarié et donc à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé.

La convention de forfait en jours conclue sur le fondement de cet article est donc nulle.

Soc. - 9 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-15.064. - CA Reims, 21 janvier 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Schmeitzky-Lhuillery, Rap. - M. Lifffran, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 420, et II, 1432, note Michel Morand. Voir également le JCP 2016, éd. E, Act., n° 951, et la RJS 2017, n° 26.

N° 404

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées. - Convention nationale du 15 mars 1966. - Annexe 3. - Article 6. - Droits à congés supplémentaires. - Acquisition. - Conditions. - Détermination.

Les droits à congés supplémentaires prévus par l'article 6 de l'annexe 3, « Personnel éducatif, pédagogique et social », à la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées sont acquis dans les conditions de l'article 22 de ladite convention collective, qui assimile les périodes de congés payés à du temps de travail effectif.

Soc. - 9 novembre 2016.

CASSATION

N° 15-16.803. - CA Douai, 20 février 2015.

M. Frouin, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Lifffran, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2017, n° 30.

N° 405

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Contenu. - Principe d'égalité de traitement. - Atteinte au principe. - Défaut. - Cas. - Stipulations conventionnelles introduisant une différence de traitement. - Traitement

fondé sur l'appartenance à des établissements distincts au sein de la même entreprise. - Éléments objectifs justifiant la différence de traitement. - Présomption.

Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

Soc. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-18.444. - CA Paris, 19 février 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Ducloz, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. E, Act., n° 904. Voir également le JCP 2016, éd. S, Act., n° 408, et II, 1392, note Jean-François Cesaro, également publiée au JCP 2016, éd. G, II, 1419, la RJS 2017, n° 7, le JCP 2017, éd. E, II, 1014, note Stéphane Béal et Alexandre Kootstra, et la revue Dr. soc. 2017, p. 87, note Paul-Henri Antonmattel.

Note sous Soc., 3 novembre 2016, n° 405 ci-dessus

La chambre sociale de la Cour de cassation étend, par la présente décision, la présomption de justification des différences de traitement à celles opérées par voie d'accords d'établissement.

Cette présomption de justification n'avait été jusque-là retenue que pour des différences de traitement entre des salariés relevant de catégories professionnelles distinctes ou appartenant à la même catégorie professionnelle mais exerçant des fonctions distinctes, et opérées par voie de convention ou d'accord collectif autre que d'établissement (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, Bull. 2015, V, n° 8 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10 ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, en cours de publication).

S'agissant des différences de traitement entre salariés d'une même entreprise mais appartenant à des établissements distincts, la chambre sociale de la Cour de cassation jugeait initialement que celles-ci étaient licites : puisque la négociation collective au sein d'un établissement distinct permettait d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise, des salariés qui n'entraient pas dans le champ d'application d'un accord d'établissement ne pouvaient faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficiaient pas des dispositions de cet accord (Soc., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-40.769, Bull. 1999, V, n° 422).

En d'autres termes, les salariés d'établissements différents n'étant pas placés dans une situation identique, il n'y avait pas lieu de faire application du principe d'égalité de traitement.

En 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence, jugeant qu'il ne pouvait y avoir de différences de traitement, entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposaient sur des raisons objectives, dont le juge devait contrôler concrètement la réalité et la pertinence (Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-43.452, Bull. 2009, V, n° 15).

Cependant, cette dernière position n'était plus envisageable dans la présente affaire, compte tenu du revirement opéré par la chambre sociale dans ses arrêts du 27 janvier 2015, précités, et de l'abandon de la nécessité, pour l'employeur, d'établir

l'existence d'éléments objectifs pertinents justifiant la différence de traitement critiquée quand les différences de traitement sont instituées par voie de convention ou d'accords collectifs.

L'alternative était, en conséquence, la suivante : soit un retour à ce que jugeait la chambre sociale de la Cour de cassation avant 2009, l'application du principe d'égalité de traitement ne pouvant être revendiquée par des salariés appartenant à des établissements différents puisque ceux-ci ne relèvent pas du même cercle des égaux, soit l'extension de la présomption de justification des différences de traitement, jusque-là réservée à celles organisées par voie de conventions ou d'accords collectifs autres que d'établissement, à celles résultant d'accords d'établissement.

La chambre sociale a choisi cette dernière option, jugeant que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

Une telle position s'explique par le fait que la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail reconnaît la légitimité électorale des syndicats au niveau de l'établissement.

