



**COUR DE CASSATION**

**ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 28 février 2020 à 14 heures**

**Arrêt n°652 du 13 mars 2020**

**Avis de M. Frédéric Desportes, premier avocat général,  
sur les pourvois n° E 18-80.162, H 18-80.164 et G 18-80.165**

**Avis de M. Renaud Salomon, avocat général,  
sur le pourvoi n° G 19-86.609**

**Rapporteur : M. Christian Guéry, conseiller**

**Demandeur : M. A... X...,  
ayant pour avocat la SCP Spinosi et Sureau**

**Arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République :**

- n° 1 du 21 décembre 2017 (pourvoi n° E 18-80.162) ;
- n° 2 du 21 décembre 2017 (pourvoi n° H 18-80.164) ;
- n° 3 du 21 décembre 2017 (pourvoi n° G 18-80.165) ;
- du 30 septembre 2019 (pourvoi n° G 19-86.609).

## PLAN

### I.- EXAMEN DES POURVOIS CONTRE LES TROIS ARRÊTS D'INSTRUCTION DU 21 DÉCEMBRE 2017

#### I.1.- Introduction

- I.1.1.- Information suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République
- I.1.2.- Décisions de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République et pourvois du demandeur
- I.1.3.- Observations sur la recevabilité des pourvois
  - I.1.3.1.- Recevabilité du pourvoi contre l'arrêt de renvoi du 30 septembre 2019
  - I.1.3.2.- Recevabilité des pourvois contre les arrêts d'instruction du 21 décembre 2017

#### I.2.- Pourvoi n° 18-80.162 contre l'arrêt n° 1 relatif à la régularité de la procédure "de droit commun" (premier moyen)

- I.2.1.- Contestation par le demandeur de la compétence des juges d'instruction
- I.2.2.- Champ de la compétence exclusive de la Cour de justice de la République
- I.2.3.- Détermination du seuil de l'incompétence de la juridiction de droit commun
- I.2.4.- Appréciation de la critique de l'arrêt de la commission d'instruction
  - I.2.4.1.- Motifs de l'arrêt critiqués au moyen
  - I.2.4.2.- Appréciation de la critique articulée au moyen

#### I.3.- Pourvoi n° 18-80.164 contre l'arrêt n° 2 sur la requête aux fins d'annulation de la mise en examen (deuxième moyen)

- I.3.1.- Contestation, dans la requête, de la composition de la commission d'instruction
- I.3.2.- Question de la recevabilité de la demande de changement de composition
- I.3.3.- Bien-fondé de la demande de changement de composition

#### I.4.- Pourvoi n° 18-80.165 contre l'arrêt n° 3 sur la requête aux fins de constater la prescription de l'action publique (troisième moyen)

- I.4.1.- Observations liminaires sur la portée du pourvoi et la recevabilité du moyen
- I.4.2.- Méconnaissance du principe d'impartialité (première branche)
  - I.4.2.1.- Appréciation de la recevabilité du moyen en sa première branche
  - I.4.2.2.- Appréciation du bien-fondé du moyen en sa première branche
- I.4.3.- Autorité de la décision du Conseil constitutionnel validant le compte de campagne (deuxième branche)
  - I.4.3.1.- Présentation succincte du moyen
  - I.4.3.2.- Appréciation de la recevabilité et de l'opérance du moyen
  - I.4.3.3.- Appréciation, à titre subsidiaire, du bien-fondé du moyen
- I.4.4.- Point de départ de la prescription de l'action publique (troisième à cinquième branches)
  - I.4.4.1.- Appréciation de l'opérance du moyen
  - I.4.4.2.- Cadre juridique et factuel du débat
  - I.4.4.3.- Solutions retenues pour la détermination du point de départ de la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux, recel ou complicité
  - I.4.4.4.- Appréciation de la critique articulée au moyen tiré de la connaissance des faits par certaines autorités publiques

### II.- EXAMEN DU POURVOI N° 19-86.609 CONTRE L'ARRÊT DE RENVOI DU 30 SEPTEMBRE 2019

#### II.1.- Sort du quatrième moyen et des deux premières branches du cinquième moyen

- II.1.1.- Inopérance du quatrième moyen tendant à la cassation par voie de conséquence
- II.1.2.- Reprise aux deux premières branches du cinquième moyen de l'argumentation tirée de l'autorité de la décision du Conseil constitutionnel

#### II.2.- Appréciation des charges retenues par la commission d'instruction (troisième à sixième branches du cinquième moyen)

- II.2.1.- Observations préliminaires sur le contrôle de la Cour de cassation
- II.2.2.- Contestation de la complicité par abstention (troisième à cinquième branches)
  - II.2.2.1.- Présentation de l'argumentation du demandeur
  - II.2.2.2.- Abus de biens sociaux et abstention
  - II.2.2.3.- Complicité d'abus de biens sociaux et abstention

- II.2.2.4.- Appréciation du bien-fondé du moyen en ses troisième à cinquième branches
  - II.2.2.4.1.- Faits relevés par la commission d'instruction
  - II.2.2.4.2.- Qualification juridique des faits concernant M. X...
- II.2.3.- Contestation de l'élément moral de la complicité (sixième branche)
  - II.2.3.1.- Contours de l'élément moral de la complicité
    - III.2.3.1.1.- L'élément moral de la complicité en droit commun
    - III.2.3.1.2.- L'élément moral de la complicité en droit pénal des affaires
  - II.2.3.2. Appréciation de la critique articulée à la sixième branche

## **I.- EXAMEN DES POURVOIS CONTRE LES TROIS ARRÊTS D'INSTRUCTION DU 21 DÉCEMBRE 2017**

### **I.-1.- Introduction**

#### **I.1.1.- Information suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République**

En 2010, ont été ouvertes deux informations au tribunal de grande instance de Paris portant sur des faits susceptibles de caractériser, notamment, divers délits financiers en lien avec des contrats de vente d'équipements militaires conclus, en 1994, selon le cas, par la société Direction des Constructions Navales International (DCN-I) ou la société Société française d'exportation de système d'armement (Sofresa) avec des États étrangers. L'un de ces contrats, dénommé Agosta, portait sur la vente de sous-marins au Pakistan, et, les autres, dénommés Sawari II, ROH (ou Mouette), Shola et SLBS, portaient sur la vente, à l'Arabie Saoudite, de frégates, vedettes et pétroliers ainsi que de missiles avec leurs pièces de rechange. Le montant de chacun de ces contrats s'élevait à plusieurs milliards de francs.

La première information a été ouverte le 15 juin 2010 sur la plainte avec constitution de partie civile de personnes qui s'étaient par ailleurs constituées parties civiles dans une information suivie des chefs d'assassinats, complicité et tentative, à la suite de l'attentat, commis le 8 mai 2002 à Karachi (Pakistan), dans lequel plusieurs personnes avaient été tuées dont onze salariés de la société DCN-I qui travaillaient pour l'exécution du contrat Agosta. La seconde information a été ouverte, le 14 décembre 2010, à l'initiative du procureur de la République de Paris. Ces deux informations ont fait l'objet d'une jonction par ordonnance du 14 mai 2012. Depuis lors, l'information issue de cette jonction est parvenue à son terme<sup>1</sup>, plusieurs personnes ayant été renvoyées devant le tribunal correctionnel de Paris des chefs, notamment, d'abus de biens sociaux, complicité et recel de ce délit, fraude fiscale, blanchiment et organisation frauduleuse d'insolvabilité. Le jugement a été mis en délibéré au 22 avril 2020.

Au cours de l'information, le 6 février 2014, les juges d'instruction ont rendu une ordonnance par laquelle ils se sont déclarés incompétents pour connaître de faits susceptibles d'avoir été commis par M. A... X..., dans l'exercice de ses fonctions de Premier ministre. A la suite de cette ordonnance, saisie par le procureur général près la Cour de cassation, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République a émis un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction de cette Cour pour les faits considérés, qu'elle a retenus sous les qualifications de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de détournement de fonds publics, pour la période comprise entre le 29 mars 1993 et le 11 mai 1995. Le 26 juin 2014, le procureur général a saisi la commission d'instruction par un réquisitoire aux fins d'informer.

Le 29 mai 2017, M. X... a été mis en examen des chefs de complicité d'abus de biens ou du crédit des sociétés DCN-I et Sofresa ainsi que de recel de ce délit. En substance, il lui était, notamment, reproché d'avoir, à la suite de la conclusion des contrats d'équipements militaires précités, favorisé le versement à un "réseau K", par les sociétés DCN-I et Sofresa et à leur préjudice, de commissions excessives et à échéances trop rapprochées ayant compromis leur équilibre financier, les sommes ainsi versées ayant été destinées pour partie, sous forme de rétro-commissions, au financement de sa campagne pour l'élection à la présidence de la République de 1995, à laquelle il s'était porté candidat.

#### **I.1.2.- Décisions de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République et pourvois du demandeur**

---

<sup>1</sup> La chambre criminelle a eu à connaître de cette information. Elle a censuré un arrêt de la chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevables des constitutions de partie civile (Crim. 4 avr. 2012, n° 11-81.124, Bull. n° 86) et, partiellement, un autre ayant statué sur le règlement de procédure (Crim. 11 juill. 2017, n° 11-81.124)

Par trois requêtes déposées respectivement les 22 septembre, 31 octobre et 28 novembre 2017, M. X... a saisi la commission d'instruction de la Cour de justice de la République aux fins :

- par la première, d'annuler l'ensemble des actes transmis par les juges d'instruction comme émanant de "magistrats de droit commun" incompétents ;
- par la deuxième, d'annuler sa mise en examen ;
- par la troisième, de constater la prescription de l'action publique.

Par autant d'arrêts - n° 1, 2 et 3, du 21 décembre 2017 - la commission d'instruction a rejeté ces requêtes. M. X... a formé un pourvoi contre chacun d'eux et donc trois pourvois numérotés 18-80.162, 18-80.164 et 18-80.165.

Toutefois, après avoir constaté que ces arrêts, distincts de l'arrêt sur le fond et ne mettant pas fin à la procédure, entraient dans la classe des décisions visées par les articles 570 et 571 du code de procédure pénale, le premier président de la Cour de cassation, faisant application de ces textes, a rendu trois ordonnances, rédigées en termes identiques, disant n'y avoir lieu à l'examen immédiat des pourvois formés à leur rencontre.

Depuis lors, par arrêt du 30 septembre 2019, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, parvenue au terme de ses investigations, a ordonné le renvoi de M. X... devant la Cour de justice de la République des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux. M. X... a formé contre cet arrêt un pourvoi n° 19-86.609.

A l'appui, tant de ce pourvoi que de ceux qu'il avait formés contre les arrêts du 21 décembre 2017, il a déposé un mémoire proposant cinq moyens de cassation. Les trois premiers moyens viennent au soutien des pourvois formés contre ces arrêts et, pour les deux derniers, de celui formé contre l'arrêt de renvoi.

### **I.1.3.- Observations sur la recevabilité des pourvois**

#### **I.1.3.1.- Recevabilité du pourvoi contre l'arrêt de renvoi du 30 septembre 2019**

Le pourvoi contre l'arrêt de renvoi du 30 septembre 2019 est sans conteste recevable sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la nature des deux moyens proposés à son soutien. En effet, lorsque vous êtes saisis, en vertu de l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République d'un pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République portant renvoi devant cette Cour du chef d'un ou plusieurs délits, vous écarterez l'application de l'article 574 du code de procédure pénale aux termes duquel "*l'arrêt de la chambre de l'instruction portant renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police ne peut être attaqué devant la Cour de cassation que lorsqu'il statue, d'office ou sur déclinatoire des parties, sur la compétence ou qu'il présente des dispositions définitives que le tribunal, saisi de la prévention, n'a pas le pouvoir de modifier*"<sup>2</sup>. Vous exercez alors sur l'arrêt portant renvoi un contrôle de même nature que celui que vous exercez, en droit commun, sur les arrêts de mise en accusation devant la cour d'assises<sup>3</sup>. Ainsi, reprenant la formule utilisée par la chambre criminelle lorsqu'elle est saisie de pourvois formés contre de tels arrêts, vous avez jugé que, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction ordonnant, en matière correctionnelle, le renvoi d'une affaire devant la Cour de justice de la République, "*la Cour de cassation, à qui il n'appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la*

<sup>2</sup> v. Ass. plén. 22 juill. 2016, n° 16-80.133, Bull. crim., Ass. plén., n° 1, rapp. Mme Karsenty ; concl. M. Cordier - Et déjà, implicitement, Ass. plén., 6 juin 2003, n°01-87.092, 03-80.734, Bull. crim. 2003, Ass. plén., n° 2 ; Ass. plén., 17 juill. 2009, n° 09-82.690, n° 09-82.691 et 09-82.692 - Au contraire, l'article 574 a été appliqué lors de l'examen de l'arrêt de renvoi rendu dans la procédure de droit commun suivie parallèlement : Crim. 11 juill. 2017, préc.

<sup>3</sup> Il n'existe pas de dispositions équivalentes à celles de l'article 574 du CPP en cas de pourvois contre ces arrêts.

*commission a retenu l'existence à l'encontre de la personne mise en examen, n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification, qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué, justifie la saisine de la Cour de justice de la République*<sup>4</sup>.

### **I.1.3.2.- Recevabilité des pourvois contre les arrêts d'instruction du 21 décembre 2017**

Par ailleurs, s'agissant des trois pourvois n° 18-80.162, 18-80.164 et 18-80.165, formés par M. X... respectivement contre les arrêts n° 1, 2 et 3 du 21 décembre 2017 de la commission d'instruction, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'ordonnances du premier président disant n'y avoir lieu à leur examen immédiat, ils sont appelés à être examinés en même temps que le pourvoi formé contre "l'arrêt sur le fond", conformément à l'interprétation constante de l'article 570 du code de procédure pénale donnée par la chambre criminelle<sup>5</sup>. Or, au même titre que les arrêts de renvoi rendus par la chambre de l'instruction, l'arrêt de renvoi rendu par la commission d'instruction doit être regardé comme un "arrêt sur le fond" au sens de l'article précité<sup>6</sup>. Il en résulte qu'à l'occasion du pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt du 30 septembre 2019 doivent être examinés les trois pourvois qui avaient été formés dans la même affaire contre les arrêts de la commission d'instruction dont le premier président n'avait pas prescrit l'examen immédiat.

### **I.2.- Pourvoi n° 18-80.162 contre l'arrêt n° 1 relatif à la régularité de la procédure "de droit commun" (premier moyen)**

#### **I.2.1.- Contestation par le demandeur de la compétence des juges d'instruction**

Dans sa requête contestant la régularité de la procédure "de droit commun" ayant précédé la saisine de la commission d'instruction, M. X... a soutenu, en substance, que, dès l'origine, les investigations des juges d'instruction avaient été principalement dirigées à son encontre, les magistrats ayant cherché, selon lui, à "*vérifier la thèse de l'accusation (...) mettant en cause le Premier ministre prétendument à la recherche de financements occultes pour sa future campagne*". A l'appui de cette thèse, il a relevé que plusieurs actes d'investigation le visaient directement. Estimant, en conséquence, que "les magistrats de droit commun" avaient violé les dispositions de l'article 68-1 de la Constitution conférant compétence exclusive à la Cour de justice de la République pour connaître des actes commis par les membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, M. X... a demandé l'annulation de la totalité des actes et pièces transmis par eux à la commission d'instruction.

Dans le moyen unique en sept branches qu'il propose à l'appui du pourvoi formé contre l'arrêt de la commission d'instruction ayant rejeté sa demande d'annulation M. X... critique les motifs par lesquelles celle-ci a jugé son argumentation non fondée.

La discussion ouverte par le moyen porte moins sur l'identification des critères - bien établis - permettant de fixer la compétence respective de la juridiction d'instruction de droit commun et de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, que sur la détermination du "point de bascule" à compter duquel, en application de ces critères, la première est tenue de se déclarer incompétente au profit de la seconde. Il est toutefois nécessaire, pour traiter la question posée, de rappeler brièvement

---

<sup>4</sup> Ass. plén. 22 juill. 2016, préc.

<sup>5</sup> Interprétation constante des dispositions de l'article 570 du CPP par la chambre criminelle (v. not. : Crim. 7 juin 1963, 7 juin 1963, n° 63-90.694, Bull. n° 194)

<sup>6</sup> Pour les arrêts de renvoi de la chambre de l'instruction, v. Crim. 1<sup>er</sup> sept. 1987 n° 85-92.518, 87-83.370, Bull. n° 308 ; Crim. 14 mars 1989, n° 88-84.761 ; Crim. 27 nov. 1997, n° 97-81.901 et 97-84.568, Bull. n° 406 ; Crim. 15 sept. 1999, n° 98-86.569, 99-84.251, Bull. n° 185 - Pour les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, v. examinant concomitamment les pourvois formés respectivement, contre un arrêt statuant sur une requête en annulation et contre l'arrêt de renvoi : Ass. Plén. 6 juin 2003, préc. ; Ass. Plén. 17 juill. 2009, préc.

les règles gouvernant le partage des compétences.

### **I.2.2.- Champ de la compétence exclusive de la Cour de justice de la République**

Il résulte des dispositions des deux premiers alinéas de l'article 68-1 de la Constitution que la Cour de justice de la République est exclusivement compétente pour juger les membres du Gouvernement du chef "*des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis*". La compétence de la Cour de justice de la République est donc déterminée par un double critère, personnel et matériel. Il faut que les faits, constitutifs d'un crime ou d'un délit, soient imputables à une personne ayant la qualité de membre du gouvernement - Premier ministre, ministre, secrétaire d'Etat. Il faut, en outre, qu'ils aient été commis par celui-ci dans l'exercice de ses fonctions<sup>7</sup>.

La Cour de justice de la République et la juridiction pénale de droit commun exercent donc une compétence concurrente soit lorsque les mêmes faits sont reprochés à la fois à un membre du gouvernement, qui les aurait commis dans l'exercice de ses fonctions, et à d'autres personnes, soit lorsque, dans une même affaire, un membre du gouvernement se voit reprocher à la fois des faits qu'il aurait commis dans l'exercice de ses fonctions et d'autres qu'il aurait commis en dehors de cet exercice - qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la période d'exercice ou concomitants mais sans lien avec les fonctions. Dans tous les cas, les faits donnent lieu à deux procédures parallèles et indépendantes, suivies respectivement devant la juridiction d'instruction de droit commun et la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. Votre Cour a connu à plusieurs reprises - notamment dans la présente affaire - de telles dissociations, sources d'ailleurs de complications procédurales sur lesquelles il n'est pas utile de s'attarder<sup>8</sup>.

Il faut seulement retenir que la circonstance qu'un membre du gouvernement soit mis en cause dans une information de droit commun est loin d'emporter mécaniquement l'incompétence de la juridiction d'instruction, celle-ci demeurant compétente pour connaître des faits reprochés aux coauteurs ou complices ainsi que ceux étrangers aux fonctions. Pour que la Cour de justice de la République soit reconnue seule compétente, à l'exclusion des juridictions de droit commun, les deux critères, personnel et matériel, évoqués plus haut doivent être réunis. Si l'un vient à manquer, ces juridictions sont exclusivement compétentes. La compétence de la Cour de justice est donc strictement cantonnée. Celle-ci ne peut connaître des faits reprochés aux personnes n'ayant pas la qualité de membre du gouvernement alors même qu'elles auraient agi comme coauteurs ou complices d'un membre du gouvernement. De même, elle ne peut connaître des faits reprochés à une personne ayant cette qualité s'ils n'ont pas été commis par elle dans l'exercice de ses fonctions.

Encore faut-il préciser que la chambre criminelle interprète strictement la notion d'actes accomplis dans l'exercice des fonctions, au sens de l'article 68-1 de la Constitution, cantonnant d'autant la compétence de la Cour de justice de la République. Selon sa jurisprudence, seuls peuvent être regardés comme tels, les actes "*qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant [des] attributions [du membre du gouvernement concerné], à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux*"<sup>9</sup>. Faisant application de ce principe, la chambre criminelle a rendu plusieurs arrêts confortant la compétence du juge pénal de droit commun, soit en écartant les moyens reprochant

---

<sup>7</sup> v. not. Henri-Claude Le Gall, Cour de justice de la République, J-CI proc. Pén. App., art. 231 à 566 - Fasc. 20 ; Pierre-Olivier Caille, Cour de justice de la République, J-CI. Adm. Fasc. 40

<sup>8</sup> v. Crim. 6 févr. 1997, n° 96-80.615, Bull. n° 48 ; Crim. 8 juin 1999, n° 99-81.788 ; Crim. 8 avr. 2010, n° 09-86.242 et 03-80.508 ; Crim. 19 janv. 2016, n° 15-81.041, Bull. n° 14 ; Crim. 19 janv. 2016, n° 15-81.038 et 15-81.039 ; Crim., 11 juillet 2017, n° 17-81.510, rendu dans la présente affaire.

<sup>9</sup> Crim., 26 juin 1995, n° 95-82.333, 95-82.333, Bull, n° 235

à celui-ci d'avoir retenu sa compétence à l'égard d'un ministre<sup>10</sup> soit en le censurant pour avoir décliné à tort sa compétence à l'égard d'une personne ayant cette qualité<sup>11</sup>. Dans tous les cas, elle a relevé que la simple circonstance que les faits aient été "*en concomitance avec une activité ministérielle*" ou qu'ils aient été commis "*à l'occasion des fonctions ministérielles*" ne suffisait pas à justifier que leur connaissance fût soustraite à la juridiction de droit commun. Ainsi, dans l'une des affaires dont elle a eu à connaître, elle a jugé que, si le fait, pour un ministre, d'intervenir auprès de l'administration afin d'empêcher la préemption d'un terrain pouvait être regardé comme étant commis à l'occasion de son activité ministérielle, il ne constituait pas un acte en rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de ses attributions de sorte qu'il ressortait à la compétence de la juridiction de droit commun<sup>12</sup>.

### I.2.3.- Détermination du seuil de l'incompétence de la juridiction de droit commun

Sous le bénéfice de ce rappel, il reste à déterminer les critères permettant de fixer le seuil au-delà duquel il faut considérer que la juridiction d'instruction de droit commun ne peut poursuivre ses investigations à l'égard d'un membre du gouvernement sans méconnaître sa compétence. Bien entendu, il est hors de doute qu'au cours de l'information de droit commun, l'intéressé ne peut en aucun cas être mis en examen ou entendu comme suspect - que ce soit sous le régime de la garde à vue ou en audition libre - du chef d'infractions qui, à les supposer établies, auraient été commises par lui dans l'exercice de ses fonctions. Mais il faut aller au-delà de cette observation élémentaire. Il ne suffit pas que la juridiction de droit commun s'abstienne d'une telle audition pour conserver sa compétence.

On ne saurait cependant transposer la solution qui était appliquée, sous l'empire des textes, abrogés en 1993, qui prévoyaient - selon une expression discutable mais alors très répandue - un "privilège de juridiction" au profit, notamment, des magistrats et de certains élus ou fonctionnaires d'autorité<sup>13</sup>. Lorsque l'un d'eux était "susceptible d'être inculpé" - on dirait aujourd'hui mis en examen - du chef d'un crime ou d'un délit, les articles 679, 681 ou 687 du code de procédure pénale imposaient au procureur de la République de présenter sans délai une requête à la chambre criminelle afin qu'elle désigne la juridiction chargée de l'instruction et du jugement de l'affaire tant à l'égard de la personne concernée que de ses coauteurs ou complices. Appliquant de manière très stricte les dispositions considérées, la chambre criminelle jugeait que cette personne devait être regardée comme "susceptible d'être inculpée" au sens des articles précités "*dès le moment*" où elle était "*mise en cause*"<sup>14</sup>. La simple éventualité, même lointaine, d'une inculpation était donc suffisante. La sanction du non respect de cette règle était radicale puisque se trouvaient entachés d'une nullité qualifiée de "*substantielle et générale*" tous les actes accomplis par la juridiction saisie, entre "la mise en cause" du magistrat ou du fonctionnaire concerné et l'engagement de la procédure définie aux articles 679 et suivants<sup>15</sup>. Cette rigueur était partagée par

---

<sup>10</sup> Par ex. : Crim., 26 juin 1995, préc.; Crim., 6 févr. 1997, préc. ; Crim., 16 févr. 2000, n° 99-86.307 Bull. n° 72

<sup>11</sup> Crim., 13 déc. 2000, n° 00-82.617, Bull, n° 375

<sup>12</sup> Crim. 13 déc. 2000, préc.

<sup>13</sup> Art. 679 à 688 du CPP, alors placés dans le livre IV, sous un titre IX intitulé "Des crimes et délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires". Ces articles ont été abrogés par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale (art. 102) - v. not. sur ces textes : Merle et Vitu, *Traité de droit criminel, vol. II, Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd. 1989, n° 783 ; J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1<sup>ère</sup> éd. 1990, n° 896 s.; E. Robert, *De la procédure suivie, avant et après la désignation de juridiction par la chambre criminelle, en cas de crimes ou de délits commis par des magistrats ou certains fonctionnaires*, D. 1979, chr. 271.

<sup>14</sup> Crim. 22 juin 1978, n° 77-92.413, Bull. n° 210 ; Crim. 15 janv. 1979, n° 78-91.812, Bull. n° 22 ; Crim., 21 déc. 1988, n° 88-86.883, Bull. n° 445 ; Crim. 14 nov. 1989, n° 88-87229, Bull. n° 413

<sup>15</sup> v. par ex. Crim. 16 avr. 1991, n° 91-80.093, Bull. n° 181

votre Assemblée plénière<sup>16</sup>.

Outre qu'il n'a pas pour objet de dessaisir la juridiction de droit commun au profit d'une juridiction d'exception mais seulement d'attribuer la connaissance de l'affaire à une autre juridiction de droit commun désignée par la Cour de cassation, le dispositif issu de ces articles, désormais abrogés, diffère profondément, et à plusieurs égards, de celui institué par la loi organique du 23 novembre 1993.

D'abord, si l'on considère la lettre des textes, la loi organique ne comporte aucune disposition équivalente à celles figurant aux anciens articles 679 et suivants. A aucun moment, le législateur n'impose à la juridiction d'instruction de droit commun de communiquer son dossier au procureur général près la Cour de cassation dès qu'un membre du gouvernement est "susceptible d'être inculpé" ou "mis en cause".

Ensuite, si l'on considère l'économie des deux dispositifs en présence, celui institué par les articles 679 et suivants présente deux spécificités que l'on ne retrouve pas dans celui issu de la loi organique et qui peuvent expliquer le caractère très mécanique du processus de dessaisissement alors applicable. La première tient à ce que la seule mise en cause d'un magistrat ou d'un fonctionnaire dit "protégé" emportait l'incompétence du juge saisi sans qu'il y ait à rechercher si l'intéressé avait agi "dans" ou "hors" l'exercice de ses fonctions. Au contraire, pour la mise en oeuvre de la saisine de la Cour de justice de la République, cette recherche est, on l'a vu, nécessaire. La seconde différence entre les deux dispositifs tient à ce que la mise en cause du magistrat ou du fonctionnaire "protégé" affectait de manière globale la compétence de la juridiction initialement saisie puisque son incompétence s'étendait aux complices et coauteurs, *lors même qu'ils n'exerçaient point de fonctions judiciaires ou administratives*<sup>17</sup>. Au contraire, même en cas de saisine de la Cour de justice, la poursuite de l'information peut être justifiée par la nécessité d'instruire à l'égard de ces derniers.