Dès lors que l'établissement est l'un des périmètres de la représentativité syndicale, et que ce qui fondait la solution dégagée par la chambre sociale dans ses arrêts du 27 janvier 2015 précités était justement que les conventions collectives étaient négociées et signées par des organisations syndicales représentatives, à la détermination de laquelle les salariés participent par leur vote, il semblait difficile d'organiser un régime distinct alors même que la différence de traitement résulte également d'un accord collectif négocié et signé par des partenaires sociaux représentatifs au niveau auquel cet accord intervient.

Le régime est ainsi unifié : dès lors que la différence de traitement procède d'une convention collective ou d'un accord d'établissement, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, elles sont présumées justifiées et c'est à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

N° 406

Syndicat professionnel

Droits syndicaux. - Exercice. - Domaine d'application. - Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Candidat ayant obtenu 10 % des voix. - Détermination. - Portée.

L'article L. 2143-3, alinéa 1, du code du travail fait obligation au syndicat représentatif qui désigne un délégué syndical, sous réserve des exceptions prévues à l'alinéa 2 de ce texte, de le choisir parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel.

Il en résulte que, dès lors qu'elle dispose de candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages lors des élections professionnelles dans un établissement, une organisation syndicale ne peut y désigner en qualité de délégué syndical un salarié, muté dans cet établissement, qui a obtenu ce score électoral dans un établissement distinct.

Soc. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-60.203. - TI Bordeaux, 25 juin 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, II, 1425, note Aurélie Cormier Le Goff. Voir également la RJS 2017, n° 39, et la revue Dr. soc. 2017, p. 89, note Jean Mouly.

N° 407

Travail réglementation, durée du travail

Travail à temps partiel. - Modification de la répartition de la durée du travail. - Délai de prévenance. - Respect. - Nécessité. - Cas. - Modification résultant d'une décision unilatérale de l'employeur.

Il résulte de l'article L. 3123-21 du code du travail, dans sa rédaction applicable, que le délai de prévenance en cas de modification de la répartition du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois n'est applicable qu'en cas de décision unilatérale de l'employeur, et non lorsque cette modification intervient avec l'accord exprès du salarié.

Soc. - 9 novembre 2016.

REJET

N° 15-19.401. - CA Orléans, 8 avril 2014.

M. Frouin, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Odent et Poulet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS 2017, n° 28. Voir également le JCP 2017, éd. S, II, 1003, note Gwennhaël François.

Note sous Soc., 9 novembre 2016, n° 407 ci-dessus

Conformément à l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, le contrat de travail à temps partiel doit, notamment, mentionner « la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ». Il est toutefois possible pour l'employeur de modifier cette répartition si le contrat lui en réserve expressément la possibilité (article L. 3123-14, 2°, du même code).

De son côté, l'article L. 3123-21 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, dispose que « toute modification de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois est notifiée au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu », ce délai de prévenance pouvant toutefois être réduit par voie conventionnelle (article L. 3123-22 du code du travail, dans sa version antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016).

Dans la mesure où la notification renvoie clairement à un acte unilatéral, la Cour de cassation en déduit que l'article L. 3123-21 précité ne vise que des hypothèses où l'employeur décide, dans la limite des prévisions contractuelles, de modifier la répartition du travail.

En effet, le délai de prévenance a pour objet de permettre au salarié de s'adapter lorsque l'employeur use ainsi de son pouvoir de direction et lui impose une modification de la répartition de la durée du travail. En revanche, ce délai d'adaptation n'est pas nécessaire lorsque la modification de la répartition du travail résulte, non pas d'une décision unilatérale de l'employeur, mais d'un avenant au contrat de travail et a recueilli l'accord du salarié. Si celui-ci accepte une telle modification, il n'est plus nécessaire d'imposer en outre le délai de sept jours, d'autant que les parties peuvent elles-mêmes convenir de la date d'effet de l'avenant.

En outre, l'application d'un délai de prévenance serait de nature à faire obstacle à la conclusion des compléments d'heures, prévus par l'article L. 3123-25 (ancien) du code du travail, lorsque ceux-ci ont pour objet de remplacer un salarié absent et de permettre ainsi au salarié à temps partiel d'augmenter son temps de travail dans les conditions prévues par accord collectif. En effet, le

remplacement d'un salarié absent est un besoin immédiat qui ne peut attendre l'expiration d'un délai de sept jours. Soumettre la modification du contrat à un tel délai reviendrait donc à privilégier le recours à une solution de remplacement externe à l'entreprise, au détriment des salariés à temps partiel qui souhaitent augmenter leur temps de travail.