L'application des solutions adoptées sous l'empire des anciens articles 679 et suivants étant écartée, il reste à préciser de manière plus positive les éléments devant être pris en compte pour déterminer le moment à compter duquel la juridiction d'instruction de droit commun est tenue de se déclarer incompétente lorsque les soupçons apparaissent à l'encontre d'une personne qui avait alors la qualité de membre du gouvernement, d'avoir participé aux faits, objet de la poursuite. Trois éléments nous semblent conduire à apprécier ce moment avec une certaine souplesse. Ils tiennent à la nécessité d'appréhender la nature des faits, d'apprécier l'intensité des indices et de prendre en compte, le cas échéant, la pluralité de participants.

En premier lieu, ainsi que l'a énoncé la chambre criminelle, ni l'article 68-1 de la Constitution ni la loi organique du 23 novembre 1993 n'apportent de dérogation au principe selon lequel tout juge doit apprécier sa propre compétence<sup>18</sup>. Négativement, la formule signifie que le juge de droit commun n'a pas à soumettre par voie préjudicielle la question de sa compétence à la Cour de justice de la République. Positivement, elle signifie qu'il ne peut se déclarer incompétent avant d'avoir réuni

---

<sup>16</sup> Ass. Plén., 31 mai 1990, n° 89-86.793 Bull. crim. n° 221 : *"La procédure définie par l'article 687 du code de procédure pénale doit être engagée sans délai par le procureur de la République dès le moment où il acquiert la certitude qu'un officier de police judiciaire est mis en cause et se trouve, par suite, au sens dudit article, susceptible d'être inculpé d'un crime ou d'un délit qu'il aurait commis dans la circonscription où il est territorialement compétent, hors ou dans l'exercice de ses fonctions ; que ces prescriptions sont d'ordre public et qu'il est du devoir des juridictions d'instruction et de jugement d'en faire, d'office, assurer le respect. Il en résulte que, lorsqu'une telle mise en cause intervient au cours d'une information et qu'elle est portée, soit directement à la connaissance du juge d'instruction, soit à celle d'officiers de police judiciaire délégués, lesquels sont tenus de lui en référer immédiatement, ce magistrat devenu, de ce fait, incompétent pour continuer l'information, doit communiquer la procédure au procureur de la République en vue de la désignation d'une juridiction."*

<sup>17</sup> v. Art. 681, alinéa 4, CPP

<sup>18</sup> Crim., 26 juin 1995, préc.

l'ensemble des éléments lui permettant de prendre une décision éclairée sur ce point. Il ne s'agit d'ailleurs que de l'application particulière d'une règle générale. La chambre criminelle censure avec constance les déclarations d'incompétence, territoriale ou matérielle, du juge d'instruction lorsque celui-ci s'est déterminé par un examen abstrait des termes de la plainte sans avoir vérifié sa compétence de manière suffisante par une information préalable<sup>19</sup>. La solution est la même lorsqu'est opposée une cause d'extinction de l'action publique comme la prescription ou un obstacle aux poursuites tel une immunité de juridiction<sup>20</sup>. Elle n'est pas propre à la matière pénale. Ainsi, la première chambre civile a jugé que la juridiction devant laquelle l'immunité de juridiction de l'Etat étranger est invoquée est dans la nécessité d'en apprécier le bien-fondé au regard du fond du litige pour décider s'il y a lieu d'accueillir ou non cette fin de non-recevoir d'une nature particulière<sup>21</sup>. De même, pour l'application de l'article 68-1 de la Constitution, avant de se déclarer incompétente, la juridiction d'instruction de droit commun doit s'assurer qu'à les supposer établis, les faits reprochés auraient été commis par le membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, au sens étroit que revêt cette expression dans la jurisprudence de la chambre criminelle.

En deuxième lieu, lorsqu'un membre du gouvernement est mis en cause pour des faits qu'il aurait commis dans l'exercice de ses fonctions, le degré de suspicion de nature à justifier une déclaration d'incompétence doit être apprécié en ayant présent à l'esprit que, compte tenu des limites de sa compétence, la Cour de justice de la République ne peut être saisie que par un réquisitoire contre personne dénommée ainsi qu'en dispose l'article 19 de la loi organique du 23 novembre 1993. Or, lors de l'adoption de celle-ci et jusqu'à une époque relativement récente, la personne visée par un réquisitoire introductif ou supplétif était regardée comme un "inculpé virtuel". Cette solution, longtemps prétorienne, avait été consacrée en 1993 par le législateur à l'article 105 du code de procédure pénale<sup>22</sup>. Il est vrai que, depuis l'abrogation des dispositions correspondantes par la loi du 15 juin 2000<sup>23</sup>, elle n'a plus cours. Le réquisitoire nominatif n'emporte plus, à lui seul, attribution du statut de mis en examen ainsi que vous l'avez d'ailleurs rappelé, dans la présente affaire, par votre arrêt du 13 octobre 2017<sup>24</sup>. Toutefois, la suspicion que fait peser un tel réquisitoire sur la personne qu'il vise n'est pas sans conséquence sur le statut de celle-ci. Etant "accusée" par l'autorité de poursuite, elle ne peut plus être entendue comme un simple témoin. Si la juridiction d'instruction estime ne pas devoir la mettre en examen, elle a l'obligation, en application de l'article 113-1 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi précitée, de lui conférer le statut protecteur de témoin assisté.

La saisine de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République suppose donc que les indices réunis à l'encontre du membre du gouvernement concerné soient suffisamment consistants pour justifier qu'il fasse l'objet d'un réquisitoire nominatif s'analysant en un acte d'accusation et imposant, comme tel, l'attribution de l'un des deux statuts applicables à la personne mise en cause - celui de mis en examen ou celui de témoin assisté. Sachant qu'à la date de l'adoption de la loi organique du 23 novembre 1993, le réquisitoire nominatif emportait mise en examen (inculpation), on peut supposer que, dans l'esprit du législateur, les indices réunis devaient présenter une certaine gravité. Au demeurant, au

---

<sup>19</sup> Crim. 8 mai 1971, n° 70-92.905, Bull. n° 160 ; Crim. 19 mai 1997, n° 95-86.088, Bull. n° 77 ; Crim. 11 mai 1999, n° 97-85.795, Bull. n° 90 ; Crim. 30 janv. 2001, n° 00-80.656, Bull. n° 25 ; Crim. 4 janv. 2005, n° 03-84.652, Bull. n° 1

<sup>20</sup> Crim. 19 mars 2013, n° 12-81676, Bull. n° 65 ; Crim. 17 juin 2014, n° 13-80158

<sup>21</sup> 1<sup>ère</sup> Civ., 16 déc. 2003, 02-45.961, Bull. n° 258

<sup>22</sup> v. article 105 dans sa rédaction issue de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale (art. 11, II)

<sup>23</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

<sup>24</sup> Ass. plén. 13 oct. 2017, n°17-83.620, Bull. ; rapp. M. Stephan ; concl. M. Cordier

cours des travaux parlementaires relatifs à la loi organique, évoquant le pouvoir de filtrage de la commission des requêtes - dont l'avis lie le procureur général près la Cour de cassation - le rapporteur de la Commission des lois du Sénat a estimé qu'il revenait à cette commission d'écarter les plaintes visant "*des faits qui ne seraient pas suffisamment graves et sérieux*"<sup>25</sup>. Le garde des Sceaux considérerait quant à lui que, pour justifier la saisine de la Cour de justice, devaient être réunis des indices "*précis*" et "*graves*"<sup>26</sup>.

Ainsi, même si aucune disposition ne l'y contraint, il paraît cohérent qu'avant de se déclarer incompétente, la juridiction d'instruction de droit commun s'assure qu'il existe à l'encontre du membre du gouvernement mis en cause des indices suffisamment sérieux pour rendre vraisemblable qu'il ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions<sup>27</sup>.

Enfin, une dernière circonstance, tenant au nombre et à la qualité des personnes mises en cause, est à prendre en compte pour l'appréciation du moment à compter duquel le dessaisissement de la juridiction de droit commun devient impératif. Lorsque, comme en l'espèce, les faits, objet de la poursuite, sont susceptibles d'être imputés non seulement à un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, mais également à une ou plusieurs personnes n'ayant pas cette qualité, mises en cause comme coauteurs ou complices, la circonstance qu'il existe, à l'encontre du membre du gouvernement, des indices de participation à ces infractions - y compris des indices graves ou concordants qui seraient de nature à justifier sa mise en examen en application de l'article 80-1 du code de procédure pénale - ne saurait faire obstacle à ce que la juridiction d'instruction poursuive ses investigations à l'égard des autres personnes mises en cause. En pareil cas, il importe seulement que la juridiction d'instruction s'abstienne de toute investigation qui tendrait spécialement ou exclusivement à établir la réalité de l'implication du membre du gouvernement dans la commission des infractions. Dès lors que les investigations trouvent leur raison dans la nécessité d'apprécier la participation des autres protagonistes, elles ne sauraient être tenues pour irrégulières.

En définitive, pour que les investigations de la juridiction d'instruction de droit commun puissent être tenues pour irrégulières comme émanant d'une juridiction incompétente au regard de l'article 68-1 de la Constitution, il faut, selon nous, d'une part, qu'aient été réunis, à l'encontre de telle personne, des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer à la commission des infractions, objet de l'information, en qualité de membre du gouvernement agissant dans l'exercice de ses fonctions et, d'autre part, que la juridiction saisie ait, nonobstant de tels indices, poursuivi l'information en procédant ou faisant procéder à des actes d'investigation ayant eu spécialement ou exclusivement pour objet d'apprécier la participation de l'intéressé aux infractions susceptibles de lui être reprochées.

C'est à la lumière de ces quelques éléments d'analyse qu'il convient d'apprécier la critique adressée à la motivation de l'arrêt de la commission d'instruction.

## **I.2.4.- Appréciation de la critique de l'arrêt de la commission d'instruction**

### **I.2.4.1.- Motifs de l'arrêt critiqués au moyen**

---

<sup>25</sup> Doc. Sénat 1992-1993, n° 316

<sup>26</sup> JO Sénat CR 20 oct. 1993, p. 3256 - En son article 15, la loi organique donne d'ailleurs à la commission des requêtes le pouvoir de faire procéder à toutes investigations utiles, dans les formes de l'enquête préliminaire, pour s'assurer du sérieux des plaintes déposées.

<sup>27</sup> Pour reprendre la formule de l'article 113-2 du code de procédure pénale relative à la possibilité d'entendre une personne comme témoin assisté hors les cas où celle-ci est mise en cause dans un réquisitoire ou dans une plainte.

En guise de prolégomène, la commission d’instruction énonce que *“l’attribution de compétence à la Cour de justice de la République (...) s’applique à la seule personne exerçant des fonctions ministérielles, dont, en outre, elle n’appréhende pas l’ensemble des actes”*. Elle en déduit *“qu’échappent aux prévisions de la loi : les auteurs ou complices des mêmes infractions ou d’infractions connexes”* ainsi que *“les infractions, soit détachables des fonctions ministérielles, soit perpétrées avant que celles-ci aient commencé ou après qu’elles ont pris fin”*.

Elle expose ensuite que les réquisitoires dont ont été saisis les juges d’instruction étaient pour la plupart délivrés contre personne non dénommée et qu’en tout cas, aucun ne visait M. X..., indiquant qu’ils portaient sur des faits en lien avec divers contrats d’armement à l’occasion desquels les sociétés DCN-I et Sofresa *“auraient versé indûment (...) des commissions susceptibles d’avoir généré des “rétro-commissions” au profit, notamment, de M. X..., dont la campagne électorale de 1995 et les activités politiques auraient pu être, pour partie, financées par ce canal”*. Elle précise que les faits, objet de la saisine portaient sur la période courant de 1993 à 2012 et qu’ils étaient retenus sous les qualifications d’abus de biens sociaux, complicité et recel, recel et blanchiment aggravés. Ce tableau étant dressé, elle a rappelé que M. X... avait exercé ses fonctions de Premier ministre du 29 mars 1993 au 11 mai 1995, date de sa démission. Elle a indiqué par ailleurs que, le 18 janvier 1995, il avait annoncé sa candidature à l’élection présidentielle et que le 23 janvier suivant il avait créé l’Association pour le financement de la campagne électorale d’A... X... (AFICEB).

A la lumière de ces indications générales, elle a examiné les actes dont l’annulation était sollicitée au motif que les juges d’instruction n’auraient pas été compétents pour y procéder.

Une première série d’actes était constituée par les investigations qui, relatives au financement de la campagne présidentielle de M. X..., avaient porté sur les meetings, les comptes de campagne déposés au Conseil constitutionnel et la comptabilité de l’AFICEB. En ce qui les concerne, la commission d’instruction retient tout d’abord, en substance, que la complexité des faits et la multiplicité des personnes susceptibles d’être impliquées justifiaient des investigations approfondies de la part des juges d’instruction auxquels il incombait, d’une part, de *“rechercher si la campagne présidentielle avait été alimentée par certains financements occultes ou d’origine suspecte”* et, d’autre part, de *“tirer les conséquences des vérifications entreprises à l’égard, tant de M. X... que des autres personnes susceptibles d’être poursuivies”*. Explicitant la nature de ces *“conséquences”*, la commission d’instruction précise que, de ces vérifications, dépendait *“l’éventualité d’une mise en examen”* de ces personnes et, *“s’agissant du requérant, d’une saisine contre personne dénommée de la Cour de justice de la République”*. Elle rappelle, citant votre arrêt du 26 juin 1995, qu’il appartenait aux juges d’instruction d’apprécier leur propre compétence de sorte qu’ils *“se devaient de procéder aux investigations critiquées ne serait-ce, comme l’observe le ministère public, que pour éviter une saisine indue et, dès lors préjudiciable au requérant, de la Cour de justice de la République.”*

A cet égard, la commission d’instruction juge qu’une telle saisine ne pouvait être déterminée par la mise en oeuvre de critères empruntés à la jurisprudence - qualifiée d’*“obsolète”*- mettant en oeuvre le dispositif, abrogé en 1993, dit des *“privilèges de juridiction”*. Elle en déduit que, contrairement aux allégations du requérant, la saisine ne pouvait être imposée par les seules allégations des parties civiles ou des médias qui s’en faisaient l’écho. Elle constate enfin que les juges d’instruction ont cessé toutes investigations concernant M. X... dès le moment où, par ordonnance de soit-communié du 6 décembre 2013, ils ont saisi le procureur de la République aux fins de réquisitions sur la compétence de la Cour de justice de la République.

Une deuxième catégorie d’investigations dont la régularité était contestée sur le fondement de l’article 68-1 de la Constitution, rassemble celles *“relatives à la situation patrimoniale, aux investissements et aux dépenses de M. et Mme X...”*. La commission d’instruction a justifié ces investigations après avoir rappelé qu’échappaient, notamment, à la compétence de la Cour de justice de la République *“tout enrichissement ou mouvement financier personnels susceptibles d’être appréhendés sous les qualifications respectives de recel ou de blanchiment et, de manière plus générale, tout autre agissement*

*répréhensible détachable de l'exercice des fonctions au sens de l'article 68-1 de la Constitution."*

#### **I.2.4.2.- Appréciation de la critique articulée au moyen**

La motivation relative à la régularité des investigations de la première catégorie d'actes, claire et précise, met en oeuvre la grille d'analyse que nous vous avons proposée. Elle nous paraît échapper à la critique développée par le demandeur aux six premières branches de son moyen.

Ainsi que l'a exactement énoncé la commission d'instruction, la circonstance, invoquée aux deux premières branches, que certains des faits, objet des investigations, aient été susceptibles d'être imputés à M. X..., dans l'exercice de ses fonctions, n'emportait pas l'obligation, pour les juges d'instruction, de se déclarer incompétents dès lors que, d'une part, leurs investigations avaient eu pour objet d'apprécier l'implication des autres personnes mises en cause, au nombre desquelles le directeur de cabinet et directeur de campagne de M. X..., et que, d'autre part, à l'égard de M. X..., elles tendaient à vérifier la nécessité de saisir la commission d'instruction. Pour les raisons que nous avons indiquées, c'est à bon droit que la commission d'instruction a jugé qu'il n'y avait pas lieu de transposer la solution mise en oeuvre pour l'application des dispositions relatives aux "privilèges de juridiction", abrogées en 1993, solution qui a inspiré l'argumentation du demandeur, lequel l'invoque dans son mémoire.

Par ailleurs, bien que, comme le relève M. X... à la troisième branche du moyen, aucune disposition de la loi organique ne subordonne la saisine de la commission d'instruction à l'existence d'indices graves ou concordants de nature à justifier une mise en examen, nous avons vu qu'il était cohérent que de tels indices fussent réunis avant de provoquer l'engagement de poursuites contre l'intéressé devant la commission d'instruction par un réquisitoire contre personne dénommée. Au demeurant, la critique articulée à cette troisième branche nous paraît manquer en fait, dès lors que, contrairement à ce qui est énoncé au moyen, la commission d'instruction n'a pas affirmé que les juges d'instruction devaient apprécier si les indices réunis rendaient nécessaire une mise en examen du requérant mais seulement s'ils étaient de nature à justifier la délivrance à son encontre d'un réquisitoire contre personne dénommée. Sans doute la commission d'instruction a-t-elle estimé qu'une mise en examen devait alors être envisageable mais elle s'est gardée d'affirmer qu'il revenait aux juges d'instruction de prendre parti sur sa nécessité<sup>28</sup>.

S'agissant toujours du moment de la saisine, il ne peut être reproché à la commission d'instruction, comme le fait le demandeur aux quatrième et cinquième branches, d'avoir observé qu'une saisine prématurée, et donc "indue", de la Cour de justice de la République lui aurait été préjudiciable. En effet, cette observation est en phase avec nombre de solutions jurisprudentielles et de dispositions législatives tendant à prévenir les mises en cause prématurées de nature à porter atteinte à la réputation de la personne et à l'affecter dans sa vie personnelle et professionnelle. On peut rappeler à cet égard la jurisprudence de la chambre criminelle, relative à l'article 105 du code de procédure pénale, selon laquelle il est loisible au juge d'instruction de ne mettre en examen une personne qu'après s'être éclairé, notamment en faisant procéder à son audition en qualité de témoin, sur sa participation aux agissements incriminés dans des conditions pouvant engager sa responsabilité pénale<sup>29</sup>. Procèdent du même souci de prévenir les mises en examen prématurées les dispositions de l'article 80-1 du code de procédure pénale, issues de la loi du 15 juin 2000, exigeant la réunion d'indices graves ou concordants ou encore celles, issues de la même loi, favorisant le recours au statut de témoin assisté. En tout état de cause, la solution retenue par la commission d'instruction n'est pas fondée exclusivement ou même

---

<sup>28</sup> On relèvera incidemment que le demandeur, qui reproche à la commission d'instruction d'avoir jugé que sa saisine était subordonnée à la réunion d'indices graves ou concordants, a par ailleurs présenté une requête en nullité tendant à faire juger que de tels indices n'étaient pas réunis à son encontre (v. arrêt n° 2 du 21 décembre 2017).

<sup>29</sup> v. entre autres : Crim. 8 nov. 2000, n° 00-83.570, Bull. n° 3

essentiellement sur l'observation, incidente, relative au caractère préjudiciable qu'aurait revêtu, pour M. X..., une saisine prématurée de la commission d'instruction de sorte que la critique développée par les quatrième et cinquième branches nous paraît inopérante.

En sa sixième branche, le moyen manque en fait. Le demandeur y soutient que la commission d'instruction ne pouvait se borner à retenir que les juges d'instruction avaient mis fin à leurs investigations le concernant à partir du moment où ils avaient considéré qu'il pouvait relever de la Cour de justice de la République, leur reprochant de ne pas avoir vérifié que les actes critiqués, antérieurs à l'ordonnance de soi-communicé aux fins de réquisitions sur la compétence, ne relevaient pas de cette juridiction. En réalité, comme nous l'avons vu, la commission d'instruction ne s'en est pas tenue au constat évoqué. Elle a procédé à la vérification dont l'absence est dénoncée.

Enfin, contrairement à ce qui est soutenu à la septième branche du moyen, la commission d'instruction n'a pas affirmé que tout enrichissement ou mouvement financier personnel échappait *par nature* à la compétence de la Cour de justice de la République, ce qui serait bien évidemment inexact. Elle a seulement entendu rappeler, par la formule reproduite plus haut, qu'y échappait tout acte détachable de l'exercice des fonctions au sens de l'article 68-1 de la Constitution. Ce n'est donc, pour elle, qu'en tant qu'ils étaient détachables que les enrichissements ou mouvements financiers personnels étaient exclus de cette compétence.

Le moyen proposé à l'encontre de l'arrêt n° 1 du 21 décembre 2017 nous paraît ainsi devoir être écarté et, en conséquence, le pourvoi formé contre cet arrêt, rejeté.

### **I.3.- Pourvoi n° 18-80.164 contre l'arrêt n° 2 de la commission d'instruction sur la requête aux fins d'annulation de la mise en examen (deuxième moyen)**

#### **I.3.1.- Contestation, dans la requête, de la composition de la commission d'instruction**

Comme cela a été indiqué, M. X... a été mis en examen par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République le 29 mai 2017. Par une requête déposée le 31 octobre suivant, il a demandé à la commission d'instruction, "prise en tant que chambre de l'instruction", d'annuler cette mise en examen soutenant, sur le fondement de l'article 80-1 du code de procédure pénale, qu'en l'absence d'indices graves ou concordants, elle n'était pas justifiée<sup>30</sup>. A titre liminaire, il a précisé, dans les termes suivants, que la commission d'instruction ne pourrait statuer sur sa requête que dans une composition différente de celle qui était la sienne lors de la mise en examen, estimant que "*dès lors que c'est un second degré de juridiction qui est demandé, il semble évident que la décision qui sera prise ne pourra l'être que par la commission d'instruction autrement composée, faute de quoi les exigences liées aux droits de la défense et au droit à un recours effectif, ne seraient pas respectées*".

Analysant cette observation comme une demande tendant à la modification de sa composition, la commission d'instruction l'a jugée irrecevable et, subsidiairement - ou surabondamment -, mal-fondée. Statuant ensuite sur la demande d'annulation de la mise en examen, elle l'a rejetée.

Dans son unique moyen de cassation, le demandeur ne critique pas les motifs par lesquels la commission d'instruction a estimé que sa demande d'annulation n'était pas fondée. En revanche il conteste la réponse apportée par elle à la demande de changement de composition tant en ce qui

---

<sup>30</sup> Etant rappelé qu'en application de l'article 174-1 du même code, en cas d'annulation, la personne doit être considérée comme témoin assisté à compter de son interrogatoire de première comparution.

concerne la recevabilité de la demande que son bien-fondé.

### **I.3.2.- Question de la recevabilité de la demande de changement de composition**

Pour déclarer irrecevable la demande tendant à la modification de sa composition, la commission d'instruction retient *“qu'elle est formulée hors le cadre des procédures prévues à cet effet, comme la récusation, devant une instance qui n'a pas la maîtrise de sa propre composition déterminée conformément aux dispositions de l'article 11 de la loi organique du 23 novembre 1993, et dont les membres titulaires ne sauraient se dessaisir au profit des trois membres suppléants sans commettre un excès de pouvoir”*. Contrairement à ce qui est soutenu aux trois premières branches du moyen, en se déterminant ainsi, la commission d'instruction n'a méconnu aucune disposition législative ni aucun principe conventionnel.

Aux termes du premier alinéa de l'article 11 de la loi organique du 23 novembre 1993 : *“La commission d'instruction se compose de trois membres titulaires et de trois membres suppléants désignés pour trois ans parmi les magistrats du siège hors hiérarchie à la Cour de cassation par l'ensemble de ces magistrats”*.

Lorsque, comme en l'espèce, la personne mise en examen entend contester l'impartialité fonctionnelle des trois membres, titulaires ou suppléants, appelés à siéger, l'article 4 de la loi organique lui ouvre la faculté de demander leur récusation au premier président de la Cour de cassation. Cette voie est la seule ouverte, la loi organique n'en prévoyant pas d'autre. En particulier, ainsi que l'a jugé la chambre criminelle et comme le rappelle le demandeur, il n'est pas permis à la personne mise en examen de demander à la Cour de cassation le dessaisissement de la commission d'instruction pour cause de suspicion légitime, sur le fondement de l'article 662 du code de procédure pénale<sup>31</sup>. Au demeurant, la commission d'instruction étant une juridiction unique, un tel dessaisissement n'est guère plus concevable qu'il ne l'est pour la chambre criminelle<sup>32</sup>.

L'argument, avancé à la deuxième branche, selon lequel la procédure de récusation ne serait pas *“adaptée”* à une demande tendant au remplacement des trois magistrats composant la juridiction est sans objet. Un débat sur ce point se conçoit lorsque la voie du dessaisissement pour cause de suspicion légitime est concurremment ouverte. En cas de suspicion de partialité, il importe alors de savoir laquelle des deux procédures - dessaisissement pour cause de suspicion légitime ou récusation - est, juridiquement, *“adaptée”*. Pour s'en tenir à une présentation sommaire, le dessaisissement doit, en principe, être demandé lorsque la cause de partialité affecte la juridiction toute entière, tandis que la voie de la récusation doit être suivie lorsque cette cause affecte certains des magistrats, pris individuellement<sup>33</sup>. Mais, en l'espèce, il n'y a pas à hésiter puisqu'il n'y a pas à choisir. Etant seule ouverte, la procédure de récusation, qui couvre en quelque sorte le champ du dessaisissement pour cause de suspicion légitime, est nécessairement adaptée, sans qu'il y ait à rechercher si la suspicion de partialité pèse sur l'ensemble des membres de la juridiction ou sur certains d'entre eux.

---

<sup>31</sup> Crim. 24 févr. 1999, n° 99-81.367 : *“les règles relatives à l'organisation de la Cour de justice de la République et à la procédure applicable devant elle sont fixées par la loi organique n° 93-1252, du 23 novembre 1993 ; aucune disposition de ladite loi ne donne compétence à la chambre criminelle de la Cour de Cassation pour examiner une requête visant la Cour de justice de la République ou un recours contre les décisions de cette juridiction.”*

<sup>32</sup> Crim., 15 juin 1934, Bull., n° 119, excluant la requête en suspicion légitime devant la chambre criminelle

<sup>33</sup> Plus précisément, la procédure de récusation peut être mise en oeuvre même lorsque l'impartialité de tous les membres de la formation juridictionnelle est contestée dès lors que ceux-ci peuvent être remplacés par des magistrats appartenant à la même juridiction (v. par ex. : Crim. 20 juin 2013, n° 13-84.177 , Bull. n° 149 ; Crim. 21 Août 2019, n° 19-85.325)

Par ailleurs, il n'existait en l'espèce aucun obstacle à la mise en oeuvre de cette procédure. D'abord, l'atteinte alléguée à l'impartialité fonctionnelle tenant à ce que les magistrats de la commission d'instruction avaient déjà connu de l'affaire - en l'occurrence de la mise en examen - constitue bien l'une des causes de récusation, prévue au 5° de l'article 668 du code de procédure pénale, applicable par renvoi de l'article 4 de la loi organique. Ensuite, cette cause de récusation étant apparente et connue de l'intéressé, celui-ci était en mesure d'en saisir le premier président de la Cour de cassation conformément aux dispositions de cet article.

A la troisième branche du moyen, le demandeur soutient cependant que la commission d'instruction aurait fait preuve d'un formalisme excessif et méconnu le droit à un recours effectif garanti par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) en lui opposant qu'il aurait dû suivre la procédure de récusation. Il paraît cependant difficile de retenir cette argumentation.

La Cour européenne des droits de l'homme juge avec constance que *“si le droit d'exercer un recours est bien entendu soumis à des conditions légales, les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter à la fois un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois”*. Ainsi, la Cour *“a conclu à plusieurs reprises que l'application par les juridictions internes de certaines formalités à respecter pour former un recours est susceptible de violer le droit d'accès à un tribunal. Pour elle “il en est ainsi quand l'interprétation par trop formaliste de la légalité ordinaire faite par une juridiction empêche, effectivement, l'examen au fond du recours exercé par l'intéressé”*. En conséquence, pour être conforme à la Convention, la mise en oeuvre des dispositions encadrant l'exercice d'un recours *“ne doit pas seulement poursuivre un but légitime et être accessible et prévisible, mais également ne pas avoir porté une atteinte disproportionnée au droit d'accès du requérant à un tribunal”*<sup>34</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *Walchli contre France*<sup>35</sup>, la Cour européenne a conclu à une violation de l'article 6 § 1 dans un cas où une requête en nullité, reçue par le greffier qui l'avait signée et estampillée, avait été déclarée irrecevable au motif qu'elle n'avait pas fait l'objet d'une déclaration au greffe de la chambre de l'instruction, signée par le greffier, mais d'un simple dépôt à ce greffe. Considérant les conséquences de ce formalisme, qui avait privé l'intéressé de la possibilité de contester la régularité des actes litigieux, la Cour a jugé que celui-ci s'était vu imposer *“une charge disproportionnée”* rompant *“le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et, d'autre part, le droit d'accès au juge”*. Dans l'affaire *Reichman contre France*, la Cour européenne des droits de l'homme a abouti à la même conclusion dans un cas où un pourvoi en matière pénale avait été déclaré irrecevable pour avoir été formé par un avocat dont le pouvoir était antérieur de deux jours à la date de l'arrêt attaqué.

Nous sommes toutefois bien loin en l'espèce de tels cas de figure. Il n'est pas discutable, et n'est d'ailleurs pas discuté, qu'afin d'assurer la bonne administration de la justice, le législateur est en droit d'encadrer les conditions dans lesquelles l'impartialité d'une juridiction peut être contestée. En l'espèce, la procédure applicable, prévue à l'article 4 de la loi organique du 23 novembre 1993, est claire et prévisible. Elle n'est que la transposition de la procédure de récusation applicable en matière correctionnelle, à laquelle renvoie l'article précité. Par ailleurs, l'irrecevabilité relevée en l'espèce par la commission d'instruction ne tenait pas en la méconnaissance d'une formalité accessoire. Elle résultait de ce que la procédure prévue avait été purement et simplement ignorée, M. X... ayant exprimé la nécessité, pour la commission d'instruction, de statuer dans une composition différente sans toutefois

---

<sup>34</sup> CEDH, 12 juill. 2016, *Reichman c/ France*, n° 50147/11, § 27 à 33 - v. également, entre beaucoup d'autres : CEDH, 26 juill. 2007, *Walchli c/ France*, n° 21444/1, § 26 à 29 ; CEDH, 5 nov. 2015, *Henrioud c/ France*, n° 21444/11, § 55 à 58 ; CEDH, GC, 5 avr. 2018, *Zubac c/ Croatie*, n° 40160/12, § 80 à 86 ; CEDH, 13 déc. 2018, *Witkowski c/ Pologne*, n° 21497/14, § 41 à 44

<sup>35</sup> Note précédente

exercer le recours qui lui était ouvert à cet effet. Dans ces conditions, il ne nous apparaît pas que la solution retenue à titre principal par la commission d'instruction puisse être regardée comme procédant d'un "formalisme excessif".

En particulier, contrairement à ce qui est soutenu à la quatrième branche du moyen, il ne peut être reproché à la commission d'instruction de n'avoir pas saisi d'office le premier président de la Cour de cassation de la contestation qui lui était soumise, au motif que "tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit se déporter".

Aux termes du dernier alinéa de l'article 4 de la loi organique : "*Le premier président de la Cour de cassation statue sur la récusation des membres de la commission d'instruction, dans les formes prévues en matière correctionnelle*". Compte tenu de la généralité du renvoi ainsi opéré aux règles de droit commun, et bien que vous n'ayez pas eu l'occasion de consacrer cette solution, il faut considérer que trouve application devant la commission d'instruction l'article 674 du code de procédure pénale qui permet aux juges de se "*récusar d'office*" avec l'autorisation du premier président accordée après avis du procureur général<sup>36</sup>. En conséquence, si les membres de la commission d'instruction ne peuvent décider d'office de s'abstenir, ils peuvent demander d'office au premier président de les y autoriser. Toutefois, cette initiative est laissée à leur appréciation discrétionnaire<sup>37</sup> et ne s'inscrit pas dans une procédure contentieuse<sup>38</sup>. Il appartient donc au seul magistrat concerné d'apprécier, au regard, notamment, de ses obligations déontologiques, s'il y a lieu de solliciter sa récusation<sup>39</sup>. Il en résulte qu'une partie, qui a le droit de demander la récusation du magistrat dont elle soupçonne l'impartialité, est sans qualité pour reprocher à celui-ci de n'avoir pas fait usage de la faculté, qui relève de sa seule conscience, de demander lui-même à être autorisé à se déporter.

Enfin, il est constant qu'en l'absence de texte l'y autorisant, une juridiction pénale ne saurait, sans excéder ses pouvoirs, renvoyer la procédure devant une juridiction autrement composée après avoir apprécié elle-même son impartialité<sup>40</sup>. C'est le sens de l'arrêt attaqué.

### **I.3.3.- Bien-fondé de la demande de changement de composition**

Si vous approuvez la commission d'instruction d'avoir jugé irrecevable la demande tendant à la modification de sa composition, vous serez amenés à déclarer irrecevable le moyen pris en ses cinquième et sixième branches dirigées contre les motifs par lesquels, de manière surabondante, la commission a examiné, pour l'écarter, cette même demande. En effet, selon une solution consacrée par

---

<sup>36</sup> En ce sens, Henri-Claude Le Gall, J.-Cl. Proc. Pén., art. 231 à 566 cpp- Fasc. 20, Cour de Justice de la République, n° 56, se référant à doc. AN 1993, n° 504 - Ne sont pas applicables devant la commission d'instruction les dispositions de l'article 5 de la loi organique aux termes duquel : "*Tout juge qui souhaite s'abstenir, même en dehors des cas prévus par le code de procédure pénale en matière correctionnelle, est tenu de le déclarer à la Cour de justice de la République qui statue sur sa demande*". Par hypothèse, à ce stade, la Cour de justice, qui n'est pas réunie, n'est pas en mesure de statuer.

<sup>37</sup> v. Natalie Fricero, Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité, Nouveaux Cahiers du CC, juin 2013, n° 40, II - Fabrice Derfferard, J.-Cl. Proc. Pén., art. 668 à 674-2 cpp, Fasc. 20, Récusation, n° 19 s.

<sup>38</sup> Même s'il n'est pas interdit à un juge visé par une requête en récusation de prendre les devants en demandant à s'abstenir, rendant ainsi la requête sans objet : v. Crim., 24 déc. 1869, Bull. n° 273

<sup>39</sup> Aux termes de l'article 24 du chapitre II, consacré à l'impartialité, du Recueil des obligations déontologiques des magistrats élaboré par le Conseil supérieur de la magistrature : le magistrat "*se déporte, sans attendre une éventuelle récusation, chaque fois qu'une situation peut faire naître dans l'esprit des parties ou du public un doute légitime sur son impartialité tenant à l'existence d'un conflit d'intérêts.*"

<sup>40</sup> Crim. 8 juill. 2015, n° 14-82.351 et 14-82.352

vosre Assemblée plénière<sup>41</sup>, et reprise avec constance par la chambre criminelle<sup>42</sup>, le demandeur n'est pas recevable à faire état devant la Cour de cassation d'une violation du principe d'impartialité énoncé à l'article 6, paragraphe 1, de la CESDH dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en demandant la récusation du magistrat, une telle abstention s'analysant en une renonciation.

Si toutefois vous estimiez devoir l'examiner, l'argumentation développée par le demandeur aux cinquième et sixième branches du moyen ne pourrait qu'être écartée.

La confusion, au sein de la même juridiction, des fonctions d'instruction et de contrôle de l'instruction - de juge d'instruction et de chambre de l'instruction pour prendre un critère organique - procède de la volonté du législateur. En effet, les dispositions de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993 donnent compétence à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République pour connaître des demandes d'annulation d'actes de la procédure - et donc pour apprécier la régularité de ses propres actes.

Sans nous appesantir sur ce point, qui n'est pas discuté, aucun obstacle juridique ne s'oppose au contrôle de la conformité des dispositions de l'article précité aux stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de la CESDH. D'abord, la circonstance qu'elles ont valeur organique est indifférente : dès lors qu'elles ne sont pas la transposition pure et simple des dispositions constitutionnelles, celles-ci ne peuvent "faire écran" entre elles et la norme internationale de sorte que le contrôle de conventionnalité est possible, comme vous l'avez déjà jugé par un arrêt du 6 juin 2003<sup>43</sup>, conformément à une solution constante, également retenue par le Conseil d'Etat<sup>44</sup>. Ensuite, la circonstance que les dispositions de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993 ont été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>45</sup> ne fait pas davantage obstacle à ce que vous en appréciiez la conformité à l'article 6 de la CESDH<sup>46</sup>.

Cela étant, par votre arrêt précité du 6 juin 2003, vous avez écarté l'exception d'inconventionnalité, jugeant que *"ne méconnaît pas les garanties de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République statuant sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite, en application de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, dès lors qu'elle prononce sous le contrôle de l'Assemblée plénière"*

---

<sup>41</sup> Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, Bull. AP, n° 10 ; Ass. plén., 11 juin 2004, n° 98-82323, Bull. AP, n° 1

<sup>42</sup> Crim., 29 sept. 2004, n° 04-80.079, Bull. n° 226 ; Crim., 22 févr. 2005, n° 04-84.040, Bull., n° 68 ; Crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-83.257, Bull. n° 46 ; Crim., 12 mars 2014, n° 13-81.273, Bull., n° 76 ; Crim., 25 sept. 2018, n° 18-84.067, Bull. n° 162 ; Crim. 7 déc. 2016, n° 16-85.576 ; Crim. 7 août 2019, n° 18-87.174

<sup>43</sup> Ass. Plén., 6 juin 2003, n° 01-97.092 et 03-80.734, Bull. AP, n° 2 ; BICC 1<sup>er</sup> août 2013, n° 582, rapp. B. Challe ; avis R. de Gouttes ; JCP G 2003, IV, 2327 ; D. 2003, inf. rap. p. 1666 ; Gaz. Pal. 20-22 juin 2004, p. 1939, note Y. Monnet ; Ann. dr. eur., vol. I, 2003, p. 757, chron. D. Roets

<sup>44</sup> CE, 6 avr. 2016, *Blanc et a.*, n° 380570, concl. Suzanne von Coester qui évoque "l'écran" de la Constitution - A l'inverse, lorsque la loi organique n'est que la transposition d'une disposition constitutionnelle, celle-ci fait écran au contrôle de conventionnalité, une telle disposition primant sur la convention internationale : Ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, Bull. n° 4 ; CE, ass., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher*, n° 200286, Rec.

<sup>45</sup> Déc.n° 93-327 DC, 19 nov.1993

<sup>46</sup> v. Ass. plén. 15 avr. 2011, n°s 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316, Bull. Ass. plén. n°s 1, 2, 3 et 4 ; Soc. 31 mai 2017, n° 16-16.949, B., n° 96 ; Crim., 20 avr. 2017, n° 15-86.227, B., n° 111 ; CE, 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, 13 mai 2011, n° 316734, Rec. ; CE 10 avr. 2015, *soc. Red Bull on Premise et a.*, n° 377207, T., cdt 4 ; CE, 29 mars 2017, *soc. Layher*, n° 399506, § 5

de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit<sup>47</sup>”. Cette solution est proche de celle qui avait été retenue quelques années plus tôt par la chambre criminelle dans le cas où, après avoir évoqué le dossier de l’information, la chambre de l’instruction conduit elle-même l’information et se trouve donc appelée à apprécier la régularité d’actes d’instruction effectués par l’un de ses membres. La chambre criminelle avait écarté le moyen tiré de la violation de l’article 6, paragraphe 1, de la CESDH après avoir relevé que l’arrêt de la chambre de l’instruction était soumis au contrôle de la Cour de cassation<sup>48</sup>.

Il ne nous semble pas qu’un élément nouveau justifie de modifier cette solution. Nous nous bornerons à rappeler brièvement les termes du débat qui s’est tenu devant vous il y a quinze ans, en puisant dans l’avis présenté alors par le premier avocat général Régis de Gouttes.

Soulignons d’abord, qu’en pratique, il était difficile d’éviter au cas présent la confusion des fonctions d’instruction et de contrôle de l’instruction. En effet, la création d’une juridiction d’appel spécifique n’est pas prévue par les dispositions des articles 68-1 et 68-2 de la Constitution. Par ailleurs, sauf à exposer le dispositif à la paralysie, le législateur ne pouvait imposer que le contrôle de la régularité de l’instruction fût assuré par la commission d’instruction autrement composée. En effet, en cas de censure de la décision de la commission statuant sur la régularité de la procédure, on ne voit pas alors devant quelle autre composition, l’Assemblée plénière aurait pu renvoyer l’affaire. Or, l’article 24 de la loi organique dispose que le renvoi après cassation doit avoir lieu devant la commission d’instruction, “composée de membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l’arrêt annulé”.

Cela étant, ces considérations d’ordre pratique ne suffisent pas à justifier, au regard des stipulations conventionnelles, le dispositif conférant à la commission d’instruction le contrôle de ses propres actes. Comme le rappelle le demandeur, citant la Cour de Strasbourg, “si l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme n’astreint pas les Etats contractants à créer des cours d’appel ou de cassation, un Etat qui se dote de juridictions de cette nature a l’obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d’elles des garanties fondamentales de cette disposition”<sup>49</sup>. Au premier rang de ces garanties figure l’impartialité de la juridiction. Par ailleurs, sans qu’il soit besoin de s’attarder sur ce point, l’impartialité fonctionnelle d’une juridiction d’appel n’est bien évidemment pas assurée si celle-ci est composée en tout ou partie de juges ayant rendu la décision contestée.

Toutefois, pour faire une juste application de ces principes, il faut avoir à l’esprit l’architecture institutionnelle, originale, conçue par le législateur organique.

Au regard de l’article 6, paragraphe 1, de la CESDH, la question essentielle est celle de savoir si les dispositions de la loi du 23 novembre 1993 assurent au requérant un recours lui permettant de contester la régularité des actes de la procédure suivie devant la commission d’instruction de la Cour de justice de la République. L’ouverture d’un tel recours est en effet imposée par les stipulations de l’article précité dès lors que ces actes sont le support de l’accusation portée contre la personne poursuivie et qu’en raison de la purge opérée par l’arrêt de renvoi, cette personne ne sera plus recevable à en discuter la régularité au stade du jugement, devant la Cour de justice de la République<sup>50</sup>. Au cas présent, ainsi que vous l’avez énoncé par votre arrêt du 6 juin 2003, l’exigence conventionnelle d’un recours effectif est satisfaite par l’ouverture d’un pourvoi en cassation porté devant votre Assemblée plénière qui, selon les termes de ce même arrêt, dispose alors d’une “pleine compétence pour statuer en fait et en droit”,

---

<sup>47</sup> Ass. Plén., 6 juin 2003, n° 01-97.092 et 03-80.734, Bull. AP, n° 2 ; BICC 1<sup>er</sup> août 2013, n° 582, rapp. B. Challe ; avis R. de Gouttes ; JCP G 2003, IV, 2327 ; D. 2003, inf. rap. p. 1666 ; Gaz. Pal. 20-22 juin 2004, p. 1939, note Y. Monnet ; Ann. dr. eur., vol. I, 2003, p. 757, chron. D. Roets

<sup>48</sup> Crim., 29 avril 1996, n° 95-81.948, Bull. n° 170

<sup>49</sup> CEDH, 9 janvier 2014, *Viard c/ France*, n°71658/10, § 30

<sup>50</sup> CEDH, *Walchli c/ France*, préc., § 36

autrement dit d'un pouvoir de "pleine juridiction" au sens donné à cette expression par la Cour de Strasbourg<sup>51</sup>.

Le droit à un recours de "pleine juridiction" étant ainsi assuré, la circonstance que, sur un recours distinct, la commission d'instruction soit par ailleurs appelée à statuer sur la régularité de ses propres actes ou de ceux exécutés sur sa délégation apparaît indifférent au regard de l'exigence d'impartialité. C'est le sens de votre arrêt du 6 juin 2003.

On ne peut opposer à cette solution que, dès lors qu'il érigeait la commission d'instruction en instance de contrôle de ses propres décisions, le législateur organique aurait dû faire en sorte qu'elle puisse assurer cette fonction dans une composition assurant son impartialité.

Cette analyse postule que le recours ainsi ouvert devant la commission serait assimilable à un appel porté devant une juridiction supérieure et qu'il devrait, dès lors, être entouré des mêmes garanties. Or, cette analyse apparaît contestable. En réalité, pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la régularité de la procédure, il était nécessaire que puisse être suscitée, sur la question litigieuse, une décision juridictionnelle préalable susceptible de faire l'objet d'un pourvoi. En permettant à la personne mise en examen et au ministère public de saisir la commission d'instruction d'une requête en nullité, le législateur leur a donné le moyen de susciter cette décision afin d'être en mesure, en formant un pourvoi contre celle-ci, de faire apprécier la régularité de la procédure par une juridiction impartiale jouissant d'un pouvoir de pleine juridiction. Autrement dit, le recours porté devant la commission d'instruction n'est qu'un préalable indispensable à celui ouvert devant la Cour de cassation.

Comme l'observait Régis de Gouttes, ce recours préalable, qui est dirigé contre des actes non juridictionnels, ne s'analyse pas en un appel et n'a pas été conçu comme tel. Il est un recours *sui generis*. Etant porté devant la juridiction qui a exécuté ou fait exécuter l'acte contesté aux fins d'en obtenir l'annulation, il évoque davantage le recours en révision. Or, s'agissant de ce recours en matière civile, vous jugez qu' "*étant une voie de rétractation*", il peut être examiné par la juridiction composée par des magistrats ayant délibéré de la décision qui en est l'objet sans que soit méconnue l'obligation d'impartialité édictée par l'article 6, paragraphe 1, de la CESDH<sup>52</sup>. De même, en matière pénale, vous jugez qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce qu'un même magistrat puisse faire partie de la commission appelée à connaître de requêtes successives tendant à la révision d'une même condamnation<sup>53</sup>.

Quoi qu'il en soit, la Cour de Strasbourg admet qu'une contestation puisse être tranchée par une autorité administrative ou une autorité judiciaire ne satisfaisant pas à toutes les exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la CESDH dès lors que la décision prise par cette autorité peut faire l'objet du « contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction » présentant, lui, les garanties de l'article 6<sup>54</sup>.

Nous relèverons incidemment pour terminer que, s'agissant d'une demande d'annulation de la mise en examen tirée de l'absence d'indices graves ou concordants, la solution découlant de l'application des dispositions de la loi organique du 23 novembre 1993 est, à certains égards, plus favorable à la personne

---

<sup>51</sup> CEDH (plénière) 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, n° 7299/75; 7496/76, § 29

<sup>52</sup> 2e Civ., 5 févr. 1997, n° 95-10.622, Bull. n° 34 ; 2e Civ., 7 janv. 1999, n° 97-11.094 ; 2e Civ., 1er avr. 2004, n° 01-15.024 ; Soc., 13 juill. 2004, n° 01-45.206 ; 2e Civ., 7 juill. 2005, n° 03-18.335

<sup>53</sup> Crim. 15 févr. 2005, n° 05-80732 Bull. n° 224

<sup>54</sup> v. entre autres : CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, n° 6878/75 et 7238/75 ; CEDH (plénière) 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, préc., § 29 ; CEDH, 21 févr. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, n° 8544/79, § 56 ; CEDH, 22 nov. 1995, *Bryan c/ Royaume-Uni*, n° 19178/91, § 40 ; CEDH 30 nov. 2006, *Greco c/ Roumanie*, n° 75101/01, § 62 s. ; CEDH 4 mars 2014, *Grande Stevens c/ Italie*, n° 18640/10, § 139

poursuivie que celle qui découlerait de l'application des règles de droit commun. En effet, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est, on l'a vu, un peu dans la situation d'une chambre de l'instruction qui, après évocation, se trouverait saisie du dossier de l'information. Or, la chambre criminelle juge irrecevable la requête aux fins d'annulation d'une mise en examen présentée sur le seul fondement de l'article 80-1, alinéa 1er, du code de procédure pénale - et donc pour insuffisance des indices de participation à l'infraction - lorsque le juge d'instruction a procédé à cette mise en examen en exécution d'un arrêt de la chambre de l'instruction<sup>55</sup>.

En conséquence, le pourvoi contre l'arrêt du n° 2 du 21 décembre 2017 nous paraît devoir être rejeté.

#### **I.4.- Pourvoi n° 18-80.165 contre l'arrêt n° 3 de la commission d'instruction sur la requête aux fins de constater la prescription de l'action publique (troisième moyen)**

##### **I.4.1.- Observations liminaires sur la recevabilité de la requête**

Un peu plus de deux années après sa saisine, la commission d'instruction a communiqué la procédure au ministère public aux fins de réquisitions sur l'éventuelle constatation de la prescription de l'action publique, visant plus spécialement le possible versement en espèces d'une somme de 5,5 millions de francs en paiement des prestations de sécurité qui avaient été assurées pendant la campagne électorale de M. X.... Par arrêt du 28 septembre 2016, rendu sur les réquisitions conformes du procureur général près la Cour de cassation, elle a constaté l'acquisition de la prescription pour le versement précité et dit qu'aucun autre fait n'était prescrit.

A la suite de sa mise en examen, intervenue le 29 mai 2017, M. X... s'est pourvu contre cette décision. Par arrêt du 13 octobre 2017, votre Assemblée plénière a déclaré son pourvoi irrecevable après avoir relevé qu'à la date de la décision attaquée, il n'avait pas la qualité de partie<sup>56</sup>.

Sans qu'il soit nécessaire de s'attarder sur ce point, qui n'est pas discuté, il ne fait pas de doute que la décision de la commission d'instruction du 28 septembre 2016 relative à la prescription de l'action publique ne pouvait faire obstacle à ce que, à défaut de pouvoir contester cette décision, M. X..., désormais partie à la procédure, puisse présenter une requête aux fins de constatation de la prescription sur le fondement de l'article 82-3 du code de procédure pénale. Ainsi que l'a relevé le premier avocat général, François Cordier, dans ses conclusions sur le pourvoi formé contre la décision précitée de la commission d'instruction, aucune autorité de chose jugée ne s'attache aux décisions des juridictions d'instruction déclarant l'action publique non prescrite, du moins à l'égard des personnes qui n'étaient pas parties à la l'information au moment où elles ont été rendues<sup>57</sup>. François Cordier concluait ainsi que le demandeur "*demeu[rait] en droit de formuler auprès de la commission d'instruction une demande aux fins de voir constater l'extinction de l'action publique*".

C'est dans ces conditions qu'en application de l'article précité, M. X... a déposé, le 28 novembre 2017, une requête, recevable, aux fins de constatation de la prescription de l'action publique. Cette requête a été rejetée par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, par son arrêt n° 3 du 21 décembre 2017 contre lequel l'intéressé s'est pourvu, proposant à l'appui de son pourvoi un unique moyen de cassation en six branches.

---

<sup>55</sup> Crim. 19 nov. 2013, n° 12-82.849, Bull. n° 229 ; Crim. 28 févr. 2017, n° 15-83.881 ; Crim., 11 déc. 2018, n° 18-82.854, Bull., n° 209 - conséquence logique du fait qu'en application de l'article 204 du CPP, les décisions de la chambre de l'instruction ordonnant la mise en examen sont insusceptibles de pourvoi.

<sup>56</sup> Ass. plén. 13 oct. 2017, n° 17-83.620, Bull. AP n° 1

<sup>57</sup> Crim. 10 mars 2018, n° 07-80.473, Bull. n° 73 ; Crim. 26 avr. 2017, n° 16-80.884

## **I.4.2.- Méconnaissance du principe d'impartialité (première branche)**

### **I.4.2.1.- Appréciation de la recevabilité du moyen en sa première branche**

A la première branche du moyen, M. X... soutient qu'en statuant sur sa requête dans la même composition que celle qui avait rendu l'arrêt du 28 septembre 2016, la commission d'instruction "*a méconnu le principe d'impartialité tel qu'il est garanti à l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*".

Toutefois, en cette première branche, le moyen apparaît irrecevable en application de la solution jurisprudentielle que nous avons déjà exposée à l'occasion de l'examen du pourvoi formé contre l'arrêt n° 2 de la commission d'instruction.

Tant en matière civile qu'en matière pénale, vous jugez que le demandeur n'est pas recevable à faire état d'une violation de l'article 6, paragraphe 1, devant vous dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le magistrat<sup>58</sup>. Au cas présent, en application des dispositions combinées des articles 4 de la loi organique du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République et 668, 5° du code de procédure pénale, M. X... avait la faculté de demander la récusation des magistrats composant la commission d'instruction au motif qu'ils avaient déjà examiné la question de la prescription de l'action publique. Or, à aucun moment, il n'a présenté une telle demande ou même contesté la composition de la commission. Dès lors, en application de la jurisprudence précitée, il n'est pas recevable à le faire pour la première fois devant vous.

### **I.4.2.2.- Appréciation du bien-fondé du moyen en sa première branche**

En tout état de cause, la circonstance que la commission d'instruction ait déjà connu de la question posée ne saurait emporter l'annulation de sa décision en raison d'un manquement à l'exigence d'impartialité.

Le cas de figure n'entre pas exactement dans les prévisions de votre arrêt du 6 juin 2003, évoqué lors de l'examen du précédent pourvoi, par lequel vous avez jugé que l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, qui autorise la commission d'instruction à statuer sur la régularité de ses propres actes, n'était pas contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la CESDH. Au cas présent, la décision critiquée n'a pas été prise en application de l'article précité de la loi organique, la commission d'instruction n'ayant pas été appelée à apprécier la régularité d'un acte qu'elle aurait effectué ou fait effectuer. Elle a été saisie à nouveau d'une question qu'elle avait déjà tranchée par un arrêt antérieur. Il s'agit de savoir si cette circonstance est de nature à affecter son impartialité, la question pouvant se poser dans les mêmes termes devant les juridictions d'instruction de droit commun. Nous n'avons pas trop d'hésitation à vous proposer de répondre par la négative.

La mise en état d'une affaire pénale - l'information - est un processus évolutif, plus ou moins long, au cours duquel il s'agit, non de statuer sur le bien-fondé de l'accusation, mais de réunir les éléments qui permettront à la juridiction de jugement de porter une appréciation sur ce point. A mesure de son avancée, l'information donne lieu à divers contentieux portant, à la fois, sur les actes d'investigation, les mesures de sûreté, la recevabilité de l'action civile ou encore, comme en l'espèce, la validité de l'action publique. Il est inéluctable que la juridiction en charge de ces contentieux soit appelée à connaître à plusieurs reprises d'une même question, dès lors que, le dossier étant en construction et les éléments d'appréciation n'étant pas figés, les décisions qu'elle prend n'ont pas, en principe, autorité de la chose

---

<sup>58</sup> Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412 ; Cass. 2e civ., 6 mai 1999, n° 96-12.964 ; Ass. plén., 11 juin 2004, n° 98-82323, Bull. AP, n° 1 ; Crim., 25 sept. 2018, n° 18-84.067, Bull., n° 162 ; Crim., 12 mars 2014, n° 13-81.273, Bull., n° 76 ; Crim., 2 mars 2011, n° 10-83.257, Bull., n° 46 Ass. Plén., 11 juin 2004, n° 98-82.323, Bull. crim., Ass. plén., n° 1 (rejet) ; Crim., 29 sept. 2004, n° 04-80.079, Bull. 2004, n° 226 (rejet) ; Crim., 22 févr. 2005, n° 04-84.040, Bull, n° 68

jugée au cours de la durée de l'instruction - la solution étant toutefois tempérée par l'existence de délais de forclusion limitant les recours des parties et variant selon les contentieux<sup>59</sup>.

On ne saurait voir dans ces examens répétés une atteinte à l'impartialité fonctionnelle de la juridiction dès lors que, d'une part, la fonction même de contrôle de l'information suppose nécessairement la possibilité d'y procéder afin d'ajuster les solutions à l'évolution du dossier, et que, d'autre part, ces examens intervenant au cours de la même phase d'instruction, ne sont affectés, ni le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement ni celui du double degré de juridiction, dont la méconnaissance constitue les principaux cas de violation du principe d'impartialité fonctionnelle.

Au demeurant, nous n'avons pas trouvé d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou de votre Cour qui sanctionnent l'examen successif d'une même question, par une même juridiction, au cours de la phase préparatoire du procès pénal. En particulier, la circonstance qu'une même juridiction soit appelée à statuer à de nombreuses reprises et de manière rapprochée sur le bien-fondé de la détention provisoire d'une même personne n'a jamais été regardée comme une atteinte au principe d'impartialité

<sup>60</sup>.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, au stade de la phase préparatoire du procès pénal, la principale question est de savoir si la méconnaissance invoquée des stipulations de l'article 6 de la CESDH a eu pour effet de "*compromettre gravement le caractère équitable du procès*" considéré globalement. Elle envisage donc les conséquences de cette méconnaissance au stade du bien-fondé de l'accusation. Or, au cas présent, les décisions de la commission d'instruction relatives à la prescription de l'action publique n'ont pas autorité de la chose jugée à l'égard de la juridiction de jugement de sorte que les droits du requérant demeurent entiers devant celle-ci<sup>61</sup>. En considérant une telle circonstance, la Cour de Strasbourg a déclaré irrecevable une requête tirée de la violation du principe d'impartialité, résultant de ce qu'au cours de l'instruction, un même juge avait connu à deux reprises d'un contentieux<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> La question de l'autorité, au cours de l'instruction, des décisions juridictionnelles prises au cours de celle-ci n'est pas réglée par le code de procédure pénale. La chambre criminelle n'y apporte pas une réponse unique, prenant, notamment, en compte, d'une part, la nature du contentieux et les enjeux y étant attachés et, d'autre part, l'objectif de bonne administration de la justice. Ainsi, le rejet d'une demande d'annulation est opposable aux personnes qui n'étaient pas encore mises en examen de sorte qu'il a en quelque sorte autorité absolue de chose jugée, sauf à ce que des éléments nouveaux soient portés à la connaissance de la chambre de l'instruction (Crim. 14 mai 2002, n° 02-80.721, Bull. n° 111, Rapp. cass. 2002, p. 551 ; Crim. 19 févr. 2019, n° 18-85.131, Bull. n° 35). La décision, prise sur la recevabilité d'une constitution de partie civile est revêtue de l'autorité, relative, de la chose jugée (Crim. 4 avr. 2012, n° 11-81.124, Bull. n° 86 ; Crim. 11 juill. 2017, n° 17-81.510, rendu dans le volet "droit commun" de la présente affaire). En revanche, les arrêts statuant sur la nécessité d'une mesure d'investigation sont dépourvus d'une telle autorité (par ex. : Crim. 13 mai 1997, n° 96-82.363, Bull. n° 179). Il en est de même, nous l'avons vu, des arrêts déclarant l'action publique non prescrite.

<sup>60</sup> v. Crim. 12 juin 1997, n° 97-81.946, Bull. n° 233 ; Crim. 3 avr. 2002, n° 01-85.701, Bull. n° 76 ; Crim. 24 oct. 2012, n° 12-85.279 ; Crim., 12 févr. 2003, n° 02-87.530, Bull., n° 36 ; Crim. 11 juin 2013, n° 13-82.061 ; Crim. 10 août 2016, n° 16-83.318, Bull. n° 227

<sup>61</sup> Rapp. Crim. QPC, 23 nov. 2010, n° 10-86.067, Bull. n° 185

<sup>62</sup> CEDH 1<sup>er</sup> juin 1999, *Stefanelli c/ Rép. Saint-Marin*, n° 35396/97, § 2 : "*La Cour note que les situations juridiques à l'origine de sa jurisprudence sur l'impartialité judiciaire visaient toujours l'exercice successif de fonctions qui concernaient aussi celles du juge du fond, tandis que, dans la présente affaire, le magistrat en question a exercé seulement des fonctions d'instruction. Il s'agit là d'une différence de taille. La Cour constate dans la présente requête que, de par ses arguments, la requérante ne met pas en doute l'impartialité personnelle du magistrat instructeur, mais elle se livre à des considérations de caractère fonctionnel et organique. Elle met donc en doute l'impartialité objective. Par contre, elle ne met pas en doute l'impartialité du juge du fond. De ce point de vue, la Cour estime que l'on ne saurait légitimement craindre un manque d'impartialité du tribunal étant donné que le juge d'instruction -dont l'activité est toujours soumise à l'appréciation du juge du fond- a eu à connaître de l'affaire, en l'espèce, en première et en deuxième instance. La Cour ne décele donc aucune apparence de violation qui pourrait légitimement faire craindre un manque d'impartialité*".

On ajoutera surabondamment qu'au cas présent, la question de l'impartialité paraît d'autant moins sérieuse que, comme nous l'avons indiqué, le précédent arrêt de la commission d'instruction constatant que l'action publique n'était pas prescrite du chef de la majorité des infractions, objet de la poursuite, avait été rendu, sur les réquisitions du ministère public, le 28 septembre 2016, avant que M. X... ne soit mis en examen. La requête présentée par lui aux fins de voir constater la prescription s'apparente ainsi à une forme d'opposition dans la mesure où elle tend à amener la commission d'instruction à revenir sur une appréciation qu'elle avait portée pour ainsi dire "en son absence". Or, la chambre criminelle juge que "*l'opposition, voie de rétractation, nécessairement portée devant la juridiction ayant rendu la décision de défaut, éventuellement composée des mêmes magistrats, n'est pas en contradiction avec l'obligation d'impartialité édictée par l'article 6, paragraphe 1*", de sorte que la composition de la juridiction qui statue sur l'opposition peut ainsi être identique à celle qui avait rendu la décision par défaut<sup>63</sup>. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, elle a eu récemment l'occasion d'affirmer que la solution ne heurtait pas "*les principes constitutionnels de présomption d'innocence, de respect des droits de la défense et d'impartialité*"<sup>64</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme est dans le même sens<sup>65</sup>. En définitive, il s'agit seulement de "*rétablir le caractère contradictoire de la procédure*"<sup>66</sup>. *Mutatis mutandis*, le même raisonnement pourrait être adopté en l'espèce.

En définitive, lorsque la chambre de l'instruction est appelée à statuer à plusieurs reprises sur un même litige - par exemple, la nullité d'un acte de la procédure ou la prescription de l'action publique - c'est moins son impartialité qui suscite des interrogations que l'autorité attachée aux décisions qu'elle a rendues. Ces interrogations, qui se font jour de la même manière devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, ont justifié nos observations préliminaires à l'examen du présent pourvoi.

Ainsi, que vous le jugiez irrecevable ou mal-fondé, le moyen ne paraît pas pouvoir être admis en sa première branche.

#### **I.4.3.- Autorité de la décision du Conseil constitutionnel validant le compte de campagne (deuxième branche)**

##### **I.4.3.1.- Présentation succincte du moyen**

A la deuxième branche du moyen, le demandeur soutient qu'en raison de l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en application de l'article 62 de la Constitution, la validation, par le Conseil constitutionnel, du compte de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle "*fait obstacle à toute forme de répression pénale sur l'origine des recettes ayant fait l'objet du contrôle*". Il fait valoir en conséquence que la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a méconnu ce principe "*en ordonnant la poursuite de l'instruction relativement au recel d'une somme qui constituait une recette dans son compte de campagne alors qu'après soumission au Conseil constitutionnel, ce compte avait fait l'objet d'une décision de validation publiée le 12 octobre 1995*".

##### **I.4.3.2.- Appréciation de la recevabilité et de l'opérance du moyen**

**I.4.3.2.1.-** En cette deuxième branche, la recevabilité du moyen est également discutable. Il ne résulte

---

<sup>63</sup> Crim., 25 juill. 1989, n° 88-87.658, Bull. n° 296 ; Crim. 14 mars 2007, n° 06-85.065

<sup>64</sup> Crim. QPC 15 oct. 2019, n° 19-90.028

<sup>65</sup> CEDH, 10 juin 1996, *Thomann c/ Suisse*, n° 33/1995/539/624

<sup>66</sup> E. Vergès, JCl. proc. pén. Art. préI., Fasc. 30, *Principes directeurs du procès pénal – Principes communs aux parties*, § 100

en effet ni de la requête aux fins de constater la prescription dont a été saisie la chambre de l'instruction, ni du mémoire qu'il a déposé devant celle-ci que M. X... ait invoqué devant elle un quelconque obstacle à l'action publique tirée de la chose jugée. Bien plus, s'il évoquait dans sa requête l'autorité de la décision du Conseil constitutionnel relative à son compte de campagne, il estimait qu'il n'y avait pas lieu de s'y attacher. Son argumentation tendait à démontrer que le Conseil avait eu connaissance d'une possible origine illégale des fonds de sorte que le point de départ du délai de prescription de l'action publique devait être fixée à la date à laquelle le compte de campagne avait été examiné par lui. Afin d'écarter l'objection tirée de ce que la décision du Conseil ne faisait pas état d'une quelconque suspicion, il faisait valoir que *"peu importe que la décision finalement rendue et publiée, revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée, n'ait pas fait état de ces soupçons dès lors que le Conseil constitutionnel s'est interrogé sur une origine illicite et a souverainement décidé de ne pas la dénoncer. C'est en réalité la seule soumission des comptes au Conseil constitutionnel (et de la recette litigieuse) qui apparaît déterminante, et non le résultat auquel elle a abouti"*.

La chambre criminelle juge avec constance que si l'exception tirée de la chose jugée est d'ordre public et peut, à ce titre, être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation, c'est à la condition que se trouvent, dans les constatations des juges du fond, les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur. A défaut de telles constatations qu'il appartient, le cas échéant, au demandeur de provoquer, le moyen, doit être regardé comme mélangé de fait et, comme tel, irrecevable comme nouveau<sup>67</sup>.

Au cas présent, n'ayant pas été saisie d'une exception de chose jugée, la commission d'instruction n'a pas analysé la décision du Conseil constitutionnel opposée par le demandeur. Vous pourriez donc déclarer son moyen irrecevable en sa deuxième branche.

**I.4.3.2.2.-** A supposer même que vous le déclariez recevable, il nous semble qu'il n'y aurait pas lieu de statuer sur ce moyen qui nous apparaît inopérant dès lors que, par son arrêt du 30 septembre 2019 statuant sur le règlement de la procédure, la commission d'instruction, prenant en compte l'argumentation qui avait été développée par le demandeur dans un courrier du 18 septembre 2014 qu'il lui avait adressé avant qu'il ne soit mis en examen, a examiné, pour l'écarter, l'obstacle à l'exercice de l'action publique tiré de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel. Dans ces conditions, la cassation du présent arrêt serait sans conséquence sur l'issue de la procédure. Seule la censure des motifs par lesquels la commission d'instruction a statué sur le point litigieux par l'arrêt précité du 30 septembre 2019 serait de nature à remettre en cause le renvoi du demandeur devant la juridiction de jugement. La critique de ces motifs a d'ailleurs été articulée par M. X... aux deux premières branches de son cinquième moyen de cassation qui apparaissent ainsi comme étant les seules opérantes.

Si vous estimiez néanmoins le moyen recevable et opérant, votre réponse anticiperait celle qu'appelle les deux premières branches du cinquième moyen dirigé contre l'arrêt de renvoi qu'il serait difficile d'ignorer à ce stade. En pareil cas, il nous semble qu'il y aurait lieu alors d'écarter l'argumentation du demandeur.

### **I.4.3.3.- Appréciation, à titre subsidiaire, du bien-fondé du moyen**

#### **I.4.3.3.1.- Position de la question**

Les dispositions, ayant valeur organique, de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel<sup>68</sup>, adoptée par référendum, se sont substituées à

---

<sup>67</sup> Crim., 13 nov. 1989, n° 88-80.801, Bull. n° 408 ; Crim. 4 nov. 1999, n° 98-87252 et 98-87301 ; Crim.30 sept. 2009, n° 08-86579

<sup>68</sup> Loi n° 62-1292 du 6 nov. 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel

celles de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative à l'élection du président de la République. Elles ont, notamment, pour objet d'encadrer le financement de la campagne à l'élection présidentielle, renvoyant partiellement aux dispositions du code électoral. A cet effet, elles imposent la tenue d'un compte de campagne retraçant l'ensemble des recettes et des dépenses, posent un certain nombre de règles relatives aux unes et aux autres, notamment le plafonnement du montant des dépenses de campagne<sup>69</sup>. L'objectif poursuivi est bien entendu d'assurer une transparence dans le financement et une forme d'égalité entre les candidats.

Ces dispositions ont connu de nombreuses modifications. Lors de la campagne électorale de 1995 pour l'élection à la présidence de la République, elles étaient applicables dans leur rédaction issue de la loi organique du 20 janvier 1995 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République<sup>70</sup>. Selon le dispositif alors en vigueur, c'est au Conseil constitutionnel qu'était confiée la mission de contrôler les comptes de campagne, notamment, le respect du plafond des dépenses. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. Depuis la modification apportée par la loi organique du 5 avril 2006<sup>71</sup>, cette mission est dévolue à la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, le Conseil constitutionnel devenant juridiction de recours des décisions de celle-ci.

La question posée par le moyen en sa deuxième branche est celle de savoir si, en raison de "l'autorité absolue de la chose jugée" qui y serait attachée en application de l'article 62 de la Constitution, la décision du Conseil constitutionnel validant le compte de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle fait obstacle aux poursuites pénales tendant à établir l'origine délictueuse des recettes ayant fait l'objet du contrôle.

A ce jour, vous n'avez pas eu l'occasion de préciser l'autorité, à l'égard des juridictions pénales, des décisions prises par le Conseil constitutionnel lors du contrôle des comptes de campagne. Plus exactement, dans un cas, vous avez retenu l'irrecevabilité de la constitution de partie civile du demandeur<sup>72</sup> et, dans l'autre, déclaré le pourvoi irrecevable en application de l'article 574 du code de procédure pénale<sup>73</sup>. Saisi, par la chambre criminelle, d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a jugé, quant à lui, qu'en cas de dépassement du compte de campagne, nonobstant la sanction infligée par lui à l'issue de son contrôle, des poursuites pouvaient être engagées devant le juge pénal, sans que soit méconnu le principe de nécessité et de proportionnalité des peines<sup>74</sup>. De cette décision, il pourrait être déduit qu'en ce cas, le juge pénal jouit d'une complète liberté, une fois saisi, pour apprécier si les éléments constitutifs de l'infraction, objet de la poursuite, sont réunis, dès lors, bien évidemment, qu'il ne remet pas en cause la décision du Conseil constitutionnel. C'est en tout cas la solution retenue en matière de fraude électorale : le juge pénal peut retenir un nombre d'électeurs faussement inscrits plus important que celui comptabilisé par le Conseil constitutionnel<sup>75</sup> mais, corrélativement, les faits nouveaux résultant de ses investigations ne peuvent remettre en cause la

---

<sup>69</sup> Le plafond des dépenses électorales était fixé à 90 millions de francs pour un candidat à l'élection du Président de la République. Il était porté à 120 millions de francs pour chacun des candidats présents au second tour (LO 1962, art. 3, II, al. 2)..

<sup>70</sup> LO n° 95-72 du 20 janvier 1995 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République

<sup>71</sup> LO n° 2006-404 du 5 avril 2006 relative à l'élection du Président de la République

<sup>72</sup> Crim. 22 févr. 2000, n° 97-83.460, Bull. n° 76

<sup>73</sup> Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2019, n° 18-86.428

<sup>74</sup> Déc. n° 2019-783 QPC, 17 mai 2019 rendu dans la procédure afférente à l'arrêt précité de la chambre criminelle du 1<sup>er</sup> octobre 2019

<sup>75</sup> Crim. 3 mars 2015, n° 13-82.917

décision prise par celui-ci quant aux résultats électoraux, en raison de l'autorité y étant attachée<sup>76</sup>. Toutefois, en l'absence de décision prenant nettement parti sur la question de l'autorité, au regard de l'article 62 de la Constitution, de la décision du Conseil constitutionnel, prise sous l'empire des textes applicables en 1995, validant un compte de campagne, il paraît nécessaire d'aller plus loin dans l'analyse.

#### **I.4.3.3.2.- Autorité attachée aux décisions du Conseil constitutionnel relatives aux comptes de campagne**

Aux termes du troisième alinéa de l'article 62 de la Constitution - qui en était le second à la date de la décision du Conseil constitutionnel relative au compte de campagne de M. X...<sup>77</sup> : "*Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles*".

Les dispositions de cette seconde phrase ont été ajoutées à la suite de l'avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de texte<sup>78</sup>. L'autorité qu'elles accordent aux décisions du Conseil constitutionnel est bien celle de la "chose jugée" ainsi que ce dernier l'a énoncé expressément dans sa décision du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*<sup>79</sup>.

Parmi les décisions auxquelles est accordée une telle autorité figurent sans aucun doute et avant tout celles, relatives au contrôle de la norme, prises en application des articles 37, alinéa 2, 41, 54, 61 et 61-1 de la Constitution, qu'elles portent sur le respect du champ de la compétence réglementaire ou la conformité à la Constitution de la loi et des engagements internationaux de la France. L'obligation faite aux "*pouvoirs publics*" et aux "*autorités administratives et juridictionnelles*" de respecter de telles décisions s'impose avec évidence en raison de leur nature objective.

Il n'est pas évident qu'en 1958, le Constituant ait entendu viser à l'article 62 d'autres catégories de décisions, notamment celles que le Conseil constitutionnel est appelé à prendre comme juge électoral ou encore comme juge des comptes de campagne. On pourrait d'autant plus en douter, pour ces dernières, qu'en 1958 celui-ci n'était pas chargé du contrôle de ces comptes. C'est d'ailleurs le plus souvent exclusivement en considérant les décisions prises par lui comme juge de la norme que la question de l'autorité de ses décisions - et donc de la portée des dispositions précitées de l'article 62 de la Constitution - est abordée par les auteurs des études publiées sur ce thème<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Const. Const., déc. n° 2000-2585 AN, 12 juill. 2000 - V. Bacquet-Bréhan, préc., n° 233 s.

<sup>77</sup> La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République a introduit un deuxième alinéa relatif aux incidences de la déclaration d'inconstitutionnalité sur QPC.

<sup>78</sup> v. F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot, *La Constitution de la République française*, Economica, 3ème éd. p. 1473

<sup>79</sup> Déc. n° 88-244 DC, 20 juill. 1988, *Loi portant amnistie*, cdt 18 - v. aussi, par ex. : Déc. n° 92-312 DC du 2 sept. 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cdt 18, 36, 41, 43 ; Déc. n° 97-394 DC du 31 déc. 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, cdt 27

<sup>80</sup> v. not. : *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, 2011, n° 30 avec les contributions suivantes : Michel Verpeaux, *Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel* ; Jacques Arrighi de Casanova, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'Etat* ; Olivier Desaulnay, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation* ; Marc Guillaume, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?* ; Régis Fraisse, *La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC*. - G. Drago, *J.-Cl. Adm., Procédure de contrôle de constitutionnalité*, fasc. 1414, n° 210 s. ; Chr. Guettier, *Chose jugée*, *J.-Cl. Adm.* N° 1110, n° 87 s. ; D. G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, Dalloz, 3° ed. ; F. Hamon et M. Troper, *Droits constitutionnel*, LGDJ, 35<sup>ème</sup> éd., n° 790 ; J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politique*, LGDJ, 33<sup>ème</sup>

Cependant, si la règle énoncée *in fine* par l'article 62 s'impose avec une particulière évidence en matière de contrôle de la norme et si le rôle majeur dévolu au Conseil constitutionnel en cette matière justifie qu'une attention particulière soit apportée à l'application de cette règle aux décisions qui y sont relatives, celle-ci, exprimée en termes généraux, se présente comme applicable à toutes ses décisions présentant un caractère juridictionnel. C'est l'opinion exprimée dans plusieurs ouvrages<sup>81</sup> et, au terme d'une minutieuse démonstration, par le doyen Vedel dans une consultation produite par le demandeur<sup>82</sup>. De fait, c'est en se référant à l'article 62 de la Constitution que le Conseil constitutionnel a affirmé l'autorité de ses décisions en matière de contentieux électoral. Au visa de cet article, il a ainsi précisé qu'elles avaient l'autorité de la chose jugée<sup>83</sup>, qu'elles étaient insusceptibles de recours, conformément aux termes de la première phrase du troisième (alors deuxième) alinéa<sup>84</sup>, ou encore qu'elles s'imposaient aux autorités administratives et juridictionnelles, conformément aux prévisions de la seconde phrase du même alinéa<sup>85</sup>. L'affirmation est d'autant plus marquante que, devant les juridictions administratives, la question de l'autorité de la chose jugée en matière électorale, ne semble pas recevoir une réponse unique<sup>86</sup>.

Selon cette analyse, il conviendrait d'inclure au nombre des décisions entrant dans les prévisions du troisième alinéa de l'article 62 de la Constitution celles prises par le Conseil constitutionnel aux termes des dispositions mettant en oeuvre l'article 58 de celle-ci, placé également sous le titre VI consacré au Conseil constitutionnel, qui dispose que "*le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République*" et qu'il "*examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin*". En définitive, seules se trouveraient exclus du champ de l'article 62 les actes du Conseil constitutionnel ne s'analysant pas en des décisions juridictionnelles, tels les avis qu'il peut être appelé à rendre en application des articles 16 et 46 de la Constitution<sup>87</sup>.

Si vous suiviez une telle analyse, il faudrait bien entendu considérer que les décisions relatives au

---

éd., n° 1572 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., n° 187 s. ; L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PU, 2<sup>ème</sup> éd. 2013, n° 274, c)

<sup>81</sup> v. F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot, *La constitution de la République française*, Economica, 3<sup>ème</sup> éd. p. 1473 : "*La seconde phrase [de l'article 62] confère à toutes les décisions (mais non évidemment aux avis) du Conseil constitutionnel une force considérable, puisqu'elle l'impose à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (...)*" ; L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghenontian, J-L Mestre, O. Pfersmann, A Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 498 ; V. Bacquet-Bréhan, *L'article 62, alinéa 2, de la Constitution du 4 octobre 1958, contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005

<sup>82</sup> G. Vedel, Avis du 13 décembre 1996 relatif à "*la nature et la portée des décisions que rend le Conseil constitutionnel à la suite de l'examen par lui des comptes de campagne des candidats à l'élection du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 modifiée notamment par les lois organiques n° 95-62 du 19 janvier 1995 et n° 85-72 du 20 janvier 1995*"

<sup>83</sup> Déc. n° 87-1026 AN, 23 oct. 1987 AN

<sup>84</sup> Déc. n° 58-90bis AN du 5 mai 1959, A.N., Lozère (2<sup>ème</sup> circ.) ; Déc. n° 88-1126 AN, 6 déc. 1988 ; Déc. n° 96-2094/2095 SEN, 12 juill. 1996 ; Déc. n° 2000-2585 AN, 12 juill. 2000, préc.

<sup>85</sup> Déc. n° 88-1127 AN, 20 avr. 1989, cdt 5 ; Déc. N° 97-2113/2119/2146/2154/2234/2235/2242/2243A AN, 10 nov. 1998

<sup>86</sup> F. Miatti, *L'autorité de la chose jugée en matière électorale : absolue ou relative ?* RFDA 1995, p. 522 - Il semble que les décisions d'annulation ou de réformation des résultats ont autorité absolue de la chose jugée (CE, 19 févr. 1937, *Chanlet et Lagorsse*, Rec. 225 ; CE, 29 avr. 1938, *Jeanpierre*, Rec. 386) tandis que les décisions de rejet n'auraient qu'une autorité relative (CE, 30 janv. 1931, *Elections municipales de Saint-Pierre-Azif*, Rec. 122).

<sup>87</sup> En ce sens, L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghenontian, J-L Mestre, O. Pfersmann, A Roux et G. Scoffoni, préc.

contrôle des comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle sont revêtues de l'autorité conférée par l'article 62, alinéa 3, de la Constitution aux décisions du Conseil. Leur nature juridictionnelle ne nous semble pas douteuse. Cela est évident depuis qu'à la suite de la réforme du 5 avril 2006, le Conseil constitutionnel connaît du contentieux des comptes de campagne sur le recours formé contre les décisions de la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques. Selon les termes mêmes de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 dans sa rédaction actuelle, c'est un recours "*de pleine juridiction*" qui est alors porté devant lui. Mais le caractère juridictionnel de ses décisions en la matière était déjà bien établi sous l'empire des textes antérieurs, lorsqu'il intervenait, comme en l'espèce, en premier et dernier ressort. Il est vrai qu'il exerçait alors des fonctions assurées, pour les autres élections, par la commission des comptes de campagne et des financements politiques dont il a indiqué lui-même qu'elle était "*une autorité administrative et non une juridiction*" exerçant un contrôle "*de nature administrative*"<sup>88</sup>. Mais de ce qu'il ait alors exercé une fonction qui était assurée par ailleurs par une autorité administrative, il ne peut être déduit qu'il aurait eu lui-même, dans l'exercice de cette fonction, la qualité d'autorité administrative. En tant qu'organe juridictionnel, il exerçait en réalité, en premier et dernier ressort, les fonctions juridictionnelles qu'à compter de la réforme du 5 avril 2006, il a exercé au second degré<sup>89</sup>.

Ainsi que le démontre le doyen Vedel dans la consultation, déjà évoquée, produite par le demandeur, l'appréciation portée par le Conseil constitutionnel prenait alors bien la forme de "décisions", ainsi désignées à l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962<sup>90</sup>, comportant visas, motifs en forme de considérants et dispositif. L'ensemble de ces décisions, au fil desquelles il précisait le sens et la portée des textes applicables, formait une "jurisprudence" analysée comme telle par la doctrine<sup>91</sup>. Par ailleurs, ses appréciations n'avaient rien de "platoniques". Elles ne consistaient pas en de simples constats ou déclarations sans conséquence. Le rejet du compte de campagne emportait pour le candidat l'obligation de rembourser l'avance forfaitaire consentie par l'Etat et l'exclusion du remboursement forfaitaire des frais de campagne<sup>92</sup>. La réforme du compte affectait le montant du remboursement puisque, en cas de dépassement, l'intéressé pouvait se trouver tenu, envers le Trésor, du montant de la différence<sup>93</sup>. Ces considérations justifient que, dans son arrêt de renvoi du 30 septembre 2019, la commission d'instruction ait admis, nous semble-t-il, l'application de l'article 62 de la Constitution<sup>94</sup>.

Il reste à préciser la portée de l'autorité attachée aux décisions du Conseil constitutionnel. De ce qu'en vertu de l'article précité les décisions de celui-ci s'imposent aux pouvoirs publics et à l'ensemble des juridictions, la doctrine, notamment constitutionnelle, tire qu'elles ont autorité *erga omnes*, qu'elles sont opposables à tous, à l'instar d'ailleurs des décisions rendues par les juridictions pénales sur l'action publique. C'est la raison pour laquelle leur autorité est qualifiée d'absolue par opposition à celle, en principe, relative, que revêtent les décisions de justice selon une distinction classique, même si elle n'est

---

<sup>88</sup> Déc. n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, cdt 3 et 7

<sup>89</sup> Dans son ouvrage précité, consacré à l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, Mme Bacquet-Bréhan souligne qu'"il existe sur ce point une incertitude non levée". Toutefois, l'ouvrage est paru en 2005 et donc avant la réforme du 5 avril 2006 qui a consacré le caractère juridictionnel de l'intervention du Conseil.

<sup>90</sup> v. art. 3, III, al. 3 : "*Le Conseil constitutionnel fait procéder à la publication des décisions qu'il prend pour approuver, rejeter ou réformer les comptes de campagne des candidats en application des dispositions du troisième alinéa du II du présent article.*"

<sup>91</sup> B. Maligner, R. Ghevontian, S. Lamouroux, *Contrôle des élections présidentielles*, fasc. 1473, n° 160 et s.

<sup>92</sup> L. 6 nov. 1962, art. 3, V, dernier alinéa

<sup>93</sup> L. 6 nov. 1962, art. 3, II, al. 3, renvoyant au dernier alinéa de l'article L. 52-15 du code électoral

<sup>94</sup> Arrêt, p. 248

pas aussi évidente qu'il y paraît<sup>95</sup>.

Cependant, il va de soi qu'ainsi entendue, l'autorité absolue ne peut être opposée que dans la limite de ce qui a été jugé par le Conseil constitutionnel. L'exception de chose jugée suppose une identité de cause, d'objet et de parties conformément à la règle posée à l'article 1355 du code civil (1351 anc.), d'application générale. La circonstance qu'en raison de l'autorité absolue attachée à la décision, la condition tenant à l'identité de parties ne soit pas requise, ne permet pas de conférer à celle-ci autorité de chose jugée en l'absence d'identité d'objet ou de cause.

De nombreux auteurs l'ont exprimé à propos des décisions du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité en relevant que, si ses décisions ont une portée absolue quant aux destinataires, leur autorité n'est que "*relative*" quant à leur objet<sup>96</sup> ou encore que "*l'autorité d'une décision n'est absolue qu'à l'égard des litiges concernant la même disposition (...) que celle à propos de laquelle cette décision a été rendue*"<sup>97</sup>, ce qui revient à dire que l'autorité est "*limitée à l'objet et à la cause juridique de la décision*"<sup>98</sup>. Le doyen Vedel ne dit rien d'autre lorsqu'il énonce, dans son avis produit par le demandeur, que l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil est "*absolue en tant qu'elle s'exerce erga omnes (dans les limites de ce qu'elle décide évidemment)*". Cette opinion est consacrée par le Conseil constitutionnel lui-même qui a posé en principe que, bien qu'ayant autorité absolue, une déclaration de non conformité ne vaut qu'à l'égard des dispositions faisant l'objet du contrôle et ne peut donc être opposée pour l'application de dispositions distinctes, fussent-elles analogues<sup>99</sup>. De même, l'interprétation de dispositions constitutionnelles donnée par lui ne vaut que pour l'application du texte qui était soumis à son examen. Vous en avez jugé ainsi à propos de l'interprétation de l'article 68 de la Constitution relatif aux conditions de mise en oeuvre de la responsabilité pénale du Président de la République<sup>100</sup>. S'agissant des déclarations de conformité, le caractère relatif des décisions du Conseil quant à leur objet trouve son expression à l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dont il résulte que seule une décision du Conseil constitutionnel ayant déclaré la disposition législative contestée conforme à la Constitution s'oppose à ce que cette disposition lui soit à nouveau soumise par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité. Il faut donc retenir l'idée simple que l'autorité absolue que revêtent, en toutes circonstances, les décisions du Conseil constitutionnel est nécessairement circonscrite à leur objet.

#### **I.4.3.3.3.- Appréciation en l'espèce de la portée de la décision du Conseil constitutionnel**

La question essentielle est donc de savoir, en matière de contrôle des comptes de campagne, si, compte tenu de l'objet de la mission du Conseil constitutionnel et des moyens dont il dispose pour l'accomplir, la décision, revêtue d'une autorité absolue, par laquelle il approuve le compte d'un candidat peut être regardée comme faisant obstacle à toutes poursuites pénales pour des infractions qui auraient été

---

<sup>95</sup> Sur cette distinction classique quoique sujette à débats, v. Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 603

<sup>96</sup> V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., p. 250 s. ; M. Guillaume, préc., I.4.3.3.2

<sup>97</sup> F. Hamon et M. Troper, *Droits constitutionnel*, LGDJ, 35<sup>ème</sup> éd., n° 790

<sup>98</sup> Marc Guillaume, préc. I.2.3 : Br. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, STH, 1988, p. 60

<sup>99</sup> Déc. 20 juill. 1988, Loi d'amnistie : "*l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui étaient soumises ; elle ne peut être invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue d'ailleurs en des termes différents*". La règle a certes connu quelques assouplissements limités dans le détail duquel il n'y a pas lieu de rentrer (Déc. 8 juill. 1989, Loi portant amnistie ; CE, 16 janv. 2015, Soc. Métropole Télévision, n° 386031, Rec.). Mais elle reste de principe.

<sup>100</sup> Ass. plén. 10 oct. 2001, *Breisacher*, 01-84.922, Bull. n° 11

commises afin d'obtenir les fonds affectés au financement de la campagne électorale. La réponse négative apportée à cette question par la commission d'instruction dans son arrêt du 30 septembre 2019 nous paraît devoir être approuvée.

La mission dévolue au Conseil constitutionnel par l'article 3 de la loi organique du 6 novembre 1962 dans sa rédaction issue de la loi du 24 janvier 1995, applicable en la cause, est de s'assurer du respect des règles encadrant le financement de la campagne à l'élection présidentielle. Ces règles, prévues par ce même article et les articles du code électoral auxquels il renvoie, tendent à assurer la déontologie de la vie politique et l'égalité entre les candidats. S'agissant des recettes, les dispositions alors en vigueur - et qui, pour certaines, le sont toujours - plafonnaient le montant des dons pouvant être consentis, excluaient certaines catégories de donateurs, précisaient les modalités de versement et de recueil des fonds et assuraient la transparence des dons. S'agissant des dépenses, ces mêmes dispositions prévoyaient quelques règles relatives à leur traçage et, surtout imposaient le respect d'un plafond global. De manière générale, les fonds devaient être recueillis par un mandataire financier - seule habilité, sous certaines exceptions, à régler les dépenses électorales du candidat. Au final, les comptes devaient être en équilibre ou, plus exactement, la partie recettes ne pouvait être inférieure à la partie dépenses.

A l'occasion de l'examen des comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle de 1995, faisant application de cet ensemble de dispositions, le Conseil constitutionnel a été amené à préciser le contenu des notions de recettes - notamment de don - et de dépenses électorales ainsi que le régime du remboursement par l'État de ces dépenses<sup>101</sup>. Ainsi, s'agissant plus spécialement du compte de campagne de M. X..., il a ajouté au compte un certain nombre de dépenses qui n'y étaient pas inscrites et dont l'existence se déduisait nécessairement de la tenue de certains événements ou de la fourniture de diverses prestations: dépenses relatives à la location, à l'entretien et au fonctionnement de permanences locales et d'un comité de soutien, à la location de salles pour diverses réunions publiques et à des prestations annexes à l'utilisation de certaines d'entre elles, à la publicité faite pour plusieurs réunions, au déplacement et à l'hébergement d'orateurs ou encore à la publication d'un livre présentant les lignes directrices du programme du candidat. Ont à l'inverse été retranchées du compte des dépenses afférentes à des réunions qui, organisées à l'issue du premier tour de scrutin, ne pouvaient plus être regardées comme des dépenses de campagne. En ce qui concerne les recettes, le Conseil constitutionnel a jugé que devait être ajoutée la somme correspondant à l'avance versée par l'Etat en application du paragraphe V de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 ainsi que le montant d'un important emprunt bancaire contracté par l'AFICEB. Le Conseil a conclu qu'après réintégration du montant de l'emprunt, le compte du candidat ne devait pas être regardé comme étant en déséquilibre. En conséquence, dans le dispositif de sa décision, le Conseil constitutionnel a arrêté le compte de campagne conformément à ses évaluations puis fixé le montant des dépenses dont le remboursement était dû par l'Etat en application du paragraphe V de l'article 3 de la loi organique du 6 novembre 1962 alors applicable.

Cette décision est une parfaite illustration du rôle qui était alors dévolu au Conseil constitutionnel : s'assurer du respect des règles de financement prévues par le code électoral en vérifiant, notamment, que toutes les dépenses et les recettes afférentes à la campagne ont bien été prises en compte, que les plafonds de dons et de dépenses ont été respectés et que le compte est en équilibre. Le rôle du Conseil n'était pas de procéder à des investigations sur l'origine des fonds affectés à la campagne électorale afin d'en apprécier le caractère frauduleux. Lorsqu'à l'article L. 52-12 du code électoral dans sa rédaction issue de la loi du 19 janvier 1995, le législateur énonce que le candidat doit établir un compte "*retracant, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues*", il impose une forme de nomenclature. Il n'en résulte aucune conséquence quant à l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel. Il est d'ailleurs révélateur, qu'à l'article L. 52-15, alinéa 4, du code électoral auquel renvoyait l'article 3, paragraphe II, alinéa 3, de

---

<sup>101</sup> v. Cons. const., 11 oct. 1995, décisions relatives aux comptes de campagne de M. Balladur (JO 12 oct. 1995, p. 14847), de M. Cheminade (JO 12 oct. 1995, p. 14844), de M. Chirac (JO 12 oct. 1995, p. 14842), de M. Hue (JO 12 oct. 1995, p. 14849), de M. Jospin, (JO 12 oct. 1995, p. 14844), de M. Le Pen (JO 12 oct. 1995, p. 14841), de M. de Villiers (JO 12 oct. 1995, p. 14840) et de Mme Voynet (JO 12 oct. 1995, p. 14846).

la loi organique de 1962, dans sa rédaction alors applicable, la saisine du parquet par le Conseil constitutionnel n'était envisagée qu'en cas d'irrégularités de nature à contrevenir aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16 du code précité édictant un certain nombre de règles sanctionnées pénalement et relatives au recueil des fonds, à l'acceptation ou au versement de dons, au plafond des dons et des dépenses, aux formalités afférentes à l'établissement du compte de campagne, à la sincérité des dépenses ainsi qu'à la publicité. Autrement dit, seule a été envisagée la dénonciation des infractions correspondant à la méconnaissance des règles dont le Conseil avait pour mission d'assurer le respect.

Au demeurant, les moyens d'investigation du Conseil constitutionnel ne lui permettaient pas de mettre au jour d'éventuelles fraudes, le plus souvent sophistiquées et occultes, qui auraient permis de se procurer les fonds.

Au troisième alinéa de son paragraphe II, l'article 3 de la loi de 1962 accordait au Conseil constitutionnel les "*pouvoirs prévus au premier, au quatrième et au dernier alinéas de l'article L. 52-15 et à l'article L. 52-17 du code électoral*". Le terme "pouvoirs" est en réalité entendu dans ce texte au sens d'attributions ou de compétence. En effet, il résultait du renvoi aux articles précités que le Conseil avait pour mission d'approuver et, après procédure contradictoire, rejeter ou réformer les comptes de campagne (art. 52-4, al. 1<sup>er</sup>), le cas échéant, de fixer une somme égale au montant du dépassement des dépenses devant être versée au Trésor public et, en cas de sous évaluation des dépenses, d'inscrire d'office la différence dans les dépenses de campagne après avoir invité le candidat à produire toute justification utile à l'appréciation des circonstances<sup>102</sup>.

En définitive, la seule disposition relative aux moyens d'investigation figurait au quatrième alinéa du IV de l'article 62, prévoyant que, pour l'examen des comptes comme des réclamations, le président du Conseil constitutionnel désignerait des rapporteurs, choisis parmi les membres du Conseil et les rapporteurs adjoints (mentionnés au second alinéa de l'article 36 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel). Ainsi, conformément au mandat donné aux rapporteurs adjoints<sup>103</sup> et comme cela résulte du visa de la décision du Conseil constitutionnel relatif aux comptes de campagne de M. X..., l'instruction a consisté essentiellement en un échange de questionnaires et de courriers entre les rapporteurs, d'une part, et les candidats et leurs mandataires, d'autre part. A l'issue de cette phase, pour l'examen des comptes des candidats à l'élection présidentielle de 1995, le Conseil a tenu cinq séances fin septembre et début octobre 1995 avant de rendre ses décisions le 11 octobre, soit à peine plus de trois mois après que le compte de campagne de M. X... a été déposé au secrétariat du Conseil constitutionnel.

Le caractère limité de ces moyens d'investigation, relevé par le Conseil constitutionnel lui-même dans ses observations relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995<sup>104</sup>, de même que la brièveté des délais d'instruction, confortent l'opinion selon laquelle sa mission n'était pas de mettre au jour l'éventuelle origine frauduleuse des fonds affectés à la campagne électorale, ce que, d'ailleurs, plusieurs parlementaires ont exprimé<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> La même prérogative étant prévue pour tous les avantages directs ou indirects, les prestations de services et dons en nature dont a bénéficié le candidat.

<sup>103</sup> Déc. 95-83 PDR, 12 juill. 1995 donnant mandat aux rapporteurs adjoints auprès du Conseil constitutionnel pour l'instruction sur les comptes de campagne des candidats à l'élection du président de la République - v. J.-P. Camby, Elections : "contentieux de l'élection présidentielle", Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2017, § 40.

<sup>104</sup> JO, n° 291, 15 déc. 1995, p. 18248

<sup>105</sup> v. not. déclarations de M. Cartigny selon lesquelles le dispositif n'est pas de nature à mettre fin aux recours aux "*caisses noires*" ou aux "*fonds secrets*" (Sénat, 14 nov. 1989, JO p. 3720) ou encore déclarations suivantes de M. Savy, rapporteur, à propos des pouvoirs de la commission des comptes de campagne : "*Son rôle est de vérifier (...) s'il y a eu ou non un dépassement de plafond. Pour dire cela, elle bénéficie de pouvoirs extrêmement larges, y compris (...) un pouvoir d'évaluation d'office. Mais c'est cela sa compétence et rien*

Nous rejoignons ainsi, en tous points, l'opinion développée par François Cordier, à titre subsidiaire, dans ses conclusions sur le pourvoi, déclaré irrecevable, qui avait été formé par M. X... contre l'arrêt de la commission d'instruction du 28 septembre 2016 ayant donné lieu à votre arrêt du 13 octobre 2017. Il concluait en ces termes : *“L'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision [validant le compte de campagne de M. X...] ne saurait excéder l'étendue du contrôle réalisé : la régularité ou l'illégalité des comptes au regard des seules règles de financement posées par le code électoral et, notamment, la réglementation des dons (...) Cette autorité de chose jugée ne saurait s'étendre jusqu'à prohiber d'enquêter sur l'origine délictueuse d'une somme portée en recette dans un compte de campagne que les rapporteurs ou rapporteurs adjoints n'avaient ni les moyens de rechercher ni la mission de faire apparaître quand celle-ci était particulièrement dissimulée.”*

C'est très exactement le raisonnement suivi par la commission d'instruction dans son arrêt de renvoi du 30 septembre 2019, lorsqu'elle a estimé devoir examiner l'argumentation, développée par M. X... dans son courrier du 18 septembre 2014, tirée de l'autorité attachée à la décision du Conseil constitutionnel. En substance, celle-ci a relevé, d'une part, que l'objet de la décision du Conseil constitutionnel, qui *“concerne la validation ou non des comptes de campagne et donc l'appréciation du caractère complet des justificatifs apportés aux dépenses et recettes constituant ledit compte”*, était distinct de celui de la décision de la juridiction pénale et, d'autre part, que, *“factuellement”*, le Conseil constitutionnel avait disposé de peu de temps pour procéder aux vérifications qu'appelait son office.

Il nous semble ainsi que, si vous en admettiez la recevabilité et l'opérance, il n'y aurait d'autre solution que d'écarter le moyen en sa deuxième branche.

#### **I.4.4.- Point de départ de la prescription de l'action publique (troisième à cinquième branches)**

##### **I.4.4.1.- Appréciation de l'opérance du moyen**

En ses troisième à cinquième branches, le moyen est dirigé contre les motifs par lesquels la commission d'instruction a écarté l'argumentation du requérant tendant à faire constater la prescription de l'action publique. La question de l'opérance du moyen en ces branches se pose également (v. I.4.3.3.1). En effet, vous pourriez juger que le demandeur est sans intérêt à soutenir l'argumentation qui y est développée dès lors qu'à la supposer fondée, elle ne serait pas de nature à remettre en cause l'arrêt du 30 septembre 2019 sur le règlement de l'information, la commission d'instruction ayant, de nouveau, par cet arrêt, examiné, pour l'écarter, l'exception de prescription de l'action publique<sup>106</sup> par des motifs qui ne sont pas critiqués par le demandeur au soutien du pourvoi qu'il a formé contre ce même arrêt. Il nous semble toutefois difficile de raisonner ainsi dès lors que, d'une part, pour répondre à l'argumentation du demandeur dans son arrêt de renvoi, la commission d'instruction s'est référée à son arrêt n° 3 du 21 décembre 2017, et que, d'autre part, M. X... sollicite expressément, dans son quatrième moyen, la cassation de l'arrêt de renvoi du 30 septembre 2019 par voie de conséquence de celle à intervenir, selon lui, de l'arrêt précité du 21 décembre 2017.

##### **I.4.4.2.- Cadre juridique et factuel du débat**

Faisant application d'une jurisprudence constante de la chambre criminelle, consacrée par le législateur à l'article 9-1 du code de procédure pénale, la commission d'instruction a rappelé que la prescription de l'action publique du chef des délits de complicité et de recel d'abus de biens sociaux qui auraient été commis par M. X... de 1993 à 1995 n'avait pu commencer à courir qu'à compter du jour où les faits délictueux étaient apparus et avaient pu être constatés dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique. Elle a estimé que ce jour devait être fixé au 28 septembre 2006, date à laquelle, dans le cadre d'une enquête ouverte par le procureur de la République de Paris, avaient été

---

*d'autre* (AN, 6 oct. 1989, JO p. 1321).

<sup>106</sup> Arrêt CJR, 30 sept. 2019, p. 250 s.

saisis, dans les locaux de la division nationale de vérification des situations fiscales - laquelle avait engagé une procédure de redressement se rapportant aux commissions versées dans le contrat "Mouette" -, les pièces d'un dossier intitulé *Nautilus*.

Ce dossier était relatif à une mission éponyme qui avait été confiée par la société DCN-I à un ancien agent de la direction de la sûreté du territoire, dans les termes suivants : *"Vérifier l'état de l'enquête en cours au Pakistan [sur l'attentat de Karachi] ; s'assurer que DCN-I ne peut être poursuivie pour insuffisance de sécurité ; rechercher sur qui rejallit la responsabilité de l'attentat ; tenter d'identifier toute menace contre le contrat ou DCN-I"*. Le dossier comprenait deux notes des 11 septembre et 7 novembre 2002, abondamment citées par l'arrêt attaqué, qui comportaient des indications circonstanciées et précises relatives à la possible existence d'un réseau de financement occulte lié au contrat Agosta qui aurait été destiné au financement de la campagne présidentielle de M. X....

La commission d'instruction en a déduit que le délai de prescription de l'action publique, qui était alors de trois ans en matière correctionnelle en vertu de l'article 8 du code de procédure pénale<sup>107</sup>, n'était pas expiré avant l'ouverture, le 15 juin 2010, sur plainte avec constitution de partie civile, d'une première information sur les faits objet de la poursuite. Elle a en effet jugé que ce délai, qui avait commencé à courir le 28 septembre 2006, avait été interrompu par l'ouverture, le 25 février 2008, d'une information portant sur la mission de renseignement effectuée pour le compte de la société DCN-I, les délits, objet de cette information, présentant un lien de connexité, au sens de l'article 203 du code de procédure pénale, avec ceux faisant l'objet de l'information ouverte le 15 juin 2010. En effet, selon une jurisprudence constante, consacrée par le législateur, les actes d'instruction ont un effet interruptif de prescription à l'égard de toutes les infractions connexes dont le juge est saisi<sup>108</sup>.

Le demandeur ne conteste pas cet effet interruptif. Il ne discute pas davantage la règle, appliquée par la commission d'instruction, relative à la détermination du point de départ de la prescription du chef des délits, objet de la poursuite. Il conteste cependant l'application qui en a été faite, reprochant à la commission d'instruction de n'avoir pas fixé plus tôt la date d'apparition des faits dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Aux troisième et quatrième branches du moyen, il soutient que cette date aurait dû être fixée à la date du contrôle, déjà évoqué, du compte de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel et, plus généralement, à la date à laquelle un certain nombre d'autorités publiques avait eu connaissance d'anomalies et auraient dû, dès lors, les dénoncer au procureur de la République en application de l'article 40 du code de procédure pénale. A la lumière de la jurisprudence de la chambre criminelle, cette argumentation ne semble pas pouvoir prospérer.

#### **I.4.4.3.- Solutions retenues pour la détermination du point de départ de la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux, recel ou complicité**

Par dérogation au principe posé aux articles 7 et 8 du code de procédure pénale selon lequel l'action publique des crimes et délits se prescrit *"à compter du jour où l'infraction a été commise"*, l'article 9-1, alinéa 2, du code de procédure pénale issu de la loi du 27 février 2017<sup>109</sup>, dispose que *"le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique"*. Aux alinéas suivants du même article, est qualifiée d'occulte *"l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire"* tandis

<sup>107</sup> Depuis lors, il a été porté à six ans par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017, portant réforme de la prescription en matière pénale. Conformément à l'article 111-2, 4° du code pénal, ce nouveau délai n'est applicable qu'aux prescriptions en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi.

<sup>108</sup> v. Ass. plén., 20 mai 2011, QPC, n° 11-90.042, 11-90.033, 11-90.025, 11-90.032: Bull. ass. plén., n° 5 à 8 ; Crim., 16 déc. 2015, n° 13-84.592, en matière d'abus de biens sociaux. La solution est consacrée au dernier alinéa de l'article 9-2 du CPP issu de la loi du 27 février 2017.

<sup>109</sup> Loi précitée n° 2017-242 du 27 février 2017, portant réforme de la prescription en matière pénale

que l'infraction dissimulée est celle "*dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte*".

Par ces dispositions, le législateur a consacré une jurisprudence ancienne de la chambre criminelle qui, dès avant leur entrée en vigueur, regardait un certain nombre d'infractions comme étant clandestines par nature - et donc occultes au sens des dispositions précitées - et jugeait que, pour de telles infractions, le point de départ du délai de prescription devait être reporté au jour où l'infraction était apparue et avait pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique, formule, reprise à la lettre par le législateur. Au nombre de ces infractions figuraient le délit d'abus de biens sociaux<sup>110</sup> et le recel de ce délit<sup>111</sup>.

Précisant les conditions de mise en oeuvre de la règle s'agissant de ces infractions, la chambre criminelle a jugé que le délit d'abus de biens sociaux devait être réputé apparu à la date de présentation des comptes annuels de la société<sup>112</sup>. Toutefois, dans le même temps, elle a réservé le cas de la dissimulation des opérations constitutives du délit qui empêcherait leur détection dans les comptes sociaux. En ces cas, le point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux peut être reporté jusqu'au jour où la dissimulation a cessé. Autrement dit, pour reprendre les catégories légales, l'infraction est considérée comme occulte par la jurisprudence jusqu'à la date de présentation des comptes à l'assemblée générale ; elle peut être dissimulée à compter de celle-ci.

En pratique, la dissimulation emportant le report du point de départ du délai de prescription au-delà de la date de présentation des comptes annuels est fréquemment admise. Elle est caractérisée lorsque les opérations litigieuses ne figurent pas en comptabilité, lorsque leur détection par les actionnaires et le commissaire aux comptes est rendue très difficile par un montage financier, un maquillage des comptes, l'absence des éléments d'information permettant de les analyser de manière éclairée ou en raison de la masse des opérations dans laquelle elles se trouvent fondues<sup>113</sup>. Il en est également ainsi lorsque ces opérations consistent dans la fourniture de prestation sans contrepartie ou dans le paiement de prestations fictives, chaque fois que la seule analyse comptable ne suffit pas à le faire apparaître<sup>114</sup>, ou encore lorsque les actionnaires ou le commissaire aux comptes, eux-mêmes mis en cause, n'ont aucun intérêt à les dénoncer ou lorsque ce dernier s'est abstenu de présenter un rapport<sup>115</sup>. Dans tous ces cas, le point de départ de la prescription est retardé à la date des investigations judiciaires ayant permis de mettre au jour l'opération délictueuse ou à celle de la dénonciation des faits au procureur de la République, fréquemment par une administration spécialisée.

---

<sup>110</sup> v. not. : Crim., 7 déc. 1967, Bull., n° 321 ; Crim. 12 juin 1978, n° 76-90.886, Bull. n° 189 ; Crim., 10 août 1981, Bull., n° 244 ; Crim., 17 nov. 1986, Bull., n° 342 ; Crim., 13 févr. 1989, Bull. n° 69 ; Crim., 19 févr. 2014, n° 12-87.058

<sup>111</sup> Crim. 6 avr. 1997, n° 96-80.615, Bull. n° 48 ; Crim. 27 oct. 1997, n° 96-83.698: Bull. n° 352

<sup>112</sup> v. Crim., 5 mai 1997, n° 96-81.482, Bull. n° 159 ; Crim. 13 oct. 1999, n° 96-80.774, Bull., n° 219 ; Crim. 27 juin 2001, n° 00-87.414, Bull. n° 164 ; Crim. 28 mai 2003, n° 02-85.185, Bull. n° 108 ; Crim. 30 janv. 2013, n° 12-80.107 ; Crim. 2 avr. 2014, n° 13-80.010

<sup>113</sup> v. Crim. 14 mai 2003, n° 02-81.217, Bull. n° 97 ; Crim. 4 nov. 2004, 03-87327 ; Crim. 25 févr. 2009, n° 08-80.314 ; ; Crim., 16 nov. 2005, n° 05-81185 ; Crim. 28 juin 2006, n° 05-82634 ; Crim. 25 oct. 2006, n° 05-86.993, 05-85.508, Bul. n° 253 ; ; Crim., 16 déc. 2015, n° 13-84.592 ; Crim., 4 mai 2016, n° 14-88.237 ; Crim. 22 mars 2017, n° 15-84.229 ; Crim. 25 févr. 2009, n° 08-80.314 ; Crim., 6 nov. 2019, n° 17-87.150

<sup>114</sup> v. Crim., 23 mai 2002, n° 01-83.983 ; Crim. 22 sept. 2004, n° 03-81.282 ; Crim., 17 janv. 2007, n° 06-84370

<sup>115</sup> v. Crim. 10 août 1981, n° 80-93.092, Bull. n° 244 ; Crim. 23 mars 2005, n° 04-84.756 ; Crim. 8 mars 2006, n° 04-86.648 - Dans un arrêt, la chambre criminelle a même admis la dissimulation dans un cas où le commissaire aux comptes s'était simplement abstenu de dénoncer les faits dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique : Crim. 3 oct. 2007, n° 06-87276

La rigueur de ces solutions, qui peuvent conduire à reporter très loin dans le temps le point de départ de la prescription du délit d'abus de biens sociaux ou de recel a suscité de vifs débats. Elle a été tempérée par le législateur qui, par la loi précitée du 27 février 2017, a prévu un butoir. Selon le troisième alinéa de l'article 9-1 du code de procédure pénale, nonobstant le report du point de départ en cas d'infractions occultes ou dissimulées, le délai de prescription ne peut "*excéder douze années révolues pour les délits (...) à compter du jour où l'infraction a été commise*". Toutefois, ces dispositions sont sans application en l'espèce. En effet, aux termes de l'article 4 de la loi du 27 février 2017<sup>116</sup> : "*La présente loi ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur, avaient valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise*". Tel est le cas en l'espèce.

#### **I.4.4.4.- Appréciation de la critique articulée au moyen tiré de la connaissance des faits par certaines autorités publiques**

Devant la commission d'instruction, M. X... a mis en avant plusieurs circonstances établissant, selon lui, que, bien avant la saisie du rapport "Nautilus", les faits d'abus de biens sociaux et de recel de ce délit qui lui sont reprochés étaient *apparus et avaient pu être constatés dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique*, de sorte que celle-ci se trouvait prescrite. La commission d'instruction a écarté son argumentation après avoir analysé chacune des circonstances invoquées, dans le détail desquelles il n'est pas utile d'entrer.

Au trois dernières branches de son troisième moyen de cassation, le demandeur fait porter exclusivement la critique sur les motifs par lesquels la commission d'instruction a jugé qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte la circonstance que certaines autorités publiques - le Président de la République, le Conseil constitutionnel, le ministre de la défense et le procureur général près la Cour des comptes - avaient "*eu connaissance d'une possible origine illégale d'une partie des fonds ayant financé la campagne présidentielle de M. X...*".

S'agissant plus spécialement du Conseil constitutionnel, le demandeur s'attache à démontrer, aux troisième et quatrième branches du moyen, que, dès 1995, lors du contrôle de son compte de campagne, celui-ci avait nécessairement eu connaissance des irrégularités susceptibles de caractériser des agissements délictueux. Pour faire cette démonstration, il avance un double argument. A la troisième branche, suivant un raisonnement abstrait, il fait peser en quelque sorte sur le Conseil constitutionnel une présomption de connaissance tirée de ce que sa mission de contrôle lui imposait de vérifier la provenance de la somme litigieuse de 10 350 000 francs, inscrite aux recettes du compte. A la quatrième branche, procédant à une analyse concrète, il relève que selon les énonciations mêmes de l'arrêt attaqué, en 2011 et 2015, M. Dumas, président du Conseil constitutionnel à la date des faits, et M. Robert, qui en était membre à la même date, avaient "*déclaré dans les médias que les comptes de campagne de M. X... présentaient de graves irrégularités*", ce dont il résulte qu'ils avaient connaissance de celles-ci en 1995.

Le raisonnement suivi à la troisième branche repose sur une affirmation dont nous avons vu, lors de l'examen de la deuxième branche relative à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, qu'elle n'était pas exacte : il ne peut être déduit de la mission du Conseil qu'il avait nécessairement connaissance des irrégularités reprochées dès lors que cette mission n'était pas de vérifier l'origine, frauduleuse ou non, des recettes inscrites au compte de campagne de M. X....

Surtout, en ces deux branches, le moyen apparaît en réalité inopérant. A aucun moment, la commission d'instruction n'a fait reposer son analyse sur le constat que le Conseil constitutionnel, ou certains de ses

---

<sup>116</sup> La chambre criminelle a dit n'y avoir lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC selon laquelle cette disposition portait atteinte au principe d'égalité : Crim. 28 juin 2017, n° 17-90.010, Bull. n° 190

membres, n'avaient pas eu connaissance d'irrégularités. Au contraire, la commission a d'emblée admis que plusieurs "*autorités publiques*", dont le Conseil constitutionnel, avaient pu acquérir une telle connaissance entre la date des faits et la date de saisie du rapport Nautilus. Mais elle a jugé que cette circonstance était sans incidence quant à la détermination du point de départ du délai de prescription de l'action publique.

Elle pose en effet en principe que "*le point de départ de la prescription n'est pas le moment où ces autorités publiques ont eu connaissance des faits susceptibles de constituer des infractions mais le moment où ces derniers ont été portés à la connaissance du procureur de la République*", ce magistrat étant "*seul titulaire de l'action publique qu'il exerce au nom de la société*". Au cas présent, elle constate que "*si le Président de la République, le Conseil constitutionnel, le ministre de la défense et le procureur général près la Cour des comptes ont eu connaissance d'une possible origine illégale d'une partie des fonds ayant financé la campagne présidentielle de M. X..., force est de constater que ces faits n'ont pas été révélés au procureur de la République*". En particulier, la commission souligne que "*la décision du Conseil constitutionnel validant les comptes de campagne de M. X..., seul document public émanant de cette juridiction, ne fait état, notamment à propos des recettes déclarées par M. X..., d'aucuns faits susceptibles de recevoir une qualification pénale*" et précise "*que les travaux des rapporteurs du dossier n'ont été connus qu'à partir du moment où ils ont été remis aux juges d'instruction parisiens.*" La conclusion s'impose avec évidence : l'autorité de poursuite n'ayant pas été avisée avant la saisie du rapport Nautilus, le délai de prescription n'a pu commencé à courir avant cette date.

Considérée à la lumière de la jurisprudence de la chambre criminelle, cette analyse ne souffre guère de discussion. Le demandeur rappelle lui-même dans son mémoire qu'"*il est en principe retenu que l'infraction n'apparaît et ne peut être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique que lorsqu'elle est portée à la connaissance de la victime ou du parquet*". Citant un auteur, il admet que "*sa constatation par d'autres personnes ne fait courir le délai de prescription, puisqu'elles n'ont pas le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique*"<sup>117</sup>.

Toutefois, à la cinquième branche du moyen, le demandeur soutient qu'il doit en être autrement "*lorsque l'infraction a été découverte par une autorité publique soumise à une obligation légale de dénonciation des faits au procureur de la République.*" Le demandeur rappelle à cet égard qu'en son second alinéa, l'article 40 du code de procédure pénale fait obligation à "*toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit (...) d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs*".

Cette argumentation a été écartée par la commission d'instruction qui énonce que l'obligation prévue à l'article 40, "*dépourvue de sanction, n'a pas pour effet d'investir les agents concernés du pouvoir d'exercer l'action publique et qu'aucun texte de loi ne confère un tel pouvoir au Président de la République, au ministre de la défense ou au procureur général près la Cour des comptes*".

Contrairement à ce que soutient le demandeur à la cinquième branche du moyen, ces motifs appellent une pleine approbation. En effet, la solution retenue par la commission d'instruction est conforme à la jurisprudence de la chambre criminelle. Selon cette jurisprudence, il ne suffit pas que les faits aient été portés à la connaissance d'une autorité publique pour être regardés comme ayant été révélés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Ainsi, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'exception de prescription de l'action publique des chefs d'abus de biens sociaux et recel de ce délit après avoir énoncé, notamment, que "*les administrations destinataires de documents comptables n'ont pas "pour mission première d'en vérifier le contenu"*"<sup>118</sup>. Plus récemment, et plus

<sup>117</sup> E. Raschel, J.-Cl. Procéd. Pén., art. 7 à 9-3 - Fasc. 20 : *Action publique, Prescription*, § 133

<sup>118</sup> Crim. 28 juin 2006, n° 05-85123 ; Dr. pén. 2006, comm. 142, obs. J.-H. Robert ; Dr. soc. 2006, comm. 170.

nettement, dans un cas où l'inspection de la ville de Paris avait établi un rapport interne contenant des éléments relatifs à d'éventuels abus de biens sociaux, elle a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé qu'il n'en résultait pas que l'infraction était apparue ou avait été constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique dès lors que le rapport n'avait pas été rendu public et *“que le maire et quelques fonctionnaires qui en avaient eu connaissance, tenus d'en aviser le parquet par application de l'article 40 du code de procédure pénale, s'en [étaient] abstenus, privant ainsi le ministère public de la possibilité de mettre en oeuvre l'action publique”*. La chambre criminelle a jugé la cour d'appel avait ainsi fixé sans insuffisance ni contradiction *“la date à laquelle les infractions [avaient] été révélées au ministère public qui [n'avait] pas été mis en mesure de déclencher plus tôt l'action publique”*<sup>119</sup>. L'obligation prévue à l'article 40 du code de procédure pénale ne transforme donc pas les agents publics en membres ou auxiliaires du ministère public.

Il en résulte que le moyen dirigé contre l'arrêt n° 3 de la commission d'instruction ne peut être accueilli en aucune de ses branches de sorte que le pourvoi formé contre cet arrêt doit également être rejeté.

Nous concluons ainsi au rejet des pourvois formés contre les trois arrêts d'instruction du 21 septembre 2017.

## **II.- EXAMEN DU POURVOI N° 19-86.609 CONTRE L'ARRÊT DE RENVOI DU 30 SEPTEMBRE 2019**

Les quatrième et cinquième moyens sont dirigés contre l'arrêt du 30 septembre 2019 par lequel la commission d'instruction a renvoyé M. X... devant la Cour de justice de la République des chefs de recel et complicité d'abus de biens sociaux. Le quatrième moyen et les deux premières branches du cinquième n'appellent pas de longs développements, contrairement aux quatre autres branches du cinquième.

### **II.1.- Sort du quatrième moyen et des deux premières branches du cinquième moyen**

#### **II.1.1.- Inopérance du quatrième moyen tendant à la cassation par voie de conséquence**

Par ce moyen, le demandeur demande la cassation de l'arrêt du 30 septembre 2019 par voie de conséquence de la cassation de celui, du 21 décembre 2017 par lequel la commission d'instruction a rejeté sa requête aux fins de constatation de la prescription de l'action publique. Si, comme cela vous a été proposé dans les conclusions présentées par le premier avocat général Frédéric Desportes sur ce second arrêt (supra, I.4), vous rejetez le pourvoi formé à son encontre, le moyen ne pourra qu'être déclaré inopérant.

#### **II.1.2.- Reprise aux deux premières branches du cinquième moyen de l'argumentation tirée de l'autorité de la décision du Conseil constitutionnel**

Aux deux premières branches de son cinquième moyen, le demandeur reprend l'argumentation qu'il a développée à la deuxième branche de son troisième moyen dirigé contre l'arrêt n° 3 de la commission d'instruction du 21 décembre 2017. Il fait valoir en substance que l'autorité attachée, en application de l'article 62 de la Constitution, à la décision du Conseil constitutionnel validant le compte de campagne de M. X... faisait obstacle à ce que celui-ci fût poursuivi pour avoir bénéficié, pour financer sa campagne électorale, d'une somme de 10 250 000 euros d'origine délictueuse. Contrairement à celui dirigé contre l'arrêt du 21 décembre 2017, le moyen n'est pas soulevé pour la première fois à hauteur de cassation. Il est dirigé contre les motifs par lesquels la commission d'instruction, saisie du règlement de l'information, a écarté l'argumentation qui avait été développée sur ce point. Il est donc certainement recevable.

Dès lors, si, conformément à la solution qui vous a été proposée plus haut à titre principal, vous avez

---

<sup>119</sup> Crim. 6 nov. 2019, n° 17-87.150

déclaré irrecevable ou inopérant le troisième moyen en sa deuxième branche, il y aura lieu d'écarter le cinquième moyen en ses deux premières branches pour les motifs qui ont été exposés, à titre subsidiaire, dans ses conclusions, auxquelles nous renvoyons (*supra*, I.4.3.3). Si, en revanche, vous avez répondu, pour l'écarter, à l'argumentation développée à cette branche, vous pourrez écarter le cinquième moyen en ses deux premières branches en constatant qu'il se borne à reprendre cette argumentation.

## **II.2.- Appréciation des charges retenues par la commission d'instruction (troisième à sixième branches du cinquième moyen)**

### **II.2.1.- Observations préliminaires sur le contrôle de la Cour de cassation**

A titre liminaire, il convient de rappeler l'étendue du contrôle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur les charges retenues par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Un arrêt de principe du 22 juillet 2016, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur le pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction, a fixé la doctrine de la Haute juridiction en la matière : lorsqu'elle est saisie en vertu de l'article 24 de la loi organique du 23 novembre 1993 contre un arrêt de la commission d'instruction ordonnant le renvoi d'une affaire devant la Cour de justice de la République, l'Assemblée plénière, à qui il n'appartient pas d'apprécier la valeur des charges, dont la commission a retenu l'existence à l'encontre de la personne mise en examen, n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification, qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué justifie la saisine de la Cour de justice de la République<sup>120</sup>. Son contrôle s'apparente à celui de la chambre criminelle lorsqu'elle statue en application de l'article 574-1 du code de procédure pénale sur le pourvoi formé contre un arrêt de mise en accusation.

Classiquement, juge du droit par rapport à des données factuelles, tenues pour constantes et abandonnées à l'appréciation souveraine des juges du fond, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, statuant sur recours des décisions de la commission d'instruction, doit vérifier que cette dernière a légalement justifié sa décision par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction<sup>121</sup>. Elle est donc conduite à censurer les décisions de cette commission, qui, comme le juge la chambre criminelle, se fonderaient sur des motifs hypothétiques<sup>122</sup>, sur des motifs dubitatifs et hypothétiques<sup>123</sup> ou encore, sur des considérations vagues générales et imprécises<sup>124</sup>.

Les quatre dernières branches du cinquième moyen peuvent être regroupées autour de deux questions juridiques d'importance inégale. Les troisième, quatrième et cinquième branches conduiront l'Assemblée plénière à s'interroger sur la notion de complicité par abstention. La sixième branche fera porter la réflexion sur l'élément moral de la complicité.

### **II.2.2.- Contestation de la complicité par abstention (troisième à cinquième branches)**

---

<sup>120</sup> Ass. plén., 22 juill. 2016, n° 16-80.133: Bull. ass. plén., n° 1: *"la Cour de cassation, à qui il n'appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la Commission a retenu l'existence à l'encontre de la personne mise en examen, n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué justifie la saisine de la Cour de justice de la République"*.

<sup>121</sup> J. Et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz Action, 2018-2019, n° 105-33

<sup>122</sup> Crim., 27 déc. 1960: Bull. crim., n° 624.

<sup>123</sup> Crim., 6 juin 2012, n° 12-82.037.

<sup>124</sup> Crim., 9 nov. 1982: Bull. Crim. n° 247.

### II.2.2.1.- Présentation de l'argumentation du demandeur

Dans sa troisième branche, le demandeur soutient que la complicité requiert l'accomplissement d'un acte positif. Par conséquent, en énonçant, pour ordonner le renvoi de M. X... du chef de complicité d'abus de biens sociaux par fourniture d'instructions, que s'il n'avait pas été à l'initiative de la constitution du "réseau K", il avait été avisé de son existence, qu'il avait "laissé carte blanche à ses proches" et qu'il ne pouvait raisonnablement soutenir n'avoir jamais recherché à savoir comment sa campagne présidentielle serait financée ni n'avoir jamais eu le moindre questionnement sur l'origine de fonds<sup>125</sup>, lorsque ces faits, à les supposer avérés, constitueraient au mieux de simples inactions qui ne peuvent caractériser des instructions au sens de l'article 121-7 du code pénal, la commission d'instruction aurait violé ce texte.

La quatrième branche fait valoir qu'en application du principe de la présomption d'innocence, la charge de la preuve d'une infraction repose sur l'accusation. En retenant, pour ordonner le renvoi de M. X... des chefs de complicité et de recel d'abus de biens sociaux, qu'il n'avait jamais soutenu que M. Y... [son directeur de cabinet] avait eu les mains totalement libres au cours des arbitrages litigieux et qu'il avait nécessairement fixé le mandat des membres de son équipe de campagne, présumant ainsi, sans jamais le démontrer, que ceux-ci avaient agi sur instructions de M. X..., la commission d'instruction aurait méconnu le principe susvisé et violé les articles 6, paragraphe 2 de la CESDH et préliminaire du code de procédure pénale.

Enfin, la cinquième branche rappelle qu'en application de l'article 121-1 du code pénal, nul n'est pénalement responsable que de son fait personnel. Par conséquent, en énonçant, pour renvoyer M. X... devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux, que les charges suffisantes à son encontre d'avoir commis les faits poursuivis découlaient de ce qu'il n'avait jamais soutenu que M. Y... avait eu les mains totalement libres lors des arbitrages litigieux ainsi que des actes d'une équipe de campagne dont il avait choisi les membres et nécessairement fixé le mandat, la commission d'instruction, qui n'aurait pas caractérisé la participation personnelle de M. X... à ces faits, aurait méconnu le principe susvisé et les articles 121-1 et 121-4 du code pénal.

Afin d'examiner la pertinence de ces griefs, il convient de rappeler l'existence d'un mouvement prétorien d'envergure, tendant à retenir l'abstention tant au titre du délit d'abus de biens sociaux qu'au titre de la complicité de ce délit.

### II.2.2.2.- Abus de biens sociaux et abstention

En disposant que commettent un abus de biens sociaux, "*le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui font, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement*", l'article L. 242-6, 3°, du code de commerce pour les sociétés anonymes et l'article L. 241-3, 4° du même code pour les sociétés à responsabilité limitée font clairement de ce délit phare du droit pénal des affaires une infraction d'action.

La jurisprudence a semblé un temps hésitante sur le point de savoir si l'usage abusif des biens d'une société pouvait résulter d'une simple omission d'agir du dirigeant. Elle l'a admis dans un premier

---

<sup>125</sup> Arrêt attaqué, p. 264.

temps<sup>126</sup>. Toutefois, dans un deuxième temps, la chambre criminelle ne s'est pas contentée d'une simple passivité de la part du dirigeant, mais a exigé une participation personnelle de ce dernier aux faits<sup>127</sup>. Une partie de la doctrine avait relativisé la portée d'un tel revirement, dans la mesure où le prévenu n'était pas poursuivi comme auteur principal, mais comme complice<sup>128</sup>. Le doute a semblé être levé, depuis un arrêt de la chambre criminelle du 7 septembre 2005, qui a transposé la solution retenue par l'arrêt du 20 mars 1997 à l'auteur principal d'un abus de biens sociaux<sup>129</sup>. Cette décision a réaffirmé l'idée qu'une simple abstention, non assortie d'une participation personnelle, demeure non punissable, sauf si elle constitue un abus de pouvoir<sup>130</sup>. Toutefois la chambre criminelle semble être revenue à sa rigueur initiale en jugeant que le juge pénal doit rechercher si l'administrateur d'une entreprise en difficulté, qui a sciemment contrevenu à sa mission en maintenant à son poste le président et en mettant en place à ses côtés un comité de direction, n'a pas eu conscience de fournir à ces derniers, désignés pour faire partie de ce comité, les moyens de commettre les détournements dont ceux-ci se sont rendus coupables pendant toute la durée de son mandat<sup>131</sup>. Il convient donc - en l'état du droit positif - pour le juge répressif, de rechercher si une telle omission légale d'agir, constitutive d'un cas de complicité par aide et assistance, est caractérisée à l'encontre du mandataire social.

Ces condamnations font ressortir les conditions d'une qualification pénale d'une abstention<sup>132</sup>. Il convient, d'une part, que l'abstention observée cause directement une perte induite à la société. C'est le cas en particulier pour l'abstention de réclamer le paiement d'une dette sociale<sup>133</sup>, ou pour celle de faire corriger une erreur bancaire préjudiciable à la société<sup>134</sup>. Ces deux abstentions ont en elles-mêmes un effet préjudiciable, puisqu'elles causent une perte qui n'a pas de contrepartie. Il faut, d'autre part, que l'abstention soit intentionnelle, c'est-à-dire observée à dessein de produire l'effet préjudiciable qui en résulte. C'était le cas dans les condamnations approuvées par la chambre criminelle où les abstentions des dirigeants en cause étaient intervenues aux fins de pérenniser une situation contraire à l'intérêt social.

---

<sup>126</sup> Crim., 15 mars 1972 : Bull. crim. 1972, n° 107 ; Rev. sociétés 1973, p. 357, note B. Bouloc ; Rev. sociétés 1973, p. 357, note B. Bouloc ; RTD com. 1973, p. 573, note Houin : pour une abstention délibérée du dirigeant de réclamer à une autre société le prix des marchandises dont elle était redevable envers sa société. – Crim., 28 janv. 2004 : JCP E 2005, n° 20, p. 817, note Y. Muller ; Rev. sociétés 2004, p. 722, note B. Bouloc ; RJDA 2004, n° 721 ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 861, note J.-F. Barbière.

<sup>127</sup> Crim., 20 mars 1997 : Dr. pén. 1997, comm. 131, obs. J.-H. Robert ; Rev. sociétés 1997, p. 581, note B. Bouloc.

<sup>128</sup> P. Conte et W. Jeandidier, Droit pénal des sociétés commerciales, Litec, coll. « Affaires finances », 2004, n° 233.

<sup>129</sup> Crim., 7 sept. 2005 : Dr. pén. 2005, comm. 175, obs. J.-H. Robert ; Rev. sc. crim. 2006, p. 331, note D. Rebut : en l'espèce, le président d'une société avait été poursuivi pour abus de biens sociaux du fait de l'acquisition d'un véhicule effectuée à l'initiative du directeur général de la société, qui s'en était réservé l'usage, puis le produit de la vente. Si les juges du fond avaient retenu l'abus de biens sociaux à l'encontre du président au motif qu'en sa qualité de dirigeant social, il *avait le devoir de s'opposer aux agissements de son associé, ce qu'il n'a pas fait*, la Cour de cassation a censuré l'arrêt, dans la mesure où la participation personnelle du prévenu à l'infraction n'était pas caractérisée.

<sup>130</sup> Crim., 15 mars 1972, n° 71-91.378: Bull. crim., n° 107.

<sup>131</sup> Crim., 22 sept. 2010: Dr. sociétés 2011, comm. 237.

<sup>132</sup> D. Rebut, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, v° Abus de biens sociaux.

<sup>133</sup> Crim., 15 mars 1972, n° 71-91.378, préc.

<sup>134</sup> Crim. 28 janv. 2004, n° 02-88.094.

Dans un arrêt *“pétrole contre nourriture”* du 14 mars 2018, la chambre criminelle a confirmé l'exigence d'une participation personnelle du dirigeant de société en cas d'abstention volontaire constituant un abus de biens sociaux, c'est-à-dire une intention coupable spécialement motivée, cette intention coupable ne pouvant résulter d'une seule abstention ou négligence<sup>135</sup>.

Mais la chambre criminelle a franchi un pas supplémentaire en consacrant, on va le voir, la notion de complicité par abstention.

### **II.2.2.3.- Complicité d'abus de biens sociaux et abstention**

#### **II.2.2.3.1.- Hostilité initiale de la jurisprudence à la complicité par abstention**

Aux termes de l'article 121-7 du code pénal :

*“Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.*

*Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre”.*

Au premier abord, à la lecture de ce texte et de la liste des agissements matériels par lesquels, selon la loi, doit se manifester l'attitude d'un complice pour être punissable, la question de la complicité par abstention devrait se résoudre toujours par la négative : la complicité par inaction, par indifférence ou par refus de faire obstacle à une infraction ne saurait en aucun cas constituer l'acte positif d'aide ou d'assistance, de don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, seul visé par la loi. Cette solution de principe n'étonnera pas, si l'on se souvient que ce texte (ancien article 60 du code pénal), demeuré inchangé depuis 1810, porte la marque de la philosophie individualiste qui venait de triompher à la fin du XVIIIème siècle et qui s'exprime à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (*“La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société...”*). Reflet de cette conception politique, le code pénal napoléonien entendait ne frapper que des comportements matériels positifs nuisibles à la société ou à autrui mais pas (sauf de rarissimes exceptions) des attitudes strictement négatives.

Dans cette optique traditionnelle, la complicité suppose l'accomplissement d'un acte positif et ne peut s'induire d'une simple abstention : tel est le principe général, affirmé par de nombreuses décisions<sup>136</sup>. C'est ainsi qu'ont notamment été relaxés : un individu, qui avait assisté à un vol<sup>137</sup>, le secrétaire d'un syndicat, qui, dans les locaux du syndicat, avait regardé des grévistes molester un ouvrier qui ne voulait pas faire grève<sup>138</sup> ou le propriétaire, qui ne s'était pas opposé à des actes d'abattage clandestin, commis chez lui, par ses locataires<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Crim. 14 mars 2018, n° 16-82.117: JCP éd. G., n° 4, avril 2018, p. 389, note J.-M. Brigant; JCP éd. E., n° 27, 5 Juillet 2018, p. 1363, note E. Dreyer; Rev. sociétés 2018, p. 459, note J.-H. Robert; D. actualité, 4 avr. 2018, obs. J. Gallois; RPDP, n° 8-9, oct. 2018, p. 343, obs. J.-C. Saint-Pau.

<sup>136</sup> Crim. 21 oct. 1948: Bull. crim., n° 242. – Crim. 9 févr. 1950: JCP 1950. IV. 53. – Crim. 27 déc. 1960: Bull. crim., n° 624.

<sup>137</sup> Crim. 15 janv. 1948: D. 1948. 100 ; S. 1949. 1. 81, note Légal; JCP 1948. II. 4268, note R. B. ; RSC 1948. 294, obs. Magnol.

<sup>138</sup> Crim., 26 oct. 1912: S. 1914. 1. 225, note Roux.

<sup>139</sup> Crim. 5 nov. 1943, DA 1944. 29.

Dans le même ordre d'idées, comme le rappelle le mémoire ampliatif, dans la mesure où, traditionnellement, une complicité passive ne saurait rentrer dans aucun des cas prévus par les dispositions du code pénal relatives à la complicité<sup>140</sup>, le simple fait de donner des renseignements vagues<sup>141</sup> ou de suggérer une attitude à adopter<sup>142</sup> est insuffisant à caractériser l'élément matériel de la complicité.

Cette solution traditionnelle est justifiée par la circonstance que la complicité suppose une participation par l'un des faits prévus par la loi et qu'on ne saurait leur assimiler l'inaction de celui qui, volontairement, ne s'oppose pas à la perpétration d'une infraction, quelque blâmable que puisse être cette inaction du point de vue moral<sup>143</sup>. Une telle impunité est, au demeurant, certainement conforme à la volonté initiale du législateur de 1810 puisque, lorsque celui-ci a entendu que soit réprimé le simple fait de ne pas s'opposer à la commission d'une infraction, il a créé un délit spécifique : le non-obstacle à la commission d'un crime ou d'un délit contre l'intégrité corporelle<sup>144</sup>.

### II.2.2.3.2.- Consécration prétorienne contemporaine de la complicité par abstention.

Mais cette position de principe doit désormais être nuancée : l'individualisme juridique, comme l'individualisme social, a reculé depuis deux siècles, au profit de ce que l'on a parfois appelé une conception "*solidariste*" des rapports humains. Partant de là, on considère actuellement qu'il est des comportements passifs auxquels il serait choquant de ne pas pouvoir appliquer la qualification d'actes de complicité, du moins sous certaines conditions.

Aussi la jurisprudence retient-elle désormais plus largement la complicité de ceux qui ne se sont pas opposés à la commission d'une infraction, alors qu'ils avaient pourtant le devoir de le faire. En d'autres termes, est ici sanctionné le comportement passif de celui sur qui pèse une obligation, notamment professionnelle, lui imposant une action ou une abstention et qui, par son inaction, laisse commettre l'infraction<sup>145</sup>. Cette conception de la complicité ne heurte en rien le principe de responsabilité pénale à raison de son seul fait personnel, affirmé à l'article 121-1 du code pénal, pour répondre à l'objection faite par le cinquième moyen, pris en sa cinquième branche, présenté par M. X....

Dans de telles hypothèses, la solution ne heurte pas davantage la règle selon laquelle l'abstention n'est pas constitutive de complicité, "*car il ne s'agit pas d'abstentions pures et simples, mais d'abstentions dans la fonction ou dans l'action, lesquelles se rapprochent d'un acte positif*"<sup>146</sup>. Il peut arriver ainsi que le spectateur inactif de l'infraction ait le devoir professionnel ou de fonctions d'empêcher l'infraction à laquelle, précisément, il assiste au contraire passivement. Son inaction est alors la violation de ce devoir et peut être interprétée comme un cas de complicité par aide et

---

<sup>140</sup> Crim. 22 juill. 1897: DP 1899,1, p. 92.

<sup>141</sup> Crim. 24 déc. 1942: JCP 1944. II. 2651, 2<sup>ème</sup> esp.

<sup>142</sup> Crim. 21 sept. 1994: Dr. pénal 1995. 2, obs. M. Véron; RSC 1995, p. 343, obs. B. Bouloc.

<sup>143</sup> sur la question générale de l'abstention en matière pénale, D. Rebut, L'omission en droit pénal – pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction, thèse, Lyon, 1993.

<sup>144</sup> C. pén., art. 223-6, cette infraction trouvant son origine dans l'ordonnance du 25 juin 1945: S. Fournier, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, v° Complicité.

<sup>145</sup> M. Véron, Droit pénal des affaires, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 9.- A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, Droit pénal des affaires, LexisNexis, 5<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 658.

<sup>146</sup> S. Fournier, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, v° Complicité, n° 80.

assistance.

Notons au demeurant que lorsque l'abstention est l'exécution d'un engagement antérieur à l'infraction, la répression est, bien évidemment, là encore encourue. Celui qui promet, avant l'infraction, de s'abstenir lors de la commission de celle-ci, sera déclaré complice, non pas tant en raison de l'abstention elle-même, mais sur le fondement de la promesse faite, c'est-à-dire d'un acte positif<sup>147</sup>.

Dans un tel contexte, la jurisprudence admet très fréquemment des complicités par pure abstention à l'encontre de ceux qui, ayant le pouvoir d'empêcher une infraction, ne l'empêchent pas.

En droit commun, tout d'abord, le vol a pu être retenu à l'encontre du policier qui, au cours d'une ronde, a laissé son collègue commettre des vols<sup>148</sup>. Il en est de même du débitant de boissons, qui n'empêche pas les tapages faits, la nuit, dans son établissement et qui trouble le repos du voisinage<sup>149</sup> ainsi qu'au douanier, qui ferme volontairement les yeux sur les agissements de fraudeurs, connus de lui<sup>150</sup>. La Cour de cassation a également considéré comme complice d'un délit de presse celui qui avait laissé son nom figurer au bas d'un journal avec la mention "gérant", alors qu'il n'avait pas cette qualité<sup>151</sup>.

S'agissant de la responsabilité pénale des notaires, la jurisprudence s'est peu à peu tournée vers cette complicité par abstention pour retenir la responsabilité pénale de ces professionnels du droit, même en l'absence d'accord préalable avec l'auteur des agissements délictueux<sup>152</sup>: pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, les professionnels ont une obligation d'agir et le manquement à cette dernière - l'inaction - est coupable, si elle facilite la commission d'une infraction, devenant ainsi un acte de complicité. A été ainsi reconnu coupable de complicité par abstention le notaire qui a reçu le même jour des actes d'achat et revente, qui a fermé les yeux sur des mouvements comptables anormaux - résultant de ce que le premier vendeur recevait son prix du second acquéreur - et sur les incidences fiscales des ventes quasi-simultanées. Par une décision définitive, le tribunal de Paris a vu, dans l'ensemble de ces abstentions, une complicité d'escroquerie<sup>153</sup>, en ce que le notaire s'est abstenu d'informer les parties sur les risques de l'opération et qu'en se retranchant derrière un "pseudo-devoir de réserve", il a participé à une fraude aux droits de l'administration fiscale. Il aurait dû révéler cette fraude qu'il ne pouvait ignorer. En s'abstenant de le faire, il s'est rendu complice. Dans le même sens, la complicité a encore pu être retenue à la charge d'un notaire qui, en s'abstenant de révéler à ses clients certains éléments, a facilité l'escroquerie commise à leur

---

<sup>147</sup> notamment: Crim. 27 oct. 1971, Bull. crim., n° 284; RSC 1972. 375, obs. Légal, et p. 385, obs. Vitu.

<sup>148</sup> sur cette question de la complicité dite par collusion: A. Decocq, Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance, JCP 1983. I. 3124. – A. Mihman, La répression de la complicité passive: distinction entre complicité par simple abstention et complicité par abstention aggravée, Gaz. Pal. 1<sup>er</sup>-3 nov. 2015, n° 305-307, p. 9.

<sup>149</sup> Crim. 25 juin 1858, Bull. crim. n° 183.- Crim., 14 nov. 1924: Bull. crim., n° 382.- Crim. 8 juill. 1949: JCP 1949. II. 5128, note Colombini; S. 1949. 1. 186; RSC 1950. 50, obs. Huguency. – Crim. 15 janv. 1974, Bull. crim. n° 22.- Crim., 17 févr. 1988, n° 86-96.819: Bull. crim., n° 80.

<sup>150</sup> Crim. 27 oct. 1971: Bull. crim., n° 384; RSC, 1972, p. 375, obs. A. Légal et p. 385, obs. A. Vitu.

<sup>151</sup> Crim. 22 déc. 1953, D. 1954. 145, note Chavanon.

<sup>152</sup> C. Blanchard, Le notaire et le risque pénal JCP N, 2018, 1269.

<sup>153</sup> Trib. corr. Paris, 23 févr. 1982: D. 1983, p. 157, note J.-M. Robert et G. Tixier.- Dans le même sens: Crim., 22 déc. 1986, n° 85-91.140.

détriment<sup>154</sup>.

Plus spécifiquement, en droit pénal des sociétés commerciales, est complice le membre du directoire d'une société qui, ayant connaissance des abus de biens sociaux auxquels le président se livre, les laisse commettre, alors qu'il a les moyens que lui donne la loi de s'y opposer<sup>155</sup> ou encore, l'expert-comptable qui, sans chercher à vérifier les éléments chiffrés fournis par son client, établit un bilan inexact<sup>156</sup>. Tel est aussi le cas d'un comptable, qui se rend complice d'une présentation de comptes annuels inexacts, en omettant de faire figurer dans les comptes certaines sommes qu'il a le devoir d'y porter<sup>157</sup>.

Dans le même ordre d'idées, ont été condamnés en tant que complices par abstention d'abus de biens sociaux un administrateur provisoire d'une société, qui a remis en place le dirigeant ayant commis des abus de biens sociaux et lui a permis ainsi de commettre de nouveaux délits ou encore, le banquier d'une société, victime d'abus de biens sociaux, chargé de superviser le service des engagements de la banque, et qui, par son inaction, a permis des transferts anormaux de fonds<sup>158</sup>.

Pour retenir la complicité du commissaire aux comptes, il convient en principe de caractériser un acte positif de ce professionnel<sup>159</sup>. Toutefois, de nombreuses décisions se contentent de retenir la passivité du commissaire comme acte de complicité, cette passivité trahissant, selon certains auteurs, la volonté délibérée du commissaire aux comptes de favoriser l'infraction<sup>160</sup>. Il convient de citer en ce sens un arrêt de la chambre criminelle du 25 février 2004<sup>161</sup> ayant retenu en matière d'escroquerie la complicité par abstention à l'encontre d'un commissaire aux comptes, dont la négligence permettait à un dirigeant d'établir des documents comptables laissant apparaître d'importants crédits de TVA dont il demandait remboursement au Trésor public, alors que ces

<sup>154</sup> Crim. 10 avr. 1975: Bull. crim. n° 89; RSC 1977. 81, obs. Larguier.

<sup>155</sup> Crim. 28 mai 1980: D. 1981. I.R. 137, obs. G. Roujou de Boubée; RSC 1981, p. 401, obs. P. Bouzat.

<sup>156</sup> Crim. 15 janv. 1979: Bull. crim. n° 21.

<sup>157</sup> Crim. 9 nov. 1992: Dr. pénal 1993, comm. 138, obs. J.-H. Robert.

<sup>158</sup> Crim., 22 sept. 2010, n° 09-87.363 : Dr. pénal 2010, comm. 139, note J.-H. Robert; Dr. sociétés 2010, comm. 237.

<sup>159</sup> pour la complicité de présentation de comptes annuels infidèles : Crim. 26 mai 1986, Bull. CNCC n° 65, 1986, p. 82, JCP E 1987. I. 15975, chron. J. Devèze, Bull. CNCC n° 65, 1987, p. 82, note E. du Pontavice: le commissaire ayant donné conseil au dirigeant de majorer la valeur d'actif d'un fonds de commerce mentionnée au bilan .- Crim. 2 mars 1983, Bull. CNCC n° 54, 1984, p. 206, note E. Du Pontavice: le commissaire ayant procédé à des écritures entraînant la fausseté du bilan .- CA Bordeaux, 3 juin 1982: Bull. CNCC n° 49, 1983, p. 71: le commissaire ayant transmis au greffe un bilan qu'il sait inexact après en avoir informé les dirigeants .- Pour la complicité d'escroquerie: CA Paris, 18 mai 1979: Bull. CNCC n° 35, 1979, p. 321 et Com. 5 juin 1975: Bull. CNCC n° 19, p. 304, retenant la complicité du commissaire pour *“avoir certifié les bilans et comptes d'exploitation des années 1969 et 1970 en sachant qu'ils étaient inexacts ; que, connaissant l'organisation publicitaire mise en œuvre et ayant pleine conscience des procédés qui permettaient de dissimuler le véritable montant des produits nets d'exploitation et la provenance artificielle des fonds qui justifiaient apparemment une distribution d'intérêts à un taux élevé, il savait qu'il aidait les dirigeants de la COFRAGIM à perpétrer une escroquerie avec appel au public”*.

<sup>160</sup> J. Monéger et T. Granier, Le commissaire aux comptes, Dalloz, nos 775 et s. .- B.-H. Dumortier, Infractions relatives au commissaire aux comptes, J.-Cl. soc. Traité, fasc. 134-30, 2002, n° 169 .- J. Devèze, obs. sur Crim. 26 mai 1986, JCP E 1987, I, 15975, spéc. n° 6.

<sup>161</sup> Crim. 25 févr. 2004, Bull. Joly 2004. 763, note J.-F. Barbiéri, RTD, com. 2004, p. 625, note B. Bouloc; Bull. CNCC n° 134, 2004, p. 328, note P. Merle.

sommes correspondaient à des ventes fictives<sup>162</sup>.

Dans le même ordre d'idées, la Haute juridiction a jugé qu'en certifiant en connaissance de cause, durant plusieurs exercices, des comptes inexacts, le commissaire aux comptes a sciemment fourni à l'auteur principal les moyens de commettre les escroqueries poursuivies<sup>163</sup>.

La jurisprudence déduit en quelque sorte du manquement à une obligation professionnelle, une action positive d'aide et d'assistance.

En définitive, la synthèse de ces cas, où la jurisprudence a retenu la complicité par aide ou assistance, a été présentée, autour de la notion de collusion, par le professeur André Decocq<sup>164</sup>. Celui-ci a parfaitement démontré que, pour être constitutive de complicité, la collusion devait satisfaire à des exigences précises, faute desquelles il y aurait méconnaissance grave du principe de la légalité criminelle. Comme le souligne très pertinemment un auteur, *“la collusion punissable suppose, cumulativement réunis, le pouvoir (d'origine légale ou, parfois, contractuelle) de s'opposer effectivement à l'infraction, et la volonté de laisser le coupable principal accomplir les actes délictueux dont on sait qu'ils se commettent actuellement ou vont se commettre prochainement ; ainsi s'instaure une sorte d'entente entre l'auteur de l'infraction et celui qui n'est qu'un spectateur acquiesçant. Précisons que cette entente est quelque chose de moins net, de moins formel, que le concert frauduleux ou entente matérielle organisée que l'on découvre dans la complicité “ordinaire” : il s'agit ici d'une entente à mi-mot, d'une entente parfois muette, mais cependant très réelle et aux effets palpables, puisque l'auteur principal sait qu'il peut compter sur le silence approbateur d'un tiers et qu'il a les mains libres”*<sup>165</sup>. Dans le même sens, le professeur Emmanuel Dreyer souligne qu' *“il suffit de démontrer un accord entre l'auteur et son complice”*<sup>166</sup>. Un tel accord est souvent entendu de manière souple par la jurisprudence<sup>167</sup>, dans la mesure où il ne peut être que tacite<sup>168</sup>.

De manière voisine, deux autres auteurs qualifient ce type de criminalité de *“complicité par collusion”*, laquelle suppose - s'agissant de la complicité d'abus de biens sociaux - la réunion de deux conditions: la première est la connaissance du fait que va commettre l'auteur principal; la seconde

---

<sup>162</sup> CA Paris, 12 juill. 1979: Bull. CNCC n° 35, 1979, p. 323, note E. du Pontavice ; CA Paris, 28 oct. 1994: Dr. sociétés 1995, comm. 11, obs. D. Vidal, retenant la complicité de publication de comptes inexacts pour un commissaire ayant fermé les yeux sur des irrégularités ou accordé sa certification sans avoir opéré la moindre diligence ; V. aussi CA Paris, 28 janv. 1980: Bull. CNCC n° 43, 1981, p. 346, retenant la complicité de fraude fiscale du commissaire aux comptes pour s'être abstenu systématiquement de souscrire les déclarations relatives, d'une part, aux revenus passibles de l'impôt sur les BIC, d'autre part, au chiffre d'affaires assujéti à la TVA, traduisant ainsi l'intention frauduleuse de se soustraire en totalité à l'établissement et au paiement de cet impôt et de cette taxe.

<sup>163</sup> Crim., 31 janv. 2007, n° 05-85.886: Bull. crim., n° 25; Dalloz, 5 juill. 2007, n° 26, p. 1843-1848, note B. Bouloc - Revue des sociétés, avr.-juin 2007, n° 2, p. 351-364, note H. Matsopoulou; AJ pénal 2007, p. 134: justifie sa décision, la cour d'appel qui, pour déclarer un expert-comptable et un commissaire aux comptes coupables de complicité d'escroqueries commises par un dirigeant de société, après avoir constaté que le premier a attesté la conformité et la sincérité de comptes dont le caractère fictif ne pouvait lui échapper, et que le second a certifié ces comptes en toute connaissance de cause durant plusieurs exercices, énonce qu'ils ont sciemment fourni à l'auteur principal les moyens lui permettant de réitérer l'escroquerie commise en matière de TVA et de commettre les escroqueries relatives à l'obtention d'ouvertures de crédits.

<sup>164</sup> A. Decocq, Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance, JCP 1983, I, 3124.

<sup>165</sup> A. Vitu, La complicité par abstention: Rev. sc. crim. 1990, p. 775.

<sup>166</sup> E. Dreyer, Droit pénal général, LexisNexis, 5<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 1088.- A. Mihman, Distinction entre complicité par simple abstention et complicité par abstention aggravée: Gaz. Pal. 1<sup>er</sup>-3 nov. 2015, p. 9.

<sup>167</sup> E. Dreyer, préc.

<sup>168</sup> Crim., 17 févr. 1988, n° 86-96.819: Bull. crim., n° 80.

est le pouvoir de droit d'empêcher la commission du délit<sup>169</sup>.

Dans ces conditions, la complicité par abstention devient alors punissable. En pareil cas, les agissements matériels, constitutifs de la complicité, s'estompent et l'intention délictueuse du protagoniste passif devient prédominante. Elle doit être établie à partir d'éléments extérieurs éclairants la psychologie du complice par abstention<sup>170</sup>.

En définitive, c'est à l'évidence en considération de l'ensemble de ces éléments que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, sur pourvoi d'un ancien ministre, condamné pour complicité et recel d'abus de biens sociaux par la Cour de justice de la République, a rejeté le pourvoi dans les termes suivants, en faisant application de la notion de complicité par abstention :

*“Attendu que, pour déclarer M. P. coupable des chefs de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de recel d'abus de biens sociaux au préjudice de la Société française d'exportation de matériels, systèmes et services relevant du ministère de l'intérieur (SOFREMI), l'arrêt retient que B. D. a été nommé à la tête de la SOFREMI par le demandeur, alors ministre de l'intérieur, après avoir été prévenu d'un appel téléphonique de celui-ci par E. L. qui lui avait ensuite demandé de nommer B. P directeur général de la SOFREMI ; que le trio, composé de B.D E. L et B. P avait mis en coupe réglée la société à son profit et au profit de proches du ministre ; que les juges ajoutent qu'après avoir mis en place le système, M. P. lui a apporté sa caution et l'a sciemment laissé perdurer, que sa proximité avec les différents auteurs et bénéficiaires des abus de biens sociaux ne laisse pas de doute sur son implication dans le processus mis en place et qu'aucun de ses collaborateurs n'a eu pour mission de contrôler les activités de la SOFREMI; / Attendu qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance et de contradiction, dont il résulte que le demandeur a sciemment permis que soient commis et réitérés, d'une part, des abus de biens sociaux et, d'autre part, des recels de ces délits au préjudice de la SOFREMI, la Cour de justice de la République a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, chacun de ces délits de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de recel dont elle a déclaré le prévenu coupable.”<sup>171</sup>*

#### **II.2.2.4.- Appréciation du bien-fondé du moyen en ses troisième à cinquième branches**

Au cas présent, par l'arrêt attaqué, M. X... a été renvoyé par la commission d'instruction devant la Cour de justice de la République, pour avoir, alors qu'il était premier ministre :

*“- d'une part, concouru au sens de l'article 121-7 du code pénal, à la préparation et à la réalisation des abus de biens ou du crédit des sociétés DCN-I et Sofresa, en donnant, alors qu'il avait autorisé l'exportation de matériels de guerre vers le Pakistan et l'Arabie Saoudite, des instructions comme celles notamment du V décembre 1994 tendant à ce que le ministre du Budget, qui s'est exécuté le 19 décembre suivant, consente à ce que l'État donne sa garantie à hauteur de 485 MF dans le contrat Mouette, déficitaire du fait des balourds versés, ou celles ayant conduit à l'arbitrage du 22 octobre 1994 qui a validé, sans que les directeurs du Trésor et du Budget n'aient été consultés, le sous-financement du contrat Sawari II, le découvert garanti ayant été porté à 1,812 milliards de francs pour trois frégates;*

*- d'autre part, bénéficié, au sens de l'article 321-1 du même code, des produits de ces délits, ces faits survenus de 1993 à 1995, en tout cas depuis temps non prescrit, répondant, à les supposer établis, aux qualifications de complicité et recel d'abus des biens ou du crédit des sociétés susvisées, infractions prévues et réprimées par les articles 121-6, 121-7, 321-1 à 321-4, 321-9, 321-10, alinéa 1<sup>er</sup> du code pénal et L. 242-6, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, du code de commerce dans sa version alors applicable”<sup>172</sup>.*

<sup>169</sup> M.-P. Lucas de Leyssac et A. Mihman, Droit pénal des affaires, Economica, 2009, n° 279.

<sup>170</sup> A. Vitu, La complicité par abstention, préc.

<sup>171</sup> Ass. plén., 23 juill. 2010, n° 10-85.505: Ass. plén., n° 2.

<sup>172</sup> Arrêt attaqué de la Commission d'instruction, p. 247.

### II.2.2.4.1.- Faits relevés par la commission d'instruction

S'agissant des arbitrages de "Matignon", rendus à propos des contrats d'armement passés avec, notamment, l'Arabie Saoudite, la commission d'instruction a relevé que les décisions prises concernant les "balourds"<sup>173</sup> accordés au réseau AB.../ J... par MM. O... et P... (réseau K...) étaient contraires aux intérêts des sociétés qu'ils représentaient, constituant ainsi le délit d'abus de biens sociaux. L'importance des commissions et des balourds menaçait l'équilibre financier des contrats. Elles n'avaient même objectivement pour intérêt que de satisfaire les seuls D... AB... et F... J...<sup>174</sup>.

Or, malgré une note du 10 août 1995 de la direction du budget, dénonçant les risques pris par l'État en raison des balourds anormaux consentis sur les trois contrats "Agosta", "Mouette" et "Sawari II", "Matignon" a rendu des arbitrages validant les balourds accordés au "réseau K"<sup>175</sup>.

Evoquant ces rétro-commissions, liées aux contrats d'armement avec l'Arabie Saoudite et le Pakistan, la commission d'instruction a relevé que M. X... en avait globalement connaissance lors des faits reprochés. Ce dernier a admis en effet: *"je ne vivais pas dans une bulle. Je savais qu'il y avait à l'occasion de la signature des contrats, des commissions, des rétro-commissions. On m'en avait parlé lorsque j'étais à l'Élysée puis lorsque j'étais premier ministre"*. Mais M. X... a aussitôt précisé que *"cela n'impliquait pas qu'[il] intervienne dans ces questions"*<sup>176</sup>.

Toutefois, la commission d'instruction a rappelé le contexte dans lequel ont été données, notamment, les deux instructions en date des 1<sup>er</sup> décembre 1994 et 22 octobre 1994.

S'agissant des instructions données, en décembre 1994, dans le cadre du contrat "Mouette", la commission d'instruction relève *"traditionnellement, la direction du Budget "était opposée aux balourds car ils introduisent des sous-financements en début d'exécution des contrats"*. Elle apporte ensuite les précisions suivantes : *"Une réunion s'est effectivement tenue à Matignon le 17 décembre 1993, avant la signature du marché. Il a été question du sous-financement du contrat "Mouette", apparaissant au niveau de Sofraitem, et de l'opposition du Budget. Matignon arbitra en décidant que le ministère de la Défense délivrerait la garantie de l'État et adresserait une lettre au ministère du Budget lui indiquant qu'il assurerait sur son budget le coût d'un éventuel sinistre"*<sup>177</sup>. Par ailleurs, selon l'arrêt attaqué, dans une note rédigée par M. AA..., le 1<sup>er</sup> décembre 1994, celui-ci fait état d'instructions de Madame L..., conseiller économique du Premier ministre, de mettre en vigueur le contrat "ROH (Mouette)" et l'intéressé a confirmé avoir agi sur les instructions de Matignon<sup>178</sup>.

Or, toujours selon l'arrêt attaqué, Mme V..., haut fonctionnaire à la direction du budget, a précisé que, traditionnellement, cette direction *"était opposée aux balourds car ils introduisent des sous-financements en début d'exécution des contrats"*<sup>179</sup>. Elle a par ailleurs fait des remarques très

---

<sup>173</sup> En droit du financement, dans le cas d'un crédit remboursable en échéances inégales, on appelle "balourd" l'écart entre le montant d'une échéance dudit crédit et celui d'une échéance d'un crédit semblable mais amortissable par échéances égales. Plus précisément, l'arrêt attaqué de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République définit les "balourds" comme étant "des avantages injustifiés accompagnant l'exécution des contrats de vente d'armement" (arrêt attaqué, p. 74, §2).

<sup>174</sup> Arrêt attaqué, p. 89, § 8.

<sup>175</sup> Arrêt attaqué, pp. 90, §§ 1 à 7.

<sup>176</sup> Arrêt attaqué, p. 34, dernier §.

<sup>177</sup> Arrêt attaqué, p. 91, avant dernier §.

<sup>178</sup> Arrêt attaqué, p. 92, §1.

<sup>179</sup> Arrêt attaqué, p. 91, §7.

vives sur le balourd de FCE <sup>180</sup> qu'elle n'a, dit-elle, accepté que contre un accord écrit de son ministre<sup>181</sup>.

S'agissant des instructions données, en octobre 1994, dans le cadre du contrat "Sawari II", la commission d'instruction a exposé la chronologie suivante.

Le 13 octobre 1994, M. Z... a écrit au Premier ministre, en insistant sur le fait qu'il fallait donner à l'offre de financement pour "Sawari II" une suite favorable.

Le lendemain 14 octobre, la direction des relations économiques extérieures (DREE) a émis un avis défavorable, compte tenu de la faiblesse des premiers versements par les saoudiens et de l'existence d'un sous-financement très élevé et très long.

R... a rédigé, le 17 octobre 1994 une note à l'attention de M. B... Y..., directeur de cabinet du Premier ministre, faisant état d'une évolution préoccupante de ce dossier. Cette note porte la mention manuscrite :

- d'une première écriture : *"lecture de M le Premier ministre"*
- d'une seconde écriture : *"M. Y... me faire des propositions svp. EB"*.

Cinq jours plus tard, le 22 octobre 1994, M. Y... a adressé ses instructions à l'attention de M. Q..., chargé de mission auprès du ministre de la défense, et de M. R..., directeur de cabinet du ministre de l'économie, portant sur le contrat "Sawari II" (CJR, D2593, p. 18), aux termes desquelles le président de la Sofresa était autorisé à présenter aux saoudiens l'offre financière annexée à une note du ministère de la Défense du 21 octobre 1994 <sup>182</sup>.

#### **II.2.2.4.2.- Qualification juridique des faits concernant M. X...**

Les investigations entreprises dans les différentes affaires, qui présentent entre elles des liens de connexité, ont conduit à la commission d'instruction à retenir que M. X..., alors Premier ministre, qui s'était présenté comme candidat lors de l'élection présidentielle de 1995 et qui avait la responsabilité de mettre en place une association de financement de sa campagne, l'AFICEB - ce qui fut fait le 23 janvier 1995 - avait nécessairement donné son aval à la constitution de l'équipe de campagne et plus encore à la répartition des responsabilités au sein de cette structure. La commission a relevé qu'il avait choisi ceux de ses proches qui le représenteraient devant le Conseil constitutionnel le moment venu : M. B... Y..., son directeur de cabinet à Matignon, devenu son directeur de campagne, M. S..., anciennement son suppléant dans le 15<sup>ème</sup> arrondissement de Paris dont il était le député, devenu le trésorier de l'association, son neveu, M. E... T..., conseiller chargé des questions juridiques et culturelles au cabinet, devenu chargé des affaires juridiques de la campagne.

Considérant ces circonstances, la commission d'instruction a estimé, qu'en tant qu'élément moteur de l'association AFICEB, M. X... était tenu à une obligation de vigilance, lui imposant une obligation d'agir, première composante, nous l'avons rappelé, de la complicité par abstention.

La commission relève ensuite que l'AFICEB a présenté des comptes de campagne qui, bien que validés par le Conseil constitutionnel, comportaient d'importantes lacunes ou imprécisions portant

---

<sup>180</sup> Acronyme de "frais commerciaux exceptionnels", correspondant, selon le rapport de la Cour des comptes sur DCN-I, p. 33 et s., à des "commissions destinées à des agents externes ayant contribué à la signature des contrats". DCN International les définit pour sa part, comme des "frais techniques externes". v. Arrêt attaqué, p. 28, §4.

<sup>181</sup> Arrêt attaqué, p. 92, §7.

<sup>182</sup> Arrêt attaqué, pp. 94-95.

sur l'origine des versements en espèce autres que ceux provenant de dons<sup>183</sup>. Elle évoque en particulier, une somme de 10 250 000, francs, constituée essentiellement de billets de 100 et 500 francs, représentant les trois-quarts (77,5%) des espèces reçues, réceptionnée par l'AFICEB, le 25 avril 1995, avant d'être déposée en banque, le 26 avril 1995, soit trois jours après l'échec de M. X... au premier tour de l'élection présidentielle.

Selon la commission d'instruction, M. X..., ni personne de son entourage, n'a pu expliquer de manière cohérente d'où provenait cette somme, ni pourquoi, à la supposer d'origine licite, elle aurait été entreposée à cette hauteur à l'AFICEB, alors que des versements réguliers avaient été précédemment effectués en banque, les plus faibles pour quelques centaines de francs<sup>184</sup>.

La commission d'instruction en conclut *"qu'il ressort des éléments ci-dessus rapportés que les arbitrages ont tous été rendus en faveur du ministère de la Défense, en accord avec Matignon, l'intervention de ces intermédiaires particuliers n'ayant pu avoir lieu qu'avec l'accord constant de M. C... Z..., ministre de la Défense, de M. Q..., son principal conseiller, et de M. B... Y..., directeur de cabinet du Premier ministre, dont le rapport de confiance absolu qui le liait à celui-ci implique qu'il n'a pas pu l'ignorer"*<sup>185</sup>.

Par ces motifs, la commission d'instruction a suffisamment fait ressortir des éléments selon lesquels aurait existé un accord pour le moins tacite entre l'auteur des abus de biens sociaux et M. A... X..., comme l'entend de manière souple la jurisprudence précitée<sup>186</sup>.

La commission poursuit en ces termes - sans encourir les griefs encourus aux troisième et quatrième branches du cinquième moyen - au regard notamment des charges de complicité par abstention d'abus de biens sociaux, caractérisées en application des principes généraux ci-dessus rappelés : *"Que M. X... n'ait pas été directement à l'initiative de la constitution du "réseau K" et de ses activités, n'exclut aucunement qu'il ait concouru au rapatriement de sommes d'argent ayant bénéficié à un ou des partis politiques français et à plusieurs personnalités y compris à titre personnel. Il a été avisé par M. Z... de l'existence dudit "réseau K". Il a laissé carte blanche à ses proches qui, pour plusieurs d'entre eux, avaient des responsabilités à son cabinet tout en assurant également le bon déroulement de sa campagne pour les élections présidentielles. Il ne peut raisonnablement soutenir n'avoir jamais cherché à savoir comment celle-ci serait financée, se sachant de surcroît en délicatesse avec le RPR, son parti, dont M. U... était également le candidat. Il ne peut qu'avoir sciemment accepté l'existence dudit "réseau K", dont il soutient n'avoir pas cherché à connaître l'utilité, et qui, au regard des conditions de la rémunération de ses membres, était par nature, amené à réintroduire en France, une partie des sommes dont ledit réseau avait bénéficié"*<sup>187</sup>.

La commission d'instruction conclut en conséquence à l'existence de *"charges suffisantes à l'encontre de M. X..., d'avoir commis les faits poursuivis, résultant d'instructions, qui n'avaient*

---

<sup>183</sup> Selon l'arrêt attaqué, les espèces versées au crédit du compte n'ont représenté, au titre des dons, et par suite vérifiables, qu'un montant de 12 850 euros. En revanche, les sommes suivantes ont été déclarées sans que leur origine ne soit clairement établie :

- au titre des collectes d'espèces 2 740 324,00 francs,
- au titre des recettes meetings 407 750,00 francs,
- au titre de versement espèces SNCF/part. Public 1 431 715,00 francs,
- au titre de versement espèces CARRE/ part. Public 163 625,00 francs,
- au titre d'un versement espèces du 26 avril 1995, 10 250 000,00 francs.

<sup>184</sup> Arrêt attaqué, pp. 256-257.

<sup>185</sup> Arrêt attaqué, p. 262, §2.

<sup>186</sup> Crim., 17 févr. 1988, n° 86-96.819: Bull. crim., n° 80.

<sup>187</sup> Arrêt attaqué, p. 264, §1.

*aucunement la nécessité d'être écrites, laissées en la matière, à M. Y..., [lors] de chaque arbitrage rendu au bénéfice des membres du "réseau K" approuvé par Matignon. Elle précise que M. X... n'a jamais soutenu que M. Y... avait eu les mains totalement libres en la matière, y compris en ne le tenant pas informé des décisions prises, le cas échéant, contre l'avis de divers membres de la haute administration". Elle retient également que les charges de complicité par instructions découlent "des actes d'une équipe de campagne dont M. X... avait choisi les membres et nécessairement fixé le mandat"<sup>188</sup>.*

En application de la jurisprudence précitée, la commission d'instruction a pu considérer qu'existaient à l'encontre de M. X... des charges suffisantes dans le cadre de cette complicité par abstention, qui pèse sur toute personne qui, ayant le pouvoir d'empêcher une infraction, ne l'empêche pas <sup>189</sup>, même en l'absence d'accord préalable avec l'auteur des agissements délictueux<sup>190</sup>.

La commission a en outre fait ressortir que M. X... était tenu à une obligation d'agir et que le manquement à cette dernière était susceptible de faciliter, en tant que complice, la commission d'abus de biens sociaux.

Elle a pu enfin retenir à l'encontre de M. X... des charges suffisantes de complicité et de recel d'abus de biens sociaux à partir de la notion de collusion selon la définition doctrinale qui lui est donnée et que nous avons déjà citée.

Un tel accord sur la commission des faits susceptibles de caractériser l'abus de biens sociaux a été retenu de manière souple par la commission d'instruction, en parfaite orthodoxie avec la jurisprudence <sup>191</sup>, selon laquelle cet accord peut n'être que tacite<sup>192</sup>.

En définitive, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain et par des motifs dépourvus d'insuffisance et de contradiction comme d'erreur de droit, que la commission d'instruction a déduit de l'ensemble de ces éléments des charges suffisantes de complicité et de recel d'abus de bien sociaux contre M. X... pour avoir, alors qu'il était Premier ministre, commis les faits rappelés plus haut dans les termes de la prévention<sup>193</sup>.

Les troisième, quatrième et cinquième branches du cinquième moyen seront donc écartées comme non fondées.

### **II.2.3.- Contestation de l'élément moral de la complicité (sixième branche)**

Dans une sixième et dernière branche, le pourvoi rappelle que la complicité par instructions n'est punissable que si les instructions ont été données en vue de commettre l'infraction principale. A cet égard, dans son mémoire déposé devant la commission d'instruction M. X... soutenait que le sous-

---

<sup>188</sup> Arrêt attaqué, p. 264, §3.

<sup>189</sup> v. Jurisprudence précitée: Crim. 28 mai 1980: D. 1981. I.R. 137, obs. G. Roujou de Boubée; RSC 1981, p. 401, obs. P. Bouzat.- Crim. 15 janv. 1979: Bull. crim. n° 21.- Crim. 9 nov. 1992: Dr. pénal 1993, comm. 138, obs. J.-H. Robert.- Crim., 22 sept. 2010, n° 09-87.363 : Dr. pénal 2010, comm. 139, note J.-H. Robert; Dr. sociétés 2010, comm. 237.- Crim., 22 sept. 2010, n° 09-87.363 : Dr. pénal 2010, comm. 139, note J.-H. Robert; Dr. sociétés 2010, comm. 237.

<sup>190</sup> jurisprudence constante précitée depuis Crim. 10 avr. 1975: Bull. crim. n° 89; RSC 1977. 81, obs. Larguier.

<sup>191</sup> E. Dreyer, préc.

<sup>192</sup> Crim., 17 févr. 1988, n° 86-96.819: Bull. crim., n° 80.

<sup>193</sup> Arrêt attaqué, pp. 265-266.

financement de contrats d'armement et le versement de commissions élevées à des intermédiaires dans le cadre de leur exécution correspondait à une pratique qui n'était ni illégale ni anormale. En ordonnant le renvoi de M. X... du chef de complicité de ces délits, sans expliquer comment, dans ces conditions, il aurait pu avoir connaissance de ce que les arbitrages litigieux conduiraient au versement de rétro-commissions constitutives d'abus de biens sociaux au préjudice des sociétés DCN-I et Sofresa, la commission d'instruction aurait violé l'article 121-7 du code pénal.

La réponse à ce dernier grief suppose que soient examinés les contours de l'élément moral de la complicité.

### II.2.3.1.- Contours de l'élément moral de la complicité

L'élément moral de la complicité est d'autant plus essentiel, dans l'affaire devant être jugée ce jour par l'Assemblée plénière, que, dès lors que la complicité par abstention devient punissable, les agissements matériels constitutifs de la complicité s'estompent et l'intention délictueuse du collaborateur passif devient prédominante; elle doit être établie à partir d'éléments extérieurs éclairants la psychologie du complice par abstention<sup>194</sup>. Il convient d'examiner successivement l'élément moral de la complicité en droit commun, puis en droit pénal des affaires.

#### II.2.3.1.1.- L'élément moral de la complicité en droit commun

Il est certain que le complice doit avoir participé sciemment à l'infraction principale. Cette exigence résulte des termes de l'article 121-7 du code pénal, lequel requiert, à l'instar du fait principal punissable, un élément moral de la complicité. En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte, en disposant qu'*"est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation"*, implique une action voulue du complice<sup>195</sup>. Le texte exige ainsi une connaissance du fait principal punissable, c'est à dire des éléments matériels et psychologiques qui constituent l'infraction, non une conscience infractionnelle, c'est à dire la conscience du caractère délictueux du fait<sup>196</sup>. Telle est la solution clairement retenue par la jurisprudence qui entend que la complicité, pour être punissable, ait été prouvée *"en connaissance de cause à l'infraction principale"*<sup>197</sup>.

Par conséquent, le complice, pour être punissable, doit avoir participé en connaissance de cause à l'infraction principale, avoir su qu'il s'associait aux faits constitutifs de celle-ci<sup>198</sup>. On ne saurait donc reprocher pénalement à une personne son imprudence ou sa négligence sous prétexte qu'autrui a su en profiter pour commettre une infraction<sup>199</sup>. De même, ne peut être considérée comme complice la personne qui a commis des actes matériels de complicité, mais dans l'ignorance du fait principal punissable<sup>200</sup>.

<sup>194</sup> A. Vitu, La complicité par abstention, préc.

<sup>195</sup> J. Pradel, Droit pénal général, Ed. Cujas, coll. Référence, 22<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 496.- Crim., 1<sup>er</sup> oct. 1984: Gaz. Pal. Rec. 1985, 1, somm., p. 96.- Crim., 6 déc. 1989: Dr. pén. 1990, r. comm. 117.

<sup>196</sup> F. Rousseau, L'imputation dans la responsabilité pénale, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, n° 17 et n° 226.

<sup>197</sup> Crim., 9 oct. 1941, DA 1941, jurisp. p. 374.- Crim., 6 déc. 1989: Dr. pén. 1990, comm. 117.- Crim., 28 juin 1995: Bull. crim., n° 241.

<sup>198</sup> B. Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 26<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 365.

<sup>199</sup> C. Girault, Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice: D. 2008, p. 1718.

<sup>200</sup> E. Dreyer, Droit pénal général, préc.

En application du droit commun, la preuve de l'intention du complice incombe bien évidemment à la partie poursuivante et le juge doit constater qu'elle existe<sup>201</sup>.

Ainsi, comme le souligne le mémoire ampliatif de M. X..., encourent la cassation les décisions de condamnation qui ne précisent pas si le prévenu a agi avec connaissance<sup>202</sup> ou s'il savait qu'il aidait une infraction<sup>203</sup>. Mais, à l'aune d'une jurisprudence plus récente, cette preuve sera bien souvent aisée à établir en pratique.

En premier lieu, l'action consciente du complice peut résulter de sa qualité de professionnel<sup>204</sup> ou encore, de son comportement ultérieur, même si, bien évidemment, en application de l'article 121-7 du code pénal, la complicité ne peut se déduire d'actes postérieurs au fait principal punissable<sup>205</sup>.

En second lieu, lorsque l'infraction commise n'est pas celle à laquelle le complice entendait s'associer, la responsabilité pénale du complice est engagée si l'infraction apparaissait pour le moins prévisible au complice qui en a accepté l'éventualité. Tel est le cas, en droit commun, d'une personne qui commandite un passage à tabac, laquelle ne peut valablement soutenir que le dommage a dépassé ses prévisions<sup>206</sup>. Le complice assume alors les aléas de son acte. Cette solution met en oeuvre la notion, bien connue en droit pénal général, de dol indéterminé: le complice répond de toutes les conséquences dommageables de son acte qu'il pouvait et devait imaginer<sup>207</sup>. La Cour de cassation énonce en effet par une formule générale que *"le complice encourt la responsabilité de toutes les circonstances qui qualifient l'acte poursuivi, sans qu'il soit nécessaire que celles-ci aient été connues de lui"*<sup>208</sup>.

Une telle jurisprudence présente un caractère dissuasif certain. Elle impose à celui qui accepte de participer à une action illégale d'en mesurer les suites: il peut être amené à répondre des faits sous toute qualification objectivement prévisible dans ce cadre<sup>209</sup>.

En troisième lieu, il a été jugé que la transmission d'instructions est punissable lorsqu'un individu paraît être le cerveau, l'animateur d'une affaire, sans qu'aucun acte matériel ait pu être clairement établi contre lui. Le juge répressif suppose qu'il a encouragé le fait principal punissable parce qu'il y a intérêt<sup>210</sup>. En pareil cas, l'intention coupable du complice résulte d'une entente préalable avec

<sup>201</sup> Solution constante depuis Crim., 11 nov. 1921: D. 1922, I, 64.

<sup>202</sup> Crim. 9 oct. 1941: DA 1941. 374.- Crim. 29 nov. 1945: JCP 1946. IV. 14.- Crim. 21 juill. 1955: JCP 1955, IV, 129.- Crim. 19 mars 1986: Bull. crim., n° 112.- Crim., 28 juin 1995: Bull. crim., n° 241.

<sup>203</sup> Crim. 1<sup>er</sup> déc. 1944, D. 1945. 162.

<sup>204</sup> Crim., 27 oct. 1992, n° 91-85.235 et n° 91-85.215: Bull. crim., n° 343: Ainsi, le directeur d'un journal, qui autorise la publication d'un article de presse, dont il a nécessairement connaissance dans l'exercice de sa fonction de surveillance et de contrôle, participe sciemment, en qualité de complice, au délit prévu et réprimé par l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931, commis par l'auteur de l'article de presse.

<sup>205</sup> Crim., 4 nov. 1991: Bull. crim., n° 391.

<sup>206</sup> Crim., 13 mai 2014: Gaz. Pal. 27-29 juill. 2014, p. 25, obs. S. Detraz.- Crim., 21 mai 1996: Bull. crim., n° 206; Dr. pén. 1996, comm. 213, obs. M. Véron.

<sup>207</sup> E. Dreyer, Droit pénal général, préc., n° 1095.

<sup>208</sup> Crim., 21 mai 1996: Bull. crim., n° 206; Dr. pén. 1996, comm. 213, obs. M. Véron.

<sup>209</sup> Sur la notion de consentement participatif, v. X. Pin, Le consentement en matière pénale, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles 2002, t. 36, n° 327.

<sup>210</sup> Crim., 18 avr. 1991: Dr. pén. 1991, comm. 120, obs. M. Véron.

l'agent, d'une action "*ensemble et de concert*" en vue d'obtenir le résultat délictueux, selon la formule régulièrement employée par la Cour de cassation. Comme le souligne très pertinemment un auteur, "*le juge en déduit que des instructions ont été données pour l'accomplissement de l'acte, sans que soit rapportée la preuve de l'un des adminicules de la complicité*"<sup>211</sup>.

Enfin, et selon une approche voisine de la précédente, le juge pénal déclare complice par instructions la personne qui, dans une organisation collective, formalise sans adresser directement d'ordres à autrui, la politique commune à suivre. Les indications qu'une instruction, écrite ou verbale, contient peuvent être à l'origine d'infractions commises par autrui. En l'absence de toute autre sollicitation, l'exécution spontanée de ces documents doit faire tomber sous le coup de la loi pénale ceux qui les ont rédigés, sous couvert de complicité par instructions. Une telle interprétation présente, selon une doctrine autorisée, l'avantage de faire coïncider le sens juridique du terme "*instructions*", visé par l'article 121-7 du code pénal, avec son sens courant<sup>212</sup>.

### II.2.3.1.2.- L'élément moral de la complicité en droit pénal des affaires

La complicité d'infractions relevant du droit pénal des affaires comprend un élément moral plus réduit encore qu'en droit commun. Cela se traduit de deux façons<sup>213</sup>.

Tout d'abord, l'élément moral peut résulter des défaillances matérielles constatées par l'enquête. Il se retrouve essentiellement dans les infractions commises lors de la constitution et lors du fonctionnement de la société, telles que les délits d'établissement et de publication de la valeur d'actions non négociables<sup>214</sup>, de répartition de dividendes fictifs<sup>215</sup> et surtout - comme dans l'espèce soumise aujourd'hui à l'Assemblée plénière - d'abus de biens sociaux<sup>216</sup>. S'agissant de ce dernier délit, la mauvaise foi de l'auteur principal ou du complice découle, bien souvent, de la matérialité des faits constatés, lorsqu'en raison d'un *modus operandi* particulièrement sophistiqué, cet auteur ou ce complice aura cherché à dissimuler les faits délictueux<sup>217</sup>. Ainsi, dans le cadre d'un prêt d'une société en faveur de sociétés dans lesquelles les dirigeants sociaux étaient intéressés, la mauvaise foi résulte de la confusion des pouvoirs, de l'interposition de personnes morales et de la passation d'écritures destinées à dissimuler la destination des fonds<sup>218</sup>. De même, le dol se déduit bien souvent de diverses circonstances, telles que la clandestinité des actes d'abus de biens sociaux ou de complicité de ce délit<sup>219</sup>.

Ensuite, l'élément moral peut se déduire de la qualité de professionnel de l'agent. Ce "*dol de fonction*" se retrouve notamment dans un grand nombre d'infractions commises par des professionnels de la vie des affaires, privés comme publics (abus de biens sociaux, infractions diverses au droit pénal

<sup>211</sup> E. Dreyer, Droit pénal général, préc., n° 1100.

<sup>212</sup> E. Dreyer, Droit pénal général, préc., n° 1101.- Pour une application: Crim., 22 janv. 2003, n° 02-83.288: Dr. pén. 2003, comm. 69, obs. M. Véron.

<sup>213</sup> Droit pénal des affaires, LexisNexis, 5<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 659.

<sup>214</sup> C. com., art. L. 242-4.

<sup>215</sup> C. com., art. L. 241-3, 2°, et L. 242-6, 1°.

<sup>216</sup> C. com., art. L. 241-3, 4° et art. L. 242-6, 3°.

<sup>217</sup> Crim., 31 mai 2017, n° 16-81.847: Dr. sociétés 2017, comm. 133.

<sup>218</sup> Crim., 26 sept. 2001: Bull. Joly sociétés 2001, p. 74.

<sup>219</sup> Crim., 11 janv. 1996: Bull. crim., n° 21; Rev. Sociétés 1996, p. 586, note B. Bouloc.- Crim., 20 juin 1996: Bull. crim., n° 271; D. 1996, p. 589, note B. Bouloc.

de la probité publique: corruption, favoritisme, prise illégale d'intérêts...) ou par les commissaires aux comptes (exercice des fonctions malgré incompatibilité, confirmation d'informations mensongères). Ainsi, par exemple, la mauvaise foi est établie malgré le fait que la rigueur des comptes échappait au dirigeant social et que ceux-ci n'avaient pas été clairement établis lors de la création de la société<sup>220</sup>.

### II.2.3.2. Appréciation de la critique articulée à la sixième branche

Dans l'affaire soumise à l'Assemblée plénière, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, dans le sillage des principes prétoriens ci-dessus rappelés, a caractérisé des charges suffisantes relatives à l'élément moral de la complicité d'abus de biens sociaux reprochée à M. X...

Tout d'abord, le fait que M. X... ait toujours prétendu n'avoir qu'une connaissance approximative du fonctionnement des rétro-commissions n'est pas de nature à écarter en soi l'élément moral de la complicité d'abus de biens sociaux.

En effet, une telle position se heurte à la jurisprudence déjà citée de la chambre criminelle, selon laquelle *"le complice encourt la responsabilité de toutes les circonstances qui qualifient l'acte poursuivi, sans qu'il soit nécessaire que celles-ci aient été connues de lui"*<sup>221</sup>. Au cas présent, s'agissant du contexte général des rétro-commissions, liées aux contrats d'armement avec l'Arabie Saoudite et le Pakistan, la commission d'instruction a relevé que M. X... en avait globalement connaissance lors des faits reprochés. Il admettait en effet : *"je ne vivais pas dans une bulle. Je savais qu'il y avait à l'occasion de la signature des contrats, des commissions, des rétro-commissions. On m'en avait parlé lorsque j'étais à l'Elysée puis lorsque j'étais premier ministre"*<sup>222</sup>.

Au demeurant, on se souvient que le juge pénal déclare complice par instructions la personne qui, dans une organisation collective, formalise sans adresser directement d'ordres à autrui, la politique commune à suivre. Les indications qu'une instruction, écrite ou verbale, contient peuvent être à l'origine d'infractions commises par autrui. En l'absence de toute autre sollicitation, l'exécution spontanée de ces documents est susceptible de faire tomber sous le coup de la loi pénale ceux qui les ont rédigés, sous couvert de complicité par instructions. Tel est précisément ce qu'a caractérisé la commission d'instruction lorsqu'elle a examiné les conditions dans lesquels s'étaient déroulés les arbitrages de Matignon à l'occasion des contrats *"Mouette"* et *"Sawari II"*.

Par ailleurs, en considérant le *modus operandi*, particulièrement sophistiqué et occulte, qui aurait été suivi pour la mise en place d'un système de rétro-commissions pouvant avoir été destiné au financement de la campagne électorale de M. X..., la commission d'instruction pouvait estimer, conformément à une jurisprudence bien établie de la chambre criminelle<sup>223</sup>, l'existence de charges suffisantes relatives à l'élément moral de la complicité d'abus de biens sociaux. A cet égard, la commission d'instruction a relevé que la somme de 10 050 000 francs, résultant des rétro-commissions ayant transité par des paradis *off shore*, a été retirée des comptes suisses de M. P... et du compte de M. Q..., les 6 et 7 avril 1995, avant d'être créditée sur le compte de l'association AFICEB, le 26 avril 1995<sup>224</sup>.

En l'état de ces motifs, fondés sur son appréciation souveraine des faits et éléments de preuve

---

<sup>220</sup> Crim., 27 mai 1972: RJDA 1992, n° 1026 ; Bull. Joly Sociétés 1992, p. 1214.

<sup>221</sup> Crim., 21 mai 1996: Bull. crim., n° 206; Dr. pén. 1996, comm. 213, obs. M. Véron.

<sup>222</sup> Arrêt attaqué, p. 34, dernier §.

<sup>223</sup> Crim., 27 mai 1972: RJDA 1992, n° 1026 ; Bull. Joly Sociétés 1992, p. 1214.

<sup>224</sup> Arrêt attaqué, pp. 175 et 185 et s.

contradictoirement débattus, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a, sans insuffisance ni contradiction, caractérisé des charges suffisantes relatives à l'élément moral de la complicité d'abus de biens sociaux reprochée à M. X....

Par conséquent, le cinquième moyen, pris en sa dernière branche sera également écarté et le pourvoi formé contre l'arrêt du 30 septembre 2019 rejeté.