N° 408

Travail réglementation, santé et sécurité

Maternité. - Licenciement. - Motif justifiant la résiliation du contrat. - Mention dans la lettre de licenciement. - Défaut. - Portée.

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 1232-6 et L. 1225-4 du code du travail que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement et qu'il ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée que s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir le contrat.

Est dès lors approuvé l'arrêt de la cour d'appel qui, ayant constaté que la lettre de licenciement, visant l'inaptitude et l'impossibilité de reclasser la salariée, ne mentionnait aucun des motifs limitativement exigés par l'article L. 1225-4 du code du travail, en a exactement déduit que le licenciement était nul.

Soc. - 3 novembre 2016.

REJET

N° 15-15.333. - CA Bordeaux, 28 janvier 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Guyot, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 411. Voir également la RJS 2017, n° 12.

Note sous Soc., 3 novembre 2016, n° 408 ci-dessus

L'article L. 1232-6 du code du travail dispose que la lettre par laquelle l'employeur notifie au salarié sa décision de le licencier « comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ». Et l'on sait qu'en l'absence de l'énoncé du ou des motifs, ou en l'absence de l'énoncé de motifs suffisamment précis, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse à raison de cette seule absence (Soc., 29 novembre 1990, pourvoi n° 88-44.308, *Bull.* 1990, V, n° 598, et assemblée plénière, 27 novembre 1998, pourvoi n° 96-40.199, *Bull.* 1998, Ass. plén., n° 7).

Il résulte, par ailleurs, de l'article L. 1225-4 du même code que l'employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constaté que s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement.

Comment combiner ces dispositions quand l'employeur prononce le licenciement d'une salariée en état de grossesse ? Si le licenciement est prononcé pour une faute grave, l'énoncé dans la lettre de licenciement d'un fait imputé à la salariée et qualifié de faute grave par l'employeur dans cette lettre répond aux exigences légales, sauf à être ensuite discuté devant le juge dans le cadre de la contestation par le salarié du bien-fondé du licenciement.

Mais si c'est l'autre motif permettant le licenciement en vertu de la loi (impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement) dont entend se prévaloir l'employeur, que doit-il énoncer dans la lettre de licenciement ? *A priori*, celui ou ceux des motifs dont il estime qu'il crée selon

lui l'impossibilité de maintenir le contrat, dont il appartiendra ensuite au juge d'apprécier s'il s'agissait bien d'un motif rendant impossible le maintien du contrat.

Ce n'est pas toutefois ce qui est jugé par la Cour de cassation à propos de l'énoncé d'un motif économique de licenciement. Ainsi, la Cour de cassation ayant jugé dans un premier temps que l'existence d'un motif économique de licenciement ne suffisait pas à caractériser à elle seule l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif non lié à un accident du travail (Soc., 27 novembre 1998, pourvoi n° 94-43.194, *Bull.* 1998, V, n° 37), elle a décidé ultérieurement qu'il résulte des dispositions combinées de l'article L. 1232-6 et L. 1226-9 (concernant le salarié licencié pendant une période de suspension consécutive à un accident du travail, mais la loi est rédigée dans les mêmes termes que pour la salariée en état de grossesse) que, dans le cas de licenciement d'un salarié dont le contrat de travail était suspendu à la suite d'un accident du travail, la lettre de licenciement doit préciser « les motifs » qui rendent impossible le maintien du contrat de travail, dès lors que l'existence d'un motif économique ne caractérise pas à elle seule cette impossibilité.

Il résulte de cette jurisprudence que, dans la lettre de licenciement, l'employeur doit énoncer précisément les motifs rendant impossible le maintien du contrat de travail, sans pouvoir se contenter de l'énoncé de motifs dont il a déjà été jugé qu'ils ne suffisent pas en tant que tels à caractériser une telle impossibilité.

Dans l'affaire ici commentée, qui a donné lieu à l'arrêt du 3 novembre 2016, une salariée, déclarée physiquement inapte à tout poste dans l'entreprise par le médecin du travail avec mention d'un danger immédiat et qui avait, postérieurement à cette déclaration d'inaptitude, informé l'employeur de son état de grossesse, avait été licenciée « pour inaptitude et impossibilité de reclassement », la lettre de licenciement portant mention de son inaptitude et de l'impossibilité de reclassement comme motifs de son licenciement, sans aucune allusion à l'état de grossesse non plus qu'à l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif non lié à l'état de grossesse.

Le licenciement ayant été déclaré nul par la cour d'appel, faute de l'énoncé de l'un des deux motifs possibles de licenciement en vertu de l'article L. 1225-4 du code du travail, la question était posée à la Cour de cassation de déterminer - ce qui avait été expressément exclu par la cour d'appel - si le motif tiré de l'inaptitude et de l'impossibilité de reclassement mentionné dans la lettre de licenciement ne pouvait s'y substituer.

En d'autres termes, bien que l'employeur se soit trompé de fondement juridique en motivant le licenciement par référence aux motifs d'un licenciement pour inaptitude du salarié déclaré inapte, ne pouvait-il être considéré que l'inaptitude et l'impossibilité de reclassement de la salariée étaient de nature à caractériser l'impossibilité, exigée par la loi pour la salariée en état de grossesse, du maintien de son contrat pour un motif non lié à l'état de grossesse, même si l'employeur ne l'avait pas précisé expressément ?

À cette question, la Cour de cassation répond que dès lors que la lettre de licenciement ne mentionnait aucun des motifs limitativement exigés par l'article L. 1225-4 du code du travail, la cour d'appel en a exactement déduit que le licenciement était nul.

Par conséquent, l'employeur doit énoncer précisément dans la lettre de licenciement l'un des deux motifs possibles de licenciement de la salariée en état de grossesse prévus par la loi : la faute grave ou le (ou les) motif(s) rendant impossible le maintien du contrat de travail.

Est-ce à dire que l'inaptitude et l'impossibilité de reclassement de la salariée ne pouvaient être de nature à constituer une impossibilité, dans le cas d'espèce, de maintenir le contrat pour un motif non lié à la grossesse ? Pas forcément, mais encore eût-il fallu que l'employeur précisât expressément que ces

éléments rendaient impossible le maintien du contrat de travail de la salariée...

La solution peut sembler formaliste, mais elle constitue le seul moyen d'assurer une application effective des dispositions protectrices de la salariée en état de grossesse, qu'avait méconnues en la circonstance l'employeur en se plaçant exclusivement sur le terrain de l'application des conditions légales de licenciement d'une salariée déclarée inapte (article L. 1226-12, alinéa 2, du code du travail).

La lettre de licenciement fixant l'objet du litige relatif au bien-fondé de la rupture, il appartient à l'employeur de déterminer au préalable, de manière claire, tant pour lui-même que pour le salarié, cet objet, lequel va déterminer les textes applicables. L'exigence jurisprudentielle rejoint ainsi un impératif de sécurité juridique.

Les titres et sommaires des arrêts de la chambre criminelle des 19 octobre 2016 (pourvois n° 15-83.937 et n° 16-81.920) et 2 novembre 2016 (pourvoi n° 15-83.473) paraîtront ultérieurement.

DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION

Commission nationale de réparation des détentions

N° 409

Réparation à raison d'une détention

Bénéfice - Cas.

La décision d'une chambre de l'instruction de différer jusqu'à l'issue de la procédure française la remise aux autorités étrangères d'une personne placée en détention provisoire et faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen consacre la priorité de l'exécution du titre d'écrou français sur le titre européen.

Il en résulte que si la procédure française aboutit à une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, cette personne est éligible à l'indemnisation prévue par les articles 149 et suivants du code de procédure pénale pour la totalité de la détention provisoire subie durant le maintien en vigueur du titre d'écrou français.

8 novembre 2016.

ACCUEIL PARTIEL DU RECOURS

N° 16-CRD.008. - CA Besançon, 7 janvier 2016.

M. Cadiot, Pt. - M. Béghin, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén. - M^e Meier-Bourdeau, M^e Vannier, Av.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **155,30 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2017, frais de port inclus.



191178590-000417

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Bruno Pireyre

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

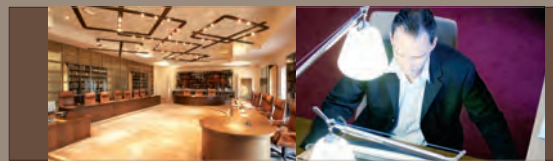
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,40 €
ISSN 0750-3865



Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr