



COUR DE CASSATION

Assemblée plénière du 28 février 2020

Arrêt n°652 du 13 mars 2020

RAPPORT

N° G1986609
N° E1880162
N° H1880164
N° G1880165

Rapporteur : M. Christian
Guéry, avec le concours de
Mme Marine Cottereau
(SDER)

M. A... X...
C/

Sur les pourvois formés par M. A... X...

- contre l'arrêt n° 1 de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 21 décembre 2017, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux, a prononcé sur sa demande d'annulation de pièces de la procédure ;

- contre l'arrêt n° 2 de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 21 décembre 2017, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux, a déclaré irrecevable la requête en modification de la composition de ladite commission et a rejeté la demande en annulation de sa mise en examen ;

- contre l'arrêt n° 3 de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 21 décembre 2017, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux, a rejeté sa requête aux fins de constatation de la prescription de l'action publique ;

- contre l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 30 septembre 2019, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux, l'a renvoyé devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République.

PLAN

I) LES FAITS

A) Les contrats.	p. 6
1)- <i>Les quatre contrats conclus entre la France et l'Arabie Saoudite.</i>	p. 6
2)- <i>Le contrat conclu entre la France et le Pakistan</i>	p. 7
B) Le réseau "K".	p. 7
C) L'attentat de Karachi (8 mai 2002).	p. 9

II) LES DIFFÉRENTES PROCÉDURES p. 9

A) Les procédures ayant permis la saisine de la Cour de justice de la République.	p. 9
1°) <i>Affaire "G..."</i> .	p. 10
2°) <i>L'enquête sur la mission "Nautilus"</i>	p. 10
3°) <i>L'information judiciaire concernant le contrat "Augusta".</i>	p. 12
4°) <i>L'information judiciaire concernant les contrats "Augusta" et "Sawari II".</i>	p. 12
5°) <i>Jonction des procédures. Evolution de l'information.</i>	p. 13
B) La procédure devant la Cour de justice de la République.	p. 15
1) <i>La saisine de la commission des requêtes.</i>	p. 16
2) <i>La décision de la commission des requêtes.</i>	p. 16
3) <i>La saisine de la commission d'instruction.</i>	p. 17

III) L'INSTRUCTION PAR LA COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE. p. 18

A) Le circuit de versement des commissions.	p. 18
B) Le financement de la campagne présidentielle de M. X... par des espèces.	p. 22
C) Les différents recours formés par M. X....	p. 32

D) La clôture de l'information.	p. 33
<i>Encadré des dates importantes du dossier</i>	p. 35

IV) SUR LA RECEVABILITÉ DES POURVOIS.	p. 35
--	--------------

A) Règles générales.	p. 36
B) L'article 574 du code de procédure pénale est-il applicable pour les pourvois contre un arrêt de la Cour de justice de la République ?	p. 37
1°) <i>L'application traditionnelle de l'article 574 du code de procédure pénale.</i>	p. 37
2°) <i>L'applicabilité de l'article 574 au pourvoi formé contre un arrêt rendu par la Cour de justice de la République.</i>	p. 40
C) La recevabilité des pourvois contre les arrêts rendus le 21 décembre 2017.	p. 45

V) SUR LE POURVOI FORMÉ CONTRE L'ARRÊT DU 21 décembre 2017 (arrêt n°1) : COMPÉTENCE DE LA CJR ET DESSAISSEMENT DU JUGE DE DROIT COMMUN	p. 49
---	--------------

A) Argumentation du moyen	p. 52
B) La motivation de l'arrêt du 21 décembre 2017 (n°1)	p. 54
<i>Encadré résumé de la motivation de la commission d'instruction</i>	p. 62
C) Eléments de réflexion	p. 62
1°) <i>La comparaison avec la procédure anciennement prévue par les articles 679 à 687 du code de procédure pénale.</i>	p. 63
2°) <i>L'incidence de la rédaction d'un réquisitoire contre personne dénommée.</i>	p. 64
3°) <i>La décision rendue par la chambre criminelle le 26 juin 1995.</i>	p. 66
4°) <i>Des investigations avant de se déclarer incompétent ?</i>	p. 67
5°) <i>Les limites à la compétence de la Cour.</i>	p. 69

VI) SUR LE POURVOI FORMÉ CONTRE L'ARRÊT DU 21 décembre 2017 (arrêt n°2) : LA QUESTION DE L'IMPARTIALITÉ DE LA COMMISSION D'INSTRUCTION DE LA CJR	p. 71
---	--------------

A) Argumentation du pourvoi	p. 74
B) Réponse de la commission d'instruction.	p. 75
C) Eléments d'analyse.	p. 77
1°) <i>La récusation devant la Cour de justice de la République.</i>	p. 77
a) <i>impartialité et procédure de récusation</i>	p. 77
b) <i>récusation et Cour de justice de la République</i>	p. 79
2°) <i>La suspicion légitime devant la Cour de justice de la République.</i>	p. 81

3°) <i>L'impartialité de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République</i>	p. 82
a) <i>l'impartialité dans la jurisprudence de la chambre criminelle</i>	p. 82
b) <i>impartialité et Cour de justice de la République dans la jurisprudence de la chambre criminelle</i>	p. 82
4°) <i>Aspect conventionnel.</i>	p. 84
5°) <i>Cas d'espèce proposé à l'assemblée plénière</i>	p. 86

VII) SUR LE POURVOI FORMÉ CONTRE L'ARRÊT DU 21 décembre 2017 (arrêt n°3) : LA QUESTION DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE ET SUR LE POURVOI FORMÉ CONTRE L'ARRÊT DU 30 SEPTEMBRE 2019 EN CE QU'IL PRONONCE SUR LA QUESTION DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE. p 88

A) La première décision sur la prescription de l'action publique.	p. 92
1°) <i>La lettre du 18 septembre 2014.</i>	p. 92
2°) <i>L'arrêt de la commission d'instruction (28 sept. 2016)</i>	p. 93
3°) <i>L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation (13 oct. 2017)</i>	p. 95
B) La décision de la commission d'instruction, en date du 21 décembre 2017.	p. 96
1°) <i>La requête du 28 novembre 2017.</i>	p. 96
2°) <i>L'arrêt rendu par la commission d'instruction le 21 décembre 2017.</i>	p. 96
C) La motivation retenue par la commission d'instruction dans l'arrêt de renvoi du 19 septembre 2019.	p. 105
<i>Encadré : résumé des éléments retenus sur l'autorité de la chose jugée.</i>	p. 110
<i>Encadré : résumé des éléments retenus sur la prescription de l'action publique.</i>	p. 111 et 112
D) Analyse des moyens.	p. 112
E) Éléments de réflexion.	p. 114
1°) <i>Prescription de l'action publique et autorité de la chose jugée.</i>	p. 114
2°) <i>Sur les comptes de campagne.</i>	p. 119
3 °) <i>La nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.</i>	p. 122
4°) <i>Les décisions du Conseil constitutionnel.</i>	p. 123
5°) <i>L'autorité de la chose jugée en droit pénal.</i>	p. 126
6°) <i>La validation des comptes de campagne et l'autorité de la chose jugée.</i>	p. 127
7°) <i>Prescription de l'action publique et infractions clandestines.</i>	p. 134
a) <i>quelques éléments sur la prescription de l'action publique après la loi du 27 février 2017.</i>	p. 134
b) <i>les infractions occultes ou clandestines par nature.</i>	p. 136
c) <i>jurisprudence sur les infractions clandestines.</i>	p. 138
d) <i>l'infraction d'abus de biens sociaux.</i>	p. 139
e) <i>Constitutionnalité du report du point de départ en cas d'infraction occulte ou dissimulée.</i>	p. 143
8°) <i>L'action publique aurait-elle pu être mise en oeuvre par le procureur de la République</i>	

avant le 21 septembre 2006 ?

p. 145

9°) Les effets de la connexité sur la prescription de l'action publique.

p. 154

VIII) SUR LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRÊT DU 19 SEPTEMBRE 2019.	<i>p. 157</i>
--	---------------

A) L'étendue du contrôle de l'assemblée plénière sur les charges retenues par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. *p. 159*

1°) Le contrôle de la Cour de cassation en matière pénale. *p. 159*

2°) Le contrôle des arrêts de renvoi de la Cour de justice de la République. *p. 160*

B) Les griefs formés par le pourvoi *p. 167*

C) Les charges retenues par la commission d'instruction. *p. 169*

Encadré : résumé des charges retenues par la CJR. *p. 174*

D) Abus de biens sociaux *p. 174*

E) La complicité *p. 177*

1°) Conditions générales de l'acte de complicité. *p. 178*

2°) La complicité par instructions. *p. 178*

3°) L'intention du complice. *p. 181*

4°) La complicité par abstention *p. 181*

a) l'abstention en droit pénal général *p. 181*

b) l'abstention en droit pénal des affaires *p. 185*

5°) La motivation de la commission d'instruction. *p. 197*

a) arbitrage dit du 1^{er} décembre 1994. *p. 198*

b) arbitrage d'octobre 1994, dossier "Sawari II" *p. 199*

F) Le recel *p. 203*

I) LES FAITS

Les faits objet de la présente procédure s'inscrivent dans le cadre de l'exécution de contrats de coopération et d'assistance militaire passés avec deux Etats, l'Arabie Saoudite, d'une part, le Pakistan, d'autre part.

Nous examinerons successivement les contrats à l'origine des versements (A), l'introduction dans ces affaires du réseau "K" (B) et l'attentat de Karachi (C).

A) Les contrats.

1)- Les quatre contrats conclus entre la France et l'Arabie Saoudite.

Le premier contrat concerné est dénommé "Mouette" ou "Roh". Il a été conclu en janvier 1994, pour un montant de 3,3 milliards de francs. Il portait sur le carénage et l'entretien de bâtiments militaires, livrés dans le cadre d'un précédent contrat, dénommé "Sawari I", conclu en 1980.

Les deuxième et troisième contrats sont dénommés "Shola" et "SLBS". Conclues également en 1994, ils portaient sur la fourniture de missiles et de pièces de rechange devant assurer la logistique de la défense aérienne, pour des montants respectifs de 490 et de 400 millions de dollars.

Ces contrats ont eux-mêmes été complétés par un autre contrat, le quatrième, dénommé "Sawari II", portant sur la livraison de deux frégates et d'un pétrolier ravitailleur, pour un montant de 18,8 milliards de francs. Il a fait l'objet d'un avenant du 25 mai 1997, portant sur une troisième frégate, augmentant le marché de 7,7 milliards de francs.

La conclusion de ces accords, passés entre les deux Etats concernés, a été précédée de contrats de consultance liant la Direction des Constructions Navales Internationales (DCN-I), société créée en 1991 sous la forme d'une société anonyme à capitaux d'Etat et devenue DCNS le 1er juin 2003, à des intermédiaires chargés de convaincre les autorités étrangères de traiter avec la France. DCN-I a été constituée par l'Etat en vue de la commercialisation à l'étranger de bâtiments de guerre construits par la Direction des Constructions Navales. Il s'agit d'une société anonyme de droit privé dont l'Etat est l'unique actionnaire.

Dans cette perspective, une autre société, la société française d'exportation de systèmes avancés (SOFRESA), liée à la DCN-I, a été chargée de recruter les intermédiaires concernés, en leur versant une commission calculée sur le montant des contrats. Cette société, créée en 1974, regroupait l'Etat et plusieurs industriels de l'armement pour assurer la promotion et la commercialisation de matériel militaire pour la zone géographique du Moyen-Orient. La SOFRESA est une société anonyme qui agit pour le compte de l'Etat titulaire du contrat. Par la suite, l'Etat rétrocède, par le biais de conventions, la responsabilité et l'exécution des contrats aux industriels concernés. En principe, les commissions versées par les entreprises d'armement françaises en Arabie Saoudite transitent par la SOFRESA, qui exerce un monopole. Il a pu cependant arriver qu'une partie des commissions soit directement versée par ces entreprises. Il appartenait à la SOFRESA, grâce aux fonds prélevés sur les paiements du client, de rémunérer les intermédiaires avec lesquels elle avait conclu des contrats de consulting lors des négociations. Les commissions versées à ce titre constituaient des frais commerciaux exceptionnels (FCE).

Le principe du versement de commissions avait été arrêté, du temps de M. Sompairac, président de la SOFRESA, au profit des sociétés Pilny et Chesterfield pour les quatre contrats saoudiens conclus en 1994 et visés par l'information ("Mouette", "Shola", "SLBS" et "Sawari II").

Les ayants-droit desdites sociétés apparaissent être :

- le prince Sultan pour le compte de la société Pilny ouvert à la banque Darier Hentsh et Cie (Genève),
- le prince AV., numéro deux de la Marine saoudienne et neveu du Prince Sultan, pour le compte de la société Chesterfield ouvert à la banque Lloyd's (Genève)¹.

2) Le contrat conclu entre la France et le Pakistan.

Le 21 septembre 1994 a été conclu entre la France et le Pakistan un contrat dénommé "Agosta", portant sur la vente de trois sous-marins pour un montant de 5,145 milliards de francs (826 millions d'euros), une partie de ce matériel militaire devant être assemblée à Karachi, au Pakistan.

C'est la Société française de matériels d'armement (SOFMA), équivalent de la SOFRESA pour les pays de la zone Asie, qui est intervenue préalablement pour recruter et rémunérer les intermédiaires chargés de convaincre les autorités pakistanaises de contracter avec la France.

Ce premier réseau d'intermédiaires était constitué notamment d'un proche de la famille Bhutto, Mme Benazir Bhutto étant elle-même premier ministre du Pakistan.

B) Le réseau "K".

Parallèlement aux réseaux d'intermédiaires mis en place dans les conditions précédemment rappelées, est venu se greffer un autre réseau, souvent dénommé réseau "K", regroupant, notamment, trois personnes : M. AB..., M. J... et M. H....

Ainsi, concernant l'Arabie Saoudite, c'est le 25 octobre 1993 que la SOFRESA, dont le nouveau président, M. I..., venait de prendre ses fonctions, a conclu des accords avec les sociétés du réseau "K", portant sur tous les programmes de défense à venir avec l'Arabie Saoudite, et donc sur les quatre contrats précédemment cités, en sus des contrats Pilny et Chesterfield déjà mentionnés.

De même, concernant le Pakistan, l'intervention du nouveau réseau, fin mai ou début juin 1994, aurait été initiée par M. Q..., alors chargé de mission auprès du ministre de la défense, M. François Léotard. Le réseau "K" devait être également rémunéré aux termes d'un autre contrat conclu le 14 juin 1996, Cougar (ventes d'hélicoptères), mais le gel des commissions après l'arrivée du Président Chirac à l'Elysée, l'a aussitôt dépourvu de tout effet².

Selon l'arrêt de la commission d'instruction, dans les contrats de commissions au profit de MM. AB..., J... et H... pour l'Arabie Saoudite, les sommes en jeu, sur la base du cours moyen du franc

¹ CJR, D883.

² CJR, D1067, CJR, D949 et CJR, D918, p.3.

et du dollar en 1995 (soit 1 dollar US pour 5,29 francs) sont donc susceptibles d'être arrêtées aux montants suivants :

- 229 millions de francs pour le contrat "Agosta" (dont 10 millions de dollars pour M. AH...),
- 210 millions de francs pour le contrat "Mouette",
- 57,9 millions de dollars pour le contrat "Shola/SLBS",
- 1,4 milliard de francs pour le contrat "Sawari II".

Sur le marché pakistanais, les commissions SOFMA, du moins pour celles qui ont pu être identifiées, étaient destinées à rémunérer des décideurs politiques et militaires pakistanais, M. N... ayant joué le rôle d'intermédiaire entre eux et DCN-I.

Les investigations ultérieurement menées devaient faire ressortir le caractère pouvant apparaître comme anormal de l'intervention de ce réseau. Outre le fait que celle-ci entraînait un surcoût très important des commissions fixées, et des paiements anticipés, il devait apparaître que la participation de ces nouveaux intermédiaires pouvait avoir été inutile et n'avoir eu pour finalité que la mise en place de rétro-commissions.

Il ressort des éléments de procédure qu'alors que pour les contrats saoudiens, le réseau "K" a été imposé par le pouvoir politique en France, en la personne de M. I..., alors même que les décideurs saoudiens étaient déjà pris en charge par la SOFRESA, le schéma est rigoureusement analogue pour le contrat Agosta avec le Pakistan, où le même réseau (à l'exception de M. H...) a été imposé par M. Q..., alors que la SOFMA prenait déjà en charge le pouvoir politique pakistanais.

C'est dans cette situation, suite à l'élection de M. Chirac à la présidence de la République, en mai 1995, que la décision aurait été prise de cesser les versements de commissions au profit de ce nouveau réseau.

Cette décision aurait été effective en juillet 1996.

C) L'attentat de Karachi (8 mai 2002).

Le 8 mai 2002, à Karachi, une voiture piégée lancée sur un autobus transportant notamment des salariés de la DCN-I, travaillant à la construction d'un sous-marin, explosait et entraînait la mort de quatorze personnes, dont onze salariés de la DCN-I, et plusieurs blessés.

Une information concernant ces faits était ouverte le 27 mai 2002 au tribunal de grande instance de Paris et confiée à des magistrats du pôle anti-terroriste. C'est dans le cadre de cette information que devait être mise en évidence l'existence possible d'infractions à caractère financier.

Deux éléments doivent, à cet instant, être précisés :

- tout d'abord, lors d'une perquisition effectuée le 20 juillet 1995, dans une procédure distincte, au siège du Parti républicain, a été découverte une somme de 2,4 millions de francs en espèces. Le trésorier de ce parti, M. S..., a indiqué que cette somme provenait des fonds secrets et était destinée à alimenter les élections. Cette référence à des fonds secrets a été reprise ultérieurement par plusieurs protagonistes.
- par une décision du 11 octobre 1995, publiée le 12 octobre 1995, les comptes de la campagne

électorale de M. X... ont été validés par le Conseil constitutionnel³.

II LES DIFFÉRENTES PROCÉDURES

Un certain nombre de procédures dont la connaissance est indispensable à l'analyse globale du dossier ont été initiées (A). Elles ont permis la saisine de la Cour de justice de la République (B).

A) Les procédures ayant permis la saisine de la Cour de justice de la République.

Outre l'information précitée, visant l'attentat de Karachi, plusieurs procédures judiciaires ont été initiées dans les conditions suivantes.

1°) Affaire "G..."

Un article a été publié le 22 mai 2001 sur le site du quotidien "le Parisien" faisant état de l'audition de M. G..., ayant déclaré avoir perçu une somme de 5,5 millions de francs en contrepartie de prestations de sécurité exécutées par la société EPR sécurité, chargée d'assurer la sécurité de réunions organisées lors de la campagne électorale de M. X... Cette audition a donné lieu à l'ouverture d'une enquête au parquet de Paris⁴.

Le dossier a fait l'objet d'un classement sans suite le 12 juillet 2002.

2°) L'enquête sur la mission "Nautilus"

Au début de l'année 2006, le procureur de la République de Paris a initié une enquête préliminaire⁵, ayant permis de recueillir les éléments suivants.

Le 21 septembre 2006, dans les locaux de la division nationale de vérification des situations fiscales, service ayant engagé une procédure de redressement concernant les commissions versées dans le cadre du marché "Mouette", estimées excessives au regard du montant de la vente, ont été saisies deux notes, faisant partie d'un dossier dit "Nautilus", datées respectivement des 11 septembre et 7 novembre 2002.

Il est ainsi apparu que la DCN-I avait initié une mission, dite "Nautilus", aux fins de : "Vérifier l'état de l'enquête en cours au Pakistan ; s'assurer que DCN-I ne peut être poursuivie pour insuffisance de sécurité; rechercher sur qui rejaillit la responsabilité de l'attentat ; tenter d'identifier toute menace contre le contrat ou DCN-I."

Cette mission a été confiée à M. M..., ancien agent de la direction de la sécurité du territoire. Or les deux notes précitées devaient révéler plusieurs indications.

³ Cons. Const.11 octobre 1995, n° 95-91 PDR.

⁴ N° P 9805400603.

⁵ N°P 06027.9201/2

Pour la première note, l'attentat de Karachi avait été réalisé grâce à des complicités de l'armée pakistanaise et des bureaux de soutien à des guérillas islamistes ; le but était financier et visait d'une part, à obtenir le versement de commissions promises par le réseau de M. J..., mais dont l'annulation avait été décidée à la suite de l'alternance politique en France, et, d'autre part, avait pour objet d'assécher les réseaux de financement occultes de l'association pour la réforme d'A... X..., ayant pris la suite de l'association pour le financement de la campagne d'A... X... (AFICEB).

Pour la seconde note, la découverte des intermédiaires, autrefois employés par le chef d'état-major de la marine, révélait l'existence d'un double circuit de financement, en faveur des islamistes, d'une part, et en faveur d'intermédiaires français, d'autre part ; une personne, M. N... était responsable des rémunérations occultes des décideurs politiques.

L'auteur de ces notes estimait que l'arrêt des versements aux mouvements islamistes en 1996, aggravé ultérieurement par la décision du Président Pervez Musharaf en 2002 de stopper le financement des guérillas islamistes au Pakistan, avait rompu un équilibre, poussant plusieurs chefs militaires à choisir un mode d'action fondé sur la violence politique. L'attentat de Karachi aurait eu pour finalité d'obtenir le paiement des commissions non honorées.

Il convient d'insister ici sur ces deux notes, très importantes au regard de la question de la prescription de l'action publique.

Cette enquête préliminaire a été suivie, le 25 février 2008, de l'ouverture d'une information judiciaire aux cabinets de juges parisiens des chefs, notamment, d'abus de biens sociaux au préjudice de la DCN-I, de trafic d'influence et de corruption portant, entre autres, sur les missions de renseignement effectuées pour le compte de cette société et rétribuées de manière suspecte, à la suite de la vente de frégates à Taïwan.

Ces missions, dont certaines avaient été confiées à M. M..., avaient pour objet d'identifier les personnalités taïwanaises susceptibles d'avoir perçu des commissions et de recueillir des informations sur le contentieux relatif à cette affaire devant la Cour internationale d'arbitrage et les poursuites pénales consécutives à la vente des frégates précitées.

Dans le cadre de cette information, les services de police, agissant sur commission rogatoire, ont saisi le 3 juin 2008 un mémorandum⁶, daté du 29 avril 2008, établi par M. W..., auquel étaient jointes les pièces du dossier "Nautilus". Ce mémorandum reprenait lui-même les différents éléments déjà apparus faisant ressortir :

- l'intervention du nouveau réseau de commissions, se superposant au premier ;
- l'intervention de M. AB... et de M. J... ;
- l'interruption, effective en 1996, du versement des commissions à ce réseau ;
- les conditions dans lesquelles il avait été fait appel à M. M..., habilité secret défense, pour conduire la mission "Nautilus" ;
- le lien possible entre l'interruption des commissions et l'attentat de Karachi le 8 mai 2008.

⁶ D. 137.

Les 17 décembre 2008 et 20 janvier 2009, les magistrats instructeurs ont fait saisir, dans les locaux de la DCN-I elle-même, toutes les pièces du dossier "Nautilus", dont les deux notes émanant de M. M....

Cette information a donné lieu à une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel de Paris de six personnes, dont M. M... et M. W..., le 13 juin 2012, du chef, notamment de trafic d'influence.

Le tribunal correctionnel a statué le 20 février 2013.

Appel de cette décision a été interjeté par les deux intéressés, un autre prévenu et le ministère public. Par arrêt en date du 12 mai 2016, la cour d'appel de Paris a, notamment, pris acte du désistement d'appel de M. M... et confirmé la décision intervenue pour M. W....

Ce dernier a formé un pourvoi en cassation.

Par arrêt du 25 octobre 2017⁷, la chambre criminelle a cassé cette décision aux motifs que *"le fait de se faire remettre par un agent d'une administration publique une information ou un document, même non accessible au public, ne peut constituer l'obtention d'une décision favorable de cette administration au sens de l'article 433-2 du code pénal, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision"*.

L'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

3°) L'information judiciaire concernant le contrat "Agosta".

Le 3 mars 2009, les magistrats instructeurs saisis de la procédure précitée ont transmis aux juges saisis de l'information relative à l'attentat de Karachi les différents éléments issus de l'enquête préliminaire et de l'information dont ils se trouvaient saisis.

Sur cette base, les parties civiles constituées dans le dossier de l'attentat de Karachi ont déposé, le 15 juin 2010, une plainte avec constitution de partie civile des chefs d'entrave, corruption, abus de bien sociaux, faux témoignage et recel aggravé.

Les faits concernés étaient ceux relatifs aux conditions dans lesquelles avait été conclu le contrat Agosta avec le Pakistan.

Les constitutions de partie civile ont été déclarées recevables à la suite d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 4 avril 2012⁸.

4°) L'information judiciaire concernant les contrats "Agosta" et "Sawari II".

Une autre information judiciaire a été ouverte, sur initiative du ministère public, le 14 décembre 2010, sur le fondement de certaines des pièces issues de l'information citée au 2°).

⁷ pourvoi n° 16-83.724, Bull. crim. 2017, n° 236

⁸ pourvoi n° 11-81.124, Bull. crim. 2012, n° 86.

Elle était relative aux contrats conclus par l'intermédiaire du réseau "K", concernant tant le contrat "Agosta" que le contrat "Sawari II".

5°) Jonction des procédures. Evolution de l'information.

La jonction de ces deux procédures a été ordonnée le 14 mai 2012, les deux informations portant, au moins partiellement, sur les mêmes faits.

La saisine des magistrats instructeurs a été étendue à plusieurs reprises par la délivrance de réquisitoires supplétifs.

L'un d'eux, en date du 27 octobre 2011, a saisi les juges des trois autres contrats conclus par la SOFRESA avec l'Arabie Saoudite : "Mouette", "Shola" et "SLBS".

L'éventualité du financement d'une partie de la campagne pour l'élection présidentielle d'A... X..., alors Premier ministre, à l'aide de fonds spéciaux apparaissait courant 2012.

Etaient évoqués des versements alimentant les recettes directement ou par l'intermédiaire du parti Républicain ainsi que des dépenses non comptabilisées, notamment de sécurisation des réunions, réglées en espèces à hauteur de 5 millions de francs à un certain G...

Le 18 juillet 2013, les magistrats instructeurs étaient saisis supplétivement pour détournement de fonds publics.

Par arrêt du 24 mars 2014, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris annulait certaines des vérifications opérées et ayant servi de fondement à ces réquisitions supplétives, estimant que les magistrats instructeurs, saisis de l'information ouverte le 25 février 2008, avaient outrepassé leur saisine.

Les investigations réalisées faisaient apparaître que tant la DCN-I, en ce qui concerne le marché "Agosta", que la SOFRESA, qui intervenait notamment pour le compte de la société Thomson dans les quatre autres marchés d'armement, avaient conclu des contrats d'intermédiation avec le réseau dit réseau "K" constitué de MM. H... AB... et J...

Ces contrats ne présentaient aucun intérêt pour la DCN-I et la SOFRESA dans la mesure où les différents marchés étaient acquis.

Les commissions représentant 6,2% du marché étaient déjà versées aux décideurs pakistanais par la société d'export de matériels militaires français en vertu d'un contrat du 21 septembre 1992. Les directions du budget s'étaient opposées à l'exécution du contrat "Sawari II" ainsi qu'à celle des trois autres, en raison des risques mais aussi du pourcentage des "frais commerciaux exceptionnels". Le Premier ministre avait néanmoins validé ces contrats.

Les frais commerciaux exceptionnels sont, ainsi que le mentionne le rapport de la Cour des

comptes sur DCN-I⁹, "les commissions destinées à des agents externes ayant contribué à la signature des contrats. DCN International les appelle "frais techniques externes".

Les sommes en cause ont transité par des circuits financiers opaques et sur des comptes ouverts à Genève, Vaduz ou Madrid.

Le président de la société SOFRESA était à l'époque I..., homme politique, proche de François Léotard et nommé par ce dernier.

Selon MM. P... et C..., respectivement président et vice-président de la société DCN-I, le réseau AB... / J... leur avait été imposé sur instructions de M. Q..., directeur de cabinet du ministre de la Défense, M. Z....

Les comptes considérés ont enregistré d'importants retraits en espèces, en particulier les 6 et 7 avril 1995, respectivement de 1.005.000F à partir d'un compte K... (ressortissant koweïtien) et 2.010.000F (en trois fois) ainsi que 10.050.000F à partir du compte de M. J....

Dans le même temps, le compte de l'AFICEB dont M. AD..., ancien préfet, était le président, était crédité, en espèces, de 13.229.504F dont un versement, le 26 avril 1995, de 10.050.000F identique à l'un des retraits précités.

Par ordonnance en date du 12 juin 2014, les juges d'instruction, après avoir prononcé un non-lieu partiel, ont renvoyé devant le tribunal correctionnel de Paris :

- M. P..., président directeur général de la DCN-I de 1991 à 2001, pour abus de biens sociaux ;
- M. Y..., directeur de cabinet de M. X..., Premier ministre, et directeur de la campagne électorale de ce dernier, pour complicité d'abus de biens sociaux et recel ;

- M. AB..., M. J..., M. AE... et M. Q... pour complicité d'abus de biens sociaux, recel, le premier l'étant également du chef de fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale et organisation frauduleuse d'insolvabilité.

Par arrêt en date du 18 juin 2015, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a statué sur l'appel de la décision de renvoi formé par M. Y... et M. P....

Cet arrêt a été cassé par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 10 février 2016¹⁰, étant précisé qu'une précédente ordonnance d'irrecevabilité rendue par le président de la chambre de l'instruction avait elle-même été annulée.

La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon, désignée pour statuer sur renvoi après cassation, s'est prononcée par arrêt en date du 20 janvier 2017.

Elle a annulé l'ordonnance de règlement des juges d'instruction du 12 juin 2014 et a ordonné le renvoi des prévenus devant le tribunal correctionnel.

⁹ p.33 et s: Cote CJR, D 1467.

¹⁰ Crim.10 février 2016, n°15-84.152, Bull. crim. 2016, n° 37

Par arrêt du 11 juillet 2017¹¹, la Cour de cassation a cassé partiellement la décision (l'arrêt avait renvoyé M. Y... pour deux contrats pour lesquels il n'avait pas été mis en examen).

La chambre criminelle a, en outre, jugé que les moyens qui avaient trait à la prescription de l'action publique, étaient irrecevables par application de l'article 574 du code de procédure pénale, les énonciations de l'arrêt ne présentant aucune disposition que le tribunal saisi de la poursuite n'aurait le pouvoir de modifier.

Dans cette même instance, par arrêt précédent, la chambre criminelle avait dit n'y avoir lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant notamment sur les dispositions de l'article 4 de la loi n°2017-242 du 27 février 2017, relative à la prescription de l'action publique¹².

La cour d'appel de Lyon, autrement composée, a été désignée pour connaître de cette affaire.

Par arrêt définitif en date du 23 février 2018¹³, cette cour a dit qu'il n'y avait pas d'indice justifiant la mise en examen de M. Y..., du chef de complicité d'abus de biens sociaux.

Avant de clôturer leur information, les magistrats instructeurs, aux termes d'une ordonnance en date du 6 février 2014, se sont déclarés incompétents pour connaître des faits susceptibles d'être imputés à M. X... et à M. Z..., ces faits ayant pu avoir été commis par les intéressés dans l'exercice de leurs fonctions gouvernementales.

C'est dans ces conditions que la Cour de justice de la République a été saisie.

B) La procédure devant la Cour de justice de la République.

NB : M. Z... ne s'étant pas pourvu en cassation à la suite de l'arrêt de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, les faits spécifiques à son implication dans ce dossier ne seront pas abordés.

1) La saisine de la commission des requêtes

Le 24 mars 2014, le procureur général près la Cour de cassation a saisi pour avis la commission des requêtes de la Cour de justice de la République, en application des dispositions des articles 68-1 et 68-2 de la Constitution, 13 et 14 de la loi organique du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

Le 20 mai 2014, Me Martineau et Me de Belloy, avocats de M. X..., ont fait parvenir un mémoire

¹¹ Crim. 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-81.510.

¹² Crim. 28 juin 2017, n° 17-81.510.

¹³ CJR, D3969.

à la commission des requêtes. Ils ont notamment fait valoir que, d'une part, la validation des comptes de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel entraînait une irrecevabilité empêchant la saisine de la commission d'instruction, d'autre part, les faits concernés se trouvaient largement prescrits, le système de rétro-commissions en cause, selon certains journalistes, étant connu dès 1995-1996 par les plus hautes autorités de l'Etat, à savoir le Président de la République, M. Chirac, et son ministre de la défense, M. Millon.

2) La décision de la commission des requêtes.

Le 19 juin 2014, la commission des requêtes a émis un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction.

Rappelant en détail les conditions d'intervention du réseau "K" concernant les contrats précités, ainsi que les sociétés intervenues pour M. H..., M. J... et M. AB..., la commission des requêtes a ainsi relevé les éléments suivants :

- les commissions concernant le réseau "K" apparaissaient n'avoir eu aucune contrepartie pour la DCN-I et la SOFRESA, n'ayant été d'aucun effet sur la conclusion des marchés ;
- les commissions incriminées auraient été réalisées dans des conditions très privilégiées, jugées anormales, leur règlement étant en outre accéléré, par priorité sur les sommes dues aux industriels ; ce système aurait été mis en place au moyen de contrats d'intermédiation et de comptes dénommés "Estar" "Rabor" et "Tesmar" (pour les contrats saoudiens), "Mercor Finances" et "Heine" (pour le contrat "Agosta") ;
- ainsi, concernant les marchés "Shola" et "SLBS" (Arabie Saoudite), un contrat dénommé "Rabor", conclu avec une société Estar intervenant pour les intermédiaires, aurait stipulé le versement d'un premier paiement de 20% du montant de l'acompte versé par le client, les échéances suivantes devant intervenir jusqu'en 1995, alors que ces marchés devaient se poursuivre jusqu'en décembre 1999 ;
- concernant le marché "Mouette" (Arabie Saoudite), aurait été prévu au profit d'une société "Tesmar", intervenant pour M. AB... et M. J..., le versement de commissions sur trente mois ; toutefois, à la suite de rencontres entre M. I..., M. Q... et M. AB... et malgré l'opposition du ministère du budget, le versement des commissions aurait été prévu sur la seule année 1995, alors que les paiements du client étaient étalés sur six ans ;
- concernant enfin le marché "Agosta", le contrat signé le 12 juillet 1994 avec la société Mercor finances prévoyait le versement de 189 millions de francs, dont 133 millions auraient été réglés le 7 février 1995 ;
- les sommes concernées auraient transité par des circuits opaques, aboutissant à des retraits en espèces, et auraient été susceptibles d'avoir alimenté un système de rétrocommissions ayant contribué au financement de la campagne électorale de M. X...;
- M. AB... était une relation de M. Z... et diverses réunions auraient eu lieu entre les personnes concernées au ministère de la défense puis à l'hôtel Matignon ;
- les contrats de commission saoudiens auraient été signés par M. I..., membre du bureau du parti républicain et proche de M. Z... ;
- M. P... et M. C..., respectivement président et vice-président de la DCN-I, ont expliqué que le réseau "K" leur aurait été imposé par M. Q..., chargé de mission auprès de M. Z... ;
- selon M. W..., directeur administratif et financier de la DCN-I, la mise en place du système de paiement des commissions au profit du réseau AB... - J..., n'aurait pu avoir lieu qu'avec l'aval des cabinets des ministères de la défense et du budget.

S'agissant des sommes ainsi obtenues, auraient été concomitamment relevés des retraits d'espèces opérés à partir des comptes concernés.

En particulier auraient été observés :

- le retrait en Suisse sur des comptes au nom de M. J... et M. K... (ressortissant koweïtien dont le compte pouvait avoir été utilisé pour opacifier le circuit financier), les 6 et 7 avril 1995, d'une somme totale de 13 065 000 F, dont un retrait de 10 050 000 F ;

- dans le même temps, trois jours après l'échec du candidat au premier tour de l'élection présidentielle, le compte de l'AFICEB, aurait été crédité d'une somme de 10 250 000 F ;

- enfin, une somme de 5 500 000 F, non comptabilisée dans les comptes de l'AFICEB, a été versée en espèce à M. G..., personne en charge de la sécurité du Premier ministre, M. X..., pendant la campagne électorale.

3) *La saisine de la commission d'instruction.*

Sur le fondement de cet avis de la commission des requêtes, le procureur général près la Cour de cassation a requis, le 26 juin 2014, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République d'informer à l'égard de :

- M. A... X..., en sa qualité de membre du Gouvernement, Premier ministre, sous les qualifications d'abus de biens sociaux, complicité et recel, détournement de fonds publics, complicité et recel, délits prévus et réprimés par les articles L. 242-6 3°, L. 242-30 et L. 246-2 du code de commerce, 121-6 et 121-7, 321-1, 321-3, 321-9, 321-10, 432-15 et 432-17 du code pénal ;

- M. Z..., en sa qualité de membre du Gouvernement, ministre d'Etat, ministre de la défense, sous les qualifications d'abus de biens sociaux, complicité et recel, délits prévus et réprimés par les articles L. 242-6 3°, L. 242-30 et L. 246-2 du Code de commerce, 121-6 et 121-7, 321-1, 321-3, 321-9, 321-10 du Code pénal.

III) L'INSTRUCTION PAR LA Cour de justice de la République.

On verra d'abord ici comment ont été mis en place les circuits de versement des commissions (A), avant d'étudier de quelle façon aurait été financée la campagne de M. X... (B).

A) Le circuit de versement des commissions.

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République a très longuement analysé le circuit de versements des commissions et les montants reçus, via des sociétés écrans par les membres du réseau "K".

Nous nous contenterons ici de rappeler certains des éléments essentiels à la compréhension des mécanismes mis en place.

En matière financière, on dénomme habituellement "balourd", dans le cas d'un crédit remboursable par échéances inégales, l'écart entre le montant d'une échéance dudit crédit et celui d'une échéance d'un crédit semblable mais qui serait amortissable par échéances égales.

Les "balourds" évoqués dans le présent dossier s'entendent en réalité d'avantages injustifiés accompagnant l'exécution des contrats de vente d'armement précédemment évoqués.

En l'espèce, l'échéancier prévu pour le versement des commissions versées au réseau "K" a été accéléré, en ce sens qu'il n'a pas été fait au prorata des paiements effectués par le client, mais selon un rythme beaucoup plus rapide. Le fait est constaté pour chacun des contrats. Cette accélération permettait de prélever prioritairement les commissions sur les paiements réalisés par le client au détriment des industriels. Les montants des commissions versés en avance constituent des "balourds".

Les décisions prises concernant les "balourds" accordés au réseau AB.../ J... par MM. I... et P... étaient contraires aux intérêts des sociétés qu'ils représentaient. L'importance des commissions et des "balourds" menaçait l'équilibre financier des contrats. Elles n'avaient pour intérêt que de satisfaire les seuls M. AB... et M. J....

L'apparition du réseau K s'est traduite par la conclusion de contrats d'assistance, via trois entités. Pour "Mouette", le réseau "K" bénéficiait d'un taux de 6%. Pour les trois autres marchés saoudiens, il bénéficiait d'un taux de 8%. Ces entités sont les suivantes :

- la société Estar (BVI) pour les quatre contrats ;
- la société Tesmar (Liechtenstein) uniquement pour "Mouette" ;
- la société Rabor (Liechtenstein) pour les trois autres contrats.

Les sociétés offshore mises en place par la DCN-I en automne 1994 intervenaient à deux niveaux, ce qui permettait de bénéficier d'un double écran. Les sociétés du premier rang, Heine au Luxembourg et Marlindoon en Irlande, recevaient les virements des banques françaises de DCN-I avant d'en être débitées en faveur des sociétés du second rang, lesquelles étaient à leur tour débitées de virements destinés aux comptes personnels des agents. Ce système permettait d'éviter que les agents fussent en contact avec les sociétés du premier rang, elles-mêmes en contact direct avec DCN-I.

La plupart des commissions revenant à MM. AB... et J..., sur les contrats conclus avec l'Arabie Saoudite ont été versées, soit via Estar soit directement, sur le compte Rabor ouvert à Vaduz, qui constituait une véritable "gare de triage", la répartition entre MM. J... et AB... se faisant à partir de ce compte.

S'agissant du contrat pakistanais, la DCN-I a utilisé les deux circuits de commissions dont elle disposait, soit Heine (société luxembourgeoise) et Marlindoon (société irlandaise). La majeure partie des commissions destinées à MM. AB... et J... est passée par Heine. Le reste est passé par Marlindoon.

Ces faits ne sont pas passés inaperçus au niveau des différents ministères concernés. C'est ainsi que Mme L..., conseillère pour les affaires économiques du Premier ministre a rédigé, le 17

octobre 1994 une note à l'attention de M. Y... en ces termes¹⁴ :

*"L'évolution de ce dossier continue d'être préoccupante. [La note insiste sur la faiblesse des paiements intervenant les deux premières années (50 millions de francs)].
J'ajoute que dans le cas où les conditions du contrat seraient dévoilées à Riyad, pour cause de dissensions internes ou de représailles américaines, le Gouvernement serait accusé d'avoir conclu un "faux" contrat, comportant 20% de "frais commerciaux exceptionnels".*

Pourtant, M. Y... allait délivrer ce mandat 5 jours plus tard en transmettant ses instructions à M. Q....

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"¹⁵

Une note établie le 22 novembre 1994¹⁶ par le directeur du budget, Mme AF..., à l'attention de son ministre, fait état du contrat "Sawari II" et des difficultés liées à un sous-financement global important au mois 45 (d'exécution du contrat). Elle déplore cette situation en ces termes :

"Nous n'avons pas été informés, de façon précise, du montant des frais commerciaux exceptionnels mais il devrait être veillé à ce que ces frais, qui seraient très supérieurs à la norme de 7,5%, que la commission des garanties accepte de prendre en compte, soient bien payés de façon proportionnelle aux paiements correspondants à des fournitures industrielles réelles. Les entités qui reçoivent ces commissions doivent avoir intérêt à ce que le marché ne soit pas interrompu, ce qui ne serait pas le cas si elles étaient réglées à l'avance".

La situation était exactement inverse, les commissions accordées par M. I... à MM. AB... et J... étant payées très en avance sur l'exécution du contrat.

Dans une note du 6 décembre 1994, le directeur du Trésor déplore lui aussi : *"l'accumulation de contrats d'armement en sous-financement avec l'Arabie Saoudite qui, en l'absence de schémas de sûreté suffisants, constitue une dérive aussi dangereuse que récente (les quatre contrats signés cette année, ROH, Slbs, Shola et Sawari II, présentaient des sous-financements)".*

Cette situation alarmante devait encore s'aggraver lorsque M. I... le 17 février 1995, augmentait les "balourds" devant être versés à Rabor.

Cette décision, qui pénalisait l'industrie, devait entraîner de nouvelles oppositions à la fois de la direction du budget et de Thomson.

Le 23 février 1995, M. AG..., de Thomson, écrivait à M. I... en insistant sur le risque de sous-financement pour Thomson, question qui avait donné lieu à des arbitrages inter-ministériels en octobre/novembre 1994.

¹⁴ CJR, D2593, p.16.

¹⁵ Arrêt de renvoi, p 94.

¹⁶ CJR, D2593, p.42.

Il a été mis fin aux fonctions de M. A... X... comme Premier ministre le 11 mai 1995¹⁷. Son Gouvernement n'a pu venir à bout de la double résistance de Thomson et de la direction du budget face à l'importance des "balourds" consentis : Thomson exigeait une garantie de l'État que la direction du budget refusait d'accorder.

Le compte Mercor ouvert par le réseau "K" pour le contrat pakistanais (équivalent du compte Rabor ouvert dans le même établissement bancaire du Liechtenstein) a été crédité, entre février 1995 et septembre 1996, d'un montant total de 184,3 millions de francs et de 1,2 million de francs suisses. Ces sommes se sont globalement réparties comme suit :

- 34,6 millions de francs en faveur de Fitzroy (M. AB...)
- 31,2 millions de francs en faveur de UBS (M. J...)
- 55 millions de francs en faveur de M. AH...
- 26,8 millions de francs retirés en espèces.

Le solde a été débité en faveur du compte Nello puis des comptes genevois de M. J... pour des dépenses diverses.

Tous les virements en provenance de Rabor et de Mercor et destinés aux comptes de M. J... passaient par le filtre du compte Nello, utilisé comme compte de passage afin d'opacifier le circuit. Lorsqu'un virement venait du Liechtenstein, que ce soit en provenance de Rabor ou de Mercor, il était porté au crédit du compte Nello, lequel était aussitôt débité en faveur d'un compte de M. J....

Au vu des justificatifs de voyages découverts chez le conseil fiscal de M. AB..., et quel qu'en soit le caractère vraisemblablement non-exhaustif, il est établi que ce dernier s'est rendu à plus de quarante reprises à Genève (Suisse) durant la période 1993-1995. De nombreux retraits en espèces ont eu lieu à l'occasion de ces voyages.

Les retraits identifiés lors de l'exécution des commissions rogatoires internationales - et que l'on ne peut donc considérer comme exhaustifs, faute d'avoir eu accès aux comptes de M. AB... à la banque Audi notamment - ont commencé en juin 1994, sur les comptes de M. J.... Ils se sont amplifiés en 1995/96 avec l'utilisation d'un compte appartenant à un cheik koweïtien, le compte de M. K..., compte utilisé comme un compte de passage.

M. AB... se rendait lui même en Suisse pour y opérer des retraits en espèces. Il a été contrôlé le 28 juillet 2014 dans un véhicule de location dans lequel les douaniers ont découvert 500 000 francs. Les retraits sur le compte de M. J... ont cessé entre cette date et avril 1995.

Ont ainsi été retirés :

- 1.005.000 francs (5.000 francs d'agios) le 6 avril 1995 à 9h39 du compte SBS 98141, alimenté par Mercor¹⁸.

Le 5 avril 1995, M. J... émettait un chèque de 5.000 francs suisse à l'ordre de l'hôtel Beurivage sur le compte BCP 411.602¹⁹. M. AQ... était enregistré à l'hôtel des Bergues le 6 avril 1995 et M. AB...

¹⁷ CJR, D2022/5.

¹⁸ CJR, D1835, p.161.

¹⁹ CJR, D1832, p.153.

à l'hôtel Beaurivage²⁰.

M. AB... est venu spécialement à Genève le 6 avril.

Le compte de M. K... a été utilisé comme un compte de passage destiné uniquement à retirer des espèces.

Le compte de M. K... a été crédité de deux virements provenant de deux comptes de M. J... :

- 5 millions de francs le 5 avril 1995 venant de l'UBS²¹; l'examen du compte Mercor montre que 32 millions de francs ont été virés de ce compte sur le compte UBS de M. J... le 13 février 1995 (grâce au premier acompte de 60%);

- 7 millions de francs le 6 avril 1995 venant du compte 311.605 de la BCP Genève²² préalablement crédité de fonds provenant de Mercor (grâce au premier acompte de 60%)²³.

Ces virements ont été suivis de deux retraits :

- 2.010.000 francs le 6 avril 1995,

- 10.050.000 francs le 7 avril 1995²⁴.

Les fonds étaient retirés du compte de M. K... par M. AI...

Ainsi, tous les retraits en espèces identifiés entre 1994 et 1996 ont été opérés soit via les comptes de M. J..., soit via le compte de M. K.... Pour de nombreux retraits, M. AB... était présent à Genève pour un montant total de 72.730.000 francs²⁵.

B) Le financement de la campagne présidentielle de M. X... par des espèces.

M. X... a officialisé sa candidature le 18 janvier 1995.

Il a officiellement créé, le 23 janvier 1995, l'AFICEB déclarée à cette date à la préfecture de police de Paris.

L'AFICEB était présidée par M. AD...²⁶, ancien préfet de la région Ile de France en 1993 et 1994, conseiller-maître en service extraordinaire à la Cour des comptes.

Le compte de campagne fait état de dépenses à hauteur de 83,846 millions de francs, sous le

²⁰ CJR, D2569.

²¹ CJR, D1842, p.2.

²² CJR, D1842, p.3.

²³ CJR, D1834, p.110 et 260.

²⁴ CJR, D1843, p.50.

²⁵ Arrêt de renvoi, p 162 à 164.

²⁶ CJR, D1617.

plafond légal des 90 millions de francs²⁷. Quant aux recettes, elles ont été, outre la dotation publique, de 53, 676 millions de francs dont 21 millions de francs proviennent des dons de personnes physiques, dont 15 millions de francs provenant d'espèces²⁸. A ces 53 millions de francs s'ajoute un prêt de 31 millions de francs des banques, correspondant à la dotation publique, reçue après validation des comptes en novembre 1995.

M. X... a confirmé son engagement comme co-débiteur solidaire tel que décrit à l'article 8 de la convention de crédit du 3 février 1995. Il est signé, comme le prêt initial, à la fois par M. S... pour le compte de l'AFICEB et par M. X... à titre de co-débiteur personnel. Ainsi, si les dépenses excédaient les recettes, le candidat s'engageait vis-à-vis des banques à payer la différence sur ses deniers personnels. Au soir de la défaite, il manquait une vingtaine de millions de francs. Ils seront compensés quelques jours plus tard par un dépôt de 10 millions de francs en espèces (26 avril), puis par une dotation de même montant du RPR, suivant trois versements (effectués entre les 28 avril et 12 mai)²⁹.

Le 20 juillet 1995, une perquisition menée par M. Éric Halphen, juge d'instruction au tribunal de grande instance de Créteil, au siège du parti républicain, permettait la découverte d'une somme de 2.400.000 francs, en coupures de 200 et 500 francs, dans un coffre se trouvant dans le bureau du trésorier, M. AK.... Lors de son audition sur place le jour de la saisie, M. AK... déclarait au juge Halphen que cet argent provenait des fonds secrets³⁰.

M. AK..., entendu par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, a déclaré que les 2,4 millions de francs constituaient le solde des espèces remises. Il ne lève pas la contradiction, mais fait donc état de remises beaucoup plus importantes. Or, à la même époque, le parti républicain avait officiellement contribué au financement de la campagne de M. X... à hauteur de 6 millions de francs.

M. AL..., membre du cabinet, a fait état des problèmes de financement de la campagne qui s'étaient posés à M. X... dès sa candidature.

Ces difficultés de financement de la campagne ont été admises devant la commission d'instruction, notamment en raison de l'importance des dépenses engagées et du faible niveau des recettes de meetings et des collectes au profit du candidat.

Sans les remises d'espèces qui ont permis l'équilibre de son compte de campagne, d'une part, ledit compte risquait de ne pas être validé ; d'autre part, M. X... aurait dû rembourser aux banques sur son patrimoine propre, les sommes qui manquaient pour financer les dépenses.

Il convient de rappeler que les rapporteurs devant le Conseil constitutionnel ont proposé, dans

²⁷ scellé Archives/F/1 - CJR, D132 et CJR, D3032, p.15 et 16, CJR, D131.

²⁸ Arrêt de renvoi, p 174.

²⁹ Arrêt de renvoi, p 175.

³⁰ CJR, D602, p.5.

des termes dénués d'ambiguïté, le rejet du compte de campagne de M. X... Ce compte de campagne sera néanmoins validé, par décision du Conseil constitutionnel du 12 octobre 1995³¹.

Aux termes de l'article L.52-10 du code électoral, le plafond légal des dons en espèces des personnes physiques était de 1.000 francs, un reçu devant être délivré, quels que soient le montant et la forme de l'apport financier, à l'exception des dons non identifiés recueillis de façon anonyme, par exemple à l'occasion de collectes³². Dans les cas exceptionnels de collectes ne permettant pas l'individualisation des dons, le candidat devait alors justifier des dates, lieux et modalités de ces dernières et les reporter dans le compte de campagne. Seuls les dons par chèques permettaient une réduction d'impôt. Les dons des personnes morales étaient interdits. Il existait ainsi un plafond global.

Le montant total des dons reçus en espèces par un mandataire ne pouvait excéder 20% du montant des dépenses autorisées pour l'élection présidentielle, soit 18 millions de francs pour les candidats du premier tour³³.

Il ressort des investigations menées que :

- 15 millions de francs ont été déposés en espèces sur le compte de l'AFICEB au Crédit du Nord, dont un dépôt de 10.250.000 francs le 26 avril³⁴,
- les comptes de campagne produits devant le Conseil constitutionnel ne comportaient aucun bordereau relatif à ces dépôts espèces³⁵,
- la majeure partie de ces dépôts étaient constitués de grosses coupures (500 francs essentiellement), alors qu'il ressort des témoignages recueillis que les meetings ne procuraient que de petites coupures (de 10 à 50 francs)³⁶.

Les 6 et 7 avril ont été retirés des comptes suisses de M. J... ou du compte de M. K... :

- 3 millions de francs (le 6 avril),
- 10.050.000 francs (le 7 avril).

Les dépôts en espèces les plus importants, sur le compte de l'AFICEB ont été 1.431.715 francs le 21 avril (dont deux dépôts de 500.000 francs), et 10.250.000 francs le 26 avril (consistant en deux dépôts, l'un de 10.050.000 francs et l'autre de 200.000 francs). Cette somme représente 77,5% des recettes en espèces.

³¹ Arrêt de renvoi, p 181-182.

³² Scellé archives/F 1- CJR, D627.

³³ CJR, D3032, p. 19, scellé archives/F 1 - CJR, D627

³⁴ CJR, D627.

³⁵ CJR, D627.

³⁶ Arrêt de renvoi, p 183.

Mme AM... s'est souvenue d'une importante remise de fonds à la cellule trésorerie. C'était M. S... qui lui avait remis à la cellule trésorerie cette somme importante qui se trouvait dans de petits cartons et qu'elle l'avait déposée dans un coffre le 25 avril. M. AN..., qui assistait Mme AM..., a confirmé avoir vu cet argent le 25 avril et l'avoir compté.

M. S... a tenu plusieurs discours différents sur l'origine de ces billets, attribuant alternativement leur provenance à une personne qu'il ne connaissait pas de la cellule "Meetings" dirigée par M. AO... ou à M. AP...³⁷.

M. AP..., qui avait accès aux fonds secrets, l'a contesté : *"Je suis extrêmement formel. Je n'ai jamais, dans les responsabilités qui étaient les miennes, contribué à quoique ce soit avec ce type de fonds au financement de la campagne de M. X.... Je n'ai pas plus reçu d'instruction de quiconque de le faire"*.

A propos de l'utilisation éventuelle des fonds secrets, la commission d'instruction écrit³⁸ *"L'hypothèse du recours au fonds spéciaux pour le financement de la campagne de M. X..., sans doute pendant un temps vue comme une échappatoire à toute explication sur l'origine des fonds suspects perçus spécialement en avril, fait long feu dès que l'on retient avec les rapporteurs du Conseil constitutionnel³⁹, que ce type de recette était interdit par la loi, ce qu'a encore confirmé M. T..."*⁴⁰.

Les rapporteurs du Conseil constitutionnel ont conclu en ces termes⁴¹ :

"En se bornant à soutenir que ce versement de 10.250.000 francs en espèces correspond au produit de ventes d'objets divers et des collectes réalisées lors des manifestations et réunions publiques organisées pour le soutenir, le candidat n'apporte aucun justificatif exigé par l'article L. 52-12 du code électoral de nature à établir son allégation".

Ou encore *"l'allégation du candidat selon laquelle il avait accumulé dans un coffre-fort les espèces et les avait déposées sur le compte bancaire globalement à la fin de la campagne, pour éviter les transports de fonds, est, selon les rapporteurs, à l'évidence démentie par le fonctionnement du compte, qui avait enregistré 22 dépôts en espèces entre le 13 mars et le 24 avril 1995"*.

Les investigations des juges d'instruction ont également mis à jour l'existence de flux financiers importants en provenance de M. AB... au bénéfice de M. AE.... Directeur de cabinet du ministre du budget de 1993 à mai 1995, M. AE... était chef adjoint au cabinet du ministre du budget, faisant partie de la cellule "déplacements" de la campagne de M. X.... Ont été saisis chez M. AE... de nombreux documents appartenant à M. AB.... L'exploitation des fadettes de la ligne utilisée par

³⁷ Arrêt de renvoi, p 188.

³⁸ Arrêt de renvoi, p 198.

³⁹ CJR, D132, p.2

⁴⁰ CJR, D 3941, p.41 et 42.

⁴¹ CJR, D631, p.4.

M. AE... (juin et juillet 2011) montre qu'il était en relation régulière avec M. AB...⁴².

Entendue par les enquêteurs le 8 juin 2011⁴³, Mme AB... déclarait que son mari était très proche de M. AE... que M. Y... lui avait présenté. Elle révélait que ces liens personnels étaient intéressés. *"J'ai appris", précisait-elle, "par mon amie H... (Mme AE...) que son mari et moi faisons de fréquents voyages à Genève, à cette époque là et qu'ils allaient voir AR... à Genève et qu'ils revenaient avec des valises d'argent numéraire"*.

Le 8 septembre 2011, Mme AE... était entendue à son tour. Elle confirmait les déclarations de Mme AB... et précisait ⁴⁴ :

" Il est exact que mon mari et M. AB... se sont rendus à plusieurs reprises en Suisse pour aller dans une banque et plus précisément dans le coffre qu'il avait chez . m'avait dit qu'il détenait un coffre fort dans une banque à Genève qui était dirigée par un dénommé . Je ne sais pas ensuite où mettait cet argent. Par contre m'a dit qu'il remettait de temps en temps l'argent à Y...".

Le retour des investigations menées en Suisse permettait de constater que M. AE... avait ouvert un compte à la banque AR... () à Genève, qu'il y disposait d'un coffre et qu'il avait alimenté ce compte par des dépôts d'argent liquide entre mai et juillet 1995⁴⁵.

M. AB... a reconnu avoir remis à M. AE... des sommes d'argent en espèces *" toujours pour de fausses raisons que je découvre aujourd'hui, des sommes de 20.000, 50.000 ou même 100.000 Francs. Je lui ai remis cet argent ou à Genève ou à Londres, en tout cas jamais à Paris"*⁴⁶.

Réentendue au vu des déclarations de M. AB..., Mme AB... confirmait ses propos, précisant notamment⁴⁷ : *"Ils organisaient un voyage officiel en Arabie Saoudite. C'était pour préparer le voyage de M. X... Je me souviens que mon mari m'avait parlé d'une rencontre à Matignon avec M. X... où il s'était rendu, il me semble, avec le Cheik H..."*. *"J'avais compris", a ajouté Mme AB..., "qu'il se passait quelque chose entre MM. AE..., Y..., mon mari, M. J.... J'avais compris qu'ils faisaient du business et qu'ils soutenaient la campagne de M. X..."*.

Les déclarations suivantes, faites par M. AB..., établissent les liens entre le réseau "K" et la remise d'argent en espèces. L'intéressé déclare en effet à la commission d'instruction le 20 juin 2013⁴⁸ :

"C'est après cette date que Y... a repris contact avec moi pour me dire que AE... allait me porter un message de sa part. AE... vient me voir de la part de N. Y... et me dit qu'il faut que je lui remette, parce qu'ils en ont

⁴² CJR, D1093, CJR, D1118, CJR, D1253 et résumé CJR, D1315.

⁴³ CJR, D1061

⁴⁴ CJR, D1185,p.4.

⁴⁵ Arrêt de renvoi, p 201.

⁴⁶ CJR, D2566.

⁴⁷ CJR, D2617.

⁴⁸ CJR, D2948.

besoin, 1,5 million de Francs. Je ne pouvais pas les lui remettre à Paris. Je pouvais lui remettre du cash à Genève, ce que AE... a accepté car il était client d'une banque qui acceptait la remise de cash. Le responsable auquel il avait affaire chez Pictet s'appelait M AR... (dixit M. AE...). C'était aussi la banque de H..."

A Genève, j'ai d'abord vu J... qui avait préparé l'argent pour me le remettre en coupures de 500 francs enliassés avec autour une petite bande. Ils étaient dans des enveloppes beige kraft, le tout dans une mallette. Puis je suis allé retrouver AE... dans un hôtel et je lui ai remis la mallette. Après je l'ai laissé (...). Pour moi, c'était comme une demande de "retour d'ascenseur" après m'avoir obtenu la signature d'un contrat qui m'a amené beaucoup d'argent. Je considérais que c'était presque un cadeau".

Dix jours plus tard, il avait remis la même somme.

Il ajoutait :

"La troisième fois, c'était excessif. Cela dépassait les limites. C'était 3 millions, ou 3,2 ou 3,3 millions. La raison était la suivante : "on doit boucler les comptes, il nous manque 3 millions et quelque". AE... me disait qu'ils en avaient besoin pour finir la campagne. Là, je suis allé voir Y... à Matignon pour demander des explications. J'ai pris rendez-vous avec lui avant. Je me souviens qu'il avait pour secrétaire Mme AS.... M. Y... m'a dit qu'effectivement ce que m'a demandé AE... est vrai car ils avaient besoin de cet argent mais que c'était la dernière fois".

A la question de savoir quand des remises d'argent étaient intervenues, M. AB... répondait : "Je dirais la première semaine de mars et fin février pour les deux premières remises et la troisième semaine de mars pour la troisième"⁴⁹.

On constate que les dépôts significatifs sont intervenus entre le 2 mai et le 12 juillet 1995 et qu'ils correspondent tous à une date à laquelle M. AB... se trouvait à Genève lors de retraits effectués sur les comptes de M. J... ou sur le compte de M. K...

Alors que M. X... a prétendu n'entretenir aucun lien avec M. AE..., l'information a montré que M. AE... avait participé à l'achat d'une maison pour le compte de M. et Mme X... en juin 1996. Le vendeur a en effet déclaré que c'était M. AE... qui lui avait présenté M. X... comme acheteur potentiel⁵⁰.

Officiellement, l'arrêt des commissions est intervenu en juillet 1996, plus d'un an après l'élection présidentielle de mai 1995.

Entre l'élection présidentielle gagnée par M. Chirac en mai 1995 et la disparition supposée de ces pratiques, la société Thomson a manifesté auprès de la SOFRESA ses réserves et le pouvoir politique issu des urnes a mené une enquête officieuse à leur sujet.

M. AT... a ainsi confirmé que le Président de la République avait demandé au ministre de la défense, M. Millon, de procéder à des vérifications pour déterminer si des contrats avaient pu donner lieu à des rétro-commissions et avoir décidé, au vu de ces vérifications, de mettre fin aux

⁴⁹ CJR, D2949

⁵⁰ Arrêt de renvoi, p 215.

paiements dus au réseau K, tant pour "Sawari" que pour "Agosta"⁵¹.

M. AB... a expliqué les conditions dans lesquelles il avait sollicité et obtenu la médiation de M. AU..., proche de M. Chirac, dans le règlement du litige l'opposant à la SOFRESA⁵². A la mi-septembre 1996, il aurait fait parvenir une note confidentielle à M. AU... par l'entremise d'un ministre libanais qu'il connaissait, note qu'il a versée au dossier⁵³.

Cette note fait état de la visite de M. Chirac en Arabie Saoudite le 8 juillet 1996.

Au cours d'un entretien en tête à tête avec le prince héritier AV., M. Chirac lui aurait dit que certaines commissions avaient constitué en réalité des rétro-commissions ayant servi au financement de la campagne de son adversaire, M. X...

M. AB... devait recevoir 130 millions de dollars, avancés par M. AU..., qu'il devait partager avec ses associés⁵⁴. En contrepartie, les sociétés Estar et Rabor se désistaient des procédures arbitrales qu'elles avaient engagées à Genève suite à la décision d'arrêt du paiement des commissions.

M. A... X... a été interrogé les 4 et 17 mai⁵⁵, 5 et 21 juin 2018⁵⁶.

Interrogé au sujet de l'existence et des membres du réseau "K", il a constamment répondu qu'il "n'en savait rien"⁵⁷, et plus précisément encore : "*Je n'ai aucune information d'aucune sorte là-dessus... Je ne m'occupais pas de quel réseau intervenait, quelle part il devait recevoir des commissions de tel ou tel. Il ne s'agissait pas d'affaires de ma compétence*"⁵⁸. M. X... déclarait ignorer la terminologie réseau "K", ne pas s'être occupé de ces problèmes ou ne pas pouvoir se prononcer sur son utilité ou non⁵⁹.

Pour autant, il admettait : "*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'ai été ministre des Finances et Premier ministre mais cela n'impliquait pas que j'intervienne dans ces questions"⁶⁰.

⁵¹ CJR, D342.

⁵² CJR, D1300.

⁵³ CJR, D1304.

⁵⁴ Scellé ODAS ONZE, p.48 ss.

⁵⁵ CJR, D3839 et CJR, D3844.

⁵⁶ CJR, D3854 et CJR, D3867.

⁵⁷ CJR, D3854.

⁵⁸ id. p.24.

⁵⁹ CJR, D3867.

⁶⁰ id. p.26.

Il déclarait n'être pas au courant de ce que M. Z... avait reconnu devant la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi, à savoir qu'il avait connu l'existence de commissions qui n'apparaissaient pas dans les contrats.

M. X... déclarait encore⁶¹ : *"Je n'ai jamais rencontré MM. H... et J..., à ma connaissance. Je sais qu'on a dit que j'avais rencontré M. AB..., une fois. Il est possible qu'il se soit trouvé dans une délégation que je recevais à Matignon. Mais je n'avais aucun souvenir, ni de son nom, ni de son visage, avant qu'il n'en soit fait état ces dernières années"*. Le fait que M. Y... ait évoqué⁶² : *"une brève audience"* entre le Premier ministre et M. H... ne lui évoquait aucun souvenir.

L'allégation, par M. AB...⁶³, d'une rencontre, entre M. H..., lui-même et le Premier ministre *"dans le salon de musique au fond du jardin de Matignon"*, appelait un démenti formel de sa part⁶⁴.

M. X... contestait tout autant les propos de M. Z... qui avait déclaré devant la mission d'information de l'Assemblée nationale précitée⁶⁵ : *"Pour ma part, j'ai toujours informé l'Elysée et Matignon du nom des intermédiaires"*, et qui avait cité expressément le nom de M. AB...⁶⁶.

Il indiquait avoir ignoré pareillement les rencontres admises par M. Y... avec M. AB... au premier semestre 1994⁶⁷, son directeur de cabinet ne l'en ayant *"pas informé"*⁶⁸.

Au sujet de ces mouvements d'espèces, M. X... a constamment soutenu ne pas avoir à s'en expliquer : *"Mes comptes ont été validés. D'après ce que j'ai vu l'examen a porté essentiellement sur mes dépenses, mais aussi cela va de soi, sur les recettes"*⁶⁹.

Il a néanmoins soutenu au sujet de règlements en espèces de certaines dépenses de campagne : *"Quand tout a été validé par le Conseil constitutionnel, la somme globale des espèces représentait je crois 1,5 million d'euros...cela correspondait à une moyenne de 15 000 euros par département, ce qui ne m'a pas paru extravagant, s'agissant je le rappelle d'une moyenne..."*⁷⁰.

⁶¹ id. p.29.

⁶² CJR, D1053, p.11 et p.12.

⁶³ CJR D3681, p.6.

⁶⁴ CJR, D3854, p.33.

⁶⁵ CJR D3826, p. 3.

⁶⁶ id. p. 28.

⁶⁷ CJR, D1053, p.12.

⁶⁸ CJR, D 3854, p.33.

⁶⁹ CJR, D3844, p.8.

⁷⁰ CJR, D3844, p.15.

Nb : L'intéressé fait ici un calcul en euros et non en francs.

En effet, 10 250 000 francs équivalent à 1 562 602 euros.

15000 euros multipliés par 100 départements environ font bien 1 500 000 euros.

S'agissant des recettes et spécialement de la somme de 10 250 000 francs déposée sur le compte de l'AFICEB le 26 avril 1996 :

"Cela a été présenté comme des fonds recueillis au cours de la campagne. C'est ce qui a été dit au Conseil constitutionnel et ça m'a paru vraisemblable compte tenu de ce que je vous ai déjà dit précédemment"⁷¹. Or, les seuls dépôts en espèces dont il a été justifié devant le Conseil constitutionnel concernent les donateurs pour une somme globale de 12.850 francs, ces dons s'étant échelonnés du 31 janvier au 5 mai 1995⁷².

Cette explication a été maintenue néanmoins par M. X... qui a notamment déclaré à la commission d'instruction : *"Cela fait environ 15 000 euros en moyenne par département et pour atteindre cette somme (10 250 000 francs), il suffit que quelques dizaines de personnes donnent chacune 100 ou 200 francs. Cela n'est pas extravagant"⁷³.*

Comme cela a déjà été indiqué, les rapporteurs du Conseil constitutionnel ont relevé ici deux contradictions :

- ce n'est que lors de l'instruction par les rapporteurs que le candidat (son représentant) a fait état des ventes diverses de gadgets et de T-shirt ;
- l'allégation du candidat selon laquelle il avait accumulé dans un coffre-fort les espèces et les avait déposées sur le compte bancaire globalement à la fin de la campagne, pour éviter les transports de fonds, est, selon les rapporteurs, à l'évidence démentie par le fonctionnement du compte, qui avait enregistré 22 dépôts en espèces entre le 13 mars et le 24 avril 1995⁷⁴.

Entendu spécialement sur le versement de 10 250 000 francs du 26 avril 1995, M. X... ajoutait : *"On ne m'a pas notifié les modalités de versement de cette somme, ce n'était pas de mes compétences. On ne me tenait pas informé de la dimension des sacs"⁷⁵.*

Il était dans l'impossibilité de répondre à la question de savoir pourquoi le président de l'AFICEB et son directeur de campagne avaient affirmé n'avoir pas été informés dudit versement, ou encore des modalités de réunion d'une telle somme à l'heure même où il était éliminé de la campagne, ou encore sur le fait que les seuls justificatifs de dépôts en espèces retrouvés dans les archives du

⁷¹ CJR, D3844, p.19.

⁷² CJR, D627, p. 2 e t p. 10.

⁷³ CJR, D 3844, p.26.

⁷⁴ CJR D132.

⁷⁵ CJR, D3844, p.20.

Conseil constitutionnel n'aient porté que sur une somme de 12 850 francs⁷⁶.

Il contestait tout recours aux fonds secrets pour financer sa campagne⁷⁷.

C) Les différents recours formés par M. X...

Après sa mise en examen, M. X... a formé un pourvoi contre l'arrêt rendu le 28 septembre 2016 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. Par décision du 13 octobre 2017, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé ce pourvoi irrecevable.

Le 22 septembre 2017, M. X... a déposé, au greffe de la Cour de justice de la République, une requête tendant à ce que soient annulées les pièces du dossier relatives d'une part, au financement de sa campagne présidentielle, d'autre part, à la situation patrimoniale, aux investissements et aux dépenses du couple et, de façon plus générale l'ensemble des pièces issues du dossier transmis à la commission d'instruction par les magistrats instructeurs saisis du volet de droit commun.

Par arrêt en date du 21 décembre 2017 (arrêt n°1), la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a déclaré la requête recevable, prononcé l'annulation de certaines cotes, ordonné la cancellation de certaines cotes, et dit n'y avoir lieu à annulation d'autres actes ou pièces de la procédure jusqu'à la cote D3681.

Par déclaration en date du 22 décembre 2017, Me Martineau a formé, au nom de M. X..., un pourvoi contre cette décision.

Par requête déposée le 31 octobre 2017, les conseils de M. X... ont saisi la commission d'instruction d'une demande tendant à ce qu'autrement composée, elle prononce l'annulation de la mise en examen de celui-ci.

Par arrêt en date du 21 décembre 2017 (arrêt n°2), la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, après avoir déclaré irrecevable la requête en modification de sa composition, a rejeté la demande en annulation de la mise en examen de M. X...

Par déclaration en date du 22 décembre 2017, Me Martineau a formé, au nom de M. X..., un pourvoi contre cette décision.

⁷⁶ CJR, D3844, p.24 et p.25

⁷⁷ CJR, D3844, p.22.

Par requête déposée le 28 novembre 2017, les conseils de M. X... ont saisi la commission d'instruction d'une demande tendant à ce qu'elle constate la prescription de l'action publique pour les faits déclarés non prescrits par l'arrêt du 28 septembre 2016.

Par arrêt en date du 21 décembre 2017 (arrêt n°3), la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a rejeté la requête aux fins de constatation de la prescription de l'action publique.

Par déclaration en date du 22 décembre 2017, Me Martineau a formé, au nom de M. X..., un pourvoi contre cette décision.

Aucune demande d'examen immédiat n'a été formulée. Des observations ont toutefois été présentées au soutien de l'examen immédiat des pourvois.

Par trois ordonnances du 30 janvier 2018, le premier président de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à cet examen.

D) La clôture de l'information.

L'avis de fin d'information a été communiqué aux parties le 7 mai 2019⁷⁸.

Le ministère public a communiqué ses réquisitions aux fins de renvoi de MM. X... et Z... devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République le 12 juillet 2019⁷⁹.

Le 30 juillet 2019⁸⁰, une demande d'actes a été régulièrement déposée par les avocats de M. X..., aux fins de voir différentes pièces jointes à la procédure.

Cette demande a été rejetée par l'ordonnance de renvoi du 30 septembre 2019 qui statue également sur la demande.

Cette ordonnance a notamment :

“Dit qu'il ne résulte pas de l'information, contre quiconque ressortissant de la compétence de la Cour de justice de la République, charges suffisantes d'avoir commis le délit de détournement de fonds publics.

Dit n'y avoir lieu à suivre de ce chef.

Dit qu'il résulte de l'information charges suffisantes contre :

- M. A... X... 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

⁷⁸ CJR, D 4039 à D 4043.

⁷⁹ CJR, D 4044.

⁸⁰ CJR, D 4049.

1^{er} 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 (ou ROH)", 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, en particulier pour financer sa campagne électorale de 1995, d'espèces à hauteur de 10 250 000 francs, ces faits survenus de 1993 à 1995, en tout cas depuis temps non prescrit, répondant 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^{er} du code pénal et L. 242-6, alinéa 1^{er}, 3^o du code de commerce dans sa version alors applicable".

M. X... a formé un pourvoi contre cet arrêt le 4 octobre 2019. Le 29 octobre, la SCP Spinosi et Sureau s'est constituée en demande.

Elle a déposé un mémoire ampliatif le 29 novembre 2019.

Ce mémoire fait valoir des moyens de cassation contre les quatre arrêts pour lesquels des pourvois ont été formés.

Ces moyens seront développés lors de l'analyse de chacun des pourvois.

On doit pouvoir rappeler ainsi les dates importantes de ce dossier :

Dates importantes

29 mars 1993: M. A... X... devient Premier ministre
courant 1994 : conclusion des contrats avec l'Arabie Saoudite (Mouette, Shola, SLBS, Sawari II)
21 septembre 1994 : contrat avec le Pakistan (Agosta)
oct-déc 1994 : arbitrages en faveur du réseau "K"
18 janvier 1995 : annonce de la candidature de M. X... à la présidence de la République
6 avril 1995 : retrait en espèces de 1 005 000 francs sur le compte de M. J... et de 2 010 000 francs sur le compte de M. K...
7 avril 1995 : retrait en espèces de 10 050 000 francs sur le compte de M. K...
21 avril 1995 : dépôt en espèces de 1 431 715 francs (dont deux dépôts de 500 000 francs) sur le compte de l'AFICEB
23 avril 1995 : premier tour de l'élection présidentielle, non qualification de M. X...
26 avril 1995 : dépôt en espèces de 10 250 000 francs sur le compte de l'AFICEB
11 mai 1995 : fin des fonctions de Premier ministre de M. X...
11 octobre 1995 : validation des comptes de campagne par le Conseil constitutionnel
8 mai 2002 : attentat de Karachi
21 septembre 2006 : découverte du dossier "Nautilus", point de départ, selon la commission, du délai de prescription de l'action publique
25 février 2008 : ouverture de l'information "M...-W..."
15 juin 2010 : plainte avec constitution de partie civile pour abus de biens sociaux, dossier "Agosta", ouverture d'information
14 décembre 2010 : ouverture d'information pour abus de biens sociaux, dossier "Agosta" et "Sawari II"
27 octobre 2011 : supplétif contrats "Mouette", "Shola" et "SLBS"
14 mai 2012 : jonction des deux dernières informations
18 juillet 2013 : supplétif pour détournement de fonds publics
6 février 2014 : ordonnance de dessaisissement des juges parisiens
26 juin 2014 : ouverture de l'information devant la CJR
30 septembre 2019 : ordonnance de règlement

IV) SUR LA RECEVABILITÉ DES POURVOIS.

On rappellera rapidement quelles sont les règles applicables, d'une manière générale, dans le cas d'un pourvoi formé contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République (A), avant de vérifier deux questions importantes : celle de l'applicabilité à un tel pourvoi des dispositions de l'article 574 du code de procédure pénale (B), puis celle de la recevabilité, à cet instant de la procédure, des pourvois formés contre les autres arrêts avant dire-droit qu'elle a rendus (C).

A) Règles générales.

La Cour de justice de la République, ayant vocation à juger les membres du gouvernement pour des faits commis durant l'exercice de leurs fonctions, a été créée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993.

L'article 68-1 de la Constitution énonce ainsi :

“Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.

La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi”.

L'article 68-2 de la Constitution prévoit, notamment, la composition de la Cour de justice de la République et l'existence d'une commission des requêtes, dont l'intervention a pu être observée et rappelée dans le cadre de la présente instance.

Ces modifications constitutionnelles ont été complétées par la loi organique 93-1252 du 23 novembre 1993.

C'est cette loi qui a créé la commission d'instruction. Elle a défini, en son article 11, sa composition et, en ses articles 18 à 25, la procédure applicable devant elle.

Les spécificités mises en oeuvre sont nombreuses. Certaines peuvent être rappelées.

Il peut ainsi être indiqué qu'aux termes de l'article 19 de la loi, le réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation doit être pris nécessairement contre personne dénommée, ce qui constitue une dérogation aux règles habituelles en la matière.

De même, la commission d'instruction cumule les fonctions de juge d'instruction et de chambre de l'instruction.

Dans ce cadre, elle est amenée à rendre des décisions juridictionnelles durant le cours de l'information. Elle est, en outre, juge du contentieux des nullités.

L'article 24 de la loi organique pose le principe selon lequel les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les conditions et formes déterminées par le Titre I du Livre III du code de procédure pénale, sous la réserve que ce pourvoi soit porté devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Aux termes du premier alinéa de l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993, *“dans la mesure où il n'y est pas dérogé par les dispositions qui suivent, la commission d'instruction procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale et spécialement celles relatives aux droits de la défense”.*

C'est donc au regard de ces règles qu'il convient d'examiner la recevabilité du pourvoi formé par M. X....

B) L'article 574 du code de procédure pénale est-il applicable pour les pourvois contre un arrêt de la Cour de justice de la République ?

1°) L'application traditionnelle de l'article 574 du code de procédure pénale.

Aux termes de l'article 574 du code de procédure pénale, *"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"*.

Cet article restreint les hypothèses dans lesquelles un pourvoi peut être formé contre un arrêt de la chambre de l'instruction ayant ordonné un renvoi devant le tribunal correctionnel. En effet, le droit à se pourvoir est limité à deux situations. La première concerne le cas où l'arrêt de renvoi a statué d'office ou sur déclinatoire des parties sur la compétence. La seconde est relative au cas où l'arrêt présente des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n'a pas le pouvoir de modifier.

En dehors de ces cas précisés par le texte, la chambre criminelle a admis la recevabilité de pourvois contre des arrêts ordonnant le renvoi devant le tribunal correctionnel lorsque l'arrêt ne répond pas aux conditions essentielles de son existence légale, telle que l'irrégularité de la composition de la chambre d'instruction ou encore la méconnaissance des droits de la défense.

Ainsi, dans le cadre des pourvois formés par MM. AB..., Y..., Q... et tous autres, dans le cadre de l'information visant les personnes qui ne relèvent pas de la compétence de la Cour de justice de la République, certaines des questions posées par les moyens présentés par les requérants, portaient sur l'exception de prescription, le bien-fondé des charges retenues pour motiver le renvoi devant le tribunal correctionnel, et la recevabilité des constitutions de partie civile. De tels moyens étaient-ils recevables au regard des dispositions de l'article 574 du code de procédure pénale ?

"Ces dispositions présentaient-elles un caractère définitif que le tribunal, saisi de la prévention, n'a pas le pouvoir de modifier ?", écrivait Mme Elisabeth De La Lance, rapporteur de ce dossier.

La chambre criminelle a jugé ⁸¹:

"Attendu que les moyens se bornent à critiquer les énonciations de l'arrêt relatives à la prescription de l'action publique, aux charges que la chambre de l'instruction a retenues contre les prévenus, et au refus d'ordonner un sursis à statuer dans l'attente de l'achèvement d'une procédure distincte ou un supplément d'information tendant à la jonction à la procédure d'une autre information ; que ces énonciations, ne présentant aucune disposition que le tribunal saisi de la poursuite n'aurait pas le pouvoir de modifier, les moyens sont irrecevables, par application de l'article 574 du code de procédure pénale".

Par ailleurs, dans un arrêt très récent rendu le 1^{er} octobre 2019⁸² (affaire dite Bygmalion) relatif au pourvoi contre une décision de renvoi en correctionnelle, notamment, d'un ancien Président de la République, la chambre criminelle a appliqué les mêmes principes.

⁸¹ Crim., 11 juillet 2017, n° 17-81.510.

⁸² Crim., 1 octobre 2019, pourvoi n° 18-86.428, P.

Depuis un arrêt ancien⁸³, la chambre criminelle, juge que *“si, aux termes de l’article 574 du code de procédure pénale, les arrêts des chambres d’instruction portant renvoi des prévenus devant le tribunal correctionnel ou de police ne peuvent être attaqués devant la Cour de cassation que lorsqu’elles statuent sur la compétence ou qu’ils présentent des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n’a pas le pouvoir de modifier, ce n’est qu’à la condition que ces décisions satisfassent aux prescriptions des articles 591 et suivants du même code ; d’où il suit que le moyen qui fait grief à l’arrêt d’être insuffisamment motivé et d’avoir omis de se prononcer sur plusieurs demandes de l’inculpé est recevable et qu’il y a lieu de l’examiner”* .

La chambre criminelle a appliqué aux pourvois formés contre des arrêts de chambre de l’instruction portant renvoi en correctionnelle une semblable motivation en énonçant : *“Si, aux termes de l’article 574 du code de procédure pénale, les arrêts des chambres d’accusation portant renvoi de prévenus devant le tribunal correctionnel ou de police ne peuvent être attaqués devant la Cour de cassation que lorsqu’ils statuent sur la compétence ou qu’ils présentent des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n’a pas le pouvoir de modifier ce n’est qu’à la condition que ces décisions satisfassent aux conditions essentielles de leur existence légale”*.

Dans une décision du 29 mai 1985⁸⁴, la chambre criminelle a retenu le grief selon lequel l’arrêt attaqué avait omis de se prononcer sur une demande des inculpés.

Dans un arrêt du 14 juin 1988⁸⁵, elle a admis le pourvoi d’une personne qui soutenait que la décision avait été rendue par une chambre de l’instruction irrégulièrement composée.

Les arrêts des 22 mai 2001⁸⁶ et 7 juillet 2005⁸⁷ ont retenu comme grief, pour le premier, que l’arrêt ne faisait pas état que le président avait été entendu en son rapport oral, et pour le second, que la chambre de l’instruction n’avait pas donné à nouveau la parole à l’avocat de la personne mise en examen.

En revanche, elle rejette toute contestation des charges à l’occasion d’un pourvoi sur l’arrêt de renvoi :

“Attendu que le moyen se borne à critiquer les énonciations de l’arrêt relatives aux charges que la chambre d’accusation a retenues contre le prévenu ; que, ces énonciations ne présentant aucune disposition définitive que le tribunal saisi de la poursuite n’aurait pas le pouvoir de modifier, le moyen est irrecevable en application de l’article 574 susvisé”⁸⁸.

⁸³ Crim., 7 juin 1963, n°92-371.62, Bull. crim. ., n°193.

⁸⁴ Bull. crim., n°202.

⁸⁵ Bull. crim., n°269.

⁸⁶ N°00.86.586, NP.

⁸⁷ N°05.80.914.

⁸⁸ Crim., 2 avril 1996 Bull. crim. n°145; Crim., 22 févr. 1988 Bull. crim. n°84.

Elle a rejeté également la possibilité de présenter un moyen relatif à la prescription de l'action publique : *“Attendu que le moyen, qui se borne à critiquer les énonciations de l'arrêt relatives à la prescription, ne présentant aucune disposition que le tribunal saisi des poursuites n'aurait pas le pouvoir de modifier, est irrecevable, par application de l'article 574 du code de procédure pénale”*⁸⁹.

Il en a été de même s'agissant de la recevabilité de l'action civile : *“Attendu qu'à l'issue de l'information suivie, sur la plainte avec constitution de partie civile de la société X..., contre Y... pour contrefaçon, le juge d'instruction, après avoir rejeté la demande de celui-ci tendant à voir déclarer irrecevable l'action de la partie civile, a ordonné son renvoi devant le tribunal correctionnel ; que, sur l'appel de l'intéressé, la chambre d'accusation a, par l'arrêt attaqué, confirmé l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions ;*

Attendu que cet arrêt ne statue pas sur la compétence ; que, par ailleurs, la décision de la chambre d'accusation admettant la recevabilité de l'action civile ne présente pas un caractère définitif, dès lors qu'elle ne s'impose pas à la juridiction de jugement ;

*D'où il suit qu'en application de l'article 574 du Code de procédure pénale, le pourvoi est irrecevable*⁹⁰.

Enfin la chambre criminelle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cet article⁹¹ :

“Attendu que, selon l'article 574 du code de procédure pénale, l'arrêt de la chambre de l'instruction portant renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police peut être attaqué devant la cour de cassation, lorsqu'il statue sur sa compétence ; qu'il en est de même lorsqu'il présente des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n'a pas le pouvoir de modifier; qu'il résulte aussi de ce texte que le pourvoi est ouvert lorsque l'arrêt ne satisfait pas aux conditions essentielles de son existence légale, que ces dispositions claires et précises assurent un accès effectif au juge et garantissent le respect des droits de la défense, lors de débats publics à l'audience .

Attendu qu'en conséquence la question posée ne revêt pas un caractère sérieux “

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de transmettre au conseil constitutionnel”.

2°) L'applicabilité de l'article 574 au pourvoi formé contre un arrêt rendu par la Cour de justice de la République.

⁸⁹ Crim., 16 juin 2010, n°09-86.643, NP. V aussi Crim., 3 avril 2013 no 11-87.996

⁹⁰ Crim., 20 janvier 1998 B 22; Crim., 15 mai 1997 Bull crim n°185.

⁹¹ Crim., 15 déc. 2010, n°10-84.112, NP.

Le projet de loi organique a prévu la possibilité d'un pourvoi en cassation des arrêts de la commission d'instruction et de la Cour de justice de la République, en s'inspirant des recommandations du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, et des auditions de MM. P. Draï et L. Gondre devant la commission de lois du Sénat, qui étaient à l'époque respectivement premier président de la Cour de cassation et président de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice⁹².

Lors de la discussion du projet de loi, le rapporteur à la Commission des lois de l'Assemblée nationale a renouvelé son hostilité de principe à la possibilité d'un pourvoi contre les arrêts de la Cour de justice en s'exprimant ainsi : *"l'article 68-1 de la Constitution, inséré dans un titre particulier suivant celui consacré à la Haute Cour de justice et non dans le titre VIII "De l'autorité judiciaire", n'a pas créé une nouvelle juridiction répressive placée au sein de la hiérarchie judiciaire que couronne la Cour de cassation, mais une institution sui generis analogue dans sa nature, comme d'ailleurs dans sa composition, à la Haute Cour de justice. Le législateur peut lui rendre applicable certaines règles -essentiellement formelles- tirées du droit commun de la procédure pénale, ne serait-ce que pour ne pas avoir à élaborer sans nécessité toute une procédure particulière. Mais il n'est nullement tenu de lui imposer le respect de celles qu'il juge incompatibles avec sa nature. Ainsi en va-t-il justement du principe du double degré de juridiction et de son corollaire, la reconnaissance de la recevabilité des pourvois en cassation"*⁹³.

En conclusion de son argumentation, le rapporteur a déclaré *"qu'une solution consistant à admettre ce pourvoi au sein de la Commission d'instruction et à l'exclure à celui du jugement prononcé par la Cour de justice est sans doute la plus équilibrée en termes d'opportunité"*. C'est sur cette base que l'Assemblée nationale, puis le Sénat, ont adopté les termes de l'article 24 précité de la loi organique. Parallèlement, l'article 33 ouvre le pourvoi contre les arrêts de la Cour de justice de la République, et renvoie au code de procédure pénale quant aux conditions et formes du recours.

Madame Durin-Karsenty⁹⁴ conclut son analyse sur cette question ainsi : *"On peut donc avancer l'idée que le pourvoi contre les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est le résultat d'un compromis, tendu vers la recherche d'un équilibre entre une institution sui generis qui consacre un régime de responsabilité pénale particulier et le principe d'attractivité des règles de droit commun dans la mesure où ces règles sont compatibles avec l'article 68-1 de la Constitution et avec la loi organique"*.

L'article 24 de la loi organique renvoie aux *"conditions et formes déterminées par le titre I^{er} (Du pourvoi en cassation) du livre III (Des voies de recours extraordinaires) du code de procédure pénale"*.

⁹² Rapport au Président de la République du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, JO 16 février 1993, p.2537 et s.

⁹³ Rapport au nom de la Commission des lois, 17 juin 1993, n° 356.

⁹⁴ Ass. plén., 22 juillet 2016, pourvoi n° 16-80.133, Bull. crim. 2016, Ass. plén, n° 1. Nous avons emprunté à ce rapport certains des éléments exposés ici.

Dès lors que la chambre criminelle juge que les moyens du pourvoi qui critiquent des dispositions qui ne lieraient pas les juges du fond telles que celles sur les charges ou sur la qualification ne peuvent être recevables⁹⁵, l'application de cet article à la décision de renvoi devant la Cour de justice de la République aurait pour effet de limiter grandement la recevabilité des pourvois contre les arrêts de la commission d'instruction.

Ne pourraient pas davantage être considérés comme recevables les moyens du pourvoi qui critiquent des dispositions qui ne lieraient pas les juges du fond telles que celles sur les charges ou sur la qualification.

Cette question a déjà été débattue et notamment lors de la décision de renvoi rendue à l'encontre de Mme AW.... En cette occasion, M. Cordier, premier avocat général écrivait :

“A l'aune de l'article 574 du code de procédure pénale, les trois moyens proposés au soutien du pourvoi formé par Mme AW... qui ne critiquent aucune disposition que la Cour de justice de la République n'aurait le pouvoir de remettre en cause, ne pourraient pas être considérés comme recevables et par voie de conséquence le pourvoi non plus.

Cette interprétation ne paraît pas devoir être retenue.

On concevrait difficilement que le législateur ait dévolu à la formation la plus solennelle de la Cour de cassation, l'assemblée plénière, les pourvois contre les arrêts de la commission d'instruction pour ensuite en restreindre drastiquement la recevabilité.

Lorsque l'article 24 de la loi organique no 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République énonce que les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République peuvent faire l'objet de pourvois en cassation, il ne pose aucune condition ou restriction à l'admission de ces pourvois, y compris en ce qui concerne les arrêts de cette commission ordonnant le renvoi devant la Cour de justice de la République.

Le renvoi de l'article 24 précité aux conditions et formes du titre I^{er} du Livre III du code de procédure pénale relatif au pourvoi en cassation doit se comprendre comme le renvoi aux conditions de forme posées par le chapitre II du titre I^{er} du livre III (articles 576 à 590 CPP) et au seul article 568 du code de procédure pénale qui, au sein du Chapitre I^{er} du titre I du livre III du code de procédure pénale intitulé “Des décisions susceptibles d'être attaquées et des conditions du pourvoi” régit, stricto sensu, les conditions de délai du pourvoi si l'on veut bien écarter l'article 568-1 du même code qui fixe le délai de pourvoi contre les arrêts ayant statué sur mandat d'arrêt européen.

Les articles 574 et 574-1 du code de procédure pénale concernent spécifiquement les arrêts de renvoi de la chambre de l'instruction respectivement devant le tribunal correctionnel et la cour d'assises. Or, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République procède toujours au renvoi devant la même juridiction : la Cour de justice de la République qui, en application de l'article 68-1 de la Constitution, a une

⁹⁵ Crim., 5 déc. 1978, n° 77-91.999.

compétence pour juger tant les crimes que les délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions.

En outre, la procédure d'instruction devant la Cour de justice diffère de celle de droit commun dans la mesure où les ordonnances de la commission d'instruction ne peuvent être frappées d'appel mais, uniquement, attaquées, en droit, devant la Cour de cassation.

L'ensemble de ces observations commande que le pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction renvoyant un ministre devant la Cour de justice de la République pour y être jugé soit considéré comme recevable.

Une telle interprétation est renforcée par l'article 27 de la loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République qui dispose que le président de cette juridiction fixe la date d'ouverture des débats "dès que l'arrêt est définitif" ce qui implique bien que le pourvoi était recevable et a été examiné, de même que les dispositions de l'article 25 de la même loi organique prévoient la possibilité de renvoi devant la commission d'instruction autrement composée après cassation.

Enfin, une telle interprétation semble pouvoir se déduire des travaux parlementaires. Dans son rapport devant la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, M. André Fanton soulignait que les arrêts de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice n'étaient pas susceptibles de pourvoi en cassation, de même que les arrêts de cette juridiction susceptibles uniquement de recours en révision. Il estimait que l'introduction de ce recours ne s'imposait pas, à aucun des stades de la procédure et, qu'en toute hypothèse, il ne résultait pas des travaux d'élaboration de la loi constitutionnelle".

Le rapport rédigé par Mme Durin-Karsenty, préparatoire à l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 22 juillet 2016, déjà évoqué, développait, lui aussi, longuement, la difficulté relative à l'applicabilité de l'article 574 du code de procédure pénale, dès lors que le pourvoi comportait des observations liminaires tendant à justifier sa recevabilité.

Mais, dans sa décision de rejet du pourvoi, l'assemblée plénière a répondu au fond et n'a pas évoqué l'application de l'article 574 du code de procédure pénale.

Si elle juge que "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", il s'agit là d'une réponse au fond, ne relevant ni l'irrecevabilité du pourvoi, ni celle des moyens présentés.

On peut déduire de la décision rendue par l'assemblée plénière le 23 décembre 1999⁹⁶ l'application du même principe. Dans cette affaire, Mme AX... avait saisi l'assemblée plénière d'un recours

⁹⁶ Cass. Ass. plén., 23 déc. 1999, n° 99-86.298.

contre la décision de renvoi devant la Cour de justice de la République. Elle faisait valoir un moyen tiré de la prescription de l'action publique, moyen qui a été examiné au fond alors que cette question n'est pas définitive et que l'application des dispositions de l'article 574 auraient entraîné son irrecevabilité.

On remarquera toutefois que, dans ce cas d'espèce, la commission d'instruction était saisie d'une exception de compétence. Le rapporteur observait qu'en ordonnant le renvoi du ministre devant la Cour de justice de la République, à la fin de l'information, alors qu'elle était saisie d'un déclinatoire de compétence, la commission d'instruction avait nécessairement prononcé sur la juridiction compétente pour connaître de l'affaire dont elle était saisie. Or, nous avons dit que la compétence fait partie des questions permettant un pourvoi en cassation en matière correctionnelle⁹⁷.

La situation est plus claire dans les arrêts rendus par la suite :

- un ministre, renvoyé devant la Cour de justice de la République, avait formé deux pourvois, le premier à l'encontre de l'arrêt de la commission d'instruction ayant statué sur sa requête en annulation de pièces de la procédure, le second, contre l'arrêt de renvoi devant la Cour de justice. L'assemblée plénière, dans son arrêt du 6 juin 2003⁹⁸, après avoir rejeté le pourvoi contre l'arrêt ayant statué sur la requête en nullité, a rejeté, par voie de conséquence, le pourvoi contre l'arrêt portant renvoi, qui ne contenait pas de moyen spécifique.

- le 17 juillet 2009⁹⁹, l'assemblée plénière a examiné au fond les pourvois formés par un ministre contre l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, portant sur la régularité de la procédure et la compétence de la juridiction de renvoi pour connaître des faits établissant la recevabilité des recours formés. La Cour de cassation a relevé, dans un premier temps, qu'aucun moyen n'était produit au soutien du pourvoi que le ministre avait formé contre l'arrêt le renvoyant devant la Cour de justice de la République. Puis, elle a énoncé : *"Attendu que la juridiction devant laquelle le demandeur est renvoyé est compétente ; que la procédure est régulière"*, avant de prononcer le rejet du pourvoi. Et le sommaire de l'arrêt indique : *"Dès lors qu'aucun moyen*

97

Le rapporteur écrivait : *"Par application des articles 567 et suivants du Code de procédure pénale (plus précisément l'article 574) le présent pourvoi est recevable. En effet, l'arrêt de renvoi rendu par la commission d'instruction a statué sur sa compétence, sur déclinatoire de Mme AX.... L'application des dispositions de l'article 574 du Code de procédure pénale est suffisamment classique et la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation bien établie, pour qu'il ne soit pas utile de développer plus avant"*.

⁹⁸ Ass. plén., 6 juin 2003, n° 01-87.092, 03-80.734, *Bull.crim.* 2003, Ass. plén., n°2.

⁹⁹ Cass. Ass. plén., 17 juill. 2009, n° 09-82.690, n° 09-82.691 et n° 09-82.692.

n'est produit au soutien du pourvoi, et que la juridiction devant laquelle le demandeur est renvoyé est compétente, le pourvoi formé contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ordonnant un renvoi devant la Cour de justice de la République est rejeté".

C) La recevabilité des pourvois contre les arrêts rendus le 21 décembre 2017.

La première phrase de l'article 570 du code de procédure pénale énonce que *"Lorsque le tribunal ou la cour d'appel statue par jugement ou arrêt distinct de l'arrêt sur le fond, le pourvoi en cassation est immédiatement recevable si cette décision met fin à la procédure"*.

L'ordonnance de non-admission en l'état ne rend pas la décision attaquée définitive et n'a d'autre effet que de reporter l'examen du pourvoi, qui sera jugé avec celui formé contre l'arrêt sur le fond¹⁰⁰.

L'ouvrage de référence en cette matière¹⁰¹ donne les précisions suivantes :

"On entend par "arrêt sur le fond" toute décision criminelle, correctionnelle, ou contraventionnelle, rendue en dernier ressort, et qui statue en tout ou en partie sur la culpabilité. Mais tel est aussi le cas des arrêts de mise en accusation rendus par la chambre de l'instruction¹⁰², ou des arrêts de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de police¹⁰³.

Il est donc important de souligner que lorsque l'arrêt attaqué émane de la chambre de l'instruction, il n'est pas nécessaire d'attendre un arrêt de condamnation pour soutenir le pourvoi. Il suffit pour cela de faire appel de l'ordonnance de renvoi, et de former ensuite un pourvoi contre l'arrêt de renvoi en correctionnel ou aux assises. Lorsqu'il s'agit d'un renvoi aux assises, le pourvoi est toujours recevable. Lorsque le prévenu est renvoyé en correctionnelle, il conviendra de veiller à la recevabilité du pourvoi en se plaçant dans l'une des hypothèses prévues par l'article 574 du code de procédure pénale (v. ss. nos 21.11 s.). On pourra, par exemple, attaquer l'ordonnance de renvoi en contestant la compétence territoriale du juge d'instruction. L'arrêt de la chambre de l'instruction statuera alors sur la compétence, et le pourvoi sera recevable.

Lorsque le double degré de juridiction d'instruction était obligatoire en matière criminelle, le président de la chambre criminelle avait jugé que faute de former un pourvoi contre l'arrêt de mise en accusation, l'accusé

¹⁰⁰ Crim. 7 juin 1963, n° 63-90.694, Bull. crim.1963 n° 194.

¹⁰¹ L. Boré, La cassation en matière pénale, Dalloz-Action, n°15.139.

¹⁰² Crim. 1^{er} sept. 1987, n° 85-92.518, Bull. crim. n° 308 – Crim. 27 nov. 1997, n° 97-81.901 et 97-84.568, Bull. crim. n° 406 – Crim. 15 sept. 1999, n° 98-86.569 , 99-84.325, Bull. crim. n° 185 ; D. 2000. 52.

¹⁰³ Crim. 14 mars 1989, n° 88-84.761, NP.

ne pouvait plus soutenir le pourvoi qu'il avait formé contre un arrêt avant dire droit antérieur¹⁰⁴. L'intervention de la chambre de l'instruction étant devenue facultative, on pouvait penser qu'en l'absence d'arrêt de mise en accusation, l'accusé condamné par la cour d'assises pourrait soutenir son pourvoi contre l'arrêt avant dire droit à l'occasion de celui formé contre l'arrêt de condamnation. La chambre criminelle a, finalement, décidé de maintenir la solution traditionnelle ce qui a pour effet d'obliger les accusés à faire appel de l'ordonnance de mise en accusation, puis un pourvoi afin de soutenir leurs recours contre les décisions avant dire droit¹⁰⁵. Mais la solution ne vaut que pour la matière criminelle car les ordonnances de renvoi en correctionnel ne sont pas, en principe, susceptibles d'appel.

Le pourvoi formé contre l'arrêt avant dire droit n'a pas à être renouvelé lors du prononcé de l'arrêt sur le fond. Il ne peut d'ailleurs pas l'être, car il serait tardif. Il n'en est autrement qu'en matière de presse où le pourvoi immédiat est nul conformément à l'article 59 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881, en sorte qu'un nouveau recours doit être introduit contre l'arrêt avant dire droit, en même temps que contre l'arrêt sur le fond¹⁰⁶.

Souvent, le demandeur omet de soutenir le pourvoi qu'il avait formé contre l'arrêt avant dire droit lorsqu'il attaque l'arrêt sur le fond. Lorsque ce pourvoi était voué à l'échec, cela n'a naturellement aucune conséquence, mais lorsqu'il avait des chances de succès, cet oubli est regrettable, car si le demandeur obtient la cassation de l'arrêt avant dire droit, elle entraînera la cassation par voie de conséquence de l'arrêt rendu sur le fond¹⁰⁷. Le pourvoi qui n'a pas été examiné immédiatement conserve donc tout son intérêt. Le demandeur devra produire un mémoire à son appui en même temps que son mémoire contre l'arrêt sur le fond, les écritures produites à l'appui de la requête tendant à l'examen immédiat ne constituant pas un véritable mémoire¹⁰⁸. Mais pour ce faire, il devra avoir constitué un avocat à la Cour de cassation dans le mois du pourvoi initial ou déposé un mémoire personnel¹⁰⁹. En effet, la chambre criminelle applique en la matière les articles 584, 585 et 585-1 du code de procédure pénale (V. ss. nos 131.41 et s.). Il s'agit d'une solution sévère car le pourvoi est, en principe, irrecevable en l'état¹¹⁰ ; on peut comprendre, dès lors, que le demandeur ne constitue pas systématiquement un avocat sur un pourvoi dont il sait qu'il ne sera pas, en principe, examiné par la chambre criminelle dans l'immédiat.

¹⁰⁴ Crim. 26 nov. 1986, n° 85-96.290, Bull. crim. 1986 n° 356.

¹⁰⁵ Crim. 2 mars 2016, n° 14-86.915, Bull. crim. n° 63.

¹⁰⁶ Crim. 11 avr. 1996, n° 95-85.296, Bull. crim. n° 157 – Crim. 16 sept. 2003, n° 01-83.162, Bull. crim. n° 162.

¹⁰⁷ Crim. 14 mars 1989, n° 88-84.76, NP– Crim. 28 mai 2002, nos 01-85.684 et 96-84.639, Bull. crim. n° 119.

¹⁰⁸ Crim. 12 mars 2014, n° 13-87.411, Bull. crim. n° 77 ; D. 2014. 728.

¹⁰⁹ Crim. 23 juin 2004, n° 02-83.638, Bull. crim. n° 167 – Crim. 10 avr. 2013, n° 12-81.868, Bull. crim. n° 83.

¹¹⁰ Crim. 14 janv. 2014, n° 12-88.212, Bull. crim. n° 7 ; D. 2014. 145.

Si l'arrêt sur le fond devient définitif sans que le pourvoi contre l'arrêt incident ait été soutenu, celui-ci perd son objet et est frappé de caducité. Il en va de même lorsque le pourvoi formé contre l'arrêt sur le fond est irrecevable ou frappé de déchéance ; dans ce cas, la chambre criminelle constate le non-lieu à statuer sur le pourvoi contre l'arrêt incident¹¹¹.

C'est ainsi que l'arrêt rendu le 15 septembre 1999¹¹² par la chambre criminelle, cité dans cet extrait énonce que :

“Attendu que, selon les articles 570 et 571 du Code de procédure pénale, le pourvoi contre un arrêt ne mettant pas fin à la procédure ne peut être examiné qu'en même temps que le pourvoi contre un arrêt sur le fond ; que le demandeur étant déclaré déchu du pourvoi formé contre l'arrêt du 9 avril 1999, le pourvoi formé contre l'arrêt du 22 septembre 1998 est sans objet”.

Or, l'arrêt du 9 avril 1999 n'était pas l'arrêt de condamnation mais bien celui renvoyant l'intéressé devant la cour d'assises de sorte que le sommaire pouvait être rédigé ainsi : *“Selon les articles 570 et 571 du Code de procédure pénale, le pourvoi contre un arrêt ne mettant pas fin à la procédure ne peut être examiné qu'en même temps que le pourvoi formé contre l'arrêt sur le fond. Dès lors, il n'y a pas lieu à statuer sur le pourvoi antérieur formé par une personne mise en examen contre l'arrêt ayant rejeté sa demande d'annulation d'actes de procédure, lorsque cette personne est déchue de son pourvoi formé contre l'arrêt la renvoyant devant la cour d'assises”.*

Celui d'un arrêt antérieur posait le même principe : *“Selon les articles 570 et 571 du Code de procédure pénale, le pourvoi contre un arrêt ne mettant pas fin à la procédure ne peut être examiné qu'en même temps que le pourvoi formé contre l'arrêt sur le fond. Dès lors, il n'y a pas lieu à statuer sur le pourvoi antérieur formé par une personne mise en examen contre l'arrêt ayant rejeté sa demande d'annulation d'actes de la procédure, lorsque le pourvoi contre l'arrêt l'ayant renvoyée devant la cour d'assises est irrecevable comme tardif”¹¹³.*

Il convient, semble-t-il, d'envisager ces principes sous réserve de ce qui a pu être dit plus haut de l'applicabilité de l'article 574 du code de procédure pénale. En effet, si M. Louis Boré expose que *“lorsque le prévenu est renvoyé en correctionnelle, il conviendra de veiller à la recevabilité du pourvoi en se*

¹¹¹ Crim. 27 nov. 1997, nos 97-81.901 , 97-84.568, Bull. crim. n° 406 – Crim. 15 sept. 1999, nos 98-86.569 , 99-84.251 , Bull. crim. n° 185 ; D. 2000. 52 – Crim. 13 mai 2003, nos 00-87.553, 02-80.673, Bull. crim. n° 95.

¹¹² Crim. 15 sept. 1999, nos 98-86.569 , 99-84.251, Bull. crim. n° 185 ; D. 2000. 52 .

¹¹³ Crim. 27 nov. 1997, nos 97-81.901 , 97-84.568, Bull. crim. n° 406.

plaçant dans l'une des hypothèses prévues par l'article 574 du Code de procédure pénale", ce qui a pour effet de limiter de manière drastique la recevabilité des pourvois formés contre un arrêt de renvoi en matière correctionnelle, et en conséquence l'étude des éventuels pourvois formés antérieurement sur des décisions rendues avant dire-droit, ce principe peut être écarté lorsque, comme en l'espèce, l'applicabilité de l'article 574 est discutable.

Il en résulte que l'assemblée plénière pourrait être amenée à statuer sur les pourvois formés contre les trois arrêts rendus par la chambre d'instruction de la Cour de justice de la République le 21 décembre 2017 et sur l'arrêt de renvoi du 30 septembre 2019.

Concernant le sort réservé à des moyens proposés sur un pourvoi formé contre un arrêt de renvoi de la commission d'instruction, les arrêts précités du 23 décembre 1999 et de l'assemblée plénière apportent des éléments de réponse, les autres précédents n'ayant pas fait l'objet de moyens contestant la décision de renvoi.

Dans le premier cas, sur le pourvoi contre la décision de la commission d'instruction portant renvoi d'un ministre pour infraction en matière de presse, l'assemblée plénière a examiné les exceptions de prescription, et d'irrégularité du réquisitoire au regard des articles 65 et 50 de la loi sur la liberté de la presse, ainsi que le moyen pris d'un excès de pouvoir de la commission, à laquelle il était fait grief d'avoir requalifié les faits en méconnaissance des règles en matière de presse. En revanche, l'arrêt a relevé que la discussion sur l'absence d'identification des victimes relevait du débat contradictoire et que, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, elle échappait à la compétence de la juridiction d'instruction. Enfin, la Cour de cassation a relevé un moyen d'office, pris de la violation de l'article 19 de la loi organique, en ce que la commission d'instruction avait excédé les limites de sa saisine, en renvoyant le prévenu pour des faits non visés dans le réquisitoire du procureur général.

Dans le second cas, l'assemblée plénière a statué, notamment, sur la question des charges.

<p>V) SUR LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRÊT DU 21 décembre 2017 (N°1) COMPETENCE DE LA CJR ET DESSAISSEMENT DU JUGE DE DROIT COMMUN</p>

Le 22 septembre 2017, M. X... a déposé, au greffe de la Cour de justice de la République, une requête tendant à ce que soient annulées les pièces du dossier relatives d'une part, au financement de sa campagne présidentielle, d'autre part, à la situation patrimoniale, aux investissements et aux

dépenses du couple et, de façon plus générale l'ensemble des pièces issues du dossier transmis à la commission d'instruction par les magistrats instructeurs saisis du volet de droit commun.

Par déclaration en date du 22 décembre 2017, Me Martineau a formé, au nom de M. X..., un pourvoi contre cette décision.

Aucune requête en examen immédiat du pourvoi n'a été déposée.

Par ordonnance du 30 janvier 2018, le premier président de la Cour de cassation a jugé que ni l'intérêt de l'ordre public ni celui d'une bonne administration de la justice ne commandait l'examen immédiat du pourvoi.

Dans son mémoire ampliatif déposé le 29 novembre 2019, le demandeur fait valoir **un moyen unique divisé en sept branches**.

Le moyen est pris de la violation des articles 68-1 de la Constitution et de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

Il est reproché à la décision attaquée d'avoir rejeté la requête de M. X... aux fins de nullité des actes et pièces de la procédure d'instruction de droit commun.

La première branche du moyen fait valoir qu'il résulte de l'article 68-1 de la Constitution que l'instruction des crimes et délits susceptibles d'avoir été commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice et pendant la durée de leurs fonctions relève exclusivement de la Cour de justice de la République. La commission d'instruction ne pouvait écarter le moyen pris de la violation de cette compétence exclusive alors qu'elle constatait que l'information conduite par les magistrats instructeurs parisiens portait sur des infractions en lien avec des contrats de vente d'armement, à l'occasion desquels la DCN-I et la SOFRESA auraient versé indûment au « réseau » de M. AB... 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 (arrêt, pp. 6 et 7), ce dont il ressortait que les actes d'investigation argués de nullité portaient notamment sur des faits susceptibles d'avoir été commis par un Premier ministre dans l'exercice de ses fonctions.

En affirmant, pour écarter la demande d'annulation des investigations relatives au financement de la campagne présidentielle de M. X..., que les faits poursuivis relevaient d'un « *modus operandi* » complexe et ramifié justifiant des investigations approfondies de la part des magistrats instructeurs qui avaient le devoir d'instruire sur l'ensemble des faits dont ils étaient saisis et d'en identifier les auteurs, lorsque le juge d'instruction n'a le pouvoir d'instruire que sur les faits relevant de sa compétence, la commission d'instruction a violé ce texte et les dispositions de la loi

organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République (deuxième branche).

En énonçant, pour refuser d'annuler les investigations relatives au financement de la campagne présidentielle, que dépendait des constatations opérées l'éventualité d'une mise en examen de M. X... et des autres personnes susceptibles d'être poursuivies et, s'agissant de celui-ci, d'une saisine de la Cour de justice de la République, lorsque la saisine de cette Cour n'est pas subordonnée à l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation d'un membre du Gouvernement à la commission d'infractions, sa commission d'instruction ayant précisé pour objet de procéder aux investigations nécessaires et d'apprécier, le cas échéant, la nécessité d'une mise en examen, la commission d'instruction a violé l'article 68-1 de la Constitution et les dispositions de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République (troisième branche).

Dans sa quatrième branche, le moyen expose qu'en retenant que les magistrats instructeurs se devaient de procéder aux investigations critiquées pour éviter une saisine indue et, dès lors, préjudiciable au requérant, de la Cour de justice de la République, la commission d'instruction s'est fondée sur des motifs inopérants et a privé sa décision de base légale.

Il ajoute, dans une cinquième branche, que la saisine de cette Cour n'est pas en elle-même préjudiciable au membre du Gouvernement visé par le réquisitoire.

En énonçant, pour rejeter la demande d'annulation des investigations relatives au financement de la campagne présidentielle, que les juges d'instruction ont mis fin à leurs investigations concernant M. X... à partir du moment où ils ont estimé que celui-ci pouvait relever de la Cour de justice de la République, lorsqu'il lui appartenait de contrôler cette appréciation en vérifiant que les actes critiqués, antérieurs à l'ordonnance de soit communiqué aux fins de réquisitions sur la compétence de cette Cour, ne relevaient pas de la compétence de cette juridiction, la commission d'instruction n'a pas justifié sa décision au regard des articles 68-1 de la Constitution et des dispositions de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République (sixième branche).

Enfin, il soutient qu'il résulte de l'article 68-1 de la Constitution que l'instruction des crimes et délits susceptibles d'avoir été commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice et pendant la durée de leurs fonctions relèvent de la Cour de justice de la République. La commission d'instruction ne pouvait affirmer, pour écarter partiellement la demande d'annulation des investigations relatives à la situation patrimoniale, aux investissements et aux dépenses de Mme et M. X..., que tout enrichissement ou mouvement financier personnels susceptibles d'être appréhendés sous les qualifications respectives de recel ou de blanchiment échappait à la compétence de cette Cour, alors que de tels agissements sont susceptibles d'être en rapport direct avec la conduite des affaires de l'Etat relevant des attributions du membre du Gouvernement mis en cause (septième branche).

A) Argumentation du moyen

Le moyen fait valoir qu'est posée à l'assemblée plénière la question du champ de la compétence exclusive de la Cour de justice de la République, et des modalités de la mise en oeuvre de ce principe par les magistrats instructeurs qui, dans le cadre d'une information de droit commun, font face à des faits qui sont susceptibles de justifier la saisine de cette juridiction spéciale.

Il rappelle que la compétence de la Cour de justice de la République, telle que prévue par l'article 68-1 de la Constitution, ne s'étend qu'aux actes qui sont commis, par des ministres, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (Crim. 6 févr. 1997, n° 96-80.615 : Bull. crim. n° 48 ; CJR, 9 mars 1999 : D. 1999. IR 86). Il découle, selon le moyen "implicitement mais inévitablement" de ces principes que lorsque des investigations sont menées dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction de droit commun et qu'elles révèlent des faits susceptibles d'avoir été commis par une personne relevant du champ de l'article 68-1 de la Constitution, ces autorités doivent se dessaisir.

Il rappelle la jurisprudence prise sur le fondement des anciens articles 679 à 688 du code de procédure pénale (abrogés par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993), qui instituaient une procédure de désignation de juridiction, lorsqu'un magistrat ou une personne exerçant l'une des fonctions d'autorité publique était "susceptible d'être inculpé" d'un crime ou d'un délit commis dans l'exercice de ses fonctions. Dans ce cas, dès que la personne était "mise en cause", la juridiction éventuellement saisie devenait immédiatement incompétente.

Etaient alors "entachés d'une nullité substantielle et générale tous les actes accomplis par (elle) entre cette mise en cause et l'engagement de la procédure définie aux dits articles (679 à 688)" (Crim. 16 avril 1991, n° 91-80.093 : Bull. crim. n° 181).

Dans le mémoire déposé devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, le demandeur faisait valoir :

"Il faut d'abord rappeler que l'instruction de ce qui a été appelé le "volet financier de l'Affaire Karachi" a été initiée sur la seule base de l'allégation selon laquelle l'arrêt des commissions pakistanaises avait été décidé sous la présidence de M. Chirac qui considérait que ces commissions avaient servi à financer la campagne présidentielle de M. A... X..."

D'emblée, ce fut donc l'accusation visant M. A... X..., en tant que candidat mais surtout et nécessairement en tant que Premier ministre -sans quoi il n'aurait pu se rendre complice par instruction des agissements objet de la procédure-, qui a entraîné l'ouverture de l'information judiciaire.

M. A... X... était donc mis en cause dès le début de cette procédure dont il est resté, pendant six ans, la cible principale. Aussi, comme on l'a vu, les juges instructeurs de droit commun auraient dû, dès l'instant où ils étaient saisis de cette procédure, la transmettre à la CJR afin qu'elle prenne en charge tous les actes d'instruction relatifs au rôle et à la participation de l'ancien Premier ministre.

Ils ont fait l'inverse: plutôt que d'adresser en début de procédure une ordonnance constatant, en quelques mots, leur incompétence à poursuivre d'anciens membres du Gouvernement, ils ont attendu la fin de leur instruction pour adresser une ordonnance, intitulée sans honte "Ordonnance d'incompétence", exposant en 180 pages les longues investigations menées en toute incompétence".

Ils sollicitaient ainsi l'annulation de tous les actes et toutes les pièces transmises par les magistrats de droit commun.

L'affirmation de principe relevée à la page 7 de l'arrêt selon laquelle *"tout juge d'instruction a le devoir d'instruire sur l'ensemble des faits dont il est saisi et d'en rechercher les auteurs"* est jugée inopérante par le demandeur dès lors que *"le juge d'instruction n'a pas d'obligation d'informer là où il ne peut être saisi, faute de compétence"*.

Selon le moyen, certains éléments de la motivation utilisés par la commission d'instruction montrent que les investigations menées dans le cadre de la procédure de droit commun avaient pour finalité de découvrir des indices sur des faits susceptibles d'être reprochés à M. X... dans l'exercice de ses fonctions ou ont porté sur M. X... lui-même.

Il critique la motivation aux termes de laquelle les magistrats instructeurs étaient *"non seulement fondés à procéder aux investigations critiquées, mais se devaient de le faire ne serait-ce que, comme l'observe le ministère public, pour éviter une saisine indue et, dès lors, préjudiciable au requérant, de la Cour de justice de la République"*.

La juridiction d'instruction de droit commun n'a pas pour tâche, selon le moyen, de préparer les conditions d'une mise en cause nominative devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Ce serait également à tort que, sous la forme d'un principe, la commission d'instruction aurait énoncé que *"tout enrichissement ou mouvement financier personnels susceptibles d'être appréhendés sous les qualifications respectives de recel ou de blanchiment"* serait exclu de la compétence de la Cour de justice de la République.

B) La motivation de la chambre de l'instruction (arrêt n° 1 du 21 décembre 2017).

La chambre de l'instruction a répondu ainsi :

"Attendu qu'il résulte de l'article 68-1 de la Constitution que l'instruction et le jugement des crimes et délits susceptibles d'avoir été commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice et pendant la durée de leurs fonctions relève exclusivement de la Cour de justice de la République; qu'il s'agit là d'une attribution de compétence d'ordre public, mais de droit étroit en ce qu'elle s'applique à la seule personne exerçant des fonctions ministérielles, dont, en outre, elle n'appréhende pas l'ensemble des actes ;

Attendu qu'ainsi, échappent aux prévisions de la loi :

- les auteurs ou complices des mêmes infractions ou d'infractions connexes ;
- les infractions, soit détachables des fonctions ministérielles, soit perpétrées avant que celles-ci aient commencé ou après qu'elles ont pris fin ;

Attendu que, comme on l'a vu plus haut (1-1), les magistrats instructeurs parisiens ont été saisis, contre personne non dénommée -à l'exception du réquisitoire du 5 avril 2012 pris à l'encontre de M. AB..., mais visant également "tous autres" - et pour la période de 1993 à 2012, sous les qualifications, notamment, d'abus de biens sociaux, complicité et recel, recel et blanchiment aggravés, des infractions en lien avec les contrats de vente d'armement Agosta, Sawari II, SLBS, SHOLA et ROH signés en 1994, à l'occasion desquels la DCN-I et la Sofresa auraient versé indûment au "réseau" de M. AB... 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 ;

Attendu que M. X... a :

- exercé les fonctions de Premier ministre à partir du 29 mars 1993, ses directeurs de cabinet ayant été successivement M. Y... jusqu'en janvier 1995 puis M. AY...,
- le 18 janvier 1995, annoncé sa candidature à l'élection présidentielle dont le premier tour a eu lieu le 23 avril 1995,
- le 23 janvier 1995, créé, pour financer sa campagne dont M. Y... s'est vu confier la direction, l'AFICEB,
- le 11 mai 1995, démissionné de ses fonctions de Premier ministre,
- le 23 mai 1995, créé l'Association pour la réforme (APR) dont le président a été, jusqu'en septembre 2003, M. Y..., et dont les comptes des exercices 2005 et 2006 ont fait "objet de réserves de la part des commissaires aux comptes qui les ont certifiés et de la CNCCFP ;

Attendu que seront examinés successivement, au regard du principe et des faits ci-dessus rappelés, les trois catégories d'actes dont le requérant sollicite l'annulation au motif que les juges d'instruction n'auraient pas été compétents pour y procéder;

3-1-1- Les investigations relatives au financement de la campagne présidentielle de M. X...

Attendu que sont visées par la requête les investigations sur les meetings (D2096), les comptes de campagne déposés au Conseil constitutionnel et la comptabilité de l'AFICEB (D145, 618, 627, 635, 642, 750, 1591 et 1611), liste à laquelle il convient, comme le suggère le ministère public, d'ajouter les cotes D384 (scellés AFICEB), D474 (Conseil constitutionnel), D619 à 621 et 749 (archives de Fontainebleau -comptes de campagne) et D3255 (audition portant notamment sur l'AFICEB) ;

Attendu que tout juge d'instruction a le devoir d'instruire sur l'ensemble des faits dont il est saisi et d'en rechercher les auteurs ;

Attendu qu'en l'espèce, les faits poursuivis, à les supposer avérés, relèvent d'un "modus operandi" complexe et ramifié, se déclinant en diverses phases, se déployant en de multiples endroits et mettant en cause une pluralité de personnes; que les modalités de financement de la campagne présidentielle du requérant, susceptibles de constituer, au moins pour partie, l'aboutissement et, dès lors, l'une des pièces maîtresses d'un processus frauduleux composé d'agissements successifs directement rattachés entre eux (Cass, Crim, 11 octobre 2017, n° 17-80.258), justifiaient des investigations approfondies de la part des magistrats instructeurs;

Attendu que ces investigations étaient indispensables d'un double point de vue: d'une part, rechercher si la campagne présidentielle avait été alimentée par certains financements occultes ou d'origine suspecte, d'autre part, tirer les conséquences des vérifications entreprises à l'égard, tant de M. X... que des autres personnes susceptibles d'être poursuivies ;

Attendu que dépendait des constatations opérées 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 ; qu'il résulte en effet de l'arrêt rendu le 26 juin 1995 par la Cour de cassation (Bulletin criminel, n° 235) "qu'il appartient à tout juge d'apprécier sa propre compétence et qu'aucune dérogation n'est apportée à ce principe, ni par l'article 68-1 de la Constitution, ni par la loi organique du 23 novembre 1993" ; qu'en conséquence, les magistrats instructeurs étaient, non seulement fondés à procéder aux investigations critiquées, mais se devaient de le faire 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 ;

Attendu que sont juridiquement inopérants les arguments pris tant de la jurisprudence - obsolète - sur les "privilèges de juridiction", système procédural radicalement différent abrogé par la loi du 4 janvier 1993, que des allégations des parties civiles dans une plainte n'ayant reflété que l'opinion de ses auteurs ; que si les médias, se faisant l'écho de cette plainte, ont alors présenté M. X... "comme le personnage central du volet financier de l'affaire Karachi", il demeure qu'une saisine prématurée - et nécessairement nominative - de la Cour de justice de la République aurait été d'autant plus dommageable qu'elle aurait pu être regardée comme une confirmation de la campagne dont le requérant était l'objet ;

Attendu que les actes sur lesquels porte la requête en nullité sont, au demeurant, tous antérieurs à l'ordonnance de soit communiqué prise le 6 décembre 2013 aux fins de réquisitions sur la compétence de la Cour de justice de la République ; qu'ainsi, les juges d'instruction ont mis fin à leurs investigations concernant M. X... à partir du moment où ils ont estimé que celui-ci pouvait relever de cette juridiction ;

Attendu que la demande d'annulation des pièces relatives au financement de la campagne de M. X... sera donc rejetée ;

3-1-2 -Les investigations relatives à la situation patrimoniale aux investissements et aux dépenses de M. et Mme X... :

Attendu que sont visées par la requête les investigations sur le patrimoine des époux (D2200), sur la villa de Deauville, la propriété de Tourgeville et le chalet de Mérande à Chamonix (01411. 1498, 2222 à 2229,2332, 3257 et 3265), les pièces du sous-dossier intitulé "X..." (02198 à 2229) ou celles relatives au paiement du personnel de maison (D2224, 3263 et 3266), liste à laquelle il convient d'ajouter les cotes D 1408 et 1409 (acquisition de la propriété de Tourgeville), 3256 (contrat conclu en 1982 avec "le conservateur"), 3257 (prêts souscrits pour les acquisitions des villas de Deauville et de Tourgeville, relevés de comptes bancaires 1996-1998), 3258 (investigation sur le prêt souscrit pour l'acquisition du chalet de Mérande), 3259 (transferts à l'étranger du 3 janvier 1996 au 6 février 1997). 3260 à 3262 (déclarations de travaux sur les villas et chalet), 3264 et 3267 (rémunération de deux employées de maison) et les scellés, constitués à partir du dossier fiscal, "BALL/DGFIP/UN" à "BALL/DGFIP/SIX" ;

Attendu, d'une part, qu'il résulte de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 26 juin 1995 et de ceux des 16 février et 13 décembre 2000 (Bulletin criminel, n° 72 et n°375) que les actes accomplis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, au sens de l'article 68-1 de la Constitution, sont "ceux qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de ses attributions, à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux", ce qui a conduit à éliminer tous les agissements n'ayant "aucun lien direct avec la détermination de la conduite des affaires de l'État" ;

Attendu, d'autre part, que les magistrats instructeurs étaient tenus d'informer sur tous les faits dont ils étaient saisis pour la période de 1993 à 2012 (cf.1-1 ci-dessus) ;

Attendu qu'en l'espèce, échappaient donc à la compétence de la Cour de justice de la République :

- par nature, 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 ; - tout comportement sanctionné pénalement, quel qu'il soit, susceptible d'être intervenu entre le 11 mai 1995, date de la démission de M. X..., et 2012 ;

Attendu que c'est au regard de ces seuls éléments objectifs qu'il convient d'examiner les investigations faites sur le patrimoine, les investissements et les dépenses personnels des époux X..., les considérations sur ce qui a pu être ou non "envisagé" par les juges d'instruction étant inopérantes du point de vue de la validité de ces actes ;

Attendu qu'il résulte de l'examen de chacune des pièces en cause que les recherches critiquées ont été entreprises sur les biens immobiliers de la famille, sur les valeurs mobilières détenues, enfin, sur les modalités de paiement du personnel de maison ;

3-1-2-1 Les biens immobiliers

Attendu que la famille est - ou a été - propriétaire d'un appartement à Paris, d'une villa à Deauville, acquise en 1978 et revendue en 1998, enfin, du chalet de Mérande à Chamonix et d'une propriété à Tourgeville acquis, respectivement, en 1989 et en 1996 ;

Attendu que les investigations sur le remboursement, intervenu le 5 décembre 1997, du prêt souscrit pour l'achat de la villa de Deauville, sur les conditions d'acquisition, par Mme X..., de la propriété de Tourgeville, ainsi que sur les travaux ayant pu être effectués à Deauville, sur ceux effectivement réalisés à Chamonix en août 1995 et au domicile parisien des époux en 1998 et 2009 sont justifiées en ce qu'elles portent sur des versements opérés durant la période entrant dans la saisine des magistrats instructeurs; qu'au demeurant, le 9 novembre 2011, M. et Mme X... avaient pris l'initiative d'adresser aux juges d'instruction une lettre précisant les modalités de financement de la propriété de Tourgeville, notamment au regard de la valorisation de leur portefeuille de valeurs mobilières aux 1^{er} janvier 1994, 1995 et 1996 (D1498), lettre dont l'annulation est maintenant sollicitée ;

Attendu, en revanche, que la demande de communication, adressée le 7 mai 2012 à la SNP, "du prêt octroyé par l'UCB (...) en 1989 pour l'acquisition d'un bien immobilier à Chamonix, le chalet de Mérande" (D2227), visant une période antérieure aux faits poursuivis, encourt l'annulation, de même que la réponse, au demeurant négative, de l'établissement bancaire du 25 mai 2012 (D3258) ; que devront également être annulés, pour concerner une période non visée à la prévention, les feuillets 6 à 31 du scellé "BALL/DGFIP/UN", le scellé "BALL/DGFIP/DEUX", relatifs notamment à l'acquisition de la villa de Deauville, les déclarations d'ISF antérieures à 1993 figurant dans le scellé "BALL/DGFIP/CINQ" et les feuillets 10, 26, 33 -ce dernier détaillant le financement du chalet de Chamonix-du scellé "BALL/DGFIP/SIX"; que les constatations des 23 novembre 2011 et 26 mai 2012 sur la partie annulée de ces scellés, constitués lors de la consultation du dossier fiscal, devront être annulées (D2207 et D2221) ;

3-1-2-2 Les valeurs mobilières

*Attendu que les investigations sur les ressources du requérant, les comptes bancaires, les placements et les mouvements financiers n'encourent pas l'annulation, pour avoir porté sur les années 1993 à 1998 ;
Attendu qu'en revanche, devront être annulés, dans le scellé "BALL/DGFIP/TROIS" les documents concernant les revenus et les déclarations d'impôts du requérant pour la période antérieure à 1993, les constatations du 26 mai 2012 sur la partie annulée de ce scellé devant, quant à elles, être annulées (D2207 et 2221) ;*

3-1-2-3 Les modalités de paiement du personnel de maison

Attendu qu'il a été procédé à la recherche et à l'audition de certaines employées de maison qui ont notamment indiqué le montant et les modalités de paiement de leur salaire; que les fiches de paye de deux d'entre elles, salariées, l'une de 1996 à 1997 à Tourgeville, l'autre en 1997 et 1998 à Paris au profit d'un fils des époux X..., toutes deux payées en espèces par ces derniers, ont été découvertes au siège de l'APR (D2224 et 3266)

; qu'à l'évidence, ces investigations relevaient de la compétence des juges d'instruction ; qu'aucune nullité n'est donc encourue de ce chef ;

3-1-3 - Les autres pièces du dossier versé à la présente procédure

Attendu qu'il est demandé d'annuler l'ensemble des autres pièces provenant du dossier versé à la procédure par les magistrats instructeurs parisiens ;

Attendu que, s'agissant d'actes d'instruction qui ne le concernent pas directement, M. X... ne justifie d'aucun intérêt à agir en annulation de ces pièces; que sa demande est dès lors irrecevable ;

Attendu qu'aucun des autres actes de l'instruction n'ayant pour support nécessaire une des pièces annulées, l'annulation sera limitée à celle des cotes visées ci-dessus (3-1-2-1 et 3-1-2-2) ;

3-2- Sur l'atteinte aux droits de la défense, à la présomption d'innocence et au secret de l'instruction

Attendu que l'annulation des mêmes pièces est demandée sur trois fondements, qu'il convient d'examiner successivement ;

3-2-1 L'atteinte aux droits de la défense

Attendu que le requérant soutient avoir été empêché, pendant toute la durée de l'instruction, d'exercer les droits de la défense, dont, notamment, celui d'être entendu, d'avoir accès au dossier et de pouvoir discuter les éléments recueillis à son encontre ;

Attendu qu'il est de l'essence même du cadre constitutionnel de la Cour de justice de la République que, si des faits sont susceptibles de mettre en cause des ministres dans l'exercice de leurs fonctions et d'autres personnes, coexistent deux procédures dont l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé le 22 juillet 2016 qu'elles étaient, par nature, "indépendantes" l'une de l'autre; qu'en l'espèce, les juges d'instruction ont été saisis en premier, sans qu'aucune partie civile ne saisisse, entre 2010 et 2014, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République et sans que le ministère public près cette juridiction ne prenne l'initiative d'une saisine ;

Attendu qu'il relevait donc de la logique institutionnelle que les investigations soient effectuées, dans un premier temps, par les magistrats parisiens; que, comme on l'a vu plus haut (3-1-1), les modalités de financement de la campagne présidentielle de M. X..., susceptibles de constituer l'une des pièces maîtresses du dispositif objet des poursuites, imposaient des recherches destinées, avec d'autres investigations, à vérifier l'existence du processus frauduleux, vérification qui a conduit à la mise en examen de diverses personnes à la fin de l'année 2011 et en 2012 ;

*Attendu qu'à l'égard du requérant, la mission des juges d'instruction était double: d'abord, rechercher s'il y avait ou non matière à saisir la Cour de justice de la République, étant observé qu'une saisine prématurée ou dépourvue de fondement lui aurait été préjudiciable, ensuite, s'assurer qu'aucune infraction détachable de ses fonctions ou intervenue après leur cessation, entre 1995 et 2012, ne pouvait lui être reprochée ;
Attendu que les investigations conduites dans cette perspective, lesquelles n'ont pas été faites exclusivement à charge, ont eu notamment pour effet :*

- d'exclure un enrichissement personnel indu de M. X...,*
- de ne mettre à jour aucun élément de nature à établir un lien entre le financement de la campagne présidentielle du requérant et l'attentat de Karachi,*
- de permettre d'estimer, plus généralement, qu'aucun délit commis hors l'exercice de ses fonctions ne pouvait lui être reproché, puisqu'il n'a pas été mis en examen de ce chef par les juges d'instruction de droit commun ;*

Attendu que le requérant ne saurait, non plus, se faire un grief de ce que les magistrats instructeurs n'ont constaté leur incompétence que le 6 février 2014 et la Cour de justice de la République n'a été saisie que le 26 juin 2014 ;

Attendu, tout d'abord, qu'il y a quelque incohérence de sa part à critiquer le caractère tardif de sa saisine de cette juridiction tout en ayant, par requête du 31 octobre 2017, sollicité de la présente commission l'annulation de sa mise en examen intervenue le 29 mai 2017, motif pris d'une absence "d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable" sa participation aux infractions reprochées ;

Attendu, ensuite, qu'il est de jurisprudence constante que tout juge d'instruction, avant de mettre en examen une personne déterminée, a la faculté, sans encourir le grief de violation de l'article 105 du code de procédure pénale, de mettre en oeuvre les mesures destinées à l'éclairer sur sa participation aux agissements incriminés dans des conditions pouvant engager sa responsabilité pénale (Crim, 30 septembre 2008, Bull.n° 198 ; 25 juin 2013, Bull. n° 155) ;

Attendu enfin que :

- les magistrats instructeurs parisiens n'ont plus accompli aucun acte concernant M. X... après leur ordonnance de soit-communié du 16 décembre 2013, date à partir de laquelle ils ont estimé que celui-ci ne pouvait relever que de la compétence de la Cour de justice de la République ;*

- avant d'envisager la mise en examen du requérant, la présente commission d'instruction, saisie le 26 juin 2014, a effectué diverses diligences pour s'assurer que les faits n'étaient pas tous prescrits, s'est prononcée sur ce point, puis a procédé à de nombreuses investigations et auditions, pratique habituelle qui, comme l'a énoncé la Cour de cassation, loin de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, a pour objet de garantir un procès équitable (Crim, 1er décembre 1998, Bull. n° 100) ; que, durant cette période de près de trois ans, M. X... n'a à aucun moment demandé à être entendu comme témoin assisté; que, depuis sa mise en examen, le 29 mai 2017, il a pu exercer tous les droits afférents à son nouveau statut ;

Attendu que le grief de violation des droits de la défense et des règles de la convention européenne des droits de l'homme, dont aucune n'est citée par le requérant, ne peut donc qu'être écarté ;

3-2-2- L'atteinte à la présomption d'innocence

Attendu qu'il est soutenu que la présomption d'innocence dont aurait dû bénéficier le requérant a été "aggravée par la retentissante médiatisation qu'a connue le volet financier de l'affaire" ;

Attendu que, si cette médiatisation est aussi incontestable que regrettable, elle ne constitue pas pour autant une cause de nullité de la procédure ;

Attendu, en effet, que, si le principe du respect de la présomption d'innocence s'impose à toute juridiction, sa violation suppose que l'atteinte qui a été portée à ce principe se soit traduite par une décision touchant à la culpabilité de la personne poursuivie (Crim, 13 février 1996, n° 95-85.676), étant précisé que ne sont retenues à ce titre ni les sanctions disciplinaires ni même certaines décisions civiles (Crim. 11 février 2003, n° 02-81.918 et 1^{re} Civ, 31 octobre 2012, n° 11-26.476) ;

Attendu que, comme le souligne le ministère public, il n'est nullement soutenu que les juges d'instruction de droit commun aient rendu une décision touchant à la culpabilité de M. X..., qu'ils n'ont ni entendu ni mis en examen et à l'égard duquel ils se sont finalement déclarés incompétents; qu'ils ne se sont prononcés ni sur les charges ni, a fortiori, sur la culpabilité du requérant ;

Attendu qu'en conséquence, le grief ne saurait être retenu ;

3-2-3- L'atteinte au secret de l'instruction

Attendu que la violation du secret de l'instruction a été, certes, avérée et préjudiciable au requérant; que, pour autant, elle n'aurait été de nature à altérer la validité d'un acte qu'à la condition, notamment, d'avoir été concomitante à l'accomplissement de cet acte ; qu'aucune violation de ce secret survenue lors de la réalisation d'un acte d'instruction n'étant invoquée, le moyen est dépourvu de fondement juridique ;

La commission d'instruction a conclu ainsi :

- déclare la requête recevable;*
- prononce l'annulation des cotes D2227 et D3258, des feuillets 6 à 31 du scellé "BALL/DGFIP/UN", du scellé "BALL/DGFIP/DEUX", des documents du scellé "BALL/DGFIP/TROIS" concernant les revenus et les déclarations d'impôts du requérant pour la période antérieure à 1993, des déclarations d'ISF antérieures à 1993 figurant dans le scellé "BALL/DGFIP/CINQ", ainsi que des feuillets 10, 26, 33 du scellé "BALL/DGFIP/SIX" ;*
- dit que les actes annulés seront retirés du dossier d'information, classés au greffe de la Cour de justice de la République et qu'il sera interdit d'y puiser aucun renseignement contre les parties aux débats ;*

- ordonne la cancellation : des constatations des 23 novembre 2011 et 26 mai 2012 sur les feuillets 6 à 31 du scellé "BALL/DGFIP/UN", sur le scellé "BALL/GFIP/DEUX", sur les déclarations d'ISF antérieures à 1993 figurant dans le scellé "BALL/DGFIP/CINQ" et sur les feuillets 10, 26, 33 du scellé "BALL/DGFIP/SIX" ; des constatations du 26 mai 2012 (D2207 et D2221) sur la partie annulée du scellé "BALL/DGFIP/TROIS" concernant les revenus et les déclarations d'impôts du requérant pour la période antérieure à 1993 ;

Cela après qu'aura été établie une copie certifiée conforme à l'original, classée au greffe de la Cour de justice de la République ;

- dit n'y avoir lieu à annulation d'autres actes ou pièces de la procédure jusqu'à la cote D3681 (...)" (CJR, 21 déc. 2017, p. 6-14).

En résumé, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a rejeté une partie de la demande formulée pour les raisons suivantes :

- les faits poursuivis s'inscrivaient dans un *modus operandi* complexe justifiant des investigations approfondies de la part des magistrats instructeurs indispensables pour rechercher si la campagne présidentielle avait été alimentée par certains financements occultes ou d'origine suspecte,

- dans le cadre de leur obligation d'instruire et dans le respect des dispositions de l'article 68-1 de la Constitution, ils devaient accomplir des investigations approfondies aux fins de savoir si, d'une part, une infraction pouvait être imputée à un ministre du gouvernement français à l'époque de sa commission, d'autre part, si elle avait pu être commise dans l'exercice de ses fonctions.

C) Eléments de réflexion

La compétence en matière pénale est d'ordre public. "Les règles de compétence sont fondées sur un intérêt général ; elles sont immuables et ne peuvent fléchir ; l'ordre des juridictions domine toutes les circonstances de fait, toutes les considérations qu'on pourrait faire valoir dans chaque procès"¹¹⁴.

¹¹⁴ Hélie, F. IV, n° 1693.

Il n'y a pas à distinguer selon qu'il s'agit d'une compétence à raison du fait, de la personne ou du lieu. *"Toutes les incompétences déclarées par la loi sont, quant à leurs effets légaux, également péremptoires et absolues"*¹¹⁵.

A quel moment le juge doit-il se déclarer incompétent au profit d'une juridiction spécialisée ?

1°) La comparaison avec la procédure anciennement prévue par les articles 679 à 688 du code de procédure pénale

Il existait une procédure particulière gouvernant les poursuites dirigées contre les magistrats et certains fonctionnaires, préfets, maires, officiers de police judiciaire. Elle a été abrogée par la loi du 4 janvier 1993. Les distinctions légales procédaient de la qualité de la personne et de la circonstance que l'infraction avait été commise hors ou dans l'exercice des fonctions. L'instruction et le jugement de l'affaire étaient alors transportés dans un autre ressort, sur requête présentée par le ministère public à la chambre criminelle qui désignait la juridiction compétente.

Dans cette matière, la Cour de cassation a jugé que dès lors qu'était connue la qualité de la personne "mise en cause", le procureur de la République ou le juge d'instruction étaient frappés d'incompétence et la requête devait être aussitôt présentée¹¹⁶.

Le sommaire d'une décision du 21 décembre 1988¹¹⁷ était ainsi rédigé :

"La procédure définie par l'article 687 du Code de procédure pénale doit être sans délai engagée par le procureur de la République dès le moment où une personne entrant dans les prévisions de ce texte est mise en cause et se trouve, par suite, susceptible d'être inculpée d'un crime ou d'un délit commis dans ou hors l'exercice de sa fonction et dans la circonscription où elle est territorialement compétente ; à défaut le juge d'instruction et le procureur de la République deviennent incompétents".

Tant que cette qualité n'était pas connue, les actes accomplis demeuraient valables¹¹⁸.

Les textes en question visaient le cas où la personne protégée était *"susceptible d'être inculpée d'un crime ou d'un délit commis hors l'exercice de ses fonctions"*.

¹¹⁵ Crim. 14 févr. 1868, S.1868, I, 418 ; Crim., 8 mars 1961, Bull. crim. n° 145 ; Crim., 2 juill. 1970, n° 70-91.678, Bull. crim. n° 227.

¹¹⁶ Jurisprudence abondante de : Crim., 12 juill. 1895, D, 1900, I, 509 - Crim., 8 févr. 1984, Bull. crim. n° 48.

¹¹⁷ Crim., 21 décembre 1988, pourvoi n° 88-86.883, Bull. crim. 1988 n° 445.

¹¹⁸ Crim., 25 juin 1975, Bull. crim. n° 198.

Ce cas d'espèce, cité au moyen comme devant déterminer le juge saisi à se dessaisir le plus tôt possible, dès l'apparition du nom de M. X..., présente néanmoins quelques différences avec lui.

Tout d'abord, il ne s'agissait pas d'une immunité de juridiction mais d'une procédure garantissant tout à la fois l'indépendance des fonctions des personnes poursuivies et l'indépendance et l'impartialité du juge saisi de la poursuite¹¹⁹.

La juridiction saisie était en effet une juridiction de droit commun, tout comme celle qui était dessaisie.

L'article 688 permettait d'ailleurs au juge de droit commun de poursuivre l'enquête au cas d'urgence et après que la requête a été présentée.

Ensuite, on peut s'interroger entre la précision textuelle de chacun des textes, et sur la ressemblance entre la personne "*susceptible d'être inculpé d'un crime ou d'un délit commis hors l'exercice de ses fonctions*" et la façon dont est décrite la compétence de la Cour de justice de la République par la Constitution : "*Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République*"¹²⁰.

Si le premier de ces textes usait d'une formulation, certes floue, pour déterminer le moment où le dessaisissement devait avoir lieu, le second n'évoque que le principe d'une responsabilité pénale dérogeant au droit commun, sans donner aucun élément de procédure.

2°) L'incidence de la rédaction d'un réquisitoire contre personne dénommée.

On peut s'interroger également sur une donnée purement procédurale. En effet, selon la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, dans son article 19, le réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation doit être nécessairement pris contre personne dénommée.

"La commission d'instruction informe en vertu d'un réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation. Le réquisitoire est pris contre personne dénommée".

Aujourd'hui, selon les dispositions de l'article 113-1 du code de procédure pénale, "*toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou par un réquisitoire supplétif et qui n'est pas mise en examen ne peut être entendue que comme témoin assisté*".

Ce texte est issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et n'existait pas à l'époque de l'élaboration de la loi organique.

A cette époque, si l'article 80 du code de procédure pénale ne portait mention que de ce que le procureur de la République pouvait ouvrir une information contre personne dénommée ou non

¹¹⁹ V. Garraud, Traité d'instruction criminelle, II, n° 455 ; P. Chambon, Le juge d'instruction, Dalloz, 3^{ème} éd., 1985, n° 37.

¹²⁰ Constitution, art 68-1, préc.

dénommée, la Cour de cassation jugeait que la personne nommément visée par le réquisitoire introductif, qu'elle l'ait ou non été par la plainte avec constitution de partie civile, avait la qualité d'inculpé même avant que n'ait eu lieu l'interrogatoire de première comparution¹²¹.

Il est en conséquence permis de s'interroger sur l'intention du législateur. A-t-il souhaité que la commission d'instruction "inculpe" un ministre en exercice sans qu'aient été réunis contre lui des indices rendant vraisemblable la commission d'un crime ou d'un délit ?

On peut d'ailleurs noter que M. X... a contesté qu'il ait existé, au moment de sa mise en examen des indices de cette nature, ou, plus exactement, des indices graves ou concordants.

On peut encore souligner que la commission des requêtes de la Cour de justice de la République peut être saisie sur plainte d'une personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions. Cette plainte doit contenir le nom du membre du Gouvernement visé et l'énoncé des faits allégués à son encontre. Elle doit être signée par le plaignant¹²². La commission des requêtes apprécie la suite à donner aux plaintes qu'elle reçoit¹²³. Mais bien que la plainte doit être présentée contre personne dénommée, la commission des requêtes, en cas de plainte insuffisamment motivée ou insuffisamment justifiée par les pièces produites, peut faire procéder à toutes investigations utiles selon les formes prévues par les articles 75, 76 et 77-1 du code de procédure pénale. Les pouvoirs conférés par ces articles au procureur de la République sont exercés par l'un des membres de la commission, magistrat à la Cour de cassation¹²⁴.

3°) La décision rendue par la chambre criminelle le 26 juin 1995.

Selon le sommaire de la décision rendue par la chambre criminelle le 26 juin 1995, citée par l'arrêt de la commission d'instruction, la compétence de la Cour de justice de la République, selon l'article 68-1 de la Constitution telle que modifiée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, est limitée aux actes constituant des crimes ou délits commis par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions et qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'Etat relevant de leurs attributions, à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux.

¹²¹ Crim., 24 mai 1971, Bull crim n° 171 ; Crim., 11 avr. 1973, Bull crim n° 190 ; Crim., 12 avril 1988, Bull. crim. n° 150.

¹²² Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, art. 13.

¹²³ Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, art. 14.

¹²⁴ Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, art. 15.

Cette décision est ainsi rédigée :

“Attendu que, pour rejeter le grief d’incompétence du juge d’instruction, la chambre d’accusation retient qu’il résulte de l’article 68-1 de la Constitution, tel que modifié par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, que les juridictions répressives de droit commun peuvent être saisies et conservent leur compétence à l’égard des crimes et délits susceptibles d’avoir été commis par un membre du gouvernement en dehors de l’exercice de ses fonctions, celles-ci étant caractérisées, aux termes de l’article 20 de la Constitution, par la participation à la détermination et à la conduite de la politique de la Nation ;

Attendu qu’analysant les actes reprochés à A.C., les juges observent que la relation de corruption se serait établie entre, non pas le ministre, mais le maire de Grenoble et des sociétés commerciales de droit privé, à propos de la concession d’un service public de la collectivité grenobloise et non d’un marché de l’Etat, et que les recels d’abus de biens sociaux ne porteraient que sur des fonds privés ; que l’utilisation de l’appartement du boulevard St Germain n’a été qu’occasionnelle lorsqu’A.C., étant ministre, disposait d’un logement de fonctions ; qu’enfin, la preuve ne serait pas rapportée que l’utilisation abusive des moyens de transport mis à sa disposition par des sociétés privées soit liée à l’exercice des fonctions ministérielles, A.C. ayant lui-même admis que la plupart des déplacements correspondaient à son activité de maire, et certains pilotes ayant déclaré qu’une fois ministre, celui-ci n’avait plus eu qu’exceptionnellement recours à leurs services ;

Attendu qu’en déduisant de ces éléments l’absence de tout lien entre les faits poursuivis et la fonction ministérielle, la chambre d’accusation a fait l’exacte application des textes visées au moyen ; Qu’en effet, les actes commis par un ministre dans l’exercice de ses fonctions sont ceux qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l’Etat relevant de ses attributions, à l’exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux ;

D’où il suit que le moyen ne saurait être accueilli”.

Si les éléments d'espèce de l'arrêt cité ci-dessus sont relatifs à la différence entre les actes accomplis en tant que ministre et ceux réalisés dans un cadre privé (ou dans celui d'une autre fonction publique), la chambre criminelle semble admettre que l'instruction peut se dérouler jusqu'à ce que les faits qui relèveraient d'une éventuelle compétence de la Cour de justice de la République soient avérés.

4°) Des investigations avant de se déclarer incompétent ?

Le magistrat instructeur a la faculté de ne mettre en examen une personne déterminée 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

pénale¹²⁵. Ainsi, ne méconnaît pas les dispositions de l'article 105 du code de procédure pénale, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour écarter le grief tiré de la tardiveté de la mise en examen d'une personne, se fonde sur des éléments établissant qu'il n'existait pas, à l'égard de cette personne, des indices graves et concordants excluant son audition en qualité de témoin et devant conduire à la mise en examen¹²⁶. Il en est ainsi même si l'intéressé a été mis en examen pour des faits connexes¹²⁷.

Il est assez logique de devoir réunir des éléments avant de prendre une décision aussi importante qu'une mise en examen.

Il en est de même en matière de décision d'incompétence.

Ainsi, la chambre de l'instruction ne peut, sans méconnaître l'obligation d'informer, déclarer territorialement incompétent un juge d'instruction saisi d'une plainte avec constitution de partie civile tant que le magistrat n'a pas effectué les investigations de nature à lui permettre de vérifier sa compétence.

Dans un domaine aussi fondamental que celui de l'immunité pénale des Etats et de leurs composantes, la chambre criminelle a encore jugé que *“le juge d'instruction a l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte, sous toutes les qualifications possibles, et que cette obligation n'est pas contraire en son principe à l'immunité de juridiction des États étrangers et de leurs représentants, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés”*.

Cette solution a été répétée par la suite¹²⁸.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la chambre criminelle en date du 16 février 2000¹²⁹ le pourvoi faisait valoir que :

“en ce que l'arrêt attaqué a rejeté la demande de nullité de l'intégralité des actes de la procédure, en tant qu'accomplie par une juridiction de droit commun à propos d'actes imputés à un ministre dans l'exercice de ses fonctions et relevant de la compétence exclusive de la Cour de justice de la République, aux motifs que X... a été mis en examen des chefs de complicité et de recel des abus de biens sociaux commis au préjudice du groupe H... et au profit de Y...-Z... ; que X... a été ministre du gouvernement français de 1983 à 1986 puis

¹²⁵ Crim. 4 janv. 1977, n° 76-91.991, Bull. crim. n° 5 – Crim. 13 oct. 1998, n° 98-82.522, Bull. crim. n° 254 ; D. 1999. IR 7 – Crim. 23 mars 1999, n° 98-86.263, Bull. crim. n° 51 – Crim. 18 juin 1998, n° 98-81.369, Bull. crim. n° 200 ; Dr. pénal 1999. n°s 28 et 30, obs. Maron – Crim. 29 sept. 1998, n° 98-81.586, NP, Procédures 1999, n° 75, obs. Buisson – Crim. 8 nov. 2000, n° 00-83.570, Bull. crim. n° 3.

¹²⁶ Crim. 25 juin 2013, n° 12-88.021, Bull. crim. n° 155.

¹²⁷ Crim. 30 sept. 2008, n° 08-83.064, Bull. crim. n° 198 ; D. 2008. 2671; AJ pénal 2008. 513, obs. Girault.

¹²⁸ Crim., 17 juin 2014, n° 13-80.158, NP.

¹²⁹ Crim., 16 février 2000, pourvoi n° 99-86.307, Bull. crim. 2000, n° 72

de 1988 à 1993, qu'il a entretenu des relations intimes suivies avec Y...-Z..., que celle-ci déclare que, grâce à son intervention, elle a reçu des sommes très importantes de sociétés filiales du groupe H... ; que la compétence de la Cour de justice de la République est limitée aux actes commis par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions ; que X..., alors ministre des affaires étrangères, n'avait pas dans ses attributions la tutelle des sociétés H... ; que le fait consistant à provoquer l'embauche d'une relation intime et la réception par celle-ci de sommes indues n'a aucun lien direct avec la détermination et la conduite de la politique de la Nation et des affaires de l'État ;

La chambre criminelle répond ainsi :

Attendu que, pour rejeter la requête en annulation des pièces de la procédure tirée du dépassement par les juges d'instruction de leur saisine, la chambre d'accusation relève que le réquisitoire introductif du 4 novembre 1997 a saisi les magistrats instructeurs des chefs d'abus de biens sociaux, complicité et recel au préjudice des sociétés H..., que dans les documents joints, étaient cités les noms de X... et de Y... et que les actes critiqués avaient pour but notamment de vérifier les éléments anonymes portant sur les mouvements du compte bancaire de X..., recueillis dans le procès-verbal de constatations du 21 janvier 1998 ;

Qu'en cet état, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués".

5°) Les limites à la compétence de la Cour

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir estimé que toute appropriation personnelle par un ministre en exercice serait exclue de la compétence de la Cour.

Sur cette question, on citera l'arrêt rendu le 30 décembre 2000 par la chambre criminelle¹³⁰.

Vu l'article 68-1 de la Constitution ;

Attendu que, selon ce texte, la compétence de la Cour de justice de la République est limitée aux actes constituant des crimes ou délits commis par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions et qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'Etat, relevant de leurs attributions ; qu'elle ne s'étend pas aux faits commis à l'occasion de l'exercice d'une activité ministérielle ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que X... a été mis en examen pour s'être rendu complice, courant 1995 et 1996, du délit de prise illégale d'intérêts commis par C..., maire de la commune de Castelnou, en ayant, à l'occasion de ses fonctions de ministre de la Justice, exercé des interventions par l'intermédiaire du préfet des Pyrénées-Orientales et de son directeur de cabinet et par l'intermédiaire de son propre chef de cabinet, en vue d'interdire la préemption par la SAFER Languedoc-Roussillon du domaine adjudgé à la barre du tribunal de grande instance de Perpignan à Y... et

¹³⁰ Crim., 13 déc. 2000, n° 00-82.617, Bull. crim., n° 375.

favorisé la rétrocession par la SAFER de ce bien à la SCEA de B..., dans laquelle ce dernier était associé avec J... AZ... ;

Attendu que, pour accueillir l'exception d'incompétence du juge d'instruction, la chambre d'accusation après avoir relevé que Y... était connu du ministre à titre privé, énonce que "si l'intervention critiquée ne s'inscrivait pas nécessairement dans la conduite du ministère confié à X..., il est difficile de soutenir qu'elle était tout à fait étrangère à l'exercice de l'activité ministérielle dans ses composantes politiques et administratives ; qu'il existe donc en la cause, un lien entre l'acte reproché et la fonction de ministre" ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'il ne résulte pas de ses constatations que les faits reprochés se rattachaient directement à l'exercice par X... de ses fonctions de ministre de la Justice et avaient un lien direct avec la détermination de la conduite des affaires de l'Etat, la chambre d'accusation a méconnu le sens et la portée du texte et du principe susvisés ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Mais surtout, cette septième branche du moyen est relative à l'extrait de motivation suivant :

*Attendu qu'en l'espèce, échappaient donc à la compétence de la Cour de justice de la République :
- par nature, 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 ; - tout comportement sanctionné pénalement, quel qu'il soit, susceptible d'être intervenu entre le 11 mai 1995, date de la démission de M. X..., et 2012 ;*

Selon le moyen l'arrêt a dit qu'échappaient à la compétence de la CJR "tout enrichissement ou mouvement financier personnels susceptibles d'être appréhendés sous les qualifications respectives de recel ou de blanchiment". Il arrête là son exposé.

Mais en réalité, la phrase se continue par "(...) et, de manière générale, tout autre agissement répréhensible détachable de l'exercice des fonctions (...)".

La question posée est donc de savoir si la commission d'instruction n'a pas posé l'exigence d'un agissement répréhensible détachable de l'exercice des fonctions comme facteur commun à l'énumération qu'elle venait de faire.

Cette question peut être posée dès lors que, plus haut dans l'arrêt, la commission indique bien que :

"Attendu qu'ainsi, échappent aux prévisions de la loi :

- les auteurs ou complices des mêmes infractions ou d'infractions connexes ;
- les infractions, soit détachables des fonctions ministérielles, soit perpétrées avant que celles-ci aient commencé ou après qu'elles ont pris fin ;

et encore :

“Attendu qu'à l'égard du requérant, la mission des juges d'instruction était double : d'abord, rechercher s'il y avait ou non matière à saisir la Cour de justice de la République, étant observé qu'une saisine prématurée ou dépourvue de fondement lui aurait été préjudiciable, ensuite, s'assurer qu'aucune infraction détachable de ses fonctions ou intervenue après leur cessation, entre 1995 et 2012, ne pouvait lui être reprochée”

On peut donc s'interroger, au-delà de la question de syntaxe, sur la volonté de la commission de prétendre que tout enrichissement personnel résultant d'une infraction de recel et de blanchiment échapperait à la compétence de la Cour de justice de la République.

Enfin, le moyen soutient dans sa sixième branche que la commission d'instruction ne pouvait dire que les juges d'instruction avaient mis fin à leurs investigations concernant M. X... à partir du moment où ils avaient estimé que celui-ci pouvait relever de la Cour de justice de la République,

Il “lui appartenait de contrôler cette appréciation en vérifiant que les actes critiqués, antérieurs à l'ordonnance de soit communiqué aux fins de réquisitions sur la compétence de cette Cour, ne relevaient pas de la compétence de cette juridiction”.

Par cette motivation, la commission d'instruction n'entendait-elle pas souligner seulement que les magistrats n'avaient pas poursuivi leur information après l'ordonnance de soit-communiqué ?

Les juges ont-ils omis de vérifier que les actes antérieurs à cette ordonnance relevaient de la compétence de la Cour de justice de la République ?

VI) SUR LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRÊT DU 21 décembre 2017 (ARRÊT N°2) : LA QUESTION DE L'IMPARTIALITÉ DE LA COMMISSION D'INSTRUCTION DE LA CJR

Par requête déposée le 31 octobre 2017, les conseils de M. X... ont saisi la commission d'instruction d'une demande tendant à ce qu'autrement composée, elle prononce l'annulation de la mise en examen de celui-ci.

Par arrêt en date du 21 décembre 2017 (arrêt n°2), la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, après avoir déclaré irrecevable la requête en modification de sa composition, a rejeté la demande en annulation de la mise en examen de M. X....

Par déclaration en date du 22 décembre 2017, Me Martineau a formé, au nom de M. X..., un pourvoi contre cette décision.

Aucune requête en examen immédiat du pourvoi n'a été déposée. Des observations ont été formulées.

Par ordonnance du 30 janvier 2018, le premier président de la Cour de cassation a jugé que ni l'intérêt de l'ordre public ni celui d'une bonne administration de la justice ne commandait l'examen immédiat du pourvoi.

Le mémoire ampliatif déposé fait valoir, contre cet arrêt, un moyen **unique de cassation** (le deuxième) pris de la violation des articles 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), 4, 6 et 11 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993.

Il convient de relever que ce moyen ne concerne que la question de l'impartialité de la juridiction ayant statué sur les nullités de procédure présentées.

Le mémoire ampliatif ne soutient pas l'autre moyen présenté devant la chambre de l'instruction tiré de l'inexistence d'indices graves ou concordants à l'encontre de M. X... au moment de sa mise en examen. Cette question ne sera donc pas présentée ici.

Il est reproché à la décision attaquée d'avoir déclaré irrecevable la requête en modification de la composition de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Selon la première branche, l'exigence d'impartialité s'impose aux juridictions d'instruction à l'encontre desquelles le grief peut être invoqué indépendamment de la mise en oeuvre des procédures de récusation ou de renvoi. En l'espèce, M. X... soutenait que, sauf à méconnaître les droits de la défense et le droit au recours effectif, la régularité de sa mise en examen devait être examinée par la commission d'instruction dans une autre composition que celle qui l'avait décidée. En énonçant, pour déclarer cette demande irrecevable, que celle-ci avait été " formulée hors le cadre des procédures prévues à cet effet, comme la récusation" (arrêt, p. 5), la commission d'instruction a méconnu le principe susvisé et les articles.

La seconde branche critique l'arrêt pour avoir énoncé que la demande avait été "formulée hors le cadre des procédures prévues à cet effet, comme la récusation" (arrêt, p. 5), lorsque la procédure de récusation n'était pas adaptée à l'objet de la demande formulée.

A propos de la même formulation, la troisième branche fait grief à l'arrêt d'avoir fait preuve d'un formalisme excessif ayant conduit à priver de substance le droit d'accès à un tribunal et a ainsi méconnu les exigences de l'article 6 § 1 de la CEDH (troisième branche).

Il résulte des articles 4 et 6 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 que le premier président de la Cour de cassation statue sur la récusation des membres de la commission d'instruction et que le juge récusé est remplacé par son suppléant. En affirmant, pour déclarer irrecevable la requête en modification de la composition de la commission d'instruction, que cette commission n'avait pas la maîtrise de sa propre composition et que ses membres titulaires ne pouvaient se dessaisir au profit des trois membres suppléants sans commettre un excès de pouvoir, lorsqu'il lui appartenait de saisir le premier président de la Cour de cassation de la contestation qui lui était soumise quant au défaut d'impartialité fonctionnelle de ses membres titulaires, la commission d'instruction a méconnu l'article 6 § 1 de la CEDH, 4, 6 et 11 de la loi susvisée (quatrième branche).

La cinquième branche est ainsi rédigée : "Alors qu'au surplus, 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 (CEDH, Viard c. France, 9 janvier 2014, n°71658/10, § 30) ; que l'article 23 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 offre aux membres du Gouvernement mis en examen et à leurs avocats la possibilité de demander à la commission de statuer sur d'éventuelles nullités d'actes de la procédure ; que, dès lors, en retenant que la commission d'instruction pouvait valablement statuer, dans la même composition, sur la régularité de la mise en examen de M. X... qu'elle avait elle-même prononcée dès lors que sa décision était susceptible de faire l'objet d'un recours effectif de plein contentieux devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, lorsque l'exposant avait droit à une juridiction d'appel répondant à l'exigence d'impartialité, la commission d'instruction a violé l'article 6§1 de la Convention".

Selon la sixième branche, "si l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'annule pas l'arrêt attaqué, elle ne pourra être regardée comme ayant réparé le vice résultant du défaut d'impartialité fonctionnelle des membres de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ayant statué sur la régularité de la mise en examen de M. X... qu'ils avaient eux-mêmes prononcée". "Sa décision consommera alors une violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme".

Par ailleurs, on peut examiner à cet instant la première branche du troisième moyen qui vise l'arrêt n°3 rendu le 21 décembre 2017, sur la prescription de l'action publique.

Le moyen fait valoir que *“l'exigence d'impartialité objective est méconnue lorsque les appréhensions du justiciable sur le défaut d'impartialité d'une juridiction apparaissent comme objectivement justifiées ; que, par un arrêt du 13 octobre 2017, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a déclaré irrecevable, faute pour M. X... d'avoir eu la qualité de partie à la date de la décision attaquée, le pourvoi qu'il avait formé à l'encontre de l'arrêt rendu le 28 septembre 2016 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République qui, dans la procédure suivie notamment à son encontre des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux, avait constaté la prescription partielle de l'action publique ; que le 21 décembre 2017, M. X... a déposé une requête aux fins de constatation de la prescription de l'action publique ; qu'en statuant sur cette 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 par l'article 6§1 de la Convention européenne”*.

A) Argumentation.

Le moyen fait valoir que sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne rappelle régulièrement que *“le principe d'impartialité est un élément important de la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique. Ce principe se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et peut s'apprécier de diverses manières”* (CEDH, *Adamkiewicz c. Pologne*, 2 mars 2010, n° 54729/00, § 99).

“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)”.

S'agissant de *“l'appréciation objective”*, la juridiction européenne estime que celle-ci *“consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Il en résulte que, pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge ou d'une juridiction collégiale un défaut d'impartialité, l'optique de la personne concernée entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées”* (CEDH, Grande Chambre, *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, n° 17056/06, § 96).

Elle rappelle l'importance attachée par la Cour, en la matière, à la théorie de l'apparence et notamment lorsque des fonctions successives sont occupées par un magistrat.

Elle soutient que la recevabilité de la demande en modification de la composition de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République n'était pas subordonnée à la mise en oeuvre de la procédure de récusation, procédure non adaptée puisque les causes de non récusation sont strictement énumérées par la loi et qu'était visé non un élément d'impartialité personnelle mais celle de la juridiction toute entière pour un motif organique ou fonctionnel.

Elle prétend encore que, lorsqu'est mise en cause l'impartialité d'une juridiction dans son ensemble, il faut en principe procéder par voie de requête aux fins de renvoi pour cause de suspicion légitime, sur le fondement de l'article 662 du code de procédure pénale, mais que la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 ne prévoit pas de renvoi aux dispositions du code de procédure pénale relatives à la procédure de suspicion légitime, la chambre criminelle ayant dit qu'elle n'était pas compétente pour examiner ce type de requête.

Le mémoire estime que c'est au prix d'un formalisme excessif contraire aux exigences de l'article 6§1 de la CEDH que la commission d'instruction a déclaré irrecevable la demande du requérant qui tendait à faire respecter le principe d'impartialité par le remplacement des magistrats qui avaient prononcé sa mise en examen.

Il soutient enfin que le juge devait se déporter. Dans la mesure où l'on pouvait craindre un manque d'impartialité de ces membres, ceux-ci avaient l'obligation de se récuser en saisissant le premier président de la Cour de cassation.

Il estime que le seul fait que l'assemblée plénière de la Cour de cassation puisse ensuite être saisie pour examiner la légalité de la décision de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne peut, à lui seul, réparer le vice de partialité dont est entaché l'arrêt.

B) Réponse de la commission d'instruction.

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République, saisie d'une demande de statuer dans une autre composition, a répondu ainsi :

“Attendu que selon M X..., sa requête en annulation de la mise en examen intervenue le 29 mai 2017 devant la présente commission d'instruction ne pourrait être examinée par les mêmes juges, au motif que “c'est un second degré de juridiction qui est demandé”, de sorte que la commission devrait être “autrement composée, faute de quoi les exigences liées aux droits de la défense et au droit à un recours effectif ne seraient pas respectées” ;

Attendu qu'une telle demande apparaît irrecevable dès lors 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 ;

Attendu, surabondamment, qu'à la supposer recevable, cette demande n'aurait pu prospérer ;

Attendu, en effet, que, d'une part, elle méconnaît les dispositions de la loi organique précitée, déclarée conforme à la Constitution par décision n093-327 DC du 19 novembre 1993, qui a :

- attribué à la commission d'instruction le soin d'instruire et de statuer, sur requête ou même d'office, "sur d'éventuelles nullités" (article 23) de sa propre procédure ;*
- institué un second degré de juridiction. le pourvoi porté devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation (article 24), dont l'impartialité ne saurait être mise en cause ;*
- prévu un seul cas où la composition de la chambre d'instruction devrait être modifiée (article 25) : le renvoi, après cassation, "devant celle-ci, composée de membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé", disposition qui, s'il était fait droit à la demande du requérant, serait rendue inapplicable, ce qui conduirait à un blocage institutionnel ;*

Que, d'autre part, en matière de nullités, comme l'a observé dans ses conclusions le premier avocat général de Gouttes (Bulletin d'information, n° 582, 1er août 2003, P 15), "la Cour de cassation ne se borne pas à exercer un contrôle sur l'arrêt attaqué et sur le respect des formes. Elle a pleine compétence pour examiner toutes les pièces litigieuses de la procédure et elle exerce sur ces pièces un contrôle in concreto portant à la fois sur les éléments de droit et de fait, au même titre que les juges d'appel" ; que tel est le sens de l'arrêt rendu, sur ces conclusions, le 6 juin 2003 par l'Assemblée plénière, selon lequel "ne méconnaît pas les garanties de l'article 6-1 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 de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit:" (Gazette du Palais 20 au 22 juin 2004, P 1940) ;

Attendu qu'ainsi, les arguments du demandeur, s'ils avaient été recevables, auraient été inopérants, toute décision de la chambre d'instruction de la Cour de justice de la République qui a statué, dans la même composition, sur la nullité d'un ou plusieurs des actes qu'elle a effectués étant susceptible de faire l'objet d'un "recours effectif" de plein contentieux, ce qui garantit au mis en examen, outre le respect des droits de la défense, le "droit à un double degré de juridiction" devant un "tribunal impartial" au sens des articles 6-1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et 2 du Protocole n° 7, additionnel à cette Convention".

C) Eléments d'analyse

1°) La récusation devant la Cour de justice de la République.

a) Impartialité et procédure de récusation

Le renvoi, par la commission d'instruction, à la procédure de récusation, est inspiré de la jurisprudence de la chambre criminelle en cette matière.

Elle juge traditionnellement, s'agissant des juridictions de jugement, que le demandeur n'est pas recevable à mettre en cause, devant elle, l'impartialité des magistrats de la cour d'appel s'il n'a pas mis en oeuvre la procédure de récusation prévue par l'article 668 du code de procédure pénale¹³¹. Cette jurisprudence s'applique également aux présidents de cour d'assises :

*“L'accusé n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité du président de la cour d'assises, en invoquant une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le président de la cour d'assises par application de l'article 668 du Code de procédure pénale et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir”*¹³².

La chambre criminelle a également appliqué sa jurisprudence à la partie publique en jugeant que le procureur général n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de cassation l'impartialité d'un responsable d'une association de réinsertion des condamnés désigné pour siéger dans la formation élargie de la chambre de l'application des peines conformément à l'article 712-13, alinéa 2, du code de procédure pénale, dès lors qu'il n'a pas usé de la possibilité de récuser ce juge par application de l'article 668 du même code¹³³.

Le demandeur fait valoir une jurisprudence contraire et cite trois décisions.

Il résulte de l'une d'entre elles que *“Attendu que, si c'est à tort que les juges ont prononcé ainsi, l'exigence d'impartialité s'imposant aux juridictions d'instruction à l'encontre desquelles un tel grief peut être invoqué indépendamment de la mise en oeuvre des procédures de récusation ou de renvoi, la décision n'encourt pas pour autant la censure, dès lors que l'intervention du conjoint du juge d'instruction en qualité d'avocat du commissaire au redressement judiciaire de la société Hapian, dans une procédure distincte, clôturée à la date de l'ouverture de l'information objet des présents pourvois, n'est pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité du magistrat concerné”* (Crim., 23 mars 2004, pourvoi n° 03-87.854, Bull. crim. 2004, n° 76).

Même solution pour : Crim., 20 février 2008, pourvoi n° 02-82.676, 07-82.110, Bull. crim. 2008, n° 44.

Et :

Attendu que la chambre de l'instruction est compétente pour apprécier la régularité des actes de l'information dont la nullité est invoquée en raison du manque d'impartialité alléguée du juge d'instruction (Crim., 20 décembre 2017, pourvoi n° 17-84.301).

Mais le terme de juridiction d'instruction utilisé par l'arrêt de 2004 ne doit pas tromper : il ne s'agit pas - ou plus - de la chambre de l'instruction pour laquelle il existe une nombreuse jurisprudence

¹³¹ Crim., 20 mars 2013, n° 12-82.520 ; Crim., 21 août 2013, n° 13-83.442.

¹³² Crim., 29 sept. 2004, pourvoi n° 04-80.079, Bull. crim. 2004, n° 226.

¹³³ Crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-83.257, Bull. crim. 2011, n° 46

allant dans le même sens que les arrêts précédemment évoqués, qu'il s'agisse d'un membre de la chambre de l'instruction ou de son président¹³⁴.

Ainsi : *“le demandeur, qui n'a pas usé de la faculté, offerte par l'article 668 du code de procédure pénale, de demander la récusation du président de la chambre de l'instruction, n'est pas recevable à mettre en cause l'impartialité de ce magistrat, à l'occasion d'un pourvoi en cassation”*¹³⁵.

Et, avec une variante finale relative à une spécificité de l'espèce :

*“Attendu que le demandeur qui n'a pas usé de la faculté, offerte par l'article 668 du code de procédure pénale, de demander la récusation du président de la chambre de l'instruction, n'est pas recevable à mettre en cause l'impartialité de ce magistrat, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, sauf à alléguer des circonstances qu'il n'était pas en mesure de connaître avant la clôture des débats”*¹³⁶.

Il semble bien que le juge d'instruction constitue un cas particulier. En l'état, la chambre criminelle estime que son impartialité peut être discutée devant la chambre de l'instruction sans qu'une procédure de récusation ait été au préalable engagée contre lui.

Dernièrement, la chambre criminelle a repris sa jurisprudence restrictive s'agissant du juge des libertés et de la détention :

“Attendu que M. B. ne peut faire grief à l'arrêt d'avoir rejeté son moyen de nullité du débat contradictoire et de l'ordonnance, pris du défaut d'impartialité du juge des libertés et de la détention, dès lors que l'intéressé n'a pas usé, comme l'y autorisaient les articles 668 et suivants du code de procédure pénale, de sa possibilité de récuser ce magistrat dans les formes prévues par ces textes”.

b) Récusation et Cour de justice de la République

La loi organique prévoit une disposition particulière pour la récusation.

“Tout membre de la commission d'instruction peut être récusé pour l'une des causes prévues par le code de procédure pénale en matière correctionnelle” (L. org., art. 4, 1er al.).

Les causes de récusation sont énumérées à l'article 668 du code de procédure pénale.

Parmi celles-ci on trouve :

¹³⁴ Par exemple : Crim., 24 août 2016, pourvoi n° 16-83.639 - Crim., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-81.574 - Crim., 6 mai 2015, pourvoi n° 13-88.039 - Crim., 18 février 2015, pourvois n° 09-81.257, 14-85.722 - Crim., 17 décembre 2013, pourvoi n° 12-84.297, 13-86.565.

¹³⁵ Crim., 7 décembre 2016, pourvoi no 16-85.756.

¹³⁶ Crim., 7 août 2019, pourvoi n° 18-87.174.

“5°) si le juge a connu du procès comme magistrat, arbitre ou conseil, ou s’il a déposé comme témoin sur les faits du procès” ...

9°) s’il y a eu entre le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité.

Le droit de récusation peut être exercé par toute partie à l’instance¹³⁷, c’est-à-dire, en l’occurrence, par un membre du Gouvernement mis en examen et par le ministère public.

La procédure de récusation n’est pas celle qu’organisent spécialement, pour les magistrats de la Cour de cassation saisis en matière pénale, les articles 674-1 et 674-2 du code de procédure pénale. Le troisième alinéa de l’article 4 de la loi organique dispose en effet que “*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*”.

C’est donc la procédure déterminée par les articles 669 à 674 du code de procédure pénale qui doit être observée. Le premier président de la Cour de cassation, à qui la requête doit être adressée, statue, après avis du procureur général, par une ordonnance qui n’est susceptible d’aucune voie de recours.

Cette procédure n’a pas été suivie par le demandeur. Le pourvoi conteste qu’elle eut été la procédure adéquate puisque c’est la totalité des membres de la juridiction qui était visée.

Le demandeur fait valoir que la voie de la récusation ne doit être utilisée que lorsqu’est dénoncée non la partialité d’un ou plusieurs magistrats en particulier pour des raisons qui leur sont personnellement attachées, mais celle de la juridiction toute entière pour un motif organique ou fonctionnel.

En tout état de cause ce n’est pas forcément le nombre des magistrats dont l’impartialité est mise en cause qui distingue la récusation de la suspicion légitime : ainsi, la chambre criminelle a jugé qu’elle était incompétente pour connaître de la requête soutenant qu’un collège de l’instruction du tribunal de grande instance, chargé de la procédure dans laquelle les requérants sont mis en examen, ne présenterait pas toutes les garanties d’impartialité pour avoir procédé à la désignation et à la rémunération d’un expert dans des conditions irrégulières et avoir tenu, personnellement ou par avocat, des propos polémiques, s’agissant, non pas d’une requête en suspicion légitime visant une juridiction, mais d’une requête en récusation¹³⁸. Dans cette affaire, les avocats des mis en examen avaient déposé une demande de renvoi pour suspicion légitime en invoquant le fait que les magistrats instructeurs ne présentaient pas toutes les garanties d’impartialité. La chambre criminelle, contre l’avis de l’avocat général, a estimé que la requête devait viser non la suspicion légitime, mais la récusation.

¹³⁷ C. pr. pén, art. 669.

¹³⁸ Crim. 20 juin 2013, n° 13-84.177, Bull. crim. n° 149 ; D. 2013. 1993, note J. Pradel .

La quatrième branche du moyen porte sur la nécessité qu'auraient eu les magistrats de solliciter leur abstention auprès du premier président de la Cour de cassation. Elle se fonde sur les articles 4 et 6 de la loi organique du 23 novembre 1993, cités plus haut. Mais la procédure dite d'abstention est une procédure différente de celle de la récusation. Elle est prévue par l'article 5 de la loi organique : *“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”*. L'article 674 du code de procédure pénale dispose : *“Aucun des juges ou conseillers visés à l'article 668 ne peut se récuser d'office sans l'autorisation du premier président de la cour d'appel dont la décision, rendue après avis du procureur général, n'est susceptible d'aucune voie de recours”*.

La jurisprudence pénale sur l'abstention est rarissime. Dans une décision du 8 juillet 2015¹³⁹, la juridiction de Pointe-à-Pitre, qui devait statuer dans une affaire pénale contre un avocat de ce barreau, avait renvoyé l'affaire devant le tribunal correctionnel de Fort-de-France. La cour d'appel avait annulé ce jugement pour excès de pouvoir. Le pourvoi du demandeur est rejeté *“dès lors qu'aucun texte n'autorise une juridiction pénale à renvoyer la procédure dont elle est saisie devant une autre juridiction pénale, la cour d'appel a justifié sa décision”*.

Le mémoire cite la jurisprudence de la CEDH dans les affaires : CEDH, 6 nov. 2018, Ramos Nunes de Carvalho c. Portugal, req. n° 55391/13, n° 57728/13 et n° 4041/13, § 149 ; CEDH, 23 avril 2015, Morice c. France, req. n° 29369/10, § 78 ; CEDH, 15 oct. 2010, Micallef c. France, req. n° 7056/06, § 98, qui énoncerait que *“tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité doit se déporter”*.

Dans la première affaire citée, la Cour a statué sur la question du contrôle des décisions du CSM portugais.

Dans les autres arrêts cités, la Cour expose en effet que *“doit donc se déporter tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité”*.

Dans le paragraphe 100 de l'affaire Micallef, qui est une affaire rendue non contre la France, comme indiqué par erreur au mémoire ampliatif, mais contre Malte, on note la précision selon laquelle : *“Premièrement, un juge n'avait pas automatiquement l'obligation de se déporter dans les affaires où son impartialité pouvait poser problème, ce qui reste vrai du droit en vigueur à l'heure actuelle”*.

Ces affaires posaient la question d'une possible partialité subjective.

2°) *La suspicion légitime devant la Cour de justice de la République.*

Comme le mentionne le mémoire ampliatif, il ne semble pas que la procédure de suspicion légitime soit utilisable à l'encontre de la Cour de justice de la République.

¹³⁹ pourvoi n° 14-82.351, 14-82.352.

Cette solution découle tant d'une certaine logique (il s'agit d'une juridiction unique définie par la Constitution et on voit mal devant quelle autre juridiction le litige pourrait être renvoyé) que de la jurisprudence de la chambre criminelle.

Dans un arrêt du 24 février 1999¹⁴⁰, la chambre criminelle a en effet jugé :

“Statuant sur la requête de S. C., assortie d'une demande d'effet suspensif, tendant au renvoi, pour cause de suspicion légitime, devant la Cour de justice de la République, autrement composée, de la connaissance de la procédure suivie, devant cette juridiction, contre L. F., G. D. et E. H, des chefs d'homicides involontaires et d'atteintes involontaires à l'intégrité physique ;

Sur la compétence de la chambre criminelle ;

Attendu que 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 ;

Attendu qu'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 ;

Par ces motifs, SE DÉCLARE INCOMPÉTENTE pour statuer sur la requête susvisée”.

On notera d'ailleurs que le renvoi n'était sollicité que devant la même juridiction autrement composée.

3°) L'impartialité de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République

a) L'impartialité dans la jurisprudence de la chambre criminelle

La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de statuer sur la question de l'impartialité fonctionnelle du magistrat, notamment au regard du contentieux de la détention provisoire.

Elle a ainsi jugé qu'aucune disposition légale n'interdit à un magistrat de la chambre correctionnelle d'une cour d'appel, ayant siégé dans une composition qui a prononcé sur la culpabilité d'un prévenu et ordonné son maintien en détention, de faire partie de la composition appelée à statuer ultérieurement sur une demande de mise en liberté. Cette solution est également applicable lorsqu'il s'agit de décerner un titre de détention à la suite d'une violation du contrôle judiciaire¹⁴¹.

¹⁴⁰ Crim., 24 février 1999, pourvoi n° 99-81.367.

¹⁴¹ Crim., 12 juin 1997, pourvoi n° 97-81.946, Bull. crim. 1997, n° 233

S'agissant de magistrats qui avaient antérieurement composé la chambre de l'instruction ayant confirmé la détention provisoire de l'intéressé avant de siéger à la chambre correctionnelle, elle a jugé que " le grief de partialité des juges, formulé au moyen, et dont le bien-fondé ne saurait être établi par cette seule circonstance, demeure à l'état d'allégation ; qu'en effet, le simple fait qu'un juge ait pris, avant le procès, une décision relative à la détention provisoire ne peut, en soi, suffire à justifier que soit contestée son impartialité " ¹⁴².

Il en résulte que l'énoncé des considérations de droit et de fait motivant la détention ne préjuge donc pas de la culpabilité de la personne poursuivie ¹⁴³.

Dans le cas où un texte spécial existe, la chambre criminelle veille au respect formel des prohibitions imposées par les dispositions du code de procédure pénale. En dehors de ces hypothèses, l'impartialité du juge ne sera remise en cause que lorsque celui-ci, au cours de sa précédente fonction, aura rendu une décision nécessitant une appréciation des éléments de la culpabilité.

b) Impartialité et Cour de justice de la République dans la jurisprudence de la chambre criminelle

La réponse à la question de l'impartialité a déjà été donnée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation ¹⁴⁴ saisie de la question dans une configuration tout à fait identique.

M. M... X avait en effet formé un pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ordonnant son renvoi devant cette Cour aux fins de faire juger un précédent pourvoi formé contre une décision rejetant une demande en nullité, contre laquelle il avait également formé un pourvoi. Il arguait notamment de l'impossibilité pour la commission d'instruction de statuer sur une requête en nullité et exposait que "l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, qui donne compétence à la Commission d'instruction pour statuer sur la régularité des procédures conduites par elle-même, méconnaît le droit à un procès équitable et à un recours effectif prévu par les articles 6.1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme".

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi répondu :

Attendu que, par l'arrêt attaqué (12 octobre 2001), la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République a rejeté la requête de M. M... X... en annulation de l'information suivie contre lui des chefs d'escroquerie, fourniture de renseignements inexacts en vue d'obtenir de l'Etat un paiement ou un avantage, complicité de falsification de chèques et d'usage de chèques falsifiés, prise, d'une part, de l'irrégularité de la communication de pièces de l'information à un juge d'instruction saisi d'une autre procédure et du versement au dossier de rapports d'expertise provenant de cette procédure, d'autre part, de ce que l'article

¹⁴² Crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-85.225, Bull. crim. 2012, n° 85

¹⁴³ Crim., 23 janvier 1996, pourvoi n° 95-84.934, Bull. crim. 1996, n° 35 ; Crim., 19 février 1998, pourvoi n° 96-83.423, Bull. crim. 1998, n° 74 ; Crim., 2 février 2000, pourvoi n° 98-87.352, Bull. crim. 2000, n° 55.

¹⁴⁴ Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-87.092, 03-80.734, Bull. crim. 2003, n° 2.

23 de la loi organique du 23 novembre 1993, qui donne compétence à la Commission d'instruction pour statuer sur la régularité des procédures conduites par elle-même, méconnaît le droit à un procès équitable et à un recours effectif prévu par les articles 6.1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que le demandeur fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa requête, alors, selon le moyen, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'il en résulte qu'un juge ne peut statuer sur le recours en nullité formé contre ses propres actes ; que, par suite, l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, qui donne à la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République le pouvoir de statuer sur la régularité de la procédure conduite par elle-même, n'est pas compatible avec les prévisions de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que son application devait d'autant plus être écartée que, en l'espèce, les membres de la Commission d'instruction qui ont mené l'information ouverte à l'encontre de M. M... X... sont les mêmes que ceux qui ont rejeté sa requête en nullité de la procédure ;

Mais attendu que ne méconnaît pas les garanties de l'article 6.1 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 de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ”.

4°) Aspect conventionnel

La jurisprudence européenne estime que la question du manque d'impartialité judiciaire se pose dans deux hypothèses : l'une est de nature fonctionnelle et concerne l'exercice même des fonctions du juge, indépendamment de ses convictions personnelles, de son attitude, etc. Tout juge placé dans la même situation verrait son impartialité appréciée de façon identique. L'autre est de nature personnelle et a pour origine le comportement d'un juge dans une affaire donnée, indépendamment de la fonction exercée.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il faut établir, autrement que par une allégation, que le juge a favorisé ou défavorisé telle partie au procès. Le non-respect de la séparation des fonctions judiciaires ne suffit plus à fonder le grief de partialité.

Ainsi, la Cour européenne considère que le seul fait qu'une juridiction de jugement se soit déjà prononcée sur la détention provisoire de l'accusé, au cours de l'instruction préparatoire, ne suffit pas à fonder le grief de partialité. Cette jurisprudence consacrant l'impartialité subjective a été maintenue pour admettre, à défaut d'éléments objectifs de partialité, que :

- deux membres d'une chambre d'accusation qui s'étaient prononcés sur la détention d'un prévenu peuvent, ensuite, siéger au fond au sein de la chambre des appels correctionnels, dans le cadre d'une procédure connexe¹⁴⁵ ;
- un juge qui avait procédé à des investigations lors de l'instruction préparatoire et entendu la victime peut participer à la formation de jugement¹⁴⁶ ;
- un juge d'instruction, qui avait entendu deux témoins, peut ensuite juger au fond, le seul fait d'avoir examiné l'affaire avant le procès au fond ne justifiant pas, en soi, des appréhensions quant à son impartialité¹⁴⁷.

Il en résulte que, selon la Cour, le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité ; seules l'étendue et la nature de ces décisions¹⁴⁸ doivent être prises en compte. Ainsi, l'impartialité des tribunaux pourra apparaître sujette à caution lorsqu'une décision de maintien en détention requiert l'appréciation de la culpabilité de l'individu¹⁴⁹.

S'agissant de l'exercice successif des fonctions de juge d'instruction et de juge de jugement par la même personne et dans la même affaire : si la Cour considère que l'impartialité de la juridiction de jugement peut apparaître sujette à caution aux yeux du requérant, tel n'est pas le cas lorsque le juge de jugement participe à l'instruction sans apprécier les preuves ni tirer la moindre conclusion¹⁵⁰.

La Cour européenne estime que la question du manque d'impartialité judiciaire ne se pose pas lorsque le juge a déjà rendu des décisions purement formelles et procédurales à d'autres stades de la procédure, sauf à ce que le juge se soit prononcé sur la culpabilité de l'accusé¹⁵¹.

Le juge européen procède ainsi à une appréciation *in concreto* en vérifiant l'étendue et la nature des mesures prises avant le jugement et ne retient leur partialité qu'en cas de circonstances particulières, notamment lorsque les membres de la chambre de l'instruction ont exprimé leur conviction sur la culpabilité du suspect à l'occasion du rejet d'une demande de mise en liberté¹⁵².

Ceux-ci ne peuvent ensuite siéger à la chambre des appels correctionnels appelée à juger cette personne au fond. Cependant, le placement, le maintien ou la prolongation de la détention ne compromet pas, en soi, l'exigence d'impartialité.

¹⁴⁵ CEDH 16 décembre 1992, requête n° 12981/87, affaire Sainte-Marie c. France

¹⁴⁶ CEDH, 24 février 1993, requête n° 14396/88, affaire Fey c. Autriche.

¹⁴⁷ CEDH, 22 février 1996, requête n° 17358/90, affaire Bulut c. Autriche.

¹⁴⁸ CEDH, 24 août 1993, requête n° 13924/88, affaire Nortier c. Pays-Bas (§ 33).

¹⁴⁹ CEDH, 24 mai 1989, requête n° 10486/83, affaire Hauschildt c. Danemark (§§ 49-52).

¹⁵⁰ CEDH, affaire Bulut c. Autriche précitée (§§ 33-34).

¹⁵¹ CEDH, 22 juillet 2008, requête n° 21369/04, affaire Gómez de Liaño y Botella c. Espagne (§§ 67-72)

¹⁵² CEDH, 22 avril 2010, requête n° 29808/06, affaire Chesne c. France (§ 38).

Il résulte donc de l'ensemble de ces décisions que selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'impartialité du juge ne peut être mise en doute, dans sa dimension fonctionnelle, dès lors qu'il ne s'est pas antérieurement prononcé sur le fond du dossier et sur la culpabilité du requérant. Tant que le magistrat concerné n'a pas eu à apprécier les éléments produits relatifs à l'infraction et qu'il n'a pas eu à donner son opinion sur le fond de l'affaire, son impartialité n'est pas contestable. La Cour exige que les doutes quant à l'impartialité du juge soient objectivement justifiés. Si un juge a déjà eu connaissance du dossier, sans en aborder le fond ni préjuger de la nature de la décision à l'égard du prévenu/accusé, son impartialité ne peut être discutée. Afin de mettre en cause l'impartialité objective et fonctionnelle du juge, il faudra donc prouver qu'il a, par le passé, déjà eu l'occasion de se construire une opinion sur la culpabilité du requérant, via les éléments fournis aux débats.

Il n'a toutefois pas été trouvé de décision relative au pouvoir d'annulation d'actes de procédure par la juridiction même qui conduit l'information.

5°) Cas d'espèce proposé à l'assemblée plénière

Il est identique à celui jugé par l'assemblée plénière le 6 juin 2003. Dans cette espèce, c'était l'annulation de la procédure qui était invoquée.

Dans la présente espèce, il s'agit de la nullité de la mise en examen (deuxième moyen) appréciée par la même juridiction que celle qui a ordonné cette mise en examen, et de la possibilité pour la Cour de justice de la République, dans la même composition, de statuer à nouveau sur la question de la prescription de l'action publique (première branche du troisième moyen).

On peut estimer que la mise en examen est un acte quasi-juridictionnel de sorte que le législateur aurait pu estimer qu'il était susceptible d'un appel et non d'une requête en nullité. Lorsque la personne qui a été mise en examen sollicite ce qu'il est convenu d'appeler sa "démise en examen", c'est à dire l'attribution du statut de témoin assisté, il présente sa demande devant le magistrat même qui l'a ordonné, c'est à dire le juge d'instruction (c. pr. pén, art 80-1-1).

Le magistrat instructeur est donc, lui aussi, en position de revenir sur l'attribution d'un statut qu'il a lui même décidé.

Toutefois, en cas de rejet de la demande, la personne mise en examen peut interjeter appel de la décision devant la chambre de l'instruction. Tel n'est pas le cas en ce qui concerne la Cour de justice de la République. Le seul recours ouvert est alors le pourvoi en cassation.

La situation est différente dans le cas de la première branche du troisième moyen dès lors que la question de l'impartialité se trouve confrontée à un autre élément de procédure : l'existence ou non de l'autorité de la chose jugée.

Tout d'abord, à la différence de la requête en nullité de la mise en examen, le requérant n'avait pas sollicité de la commission d'instruction qu'elle statue en une autre composition, de sorte que la commission d'instruction n'a pas statué sur cette question.

Même si le demandeur entend placer le débat sur la question de l'impartialité, il est courant que des juridictions rendent, dans la même composition, différentes décisions tout simplement parce qu'elles répondent à des objets différents, à des causes différentes ou parce qu'elles sont présentées par des parties distinctes.

Si le requérant a pu présenter une demande devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, soulevant l'éventuelle prescription de l'action publique, c'est que la décision qu'elle avait rendue ne pouvait lui être opposée. Si l'arrêt avait évoqué la note de ses conseils, la décision n'avait pas été rendue sur une demande de l'intéressé, qui ne pouvait en formuler, n'étant pas partie au litige.

Nous développons *infra* la question de l'autorité de la chose jugée en matière de prescription¹⁵³.

<p>VII) SUR LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRÊT DU 21 DÉCEMBRE 2017 (arrêt n°3) : LA QUESTION DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE</p> <p>ET SUR LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRÊT DU 30 SEPTEMBRE 2019 EN CE QU'IL PRONONCE SUR LA QUESTION DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.</p>
--

Par requête déposée le 28 novembre 2017, les conseils de M. X... ont saisi la commission d'instruction d'une demande tendant à ce qu'elle constate la prescription de l'action publique pour les faits déclarés non prescrits par l'arrêt du 28 septembre 2016.

Aucune requête en examen immédiat du pourvoi n'a été déposée. Des observations ont toutefois été déposées.

Par ordonnance du 30 janvier 2018, le premier président de la Cour de cassation a jugé que ni l'intérêt de l'ordre public ni celui d'une bonne administration de la justice ne commandait l'examen immédiat du pourvoi.

Le mémoire ampliatif fait valoir un troisième moyen de cassation pris de la violation des articles 6 § 1 de la CEDH, 8 et 9-1 du code de procédure pénale

Il est reproché à l'arrêt d'avoir rejeté la requête aux fins de constatation de la prescription de l'action publique formée par M. X...

¹⁵³ V. VII, E, 5°.

La première branche du moyen relève que l'exigence d'impartialité objective a été méconnue, la composition de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ayant été la même lors de l'examen dans un premier temps de la question de la prescription de l'action publique, arrêt rendu le 28 septembre 2016 et lors de la demande tendant aux mêmes fins présentée par M. X..., arrêt rendu le 21 décembre 2017.

Selon la deuxième branche, en application de l'article 62 de la Constitution, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. En vertu de ce principe d'autorité absolue de chose jugée, la validation des comptes de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel fait obstacle à toute forme de répression pénale portant sur l'origine des recettes ayant fait l'objet de ce contrôle. La commission d'instruction ne pouvait ordonner la poursuite de l'instruction relativement au recel d'une somme qui constituait une recette dans les comptes de campagne de l'exposant et qui, après soumission au Conseil constitutionnel, avait fait l'objet d'une décision de validation publiée le 12 octobre 1995.

L'examen des comptes de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel implique le contrôle de l'origine de l'ensemble des recettes perçues en vue de l'élection, de sorte que, sauf hypothèse d'une fraude, il est exclusif d'une dissimulation, en matière de prescription, s'agissant des éventuelles infractions en lien avec l'origine des fonds (troisième branche).

En rejetant la requête aux fins de constatation de la prescription de l'action publique après avoir relevé qu'au cours des années 2011 et 2015, " *M. Dumas, ancien président du Conseil constitutionnel, et M. Robert, ancien membre de cette juridiction, ont déclaré dans les médias que les comptes de campagne de M. X... présentaient de graves irrégularités (D 814, D 1609)*", ce dont il ressortait que la décision de validation des comptes de campagne était intervenue malgré l'émission de doutes quant à la provenance de la somme de 10.250.000 francs litigieuse et que les irrégularités poursuivies étaient donc connues depuis 1995, la commission d'instruction a violé les articles 8 et 9-1 du code de procédure pénale (quatrième branche).

Enfin, la cinquième branche relève que le délai de prescription de l'action publique de l'infraction 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. Tel est nécessairement le cas lorsque l'infraction a été découverte par une autorité publique soumise à une obligation légale de dénonciation des faits au procureur de la République. En énonçant, pour rejeter la requête aux fins de constatation de l'action publique après avoir pourtant constaté que 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 des fonds ayant financé la campagne présidentielle de M. X... en 1995, que le point de départ de la prescription n'est pas le moment où ces autorités publiques ont eu connaissance de faits susceptibles de constituer des infractions, mais le moment où ces derniers ont été portés à la

connaissance du procureur de la République qui est seul titulaire de l'action publique, la commission d'instruction a violé les articles 8 et 9-1 du code de procédure pénale.

Le quatrième moyen de cassation présenté vise **l'arrêt de règlement rendu le 30 septembre 2019**. Il concerne toutefois également la prescription de l'action publique et doit être étudié ici.

Dans ce moyen, il est reproché à la décision attaquée d'avoir dit non prescrits les faits de complicité et de recel d'abus de biens sociaux reprochés à M. X... et de l'avoir renvoyé de ces chefs devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République.

Il se fonde sur les effets supposés de la cassation de l'arrêt n° 3 du 21 décembre 2017 qui entraînerait, par voie de conséquence, celle de l'arrêt de renvoi en ce qu'il a dit non prescrits les faits de complicité et de recel d'abus de biens sociaux reprochés à M. X... et l'a renvoyé de ces chefs devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République.

Le cinquième moyen, dans ses deux premières branches, revient sur la question de **l'autorité de la chose jugée**. Il est présenté dans le cadre du pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 30 septembre 2019.

Si la question de l'autorité de la chose jugée diffère en théorie de celle de la prescription de l'action publique, elle avait été soumise à la commission d'instruction dès le courrier transmis en 2014 par les conseils de M. X..., en même temps que la question sur la prescription. La commission d'instruction y avait répondu dans le même temps.

C'est que la validation des comptes de campagne peut être à la fois présentée sous l'angle de l'autorité de la chose jugée de la décision intervenue et sous celui de l'absence de dissimulation découlant de la vérification par le Conseil constitutionnel de ces comptes, qui serait exclusif de tout report du point de départ de la prescription de l'action publique. Le présent mémoire ampliatif développe, par exemple, à propos du troisième moyen, une deuxième branche sur l'autorité de la chose jugée, et une troisième branche, sur la question de la prescription.

Si ces questions appellent des réponses différenciées, elles peuvent être évoquées ensemble ici.

Les articles visés par les deux premières branches du cinquième moyen sont l'article 62 de la Constitution et l'article 23 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, L. 52-12 du code électoral et 321-1 du code pénal.

Il est reproché à la décision attaquée d'avoir écarté l'exception de chose jugée et ordonné le renvoi de M. X... devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République des chefs de complicité et recel d'abus des biens ou du crédit des sociétés DCN-I et SOFRESA.

La première branche de ce moyen retient que les décisions rendues par le Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ; qu'en vertu de l'autorité de chose jugée ainsi attachée à ses décisions, la validation des comptes de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel fait obstacle à ce que la licéité de l'origine de la provenance des recettes ayant fait l'objet de ce contrôle puisse être postérieurement remise en cause . Dès lors, en écartant l'exception de chose jugée et en ordonnant le renvoi devant la formation de jugement de la Cour de justice de la République de M. X... notamment du chef de recel d'abus de biens sociaux pour avoir bénéficié d'une somme d'argent de 10 250 000 francs provenant de ces délits pour financer sa campagne électorale de 1995, lorsque le Conseil constitutionnel a validé les comptes de campagne de ce candidat par une décision du 12 octobre 1995, la commission d'instruction a violé l'article susvisé et les principes ci-dessus énoncés.

La deuxième branche relève qu'il résulte des articles 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 et L. 52-12 du code électoral que la décision du Conseil constitutionnel concernant la validation des comptes de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle intervient après un examen de l'origine des recettes perçues par celui-ci. En énonçant, pour écarter l'exception de chose jugée et ordonner le renvoi de M. X... du chef de recel d'une somme de 10 250 000 francs constitutive d'une recette dans ses comptes de campagne, que la nature et l'objet des poursuites pénales dont il faisait l'objet étaient différentes des vérifications qui avaient été opérées par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il importait peu que la décision par laquelle celui-ci avait validé ses comptes de campagne soit dépourvue de caractère pénal dès lors qu'elle établissait la licéité de l'origine des recettes, circonstance qui faisait obstacle à la caractérisation dudit recel, la commission d'instruction a violé les textes susvisés, l'article 62 de la Constitution et l'article 23 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993.

NB: la première branche du troisième moyen renvoie à l'exigence d'impartialité objective qui aurait été méconnue, la composition de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ayant été la même lors de l'examen dans un premier temps de la question de la prescription de l'action publique, arrêt rendu le 28 septembre 2016 et lors de la demande tendant aux mêmes fins présentée par M. X..., arrêt rendu le 21 décembre 2017. Elle a été traitée dans le cadre de notre VI.

La question de la prescription de l'action publique a été discutée à trois reprises par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. Tout d'abord, elle a fait l'objet d'un arrêt rendu par la commission le 28 septembre 2016. Cette décision a été frappée d'un pourvoi en cassation déclaré irrecevable par l'assemblée plénière dans sa décision du 13 octobre 2017 (A).

Le 28 novembre 2017, M. X..., disposant désormais de la qualité de personne mise en examen, a saisi la commission d'instruction de la même question. Ladite commission a rejeté cette demande par arrêt du 21 décembre 2017 (arrêt n°3) (B).

Celui-ci a été frappé d'un pourvoi.

C'est cette décision qui est en cause ici dans le troisième moyen.

Enfin, la commission d'instruction a repris cette question dans le cadre de son ordonnance de renvoi du 19 septembre 2019 (C).

Nous examinerons ensuite les questions posées par le pourvoi (D) avant de donner des éléments de réponse (E).

A) La première décision sur la prescription de l'action publique.

1°) La lettre du 18 septembre 2014

Le 18 septembre 2014, les conseils de M. X... ont adressé à la commission d'instruction un courrier (D 3318), faisant valoir que :

- M. X... contestait toute illégalité concernant le financement de sa campagne électorale, alors qu'il était présenté par la presse comme l'instigateur ou le principal receleur des rétro-commissions ;
- les juges d'instruction auraient instruit hors de leur saisine, alors qu'ils auraient dû, sans délai, transmettre la procédure au parquet, aux fins de saisine de la Cour de justice ;
- M. X... n'avait pu avoir accès à la procédure ;
- le secret de l'instruction aurait été méconnu ;
- le Conseil constitutionnel a constaté la régularité du financement de la campagne présidentielle ;
- les faits seraient prescrits.

La commission d'instruction, par un arrêt de soit-communicé en date du 12 juillet 2016, a saisi le procureur général près la Cour de cassation aux fins d'obtenir ses réquisitions sur l'éventuelle constatation de la prescription concernant, d'une part, la somme de 5,5 millions de francs susceptible d'avoir été versée en espèces à M. G..., d'autre part, les autres faits dont elle était saisie et ce au vu :

- des observations précitées présentés par les conseils de M. X... ;
- d'articles de presse, parus en juillet 1996, dans le journal "Le Monde", ainsi que dans les hebdomadaires "L'Express" et "Le Nouvel Economiste", faisant état de soupçons concernant un système de rétro-commissions ayant pu financer la campagne électorale de M. X... ;
- des informations publiées par le quotidien "Le Parisien", le 22 mai 2001, sur les sommes perçues en espèces par M. G... ;
- de l'enquête effectuée par le procureur de la République de Paris sur ces faits et son classement sans suite le 12 juillet 2002 ;
- la saisie par le parquet de Paris, le 21 septembre 2006, des notes du dossier "Nautilus" évoquant, d'une part, le système de rétro-commissions précité, d'autre part, le lien entre l'arrêt des versements de ces commissions et l'attentat commis à Karachi.

Le 30 août 2016, le procureur général près la Cour de cassation a requis la commission d'instruction :

- de déclarer l'action publique éteinte par la prescription s'agissant des fonds perçus par M. G... ;
- de continuer à instruire sur les autres faits, afin notamment de vérifier la réalité de l'indivisibilité envisagée par l'arrêt de la chambre criminelle du 4 avril 2012.

2°) *L'arrêt de la commission d'instruction (28 sept. 2016)*

Au vu de ces réquisitions, par l'arrêt en date du 28 septembre 2016, la commission d'instruction a :

- constaté l'extinction de l'action publique par la prescription concernant l'éventuel versement en espèces de la somme de 5,5 millions de francs au titre des prestations de sécurité ci-dessus évoquées susceptibles d'avoir été effectuées durant la campagne électorale de M. X... ;
- dit qu'aucun des autres faits dont elle était saisie sous les qualifications d'abus de biens sociaux, complicité et recel, détournement de fonds publics, complicité et recel n'était prescrit et que l'instruction de ces chefs serait poursuivie.

Dans cette décision, la commission d'instruction a retenu principalement, les motifs suivants :

- *sur le versement de 5,5 millions de francs concernant M. G... :*
 - ce versement au profit de M. G... a été évoqué dans un article publié sur le site "Le Parisien", faisant état d'une audition de l'intéressé ;
 - cette audition, réalisée en octobre 1997, dans le cadre d'une commission rogatoire d'un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Coutances, a été transmise par le procureur de la République concerné à celui de Paris le 3 février 1998 ;
 - une enquête a été ouverte à Paris le 23 février 1998, dans le cadre de laquelle, notamment, le président du Conseil constitutionnel a été sollicité pour obtenir les factures de la société EPR sécurité et M. S... entendu ;
 - cette enquête a été classée sans suite le 12 juillet 2002 ;
 - la prescription était donc acquise, au plus tard, le 12 juillet 2005, date bien antérieure à l'ouverture, pour des raisons connexes, d'une part, de l'enquête initiale P06027.9201/2 ayant permis la saisie des documents "Nautilus", d'autre part, de l'information en ayant été la suite.
- *sur les autres faits dont la Commission d'instruction se trouvait saisie :*
 - le point de départ de la prescription, en matière d'infractions dissimulées, est reporté au jour où le délit a pu être constaté ;
 - si c'est à la fin de l'année 1995 ou, en tous cas, en 1996, que les faits sont parvenus à la connaissance, d'une part, du ministre de la Défense, ayant confié à la DGSE une enquête administrative à la demande du Président de la République, et, d'autre part, de la DCN-I ayant reçu le rapport "Nautilus" commandé à M. M..., ces informations n'ont pas été transmises au procureur de la République ;
 - si la validation des comptes de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel, le 12 octobre 1995, a un effet sur la prescription du délit de financement illégal d'une campagne électorale, délit prévu par l'article L. 113-1 du code électoral, elle est sans effet sur la prescription des délits

dissimulés visés au réquisitoire introductif, dès lors que, d'une part, la décision du Conseil constitutionnel, seul document public émanant de cette juridiction, ne fait état d'aucun fait susceptible de recevoir une qualification pénale et, d'autre part, c'est bien plus tard, au cours des années 2011 et 2015, que M. Dumas, ancien président du Conseil constitutionnel, et M. Robert, ancien membre de cette juridiction, ont déclaré que les comptes de campagne de M. X... présentaient de graves irrégularités;

- les articles de presse précités parus les 9, 11 et 12 juillet 1996, ainsi qu'un autre article du quotidien "Libération" publié le 3 août 2001, étaient peu circonstanciés et n'ont pas donné lieu à un débat public, ce dernier n'étant intervenu que lorsque l'existence du rapport "Nautilus" avait été rendue publique à la fin de l'année 2008 ;

- le rapport "Nautilus" n'est parvenu à la connaissance du procureur de la République que le 21 septembre 2006, date de sa saisie dans le cadre de l'enquête préliminaire diligentée ;

- ce rapport contenait des éléments circonstanciés permettant au procureur de la République d'exercer l'action publique et cette date constitue le point de départ de la prescription ;

- des actes interruptifs de la prescription sont intervenus entre cette saisie et le 15 juin 2010, date des constitutions de partie civile ayant provoqué l'ouverture de l'information à l'origine de la procédure dont est saisie la commission d'instruction ;

- ces actes interruptifs sont constitués de ceux accomplis dans l'information ouverte le 25 février 2008, concernant notamment M. M... et M. W..., puisqu'entre cette information, celle ouverte sur les plaintes avec constitution de partie civile, celle ouverte le 14 décembre 2010 et enfin la procédure dont est saisie la commission d'instruction existent des liens permettant de retenir l'existence de la connexité prévue par l'article 203 du code de procédure pénale, tel qu'interprété par la Cour de cassation ;

- il en résulte que la prescription de l'action publique, qui a commencé à courir le 21 septembre 2006, a donc été interrompue, notamment, le 25 février 2008, date du réquisitoire introductif dans la procédure n° P 06027.9201/2, puis les 3 juin 2008, 17 décembre 2008 et 20 janvier 2009, par les saisies de documents réalisées à la demandes juges d'instruction : ainsi, les faits d'abus de biens sociaux, complicité et recel reprochés au titre des rétro-commissions susceptibles d'avoir alimenté la campagne présidentielle, à M. X... et à M. Z..., n'étaient donc pas prescrits le 15 juin 2010, date des constitutions de partie civile ayant provoqué l'ouverture de l'information à l'origine de la procédure suivie par la commission d'instruction et il en est nécessairement de même pour les infractions de détournement de fonds publics, complicité et recel dont la commission est également saisie.

3°) L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation (13 oct. 2017)

M. A... X... a été mis en examen, le 29 mai 2017, des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux¹⁵⁴. Le 31 mai 2017, il s'est pourvu en cassation contre l'arrêt rendu, le 28 septembre 2016, par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République en ce qu'il n'avait constaté que partiellement l'extinction de l'action publique.

¹⁵⁴ M. X... n'a jamais été mis en examen du chef de détournements de fonds publics et l'arrêt du 19 septembre 2019 a dit n'y avoir lieu à suivre contre quiconque de ce chef.

Ses conseils ont déposé une requête tendant à l'admission immédiate du pourvoi. Par ordonnance en date du 16 juin 2017, le premier président de la Cour de cassation a ordonné l'examen immédiat du pourvoi.

Par arrêt en date du 13 octobre 2017,¹⁵⁵ l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé :

“Sur la recevabilité du pourvoi :

Attendu qu'à la suite de sa mise en examen, intervenue le 29 mai 2017, M. X... a formé un pourvoi en cassation contre la décision de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 28 septembre 2016, ayant écarté la prescription de l'action publique concernant certains des faits dont elle était saisie ;

Que si l'intéressé, à la date de la décision attaquée, était nommément cité dans les réquisitions du ministère public, en date du 26 juin 2014, cette seule circonstance ne lui conférait pas la qualité de partie

Que, dès lors, le pourvoi est irrecevable”.

Elle ne s'est donc pas prononcée au fond sur les moyens proposés.

B) La décision de la commission d'instruction, en date du 21 décembre 2017 (arrêt n°3)

1°) La requête du 28 novembre 2017

Dans sa requête, M. X... soutient que les faits qui lui sont reprochés sont prescrits dès lors :

- qu'ils étaient connus (de sorte que le délai de prescription avait alors commencé à courir) dès 1995 par le Président de la République, le ministre de la défense et le Conseil constitutionnel et dès 1999, par le procureur général près la Cour des comptes puis, dès 2002, par la société DCN-I.

- qu'ils ont été révélés par plusieurs articles de presse parus entre 1996 et 2002 ;

- que les informations du rapport “Nautilus” ne sont pas plus précises que certains articles de presse et qu'elles ont été reprises en tout état de cause par certains médias en 2002 ;

- que le ministère public était en mesure d'agir dès 1998 au vu des résultats de certaines investigations ayant mis en exergue l'existence de rétro-commissions en faveur de M. X... provenant du contrat d'armement “Sawari II” ;

- qu'aucun lien de connexité n'existe entre les diverses informations ouvertes contrairement à ce qu'a jugé la commission d'instruction dans le précédent arrêt du 28 septembre 2016 sur la prescription de l'action publique.

2°) L'arrêt rendu par la commission d'instruction le 21 décembre 2017

Dans sa décision rendue le 21 décembre 2017 (arrêt n° 3), la commission d'instruction a fait valoir tout d'abord que le précédent arrêt sur la prescription de l'action publique, rendu le 28 septembre

¹⁵⁵ N° 17-83.620, Bull. crim. 2017, Ass. plén, n° 1.

2016 par la commission d'instruction, était dépourvu d'autorité de la chose jugée à l'égard de M. A... X... (V. supra).

Sur le fond, elle résume tout d'abord de cette façon les observations formulées par la défense :

“Attendu que, pour démontrer que l'action publique est prescrite, les conseils de M. X... soutiennent, premièrement, que les faits reprochés à leur client étaient connus, dès 1995, par le Président de la République, le ministre de la Défense et le Conseil constitutionnel, dès 1999, par le procureur général près la Cour des Comptes et, dès 2002, par la société DCN-I qui avait commandé et reçu le rapport Nautilus ; qu'ils en déduisent que la prescription aurait commencé à courir à compter de la connaissance des faits qu'avaient acquise, d'une part, ces autorités publiques, qui étaient tenues de les révéler au ministère public, ou, d'autre part, la société victime des infractions, qui pouvait les dénoncer en portant plainte ; que, deuxièmement, ils font valoir que plusieurs articles de presse, parus entre 1996 et 2002, auraient également fait courir le délai de la prescription en faisant état des faits litigieux; que, troisièmement, ils soutiennent que les informations contenues dans le rapport Nautilus ne seraient pas plus précises que celles diffusées par la presse et, en tout état de cause, auraient été reprises, courant mai 2002, par certains médias; que, quatrièmement, ils indiquent que le ministère public avait la possibilité d'agir dès 1998, après que les juges d'instruction chargés de rechercher les circonstances dans lesquelles le Parti républicain avait déposé, courant juin 1996, la somme de 5 millions de francs en espèces dans une banque du Luxembourg, ont entendu des témoins faisant état de rétro-commissions, en faveur de M. X..., provenant du contrat d'armement Sawari II (affaire dite du FONDO) ;

Attendu que la requête conteste enfin le lien de connexité retenu par la commission d'instruction dans son précédent arrêt du 28 septembre 2016 sur la prescription”.

Voici la motivation qu'elle a adopté :

“Sur l'information détenue par les autorités publiques

Attendu que le point de départ de la prescription, en matière d'infractions dissimulées, est reporté au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique:

Attendu 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 ; que, contrairement à ce qui est soutenu dans la requête, le point de départ de la prescription n'est pas le moment où ces autorités publiques ont eu connaissance de faits susceptibles de constituer des infractions, mais le moment où ces derniers ont été portés à la connaissance du procureur de la République ; qu'il résulte, en effet, des articles 31, 40, alinéa 1^{er}, et 41 du code de procédure pénale que ce magistrat est seul titulaire de l'action publique qu'il exerce au nom de la société ;

Attendu que, si l'article 40, alinéa 2. du même code 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

délict ... 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 obligation, au demeurant dépourvue de sanction, n'a pas pour effet d'investir ces autorités du pouvoir d'exercer l'action publique; qu'aucun autre texte de loi ne confère un tel pouvoir au Président de République, au ministre de la Défense ou au procureur général près la Cour des Comptes ; qu'au demeurant, reconnaître au pouvoir exécutif la possibilité de déclencher l'action publique porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ;

Attendu que, comme il a déjà été indiqué dans l'arrêt du 28 septembre 2016, 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'aucun fait susceptible de recevoir une qualification pénale (D131) ; 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; que ce n'est qu'au cours des années 2011 et 2015 que M. Dumas, ancien président du Conseil constitutionnel, et M. Robert, ancien membre de cette juridiction, ont déclaré dans les médias que les comptes de campagne de M. X... présentaient de graves irrégularités (D814, D1609) ;

Attendu que, contrairement à ce qui est soutenu, le rapport établi par M. Porchier n'a pas été porté à la connaissance du procureur de la République avant son dépôt dans le cadre de l'information conduite par les juges d'instruction de droit commun ;

Attendu que la prise de connaissance, par les autorités précitées qui n'avaient pas le pouvoir d'exercer l'action publique, de faits qu'aucune d'entre elles n'a dénoncés au procureur de la République, ne peut en conséquence pas avoir eu pour effet de faire courir le délai de prescription.

Sur l'absence de plainte de la part de la société DCN-I, victime des infractions poursuivies

Attendu qu'en matière d'abus de biens sociaux, l'action publique peut être mise en mouvement par le ministère public, par la société victime des agissements frauduleux ou, à défaut, par un ou plusieurs associés agissant "ut singuli" ;

Attendu que les faits n'ont jamais été dénoncés au ministère public, comme cela a déjà été rappelé ;

Attendu que la société DCN-I a dissimulé le paiement des commissions en ayant recours à des intermédiaires et à la mise en place d'un double niveau de sociétés écrans situées dans des paradis fiscaux; que les versements des sommes litigieuses ont été masqués dans la comptabilité sociale sous l'appellation sibylline de "frais techniques" ou "avances sur commissions" ; que ces agissements, quand bien même ils étaient connus de ladite société, dont le capital était détenu, à l'époque, à 99,99% par l'État, n'ont pas été portés à la connaissance du procureur de la République, de sorte que le délai de prescription de l'action publique n'a pas commencé à courir ;

Sur la parution d'articles de presse

Attendu qu'au soutien de ce moyen, les conseils de M. X... invoquent un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 février 2007 ; que c'est plutôt à la conclusion inverse que conduit l'arrêt n° 06-80.200 rendu, en réalité, le 28 février 2007 et constatant que, parmi les abus de biens sociaux poursuivis, il en existait un seul, consistant en un cautionnement donné par la société, qui, dès lors qu'il avait fait "objet d'une publication, n'avait pas été dissimulé, ce qui excluait pour lui un report du point

de départ du délai de prescription; que, de ce point de vue, la parution d'articles de presse ne saurait être assimilée à la publication de l'acte par lequel une société s'est portée caution de l'épouse du dirigeant ;

Attendu que les nouveaux articles versés par M. X... à l'appui de sa requête ne viennent pas modifier l'analyse faite par la commission d'instruction dans son précédent arrêt du 28 septembre 2016; qu'il s'agit, dans tous les cas, d'articles de presse peu circonstanciés, souvent rédigés au conditionnel et qui se sont limités à émettre un soupçon ou à envisager une hypothèse; qu'au regard de la validation des comptes de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel, dans des termes ne laissant supposer l'existence d'aucune infraction pénale, et du silence gardé par les autorités publiques à propos de l'enquête à laquelle elles avaient fait procéder, on ne saurait considérer que ces articles de presse aient pu faire courir le délai de prescription de l'action publique pour les délits d'abus de biens sociaux, recel et complicité reprochés à MM. X... et Z... ; que, comme l'indique le procureur général près la Cour de justice de la République, "le ministère public ne saurait, par principe, accorder foi à des allégations dont l'inspiration peut avoir de multiples objets, ni ordonner systématiquement des enquêtes sur ces allégations, sous peine de se voir opposer la prescription quand des éléments postérieurs renforçant leur crédit lui seraient parvenus" ;

Attendu, en conséquence, que les informations rapportées par ces articles de presse n'ont pas eu pour effet de faire courir le délai de la prescription ;

Sur les "révélations" faites au cours de l'instruction de l'affaire dite du FONDO

Attendu, selon la requête, que des investigations menées par les juges d'instruction chargés de rechercher l'origine de la somme de 5 millions de francs déposée en espèces, en juin 1996, par le parti républicain dans une banque du Luxembourg auraient, dès l'année 1998, fait apparaître l'hypothèse que des rétrocommissions versées à l'occasion du contrat d'armement Sawari II auraient pu financer la campagne présidentielle de M. X... en 1995; qu'il est notamment fait référence à une saisie des cassettes d'enregistrement des deux émissions consacrées à cette affaire par la chaîne Canal Plus, aux auditions de MM. AB..., Y... et BA... ; qu'il est soutenu que, dès lors, le ministère public a nécessairement eu connaissance de ces faits et que, faute pour lui d'avoir agi, la prescription était acquise en 2001 ;

Attendu que les auditions de MM. AB... et Y... ne présentent aucun intérêt au regard de la question de la prescription soulevée; qu'en effet, si le premier a déclaré avoir assisté, fin 1993, en qualité d'interprète, aux rendez-vous entre, d'une part, M. H..., d'autre part, M. Z... puis M. X..., il a indiqué qu'aucun contrat d'exportation d'armement n'avait été évoqué au cours de ces entretiens (D864/29) ; que l'audition du second a porté exclusivement sur l'utilisation des fonds secrets (D864/33) ;

Attendu que M. BA..., réalisateur des deux reportages qui viennent d'être évoqués, a rapporté devant le juge d'instruction qu'une personne, dont il n'a pas voulu donner l'identité, lui avait indiqué que la campagne présidentielle de M. X... avait été financée grâce à des rétro-commissions d'un montant de 95 millions de dollars, tout en précisant que cette personne n'avait pas justifié ces faits autrement qu'en citant le nom de ses différents interlocuteurs de l'époque; qu'il a terminé sa déposition en indiquant que l'un des intermédiaires du contrat Sawari II, M.BB..., serait prêt à s'exprimer sur ces faits (D506) ;

Attendu qu'il ressort de l'exploitation par les enquêteurs des deux reportages de M. BA... que M. Y... et son frère, M. Y..., étaient respectivement, de 1993 à 1995, directeur de cabinet de M. X... et directeur de cabinet du délégué général pour l'armement ; que M. Z..., ministre de la Défense, s'était entouré d'hommes

de confiance en la personne de M. Q... et de M. I..., ce dernier étant nommé à la tête de la Sofresa, société chargée de verser les commissions dans le cadre des marchés d'armement passés avec l'Arabie Saoudite: que plusieurs rendez-vous ont eu lieu entre "les homme de M. X...", le cheik H..., MM. AB... et BB... ; qu'une personne se prétendant lésée a déclaré, sous le couvert de l'anonymat, que, sur les 200 millions de dollars de commission payés l'occasion du contrat Sawari II, 50 millions avaient été versés au cheik H... et à des hommes politiques français; que le second reportage se terminait sur la question de savoir si "une partie de cet argent [était] revenue en France sous forme de rétrocessions illégales pour financer des partis politiques français" (D507) ;

Attendu que le ministère public, qui a accès à toute instruction en cours et qui donne son avis par voie de réquisitions sur l'issue de la procédure après que le dossier lui a été communiqué par le juge d'instruction, a nécessairement eu connaissance des déclarations de M. BA... et du procès-verbal d'exploitation des deux reportages ;

Attendu, toutefois, que les informations contenues dans ces deux procès-verbaux sont peu précises et hypothétiques ; que M. BB... n'a pas été entendu par les juges d'instruction en charge de l'affaire dite du Fondo ; qu'il convient de rappeler, encore une fois, qu'au regard de la validation des comptes de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel, le 12 octobre 1995, dans des termes ne laissant supposer l'existence d'aucune infraction pénale. on ne saurait considérer que ces éléments aient pu faire courir le délai de prescription de l'action publique ;

Sur le rapport Nautilus et la reprise par les médias des informations contenues dans celui-ci

Attendu que la commission d'instruction persiste à considérer que les informations contenues dans le rapport Nautilus sont autrement plus précises par les détails qu'elles contiennent et par la forme rédactionnelle retenue que les articles de presse parus entre 1996 et 2002, lesquels comme il a déjà été dit, sont, pour le plus grand nombre, rédigés au conditionnel et évoquent le plus souvent des soupçons ou les hypothèses ;

Attendu qu'en effet, l'arrêt du 28 septembre 2016 rappelait qu'au "début de l'année 2006, a été ouverte par le procureur de la République de Paris, sous la référence P 06027.9201/2, une enquête au cours de laquelle, le 21 septembre 2006, ont été saisies dans les locaux de la division nationale de vérification des situations fiscales, qui avait engagé une procédure de redressement à propos des commissions versées dans le contrat Mouette, estimées excessives au regard du montant de la vente, les pièces d'un dossier intitulé "Nautilus", dont deux notes, élaborées en exécution de la mission éponyme, datées respectivement des 11 septembre et 7 novembre 2002 (D326) ; que la première note mentionne en introduction : "Après de nombreux contacts, tant en Europe qu'au Pakistan, nous parvenons à la conclusion que l'attentat de Karachi du 8 mai 2002 a été réalisé grâce à des complicités au sein de l'armée et au sein des bureaux de soutien aux guérillas islamistes de l' ISI. Les personnalités militaires ayant instrumentalisé le groupe islamiste qui a mené à bien l'action poursuivaient un but financier. Il s'agissait d'obtenir le versement de commissions non honorées, et promises par le réseau J... lors de la signature du contrat de septembre 1994. L'annulation de ces commissions avait été décrétée en 1995, à la suite de l'alternance politique en France, et visait à assécher les réseaux de financement occultes de l'Association pour la Réforme d'A... X.... Le financement singulier de l'acquisition de ces sous-marins par le Pakistan, grâce à un portage ordonné par la famille royale saoudienne, a longtemps laissé supposer un arrangement amiable sur le non paiement de

ces commissions. Les liens entre le président Français et les dirigeants saoudiens le permettaient théoriquement. Cependant, la décision du 12 janvier 2002 du président Pervez Musharraf de stopper le financement des guérillas islamistes au Pakistan a rompu cet équilibre, localement, conduisant plusieurs chefs militaires à choisir un mode d'opposition fondée sur la violence politique" après avoir fait état des "intermédiaires opérationnels" dans le contrat de vente des sous-marins à l'Etat pakistanais, elle comporte un développement consacré aux "systèmes de rétribution occultes mis en oeuvre et leurs évolutions", selon lequel: "Au Pakistan, J... a planifié l'enrichissement du clan Bhutto, au terme d'un accord entre les époux. J... a acheté à son tour l'aval du chef d'état major de la marine, M...BD..., comme l'ont montré les récentes investigations lancées contre lui à Islamabad (interpellé en 1997 aux États-Unis puis extradé vers le Pakistan). Cependant, il ne s'agissait pas d'un simple acte d'enrichissement personnel. Le généralBD... se servait de ce type de contrat d'armement pour dégager des crédits afin de financer les guérillas islamistes du Cachemire et de la Zone Tribale, comme l'ont fait la plupart des officiers supérieurs intervenant sur les achats de matériels (ces informations nous ont été confirmées par plusieurs enquêteurs des Nations Unies travaillant au Pakistan et en Afghanistan). Le général BD..., a, en particulier, utilisé ce contrat pour libérer des fonds pour le bureau des affaires afghanes de l'ISI que dirigeait le général BC.... Ce bureau a été en particulier à l'origine du recrutement à Londres, par le poste de l'ambassade, du chef islamiste Cheikh Omar Saeed (information confirmée par un cadre du Foreign Office qui cite un rapport du MI6). Ce leader religieux est considéré comme un défenseur de la cause islamiste à la solde des militaires et de l'ISI, trahi par la décision de Pervez Musharraf du 12 janvier 2002 qui stoppe le financement et l'appui des mouvements radicaux. L'attentat de Karachi a été perpétré deux jours avant l'ouverture du procès d'Omar Saeed. En France, le réseau El-Assir a eu pour principale fonction d'assurer le financement de la campagne d'A... X... (c'est R... Q... qui a présenté El-Assir à Emmanuel Aris). Après l'échec de sa candidature, au printemps 1995, ce financement devait être transféré à l'Association pour la réforme, située 40 rue Pierre Charron à Paris, destinée à poursuivre le mouvement initié par les X...iens. Les valises d'argent étaient déposées à la boutique Arij, située au rez-de-chaussée du 40 rue Pierre Charron, avant de monter dans les étages (boutique tenue par la veuve de Georges Chalouhi, marchand d'armes libanais). En septembre 1995, le Président de la République a ordonné de cesser toute rémunération du réseau El-Assir. Charles Millon, ministre de la Défense, conserve trace d'une visite de l'homme d'affaires proche de l'Elysée, Maugein, venu pour régler la succession du réseau El-Assir (Maugein, cf. affaire de la BRGM. Famille Maugein : l'un des leaders sur le marché des accordéons basé à Tulle; important contributeur des campagnes politiques en Corrèze dans les années 70 et 80). La prise en main par Maugein a été effective courant 1996, et a abouti à cesser les versements aux X...iens et aux islamistes de l'ISI. Ce revirement a eu pour conséquence, à plusieurs reprises, l'envoi de messages menaçants à des fonctionnaires français, et émanant de ressortissants libanais" ; dans la troisième partie intitulée "éléments d'analyse sur l'attentat du 8 mai 2002", il est notamment indiqué: "L'attentat lui-même se distingue des autres actions -plus artisanales -entreprises contre des ressortissants occidentaux, notamment dans des lieux de culte. En effet, la déflagration du bus conduisant les agents de la DCN est le résultat d'une planification militaire. Nous avons pu confirmer, par des sources judiciaires et diplomatiques locales, que les dégâts occasionnés résultent du placement d'une mine magnétique sur le bus, à l'endroit précis où la camionnette contenant des explosifs s'est collée au bus. Ce modus operandi plaide pour une participation des correspondants du bureau Afghan de l'ISI. Ce dernier, lâché par le pouvoir politique depuis janvier 2002, recherche ses propres

modes de financement et a entrepris de reprendre les “dossiers impayés””; que la note du 7 novembre 2002 fait état de ce que” les éléments collectés sur les principaux protagonistes de la vente des sous marins Agosta confirment l’analyse produite le 11 septembre 2002” et ajoute: “L’un des principaux intermédiaires pour la France F... -J..., était en relations avec des réseaux criminels. Les services de sécurité français le savaient depuis le courant de l’année 1991. Au Pakistan, la découverte des intermédiaires autrefois employés par BD..., chef d’état-major de la marine, indique l’existence d’un double circuit de financement, en faveur des islamistes et en faveur de la partie française. Nous avons identifié un homme d’affaires dénommé N..., comme le coordinateur des opérations de rétro-commissions entre la France et le Pakistan. N... travaillait en coopération avec BD... (...). Très présent sur les marchés d’armement, N... a longtemps possédé un cabinet de conseil juridique établi à Paris. Il est en outre le frère de M... N... ex-ambassadeur du Pakistan aux Etats-Unis. Le schéma sommaire de distribution qui a prévalu semblait le suivant: N... était responsable des rémunérations occultes des décideurs politiques, tandis que l’al BD... prenait en charge les versements pour l’armée et les services de soutien aux guérillas islamistes de l’ISI’ ;

Attendu qu’il s’agit d’indications précises portant simultanément :

- sur la possible existence d’un double réseau de financement occulte lié au contrat Agosta, destiné, l’un “aux guérillas islamistes de l’ISI’, l’autre au financement de la campagne présidentielle de M. X..., - sur le lien susceptible d’exister entre, d’un côté, l’interruption, en juillet 1996, du “double circuit de financement en faveur des islamistes et en faveur de la partie française”, de l’autre, l’attentat de Karachi ;

Attendu, par ailleurs, que les articles du journal Le Monde des 8 et 10 mai 2002, cités par les conseils de M. X... dans leur requête, ne font état d’aucune des informations du rapport Nautilus relatives à l’existence de rétro-commissions (D326/68, D326/78) ; qu’ils se bornent à informer sur l’attentat lui-même; que le rapport Nautilus étant resté secret jusqu’à sa saisie en 2006, il n’a été connu des médias et du public que bien plus tard, ce qui explique qu’une information a été ouverte, le 15 juin 2010, notamment pour entrave ;

Attendu, par conséquent, que le point de départ du délai de la prescription doit être maintenu au 21 septembre 2006, date de la saisie de ce rapport dans le cadre de l’enquête préliminaire conduite par le parquet de Paris (procédure n° P 06027.9201/2) ;

Sur le lien de connexité

Attendu qu’il est soutenu que les règles de la connexité ne sauraient en l’espèce justifier l’interruption de la prescription, la connexité résidant dans la seule personne de la victime des infractions, la société DCN-I ;

Attendu que la commission d’instruction a considéré dans son précédent arrêt qu’il existait des rapports étroits entre les faits objet de trois procédures: celle dans laquelle a été saisi, le 21 septembre 2006, le rapport Nautilus (procédure n° P 06027.9201/2), celle conduite par les juges d’instruction parisiens sur le volet non ministériel du dossier et qui est à l’origine de la saisine de la Cour de justice de la République (procédure n° P 10167.96027) et, enfin, la présente procédure enregistrée sous le n° 01-CI-14 ;

Attendu qu’il résulte de l’article 203 du code de procédure pénale que “les infractions sont connexes soit lorsqu’elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu’elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d’un

concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées"; qu'il a été jugé de manière constante, à partir du 6 décembre 1907, que les dispositions légales relatives à la connexité, n'étant pas limitatives, s'étendaient "aux cas dans lesquels il existe entre les faits des rapports étroits, analogues à ceux que la loi a spécialement prévus" (Bulletin criminel, n° 101) ; qu'ainsi, la connexité a été retenue lorsque les faits présentaient une identité d'objet et une communauté de résultats (18 février 1991, Bulletin criminel, n° 85) ;

Attendu que les informations n° P 06027.9201/2, P 10167.96027 et celle ouverte à la Cour de justice de la République ont en commun :

- de porter sur des contrats d'exportation d'armement conclus sous l'égide de la DCN-I,
- de se situer dans le prolongement des commissions versées et des rétrocommissions consenties à l'occasion de ventes à l'étranger d'armes, et notamment de frégates,
- de viser des abus des biens de la même société, la DCN-I,
- de mettre partiellement en jeu les mêmes sociétés intermédiaires, comme la société luxembourgeoise Heine, et les mêmes réseaux de corruption ;

Attendu ainsi que les faits objet de ces trois procédures procèdent d'une même conception, étaient déterminés par la même cause et tendaient au même but ; que peu importe qu'ils aient été commis dans des temps différents ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'ils présentent entre eux de multiples liens de connexité, au sens de l'article 203 du code de procédure pénale, tel qu'interprété par la Cour de cassation ;

Attendu, en conséquence, que les actes accomplis dans le cadre de la procédure n° P 06027.9201/2 ont interrompu le cours de la prescription concernant les infractions poursuivies dans le cadre de la procédure n° P 10167.96027 ; que c'est notamment le cas du réquisitoire introductif du 25 février 2008 qui a fait suite à l'enquête préliminaire initialement diligentée par le ministère public ; que les faits d'abus de biens sociaux, complicité et recel reprochés, au titre des rétrocommissions susceptibles d'avoir alimenté la campagne présidentielle, à MM. X... et Z... n'étaient donc pas prescrits le 15 juin 2010, date des constitutions de partie civile qui ont provoqué, l'ouverture pour entrave, faux témoignages, abus de biens sociaux, corruption d'agent public et recel aggravé, de l'information à l'origine de la procédure n° P 10167.96027 ; qu'ensuite, les actes accomplis dans cette dernière procédure ont été interruptifs de la prescription concernant les infractions poursuivies devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ;

Attendu, par ailleurs que les juges d'instruction de droit commun étaient compétents pour instruire des faits qui ne concernaient pas des membres du Gouvernement, comme cela est démontré dans l'arrêt n° 1 de ce jour ;

Attendu que, dès lors, les faits dont est saisie la commission d'instruction ne sont pas prescrits, à l'exception de ceux concernant la somme de 5,5 millions de francs susceptible d'avoir été versée en espèces

à M. G..., en charge de la sécurité durant la campagne électorale de M. X..., comme cela ressort de l'arrêt précité, rendu le 28 septembre 2016 “.

C) La motivation retenue par la commission d'instruction dans l'arrêt de renvoi du 19 septembre 2019

Dans son arrêt de renvoi, la commission d'instruction a analysé à nouveau la question de la prescription de l'action publique.

Elle a dit :

“Les conséquences de la validation des comptes de campagne par le Conseil constitutionnel.

A plusieurs reprises, M. X... s'est étonné de devoir répondre de la régularité de ses comptes de campagne devant le juge pénal, alors que le juge constitutionnel les avait validés.

Suivant courrier en date du 18 septembre 2014 (CJR, D3318), ses avocats soutenaient notamment que la commission d'instruction de la CJR avait été “saisie en violation du principe de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, celui-ci ayant statué sur la régularité du financement de la campagne présidentielle” et que : “dès lors qu'une décision du Conseil constitutionnel a approuvé les comptes d'une campagne présidentielle, la validation de ces comptes doit être considérée comme intangible et ne peut plus être remise en cause par quiconque sur des points qui ont fait l'objet de vérifications et de décisions par le Conseil constitutionnel”.

Il sera rappelé que l'article 62 de la Constitution dispose en son dernier alinéa :

“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”.

Comme un commentateur a pu l'écrire : “il n'existe pas de sanction du non-respect de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel par les autres juges”, ajoutant : “Le Conseil d'État et la Cour de cassation se conforment à la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans la limite de l'objet et de la cause juridique de la décision rendue par ce dernier. Ils ne s'estiment juridiquement pas liés par ses décisions et, en tout état de cause, pas liés par sa jurisprudence” (“L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?”, Marc Guillaume, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n°30, janvier 2011).

Il s'agit donc d'une autorité relative de la chose jugée par les décisions du Conseil constitutionnel, relative car limitée à leur objet et à leur cause juridique, dont l'une des illustrations est l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 10 octobre 2001, énonçant que:

*“si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil “ (Ass. Plén., 10 octobre 2001, Bull. civ., Ass. plén., n° 11) (V. “L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation”, Desaulnay, *ibid.*). On retiendra avec ce dernier commentateur que : “En*

l'absence d'identité de texte, la chose interprétée par le Conseil constitutionnel sort de la rigoureuse protection offerte par l'autorité de chose jugée".

En effet, l'article 6 du code de procédure pénale pose en principe que l'action publique est éteinte par la chose jugée, disposition déclarée conforme à la Constitution (Cons. Const. 18 mars 2015, n° 2014/453/454 et 2015/462).

Il s'en déduit que l'exception d'autorité de la chose jugée ne peut être valablement invoquée que lorsqu'il existe une identité de cause, d'objet et de parties entre les deux poursuites (Crim., 2 avril 1990, n° 88-81.264, Bull. Crim., n° 141, D. 1990, somm. 375, obs. Pradel), la chambre criminelle ayant jugé qu'en vertu de l'article 6 du code de procédure pénale et de l'article 4.1 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'action publique s'éteint par la chose jugée et un même fait ne peut donner lieu contre le même prévenu à deux actions pénales distinctes (Crim., 19 janvier 2005, n° 04-81.686, Bull. Crim. n° 25, RSC, 2005, 934, obs. Renucci).

Encore faut-il qu'existe cette triple identité de cause, d'objet et de parties.

Tel n'est pas le cas en l'espèce.

La décision du Conseil constitutionnel concerne la validation ou non de comptes de campagne et donc l'appréciation du caractère complet des justificatifs apportés aux dépenses et recettes constituant ledit compte. En aucun cas elle n'a un caractère pénal, ni ne répond à une action pénale. Les poursuites présentement entamées contre M. X... concernent des qualifications pénales, en lien certes avec la tenue de ses comptes de campagne, mais qui ne sont pas en elles-mêmes de nature à remettre en cause la décision des juges constitutionnels.

Ainsi, la nature et l'objet des présentes poursuites étant différentes des vérifications opérées par le Conseil constitutionnel, le principe de l'autorité de la chose jugée ne saurait être invoqué ici.

L'arrêt de la chambre criminelle du 22 février 2000 (n° 97-83.460, Bull. Crim. n° 76), cité dans le même courrier du 18 septembre 2014, qui rappelle la décision du juge d'instruction ayant rendu une ordonnance de refus d'informer au motif que le Conseil constitutionnel avait approuvé les comptes de campagne des deux candidats (élections législatives), après y avoir réintégré un certain nombre de dépenses, sans relever d'irrégularités justifiant le rejet, et après avoir refusé de réintégrer au compte de l'un d'entre eux les dépenses signalées par le plaignant comme relevant de l'article L. 113-1-III, du code électoral, rejette le pourvoi sur les seuls motifs que :

- le préjudice moral invoqué par le plaignant, en relation avec le délit de minoration des comptes de campagne, prévu par l'article L. 113-1 du code électoral, n'est pas distinct du préjudice général causé aux intérêts de la société dont seul le ministère public à la charge,*
- les faits dénoncés, n'étant pas de nature à avoir une incidence sur le résultat du scrutin, ne sauraient recevoir la qualification pénale prévue par l'article L. 116 du code électoral.*

Cet arrêt ne pose donc pas l'interdiction prétendue par les avocats de M. X... Mais surtout, il doit être observé, au plan factuel, que le Conseil constitutionnel a dû se prononcer dans un temps très proche de la fin de la campagne électorale, en 1995, au vu de documents dont le caractère insatisfaisant a été dénoncé

par ses rapporteurs et, plus tard, par deux de ses membres, MM. Roland Dumas, président du Conseil constitutionnel, et Robert (Voir supra).

Certes, et comme le mentionnent les avocats de M. X... dans le courrier susvisé, le Conseil a pu dire que : “Le rapport présenté devant la section d’instruction du Conseil constitutionnel est couvert par le secret qui s’attache aux délibérations du Conseil constitutionnel; qu’il ne peut être regardé comme une pièce détachable de ces délibérations; qu’il ne peut par suite en être donné communication” (Cons. Const., 10 novembre 1998, décision n° 97-2113/2119/2146/2154/2234/2235/2242/2243A AN).

Pour autant, la réforme du droit des archives, par la loi organique n° 2008 - 695 du 15 juillet 2008 sur le caractère public des délibérations du Conseil constitutionnel, a rendu accessible les travaux préparatoires des décisions dudit Conseil et en particulier le compte-rendu de ses délibérations. Certaines “ Grandes délibérations “ ont même été publiées en raison de leur intérêt juridique (Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, collectif, Dalloz, 2009, 473).

Pourra se poser à la juridiction de jugement, si elle est finalement saisie, la question de l’articulation de cette décision de validation des comptes de campagne et de cet accès du public aux comptes-rendus des différentes séances consacrées à l’examen de ces mêmes comptes, à compter de 2020, date à partir de laquelle cet accès sera autorisé.

Ainsi, l’argumentaire développé sur ce point ne semble pas devoir être retenu.

La question de la prescription des faits

En lien étroit avec les points qui viennent d’être développés, il sera observé que la validation des comptes de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel, le 12 octobre 1995, si elle a bien évidemment eu un effet sur la prescription du délit de financement illégal d’une campagne électorale, infraction instantanée prévue par l’article L. 113-1 du code électoral et non poursuivie, ne saurait, en revanche, en avoir sur la prescription des délits dissimulés visés au réquisitoire introductif.

Cependant, soulevée dès l’éventualité d’une mise en examen, la question de la prescription de l’action publique relativement aux faits ci-dessus décrits a déjà donné lieu à plusieurs appréciations judiciaires.

Dans le courrier du 18 septembre 2014 précité, les avocats de M. X... ont soutenu que les faits reprochés à leur client étaient prescrits quelle que soit la qualification juridique retenue.

Dans un communiqué transmis à l’agence France-Presse à la suite de sa mise en examen, M. X... a indiqué, au sujet d’un arrêt précédemment rendu, que cette “décision de la commission d’instruction [de la CJR] ne tire aucune conséquence de la validation du compte de campagne par le Conseil constitutionnel en octobre 1995, non plus que de l’ancienneté des faits, vieux de vingt-trois ans”.

Un premier arrêt de la commission d’instruction de la Cour de justice de la République, en date du 28 septembre 2016 (CJR, D3402), à la lecture duquel il est renvoyé pour de plus amples explications, a : “constaté l’extinction de l’action publique par la prescription en ce qui concerne un éventuel versement de 5,5 millions de francs au titre de prestations de sécurité susceptibles d’avoir été effectuées durant la campagne électorale de M. X...”, et dit qu’aucun des autres faits dont elle était saisie n’était prescrit.

Un autre arrêt de la commission d'instruction du 21 décembre 2017 (CJR, D3789), à la lecture duquel il est également renvoyé pour de plus amples explications sur les motifs et le dispositif de la décision, a :

- fixé le point de départ du délai de prescription des faits poursuivis devant elle au 21 septembre 2006, date de la saisie du rapport "Nautilus" dans le cadre de l'enquête préliminaire conduite par le parquet de Paris (procédure n° P06027.920 1/2), qualifiée de connexe à la présente,
- relevé qu'à compter de cette date, divers actes de poursuite et d'instruction avaient interrompu le délai de prescription,
- et constaté par suite, que les faits objet de la présente information n'étaient pas prescrits "à l'exception de ceux concernant la somme de 5,5 millions de francs susceptibles d'avoir été versée en espèces à M. G..., en charge de la sécurité" (durant la campagne électorale de 1995).

Il peut en effet être rappelé, qu'en cas d'infractions connexes faisant l'objet de procédures distinctes, la chambre criminelle a déjà jugé que :

- un acte interruptif de prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard de l'autre, même si ces procédures n'ont pas été jointes (Crim. 1^{er} déc. 2004, n° 03-87.883, Bull. Crim. n° 304, D. 2005, 797, hypothèse des infractions de détournement de fonds publics et d'abus de biens sociaux),
- lorsque des infractions sont connexes, tout acte interruptif de prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard des autres, et ce, même en cas de poursuites exercées séparément. Tel est le cas du recel, connexe selon l'article 203 du code de procédure pénale, aux délits originaux (Crim. 19 déc. 1995, n° 95-80.850, Bull. Crim. n° 390),
- en matière d'abus de biens sociaux et de recel de ce délit, le caractère non limitatif de l'énumération de l'article 203 relatif à la connexité,
- en cas d'infractions connexes, un acte interruptif de la prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard de l'autre (Crim. 28 mai 2003, n° 02-85.185, Bull. crim. n° 108 ; Crim. 19 septembre 2006, n° 05-83.536, Bull. crim., n° 228), ce qui justifie qu'en raison du lien de connexité démontré entre les infractions objet de l'information ouverte le 25 février 2008, celles poursuivies dans le cadre de l'instruction référencée P 10167. 96027 et celles concernées par la présente procédure, les actes interruptifs de la prescription concernant les premiers délits ont eu le même effet à l'égard des autres.

Il convient au surplus de rappeler la règle selon laquelle la prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Elle a notamment été appliquée en matière d'abus de biens sociaux (Crim. 10 août 1981, n° 80-93.092, Bull. Crim. n° 244 ; Crim. 5 mai 1997, n° 96-81.482, Bull. Crim. n° 159), de recel d'abus de biens sociaux (Crim. 6 février 1997, n° 96-80.615, Bull. Crim. n° 48), de détournements de fonds publics (Crim. 2 décembre 2009, n° 09-81.967, Bull. Crim. n° 204).

Cette jurisprudence est toujours valide (par exemple pour l'abus de confiance, Crim. 5 avril 2018, n° 17-83.166, P ; pour détournement de fonds par une personne chargée d'une mission de service public,

Crim. 20 avril 2017, n° 16-80.091, P ; pour recel et détournement de fonds publics et par application de l'article 203 du code de procédure pénale, Crim. 28 février 2017, n° 15-81.969, P).

Il doit être précisé que la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative au report du point de départ de la prescription en matière d'abus de confiance et d'abus de biens sociaux, en retenant que, d'une part, la prescription n'était pas constitutionnellement garantie, d'autre part, les règles en la matière étaient "anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs" (Ass. plén. 20 mai 2011, n° 11-90.033, Bull. n° 6).

Par ailleurs, il peut être rappelé que les règles applicables en matière de prescription ont été modifiées par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 qui a notamment :

- modifié les délais de prescription en matière délictuelle (six ans) et criminelle (vingt ans) ;*
- consacré la jurisprudence sur le point de départ de la prescription en matière d'infractions occultes ou dissimulées (article 9-1 du code de procédure pénale), mais en créant des délais butoirs (douze ans pour les délits et trente ans pour les crimes).*

L'article 4 de cette loi a enfin prévu : "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"(V. notamment, Crim., 9 janvier 2019, n° 17-83.587, NP).

La chambre criminelle (Crim. 28 juin 2017, QPC 17-90.010, P), a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'atteinte au principe d'égalité des citoyens relative à cette dernière disposition.

L'argumentaire développé par la défense au sujet de la prescription de l'action publique sera donc écarté.

On peut tenter de résumer ainsi la motivation retenue par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Deux questions légèrement différentes étaient posées par la requête.

Sur l'autorité de la chose jugée. La question posée pouvait être : la décision de validation des comptes de campagne par la décision du Conseil constitutionnel publiée le 12 octobre 1995 faisait-elle obstacle, en vertu de l'autorité de la chose jugée, à des poursuites fondées sur l'origine des sommes ainsi contrôlées, relatives au financement de la campagne électorale du candidat concerné ?

En résumé la commission d'instruction a répondu :

- le principe d'autorité de la chose jugée en droit pénal ne peut être retenu que dans le cas d'identité de partie, d'objet et de cause ;
- la nature et l'objet des présentes poursuites étant différentes des vérifications opérées par le Conseil constitutionnel, le principe de l'autorité de la chose jugée ne saurait être invoqué ici ;
- l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel publiée le 12 octobre 1995 est limitée à l'infraction prévue par l'article L. 113-1 du code électoral, sanctionnant l'absence de respect des obligations visées par ce texte et imposées à un candidat.

Si cette question a fait l'objet d'une motivation dans l'arrêt rendu par la commission d'instruction de la CJR dans sa décision du mois de septembre 2016, le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée des comptes de campagne n'avait pas été soulevé devant la commission dans la requête ayant donné lieu à l'arrêt rendu par elle le 21 décembre 2017.

Elle l'est ici par la deuxième branche du moyen qui pose sensiblement les mêmes questions que les deux premières branches du cinquième moyen.

Dans cette décision du 30 septembre 2019, la commission d'instruction a partiellement motivé par des observations relatives à l'absence d'autorité de la chose jugée de la validation par le Conseil constitutionnel des comptes de campagne. Il ne semble donc pas que la recevabilité de ce moyen puisse être mise en cause.

Sur la prescription de l'action publique

En résumé, sur la question du point de départ de la prescription la commission d'instruction a jugé :

- le point de départ de la prescription de l'action publique, en matière d'infractions dissimulées, est reporté au jour où le délit a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ;
- si plusieurs autorités publiques ont pu avoir connaissance d'une possible origine illégale d'une partie des fonds ayant financé la campagne présidentielle de M X..., ces faits n'ont pas été révélés au procureur de la République, seul compétent pour mettre en oeuvre l'action publique;
- la validation des comptes de campagne par le Conseil constitutionnel a effet sur le seul délit de financement d'une campagne électorale, mais demeure sans effet sur la prescription des délits dissimulés dès lors que le rapport public ne faisait état d'aucun fait susceptible de recevoir une qualification pénale;
- les faits n'ont jamais été dénoncés par la victime des infractions poursuivies (DCN-I) ;
- les articles parus dans la presse étaient peu circonstanciés et hypothétiques;
- les informations contenues dans le dossier dit du Fondo étaient peu précises et hypothétiques;
- le procureur de la République n'a eu connaissance de l'existence possible de ces infractions que le 21 septembre 2006, date de la saisie du rapport "Nautilus" dans le cadre d'une enquête préliminaire,

Par ailleurs, sur la question de la connexité des actes interruptifs de prescription, la commission d'instruction a fait valoir, **en résumé** :

- en cas d'infractions connexes, tout acte interruptif de prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard de l'autre même si ces procédures n'ont pas été jointes;
- il existe des rapports étroits entre les faits objet de trois procédures : celle dans laquelle a été saisie, le 21 septembre 2006, le rapport "Nautilus", celle conduite par les juges d'instruction parisiens dans le volet non ministériel du dossier et celle instruite par la commission d'instruction de la CJR ;
- ces rapports sont constitués par le fait que ces informations judiciaires portent sur des contrats d'exportation d'armement conclus sous l'égide de la DCN-I, elles se situent dans le prolongement des commissions versées et des rétrocommissions consenties à l'occasion de ventes à l'étranger d'armes, et notamment de frégates, elles visent des abus de biens sociaux de la même société, DCN-I et mettent partiellement en jeu les mêmes sociétés intermédiaires et les mêmes réseaux de corruption ;
- constituent ainsi des actes ayant interrompu la prescription de l'action publique le réquisitoire introductif du 25 février 2008 de l'affaire concernant MM. M... et W..., et les saisies de documents réalisés les 3 juin 2008, 17 décembre 2008 et 20 janvier 2009, les faits n'étant donc pas prescrits au 15 juin 2010, date des constitutions de partie civile ayant provoqué l'ouverture d'une information pour entrave, faux témoignages, abus de biens sociaux, corruption et recel aggravé, les actes accomplis dans cette information ayant eux-mêmes été interruptifs de la prescription concernant les infractions poursuivies devant la CJR.

D) Analyse des moyens

1°) Sur la prescription

Il est fait ici grief à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République d'avoir constaté, pour les motifs reproduits, que les faits relatifs au dépôt de la somme de 10 250 000 francs sur le compte de l'association pour le financement de la campagne électorale de l'exposant n'étaient pas prescrits.

Cet examen implique le contrôle de l'origine de l'ensemble des recettes perçues en vue de l'élection, de sorte que, sauf hypothèse d'une fraude, il est exclusif d'une dissimulation, en matière de prescription, s'agissant des éventuelles infractions en lien avec l'origine des fonds. Il fait valoir qu'en l'espèce, les recettes de la campagne de Monsieur X... ont été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, et notamment la somme dont il est aujourd'hui allégué qu'elle serait le produit d'un abus de biens sociaux ; que n'ayant pas contesté que cette somme ait fait l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel, la commission d'instruction ne pouvait fixer à une date ultérieure à la décision de cette autorité le point de départ du délai de prescription du délit de recel.

Elle ne pouvait relever, sans en tirer les conséquences légales, qu'au cours des années 2011 et 2015, "M. Dumas, ancien président du Conseil constitutionnel, et M. Robert, ancien membre de cette

juridiction, ont déclaré dans les médias que les comptes de campagne de M. X... présentaient de graves irrégularités (D 814, D 1609)”, ce dont il ressortait que la décision de validation est intervenue malgré l’émission de doutes quant à la provenance de la somme de 10.350.000 francs litigieuse.

Le **quatrième moyen** proposé n’appelle pas de développements particuliers puisqu’il tire les conséquences sur l’arrêt de renvoi du 30 septembre 2019 de la cassation sollicitée dans le cadre du pourvoi formé contre l’arrêt n°3 du 21 décembre 2017 qui entraînerait, par voie de conséquence, celle de l’arrêt de renvoi en ce qu’il a dit non prescrits les faits de complicité et de recel d’abus de biens sociaux reprochés à M. X...

2°) Sur l’autorité de la chose jugée

La troisième branche du troisième moyen fait valoir que la validation des comptes de campagne d’un candidat à l’élection présidentielle par le Conseil constitutionnel fait obstacle à toute forme de répression pénale portant sur l’origine des recettes ayant fait l’objet de ce contrôle

Le **cinquième moyen**, dans sa première et sa deuxième branche, reproche à la commission d’instruction d’avoir méconnu l’autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel publiée le 12 octobre 1995 ayant validé les comptes de campagne de M. X..., et précédemment évoquée.

Il est soutenu que, dès lors que les sommes litigieuses ont été examinées par le Conseil constitutionnel, il n’était pas possible pour la commission d’instruction de fixer à une date ultérieure à cette décision le point de départ du délai de prescription du délit de recel d’abus de biens sociaux.

E) Eléments de réflexion.

On examinera successivement :

- la prescription de l’action publique et l’autorité de la chose jugée (1°),
- les textes applicables en matière de comptes de campagne (2°),
- la nature du contrôle du Conseil constitutionnel (3°),
- les décisions du Conseil constitutionnel (4°),
- l’autorité de la chose jugée en droit pénal (5°),

- la validation des comptes de campagne et l'autorité de la chose jugée (6°),
- la prescription de l'action publique des infractions dissimulées (7°),
- l'action publique aurait-elle pu être mise en oeuvre par le procureur de la République avant le 21 septembre 2006 ? (8°),
- les effets de la connexité sur la prescription de l'action publique (9°).

1°) Prescription de l'action publique et autorité de la chose jugée

La première question posée est de savoir si les moyens sont recevables, en raison de la décision rendue par la commission de l'instruction sur la même question le 28 septembre 2016.

On a vu que M. X... avait formé un pourvoi contre cette décision mais que celui-ci avait été jugé irrecevable par l'assemblée plénière.

La question qui se pose est celle de savoir si le requérant pouvait poser une question identique à celle qui avait déjà été tranchée par ladite commission. Peut-on poser ainsi, et sans limites, la même question ?

Si l'on fait un rapprochement avec l'autorité de la chose jugée en matière de nullité de procédure, on sait par exemple que cette autorité s'oppose à ce qu'une partie soulève, à l'occasion d'une nouvelle procédure, un moyen de nullité déjà rejeté à l'occasion d'un précédent examen de la régularité, des actes issus d'une procédure distincte antérieure¹⁵⁶.

“ Doit être rejetée, en application du principe de l'autorité de la chose jugée, la requête en nullité présentée devant la chambre de l'instruction, visant une procédure sur la régularité de laquelle une chambre des appels correctionnels a déjà statué, à la demande de la même partie, par décision devenue définitive, ladite procédure ayant servi de fondement à l'ouverture, postérieure, de l'information”.

Par ailleurs, cette autorité s'oppose également à ce qu'une nouvelle partie soulève, à l'occasion d'une même procédure, un moyen de nullité déjà rejeté à l'occasion d'un précédent examen de la régularité des pièces du dossier¹⁵⁷ :

“S'il est vrai que la personne mise en examen après que la chambre de l'instruction a été appelée à statuer sur la régularité de la procédure ne peut se voir opposer la cause d'irrecevabilité prévue par l'article 174 du Code de procédure pénale, elle ne saurait cependant proposer un moyen de nullité qui aurait déjà été rejeté par la chambre de l'instruction”.

¹⁵⁶ Crim., 20 juin 2018, n° 17-86.651, Bull. crim., n° 117.

¹⁵⁷ Crim., 14 mai 2002, n° 02-80.721, Bull. crim., n° 111.

Au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, la chambre criminelle rappelle que " le demandeur à la nullité est recevable à proposer des moyens tirés de l'irrégularité d'actes accomplis dans une information à laquelle il n'est pas partie et qui ont été versés à la procédure lorsqu'il invoque une atteinte à l'un de ses droits qui aurait été commise dans la procédure distincte ou que les pièces versées sont susceptibles d'avoir été illégalement recueillies"¹⁵⁸.

Toutefois, "S'il est vrai que les personnes mises en examen après que la chambre de l'instruction a été appelée à statuer sur la régularité de la procédure ne peuvent se voir opposer la cause d'irrecevabilité prévue par l'article 174 du code de procédure pénale, elles ne sauraient cependant proposer, dans la même procédure portant sur les mêmes faits, des moyens de nullité qui auraient déjà été rejetés par cette juridiction, sauf à faire valoir des actes ou pièces de la procédure qui n'avaient pu lui être précédemment soumis"¹⁵⁹.

Il résulte donc de cette jurisprudence, qu'en matière de nullités, les requérants non parties à une procédure ayant donné lieu à une décision de la chambre de l'instruction, peuvent soulever ces mêmes nullités devant une autre chambre de l'instruction sans que leur soit opposée l'autorité de la chose jugée de la première décision.

Cette solution de la chambre criminelle a été confirmée par un arrêt du 20 juin 2018¹⁶⁰ décidant que :

" l'autorité de chose jugée de la décision d'une chambre des appels correctionnels ayant rejeté des nullités de procédure ne peut être opposée à celui qui, n'étant pas partie à cette procédure, présente, devant la juridiction d'instruction saisie d'une information ouverte sur la base de celle-ci, une demande portant sur les mêmes nullités".

S'agissant d'une fin de non-recevoir, comme la prescription, la décision disant que la personne ne peut être déclarée coupable parce que la prescription est acquise est revêtue de l'autorité de la chose jugée "le juge pénal décide d'une manière définitive que la culpabilité de la personne poursuivie ne peut plus être légalement déclarée parce que la prescription a fait son oeuvre, et le juge civil doit tenir pour acquise l'extinction de l'action publique".

En revanche, dès lors que la décision n'a pas retenu l'état de prescription, elle n'apparaît pas définitive.

L'exception de prescription est une exception péremptoire d'ordre public. Cela signifie que :

- la forclusion de l'article 175 du code de procédure pénale n'y fait pas obstacle devant la juridiction de jugement¹⁶¹ ;

¹⁵⁸ Crim., 16 février 2011, n° 10-82.865, Bull. crim., n° 29.

¹⁵⁹ Crim., 19 février 2019, n° 18-85.131, Bull. crim., n° 35.

¹⁶⁰ Crim., 20 juin 2018, n° 17-86.657, Bull. crim., n° 116.

¹⁶¹ Crim., 8 septembre 2010, n° 09-87.009 ; Crim., 20 janvier 2009, n° 08-80.021, Bull. 21

- elle peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel¹⁶² ;
- elle peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, à condition que cette Cour trouve dans les constatations des juges du fond les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur¹⁶³.

L'autorité de chose jugée, d'une manière générale, ne s'attache pas aux décisions ordonnant des mesures préparatoires, aussi bien durant l'instruction que lors du jugement de l'affaire¹⁶⁴.

La chambre criminelle en a décidé ainsi concernant les arrêts ordonnant un supplément d'information¹⁶⁵, ou ceux prononçant sur une demande d'acte¹⁶⁶. L'autorité de la chose jugée est attachée aux seuls actes juridictionnels définitifs, y compris ceux qui tranchent une exception de procédure.

La chambre criminelle a été interrogée sur l'autorité de chose jugée attachée au rejet de la demande en constatation de prescription de l'action publique.

Ainsi, dans une affaire, la question était de savoir si l'ordonnance du juge d'instruction rejetant une première demande tendant à la constatation de la prescription de l'action publique, frappée d'un appel irrégulier, avait acquis autorité de chose jugée de nature à faire obstacle à une nouvelle demande déposée par une autre partie. La chambre criminelle a répondu par la négative : le caractère définitif d'une décision d'une juridiction d'instruction disant l'action publique non prescrite n'empêche pas une autre partie de déposer une demande en constatation de la prescription de l'action publique. La chambre criminelle prononce, d'ailleurs, en des termes beaucoup plus généraux, puisqu'elle pose le principe selon lequel "aucune autorité de chose jugée ne s'attache aux décisions des juridictions d'instruction déclarant l'action publique non prescrite"¹⁶⁷.

La chambre criminelle a également articulé le principe ainsi dégagé avec celui aux termes duquel la prescription de l'action publique est une exception péremptoire d'ordre public qui peut être invoquée en tout état de la procédure. En application de ces deux principes, elle retient que, nonobstant l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant déjà tranché sur l'absence de prescription de l'action publique et la forclusion de l'article 175 du code de procédure pénale, le prévenu

¹⁶² Crim., 16 février 2016, n° 15-82.454.

¹⁶³ Crim., 29 octobre 2013, n° 12-86.795 ; Crim., 30 juin 1999, n° 98-82.025 ; Crim., 12 mai 1976, n° 75-92.128, Bull. crim. n° 155.

¹⁶⁴ V not. MERLE (R.) et VITU (A.), Traité de droit criminel, Procédure pénale, t. 2, Cujas, 5e éd., 2001, § 888, " La nécessité d'une décision statuant au fond, condition préalable à l'autorité de la chose jugée " ; CARON (D.), "Action publique. – Extinction. – Autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal", in JurisClasseur Procédure pénale, Art. 6, Fasc. 20, § 28 et s. - V. également le rapport du Mme le conseiller Moreau pour l'arrêt Crim., 12 novembre 2014, n° 14-84.705, Bull. 233.

¹⁶⁵ Crim., 31 mai 2017, n° 15-84.040 (7e moyen) ; Crim., 1^{er} septembre 2009, n° 08-87.816 ; Crim., 28 avril 2009, n° 08-85.021, Bull. 77 ; Crim. 13 mai 1997, n° 96-82.363, Bull. 179.

¹⁶⁶ Crim., 25 avril 2017, n° 16-80.078 ; Crim., 5 novembre 2014, n° 09-84.823 et 13-84.757.

¹⁶⁷ Crim., 19 mars 2008, n° 07-80.473, Bull. Crim., n° 73.

reste recevable à soulever l'exception de prescription devant la juridiction de jugement ("si c'est à tort que l'arrêt prononce ainsi, la prescription pouvant être invoquée en tout état de la procédure...")¹⁶⁸.

La chambre criminelle, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'absence d'obligation pour le président de la chambre de l'instruction de saisir celle-ci à la suite d'une absence de réponse d'un juge d'instruction concernant une demande relative à la prescription de l'action publique (article 82-3 du code de procédure pénale), a dit n'y avoir lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, dès lors que *"le président de la chambre de l'instruction, saisi de la requête à laquelle le juge d'instruction n'a pas répondu, doit rendre une décision motivée en cas de non-saisine de la chambre de l'instruction, cette décision étant susceptible d'être censurée en cas d'excès de pouvoir et la question de la prescription de l'action publique pouvant toujours être soulevée devant le juge du fond"*.

L'article 82-3 du code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 prévoit :

"Lorsque le juge d'instruction conteste le bien-fondé d'une demande des parties tendant à constater la prescription de l'action publique, il doit rendre une ordonnance motivée dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Les dispositions des avant-dernier et derniers alinéas de l'article 81 sont applicables.

A peine d'irrecevabilité, la personne soutenant que la prescription de l'action publique était acquise au moment de sa mise en examen ou de sa première audition comme témoin assisté doit formuler sa demande dans les six mois suivant cet acte".

L'absence de jurisprudence ne permet pas de savoir en quoi ce texte serait susceptible de modifier les principes ci-dessus énoncés.

Le fait que la prescription de l'action publique reste discutable ne signifie pas nécessairement qu'une même partie puisse indéfiniment la discuter. En d'autres termes, le principe selon lequel la décision de la juridiction d'instruction disant l'action publique non prescrite n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée revient-il à admettre que la partie dont la demande a été rejetée peut former une nouvelle demande au cours de la procédure ?

Les dispositions du code de procédure pénale (art. 82-3 et 81, al. 10 et 11) n'apportent aucune restriction à d'éventuelles demandes successives.

Si la jurisprudence précitée relative à l'absence d'autorité de chose jugée des décisions disant l'action publique non prescrite n'apporte aucune réponse à cette question¹⁶⁹, les arrêts portant sur l'absence d'autorité de chose jugée des décisions prononçant sur des demandes d'actes, au

¹⁶⁸ Crim., 8 septembre 2010, n° 09-87.009.

¹⁶⁹ Dans la première espèce, les demandes successives avaient été formées par deux parties différentes, et dans la seconde espèce, ni l'arrêt, ni le dossier de procédure ne permettent de savoir si la demande en constatation de la prescription portée devant la chambre de l'instruction et l'exception de prescription soulevée devant la juridiction.

régime desquels est soumise la demande de l'article 82-3 code de procédure pénale, tendent à admettre que les demandes successives émanant de la même partie sont recevables¹⁷⁰.

2°) *Sur les comptes de campagne*

La loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, a prévu, dans son article 3, que les opérations électorales se dérouleraient conformément aux dispositions concernées du code électoral.

Le rôle du Conseil constitutionnel consistait alors uniquement à veiller à la régularité de ces opérations, à examiner les réclamations, à arrêter et proclamer les résultats.

Il n'existait donc ni plafonnement des dépenses électorales, ni contrôle de celles-ci.

La loi organique n° 88-226 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique a introduit dans ce dispositif l'obligation pour chaque candidat d'établir un compte de campagne dans les conditions fixées notamment par l'article 3 de la loi organique et les articles L. 163-1 à L. 163-3 et L. 179-1 du code électoral.

Ce dispositif était marqué par :

- l'établissement d'un compte de campagne devant retracer, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses effectuées en vue de l'élection ;
- l'existence de plafonds de dépenses (120 millions de francs pour un candidat à l'élection du Président de la République, porté à 160 millions de francs pour chacun des candidats présents au second tour) ;
- le dépôt de ce compte au Conseil constitutionnel, accompagné des justificatifs de recettes et de dépenses ;
- la publication de ces comptes.

Toutefois, aucun contrôle de ceux-ci n'était prévu.

Le Conseil constitutionnel¹⁷¹, dans ses observations relatives à l'élection présidentielle intervenue en 1988, a émis plusieurs recommandations et notamment :

- l'obligation pour chaque candidat d'ouvrir un compte bancaire ou postal destiné à retracer, de façon exclusive, l'ensemble des opérations financières liées à la campagne électorale ;

¹⁷⁰

¹⁷¹Pour des demandes successives émanant des mêmes parties civiles : Crim., 25 avril 2017, n° 16-80.078. Observations du Conseil constitutionnel 21 juillet 1988 n° 88-61 PDR.

- l'obligation d'établir les comptes selon un modèle-type arrêté après avis du Conseil constitutionnel ;
- l'obligation de certification des comptes par un membre de l'Ordre des experts comptables.

La loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, a tenu compte de ces recommandations et a modifié l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962, faisant suite à la création d'un nouveau chapitre dans le code électoral (L.52-4 à L. 52-18 du code électoral), relatif au financement des dépenses électorales législatives, régionales et municipales, par la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

Les modifications et exigences nouvelles découlant de ces textes ont été pour l'ensemble des élections concernées :

- la désignation d'un mandataire financier, seul compétent pour recueillir les fonds et régler les dépenses (L. 52-4 du code électoral) ;
- les obligations du mandataire financier (association ou personne physique mais non les deux cumulativement) : déclaration, ouverture d'un compte bancaire, limitation de la période de recueil des fonds notamment ;
- l'encadrement des dons : plafonnement des dons des personnes physiques, interdiction des dons des Etats étrangers ou des personnes morales étrangères (L. 52-8) ;
- l'information des donateurs (L. 52-9 et L. 52-10) ;
- le plafond des dépenses électorales (L. 52-11) ;
- l'établissement d'un compte de campagne retraçant, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection, le dépôt de ce compte à la préfecture accompagné des justificatifs des recettes ainsi que des factures, devis et autres documents de nature à établir le montant des dépenses, la transmission de ce compte à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques et sa publication (L. 52-12) ;
- la création de cette Commission et sa composition (L. 52-14) ;
- l'approbation des comptes par la Commission, le remboursement de la somme dépassant le plafond légal et le pouvoir de la Commission de dénoncer au parquet les irrégularités de nature à contrevenir aux articles L. 52-4 à L. 52-13 (L. 52-15) ;
- l'encadrement de la publicité électorale ;
- la transmission du rapport établi par la Commission aux bureaux des Assemblées.

La loi organique précitée du 10 mai 1990 a adapté l'ensemble de ces dispositions à l'élection présidentielle en prévoyant, essentiellement, :

- des plafonds de dépenses augmentés (modification de l'article 3 II, alinéa 2, de la loi de 1962) ;
- la transmission du compte de campagne, non pas à la Commission nationale des comptes de campagne, mais au Conseil constitutionnel, disposant des pouvoirs prévus par les articles L. 52-15, alinéas 1er et 4 et L.52-17 du code électoral (modification de l'article 3 II, alinéa 3, de la loi de 1962), comprenant notamment la transmission du dossier au parquet en cas d'irrégularités constatées ;
- la dévolution à la Fondation de France du solde positif éventuel d'un compte de campagne.

La loi organique n° 95-62 le 19 janvier 1995 a modifié à nouveau l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962. Elle a été complétée par la loi n° 95-65 du même jour.

Elle a ainsi fixé le dispositif applicable aux faits objet des actuelles poursuites.

Elle a apporté, notamment, les modifications suivantes :

- les plafonds de dépenses ont été revus à la baisse (90 millions de francs au lieu de 120 millions pour un candidat au premier tour et 120 millions de francs au lieu de 160 pour chaque candidat du second tour) ;
- le Conseil constitutionnel a la possibilité de fixer la somme que le candidat est tenu de rembourser au Trésor public en cas de dépassement des plafonds, en application de l'article L. 52-15, alinéa 6, du code électoral ;
- les comptes de campagne adressés au Conseil constitutionnel font désormais l'objet d'une publication, ainsi que la décision du Conseil approuvant, rejetant ou réformant les comptes de campagne ;
- un rapporteur est désigné par le Conseil constitutionnel pour l'examen de ces comptes.

La loi n° 95-62 le 19 janvier 1995 a par ailleurs modifié l'article L. 52-12 du code électoral en prévoyant que :

- le compte de campagne doit être en équilibre ou excédentaire et ne peut présenter un déficit ;
- les personnes morales, autres que les partis et groupements politiques, ne peuvent faire de dons à un candidat dans le cadre d'une campagne électorale.

Il doit être précisé que, si le contrôle précité des comptes de la campagne présidentielle était l'oeuvre du Conseil constitutionnel en 1995, cette compétence a été ultérieurement transférée à la Commission nationale des comptes de campagne par la loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006.

3°) *La nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel*

La question qui peut être ici posée est celle de la nature du contrôle du Conseil constitutionnel, à la date des faits.

On trouve, dans les travaux parlementaires ayant conduit à l'élaboration de la loi organique de 1990, le constat que le dispositif mis en place en 1988 s'était révélé inefficace et que, par conséquent, il ne fallait pas seulement réglementer mais contrôler et sanctionner¹⁷².

Le dispositif mis en place par la nouvelle loi était lui-même critiqué par certains parlementaires qui estimaient que ni les mécanismes prévus, ni les sanctions encourues n'étaient susceptibles de faire disparaître la pratique des "caisses noires" ou celle des "fonds secrets"¹⁷³.

A propos de la Commission nationale de contrôle des comptes de campagne, le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale précisait que *"les pouvoirs de cette commission sont vastes dans son domaine - celui de l'évaluation -, les prérogatives du juge de l'élection et du juge pénal sont respectées intégralement dès lors que la validité de l'élection est en jeu ou que des infractions ont été relevées"*¹⁷⁴.

Le rôle de cette Commission, spécialement discuté lors de la loi n° 90-55 du 15 janvier, était, avant tout, de contrôler le respect du plafonnement des dépenses de campagne. Ainsi, le rapporteur exposait : *"la commission n'est véritablement qu'une commission des comptes des campagnes électorales. Son rôle est de vérifier que le compte a été déposé et, s'il a été déposé, s'il y a eu ou non dépassement du plafond. Pour dire cela, elle bénéficie de pouvoirs extrêmement larges, y compris, nous le verrons, un pouvoir d'évaluation d'office. Mais c'est cela sa compétence, et rien d'autre !"*¹⁷⁵.

Les travaux préparatoires confirment par ailleurs que la dénonciation au parquet n'est prévue qu'en cas de manquement à la réglementation sur le plafonnement des dépenses de campagne. Cette disposition est pleinement applicable au Conseil constitutionnel¹⁷⁶, aux termes de l'article L. 52-15, alinéa 4, du code électoral¹⁷⁷. Elle paraît l'être uniquement en cas de violation des règles imposant la maîtrise des dépenses électorales et la transparence de leur financement, du fait de la seule référence dans ce texte aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16 du code électoral.

Par ailleurs, peut se poser la question de l'application de l'article 40 du code de procédure pénale prévoyant l'avis au procureur de la République d'un crime ou d'un délit de droit commun dont toute "autorité constituée" aurait eu connaissance.

¹⁷² Assemblée Nationale, 1ère lecture mercredi 4 octobre 1989 M. Didier Migaud p. 3122.

¹⁷³ Sénat, 1ère lecture mercredi 14 novembre 1989 M. Ernest Cartigny p. 3270.

¹⁷⁴ Assemblée Nationale, 1ère lecture, mercredi 4 octobre 1989 M. Robert Savy, rapporteur, p. 3105.

¹⁷⁵ Assemblée Nationale, 1ère lecture vendredi 6 octobre 1989 M. Robert Savy, rapporteur, p. 3211.

¹⁷⁶ Assemblée Nationale, 1ère lecture rapport n° 892 déposé le 2 octobre 1989 par M. Robert Savy, p. 75 et Sénat n° 48 déposé le 8 novembre 1989 par M. Christian Bonnet, p. 19 et 48.

¹⁷⁷ A l'époque, l'alinéa 4 était ainsi rédigé : *"Dans le cas où la commission a relevé des irrégularités de nature à contrevenir aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16, elle transmet le dossier au parquet"*.

Il convient d'observer qu'en toute hypothèse, au cas d'espèce, le Conseil constitutionnel n'a dénoncé au parquet aucune infraction.

4°) *Les décisions du Conseil constitutionnel*

Dans une décision du 11 janvier 1990, après avoir déclaré contraire à la Constitution, par une décision du même jour, le premier projet de loi organique lui étant soumis¹⁷⁸, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de la loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques, devant devenir la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 : il a alors posé le principe selon lequel : *“la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques exerce un contrôle de nature administrative”*¹⁷⁹.

Le Conseil s'est également prononcé, dans cette même décision, sur le pouvoir accordé à la Commission par l'article L.52-14 du code électoral en retenant, d'une part, que *“le recours aux pouvoirs de coercition prévus par le code de procédure pénale n'est possible que dans le cadre de poursuites judiciaires”*, d'autre part, que cet article *“ne saurait, sur son seul fondement, permettre aux officiers de police judiciaire mandatés par la Commission d'exercer des pouvoirs coercitifs ; que toute autre interprétation serait contraire aux dispositions de la Constitution qui garantissent la liberté individuelle”*.

Il convient de préciser d'ailleurs que cet article L.52-14 du code électoral n'est pas visé à l'article 3 de la loi de 1962 et que les pouvoirs accordés à la Commission par cette disposition légale, notamment celui de recourir à des officiers de police judiciaire, dans les limites venant d'être déterminées, n'est pas prévu le concernant.

Dans une autre décision, du 12 juillet 1995, le Conseil constitutionnel a fixé les moyens d'investigation à la disposition des rapporteurs adjoints pour diligenter l'instruction sur les comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle venant de se dérouler¹⁸⁰.

Il est précisé que les rapporteurs adjoints ont qualité, notamment, pour : se faire communiquer par toute personne ou autorité toute information et remettre tout document utile relatif aux recettes et aux dépenses des comptes de campagne des candidats ; recueillir auprès de toute personne ou autorité toute information et tout document permettant d'apprécier l'exhaustivité et la sincérité des comptes de campagne et des comptes bancaires ou postaux annexés ; recueillir toute information utile auprès des personnes physiques ou morales pouvant avoir consenti des prêts, des dons ou des avantages aux candidats.

Il peut être observé que cette procédure est dépourvue de tout aspect coercitif, dans le sens, précédemment rappelé, souhaité par le législateur.

Sur les comptes de campagne pour l'élection présidentielle de 1995 eux-mêmes, le Conseil constitutionnel a notamment apporté des corrections dans les cas suivants:

- concernant M. Cheminade, il a estimé que l'intéressé avait bénéficié de fonds très importants, sans intérêt, de la part de personnes physiques, ce qui était assimilable, en l'espèce, à un don, en

¹⁷⁸ Cons. Const., 11 janvier 1990 n° 89-263 DC.

¹⁷⁹ Cons. Const., 11 janvier 1990, préc, n° 89-271 cons. 3.

¹⁸⁰ Cons. Const., 12 juillet 1995, n°95-83 PDR.

vertu de l'article L. 52-17 du code électoral ; de ce fait, le compte devait être considéré comme ayant été établi en méconnaissance de dispositions du code électoral et rejeté¹⁸¹.

- concernant M. Chirac, le Conseil avait retenu que le compte ne retraçait pas l'intégralité des dépenses d'impression et de diffusion d'invitations, affiches et tracts et a ajouté de ce chef, sur la base des éléments lui étant fournis, la somme de 797.950 F¹⁸².

- concernant M. X..., s'agissant des dépenses, le Conseil constitutionnel a ajouté aux dépenses figurant au compte la somme de 5 929 628 F, correspondant à la location et l'entretien de permanences, aux dépenses engagées par le comité de soutien de Paris, à la location de salles de réunions, aux invitations tracts et affiches, à des frais de sonorisation et de déplacement des orateurs, aux dépenses relatives à des déplacements outre-mer, ainsi qu'à la publication d'un ouvrage.

S'agissant des recettes, le Conseil constitutionnel a apporté une importante modification à la présentation du compte et notamment l'emprunt de 31 millions de francs contracté par l'AFICEB.

Appliquant ces modifications, le Conseil a arrêté le compte de campagne de M. X... avec un total de 89 776 119 F pour les dépenses et 91 605 688 F pour les recettes¹⁸³.

Selon le professeur Jean-Pierre Camby, l'instruction, en 1995, devant le Conseil constitutionnel, a "donné lieu à une procédure contradictoire, d'ailleurs prévue par l'article L. 52-15 du code électoral, entre les rapporteurs d'une part, et les candidats et leurs mandataires d'autre part. Les visas des décisions mentionnent, en effet, des échanges de questionnaires et de lettres. Une fois cette phase terminée, le Conseil constitutionnel a tenu cinq séances dans les derniers jours du mois de septembre et les premiers jours du mois d'octobre, et toutes les décisions ont été rendues en même temps, de manière à éviter de créer une inégalité entre les candidats au regard du remboursement"¹⁸⁴.

A la suite de cette élection de 1995, le Conseil constitutionnel, comme il l'avait fait auparavant, a émis des observations concernant le contrôle ainsi opéré en relevant que les incertitudes ou interrogations apparues à l'analyse des comptes avaient fait l'objet de questionnaires adressés aux candidats ou à leurs mandataires et que les échanges d'observations avaient été renouvelés jusqu'au moment où le Conseil avait pu s'assurer que les candidats avaient pu faire valoir tous leurs arguments et avaient été en mesure de communiquer les informations complémentaires sollicitées¹⁸⁵.

Au delà de ces éléments concernant le contrôle en vigueur en 1995, il doit être ajouté que la loi organique du 5 février 2001 est venue compléter l'article 3 de la loi de 1962 pour délier les agents

¹⁸¹ Cons. const., 11 octobre 1995, n° 95-88 PDR cons. 6.

¹⁸² Cons. const., 11 octobre 1995, n° 95-86 PDR cons. 12.

¹⁸³ Cons. const., 11 octobre 1995, préc, n° 95-91 PDR.

¹⁸⁴ Répertoire de contentieux administratif, Elections : "contentieux de l'élection présidentielle", janv.

2017, § 40.

¹⁸⁵ Cons. const., 8 décembre 1995 - Décision n° 95-93 PDR.

de l'administration des impôts du secret professionnel à l'égard des membres du Conseil constitutionnel et de ses représentants, ce qui peut démontrer les insuffisances du dispositif alors applicable.

Enfin, comme précédemment indiqué, la loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006 a confié le contrôle des comptes de campagne pour l'élection présidentielle à la Commission nationale des comptes de campagne.

5°) *L'autorité de la chose jugée en droit pénal*

Aux termes de l'article 6 du code de procédure pénale, l'autorité de la chose jugée éteint l'action publique. Il se déduit de cet article pénal que le principe de l'autorité de chose jugée, fût-ce de manière erronée, fait obstacle à ce qu'une chambre de l'instruction remette en cause le jugement définitif par lequel la juridiction correctionnelle s'est dessaisie sans statuer sur l'action publique et a renvoyé le ministère public à mieux se pourvoir¹⁸⁶.

Il n'est pas possible de déroger au principe de l'autorité de la chose jugée et le principe peut être invoqué à tout moment y compris devant la Cour de cassation à condition toutefois que celle-ci trouve dans les constatations du juge les éléments suffisants pour en apprécier l'application¹⁸⁷.

Le triple principe de l'identité d'objet, de cause et de parties doit être respecté pour que la chose jugée ait, comme conséquence, l'extinction de l'action publique. Tel n'est pas le cas si c'est le complice qui est cité¹⁸⁸ ou un coauteur¹⁸⁹.

Même si le code de procédure pénale ne le prévoit expressément qu'en matière criminelle¹⁹⁰, il est de principe qu'un même fait ne peut donner lieu contre le prévenu à deux actions pénales distinctes même sous une qualification différente¹⁹¹. Ainsi, la relaxe d'un prévenu du chef de harcèlement sexuel fait obstacle à sa comparution devant le tribunal correctionnel, pour les mêmes faits qualifiés d'agressions sexuelles¹⁹². Dans l'affaire dite du "sang contaminé", la Cour de cassation a pourtant admis une poursuite du chef d'empoisonnement à l'encontre de prévenus déjà jugés du chef de tromperie sur les qualités d'un produit¹⁹³. Tout repose en fait sur l'appréciation de l'identité de la cause : un jugement définitif rendu sur la prévention d'abus de confiance ne fait pas obstacle à de nouvelles poursuites pour abus de biens sociaux ...¹⁹⁴

¹⁸⁶ Crim. 12 déc. 2012, n° 12-82.905, *Bull. crim.* n° 276 ; *D.* 2013. 15.

¹⁸⁷ Crim. 13 nov. 1989, n° 88-80.801, *Bull. crim.* n° 408 – Crim. 3 juin 1997, n° 96-83.653, *Bull. crim.* n° 217.

¹⁸⁸ Crim. 19 nov. 1958, *D.* 1959. Somm. 67.

¹⁸⁹ Crim. 6 juin 1978, n° 77-91.558, *Bull. crim.* n° 181.

¹⁹⁰ C. pr. pén., art. 368.

¹⁹¹ Crim. 9 mai 1961, *JCP* 1961. II. 12223, note P. Chambon – Crim. 7 mars 1984, n° 83-91.574, *Bull. crim.* n° 96 – Crim. 13 déc. 1990, n° 90-80.108, *Bull. crim.* n° 433.

¹⁹² Crim. 19 janv. 2005, n° 04-81.686, *Bull. crim.* n° 25 ; *RSC* 2005. 934, note J.-F. Renucci ; *AJ pénal* 2005. 196, note C. Porteron ; *Gaz. Pal.* 30 août 2005, obs. Y. Monnet.

¹⁹³ Crim. 22 juin 1994, n° 93-83.900, *Bull. crim.* n° 248 ; *JCP* 1994. II. 22310, note M.-L. Rassat.

¹⁹⁴ Crim. 2 avr. 1990, n° 88-81.264, *Bull. crim.* n° 141 ; *D.* 1990. Somm. 375, obs. J. Pradel.

Si un fait identique ne peut être poursuivi sous plusieurs qualifications différentes, il n'en est pas de même si le fait poursuivi se voit modifié parce qu'il est porté des éléments nouveaux à la connaissance de la partie poursuivante. Ainsi, bien qu'il ait été définitivement condamné du chef d'homicide involontaire, un individu a pu être à nouveau poursuivi pour le crime d'homicide volontaire, la chose jugée *"ne pouvant être invoquée lorsque les faits sur lesquels est fondée une seconde poursuite contre un même individu ne se confondent pas avec ceux qui ont servi de base à une première action"*¹⁹⁵. Mais cette possibilité n'est pas ouverte dans le cas de l'aggravation d'un préjudice postérieurement à la condamnation¹⁹⁶, y compris si un délit de blessures involontaires se transforme en homicide involontaire¹⁹⁷. En revanche, le patron de débit de boisson poursuivi pour avoir donné à boire à une personne manifestement ivre peut être par la suite poursuivi pour homicide involontaire, l'automobiliste ayant provoqué un accident dans lequel il trouva la mort, les *"faits objet des deux poursuites étant différents en leurs éléments constitutifs"*¹⁹⁸.

6°) La validation des comptes de campagne et l'autorité de la chose jugée.

Selon l'article 1351 du code civil, devenu l'article 1355 depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : *"l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité"*.

A supposer un autre litige comportant un point commun avec le précédent qui a déjà été tranché, on ne conçoit pas que la première décision soit sans influence sur celle qui reste à prononcer. *"La vérité n'étant pas divisible, force est d'admettre que le second juge devra se plier aux déclarations que le premier a données. Le problème ne se situe plus au niveau de l'action dont la recevabilité est certaine puisque c'est une nouvelle question qui est à juger, mais au niveau du jugement et de la liberté d'appréciation dont dispose le tribunal saisi en second"*¹⁹⁹.

Pour délimiter ce qui s'impose en tant que chose jugée, il serait, selon le professeur Motulsky, *"opportun ... de préciser que l'interdiction de retourner devant le juge est, en principe, limitée aux facteurs qui ont été débattus devant le tribunal et tranchés par lui"*²⁰⁰.

La question posée au juge doit être débattue pour permettre la confrontation et la motivation des points de vue, elle doit être tranchée soit dans le dispositif soit dans les motifs qui en sont

¹⁹⁵ Crim. 25 mars 1954, JCP 1954. II. 8272, note Verdier – J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts, t. II, n° 32 – Crim. 13 mai 1983, n° 82-90.251, Bull. crim. n° 149 ; JCP 1985. II. 20385, note W. Jeandidier ; D. 1984. 41, rapp. Chapparr.

¹⁹⁶ Crim. 3 mars 1959, Bull. crim. n° 143.

¹⁹⁷ Crim. 8 oct. 1959, Bull. crim. n° 418.

¹⁹⁸ Crim., 4 sept. 2001, n° 01-82.160, NP, Dr. pénal 2002. Chron. 6, obs. C. Marsat.

¹⁹⁹ H. Roland, L. Boyer, Adages du droit français, 4^{ème} éd., Litec, 1999, p 790.

²⁰⁰ H. Motulsky, "Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile", D. 1968, chron I, p 1 et s.

inséparables parce qu'un jugement ne saurait contenir des points de vue implicites ou silencieux²⁰¹.

En 1866, Albert Thiéblin considère déjà, après avoir cité l'article 1351 du code civil, que le législateur, *"en exigeant l'identité d'objet et l'identité de cause, n'a fait que statuer sur le plerumque fit"*²⁰², *c'est-à-dire qu'il a détaillé les éléments qui constituent le plus ordinairement l'identité de question"*²⁰³.

Madame Bacquet-Bréhan distingue le principe d'autorité de la chose jugée de son expression procédurale ; *"en disposant qu'"il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formées par elles et contre elles en la même qualité", cette disposition a seulement pour finalité d'organiser le mieux possible l'exception d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire l'irrecevabilité d'une question déjà jugée et non d'expliquer les finalités du principe de l'autorité de la chose jugée"*²⁰⁴.

Il ne saurait y avoir autorité de la chose jugée sur les questions omises ou non résolues par un premier jugement²⁰⁵.

Selon le professeur Motulsky, évaluer si la demande présentée à un juge est différente d'une demande antérieure pourrait être déclinée sous la forme de plusieurs affirmations :

- ce qui ne tend pas au même résultat n'a été ni débattu ni tranché ;
- ce qui tend au même résultat mais sur un fondement différent n'a été ni débattu ni tranché ;
- ce qui n'avait pas été demandé n'a été ni débattu ni tranché ;
- ce qui n'existait pas à l'époque de la première instance n'a été ni débattu ni tranché²⁰⁶.

L'article 62, al. 2, de la Constitution se présente comme l'obligation de se soumettre aux décisions du Conseil constitutionnel. Il apparaîtrait de cette définition *qu'"on ne pourrait mieux caractériser l'autorité de la chose jugée"*²⁰⁷.

L'assimilation par le Conseil constitutionnel de l'autorité de ses décisions à celle de la chose jugée

²⁰¹ V. Bacquet-Bréhan, L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, op cit, n° 215.

²⁰² Ce qui a lieu le plus souvent.

²⁰³ A. Thieblin, "De l'autorité de la chose jugée en matière civile et spécialement des éléments constitutifs de la chose jugée en droit romain et des jugements qui ont force de chose jugée en droit français", Imprimerie Victor Goupy, 1866, thèse pour le doctorat, cité par V. Bacquet-Bréhan, L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, op cit, n° 215.

²⁰⁴ V. Bacquet-Bréhan, "L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958", op. cit, n° 209.

²⁰⁵ J Karila de Van, "Chose jugée", Répertoire de droit civil, 2003, tome 3, n° 86.

²⁰⁶ G. Couchez, J-P. Langlade, D. Lebeau, Procédure civile, Dalloz, 1998, n° 1291 et s.

²⁰⁷ J. Laferrière, Cours de droit constitutionnel, Faculté de droit de Paris, 1949-1950, Les Cours de Droit, 1950, p 761.

ressort de trois décisions :

La première est celle n° 62-18 du 16 janvier 1962, le Conseil a jugé :

“Considérant, (...), qu’aux termes de l’article 62 in fine de la Constitution : “les décisions du Conseil constitutionnel s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles” ; que l’autorité des décisions visées par cette disposition s’attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même”.

Bruno Genevois souligne, à propos de cette décision²⁰⁸ : *“L’énoncé du raisonnement montre que le Conseil rattache l’autorité de chose jugée de ses décisions à un critère qui est fonction de l’objet des dites décisions et de leur cause juridique (c’est-à-dire de leur fondement) sans référence aucune à l’idée de partie. Cela ne saurait surprendre car, aussi bien la répartition des compétences entre la loi et le règlement que le contrôle de constitutionnalité, ont un caractère objectif qui est comparable au contentieux de la légalité des actes administratifs”.*

Dans sa décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, le Conseil a utilisé les termes *“d’autorité de chose jugée “pour juger” que l’autorité de 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 était alors soumise ; qu’elle ne peut être utilement invoquée à l’encontre d’une autre loi conçue, d’ailleurs, en termes différents”.*

Le Conseil a confirmé cette jurisprudence par sa décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989 :

“12. Considérant qu’en vertu du deuxième alinéa de l’article 62 de la Constitution les décisions du Conseil constitutionnel “s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles” ; que l’autorité des décisions visées par cette disposition s’attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ;
“13. Considérant que si l’autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d’une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l’encontre d’une autre loi conçue en termes distincts, il n’en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution”.

Le Conseil d’État et la Cour de cassation se conforment à la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans la limite de l’objet et de la cause juridique de la décision rendue par ce dernier.

Faisant suite à un premier arrêt de la chambre sociale (25 mars 1998, CRCAM et Sud-Alliance

²⁰⁸ La jurisprudence du Conseil constitutionnel, STH, 1988, p. 60.

c/ Tallagnon), la Cour de cassation a, dans un arrêt d'assemblée plénière (10 octobre 2001, Breisacher), jugé *“que, si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil”*.

S'agissant de l'analyse des lois soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, et des réserves d'interprétation pouvant être émise par le Conseil, Marc Guillaume écrit²⁰⁹ :

“II.2.3 – Toutes ces décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation traduisent une conception très limitée de l'autorité des décisions du Conseil en application de l'article 62 de la Constitution. Si l'on rattache cette autorité à celle de la chose jugée, c'est une autorité “relative”, car limitée à l'objet et à la cause juridique de la décision. C'était la conception du doyen Vedel qui pensait, au sujet de la décision du 22 janvier 1999, “que la solution du Conseil est exacte sur le fond mais n'a pas autorité absolue de chose jugée et ne s'impose donc pas au juge pénal” (Pouvoirs, n° 92, p. 73)”.

On peut également souligner que l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel constitue l'un des critères de la QPC dès lors que l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 modifiée prévoit que l'une des conditions de transmission de la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation est que la disposition contestée *“n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf changement de circonstances”*.

Dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a jugé que ce critère rappelle l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel énoncée par l'article 62 de la Constitution et seul un changement de circonstances peut conduire à ce que le Conseil constitutionnel soit à nouveau saisi d'une disposition qu'il a déjà jugé conforme à la Constitution.

L'article 62 ne fait certes pas mention du principe de l'autorité de chose jugée, à la différence de l'article 1351 du code civil dont il est admis que la portée n'est cependant pas limitée à la matière civile (aujourd'hui l'article 1355). Mais il est vrai que l'article 62, s'il ne prévoit pas cette autorité, ne l'interdit pas non plus.

Certains auteurs considèrent néanmoins que l'expression d'autorité de la décision de constitutionnalité serait préférable, l'autorité de chose jugée exigeant, au sens strict, des critères difficiles à réunir dans le cadre du contentieux constitutionnel, au moins dans le cadre du contentieux *a priori*²¹⁰.

²⁰⁹ “L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?”, Marc Guillaume, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30, janvier 2011.

²¹⁰ Bezzina (A.-C.), *L'autorité des décisions du Conseil sur lui-même*, contribution in “L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel”, (dir. B. Mathieu et M. Verpeaux), Thèmes et commentaires, Les Cahiers constitutionnels de Paris I, Dalloz, 2010), p. 14.

Les décisions du Conseil constitutionnel, appréciées dans leur globalité, sont de nature très différentes.

Sur le plan juridictionnel, le Conseil est une juridiction constitutionnelle (contentieux de répartition des compétences (articles 34 et 37 de la Constitution) et contentieux des normes (article 61 de la Constitution).

Il est également une juridiction non constitutionnelle : il est juge électoral (articles 58, 59 et 60 de la Constitution) et s'agissant de l'élection présidentielle, il examine les réclamations et proclame les résultats. Il est également juge administratif, notamment lorsqu'il est saisi, en application des dispositions de l'article L. 52-15, alinéa 3, du code électoral par la Commission nationale des comptes de campagne.

Le Conseil a par ailleurs des attributions non juridictionnelles : consultation, intervention lors de l'organisation de l'élection présidentielle ou d'un référendum, notamment.

S'agissant de la situation en 1995, le Conseil constitutionnel avait lui-même en charge le contrôle des comptes de campagne pour l'élection présidentielle. Le Conseil avait rappelé lui-même, comme précédemment indiqué, que ce contrôle était de nature administrative²¹¹. On peut donc s'interroger sur la nature des décisions intervenues dans ce cadre.

En effet l'application de l'autorité de la chose jugée doit être limitée aux décisions de nature juridictionnelle²¹².

L'article 62 al. 2 de la Constitution ne s'attache pas aux avis émis par le Conseil ni à ses décisions administratives (c'est la loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008 qui a fait passer l'alinéa 2 à l'alinéa 3 pour tenir compte d'un nouvel alinéa consacré à la QPC).

On peut ainsi noter qu'en 1995 comme en 2002, le Conseil constitutionnel s'est substitué à la Commission nationale des comptes de campagne pour vérifier les comptes de campagnes des candidats à l'élection présidentielle. Ces attributions ont été considérées comme des attributions de nature administrative ordinairement confiées à une autorité administrative indépendante. Nous ne trouvons, en 1995 comme en 2002, aucun recours en contestation du contrôle des recettes établi par le Conseil constitutionnel. *“Doit-on considérer qu'il s'agit là d'une fonction juridictionnelle alors que la même fonction exercée par la Commission des comptes de campagne est soumise au juge de l'élection, ce dernier variant selon la nature des élections ? Il existe sur ce point une*

²¹¹ Cons. const. 11 janvier 1990, n° 89-271 DC cons. n° 3.

²¹² 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, préf C. Goyard, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 120, 2005, n° 52.

*incertitude non levée*²¹³.

Elle se traduit dans les propos de Mme Lamouroux s'interrogeant sur la question de savoir "si la fonction de contrôleur financier dévolue au Conseil constitutionnel correspond à celle d'un juge électoral ?"²¹⁴.

Il existe, dans le cadre même de l'élection présidentielle, des dispositions qui dérogent à l'article 62 puisqu'elles organisent un recours possible. Il en est ainsi du droit de réclamation contre l'établissement de la liste des candidats qui est ouvert à toute personne ayant fait l'objet d'une présentation (en vertu des différents décrets en Conseil d'Etat pris pour fixer les modalités d'application de la loi du 6 novembre 1962 avant chaque élection). C'est le Conseil constitutionnel lui-même qui est saisi de ces actions. Selon Mme Bacquet-Bréhan, "les solutions jurisprudentielles ainsi rendues organisent donc un régime distinct entre les décisions susceptibles de recours en l'absence d'application de l'article 62, al. 2 et celles qui ne le sont pas en raison de leur nature contentieuse".

Selon le doyen Vedel dans la consultation jointe à son mémoire par le demandeur (document joint au mémoire ampliatif du 29 novembre 2019), les décisions prises par le Conseil constitutionnel sur les comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle sont des décisions n'étant susceptibles d'aucun recours, s'imposant aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives ou juridictionnelles.

Même si l'on estime que la décision relative aux comptes de campagne n'est pas une décision purement administrative à laquelle aucune autorité de chose jugée ne saurait être attachée, se pose néanmoins nécessairement la question de l'étendue d'une autorité de la chose jugée qui pourrait être attachée à ces décisions.

Quel était l'objet du contrôle réalisé par le Conseil ?

Le doyen Vedel souligne ainsi que "cette autorité de chose jugée est, en un certain sens absolue en tant qu'elle s'exerce erga omnes (dans les limites de ce qu'elle décide évidemment) sans qu'elle puisse être tenue en échec par le fait que celui à qui on l'opposerait soit un tiers par rapport à la procédure qui a abouti à la décision"²¹⁵.

Il écrit encore "Les problèmes de la portée de la chose jugée se ramènent au point de savoir si telle affirmation ou telle prétention est incompatible avec ce qui a été affirmé ou nié par la décision de justice devenue définitive (...) C'est qu'en effet la chose jugée est insérée dans un système normatif ayant son

²¹³ V. Bacquet-Bréhan, L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit., n° 93.

²¹⁴ S. Lamouroux "Elections présidentielles de 2002 : nouveautés et perspectives contentieuses", L. P. A 2002, n° 51.

²¹⁵ Page 17.

*particularisme et qui formule ses affirmations de fait ou de droit par rapport à la finalité de ce système normatif. Par exemple, une décision pénale a pour objet l'application de la loi pénale dans l'intérêt de la répression pénale. Le point de savoir si la décision du juge pénal, relative à des faits imputés à un agent public et passée en force jugée (et les motifs qui en sont le soutien indispensable) lie l'autorité d'une juridiction disciplinaire exige un examen complet et comparatif de ce qui est "vérité légale" et de ce qui est allégué d'autre part. La réponse, on le sait, n'est pas uniforme. Il est des cas où, notamment sur le terrain de la matérialité des faits, la décision pénale s'imposera au juge disciplinaire mais dans d'autres cas, il n'en sera pas ainsi et notamment si la notion de faute disciplinaire dans telle ou telle hypothèse est différente de celle de faute pénale"*²¹⁶.

La jurisprudence mettant en parallèle une décision du Conseil constitutionnel et une poursuite pénale sont peu nombreuses. On trouve toutefois l'exemple suivant :

Le député maire M. Tiberi arrive en tête des élections législatives dans la 2^{ème} circonscription de Paris en 1997. Mme Cohen-Solal accuse son adversaire de fraude électorale. Elle saisit le Conseil constitutionnel en lui demandant de réformer les élections en sa faveur. Elle dépose en même temps une plainte contre X devant le juge pénal pour fraude électorale. Le Conseil constitutionnel statue le 20 février 1998²¹⁷ et reconnaît l'existence de manoeuvres mais estime à 800 le nombre d'électeurs suspects. Ce chiffre déduit, Jean Tibéri demeure le gagnant des élections. Or, le magistrat instructeur poursuit son information et aboutit à un chiffre supérieur au calcul du Conseil constitutionnel. Mme Cohen-Solal s'appuie sur ces faits nouveaux pour demander au Conseil de changer de position quant à son refus d'inverser les résultats électoraux. Dans une décision du 12 juillet 2000²¹⁸, le Conseil constitutionnel assimile la demande de Mme Cohen-Solal à un recours en révision du jugement et la rejette²¹⁹. M et Mme Tibéri ont été condamnés par le tribunal correctionnel puis par la cour d'appel de Paris. Leur pourvoi a définitivement été rejeté par arrêt du 15 mars 2015²²⁰.

Cette affaire n'est intéressante que parce qu'elle met en lumière les éventuelles dissonances possibles entre droit pénal et décision du Conseil constitutionnel. Sur le fond, le Conseil, tout comme le juge pénal avaient admis des fraudes. Mais, en tout état de cause, le nombre des électeurs que le Conseil constitutionnel avait estimé frauduleux n'a pas été jugé comme devant lier le juge pénal.

Se pose également la question, soulevée par le moyen, de la prescription de l'action publique concernant les infractions liées aux comptes de campagne.

²¹⁶ Page 22.

²¹⁷ Cons. const., déc. n° 97-2113 et autres du 20 févr. 1998, A.N. Paris, 2^{ème} circonscription, Brasila, Raquin, Cohen-Solal et autres, Rec. 159.

²¹⁸ Cons. const., déc., n° 2000-2585, 12 juill. 2000, A.N. Paris, 2^{ème} circonscription, Cohen-Solal, Rec 102 - V. aussi P. Jan "L'irrecevabilité des recours en révision devant le Conseil constitutionnel", D. 2000, J p. 690-691.

²¹⁹ Sur ces points, V. V. Bacquet-Bréhan, L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit, n° 236 et s.

²²⁰ Crim., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-82.917.

7°) *La prescription de l'action publique d'une infraction dissimulée.*

Ce point mérite d'être particulièrement examiné au regard du caractère occulte ou dissimulé de certaines infractions.

a) Quelques éléments sur la prescription de l'action publique après la loi du 27 février 2017

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 modifiant les règles de la prescription applicable aux délits, la prescription était acquise au terme d'un délai de trois ans à compter de la commission de l'infraction, sous réserve de l'existence d'actes l'ayant interrompue. Hors le cas de dispositions particulières applicables à certaines infractions (délits de presse, infractions relatives aux mineurs victimes), la jurisprudence de la chambre criminelle a dégagé des règles particulières pour certaines infractions, à l'égard desquelles la prescription de l'action publique ne pouvait s'appliquer selon les modalités générales²²¹.

Elle a, dans ces cas, été amenée à retarder le point de départ de la prescription.

La jurisprudence de la chambre criminelle avait, au cas par cas, établi une liste des infractions clandestines par nature. L'article 9-1 du code de procédure pénale, issu de la loi du 27 février 2017, consacre le principe en énonçant que *“Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, 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, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise”*.

Les deux alinéas suivants définissent l'infraction occulte et l'infraction dissimulée. *“Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire”*. L'infraction occulte est donc celle qu'on appelait clandestine par nature. Ce caractère est déterminé par la nature de ses éléments constitutifs.

Selon le même article : *“Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte”*.

La loi nouvelle a créé des délais butoirs (douze ans pour les délits et trente ans pour les crimes).

L'article 4 de la loi du 27 février 2017 a enfin prévu : *“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*

²²¹ Challe B. Jurisclasseur procédure pénale art. 7 à 9 n° 52 et s.

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".

La chambre criminelle a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'atteinte au principe d'égalité des citoyens relative à cette dernière disposition²²².

Cette question prioritaire de constitutionnalité a été posée dans une information évoquée dans le présent dossier, et suivie contre des personnes ne relevant pas de la Cour de justice de la République, à l'occasion du pourvoi formé notamment par M. Q... contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon, en date du 20 janvier 2017 précité et ainsi rédigée :

“Les dispositions de l'article 4 de la loi n°2017-242 du 27 février 2017 qui excluent l'application immédiate, aux faits antérieurs ayant donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, du nouvel article 9-1 du code de procédure pénale - prévoyant des dispositions plus douces en ce que le délai de prescription de l'infraction occulte ou dissimulée ne peut excéder douze années révolues pour les délits et trente pour les crimes à compter de la commission des faits -, et qui excluent l'application de l'article 112-2 4° du code pénal prévoyant l'application immédiate des lois de prescription de l'action publique, sont-elles contraires au principe de rétroactivité in mitius consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à la garantie des droits et à la présomption d'innocence affirmées aux articles 16 et 9 de cette Déclaration, et au principe d'égalité devant la loi qui découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ?”

Comme cela a été dit, la chambre criminelle a dit n'y avoir lieu à renvoi devant le Conseil constitutionnel. Elle a retenu :

“en premier lieu, que la différence de traitement qui en résulte, entre des personnes ayant commis les mêmes crimes ou délits aux mêmes dates, selon l'intervention ou non d'actes de mise en mouvement ou d'exercice de l'action publique, est en rapport direct avec la loi dont l'objet est de prévoir les conditions d'acquisition de la prescription de l'action publique ;

Que, par ailleurs, la question posée, portant sur une disposition ayant vocation à aménager dans le temps les conséquences de la modification des règles relatives à la prescription des crimes et délits qui a pour seul effet de faire obstacle à l'exercice des poursuites, est étrangère aux droits et libertés garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme définissant les principes de légalité criminelle et de nécessité des peines ;

²²² Crim., 28 juin 2017, QPC n° 17-90.010, Bull. crim. n° 190, V. not. l'excellent rapport de Mme le conseiller Chauchis sur cette question.

Qu'enfin, si, selon l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout homme est présumé innocent tant qu'il n'a pas été déclaré coupable, l'application des règles de la prescription de l'action publique est sans incidence sur la présomption d'innocence".

b) Les infractions occultes ou clandestines par nature

Par arrêt du 4 janvier 1935²²³, la chambre criminelle a jugé que, si l'abus de confiance était prescrit au jour du réquisitoire introductif, le détournement frauduleux et le préjudice consécutif n'ont pu être constatés que peu de temps avant, et que *"jusque-là, le prévenu, par ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées par ses créanciers ou en leur nom, avait pu dissimuler son intention délictueuse et empêcher ainsi de constater les éléments du délit"*. Cette solution a été ensuite rappelée par la chambre criminelle²²⁴.

À partir de 1971, elle a abandonné la référence à une quelconque dissimulation par l'auteur de l'infraction, jugeant que seul le constat effectif du détournement fait courir le délai de prescription²²⁵. Partant, elle crée une nouvelle catégorie d'infractions dites clandestines ou occultes par nature, c'est-à-dire celles dont la clandestinité est un élément constitutif essentiel du délit. Dans pareils cas, le point de départ est reporté *"au jour où elles apparaissent et peuvent être constatées dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique"*²²⁶.

Dès lors que les détournements opérés par le prévenu, agent principal d'assurances qui a détourné des contrats de capitalisation qui lui avaient été remis, pour en assurer la conservation et la gestion, par un client de ces compagnies d'assurances, n'ont été découverts qu'à la suite d'un contrôle des services de la société d'assurances, ce contrôle constitue le point de départ du délai de prescription²²⁷.

Cette solution a, dans un premier temps, été étendue au délit d'abus de bien sociaux²²⁸ et de recel d'abus de biens sociaux²²⁹. À compter de 1981 la chambre criminelle précise que le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté *"dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique"*²³⁰.

²²³ Crim., 4 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935, 1, Jur. p. 353.

²²⁴ V. notamment : Crim., 8 février 2006, n° 05-80.301, Bull. 34.

²²⁵ Crim., 4 mars 1997, n° 96-84.773, Bull. 83.

²²⁶ Crim., 8 juin 1999, n° 97-82.834.

²²⁷ Crim., 11 déc. 2013, n° 12-86.624, Bull. crim. n° 251 ; D. 2013. 2916 ; AJ pénal 2014. 132, obs. J. Gallois ; JCP 2013, act. 1374, obs. J.-Y. Maréchal.

²²⁸ V. notamment : Crim., 12 juin 1978, n° 76-90.886, Bull. 189.

²²⁹ Crim., 6 févr. 1997, n° 96-80.615, Bull. crim. n° 48 ; D. 1997. 334, note J.-F. Renucci ; D. Affaires 1997. 281 ; JCP 1997. II. 22823, note Pralus ; Dr. pénal 1997, n° 61, note M. Véron ; RSC 1997. 393, obs. J.-F. Renucci - Crim. 27 oct. 1997, n° 96-83.698, Bull. crim. n° 352 ; Dr. pénal 1998, n° 20, note M. Véron

²³⁰ V. notamment : Crim., 10 août 1981, n° 80-93.092, Bull. 244 ; Crim., 17 novembre 1986, n° 85-93.444, Bull. 342 ; Crim., 13 février 1989, n° 88-81.218, Bull. 69.

Tout comme elle l'a décidé en matière de recel d'abus de biens sociaux, la chambre criminelle a accordé le régime de l'abus de confiance au recel d'abus de confiance : "le recel du produit d'un abus de confiance ne saurait se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique"²³¹. Bien que le recel soit un délit distinct, la prescription du recel d'abus de bien sociaux ne peut courir avant que l'infraction d'origine soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique²³².

Outre les délits d'abus de confiance et d'abus de biens sociaux, la chambre criminelle adopte une conception très restrictive du caractère clandestin par nature. Elle l'a reconnu aux délits d'atteinte à la vie privée²³³, à la simulation ou dissimulation d'enfant²³⁴ et à la tromperie²³⁵.

c) Jurisprudence sur les infractions clandestines

Le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics, prévu par l'article 432-14 du code pénal est une infraction instantanée. En conséquence, elle se prescrit à compter du jour où les faits ont été commis. Par exemple, c'est à la date de la délibération d'un conseil municipal attribuant irrégulièrement un marché, au regard du code des marchés publics, que le délit est consommé, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des actes d'exécution de cette délibération qui ne relèvent pas de la procédure de dévolution du marché²³⁶.

Mais il n'est pas rare qu'en la matière l'infraction commise l'ait aussi été clandestinement. La chambre criminelle estime alors que le point de départ de la prescription est différé au jour où l'acte a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice des poursuites²³⁷. Il en est ainsi dans un arrêt du 24 février 2010 : "Attendu que, pour dire les faits de favoritisme non prescrits, l'arrêt énonce que la sélection des candidatures et le choix définitif qui ont été faits ont été favorisés par des soutiens occultes, qui se sont manifestés avant le dépôt des projets et ne sont apparus, dans des conditions permettant l'exercice de poursuites, qu'à partir du 5 mars 2002, date à laquelle C. en a révélé l'existence aux services de gendarmerie"²³⁸.

²³¹ Crim., 7 mai 2002, n° 02-80.797, Bull. crim. n° 108 ; D. 2002. 1883 ; Dr. pénal 2002, n° 108, note M. Véron.

²³² Crim., 6 févr. 1997, n° 96-80.615, Bull. crim. n° 48.

²³³ Crim., 4 mars 1997, n° 96-84.773, Bull. 83, préc. ; Crim., 8 juin 1999, n° 97-82.834, préc.

²³⁴ Crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371, Bull. 173.

²³⁵ Crim., 7 juillet 2005, n° 05-81.119, Bull. 206 ; Crim., 2 février 2016, n° 15-84.356.

²³⁶ Crim., 27 juin 2001, n° 01-83.049, NP.

²³⁷ Crim., 27 oct. 1999, n°s 98-85.214, 98-85.757, 2 esp., Bull. crim. n°s 238, 239 ; Dr. pénal 2000, n° 27, note M. Véron – Crim., 5 mai 2004, n° 03-85.503, Bull. crim. n° 110 – Crim., 19 mai 2004, n° 03-86.192, Bull. crim. n° 131 – Crim. 17 déc. 2008, n° 08-82.319, Bull. crim. n° 261 ; Dr. pénal 2009, n° 36, note M. Véron ; AJ pénal 2009. 131, obs. J. Lasserre-Capdeville ; RTD com. 2009. 471, obs. B. Bouloc ; RSC 2010. 141, obs. C. Mascala.

²³⁸ Crim., 24 févr. 2010, n° 09-83.988, NP.

La chambre criminelle a admis que le point de départ du délai de prescription des faits de corruption qui ont été dissimulés est reporté à la date où ceux-ci sont apparus²³⁹.

La chambre criminelle contrôle la motivation des juges du fond relative à la notion de dissimulation²⁴⁰.

Dans un arrêt du 2 décembre 2009²⁴¹, la chambre criminelle confirme la décision d'une cour d'appel ayant appliqué au délit de détournement de fonds public la jurisprudence retardant le point de départ du délai de prescription au jour de l'apparition de l'infraction dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. L'infraction n'est pas non plus clandestine par nature, mais la cour d'appel a parfaitement caractérisé "*l'existence d'une dissimulation de nature à retarder le point de départ de la prescription*".

d) l'infraction d'abus de biens sociaux

S'agissant du délit d'abus de biens sociaux, la jurisprudence de la chambre criminelle a évolué.

La chambre criminelle a étendu au délit d'abus de biens sociaux la règle qu'elle avait fixée pour l'abus de confiance : le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté²⁴².

Elle a ensuite affirmé que le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique²⁴³. La nuance est importante : il faut que les personnes qui ont connaissance du délit soient habilitées à mettre l'action publique en mouvement. Dans l'arrêt du 10 août 1981, les personnes qui en avaient eu connaissance étaient le commissaire aux comptes et un expert-comptable, également poursuivis, qui n'avaient eu aucun intérêt à dénoncer les faits. Une grande partie de la doctrine avait critiqué cette solution, certains évoquant même une infraction imprescriptible²⁴⁴.

²³⁹ Crim., 6 mai 2009, n° 08-84.107, NP.

²⁴⁰ Crim., 28 juin 2006, n° 05-82.634.- Cass. crim., 2 avr. 2014, n° 13-80.010 : Dr. sociétés 2014, comm. 109, obs. R. Salomon ; AJ Pénal 2015, p. 419, note J. Gallois.

²⁴¹ Crim., 2 déc. 2009, n° 09-81.967, Bull. crim. n° 204 ; AJ pénal 2010. 78 ; RSC 2010. 863, obs. C. Mascala ; Dr. pénal 2010, n° 57, note M. Véron.

²⁴² Crim. 7 déc. 1967, n° 66-91.972, Bull. crim. n° 321 ; D. 1968. 617, note J.-M. R. – Crim., 20 juill. 1977, n° 76-92.671, Bull. crim. n° 267 – Crim. 12 juin 1978, n° 76-90.886, Bull. crim. n° 189.

²⁴³ Crim. 10 août 1981, n° 80-93.092, Bull. crim. n° 244 ; Rev. sociétés 1983. 368, note B. Bouloc – Crim. 17 nov. 1986, n° 85-93.444, Bull. crim. n° 342 – Crim. 13 févr. 1989, n° 88-81.218, Bull. crim. n° 69 ; Rev. sociétés 1989. 692, note B. Bouloc – Crim. 27 juill. 1993, n° 92-85.146, NP, Dr. pénal 1994, n° 89, note J.-H. Robert – Crim. 30 nov. 1993, n° 92-85.671, NP, Dr. pénal 1994, n° 110, note M. Véron – Crim. 27 janv. 2010, n° 09-81.816, NP, RSC 2010. 626, obs. H. Matsopoulou ; Dr. pénal 2010, n° 60, note M. Véron.

²⁴⁴ W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, 4^e éd., "Précis", Dalloz, 2000, n°s 272 s. – C. Freyria, "Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ?", JCP 1996. Chron. 241.

Dès 1995, Pierre Mazeaud, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, présentait une proposition de loi ayant pour but d'instaurer un délai de six ans maximum à compter de la commission des abus de biens. Bien que ce texte n'ait pas été voté, on peut en trouver encore trace dans l'avant projet de code de procédure pénale de 2010, abandonné, qui proposait de consacrer un délai de trois ans pour les délits les moins gravement réprimés mais de six ans pour les autres, à condition toutefois que le point de départ du délit soit toujours celui de la date de commission des faits. Mais la jurisprudence a encore évolué puisque, dans un arrêt du 5 mai 1997²⁴⁵, la chambre criminelle énonce que le délai de prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux ne commence à courir, sauf dissimulation, qu'à compter de la présentation des comptes annuels.

En effet, pour apaiser les critiques doctrinales tenant à l'atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale et à l'arbitraire engendrée par les exceptions jurisprudentielles aux règles gouvernant la prescription de l'action publique, la chambre criminelle a fixé, par cette décision du 5 mai 1997, une présomption jurisprudentielle d'apparition de l'infraction à la présentation des comptes annuels, sauf dissimulation. Cette solution permettait ainsi de retenir comme point de départ de la prescription de l'action publique de cette infraction clandestine, un repère temporel objectif qui venait couper court aux critiques invoquant l'imprescriptibilité de fait de l'abus de biens sociaux.

Il en résulte que la présentation des comptes annuels, à moins que ceux-ci aient été falsifiés, marque désormais le point de départ de la prescription de l'action publique. Par exemple, l'apparition dans les comptes annuels de l'existence d'un compte-courant de l'un des dirigeants qui serait débiteur, l'apparition d'opérations faites à des fins personnelles d'un dirigeant, fera courir le délai de prescription de l'action publique à compter de la présentation de ces comptes.

Dans un arrêt du 13 octobre 1999²⁴⁷, la chambre criminelle consacre la jurisprudence selon laquelle la prescription commence à courir à compter de la présentation des comptes annuels dans une affaire où la cour d'appel avait écarté la prescription. La Haute juridiction reproche à la cour d'appel de ne pas avoir répondu aux chefs péremptoires des conclusions du prévenu qui faisaient valoir que les salaires prétendument fictifs reprochés figuraient dans les bilans des exercices et que, faute de dissimulation, la prescription avait commencé à courir à compter de la date de présentation des comptes annuels. Il en était de même quelques mois plus tard pour des

²⁴⁵ Crim. 5 mai 1997, n° 96-81.482, *Bull. crim.* n° 159 ; *Rev. sociétés* 1997. 127, note B. Bouloc.

²⁴⁷ Crim. 13 oct. 1999, n°s 96-80.774, 96-83.874, 98-80.044, *Bull. crim.* n° 219 ; *Dr. pénal* 2000, n° 17, note J.-H. Robert ; *JCP* 2000. II. 10386, note D. Ohl ; *Rev. sociétés* 2000. 360, note B. Bouloc ; *Bull. Joly* 2000. 182, note Barbieri ; *D.* 2001, n° 29, obs. G. Roujou de Boubée ; *RSC* 2000. 410, obs. J.-F. Renucci ; *JCP E* 2000. I. 1128, obs. E. Fortis et Y. Muller.

honoraires injustifiés²⁴⁸. Cette cassation pour manque de base légale était confortée plus expressément encore dans un arrêt de cassation pour violation de la loi du 27 juin 2001²⁴⁹. La Cour énonce que pour écarter l'action publique, la cour d'appel expliquait que les charges indues figuraient dans les comptes annuels "*noyées dans la masse soit des frais soit des charges salariales et que rien ne permettait aux actionnaires, qui n'étaient pas en possession des comptes détaillés, de connaître les affectations des frais et salaires litigieux et de vérifier si ces dépenses avaient été effectuées dans le seul intérêt de la société*". Elle estime qu'en prononçant ainsi, sans tirer les conséquences légales de leurs propres constatations ou caractériser la dissimulation des opérations litigieuses, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes sus-énoncés.²⁵⁰

La possibilité de retarder le point de départ de la prescription des abus de biens sociaux est maintenue si les faits ont été dissimulés²⁵¹.

La jurisprudence rapportée ci-dessus permet de considérer que seule la dissimulation peut retarder le point de départ de la prescription de l'action publique au-delà du jour de la présentation des comptes annuels.

La notion de dissimulation a permis le report du point de départ de la prescription de l'action publique, par exemple, dans les cas suivants :

- absence de report des opérations litigieuses dans la comptabilité officielle (paiement en liquide, tenue d'une comptabilité parallèle), d'opérations de maquillage de la comptabilité²⁵² ;

- le fait de présenter en comptabilité des dépenses mises indûment à la charge de la société sous une fausse imputation ou sur la base de factures comportant de fausses indications quant à la personne en réalité redevable des sommes y figurant et quant à leur objet ou lorsque les dépenses litigieuses n'ont pas été enregistrées en comptabilité²⁵³ ;

- de versements de salaires fictifs à un salarié, dans la mesure où les comptes englobaient, sans aucune distinction nominative, les salaires et les charges de l'ensemble du personnel, rendant ainsi difficile la détection de l'anomalie par les actionnaires et le commissaire aux comptes²⁵⁴ ;

²⁴⁸ Crim., 27 juin 2001, n° 00-87.414, *Bull. crim.* n° 164 ; RSC 2002. 339, obs. J.-F. Renucci ; *Dr. pénal* 2001, n° 129, note J.-H. Robert ; *Bull. Joly* 2001. 1117, note Barbieri ; *JCP* 2002. I. 107.

²⁴⁹ La jurisprudence est désormais bien établie : Crim. 2 avr. 2014, n° 13-80.010, NP, *AJ pénal* 2014. 419.

²⁵⁰ Crim. 28 mai 2003, n° 02-85.185, *Bull. crim.* n° 108.

²⁵¹ V. notamment G. Larguier, "La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique" : *Dr. pén.* 2005, étude 14. – D. Rebut, "Modalités de caractérisation de la dissimulation de l'opération constitutive de l'abus de biens sociaux" : *Rev. sc. crim.* 2007, p. 313. – L. Saenko, "La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ?" : *RTD com.* 2005, p. 671. Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 13-84.592 ; *Dr. sociétés* 2016, comm. 48, obs. R. Salomon. – Cass. crim., 4 mai 2016, n° 14-88.237 ; *Dr. sociétés* 2016, comm. 134, obs. R. Salomon.

²⁵² Crim., 25 février 2009, pourvoi n° 08-80.314.

²⁵³ Crim., 14 mai 2003, pourvoi n° 02-81.217, *Bull. crim.* 2003, n° 97

²⁵⁴ Crim., 22 mars 2017, pourvoi n° 15-84.229.

- lorsque les termes d'un protocole d'accord signé à la suite de la révocation d'un cogérant n'ont pas été autorisés par l'assemblée générale, les faits constitutifs d'abus de biens sociaux n'ont été connus, dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, qu'après le déclenchement des vérifications fiscales et sociales les ayant mis en exergue²⁵⁵ ;

- le point de départ de la prescription d'abus de biens sociaux doit être retardé au jour du rapprochement, par voie d'expertise, entre les paiements effectués par la société et les conventions en vertu desquelles ils étaient censés avoir été effectués²⁵⁶ ou encore à celui du recueil de témoignages ou d'indices au cours d'une information judiciaire²⁵⁷.

Caractérise une dissimulation, de nature à faire courir le délai de prescription à compter d'une date postérieure à celle de la présentation des comptes, l'omission de la délibération du conseil d'administration d'une société d'économie mixte sur une convention passée par son directeur général avec diverses sociétés et en exécution de laquelle des versements abusifs de fonds avaient été effectués, ainsi que l'absence de présentation d'une autre convention dans le rapport spécial du commissaire aux comptes l'année même de son inscription dans les comptes²⁵⁸. La dissimulation n'est donc pas forcément un acte positif mais peut consister en une omission.

Enfin, le point de départ de la prescription de l'abus de bien sociaux peut être avancé lorsque des informations suffisamment précises ont été données aux associés ou aux actionnaires. Mais "des indices de mauvaise gestion" apparus à l'occasion de contrôles et audits financiers n'impliquent pas nécessairement de la part des dirigeants d'une société un comportement entrant dans les prévisions de l'article L. 242-6 du code de commerce, laissant donc soupçonner la commission d'abus de biens sociaux²⁵⁹.

e) Constitutionnalité du report du point de départ en cas d'infraction occulte ou dissimulée.

La Cour, en sa formation d'assemblée plénière, a rendu quatre arrêts qui, s'ils confirment que la Cour a modifié sa position sur la possibilité de contester devant le Conseil constitutionnel sa jurisprudence, n'en sont pas moins des décisions de rejet sur le fond²⁶⁰.

²⁵⁵ Crim., 25 oct. 2006, n° 05-86.993, 05-85.508, Bull. crim. 2006, n° 253 ; Dr. pén. 2006, comm. 161, obs. J.-H. Robert ; Dr. sociétés 2007, comm. 36, obs. R. Salomon ; Rev. sociétés 2007, p. 365, note B. Bouloc.

²⁵⁶ Crim., 3 oct. 2007, n° 06-87.276 ; Dr. sociétés 2008, comm. 39.

²⁵⁷ Crim., 14 nov. 2007, n° 07-80.228 ; Rev. sociétés 2008, p. 159, note B. Bouloc ; Dr. sociétés 2007, comm. 82, obs. R. Salomon.

²⁵⁸ Crim. 10 avr. 2002, n° 01-80.090, Bull. crim. n° 85 ; Dr. pénal 2002, n° 96, note J.-H. Robert ; D. 2002. 2408.

²⁵⁹ Crim. 7 mai 2002, n° 02-80.796, Bull. crim. n° 106 ; D. 2003. 248, obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 2002. 827, obs. D. Rebut ; Dr. pénal 2002, n° 84, note J.-H. Robert.

²⁶⁰ Cass., ass. plén., 20 mai 2011, n°s 11-90.042, 11-90.033, 11-90.025, 11-90.032, 4 esp., Bull. ass. plén., n°s 5 à 8 ; D. 2011. 1346, obs. A. Lienhard ; D. 2011. Point de vue 1426, obs. D. Chagnollaude ; D. 2011. Chron. 1775, obs. N. Maziau ; D. 2011. 2231, obs. J. Pradel ; Rev. sociétés 2011. 512, note H. Matsopoulou ; Gaz. Pal. 29-31 mai 2011, p. 7, obs.

Les requérants discutaient tant le report du point de départ de la prescription de l'action publique, au jour où les faits ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, lorsque l'infraction est occulte ou dissimulée, que l'effet de l'interruption de la prescription intervenue dans la poursuite des infractions à l'égard des infractions connexes.

L'assemblée plénière estime tout d'abord que les questions posées ne portaient pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application. Le critère de la nouveauté de la question ne trouve en effet application que pour les dispositions constitutionnelles et non pour les règles et principes de valeur constitutionnelle. Elle juge que le principe de prescription de l'action publique n'est pas une disposition constitutionnelle. La prescription de l'action publique n'est fondée sur aucun principe fondamental, ni aucune règle de valeur constitutionnelle ce dont témoigne l'imprescriptibilité reconnue des crimes contre l'humanité. Les règles relatives au point de départ de la prescription et à l'incidence que la connexité des infractions peut exercer sur elle, satisfont au principe de prévisibilité, en ce qu'elles *"sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs"*.

Le Conseil d'Etat avait considéré que la fixation d'un délai de prescription constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptible²⁶¹. L'analyse attribuait une nature constitutionnelle à la prescription de l'action publique. Comme on l'a vu ci-dessus, saisie d'une QPC reprenant ce principe, la Cour de cassation, statuant en assemblée plénière l'a rejeté et a jugé que *"la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République"*²⁶². Par la suite, dans un avis, le Conseil d'Etat a jugé qu' *"aucun principe constitutionnel n'impose au législateur de prévoir un délai de prescription de l'action publique ou de la peine pour les infractions dont la nature n'est pas d'être imprescriptible"*²⁶³.

Saisi récemment de la question relative à la prescription de l'action publique dans le cadre d'une extradition (la prescription est un cas de refus de d'extradition prévu par l'article 696-4, 5° du code de procédure pénale), le Conseil d'Etat a saisi le Conseil constitutionnel de la question²⁶⁴.

Rousseau ; *Gaz. Pal.* 5-7 juin 2011, p. 11, obs. G. Drago ; *Dr. pénal* 2011, n° 95, note J.-H. Robert ; *JCP* 2011. 644, note B. Mathieu ; *JCP* 2011. 670, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; *Procédures* 2011, n° 242 ; *RSC* 2011. 611, obs. H. Matsopoulou ; *RSC* 2011. 656, obs. J. Danet ; *RTD com.* 2011. 654, obs. B. Bouloc ; *AJ pénal* 2011. 516.

²⁶¹ CE, sect., avis, 29 févr. 1996, n° 358597.

²⁶² Crim., ass. plén., 20 mai 2011, préc.

²⁶³ CE, 1^{er} oct. 2015, n° 390335, avis sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale ; 15 mars 2018, n° 394437, avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs.

²⁶⁴ CE, 2e et 7e ch. réunies, 28 févr. 2019, n° 424993, inédit : *JurisData* n° 2019-003197, *JCP* 2019, 331, Libres propos par D. Rebut.

Dans sa décision du 24 mai 2019²⁶⁵, le Conseil constitutionnel a écarté la thèse de l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique en matière pénale. Il a ensuite jugé qu'il résulte du principe de nécessité des peines, protégé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, et de la garantie des droits, proclamée par l'article 16 de la même Déclaration, un principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions. Enfin, le Conseil constitutionnel juge que ces dispositions ont pour seul effet de fixer le point de départ du délai de prescription des infractions continues au jour où l'infraction a pris fin dans ses actes constitutifs et dans ses effets. En prévoyant que ces infractions ne peuvent commencer à se prescrire tant qu'elles sont en train de se commettre, les dispositions contestées fixent des règles qui ne sont pas manifestement inadaptées à la nature de ces infractions. Le Conseil constitutionnel relève en outre que, contrairement à ce que soutenait le requérant, il ne résulte pas de ces dispositions une impossibilité pour une personne poursuivie pour une infraction continue de démontrer que cette infraction a pris fin, le juge pénal appréciant souverainement les éléments qui lui sont soumis afin de déterminer la date à laquelle l'infraction a cessé.

Par ces motifs, le Conseil constitutionnel juge conformes à la Constitution les dispositions contestées de l'article 7 du code de procédure pénale.

Bien que la saisine du Conseil ait porté sur le point de départ de la prescription des infractions continues, ce que n'est pas l'infraction d'abus de biens sociaux, le fondement est semblable et ce sont les mots *"à compter du jour où le crime a été commis"* figurant à l'article 7 du code de procédure pénale qui sont déclarés conformes à la Constitution.

Toutefois, à la différence de l'infraction continue, l'infraction occulte a déjà cessé et ce n'est que sa clandestinité qui conduit à repousser le point de départ du délai de prescription.

8°) L'action publique aurait-elle pu être mise en oeuvre par le procureur de la République avant le 21 septembre 2006 ?

Si le délit, à le supposer commis, a été dissimulé, la question posée par le pourvoi est de savoir jusqu'à quand.

En effet, nous avons vu que le point de départ de la prescription de l'action publique doit être fixé, en cette matière, au jour où le délit est apparu dans des conditions permettant la mise en oeuvre de l'action publique.

²⁶⁵ Cons. constit. 24 mai 2019, n° 2019-785-QPC, D.2019 p. 1107, D 2019 p.1815, obs J-B Perrier Droit pénal 2019, alerte 42, veille par W. Roumier, AJ Pénal 2019 p.398, obs. S. Papillon.

Le Nouvel Economiste

**

** *“L'objectif de ces écoutes était de pister les “retours de commissions” versés lors de la signature des marchés d'armes avec l'Arabie Saoudite pour l'entretien de six navires (NB: “Mouette”) d'une part, avec le Pakistan pour la vente de trois sous-marins “Agosta” d'autre part. Que le ministère de la défense ait été une pompe à finances pour la campagne d'A... X... est d'ailleurs un secret de polichinelle dans la majorité”.*

Libération, article du 9 juillet 1996 :

“Pour d'autres responsables de la majorité, l'origine de ces mises sous écoutes serait, en fait, liée à des commissions provenant de marchés d'armes pour le financement occulte de la campagne présidentielle d'A... X... Selon eux, celle-ci aurait été alimentée par le contrat du 21 septembre 1994 signé entre le Pakistan et la France et portant sur la vente de trois sous-marins Agosta 90B d'une valeur de 5.5 milliards de francs fabriqués à Cherbourg, et par le contrat de 19 milliards de francs pour la fourniture de deux frégates anti-aériennes conclu avec l'Arabie Saoudite le 19 novembre 1994”.

Le Point, article du 13 juillet 1994 :

“Au centre de ce dossier, plusieurs contrats de ventes d'armes signés par la France du temps où Français Z... était à la Défense : d'abord, le contrat “Sawari II”, signé en novembre 1994, et concernant la vente, entre autres, de deux frégates La Fayette modifiées à l'Arabie saoudite, pour un montant total de 19 milliards de francs. Aujourd'hui en “stand-by”, ce contrat attend toujours d'être finalisé et bute contre des problèmes de financement. Une autre vente de matériels navals, au Pakistan cette fois, pour 5 milliards de francs, est évoquée ; il s'agit de trois sous-marins “Agosta”, vendus en septembre 1994 et équipés de la plus redoutable des armes sous-marines actuellement en service : le missile Exocet SM-39 tiré en plongée, dont le Pakistan demeure le premier - et à ce jour le seul - client à l'exportation (...) Le gouvernement soupçonne l'équipe Z..., a-t-on confirmé au Point de très bonne source, d'avoir mis en place un système sophistiqué de commissions occultes. Celles-ci auraient abouti, en cas de succès, dans les caisses électorales de l'actuel président de l'UDF. Lequel aurait été plus désireux de se constituer son propre trésor de guerre que de soutenir le candidat X...”.

L'Express du 13 août 1998

“Toutefois, étant donné le goût des deux magistrats pour l'investigation, il paraît plus probable qu'elles continuent à rechercher l'origine de ces fonds. ... Lorsque Z... occupait le fauteuil de ministre de la Défense, entre 1993 et 1995, deux contrats de vente d'armes ont, par exemple, fait couler beaucoup d'encre. Il s'agissait de la vente de sous-marins au Pakistan et de vedettes à l'Arabie Saoudite (l'opération “Sawari II”). Après l'élection de Chirac à la présidentielle, une enquête très poussée a été diligentée sur ces deux dossiers sulfureux. Elle a été accompagnée d'écoutes téléphoniques à l'encontre de plusieurs membres du cabinet de Z... La révélation de ces écoutes provoqua un mini-scandale politique, vite étouffé, chaque camp étant, semble-t-il, désireux d'enterrer la hache de guerre. Par la suite, plusieurs intermédiaires de l'un de ces curieux marchés, s'étant sentis lésés, ont à leur tour menacé de tout dévoiler. En vain. Mais, avec la mise en examen de Z..., une nouvelle piste s'ouvre peut-être pour les deux juges “pourfenderesses” de commissions occultes et d'argent secret”.

Le mémoire évoquait également un reportage audio-visuel diffusé en septembre 1998 dans l'émission du “Vrai journal” sur Canal +.

Il y était notamment dit, selon le mémoire :

“Mais au Palais de Justice, la thèse des fonds secrets est loin de rallier tout le monde. Les deux juges se dirigent vers une tout autre piste: celle des contrats d'armement. Souvenez-vous, c'était en 1993, Z... est nommé Ministre de la Défense du gouvernement X... Il a dans ces cartons la perspective d'un gros contrat d'armement avec l'Arabie Saoudite, qui semble à cette époque le client le plus facile. On parle alors d'un contrat mirobolant, baptisé Sawari II. Valeur : 19 milliards de francs”.

Interviewé, M. Pierre Chiquet, ancien PDG de GIAT, ajoute plus loin : “Par contre, ce qui est critiquable dans ce genre de choses, c'est que de temps en temps” il y a des retours de commissions”.

La voix off reprend :

“Nous sommes alors à deux ans de l'échéance présidentielle de 1995, les partis politiques entrent en campagne. A ce stade de l'enquête, nous avons eu accès à l'agenda détaillé des négociations entre les hommes du présidentiable X...” un sheikh saoudien, A... H..., un intermédiaire libanais, AB..., ancien patron de la station Isola 2000 et J..., ex beau-frère du marchand d'arme BE.... Du 30 octobre 1993 à l'été 1995, pas moins d'une vingtaine de rendez-vous”.

Les reportages se poursuivent et suspectent MM. A... X... et Z... d'avoir été les bénéficiaires de ce système de rétro-commission en concluant : “une partie de cet argent est-elle revenue en France sous forme de rétro-commissions illégale pour financer les partis politiques français ?”.

Au-delà du style utilisé par ces articles ou reportages, et de la forme conditionnelle ou imprécise

relevée par la commission d'instruction dans sa motivation, la question peut-être posée de l'incidence sur la prescription de l'action publique de la parution d'un article de presse.

Met-il le ministère public dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ?

Dans une affaire, le pourvoi soutenait qu'un "article de la presse spécialisée du 18 avril 1991 faisait état d'une valorisation de la participation de CIP dans la SFCMC sur la base d'un prix de l'action de 4 850 francs".

La chambre criminelle rejette le pourvoi²⁶⁶ :

"Attendu que, pour écarter la prescription des faits d'abus de biens sociaux, l'arrêt énonce que la convention litigieuse du 14 mars 1991 est restée secrète jusqu'à sa saisie, le 4 avril 1995, lors d'une perquisition effectuée à l'étude notariale de D. D. ; que son contenu n'a été communiqué ni aux administrateurs ni aux commissaires aux comptes ni aux actionnaires, lors de la tenue des assemblées générales ; que ce n'est que le 30 juin 1992 que ces derniers ont pu avoir connaissance des conditions financières de toutes les opérations contenues dans cet accord ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations qui caractérisent la dissimulation et d'où il résulte que la prescription n'était pas acquise lorsque le procureur de la République a requis l'ouverture d'une information, le 21 novembre 1994, la cour d'appel a justifié sa décision".

En revanche, la chambre criminelle a cassé pour contradiction de motifs une décision qui, au contraire, faisait jouer à certains faits, parmi lesquels la publication dans la presse, un rôle de nature à exclure la dissimulation²⁶⁷ :

"Attendu que, pour constater la prescription de l'action publique, l'arrêt retient, notamment, que l'opération d'achat des actions de la société G. a été révélée à l'assemblée générale des actionnaires de la société F. réunie le 19 avril 1991 pour statuer sur les comptes de l'exercice 1990; que les juges relèvent que le caractère croisé de l'acquisition par la société F de la société G et de la vente par Diane B d'une partie de ses actions de la société fermière et de la société Hôtel Majestic à la société CIP était connu ; qu'ils ajoutent que la presse avait été informée des cessions le 22 avril 1991 ; qu'ils en déduisent l'absence de toute dissimulation ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'elle relevait par ailleurs que ni les détails de la convention du 14 mars 1991 ni le prix de cession des actions détenues par Diane B. n'avaient été communiqués aux actionnaires avant l'assemblée générale du 17 avril 1992, statuant sur les comptes de l'exercice 1991, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision".

²⁶⁶ Crim., 14 janvier 2009, pourvoi n° 08-80.584 .

²⁶⁷ Crim., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-82.634.

Dans une décision du 16 janvier 2019²⁶⁸, alors que le mémoire soutenait les mêmes griefs dès lors que l'on pouvait trouver trace des faits supposés dans un ouvrage, le pourvoi soutenait les éléments suivants : *“alors qu'il résulte de ses propres constatations que dès le 8 février 2007 paraissait un ouvrage intitulé “Place Beauvau : la face cachée de la police”, qui révélait l'usage extensif de l'utilisation des fonds d'enquête et de surveillance, cette circonstance établissant la révélation d'éventuels détournements de fonds publics au sens où la cour d'appel a voulu entendre cette infraction ; qu'en jugeant néanmoins que ni cet ouvrage, ni les articles de presse soumis à la cour ne font état de ce que postérieurement au décret du 5 décembre 2001, des fonds d'enquête et de surveillance ont été utilisés pour remettre des primes non déclarées fiscalement et socialement aux membres des cabinets ministériels, seuls faits objets des poursuites, lorsque ces faits étaient nécessairement compris dans les pratiques plus larges révélées par l'ouvrage, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations”*.

La chambre criminelle a répondu :

“Attendu qu'en l'état de ces énonciations, dont il résulte que l'affectation des fonds d'enquête et de surveillance, dont il importe peu que leur comptabilité n'ait pas été obligatoire, a été tenue secrète, leurs bénéficiaires demeurant anonymes et les sommes par eux perçues, non formellement justifiées en leur principe, ni quantifiables en leur montant, la cour d'appel, qui a souverainement, sans insuffisance, ni contradiction, et sans excéder sa saisine, caractérisé la dissimulation imputée aux prévenus des flux d'espèces et de leurs allocataires et qui, ayant répondu à tous les chefs péremptoires de conclusions, n'était pas tenue de suivre ces derniers dans le détail de leur argumentation, a justifié sa décision.

D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis”.

Dans une décision du 6 novembre 2019²⁶⁹, le cas d'espèce évoquait à la fois un rapport interne à la ville de Paris et un article du *Canard enchaîné*. La chambre criminelle juge ainsi :

“Attendu que pour écarter la prescription de l'action publique soulevée par Mme T. concernant l'abus de biens sociaux au préjudice de la S et de la ville de Paris, la complicité et le recel de ce délit et par M. M. s'agissant du délit de complicité d'abus de biens sociaux, l'arrêt énonce notamment, par motifs propres et adoptés, que la S a réglé à des sociétés-écrans des sommes indues en paiement de prestations fictives dans des circonstances demeurées occultes caractérisées par la mise au point d'un système opaque de facturation qui n'a pu être mis à jour que par l'expert judiciaire, M. V., désigné par le juge d'instruction, que ces règlements illicites n'ont été connus de l'autorité judiciaire qu'au jour de l'ordonnance de soit-communié du 27 juillet 1999 interruptive de prescription et que leur existence n'est pas apparue avant cette date, l'article du journal “Le Canard enchaîné”, publié le 25 décembre 1991, qui fait état de pratiques suspectes, ne comportant pas des indices suffisamment révélateurs de délits de nature à permettre au ministère public de déclencher l'action publique ;

²⁶⁸ pourvoi n° 17-81.529

²⁶⁹ Crim., 6 novembre 2019, pourvoi n° 17-87.150.

Que les juges ajoutent que si un rapport interne de l'inspection de la ville de Paris établi en 1992, à l'exclusion de celui de 1989, contient des éléments relatifs à d'éventuels abus de biens sociaux résultant de l'appel par la S. à des sociétés-écrans qui sous-traitaient, sans accomplir de travaux effectifs, les commandes d'imprimerie de la mairie à des professionnels augmentant le coût final pour la collectivité, ce rapport n'a pas été rendu public ; 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 étant abstenus privant ainsi le ministère public de la possibilité de mettre en oeuvre l'action publique, celle-ci n'était donc pas prescrite au 27 juillet 1999, date de l'ordonnance de soit-communiqué suivie d'un réquisitoire supplétif du 24 septembre 1999, s'agissant des abus de biens sociaux, de complicité et de recel de ces délits ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui a fixé, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction, la date à laquelle les infractions ont été révélées au ministère public qui n'a pas été mis en mesure de déclencher plus tôt l'action publique, a justifié sa décision".

Cette décision répond également à une autre question : la connaissance des faits par des personnes tenues de les dénoncer en raison de l'article 40 du code de procédure pénale est sans incidence sur la prescription de l'action publique dès lors qu'elles ne les ont pas dénoncés.

Cette jurisprudence n'est pas nouvelle : la chambre criminelle avait déjà jugé que l'envoi aux administrations spécialisées (URSSAF, fisc...) de documents comptables recelant des abus ne saurait exclure leur dissimulation. En effet, si ces dernières peuvent connaître les faits d'abus de biens sociaux et les dénoncer au parquet, en application des dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale, elles n'ont pas, à la différence des commissaires aux comptes, pour "mission première de connaître le contenu" de tels documents²⁷⁰.

Un arrêt, déjà évoqué ci-dessus, permet aussi de percevoir que la personne qui acquiert connaissance des faits doit être habilitée à mettre en mouvement l'action publique. Dans cette décision, du 10 août 1981, les personnes qui en avaient eu connaissance étaient le commissaire aux comptes et un expert-comptable, également poursuivis, qui n'avaient eu aucun intérêt à dénoncer les faits :

"Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué et du jugement dont il adopte les motifs non contraires que F. a été poursuivi devant la juridiction correctionnelle pour avoir, en tant que dirigeant de fait, commis des abus de biens sociaux, courant 1968 et 1969, au préjudice de la société à responsabilité limitée S. et, courant 1969, 1970 et 1971 au préjudice de la société anonyme SE ;

Attendu que pour écarter l'argumentation de F qui excipait de la prescription de l'action publique et retenir celui-ci dans les liens de la prévention, les juges d'appel relèvent, d'une part, que les malversations du prévenu, au préjudice de la S, n'ont pu être constatées que par les investigations de la police judiciaire en

²⁷⁰ Crim., 28 juin 2006, n° 05-82.657 : Dr. pén. 2006, comm. 142, obs. J.-H. Robert ; Dr. sociétés 2006, comm. 170.

août 1973 et, d'autre part, que "la découverte des faits d'abus de biens sociaux au préjudice de la SE se situe au plus tôt au moment du rapport du syndic de liquidation des biens soit le 22 août 1973" ;

Attendu qu'en l'état de ses constatations et énonciations, exemptes d'insuffisance et qui ne sont pas en contradiction avec les autres mentions de l'arrêt attaqué qui se réfèrent à la connaissance, antérieure mais non divulguée, que J et X, tous deux coprévenus de F, avaient pu avoir des faits reproches à celui-ci, la cour d'appel a justifié sa décision,

qu'en effet, en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ;

qu'ainsi les deux moyens réunis doivent être écartés".

Il en est de même de l'administration fiscale, pourtant tenue également en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale à une obligation de dénonciation des faits délictueux²⁷¹, ou d'un commissaire aux comptes, également tenu d'une obligation de dénonciation²⁷².

Par ailleurs, la connaissance de l'infraction par une personne habilitée à engager des poursuites ne peut constituer le point de départ du délai de prescription s'il apparaît que cette personne n'avait pas intérêt à mettre en oeuvre l'action publique. Aussi, la Cour de cassation décide-t-elle que le délai de prescription ne court pas lorsque les actionnaires ou les dirigeants, connaissant l'usage abusif des biens sociaux, n'ont pas intérêt à en faire la révélation à l'autorité judiciaire ou policière²⁷³.

Tel est le cas, à titre d'exemple lorsque seuls les associés de la société sont respectivement auteurs et complices de l'infraction²⁷⁴, lorsqu'il existe à tout le moins une collusion entre eux²⁷⁵, ou lorsque les associés sont membres de la même famille²⁷⁶.

La Cour de cassation a même jugé, à propos d'une société dont le capital était détenu par les membres de la famille des prévenus, qu'aucun des actionnaires, qui connaissait l'usage abusif des biens sociaux, n'avait intérêt à les révéler, de sorte que, seule, l'administration fiscale avait été en mesure de connaître ces faits et de les dénoncer au procureur de la République, moins de trois ans avant le premier acte interruptif de prescription²⁷⁷.

²⁷¹ Crim., 30 avril 2014, n° 13-82.912.

²⁷² Crim., 3 octobre 2007, n° 06-87.276 ; Crim., 13 février 1989, n° 88-81218, Bull. crim., n° 69.

²⁷³ Crim., 8 mars 2006, n° 04-86.648 ; Crim., 24 mars 2004, n° 03-83.938 ; Crim., 23 mai 2002, n° 01-83.983.

²⁷⁴ Crim., 23 mai 2002, n° 01-83.983.

²⁷⁵ Crim., 24 mars 2004, n° 03-83.938.

²⁷⁶ Crim., 8 mars 2006, n° 04-86.648.

²⁷⁷ Crim., 8 mars 2006 : JCP E 2006, n° 24, p. 1077, note J.-H. Robert ; RJDA 2006, n° 655 ; Rev. sociétés 2006, p. 602, note B. Bouloc ; Dr. sociétés 2006, comm. 114, obs. R. Salomon.

On soulignera enfin que cette appréciation par la juridiction d'instruction apparaît souveraine.

Ainsi, le sommaire d'un arrêt du 20 juillet 1977²⁷⁸ est rédigé de la façon suivante :

“Le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour où un délit de caractère instantané a été commis. Le point de départ peut, en matière d'abus de biens sociaux, en raison de la nature spéciale de cette infraction, être retardé jusqu'au jour où le délit a pu être constaté. Il appartient aux juges de rechercher à quelle époque ont été commis, ou ont pu être constatés les faits dénoncés comme constituant un abus de biens sociaux, et de fixer ainsi le point de départ de la prescription. Leur appréciation à cet égard, est souveraine, dès lors que les motifs qui la justifient ne contiennent ni illégalité, ni contradiction”.

La référence, en matière de prescription de l'action publique, à l'appréciation souveraine des juges du fond, figure dans la plupart des arrêts précédemment cités.

La troisième branche du troisième moyen reprend la question des déclarations de certains membres du Conseil constitutionnel.

La commission d'instruction a évoqué en effet certaines déclarations de membres du Conseil constitutionnel, en l'espèce son ancien président, M. Roland Dumas et l'un de ses membres, M. Robert.

Le premier a été entendu le 6 septembre 2011 par M. Van Ruymbeke, juge d'instruction M. Dumas, se prévalant du serment prêté en sa qualité de président du Conseil constitutionnel, a indiqué ne pas être en mesure d'apporter des précisions sur des indications données par lui dans un livre ne faisant que reprendre, selon ses indications, ce qui était connu du public.

M. Robert a été interviewé par un journaliste du quotidien “*Le Parisien*”, paru le 1er décembre 2011. Si l'intéressé s'est expliqué alors très largement sur le traitement par le Conseil constitutionnel des comptes de M. X..., il a indiqué : “*nous avions la certitude que leur (les fonds) origine était douteuse, mais nous penchions plutôt pour un potentat africain, une grosse fortune française ou les fonds secrets de Matignon. A l'époque, personne ne parlait de Karachi, du Pakistan ou de l'Arabie saoudite. Je ne me souviens pas que l'hypothèse de rétro-commissions liées à des contrats d'armement ait été évoquée*”.

Concernant ces deux déclarations, la commission d'instruction a relevé qu'elles étaient sans effet sur le point de départ de la prescription, puisque bien postérieures à la date retenue par elle.

En effet, la date de point de départ de la prescription de l'action publique a été fixée par la commission en 2006 tandis que sont invoquées ici des déclarations de 2011.

²⁷⁸ Crim., 20 juillet 1977, n° 76-92.671, Bull crim., n° 267.

Le moyen ne se réfère qu'aux déclarations des membres du Conseil constitutionnel et non aux articles de presse publiés dont les extraits ont été rapportés plus haut.

9°) *Les effets de la connexité sur la prescription de l'action publique*

L'effet interruptif de la prescription se transmet à toutes les infractions indivisibles ou connexes. Tout acte de poursuite ou d'instruction effectué à l'encontre d'un des participants à des infractions indivisibles interrompt la prescription à l'égard de tous les autres, même s'ils ne sont pas impliqués dans cet acte²⁷⁹. Il en est ainsi des poursuites pour trafic de stupéfiants et les délits douaniers indivisibles de contrebande ou complicité de contrebande, et ce même si les poursuites ont été exercées séparément et ne sont pas jointes²⁸⁰.

La solution est la même en matière d'infractions connexes et est à ce niveau encore plus remarquable : lorsque des infractions sont connexes, un acte interruptif de prescription concernant les unes a nécessairement le même effet à l'égard des autres²⁸¹. Il en est ainsi que les poursuites aient été exercées séparément ou par voie de réquisitions supplétives²⁸². Doivent être considérées comme connexes les infractions qui procèdent d'une même conception, relèvent du même mode opératoire et tendent au même but²⁸³.

Une plainte avec constitution de partie civile visant les agissements délictueux commis par les dirigeants d'une société met en mouvement l'action publique et interrompt la prescription à l'égard de toutes les infractions, même non visées dans cette plainte, qui ont été commises dans le fonctionnement de la société²⁸⁴. Une plainte avec constitution de partie civile faisant état d'une opération complexe déterminée met l'action publique en mouvement et interrompt la prescription à l'égard de toutes les infractions, même non expressément visées dans cette plainte, qui ont été commises à l'occasion de cette opération²⁸⁵.

De même, une plainte avec constitution de partie civile du chef de blessures involontaires, déposée contre un chirurgien en 1996, interrompt la prescription du délit d'omission de porter secours ayant fait l'objet d'un réquisitoire supplétif du procureur de la République en février 2000²⁸⁶. Les actes interruptifs de prescription des infractions de falsification de chèques et usage et escroquerie

²⁷⁹ Crim., 19 janv. 1967, n° 66-92.856, Bull. crim. n° 32 – Crim., 16 mai 2012, n° 11-83.299, NP, D. 2013. 1647, obs. C. Mascala – Crim., 27 juin 2012, n° 11-86.197, NP, D. 2013. 1647, obs. C. Mascala ; Dr. sociétés 2012, n° 191, note R. Salomon.

²⁸⁰ Crim., 12 janv. 1972, n° 70-91.562, Bull. crim. n° 17 – Crim., 1^{er} déc. 2004, n° 03-87.883, Bull. crim. n° 304 ; Dr. pénal 2005, n° 31.

²⁸¹ Crim., 16 déc. 1975, n° 74-90.718, Bull. crim. n° 283 – Crim., 29 nov. 1983, n° 82-94.295, Bull. crim. n° 323 – Crim., 18 févr. 1991, n° 90-80.025, Bull. crim. n° 85.

²⁸² Crim., 15 janv. 1990, n° 86-96.469, Bull. crim. n° 22 – Crim., 28 oct. 1992, n° 91-84.341, Bull. crim. n° 350.

²⁸³ Crim., 30 nov. 1987, n° 87-80.737, Bull. crim. n° 435 – Crim., 18 févr. 1991, n° 90-80.025, Bull. crim. n° 85 – Crim., 28 nov. 1996, n° 95-80.168, Bull. crim. n° 437 – Crim., 18 janv. 2006, n° 05-85.858, NP, Dr. pénal 2006. Comm. n° 76, note A. Maron.

²⁸⁴ Crim., 30 juin 1971, n° 70-91.929, Bull. crim. n° 218.

²⁸⁵ Crim., 20 oct. 1993, n° 92-86.717, Bull. crim. n° 303 ; D. 1994. Somm. 186, obs. J. Pradel.

²⁸⁶ Crim., 5 sept. 2001, n° 00-85.003, NP.

interrompent la prescription des faits de recel de fonds provenant desdites infractions²⁸⁷. Il en est ainsi également y compris si les auteurs des infractions connexes sont différents²⁸⁸. L'inculpation d'une nommée JC ... pour détournement d'objet donné en gage peut valider l'interruption de l'action publique permettant les poursuites exercées plus tard contre GC ... pour faux et complicité d'escroquerie²⁸⁹. Le délai de prescription de l'action publique est interrompu par une plainte avec constitution de partie civile, visant les faits connexes d'abus de pouvoirs qui auraient été commis, à la même période, par la même personne au préjudice de la même société²⁹⁰.

Mais l'interruption de la prescription triennale de l'action publique applicable à un délit est sans incidence sur la prescription des contraventions déjà acquise, seraient-elles connexes, indivisibles ou en concours²⁹¹.

La jurisprudence qui étend l'interruption de la prescription aux faits connexes est confortée par l'article 9-2 du code de procédure pénale, issu de la loi du 27 février 2017, qui le prévoit désormais expressément :

“Le délai de prescription de l'action publique est interrompu par :

1° Tout acte, émanant du ministère public ou de la partie civile, tendant à la mise en mouvement de l'action publique, prévu aux articles 80, 82, 87, 88, 388, 531 et 532 du présent code et à l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

2° Tout acte d'enquête émanant du ministère public, tout procès-verbal dressé par un officier de police judiciaire ou un agent habilité exerçant des pouvoirs de police judiciaire tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction ;

3° Tout acte d'instruction prévu aux articles 79 à 230 du présent code, accompli par un juge d'instruction, une chambre de l'instruction ou des magistrats et officiers de police judiciaire par eux délégués, tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction ;

4° Tout jugement ou arrêt, même non définitif, s'il n'est pas entaché de nullité.

Tout acte, jugement ou arrêt mentionné aux 1° à 4° fait courir un délai de prescription d'une durée égale au délai initial.

Le présent article est applicable aux infractions connexes ainsi qu'aux auteurs ou complices non visés par l'un de ces mêmes acte, jugement ou arrêt”.

²⁸⁷ Crim. 19 déc. 1995, n° 95-80.850, *Bull. crim.* n° 390.

²⁸⁸ Crim. 6 juin 1996, n° 95-85.919, *Bull. crim.* n° 143.

²⁸⁹ Crim. 6 juin 1996, n° 95-85.919, préc.

²⁹⁰ Crim. 14 nov. 2013, n° 12-87.008, NP, *Rev. sociétés* 2014. 123, note B. Bouloc, RSC 2014. 559, note H. Matsopoulo.

²⁹¹ Crim. 23 juin 2015, n° 13-86.922, *Bull. crim.* n. °159, AJ Pénal 2016 p.45, obs J. Lasserre Capdeville.

La notion de connexité a été utilisée par la commission d'instruction pour dire que les faits reprochés à M. X... n'étaient pas couverts par la prescription de l'action publique.

Si elle était soulevée dans la requête ayant donné lieu à l'arrêt n° 3 rendu par la commission d'instruction le 21 décembre 2017, elle n'est pas soulevée dans le mémoire ampliatif déposé le 29 novembre 2019.

Nous avons étudié, dans le 1°) de ce paragraphe, la question de la possibilité pour M. X... de poser la question de la prescription de l'action publique après la décision rendue par la commission d'instruction en 2016.

Dans l'hypothèse où l'assemblée plénière examinerait et rejetterait le moyen tiré de la prescription de cette action, pourrait se poser la question de la possibilité pour M. X... de la soumettre à nouveau à la juridiction de jugement, dans le cas où ses pourvois seraient rejetés.

Il n'a été trouvé aucune jurisprudence sur la possibilité de saisir une juridiction de jugement d'une question relative à la prescription de l'action publique lorsqu'un pourvoi précédent, portant sur cette question, a été rejeté par la Cour de cassation.

VIII) SUR LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRÊT DU 19 SEPTEMBRE 2019

Le 4 octobre 2019, M. X... a formé un pourvoi contre l'arrêt de non-lieu partiel et de renvoi, rendu le 30 septembre 2019 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Dans son mémoire ampliatif déposé le 29 novembre 2019, le demandeur fait valoir un **cinquième moyen de cassation divisé en six branches**.

Les deux premières, nous l'avons dit, sont relatives à l'autorité de la chose jugée et ont été étudiées dans le cadre de notre VII.

Les quatre suivantes portent sur les éléments retenus par la commission d'instruction pour retenir des charges suffisantes à l'encontre de M. X..., des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux.

La critique principale porte sur la question de la complicité.

Les articles visés sont les articles 6§2 de la Convention européenne et préliminaire du code de procédure pénale, 121-1, 121-4, 121-7 du code pénal.

Selon la troisième branche, la complicité requiert l'accomplissement d'un acte positif. 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 le moindre questionnement sur l'origine de fonds (arrêt, p. 264), lorsque ces faits, à les supposés avérés, constituent 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 a violé ce texte.

La quatrième branche soutient qu'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... 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 a méconnu le principe de la présomption d'innocence et violé les articles 6 § 2 de la Convention européenne et préliminaire du code de procédure pénale.

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 n'a pas caractérisé la participation personnelle de M. X... aux dits faits et a méconnu le principe selon lequel nul n'est responsable que de son fait personnel et les articles 121-1 et 121-4 du code pénal (cinquième branche).

Enfin, le mémoire rappelle que la complicité par instructions n'est punissable que si les instructions ont été données en vue de commettre l'infraction principale. Le mémoire régulièrement déposé soutenait que le sous 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 a violé l'article 121-7 du code pénal (sixième branche).

Nous commencerons par étudier l'étendue du contrôle de l'assemblée plénière sur les charges retenues par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République (A), avant d'étudier les griefs formulés par le pourvoi (B), puis les charges retenues par la commission d'instruction (C).

Nous verrons ensuite les conditions d'établissement, en droit pénal général et spécial, des éléments constitutifs des infractions d'abus de biens sociaux (D), et de recel (F), en portant surtout l'analyse sur les conditions relatives à la complicité (E).

A) L'étendue du contrôle de l'assemblée plénière sur les charges retenues par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République

1°) Le contrôle de la Cour de cassation en matière pénale

Le contrôle de la Cour de cassation est gouverné par les principes généraux suivants : les arrêts des juridictions de fond et de chambre de l'instruction ne peuvent être cassés que pour violation de la loi, ou s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée ou, encore, s'il a été omis de prononcer sur une demande.

Les articles 591 et 593 du code de procédure pénale constituent le cadre légal du contrôle exercé sur la preuve en matière pénale. Mais l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire s'applique à toutes les chambres de la Cour de cassation.

Dès lors qu'elles ne connaissent pas du fond de l'affaire, il convient de distinguer le fait, laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, du droit, qui entre dans le contrôle de la Cour. *“Si les constatations sont inattaquables devant la Cour de cassation,..., la qualification que les juges ont donné à ces constatations ou ont refusé de donner, ainsi que les conséquences qui peuvent être tirées de ces constatations, sont contrôlées”*²⁹².

Ces principes s'appliquent au pourvoi contre un arrêt de renvoi devant une juridiction de jugement.

Toutefois, l'intensité du contrôle diffère selon que c'est la cour d'assises qui est saisie ou une juridiction correctionnelle ou de police. Certains de ces principes ont déjà été rapportés lors de l'examen de la recevabilité des pourvois (IV).

a) En matière criminelle

Le pourvoi sur un arrêt de renvoi devant la cour d'assises relève de l'application de l'article 574-1

²⁹² Cf. Preuve du fait et étendue du contrôle de la Cour de cassation, au rapport annuel de la Cour de cassation, 2012, section 8, droit pénal, pages 131 et s.

du code de procédure et, selon une jurisprudence constante et ancienne : *“La chambre d'accusation relève souverainement les faits sur lesquels repose l'accusation; la Cour de cassation n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée justifie le renvoi de l'accusé devant la cour d'assises ; il ne lui appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la chambre d'accusation a affirmé l'existence à l'encontre de l'accusé”*²⁹³.

Selon une formule ancienne *“il appartient à la Cour de cassation de vérifier en droit le rapport que la chambre d'accusation a établi entre les faits par elle spécifiés et la qualification qu'elle leur attribue, mais les énonciations et appréciations de pur fait contenues dans l'arrêt ne comportant de sa part ni vérification ni contrôle”*²⁹⁴.

Selon une formulation aussi ancienne²⁹⁵ mais qui a conservé son actualité²⁹⁶, avec quelques variantes dont on peut dispenser le lecteur, la chambre criminelle énonce :

*“Attendu que les motifs de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, après avoir exposé les faits et répondu comme elle le devait aux articulations essentielles du mémoire dont elle était saisie, a relevé l'existence de charges qu'elle a estimé suffisantes contre X pour ordonner son renvoi devant la cour d'assises sous l'accusation de *** ;*

Qu'en effet, les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement” ;

L'assemblée plénière s'est prononcée, dans le cadre d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant une cour d'assises sur un des griefs tirés de l'absence de caractérisation de la circonstance aggravante de préméditation²⁹⁷ :

“Mais attendu que l'arrêt relève que Mme C. a indiqué, au cours de l'information, avoir préparé, avant son premier accouchement, un sac plastique destiné à contenir le corps de l'enfant, et avoir fait de même avant chaque naissance, ayant même prévu de prendre avec elle un sac et des serviettes lors de son hospitalisation en 1991, et retient que le secret entourant chaque grossesse, les précautions prises pour s'isoler au moment de l'accouchement, sa détermination de ne plus avoir d'enfants, sa volonté de supprimer le fruit des relations

²⁹³ Crim., 26 juillet 1966, n° 66-92.061; Bull. crim. 1966, n° 211 ; 13 novembre 1968, n° 68-91.578, Bull. crim. 1968, n° 294 ; 20 mai 1969, n° 68-92.825, Bull. crim. 1969, n° 178 ; 10 juin 1970, n° 70-91.024, Bull. crim. 1970, n° 196 ; 11 juin 1970, n° 70-90.400, Bull. crim. 1970, n° 199 ; 5 août 1972, n° 72-91.364, Bull. crim. 1972, n° 262 ; 10 avril 1975, n° 74-92.978, Bull. crim. 1975, n° 90 ; 30 mai 1996, n° 96-81.207.

²⁹⁴ Crim., 9 mai 1968, n° 67-92.752, Bull. crim., n° 149.

²⁹⁵ Crim., 5 avril 1965, Bull. Crim. n° 112.

²⁹⁶ Crim., 8 mai 1969, Bull. Crim. n° 160 ; Crim., 5 nov. 1985, Bull. Crim. n° 340 ; Crim., 20 août 1986, Bull. Crim. n° 244 ; Crim., 5 octobre 1994, Bull. crim. n° 318 ; Crim., 11 juillet 1995, Bull. Crim. n° 254 ; Crim., 4 juin 2002, n° 02-82.205 ; 28 octobre 2009, n° 09-85.293 ; 7 décembre 2011, pourvoi n° 11-86.922 ; 11 juin 2013, n° 13-82.229 ; Crim., 9 octobre 2013, n° 13-85.228 ; Crim., 27 janvier 2016, n° 15-86.604 ; Crim., 9 février 2016, n° 15-86.687.

²⁹⁷ Ass. plén., 7 novembre 2014, n° 14-83.739, Bull. n° 1.

incestueuses qu'elle dit avoir eues avec son père, outre la répétition des actes meurtriers, sont autant de charges à son encontre d'avoir prémédité ses actes homicides ;

Qu'en l'état de ces motifs suffisants et exempts de contradiction, la chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision".

Mais c'est un contrôle limité: il est indifférent que le fait soit mal qualifié, dès lors qu'il constitue, dans tous les cas, un crime²⁹⁸ :

*"La Cour de cassation n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification donnée à ces faits justifie le renvoi devant la cour d'assises"*²⁹⁹.

L'allégation de mauvaise qualification ne peut être retenue dès lors que l'un des faits, au moins, demeure de nature criminelle et qu'il *"appartient à la cour d'assises qui n'est pas liée par la qualification, de caractériser, d'après la déclaration de culpabilité les faits affirmés par cette dernière"*³⁰⁰.

La chambre criminelle a ainsi affirmé que les juridictions d'instruction appréciaient souverainement au point de vue des faits les éléments constitutifs des crimes qui leur sont déférés notamment quant à la caractérisation de l'élément intentionnel³⁰¹.

b) En matière correctionnelle

Dans l'hypothèse d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle, la chambre criminelle reprend la distinction déjà évoquée au sujet du pourvoi car, contrairement à l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises qui est attributif de compétence, l'arrêt de renvoi devant une juridiction correctionnelle ou de police est seulement indicatif de compétence : sont seuls recevables, les moyens qui attaquent une disposition sur la compétence ou une disposition définitive qui ne pourrait être remise en question par la juridiction de jugement, ou encore qui viserait les conditions essentielles de l'existence légale de l'arrêt.

En dehors de ces cas, et notamment lorsqu'il s'agit de discuter les charges, la chambre criminelle rappelle de façon constante qu'elle *"n'évalue pas les charges dont une juridiction affirme l'existence... Tout moyen qui l'inviterait à le faire serait un moyen de pur fait"*.

De même, la qualification des faits par la juridiction à l'origine du renvoi échappe au contrôle de la Cour de cassation, dans la mesure où elle est provisoire, la juridiction de jugement pouvant la remettre en cause, tout comme sa compétence.

Ainsi, la chambre criminelle a jugé que la discussion sur les charges, la qualification et les éléments constitutifs de l'infraction échappe à son contrôle, à ce stade de la procédure³⁰². Il en est de même

²⁹⁸ Crim, 26 juillet 1966, pourvoi n° 66-92.061 ; Crim., 2 octobre 1990, n° 90-84.412, Bull. crim. 1990, n° 327.

²⁹⁹ Crim., 5 avril 1965, Bull. crim. N° 112 ; Crim., 1er sept. 2011, n° 11-84.263 ; Crim., 17 février 2016, n° 15-86.887.

³⁰⁰ Crim. 13 mars 1984, Bull. Crim. n° 107; Crim., 16 nov. 2004, n° 04-85.318.

³⁰¹ Crim., 17 févr. 2016, n° 15-86.887.

³⁰² Crim., 13 janvier 1988, pourvoi n° 86-95.348, Bull. crim., n° 18.

du moyen contestant la faute et l'existence d'un lien de causalité³⁰³, sauf s'il s'agit d'un moyen du procureur général³⁰⁴. La même solution est réservée à un moyen portant sur la caractérisation du fait principal par rapport à la prévention de complicité³⁰⁵, au grief contestant l'intention dans le délit de non-assistance à personne en péril³⁰⁶, ou le dol spécial dans le délit d'entrave à l'exercice de la justice par violation du secret professionnel³⁰⁷.

2°) *Le contrôle des arrêts de renvoi de la Cour de justice de la République*

Toutefois, nous avons expliqué plus haut³⁰⁸ les raisons pour lesquelles il pouvait être admis que l'article 574 du code de procédure pénale, qui impose les solutions relevées ci-dessus en matière correctionnelle, ne s'applique pas aux décisions rendues par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Dès lors de quel type de contrôle peut-il s'agir ?

Selon l'article 23 de la loi organique n° 931252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, une fois l'information terminée la Cour de justice peut *"si elle estime que les faits reprochés aux membres du Gouvernement constituent un crime ou un délit, ordonner le renvoi de l'affaire devant la Cour de justice de la République"*.

La loi organique ne précise pas comment doit être motivé cet arrêt.

Il convient donc de se référer aux règles de procédure pénale qui sont applicables par l'effet de l'article 18 de la loi organique précitée dans la mesure où il n'y est pas dérogé.

L'article 176 du code de procédure pénale dispose que *"le juge d'instruction examine s'il existe contre la personne des charges constitutives d'infraction, dont il détermine la qualification juridique"*. L'article 177 qui évoque les cas de non-lieu évoque quant à lui les charges *"suffisantes"*. Les articles 178 et 179 qui concernent les renvois devant le tribunal de police ou correctionnel sont d'une rédaction plus épurée : *"si le juge estime que les faits constituent une contravention"* (ou *"un délit"*). De même l'article 181 évoque le cas où *"le juge estime que les faits constituent une infraction qualifiée crime par la loi"*. Enfin, dans les affaires criminelles, l'article 211 évoque les charges suffisantes pour renvoyer une personne devant la cour d'assises.

L'article 184 du code de procédure pénale est relatif à la façon dont doivent être rédigées les ordonnances de règlement :

³⁰³ Crim., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-85.548 ; Crim., 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-82.477 ; Crim., 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-82.496 ; Crim., 17 novembre 2015, pourvoi n° 12-85.854.

³⁰⁴ Crim., 2 mars 1994, n° 93-82.580, Bull. crim. 1994, n° 85.

³⁰⁵ Crim., 10 octobre 2012, n° 11-83.037.

³⁰⁶ Crim., 24 mai 2011, n° 10-87.245

³⁰⁷ Crim., 8 novembre 2011, n° 10-88.260.

³⁰⁸ V. I) Sur la recevabilité du pourvoi.

“Les ordonnances rendues par le juge d’instruction en vertu de la présente section contiennent les nom, prénoms, date, lieu de naissance, domicile et profession de la personne mise en examen. Elles indiquent la qualification légale du fait imputé à celle-ci et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre elle des charges suffisantes. Cette motivation est prise au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d’instruction en application de l’article 175, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen”.

Il faut donc des *“charges suffisantes”* pour renvoyer la personne mise en examen devant une juridiction de jugement.

La notion semble impliquer qu’il peut exister des charges sans qu’elles soient suffisantes au renvoi. On peut estimer que la réunion de charges, lorsqu’elle est contrebalancée par des éléments contraires, ne constitue pas des charges *“suffisantes”*. Encore qu’on puisse douter que des charges puissent alors réellement exister ... Il est en fait plus simple de dire que des *“éléments à charge”* ne suffisent pas dès lors qu’il en existe d’autres à *“décharge”* ; les premiers doivent porter une force de conviction supérieure aux seconds.

Nous sommes ici dans un domaine purement factuel.

S’il est en effet aisé théoriquement de faire une hiérarchie entre indices, charges, et preuves, il est bien difficile de théoriser davantage le propos en donnant une définition qui puisse distinguer chaque concept. En fait, les éléments existant dans une procédure judiciaire y figurent souvent depuis le début. C’est donc à différentes étapes de la procédure les mêmes éléments qui seront nommés successivement indices, charges et preuves. C’est l’exigence de vraisemblance qui se modifie au fur et à mesure de l’évolution de la procédure pour aboutir à l’exigence maximum, celle de la preuve³⁰⁹.

“Les charges se différencient des indices par leur intensité, elles doivent permettre de caractériser précisément les éléments constitutifs de l’infraction, l’imputabilité au mis en examen”³¹⁰.

Le rédacteur du fascicule *“Pourvoi en cassation”* au *Jurisclasseur* souligne que constitue un moyen de pur fait, *“les trop nombreux moyens qui se bornent à discuter les charges retenues par la chambre de l’instruction au soutien de sa décision de renvoi de l’affaire devant la cour d’assises”³¹¹.*

Le rapport annuel de la Cour de cassation de l’année 2012 a été consacré à la preuve³¹².

³⁰⁹ Ch Guéry, *“Les paliers de la vraisemblance pendant l’instruction préparatoire”*, JCP 1998, Etude n°140.

³¹⁰ J. Le Calvez, D. 2002, pages 2277 et s.

³¹¹ O. Bouillane de Lacoste, *Jurisclasseur de procédure pénale*, *“Pourvoi en cassation”* articles 591 à 600, Causes d’irrecevabilité ou d’inefficacité des moyens de cassation, fasc. 30.

³¹² La documentation Française *“La preuve”*, page 133.

On peut y lire que *“la chambre criminelle abandonne à l’appréciation des juges du fond, la constatation même des faits : elle n’en recherche aucun dans les pièces de la procédure, qui ne figurerait pas dans la décision attaquée ; tout moyen de cassation qui l’inviterait à le faire serait nouveau et mélangé de droit et de fait.*

Identiquement, la chambre criminelle n’évalue pas les charges dont une juridiction affirme l’existence (Crim., 5 avril 1965, pourvoi n° 64-93.432 Bull. crim. n° 112). Tout moyen de cassation qui l’inviterait à le faire serait un moyen de pur fait, auquel il serait répondu par une formule lapidaire (Les prémisses sont fixées par Crim. , 12 juillet 1994 , JCP 1994, IV, 2434)”.

Dans la décision rendue par l’assemblée plénière sur recours d’un arrêt rendu par la commission d’instruction de la Cour de justice de la République, en date du 22 juillet 2016³¹³, déjà évoquée (dans notre IV, sur la question de l’applicabilité de l’article 574), le sommaire est le suivant :

“Lorsqu’elle est saisie en vertu de l’article 24 de la loi organique n° 93-1252 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”.

L’arrêt lui-même énonce :

“Mais attendu que l’arrêt, après avoir constaté que Mme L. , en sa qualité de dépositaire de l’autorité publique, avait la disposition de fonds publics, relève des manquements dans leur surveillance qui constituent autant de charges à son encontre d’avoir commis des négligences et retient que ces fautes ont rendu possible le détournement de fonds publics par des tiers ;

Qu’en l’état de ces énonciations, procédant de leur appréciation souveraine des faits, les juges ont justifié leur décision ;

Qu’en effet, 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 ;

D’où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis”.

La nature du contrôle exercé ici par la Cour de cassation apparaît en conséquence identique à celle, mentionnée plus haut, rendue sur le fondement de l’article 574-1 du code de procédure pénale relatif aux pourvois contre les arrêts de la chambre de l’instruction qui ordonnent la mise en accusation devant la cour d’assises, cet article ouvrant sans restriction la voie du pourvoi contre

³¹³ Ass. plén., 22 juillet 2016, pourvoi n° 16-80.133, Bull. crim. 2016, Ass. plén, n° 1.

ces arrêts à la différence, comme on l'a vu ci-dessus, de l'article 574 du même code.

Il n'en demeure pas moins que la chambre criminelle vérifie si la chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction³¹⁴.

Sont donc censurés les arrêts qui reposent :

- sur des *"motifs hypothétiques"*³¹⁵,
- voire sur *"des motifs dubitatifs et hypothétiques"*³¹⁶,
- sur *"des considérations vagues générales et imprécises"*³¹⁷,
- sur des *"motifs contradictoires"*³¹⁸.

S'agissant de la question de la qualification, la chambre criminelle a été amenée à censurer des énonciations qui ne permettaient pas de contrôler la qualification retenue par la cour d'appel.

Par exemple, pour une chambre de l'instruction qui avait estimé les charges de viol suffisantes alors que l'arrêt n'avait relevé *"aucun élément de contrainte ou de surprise, ni de violence concomitante aux actes de pénétrations sexuelles"*³¹⁹.

La chambre criminelle a encore censuré un arrêt dont les énonciations ne caractérisaient pas de façon certaine la volonté délibérée de porter des coups ou d'exercer des violences sur une personne, et ne permettaient pas ainsi à la chambre de l'instruction de considérer, sans se contredire, qu'il y avait des charges suffisantes contre le mis en examen d'avoir commis le crime prévu par l'article 311 du code pénal. La chambre de l'instruction n'avait ainsi pas donné de base légale à sa décision³²⁰.

De même, pour des chambres de l'instruction qui n'avaient pas caractérisé la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime, circonstance aggravante du viol, en se bornant à retenir l'âge de la victime sans préciser en quoi l'âge de celle-ci la mettait dans une situation de particulière vulnérabilité³²¹.

Mais la Cour ne peut que vérifier si la qualification peut se déduire des constatations de faits opérés par la chambre de l'instruction : *"s'il appartient à la Cour de cassation de vérifier en droit, au point de vue de la compétence, le rapport que la chambre d'accusation a établi entre les faits par elle spécifiés et la qualification légale qu'elle leur a attribuée, les énonciations et appréciations de pur fait contenues dans l'arrêt ne comportent de sa part, ni vérification ni contrôle"*³²².

³¹⁴ Crim. 4 juin 1998, Bull. crim. n° 183 ; Crim., 17 février 2016 n° 15-86.887.

³¹⁵ Crim., 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 624.

³¹⁶ Crim., 6 juin 2012, n° 12-82.037.

³¹⁷ Crim., 9 nov. 1982, Bull. Crim. n° 247.

³¹⁸ Crim., 28 novembre 1995, n° 95-84.590 ; Crim., 19 février 1997, n° 96-85.87.310 ; 10 oct. 2007, n° 07-84.859.

³¹⁹ Crim., 17 sept. 1997, Bull. crim., n° 302.

³²⁰ Crim., 23 janv. 1990, n° 89-86.182.

³²¹ Crim., 8 juin 2010, n° 10-82.039, Bull. crim., n° 102.

³²² Crim., 9 mai 1968, BULL. CRIM., N 149.

C'est à l'aune de ces principes que devra s'effectuer l'analyse du moyen de cassation proposé au soutien du pourvoi formé par M. X... :

- absence de contrôle des énonciations ou appréciations de pur fait relatives aux charges ;
- vérification en droit du rapport suffisant existant entre les faits et la qualification retenue. Ce contrôle demeure toutefois restreint dans la mesure où, au stade de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, rien n'est définitif : la qualification n'a qu'un caractère provisoire que la juridiction de jugement peut remettre en cause, la recension des charges ne lie en aucune façon la juridiction de jugement quant à sa décision sur la culpabilité. Par ailleurs, l'ordonnance de renvoi ne possède pas d'autorité de la chose jugée.

M. Frédéric Desportes et Mme Laurence Lazerges-Cousquer, dans leur traité de procédure pénale, soulignent que la juridiction de jugement *“est totalement libre de sa décision sur l'action publique. Elle peut bien évidemment décider que la preuve des faits n'est pas rapportée, retenir une cause d'extinction de l'action publique ou une cause d'irresponsabilité écartée par le juge d'instruction ou encore donner aux faits une qualification différente”³²³*.

- en examinant un pourvoi contre un arrêt de renvoi, la Cour de cassation doit être à même de s'assurer qu'à supposer les faits établis, ils pourraient, sans erreur manifeste d'appréciation, constituer le délit retenu ;
 - dans le cadre spécifique au renvoi devant la commission de jugement de la Cour de justice de la République, l'assemblée plénière se doit également de s'assurer qu'à les supposer établis les faits relèvent de la compétence de la Cour de justice de la République, à savoir qu'il sont susceptibles de constituer un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions ainsi qu'en dispose l'article 68-1 de la Constitution.
- Dans la présente affaire, cette question n'a jamais été remise en cause par le demandeur.

B) Les griefs formulés par le pourvoi

Les deux premières branches du moyen ont été étudiées dans le cadre de la question relative à l'autorité de la chose jugée.

S'agissant des autres branches, le moyen fait valoir que la complicité requiert l'accomplissement d'un acte positif et que la motivation de la commission aurait violé à la fois le principe de la présomption d'innocence et celui de la nécessité de caractériser une participation personnelle.

³²³ Traité de procédure pénale, Economica, Edition 2015, n° 1985.

Le pourvoi rappelle que la charge de la preuve de la culpabilité appartient à la partie poursuivante. Il relève que, pour entrer en voie de condamnation à l'encontre de plusieurs prévenus, les juges sont tenus de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction à l'égard de chacun d'eux.

Enfin, il ne serait pas démontré que M. X... avait pu avoir connaissance au moment des arbitrages litigieux que ceux-ci conduiraient à des rétro-commissions constitutives d'abus de biens sociaux au préjudice des sociétés DCN-I et SOFRESA.

Le mémoire ampliatif relève également que le ministère public, dans son réquisitoire définitif, a semblé admettre assez largement que la complicité ne pouvait être retenue à l'encontre de M. X..., même s'il a, en définitive, conclu à son renvoi de ce chef.

Il cite les extraits suivants de ce réquisitoire :

“force est de constater, comme il a été relevé plus haut, qu’il (le Premier ministre) ne s’est pas impliqué directement et personnellement dans la négociation et la signature des contrats en cause, et qu’il ne saurait être responsable pénalement de son entourage”³²⁴...

“tous les autres arbitrages ont été rendus au niveau du cabinet de M. X... [...] Il est probable que M. Y... lui rendait compte des dossiers les plus importants, comme ceux des ventes d’armes, mais il s’agit au vu du dossier d’une supposition et le degré exact de connaissance de ces dossiers par M. X... reste inconnu”³²⁵...

“Même s’il a eu connaissance [...] du montant élevé des commissions, il est plus difficile de considérer qu’il a donné des instructions pour que des abus de biens sociaux soient commis alors que certains témoins ont déclaré que des montants aussi élevés de commissions avaient déjà été rencontrés, notamment avec l’Arabie Saoudite, et qu’il ne connaissait que de loin le réseau K, n’ayant rencontré semble-t-il qu’une fois M. AB...”³²⁶

C) Les charges retenues par la commission d’instruction

A la fin de son arrêt, la chambre de l’instruction résume ainsi les charges qui peuvent être retenues à l’encontre de M. X...³²⁷ :

“Les investigations entreprises dans les différentes affaires, qui présentent entre elles des liens de connexité, ont permis, en résumé, d’établir :

³²⁴ Réq déf. page 45.

³²⁵ Réq déf. page 46.

³²⁶ Réq déf. page 46.

³²⁷ Pages 256 et s.

- que M. A... X..., alors Premier ministre, qui s'est présenté comme candidat lors de l'élection présidentielle de 1995, avait la responsabilité de mettre en place une association de financement de sa campagne ce qui fut fait avec l'AFICEB, le 23 janvier 1995. Quelle qu'ait été la charge indéniable du cumul de ses fonctions de Premier ministre et de candidat en campagne, ce qui pourrait être considéré comme un élément à décharge, il a 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. Il a choisi celui de ses proches qui le représenterait devant le Conseil constitutionnel le moment venu. Ainsi s'est-il entouré notamment, de M. Y..., son directeur de cabinet à Matignon, devenu son directeur de campagne, de M. S..., anciennement son suppléant dans le 15ème arrondissement de Paris dont il était le député, devenu le trésorier de l'association, de son neveu³²⁸ M. T..., conseiller chargé des questions juridiques et culturelles au cabinet, devenu chargé des affaires juridiques de la campagne ;

- que M. T... a donc été choisi par M. X... pour aller présenter les comptes de campagne devant le Conseil constitutionnel, sans jamais avoir participé aux activités de la cellule trésorerie de l'AFICEB, dont les principaux acteurs étaient M. S..., Mme AM..., M. BF... (expert comptable), ni les avoir contactés, eux ou d'autres, avant de se rendre devant le Conseil, à l'exception notoire de M. Y..., apparaissant cependant plus qu'incertain sur la nature et la portée des renseignements donnés par celui-ci sur les justificatifs de recettes ou de dépenses ;

- que l'AFICEB a présenté des comptes de campagne qui, certes, ont été validés par le Conseil constitutionnel, ce qui pourrait être considéré comme un élément à décharge, mais comportaient d'importantes lacunes ou imprécisions. Parmi celles-ci, les espèces versées au crédit du compte -sans même évoquer d'autres espèces, apparues dans l'enquête et ayant servi à régler, tant des dépenses liées à la campagne que des dépenses personnelles- 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 :

- 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,
- sans que leur origine puisse être clairement déterminée.

- qu'en particulier, la somme de 10 250 000, francs, constituée essentiellement de billets de 100 et 500 francs, et qui représente les trois-quarts (77,5%) des espèces reçues, a été réceptionnée par l'AFICEB le 25 avril, 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.

- que ni M. X..., ni personne de son entourage n'a pu expliquer de manière cohérente d'où provenait cette somme (puisque il a été successivement soutenu qu'elle résultait de la recette du meeting du Bourget, de collectes, de ventes de gadgets lors des meetings, de fonds secrets..., sans qu'aucune de ces versions ne puisse être retenue), ni pourquoi, à la supposer d'origine licite, elle aurait été entreposée à cette hauteur à l'AFICEB,

³²⁸ Sur ce lien de parenté, M. X... a expliqué que "son grand père (de M. T...) était un cousin germain du père de sa femme" D 3844/11.

alors que des versements réguliers avaient été précédemment effectués en banque, les plus faibles pour quelques centaines de francs ;

- qu'il est apparu qu'au cours des années 1993 à 1995, des négociations relatives à des contrats de vente d'armement ont eu lieu entre les représentants de l'État français et ceux du royaume d'Arabie Saoudite ainsi que du Pakistan, dans le cours desquelles sont intervenus des intermédiaires occultes (MM. H..., J..., AB...), sans utilité avérée pour l'aboutissement desdits contrats, aux dires de l'immense majorité des professionnels appelés à participer à leur discussion, pour des sommes considérables apparaissant sans rapport avec leur entremise, sommes qui leur ont été remises prioritairement, avant même les règlements attendus des pays bénéficiaires et via l'intervention de structures bancaires off-shore créées pour les besoins de la cause avec l'appui de structures d'État ;

- que nombre de hauts fonctionnaires, au sein particulièrement des Directions du Trésor et de celle du Budget, ont marqué leur opposition dans différents écrits au dossier et ont démenti qu'au final la signature de ces contrats ait pu, sur le long terme, être profitable à la France, comme cela a été soutenu par M. Z... (nota : CJR, D3643) et M. X... (CJR, D3867) ; qu'il est en effet acquis que les contrats "MOUETTE (ROH)" et "AGOSTA" se sont soldés chacun par une perte de l'ordre d'un milliard de francs (CJR, D2473, p.37, D2367, D298, p. 69 et 72, D2475, p. 7) : 1,1 milliard de francs pour "MOUETTE" et 1,3 milliard de francs pour AGOSTA" ;

- que ces sommes ont mis en péril l'équilibre même des opérations et que l'exécution de ces marchés s'étant soldée par des pertes sévères, il convient notamment d'en comprendre la mise en oeuvre comme destinée à faciliter le retour en France d'une partie des sommes versées aux commissionnaires ;

- qu'en résumé, il est ici possible de retenir au sujet desdits contrats :

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. Z..., ministre de la Défense, de M. Q..., son principal conseiller, et de M. 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 ;

-qu'il ressort d'aveux, tardifs, mais maintenus, de la part de M. AB... et de multiples confirmations tirées de déclarations de témoins et de pièces saisies, que de nombreuses sommes d'argent ou cadeaux sont passés des mains de ce dernier à celles d'hommes impliqués dans les négociations en cause, en particulier M. I..., PDG de la SOFRESA, choisi par M. Z... sans opposition de M. X... à la place du PDG antérieur, à rencontre duquel nul n'a pu émettre de critiques, M. AE..., M. Q... ;

- que le parti républicain en forte tension budgétaire, a pu bénéficier, à l'époque, d'arrivées d'espèces traduites notamment par deux sommes de 2 400 000 francs en espèces saisis au siège du Parti le 20 juillet 1995 et de 5 millions de francs en espèces, déposés dans une banque luxembourgeoise le 10 juin 1996, ceci sans omettre sa participation à concurrence de 6 millions de francs à la campagne de M. X... (somme versée par chèque) et les 40 millions de francs dont il a été précédemment question ;

- que les membres de ce parti, à commencer par MM. Z... et Q... ont, à l'époque, engagé d'importantes dépenses personnelles, réglées en espèces, au sujet desquelles ils ont refusé de préciser comment elles avaient été payées ;

- qu'il ressort encore de l'enquête et de l'information, que les 6 et 7 avril 1995, ont été retirés des comptes suisses de M. J... ou du compte de M. K... :

- 3 millions de francs (le 6 avril),

- 10.050.000 francs (le 7 avril).

- que, pour ces deux retraits, une instruction dactylographiée a été délivrée par M. BG..., qui l'a signée, en vue de la mise à disposition de 13 millions de francs (somme manifestement destinée à la France), faisant état d'une rentrée à venir du même montant et prévoyant que cette somme pourrait être retirée par M. AI... entre les 7 et 25 avril 1995 ; que le 25 avril est la date qui précède le jour du dépôt de 10.050.000 et de 200 000 francs sur le compte de campagne de M. X..., après que cette somme très importante est arrivée au siège de l'AFICEB ce même 25 avril. Le lien est donc établi entre l'argent en provenance de Suisse et la somme versée sur le compte Crédit du Nord de l'AFICEB ;

- que les faits de détournements de fonds publics, visés au réquisitoire introductif, ne sont pas établis, ni à l'égard des deux mis en examen, ni à celui de toute autre personne ressortissant de la compétence de la Cour de justice de la République ;

- qu'il ne peut qu'être, enfin, regretté que des pièces essentielles n'aient pu être retrouvées, notamment les agendas du Premier ministre pour les années 1993 à 1995, l'agenda de M. I... pour 1995, ou que d'autres n'aient pu être obtenues, car toujours couvertes par le secret.

Lors de l'audience du 16 septembre 2019, dans le fil des observations faites par ses avocats dans leurs derniers courriers reçus par la commission d'instruction les 5 et 12 septembre 2019, et par leur voix, M. X... a fait valoir qu'il n'était pas démontré qu'il avait ordonné la "mise en place de rétro-commissions en marge des contrats d'armement, plus précisément: "qu'il ait effectivement et personnellement donné des instructions, en vue que soient commis ces prétendus abus de biens sociaux"(cf page 4 du premier courrier) et encore que n'étant pas démontré, "que le Premier ministre connaissait l'existence d'un système de rétrocommissions, (il ne pouvait) en bénéficier en connaissance de cause" (ibid, page 14).

En réalité, le positionnement de M. X... est des plus simples. Il a toujours déclaré qu'il ignorait l'existence de rétro-commissions ou que, s'il en avait entendu parler, en aucun cas cela ne concernait les contrats de ventes d'armement concernés par le présent dossier, qui, en tout état de cause, avaient été traités par M. Z... et ses proches. Par ailleurs, compte tenu de ses responsabilités politiques majeures, ne s'occupant pas des conditions matérielles et financières d'organisation de sa campagne électorale, il n'avait jamais pu supposer que de tels retours de numéraires aient pu contribuer à équilibrer ses comptes de campagne par ailleurs validés.

A l'issue de l'information, il ne fait aucun doute que MM. H..., J... et AB... ont constitué un second réseau d'intermédiaires sans utilité pour la conclusion des contrats d'armements concernés. Il est établi qu'ils ont été largement rémunérés, dans des conditions totalement dérogatoires aux règles habituellement pratiquées avec les autres intermédiaires. Un certain nombre de sommes, apparues en particulier en francs français, ne pouvaient être destinées qu'à l'alimentation de la vie politique française ou à la satisfaction d'intérêts privés français, ne serait-ce que parce que les membres du réseau "K" disposaient, pour abriter leurs avoirs, de comptes à l'étranger et non en France. Il est tout aussi certain que la volonté du nouveau Président de la République, M. Chirac, d'interrompre à compter de son élection, le processus de rémunération du réseau "K", avait pour finalité essentielle la suppression de toutes ressources de cette sorte pour M. X..., son adversaire de la campagne électorale qui venait de s'achever.

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. Chirac 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.

De même, alors qu'il admet avoir été avisé par son équipe de campagne des difficultés de financement de cette dernière et avoir eu son attention attirée sur le montant des dépenses engagées, ne peut-il raisonnablement soutenir n'avoir jamais eu le moindre questionnement sur l'origine de fonds, spécialement en espèces, venus opportunément équilibrer ses comptes, dans des conditions ayant de suite attiré l'attention des rapporteurs du Conseil constitutionnel chargés d'en vérifier l'honnêteté. Le lien entre le versement de la somme de 10 250 000 francs et l'abondement des comptes de campagne est évident, par le rapprochement entre les dates, le montant, l'origine suisse de cette somme, l'absence d'explication cohérente d'une autre origine et ne repose en rien, contrairement à ce qu'a pu en dire M. l'avocat général dans son réquisitoire définitif, sur une simple "construction intellectuelle".

Ainsi, des charges suffisantes à rencontre de M. X..., d'avoir commis les faits poursuivis, résultent-elles, des instructions, qui n'avaient aucunement la nécessité d'être écrites, laissées en particulier, en la matière, à M. Y..., de chaque arbitrage rendu au bénéfice des membres du réseau "K" approuvé par Matignon, M. X... n'ayant 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. Elles découlent encore, des actes d'une équipe de campagne dont il avait choisi les membres et nécessairement fixé le mandat, et de la désignation à la surprise de son trésorier, M. S..., de M. T..., pour aller devant le Conseil constitutionnel, ce qui ne peut que traduire sa parfaite connaissance d'une irrégularité de ses comptes de campagne.

Si l'on tente de résumer les arguments retenus par la commission d'instruction, on peut relever que :

- les contrats avec les membres du réseau "K" n'ont pu se faire sans l'aval du Premier ministre dès lors que les arbitrages rendus l'ont tous été en faveur de la conclusion de ces contrats malgré les avis contraires des directions du Trésor et du Budget ;
- les versements à ce réseau, jugés inutiles par de nombreux témoignages, ont été payés par priorité, ce qui a mis en péril l'équilibre des opérations, ces marchés s'étant soldés par des pertes sévères ;
- la désignation singulière par M. X... de M. T..., son neveu, à la place du trésorier de l'association, M. S..., pour aller défendre les comptes de campagne de l'AFICEB devant le Conseil constitutionnel ;
- il ressort des aveux de M. AB... que des sommes d'argent ou cadeaux sont passés des mains de ce dernier au bénéfice d'hommes impliqués dans les négociations, M. I..., M. AE... et M. Q... ;
- les 6 et 7 avril 1995 ont été retirés des comptes suisses de M. J... ou de M. K..., 3 millions de francs et 10 050 000 francs ;
- une somme de 10 250 000 francs a été déposée sur ce compte le 26 avril 1995, composée principalement de billets de 100 et 500 francs, trois jours après l'échec de M. X... à la présidentielle et alors que ni lui ni personne de son entourage ne peut expliquer de manière cohérente d'où proviennent ces fonds ;
- M. X... qui admet avoir été avisé par son équipe de campagne des difficultés de financement de cette dernière ne peut raisonnablement soutenir n'avoir eu aucun questionnement sur l'origine de fonds en espèces venus équilibrer ses comptes.

D) Abus de biens sociaux.

Il ne paraît pas utile de développer longuement ici tous les éléments que l'on pourrait relever à propos de l'incrimination d'abus de biens sociaux, qui n'est pas vraiment discutée.

Aux termes des articles L.. 242-6 al. 3 du code de commerce pour les sociétés anonymes et de l'article L. 241-3, 4^{ème} du même code : *"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"*.

On peut rappeler³²⁹ que les actes doivent être contraires à l'intérêt de la société et que la chambre criminelle considère qu' *"il suffit que l'acte ait abouti à des pertes ou même qu'il ait comporté des risques*

³²⁹ Nous empruntons l'essentiel de ces développements à la fiche du *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, "Abus de biens sociaux", D. Rebut.

de pertes auxquels l'actif social n'avait pas à être exposé³³⁰. Cette décision révèle les deux critères alternatifs d'appréciation du caractère contraire à l'intérêt social d'un usage : l'absence de contrepartie et l'exposition de l'actif social à un risque injustifié. Ainsi, la prise en charge par la société de dépenses personnelles aux dirigeants est contraire à l'intérêt social, étant donné qu'elle est dépourvue de contrepartie. C'est le cas du chef d'entreprise qui fait payer des dépenses personnelles par sa société, telles que la rémunération d'un domestique³³¹. Cette prise en charge est pareillement contraire à l'intérêt social, alors même que les dépenses en cause ont un lien avec l'exercice des fonctions. Il en va ainsi dès que la société assume des dépenses qui ne lui incombent pas.

Ces abus peuvent résulter, par exemple :

- du fait d'encaisser des sommes revenant à la société³³² ;
- de s'attribuer des redevances de cession de brevets ayant dû revenir à la société, de régler des dettes d'une société dans laquelle le dirigeant est intéressé³³³ ;
- des dettes de proches³³⁴ ;
- des frais d'avocat du dirigeant³³⁵ ;
- de faire rembourser par une société, sans aucun intérêt pour elle, un emprunt contracté par une autre société gérée par la même personne, de confondre, pour un administrateur de société anonyme, également gérant d'une société à responsabilité limitée, les patrimoines de ces deux sociétés en utilisant indifféremment les fonds de l'une au profit de l'autre, selon les opportunités du moment, exposant ainsi l'actif de chaque société à un risque injustifié³³⁶ ;
- d'opérer des versements à une société tierce, dépourvue de local comme de secrétariat³³⁷ ;
- de procéder, pour un dirigeant de deux sociétés, au détachement d'un salarié de l'une au sein de l'autre, en vue d'y accomplir des emplois successifs rémunérés ne correspondant à aucune prestation effective³³⁸, etc...

³³⁰ Crim. 3 mai 1967, Bull. crim. n° 148.

³³¹ Crim. 26 juin 1978, JCP 1978. IV. 273.

³³² Crim., 28 août 1991 : Dr. pén. 1992, comm. 17, obs. J.-H. Robert ; RJDA 12/1991, n° 1032.

³³³ Crim., 3 févr. 1992 : RJDA 7/1992, n° 709 ; Rev. sociétés 1993, p. 535, note B. Bouloc.- Cass. crim., 31 mai 2017, n° 16-82.135 : Dr. sociétés 2017, comm. 132, obs. R. Salomon

³³⁴ Crim., 6 oct. 2004, n° 03-83.467 et 97-84.032.

³³⁵ CA Amiens, 11 juill. 1962 : Rev. sociétés 1963, p. 295.

³³⁶ Crim., 24 mars 1969 : Bull. crim. 1969, n° 130.

³³⁷ Crim., 24 févr. 2010, n° 08-87.806, Bull. Crim. 2010, n° 36 : Dr. sociétés 2010, comm. 170, note R. Salomon.

³³⁸ Crim., 4 nov. 2004, n° 13-88.408, Bull. Crim. 2014, n° 225 : JCP E 2005, n° 13, p. 576, note J.-H. Robert ; Dr. sociétés 2005, comm. 100, obs. R. Salomon ; RJDA 2005, n° 577.

On considère que l'exposition de l'actif social à un risque injustifié est aussi contraire à l'intérêt social. La chambre criminelle a validé cette solution, laquelle considère que l'abus est constitué lorsque l'actif social a supporté un *“risque auquel il ne devait pas être exposé”*³³⁹.

La mauvaise foi des délits d'abus de biens sociaux suppose au préalable la connaissance du caractère contraire à l'intérêt social de l'usage observé mais réclame ensuite la volonté d'agir en connaissance du caractère contraire à l'intérêt social.

La connaissance ou conscience du caractère contraire à l'intérêt social de l'acte d'usage accompli ressort expressément des incriminations qui exigent pareillement que le dirigeant ait su que son acte était contraire à l'intérêt social. Il s'agit, de toute façon, d'une condition impliquée par la nature intentionnelle de ces délits, puisqu'un dirigeant ne peut avoir agi avec mauvaise foi que s'il avait conscience du caractère contraire à l'intérêt social de son acte.

L'hypothèse inverse d'inconscience ou d'ignorance du caractère contraire à l'intérêt social de l'usage commis fait obstacle à la présence de l'élément intentionnel.

La mauvaise foi peut se définir comme la volonté consciente et assumée d'accomplir un acte contraire à l'intérêt social. Cette volonté ne recoupe pas en théorie la connaissance du caractère contraire à l'intérêt social de l'acte commis. Elle porte en effet sur l'accomplissement de cet acte, alors que la connaissance concerne sa matérialité. C'est cette dualité que tendent à exprimer les mentions distinctes sur la connaissance du caractère contraire à l'intérêt social et sur la mauvaise foi du dirigeant.

Même si elle doit être expressément relevée, la mauvaise foi découle, bien souvent, de la matérialité des faits constatés.

Le dol se déduit souvent de diverses circonstances telles que la clandestinité des actes d'abus³⁴⁰, ou du caractère exorbitant de la rémunération consentie au dirigeant à un moment où la société connaît d'importantes difficultés³⁴¹.

Le professeur Rebut écrit *“il apparaît cependant que la mauvaise foi peut être généralement induite de la connaissance du caractère contraire à l'intérêt social de l'acte accompli. En effet, un acte est nécessairement empreint de mauvaise foi dès lors que son auteur sait qu'il est contraire à l'intérêt social. Il s'ensuit que la connaissance du caractère contraire à l'intérêt social apparaît prédominante par rapport à la mauvaise foi,*

³³⁹ Crim. 10 nov. 1964, JCP 1965. II. 14146, note R. D. M. ; 24 mars 1969, Bull. crim. n° 130 ; 16 mars 1970, *ibid.* n° 107 ; 8 déc. 1971, *ibid.* n° 346 ; 16 déc. 1975, *préc. supra*, n° 52 ; 4 févr. 1985, Bull. crim. n° 54 ; 16 janv. 1989, *ibid.* n° 17, D. 1989. 495, note J. Cosson, *Rev. sociétés* 1989. 687, note B. Bouloc, Bull. Joly 1989. 424, note Y. Streiff.

³⁴⁰ Crim., 11 janv. 1996, Bull. crim. n° 21, Crim. 20 juin 1996, Bull. crim. n° 271.

³⁴¹ Crim., 25 nov. 1975, Bull. crim. n° 257.

dont la caractérisation est impliquée par la constatation de cette connaissance.

C'est ce qui ressort de plusieurs arrêts de la chambre criminelle où elle a considéré qu'un dirigeant est de mauvaise foi s'il est établi qu'il a connaissance du caractère contraire à l'intérêt social de son acte. C'est ainsi que le constat de la commission de détournements interdit aux juges de "déduire la bonne foi du prévenu du seul fait que la rigueur des comptes lui échappait et que ceux-ci n'avaient pas été clairement établis lors de la création de la société" (Crim. 25 mai 1992, n° 91-83.541, Dr. pénal 1992. Comm. 292). Dans le même sens, le remboursement spontané et immédiat par l'administrateur des fonds indûment portés au débit de son compte courant, sur demande des commissaires aux comptes, n'exclut pas l'existence de l'élément intentionnel (Crim. 19 mai 1999, n° 98-80.726, Bull. crim. n° 101, RSC 1999. 830, obs. J.-F. Renucci). Il s'ensuit qu'il n'y a guère de place pour une éventuelle bonne foi, dès lors qu'il est établi que le dirigeant sait que son acte était contraire à l'intérêt social".

L'exigence légale de poursuite d'un intérêt personnel conduit à définir l'intention délictueuse des délits d'abus de biens sociaux comme la volonté de commettre, en connaissance de cause, un acte contraire à l'intérêt social, afin d'en retirer un avantage personnel direct ou indirect. L'intérêt personnel s'ajoute ainsi à la connaissance et à la mauvaise foi comme la troisième composante de l'intention coupable.

E) La question de la complicité

1°) Conditions générales de l'acte de complicité

L'article 121-7 du code pénal énumère plusieurs cas de complicité :

"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".

Les deux alinéas de cet article envisagent trois modes de participation criminelle du complice : la complicité par aide ou assistance, la complicité par provocation, la complicité par instructions.

Le complice doit avoir pris part à la préparation ou à la consommation de l'infraction. Des faits postérieurs à la consommation ne constituent pas des actes de complicité, sauf dans l'hypothèse où il existait un engagement pris antérieurement à la commission de l'infraction. Dans le cas d'accord antérieur, l'acte d'aide ou d'assistance accompli postérieurement à l'infraction, entre dans le champ de la répression³⁴². La difficulté réside souvent dans l'établissement de la preuve d'un tel accord³⁴³.

³⁴² Crim. 30 avr. 1963, Bull. crim. n° 157; RSC 1964. 134, obs. A. Légal. - Crim. 8 nov. 1972, Bull. crim. n° 329; RSC 1974. 79, obs. J. Larguier. - Crim. 11 juill. 1994, n° 94-82.188, Bull. crim. n° 274; RSC 1995. 343, obs. B. Bouloc - Crim. 1^{er} déc. 1998, Dr. pénal 1999. 80, obs. Véron; JCP 1999. I. 151, chron. A. Maron, J.-H. Robert et M. Véron.

³⁴³ V. not. Crim. 28 janv. 1981, Bull. crim. n° 41. - Crim. 4 mai 2000, ibid. n° 178; RSC 2001. 164, obs. Delmas Saint-Hilaire.

2°) *La complicité par instructions*

La commission d'instruction a retenu une complicité par instructions.

L'instruction n'est pas forcément un ordre, il peut s'agir de conseils, d'informations données à autrui pour lui permettre de réaliser une infraction. Elle se distingue ainsi de la provocation à l'infraction³⁴⁴. Tout renseignement utile permettant ou facilitant la commission de l'infraction peut être relevée à ce titre³⁴⁵. L'essentiel est que les conseils ainsi délivrés présentent un caractère suffisamment précis pour permettre effectivement à autrui de réaliser une infraction³⁴⁶. Selon le professeur Dreyer *“ils doivent être suffisamment séduisants sur le plan intellectuel pour être pris en compte par l'auteur de l'infraction mais sans que celui qui les donne n'incite, pour autant, cet auteur à les suivre.... cela démontre tout au plus que l'aide et l'assistance peuvent être tant matérielles qu'intellectuelles”*³⁴⁷. Pour le professeur Mayaud, *“dans sa nature, l'instruction se distingue du simple conseil, pour renvoyer à quelque chose de nettement plus fort et plus marqué, et s'assimiler à des renseignements ou à des directives”*³⁴⁸.

La jurisprudence a pu énoncer que la suggestion d'adopter un certain comportement n'est pas une instruction³⁴⁹. Les renseignements donnés doivent être précis et de nature à faciliter la commission de l'infraction. Les juges doivent préciser le rôle joué par le complice dans la réalisation de l'infraction envisagée³⁵⁰. Ainsi a-t-il été jugé que *“caractérise tous les éléments constitutifs du crime de complicité d'assassinat, par instructions données, l'arrêt d'une chambre d'accusation qui, renvoyant l'accusé devant la cour d'assises, expose que cet accusé a été l'instigateur du crime et que les renseignements et les directives donnés par lui ont abouti à la commission de l'infraction, alors même que le crime aurait été perpétré en son absence et suivant un mode d'exécution qu'il n'avait pas prévu”*³⁵¹. Le conseil donné de mettre en joue la victime, en précisant *“qu'elle n'est bonne qu'à fusiller”*, a pu être considéré comme équivalant à des instructions³⁵². Constitue un acte de complicité d'une tentative d'assassinat, par instructions données, la fourniture de renseignements par un détenu en vue d'organiser son évasion, en sachant qu'ils devaient servir à la réalisation d'un attentat contre les gardiens ; plus précisément la chambre criminelle énonce que constitue un acte de complicité par instructions données, la fourniture de renseignements, en sachant qu'ils devaient servir à la réalisation d'un attentat contre les personnes. Il est expressément indiqué dans l'arrêt que le plan d'évasion comportait *“si nécessaire”* la suppression des gardiens³⁵³. Un patron de discothèque avait mis à la disposition de son personnel des battes de base-ball, des manches de pioches, barres et matraques

³⁴⁴ Crim., 29 mars 1971, Bull crim n° 112.

³⁴⁵ Crim., 23 mai 1973, Bull crim n° 236.

³⁴⁶ Crim., 4 juin 1998, Dr pén, 1998, comm. 142, obs A. Maron.

³⁴⁷ E. Dreyer, Droit pénal général, LexisNexis, 2ème éd. n° 1031.

³⁴⁸ Y. Mayaud, Droit pénal général, Puf, 6ème éd, n° 388.

³⁴⁹ Crim., 21 sept. 1994, Dr. pénal 1995. 2, obs. Véron ; RSC 1995. 343, obs. B. Bouloc.

³⁵⁰ Cass., ass. plén., 20 janv. 1964, JCP 1965. II. 13983, note P. Bouzat.

³⁵¹ Crim., 31 janv. 1974, Bull. crim., n° 50, JCP 1975. II. 17984, note Mayer-Jack, Rev. sc. crim. 1975. 677, obs. J. Larguier).

³⁵² Crim., 28 oct. 1965, JCP 1966. II. 14524 ; RSC 1966. 339, obs. A. Légal.

³⁵³ Crim., 23 mai 1973, Bull. crim., n° 236, JCP 1974. II. 17675, note Mayer, Rev. sc. crim. 1974. 579, obs. J. Larguier.

en disant à ses employés qu'ils pouvaient les utiliser "en cas de besoin" et qu'ils seraient "couverts" s'il y avait des incidents graves mais "qu'en cas d'inobservation de ces consignes, ils pouvaient être mis à la porte". La chambre criminelle a estimé que ces éléments caractérisaient des "modes de complicité punissables, tant par aide, assistance, que par provocation, dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, au sens de l'article 60 du code pénal en vigueur jusqu'au 1er mars 1994 et des articles 121-6 et 121-7 nouveaux du code pénal"³⁵⁴.

En matière d'abus de biens sociaux, la chambre criminelle a parfois censuré des décisions ne caractérisant pas suffisamment les éléments retenus au titre de la complicité. Ainsi, dans une décision du 6 sept. 2000³⁵⁵ :

"Vu l'article 121-7 du Code pénal ;

Attendu que seule peut être complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment par aide ou assistance en a facilité la préparation ou la consommation ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'A... BH..., dirigeant de la société Transports BH..., a été déclaré coupable d'abus de biens sociaux pour avoir fait régler par la société le paiement d'amendes pénales prononcées contre lui ; que, pour retenir la culpabilité de D... BI..., expert comptable de ladite société, comme complice de ce délit, la cour d'appel relève qu'ayant l'obligation d'organiser, vérifier apprécier et redresser la comptabilité de son client, il avait passé en écritures les éléments qui lui étaient fournis sans les redresser, et qu'en acceptant de laisser figurer au bilan de la société la prise en charge de dettes qu'il savait personnelles au dirigeant, il avait par son abstention aidé et assisté celui-ci dans la réalisation de l'abus de biens sociaux reproché ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans caractériser aucun acte positif antérieur ou concomitant à la réalisation de l'abus de biens sociaux et alors que, conformément à l'article 2 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 modifiée, l'expert comptable n'a fait que retranscrire fidèlement dans les écritures la réalité d'opérations qui mettaient en évidence les prélèvements opérés par le responsable de l'entreprise, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé".

Cet arrêt est particulièrement mis en valeur par le mémoire ampliatif.

La fourniture d'instruction peut parfois passer par une voie indirecte. La complicité de complicité était traditionnellement considérée comme trop lointaine par la chambre criminelle qui évoquait parfois "une complicité au second degré, non punissable légalement"³⁵⁶. Finalement, le 30 mai 1989¹, la Haute juridiction en admettait le principe, dans une affaire de complicité par instructions données

³⁵⁴ Crim., 3 avr. 1996, n° 95-83.449, Gaz. Pal. 1996. 2. Chron. dr. crim. 142.

³⁵⁵ Crim., 6 sept. 2000, n° 00-80.989.

³⁵⁶ Crim., 4 janv. 1975, Gaz. Pal. 1975, 1, p. 343, note J.-P. D. ; Rev. sc. crim. 1976, p. 707, obs. J.

Larguier ; Crim., 1er sept. 1987, Bull. crim., n° 308.

: “Attendu, d’une part, qu’en l’état de ces énonciations dont elle déduit que X... serait à l’origine des instructions communiquées à A... afin de parvenir à la réalisation des crimes et délit poursuivis, la chambre d’accusation a caractérisé à l’égard du demandeur les éléments constitutifs de la complicité par instructions ; qu’en effet l’article 60 du Code pénal n’exige pas que les instructions soient données directement par leur auteur pour que la complicité de celui-ci soit légalement constituée”. La chambre criminelle a encore conforté cette jurisprudence admettant la complicité indirecte dans une décision du 5 janvier 2017³⁵⁷ en jugeant que “les instructions données aux directeurs d’hôtel, même par l’intermédiaire d’autres complices, que sont les directeurs régionaux, constituent la complicité reprochée”. Il est toutefois nécessaire que l’acte ait été accompli en connaissance de cause.

Dans l’énoncé de l’article 121-7, reproduit ci-dessus, la question de la nécessité de don, promesse, menace, ordre, abus d’autorité ou de pouvoir n’est pas clairement distanciée de la seconde partie de la phrase, d’où il aurait pu résulter la nécessité de recueillir cette exigence à la fois en cas de provocation et en cas d’instructions données. Mais la jurisprudence a estimé qu’il n’était pas nécessaire que les instructions soient accompagnées des dons, promesses etc...³⁵⁸.

3°) *L’intention du complice*

La complicité est un acte intentionnel, ce qui suppose que le complice ait intégré psychologiquement le principe de sa participation à l’infraction dans les conditions prévues par la loi. Le complice doit avoir agi sciemment ; son intention coupable doit être établie et on ne peut retenir l’intervention de celui qui, par imprudence ou négligence, a facilité la commission de l’infraction³⁵⁹. Ainsi, dans un arrêt du 19 juin 2001³⁶⁰, la chambre criminelle énonce que, ne se rend pas coupable de complicité la personne qui, sans s’en rendre compte, fournit à celui qui se prépare à commettre un vol des renseignements sur les habitudes de la future victime. Les décisions de condamnation omettant de caractériser cette intention sont cassées pour insuffisance de motifs³⁶¹. L’intention doit être contemporaine de l’aide ou de l’assistance qui a été apportée³⁶². La connaissance, si elle est postérieure au crime, ne peut jouer de rôle dans l’attribution du rôle de complice.

4°) *La complicité par abstention.*

³⁵⁷ Crim., 5 janv. 2017, n° 15-86.362, Bull crim n° 6, AJ Pénal 2017 p.183, obs. A. Darsonville.

³⁵⁸ Crim. 3 mars 1959, Bull. crim. n° 145 ; D. 1959. Somm. 60 ; JCP 1959. IV. 34. - Crim. 28 oct. 1965, JCP 1966. II. 14524 ; RSC 1966. 339, obs. A. Légal..

³⁵⁹ Crim. 6 déc. 1989, Dr. pénal 1990. 117.

³⁶⁰ Crim. 19 juin 2001, n° 98-83.954, Bull. crim. n° 148.

³⁶¹ Crim. 9 oct. 1941, DA 1941. 374. - Crim., 1^{er} déc. 1944, D. 1945. 162 ; 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.

³⁶² Cette condition apparaît évidente lorsqu’on est en présence d’une complicité par instigation ou instructions.

L'acte de complicité doit être un acte positif, et ne peut se satisfaire, en général, d'une simple abstention³⁶³ (a). Mais, dans la matière qui nous occupe ici, c'est à dire en droit pénal des affaires, il existe certaines exceptions diversement appréciées par la doctrine (b).

a) Application du principe en droit pénal général

Depuis très longtemps le principe est que la complicité passive ne peut entrer dans aucun des cas prévus par les dispositions du code pénal relatives à la complicité³⁶⁴.

En dehors de l'arrêt de 1897, précité, on peut citer celui du 26 octobre 1912³⁶⁵ qui énonce :

“Attendu que la complicité d'une action qualifiée crime ou délit consiste dans les faits ou actes spécialement déterminés par la loi ; qu'on ne saurait leur assimiler l'inaction de celui qui, volontairement, ne s'oppose pas à la perpétration d'un crime ou d'un délit, quelque blâmable puisse être cette inaction au point de vue de la morale”.

Ou encore en 1960 :

“Mais attendu qu'aucune des énonciations n'établit que la demanderesse se serait rendue complice du meurtrier dans les conditions définies par l'article 60 du code pénal ; que la complicité par aide ou assistance ne peut s'induire d'une simple inaction ou abstention ...”³⁶⁶.

La personne qui ne fait qu'assister à la commission d'un meurtre ne peut être poursuivie, d'une manière générale pour complicité : un acte positif et personnel est toujours nécessaire³⁶⁷. S'il est des circonstances où cette personne pourra être poursuivie, ce sera en relation avec des infractions spécifiques, telle la non-assistance à personne en péril, mais pas au titre de la complicité.

La Cour de cassation a encore jugé plus récemment : *“Mais attendu qu'en l'état de ces seules énonciations, qui n'établissent pas à la charge du prévenu l'accomplissement d'un acte positif antérieur ou concomitant à la réalisation des fausses factures, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision”³⁶⁸.*

Toutefois, la complicité morale est une typologie de complicité par abstention qui est parfois sanctionnée par la Cour de cassation.

Ainsi pour celui qui accompagne sa maîtresse pour un avortement :

³⁶³ V. not. Crim. 21 oct. 1948, Bull. crim. n° 242. - Crim. 9 févr. 1950, JCP 1950. IV. 53. - Crim. 27 déc. 1960, Bull. crim. n° 624

³⁶⁴ Crim., 22 juill. 1897, DP 1899, I, 92.

³⁶⁵ Crim. 26 octobre 1912, Bull. crim., n° 516.

³⁶⁶ Crim. 27 décembre 1960, Bull. crim., n° 624.

³⁶⁷ En dehors du cas très particulier du *happy slapping*.

³⁶⁸ Crim. 22 septembre 2004, pourvoi n° 04-80.584.

“Se rend complice par aide et assistance de l’avortement pratiqué sur une femme enceinte, celui qui accompagne volontairement cette femme chez l’auteur des manœuvres abortives, sachant que ces manœuvres devaient avoir lieu”³⁶⁹.

ou pour celle qui accompagne l’auteur principal qui allait menacer des prostituées :

“Attendu que, pour déclarer D... R... coupable de complicité du délit de menaces, la cour d’appel énonce qu’elle accompagnait et assistait G. lorsqu’il exerçait ses menaces à l’encontre des autres prostituées, en particulier le 6 avril 1989 lors d’un incident au cours duquel celui-ci avait dit que si elles n’acceptaient pas ses conditions, quitter la ville ou se soumettre à l’amende, elles allaient mourir ;

Attendu qu’en prononçant ainsi, les juges ont, sans insuffisance, caractérisé la complicité du délit dont la prévenue a été déclarée coupable et donné une base légale à leur décision”³⁷⁰.

Les omissions émanant d’une personne d’autorité tendront plus aisément à se voir qualifier de complicité.

Rentrent dans cette catégorie les personnes qui avaient le pouvoir et le devoir d’agir pour éviter que l’infraction ne se réalise. Ces décisions reconnaissent comme acte de complicité le fait de ne pas accomplir un devoir positif incombant à certaines personnes. Dans ce cas de figure, la personne ne pouvait ignorer le fait délictueux en raison de ses compétences professionnelles.

Il en est ainsi, par exemple, du débitant de boissons n’empêchant pas un tapage nocturne :

“Selon les dispositions de l’article R 348° du Code pénal, doivent être considérés comme coupables de bruits, tapages ou attroupements injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité des habitants, non seulement ceux qui prennent une part active aux bruits ou tapages nocturnes ou injurieux, mais encore tous ceux qui, par leur présence ou leur fait, ont favorisé ou facilité la perpétration de la contravention ; le débitant de boissons, qui laisse se perpétrer dans son établissement la contravention de bruits ou tapages nocturnes, doit être considéré comme complice de cette contravention”³⁷¹.

Ou du spécialiste intervenant en tant que conseil lors de l’élaboration d’une campagne publicitaire ayant abouti à une publicité illicite en faveur du tabac :

“Caractérise la complicité par aide ou assistance du délit de publicité illicite en faveur du tabac l’arrêt qui retient que le prévenu est intervenu en tant que conseil lors de l’élaboration de la campagne publicitaire qui a abouti à la publicité illicite effectuée”³⁷².

Au delà des obligations mises à la charge de professionnels, la complicité peut se trouver constituée lorsque la personne poursuivie avait les moyens légaux pour s’opposer à la commission

³⁶⁹ Crim., 5 novembre 1941, reproduit au Sirey 1942, p. 89.

³⁷⁰ Crim., 22 janvier 1992 pourvoi n° 91-83.369, NP.

³⁷¹ Crim., 17 février 1988, pourvoi n° 86-96.819, Bull. Crim. 1988, n° 80.

³⁷² Crim., 6 février 1992, pourvoi n° 91-81.831, Bull. Crim. 1992, n° 60.

d'une infraction.

Dans un arrêt récent relatif à une escroquerie, la chambre criminelle a reconnu la complicité par instructions d'une société qui a laissé prospérer la commission des escroqueries par des directeurs régionaux.

“Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors que, d'une part, les instructions données aux directeurs d'hôtel, même par l'intermédiaire d'autres complices, que sont les directeurs régionaux, constituent la complicité reprochée, d'autre part, le soutien juridique et administratif frauduleusement financé par le FAFIH ayant bénéficié aux directeurs salariés des hôtels contrôlés par la société Timhotel, qui avait choisi la société FCA pour leur formation continue et validait les demandes de stages, constitue le recel reproché, et, enfin, les prévenues ne sauraient faire grief à l'arrêt de les avoir déclarées coupables, cumulativement, de ces deux délits, ceux-ci ne procédant pas de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable, la cour d'appel a justifié sa décision”³⁷³.

Est complice celui qui a favorisé des blessures par imprudence en s'abstenant d'intervenir comme il en avait l'obligation au motif qu' *“en laissant une personne non médecin accomplir les différentes séances ayant abouti au dommage constaté sur la partie civile”,* il s'est rendu coupable de l'infraction par la violation des décrets des 6 janvier 1962 et 30 janvier 1974 qui réservent la réalisation de telles opérations aux titulaires d'un diplôme médical. Le prévenu invoque devant la Cour de cassation, entre autres, que les juges du fond n'ont pas précisé s'il était complice par provocation, instruction ou aide. La chambre criminelle rejette son pourvoi : la cour d'appel a justifié sa décision dès lors qu'il résulte de ses motifs que le prévenu *“n'est intervenu à aucun moment avant ou pendant les séances d'opérations d'épilation comme il en avait l'obligation”³⁷⁴.*

Cet arrêt récent donne une réponse positive à la question de savoir si l'on peut être complice d'une infraction non intentionnelle en admettant la complicité du délit de blessures par imprudence. Une partie de la doctrine considère que cet arrêt pourrait laisser penser que la Cour de cassation consacre l'omission comme donnée autonome de la complicité. L'arrêt est ainsi critiqué en ce qu'il consacrerait une complicité par imprudence qui irait à l'encontre des prévisions légales.

Certains auteurs estiment que l'atteinte au principe n'est qu'apparente en ce que d'une part, l'abstention dans la fonction doit être appréciée dans sa globalité, ce qui permet de caractériser une attitude positive et d'autre part, l'article 121-7 du code pénal n'exige nullement une action.

Alexis Mihman propose de privilégier la notion de “complicité par abstention aggravée” afin de souligner davantage le comportement passif du complice. Selon l'auteur, il n'est pas choquant qu'une inaction permette de caractériser un acte d'aide ou d'assistance dès lors qu'elle montre la volonté de s'associer au comportement principal.

Jean Pradel classe en trois catégories les comportements d'abstention retenus au titre de la

³⁷³ Crim., 5 janvier 2017, pourvoi n° 15-86.362, Bull. crim., n° 6.

³⁷⁴ Crim., 13 sept. 2016, n° 15-85.046, Bull. crim. n° 236, Dr. pénal 2016, comm. 153, Ph. Conte.

complicité par la jurisprudence :

- le prévenu, par sa seule présence, a apporté une caution morale ou un encouragement à l'auteur principal ;
- le prévenu, avant la commission de l'infraction, avait passé un accord avec l'auteur principal ;
- le prévenu avait, en raison de sa profession, le devoir ou le pouvoir d'agir.

Pour le professeur Salvage³⁷⁵ *“l'omission ou abstention se révèle punissable lorsque la loi édicte, à peine de sanction pénale, une obligation d'agir, comme par exemple l'obligation d'être juré ou celle de déclarer la naissance d'un enfant à l'état civil. En revanche, lorsqu'une infraction peut revêtir aussi bien la forme d'une action que d'une abstention - par exemple donner la mort à une personne peut consister en un acte positif ou dans le fait de la laisser intentionnellement mourir - l'abstention n'équivaut pas par principe à l'action (Poitiers, 20 nov. 1901 : D. 1902, 2, p. 81 : “on ne saurait, en effet, comprendre un délit de violence ou de voie de fait sans violence”* ”.

Selon Stéphanie Fournier, dans les exemples que l'on peut citer *“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”* ³⁷⁶.

b) L'abstention en droit pénal des affaires

Beaucoup plus fréquemment que ce qui vient d'être énoncé en droit pénal traditionnel, en matière d'abus de pouvoir ou d'abus de biens sociaux, et plus généralement de droit pénal des affaires, la chambre criminelle a développé une jurisprudence permettant d'admettre, dans certains cas, la complicité par abstention.

La jurisprudence fonderait la complicité par abstention sur l'inexécution d'un devoir de conseil qu'elle impose à certains professionnels. Les infractions d'abstention et d'omission sont nombreuses en droit pénal des sociétés, ce dernier tendant à imposer des règles positives de conduite. Plus spécifiquement, la doctrine observe que la jurisprudence est particulièrement sévère en matière de répression de la complicité des abus de biens sociaux.

La complicité offre la possibilité d'étendre les poursuites à des tiers, puisque l'incrimination d'abus de biens sociaux ne menace que les dirigeants . Elle autorise, dès lors, l'extension des poursuites à un salarié, un manager ou chef de service de l'entreprise ou bien un gérant démissionnaire, mais aussi à des professionnels extérieurs à l'entreprise, tels qu'un expert-comptable, un avocat ou un notaire.

Le délit d'abus de biens sociaux doit être caractérisé par une d'action en ce qui concerne les auteurs d'infractions , même si l'on peut noter l'existence de décisions retenant l'abstention . Pour autant,

³⁷⁵ Ph Salvage, Jurisclasseur LexisNexis, Synthèse - Responsabilité pénale des personnes physiques.

³⁷⁶ S. Fournier, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, v° Complicité, n° 80.

les règles générales applicables à la complicité ont vocation à s'appliquer, l'article 121-7 ne distinguant pas selon la nature de l'infraction principale.

La jurisprudence témoigne de nombreux exemples dans lesquels des professionnels sont qualifiés de complices.

A ainsi été admise la complicité de délit de fraude fiscale d'un expert-comptable ayant omis de vérifier et de redresser la comptabilité de son client³⁷⁷.

A été cassé l'arrêt écartant la complicité de banqueroute du banquier qui ne s'est pas opposé à un retrait de fonds³⁷⁸ :

“Ne justifie pas sa décision de relaxe du chef de complicité de banqueroute la cour d'appel qui constate que le banquier poursuivi de ce chef a notifié à une personne morale l'interdiction d'émettre des chèques, puis a laissé le dirigeant social virer des fonds sociaux sur un compte personnel sur lequel des chèques ont ensuite été émis en méconnaissance de l'article 65-4 du décret du 30 octobre 1935 modifié”³⁷⁹.

De même, a été admise la complicité de banqueroute à l'encontre d'un magistrat consulaire qui ne s'est pas opposé à un délit de malversation³⁸⁰.

Il a aussi été jugé que le dirigeant, qui s'abstient de réclamer à une autre société, dans laquelle il est intéressé, le paiement de livraisons, commet le délit d'abus des pouvoirs³⁸¹. La chambre criminelle a admis également que *“la négligence ou le défaut de surveillance”* peuvent être retenus au titre de l'abus de pouvoirs³⁸².

A été cassé un arrêt de relaxe d'un commissaire aux comptes et d'un expert-comptable qui, par la certification réitérée des comptes ou l'attestation de leur conformité, avaient pu permettre la poursuite d'escroqueries à la TVA³⁸³.

La complicité par abstention a été admise à l'encontre d'un notaire ayant, par une série de dissimulations concernant les hypothèques grevant un immeuble, facilité une escroquerie et un abus de biens sociaux :

“Si la complicité par aide et assistance ne peut s'induire d'une simple abstention et doit résulter de faits positifs, elle se trouve caractérisée en revanche en ce qui concerne le notaire d'une société propriétaire d'un immeuble grevé d'un passif hypothécaire, qui accepte que cette indication ne figure pas dans des documents

³⁷⁷ Crim., 15 janvier 1979, Bull n° 21.

³⁷⁸ Crim., 9 octobre 1989, Bull n° 343.

³⁷⁹ Crim., 9 oct. 1989, pourvoi n° 89-80.160, Bull. Crim. 1989, n° 343

³⁸⁰ Crim., 30 juin 1999, Bull crim n° 175.

³⁸¹ Crim., 15 mars 1972, Bull. crim. no 107, Rev. sociétés 1973. 357, note B. Bouloc.

³⁸² Crim., 16 janv. 1964, JCP 1964. II. 13612, note J. R. ; 19 déc. 1973, Bull. crim. n° 480, Rev. sociétés

1974. 363, note B. Bouloc

³⁸³ Crim., 25 févr. 2004, n° 03-81.173, Bull crim n° 53.

publicitaires ou son nom est cité, ne la mentionne pas au cahier des charges dont il est le rédacteur, qui dissimule cette circonstance aux acheteurs des parts de la société lors des actes passés à son étude et enfin qui, participant directement à la gestion de la société, laisse effectuer ou effectue des paiements au détriment des fonds sociaux ...”³⁸⁴.

Et pour le comportement passif de l’administrateur ou du membre du directoire sur lequel pèse une obligation professionnelle lui imposant une action ou une intervention et qui, par son inaction, laisse son président commettre l’infraction :

“Qu’en effet, si la complicité par aide et assistance ne peut s’induire d’une simple inaction ou abstention, elle se trouve en revanche caractérisée lorsque, comme en l’espèce, le demandeur, membre du directoire, ayant connaissance des abus de biens sociaux auxquels se livrait son président, a laissé les commettre, alors qu’il avait les moyens que lui donne la loi de s’y opposer”³⁸⁵.

Pour le banquier de la société, victime des abus, chargé de superviser le service des engagements de la banque qui, par son inaction, a permis des transferts anormaux de fonds :

“alors que la loi pénale est d’interprétation stricte; que la complicité par aide ou assistance ne peut s’induire d’une simple inaction ou abstention mais suppose un acte positif et que dès lors la cour d’appel ne pouvait, sans méconnaître les articles 111-4 et 121-7 du Code pénal, entrer en voie de condamnation du chef de complicité d’abus de crédit à l’encontre d’Antoine C... pour la raison essentielle qu’il ne s’était pas opposé aux infractions relevées par le tribunal à la charge de Joe B... et de Gilbert A... ; (...)

Attendu que les énonciations de l’arrêt attaqué mettent la Cour de Cassation en mesure de s’assurer que la cour d’appel, par des motifs exempts d’insuffisance ou de contradiction et répondant aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a caractérisé en tous ses éléments, notamment du point de vue de l’intention, la complicité du délit d’abus de biens sociaux dont elle a déclaré le prévenu coupable, et ainsi justifié l’allocation, au profit des parties civiles, des indemnités propres à réparer le préjudice découlant de cette infraction”³⁸⁶.

S’agissant d’un expert-comptable dont les écritures masquent des détournements de fonds sociaux :

“Attendu que, pour déclarer J...- Y... coupable de complicité des délits d’abus de biens sociaux, abus de confiance et banqueroute commis notamment par G... X..., dirigeant de plusieurs sociétés, les juges relèvent que le prévenu, expert-comptable de ces sociétés, a, en toute connaissance de cause, masqué les détournements des fonds sociaux par des écritures comptables consistant à inscrire les sommes prélevées sur des comptes d’attente, à établir des opérations fictives entre les sociétés ou à compenser les prélèvements par des avances en compte-courant diminuant ou annulant la dette du dirigeant ; qu’ils retiennent, par ailleurs, que Jean-

³⁸⁴ Crim., 10 avril 1975, pourvoi n° 74-92.826, Bull. Crim. 1975, n° 89

³⁸⁵ Crim., 28 mai 1980, reproduit dans les Grands arrêts du droit pénal général, p. 406.

³⁸⁶ Crim., 23 oct. 1997, pourvoi n° 96-84.617, NP.

Y... a, à plusieurs reprises, établi des procès-verbaux d'assemblées générales autorisant certaines des opérations reprochées ; que la cour d'appel énonce que ces actes, qui apparaissent non comme des faux mais seulement comme des "régularisations", constituent des actes de complicité ayant facilité la préparation ou la consommation des délits ;

Attendu qu'en cet état, et abstraction faite du motifs surabondant, critiqué par la troisième branche du moyen, la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués³⁸⁷.

Dans une autre affaire où un expert-comptable était encore mis en cause :

"Attendu que, pour déclarer M. L. coupable de complicité des abus de biens sociaux commis par les dirigeants des sociétés MSGA et Martin, l'arrêt énonce que la prévenue, expert-comptable de ces sociétés depuis 1980, a eu connaissance des détournements et des anomalies comptables les dissimulant et a omis d'émettre des réserves sur les conditions d'exercice de sa mission ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, dont il résulte que l'expert-comptable, en transcrivant systématiquement en comptabilité, des écritures dissimulant des délits qui se sont renouvelés pendant la période de la prévention, a, sciemment, par aide ou assistance, favorisé la préparation et la consommation des abus de biens sociaux poursuivis, la cour d'appel a justifié sa décision ;

Qu'ainsi, les moyens doivent être écartés³⁸⁸.

La complicité est parfois retenue au titre de la fourniture de moyens :

"Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans rechercher si le prévenu, 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'avait pas eu conscience de fournir à MM. R. et O., 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, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision³⁸⁹.

Il est aussi possible de rappeler un arrêt de la chambre criminelle, déjà évoqué, qui écarte des actes de complicité par abstention.

"Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans caractériser aucun acte positif antérieur ou concomitant à la réalisation de l'abus de biens sociaux et alors que, conformément à l'article 2 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 modifiée, l'expert comptable n'a fait que retranscrire fidèlement dans les écritures la réalité d'opérations qui mettaient en évidence les prélèvements opérés par le responsable de l'entreprise, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé³⁹⁰.

³⁸⁷ Crim., 19 mai 1999, n° 98-80.726, Bull. crim. n° 101, RSC 1999. 830, obs. J.-F. Renucci

³⁸⁸ Crim., 25 février 2009, pourvoi n° 08-80.314, NP.

³⁸⁹ Crim., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-87.363, NP.

³⁹⁰ Crim., 6 septembre 2000, n° 00-80.989, NP.

En matière d'abus de biens sociaux elle a jugé que *“l'usage abusif des biens ou du crédit peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire du dirigeant”*³⁹¹.

Doivent être déclarés coupables d'abus de biens sociaux, les dirigeants d'une SARL, également associés d'une SCI, qui ont procédé à des rétentions de sommes irrégulièrement perçues par la SCI (acomptes sur loyers non défalqués). Ces dirigeants devaient s'apercevoir de ce versement indu au plus tard le premier jour du trimestre suivant son existence et procéder immédiatement à la déduction correspondante de la facturation ou à un remboursement de l'indu³⁹².

A été admise la complicité d'abus de biens sociaux d'un dirigeant de banque pour avoir manqué à ses obligations d'information, d'analyse et d'appréciation, et pour s'être *“délibérément soustrait aux règles légales”* qui lui incombait en qualité de dirigeant³⁹³.

Selon le rédacteur de la fiche du Répertoire de droit pénal et de procédure pénale *“Ces condamnations font ressortir les conditions de qualification pénale d'une abstention. Il convient, d'une part, que l'abstention observée cause directement une perte indue à la société. C'est le cas pour l'abstention de réclamer le paiement d'une dette sociale (Crim. 15 mars 1972, préc.), ou pour celle de faire corriger une erreur bancaire préjudiciable à la société (Crim. 28 janv. 2004, préc.). Ces deux abstentions ont en elles-mêmes un effet préjudiciable, puisqu'elles causent une perte qui n'a pas de contrepartie (V. infra, nos 39 s.). 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”*.

Mais *“(…) il est impératif que cette matérialité corresponde aux critères de qualification de l'usage contraire à l'intérêt social. C'est ce qui explique que la Cour de cassation ait refusé d'appliquer l'abus de biens sociaux au dirigeant qui s'était abstenu de s'opposer aux abus commis par un autre dirigeant (Crim. 7 sept. 2005, n° 05-80.163, RSC 2006. 331, obs. D. Rebut). Son abstention n'était pas en elle-même préjudiciable pour la société, puisqu'il n'en résultait pas une perte indue pour celle-ci. Elle n'exposait pas davantage la société à un risque injustifié, de sorte qu'elle ne pouvait pas être qualifiée d'usage contraire à l'intérêt social en application de ce critère (V. infra, nos 56 s.). C'est l'abus commis par l'autre dirigeant qui constituait l'usage contraire à l'intérêt social et non l'abstention de s'opposer à cet abus”*.

³⁹¹ Crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Bull. Joly 2004. 861, note J.-F. Barbiéri, Rev. sociétés 2004. 722, note B. Bouloc, JCP E 2005, n° 20, p. 817, obs. Y. Muller.

³⁹² Crim., 28 janvier 2004, n° 02-88.094, Revue des sociétés 2004 p.722, note B. Bouloc, “L'abus de biens sociaux par abstention ?”, D. Rebut, “L'abus de biens sociaux par abstention” Dalloz 2005 p.1290.

³⁹³ Crim 14 janv. 2009, n° 08-82.106 ; Crim. 2 déc. 2009, n° 09-81.856.

L'abstention pour être sanctionnable, doit causer directement une perte indue à la société mais aussi être intentionnelle.

L'admission de la répression de la complicité par abstention en matière d'abus de biens sociaux n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. On peut se reporter aux travaux de MM. Maistre du Chambon, Salomon et de Mme Lepage³⁹⁴ sur l'évolution de la répression des abus de biens sociaux par abstention.

Voici ce qu'écrit Didier Rebut sous la décision du 7 septembre 2005³⁹⁵ :

“... il en résulte une application éminemment casuelle de l'abus de biens sociaux, laquelle devient certes inévitable dès lors que la définition judiciaire de ses éléments constitutifs l'a méthodiquement vidé de ses composantes objectives. C'est dans cette logique que s'inscrit la position récemment prise par la Chambre criminelle sur l'application de l'abus de biens sociaux aux abstentions. Elle supprime explicitement la dernière limite objective posée à la mise en oeuvre du délit. La poursuite des abstentions ne peut donc pas être contestée au seul motif de leur inadéquation à l'élément matériel de l'abus de biens sociaux. Leur répression devient là encore une question factuelle confiée aux juges du fond. Cette inscription cohérente dans la jurisprudence sur l'abus de biens sociaux ne suffit pas évidemment pour approuver une solution qui apparaît au contraire éminemment contestable. Car celle-ci ou bien s'oppose à la définition de son élément matériel ou bien modifie sa constitution matérielle.

...Créé à partir de l'abus de confiance, le délit d'abus de biens sociaux n'en reproduit pourtant pas les éléments constitutifs. C'est ainsi que le détournement n'en est pas l'élément matériel. Dans ces conditions, l'application commune de l'abus de confiance à des abstentions ne saurait être transposée à l'abus de biens sociaux (V. par exemple, Cass. crim. 8 nov. 1982, Bull. crim., n° 242). Celle-ci procède en effet de la définition du détournement dont on sait qu'il ne correspond pas à un fait déterminé. C'est ce qui explique qu'il puisse être indifféremment caractérisé par une action ou une abstention. Il suffit qu'il en ressorte un comportement de propriétaire de la part de son auteur et une atteinte portée aux droits d'autrui sur le bien (V. par exemple, Cass. crim. 15 mai 1968, Bull. crim., n° 155).

4 - Cette indétermination ne se retrouve pas dans l'élément matériel de l'abus de biens sociaux. Celui-ci est défini au moyen du terme “usage”, lequel a une signification positive marquée. Cette signification découle de sa définition littérale dont il ressort qu'il peut seulement s'agir d'une action. L'abstention semble même en être le contraire, laquelle suppose un non-usage. C'est précisément l'analyse que fait la doctrine, laquelle refuse traditionnellement que l'abus de biens sociaux puisse punir des abstentions ... C'est une analyse qui persiste très largement dans la doctrine contemporaine suivant laquelle l'abus de biens sociaux est ou, à tout le moins, devrait être un délit d'action³⁹⁶.

³⁹⁴ Droit pénal des affaires, LexisNexis, 4^{ème} éd, n° 767.

³⁹⁵ D. Rebut, art cit.

³⁹⁶ A. Vitu, op. cit., n° 985 ; J. Languier et P. Conte, Droit pénal des affaires, 11e éd., Armand Colin, 2004, n° 379 ; J.-H. Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, PUF, 2004, n° 294 ; M. Véron,

6 - Il est vrai que la Chambre criminelle a déjà caractérisé le délit d'abus de pouvoirs par une abstention. On sait qu'elle a considéré que le dirigeant qui s'abstenait de réclamer le paiement d'une créance sociale réalisait un abus de pouvoirs. Mais la solution n'a pas été répétée, ce qui pouvait permettre de s'interroger sur sa pérennité. Elle n'est d'ailleurs pas reproduite dans l'arrêt du 28 janvier 2004. Car celui-ci n'a pas caractérisé l'usage contraire à l'intérêt social par une abstention. L'abstention réprimée n'y est pas qualifiée d'usage. Cette qualification est peut-être apparue trop manifestement contraire à la définition même de l'usage. Aussi la chambre criminelle a-t-elle préféré ne pas assimiler une abstention à l'usage constitutif de l'élément matériel. Elle a choisi de la punir au titre d'un acte à l'origine de ce même usage. Ce faisant, elle a ajouté un élément matériel à l'abus de biens sociaux. Si elle ne s'est pas faite au prix d'une atteinte au principe de l'interprétation stricte, la répression d'une abstention a donné lieu à une violation du principe de la légalité, puisqu'il en ressort une modification substantielle de la constitution de l'abus de biens sociaux.

...

8 - De fait, l'arrêt du 28 janvier 2004 a approuvé la condamnation de dirigeants sur le fondement d'une abstention ayant consisté à ne pas empêcher une atteinte à l'intérêt social qu'ils n'avaient pas personnellement commise. Ils ont en effet été punis au motif qu'ils s'étaient abstenus d'empêcher une erreur d'écriture bancaire à laquelle ils n'avaient pris aucune part. C'est donc bien sur le fondement d'une abstention distincte de l'usage contraire à l'intérêt social qu'ils ont été condamnés pour abus de biens sociaux.

10 - A cet égard, il faut constater que l'arrêt du 28 janvier 2004 a expressément pris soin de réserver l'application de l'abus de biens sociaux aux seules abstentions volontaires ... C'est l'idée que l'assimilation n'est pas contestable quand elle porte sur une abstention dont la composition psychologique caractérise l'élément intentionnel du délit.

(...)

11 - Sans doute l'interdiction de la commission par omission est-elle judiciairement moins ferme que son compte-rendu doctrinal ne le donne à penser. De ce point de vue, la doctrine en exagère la force, laquelle a souvent cédé devant le souci de répression. Mais les atteintes qu'elle subit ne sont généralement pas explicites. Le juge pénal déforme l'abstention poursuivie pour l'analyser artificiellement comme une action. Ce n'est pas la voie suivie par l'arrêt du 28 janvier 2004 en matière d'abus de biens sociaux. La possibilité de son application à des abstentions ne s'est pas faite à travers une définition négative de son élément matériel mais par la modification de sa constitution à laquelle un élément matériel a été ajouté. Ce choix semble s'expliquer par la définition de l'usage, dont la forme résolument positive s'est au moins inconsciemment imposée aux juges. La chambre criminelle a préféré punir l'abstention distinctement de l'usage auquel elle ne l'a pas assimilé. Ce faisant, elle a créé une véritable infraction de commission par omission en réprimant une abstention d'empêcher un acte contraire à l'intérêt social''.

A propos de la même décision, Bernard Bouloc souligne :

Droit pénal des affaires, Armand Colin, 5e éd., 2004, n° 200. V. aussi B. Bouloc, note préc., Rev. sociétés 2004, p. 722.

“Certes, à la différence d’autres infractions concernant les biens (abus de confiance), la loi fait état d’un usage de biens contraire à l’intérêt social. Il n’est donc pas nécessaire d’établir une appropriation, ou une perte définitive, même si, le plus souvent, il y a appropriation de la part des dirigeants. Mais usage implique un acte positif. C’est ce qu’exprime une doctrine importante. Il est vrai que quelques auteurs estiment que l’usage pourrait résulter d’une omission d’agir, comme l’abstention pour un dirigeant social de réclamer à une autre société dans laquelle il était intéressé le paiement des livraisons faites à cette seconde société. Pour se prononcer ainsi, ces auteurs font état constamment d’un arrêt du 15 mai 1972. A vrai dire, cet arrêt a considéré qu’il ne s’agissait pas d’un abus de biens sociaux, mais d’un abus de pouvoirs de la part du dirigeant social. Or, autant on peut admettre qu’une personne puisse abuser de ses pouvoirs en ne réclamant pas une somme due par un tiers, avec qui le dirigeant a des liens particuliers, autant on ne peut dire que l’on fait usage de biens. Il aurait été préférable qu’une requalification soit faite, quand bien même, elle aurait eu peu d’incidence sur la sanction et le pourvoi”.

Le même auteur se montre également critique envers cette jurisprudence dans le Fascicule “Abus de biens sociaux”, figurant au *Répertoire de procédure pénale et de droit pénal*³⁹⁷: *“on ne peut que regretter que la chambre criminelle ait cru devoir, pour maintenir un arrêt ayant, par disqualification, retenu un abus de pouvoir à propos d’une non-réclamation à une société du paiement de livraisons, estimer que le comportement du prévenu constituait un usage des pouvoirs (Crim., 15 mars 1972, Bull. crim. n° 107 ; Rev. sociétés 1973. 357, note Bouloc)”.*

A propos d’une décision de cour d’appel ayant motivé la déclaration de culpabilité d’un dirigeant social pour ne pas s’être opposé à l’usage contraire à l’intérêt social commis par un autre dirigeant³⁹⁸, la chambre criminelle a cassé la décision : *“La chambre criminelle n’a certes pas cassé l’arrêt d’appel au motif qu’il avait caractérisé l’abus de biens sociaux par une abstention. Cette censure aurait évidemment été contradictoire de sa solution récente sur l’abus de biens sociaux par abstention. Sa cassation a été fondée sur l’exigence de participation personnelle à l’infraction que l’abstention retenue par la cour d’appel ne caractérisait pas. Car cette abstention ne coïncidait pas avec le fait reproché au directeur général. Or, c’est ce fait que la cour d’appel avait qualifié d’usage contraire à l’intérêt social. L’abstention retenue contre le président de la société constituait donc un fait distinct de celui qui était qualifié d’abus de biens sociaux. C’est pourquoi la chambre criminelle a pu, à juste titre, affirmer que l’abstention retenue contre le président de la société ne caractérisait pas sa participation personnelle au fait constitutif d’abus de biens sociaux. En effet, la commission d’un fait distinct de celui qui réalise une infraction n’établit pas, par hypothèse, la participation de son auteur à cette infraction, puisqu’il s’agit d’un autre fait A cet égard, la solution renseigne sur les conditions de qualification d’une abstention au titre du délit d’abus de biens sociaux. En ce sens, elle doit être mise en rapport avec l’arrêt du 28 janvier 2004 sur l’admission de l’abus de biens sociaux par abstention. Il ressort des deux décisions qu’une abstention n’est susceptible de réaliser*

³⁹⁷ “Abus de biens sociaux”, Bernard Bouloc, 2015.

³⁹⁸ Crim., 7 septembre 2005, n° 05-80.163, Rev. sociétés 2006, p. 149, note B. Bouloc, RSC 2006 p.331, obs. D. Rebut.

un délit d'abus de biens sociaux que si elle caractérise en elle-même l'usage contraire à l'intérêt social"³⁹⁹.

Dans un article intitulé "Le particularisme de l'action publique en droit pénal des affaires"⁴⁰⁰, M. Renaud Salomon écrit :

"On constate en droit pénal des affaires une nette tendance de la jurisprudence à imputer au complice des abstentions, malgré la lettre de l'article 121-7 du code pénal qui exige que la complicité se traduise par un acte positif, d'aide ou d'assistance. Est ainsi sanctionné le comportement passif de celui sur qui pèse une obligation professionnelle lui imposant une action ou une abstention et qui, par son inaction, laisse commettre l'infraction (V. M. Véron, Droit pénal des affaires : Dalloz, 7e éd., 2007, p. 9).

Tel sera notamment le cas du commissaire aux comptes, complice du délit d'information inexacte commis par le dirigeant social (Cass. crim., 15 janv. 1979 : JurisData n° 1979-798021 ; Bull. crim. 1979, n° 21) ou du membre du directoire, complice d'un abus de biens sociaux qu'il a laissé commettre par son président (Cass. crim., 28 mai 1980 : D. 1981, inf. rap., p. 137, obs. Roujou de Boubée – A. Vitu, La complicité par abstention : RSC 1990, p. 775)".

Dans son commentaire d'un arrêt du 22 sept. 2010⁴⁰¹, il écrit :

"Plus discutable, selon la doctrine, est la tendance de la jurisprudence à imputer au complice des abstentions, malgré la lettre de l'article 121-7 du code pénal qui exige que la complicité se traduise par un acte positif, d'aide ou d'assistance. En réalité, cette entorse au principe de légalité criminelle est plus apparent que réel, dans la mesure où est ici sanctionné le comportement passif de celui sur qui pèse une obligation professionnelle lui imposant une action ou une abstention et qui, par son inaction, laisse commettre l'infraction (M. Véron, "Droit pénal des affaires" : Dalloz 2007, 7e éd., p. 9). Tel sera notamment le cas de l'expert comptable, complice du délit d'information inexacte commis par le dirigeant social (Cass. crim., 15 janv. 1979, n° 78-90.394 : JurisData n° 1979-798021 ; Bull. crim. 1979, n° 21) ou du membre du directoire, complice d'un abus de biens sociaux qu'il a laissé commettre par son président (Cass. crim., 28 mai 1980 : D. 1981, inf. rap. p. 137, obs. G. Roujou de Boubée – A. Vitu, La complicité par abstention : Rev. sc. crim. 1990, p. 775)".

Il est enfin possible de citer plus longuement une décision rendue par l'assemblée plénière sur pourvoi d'un ancien ministre condamné par la Cour de justice de la République⁴⁰².

³⁹⁹ D. Rebut, art cit.

⁴⁰⁰ Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, septembre 2015, dossier 31.

⁴⁰¹ Cass. crim., 22 sept. 2010, n° 09-87.363.

⁴⁰² Ass. plén., 23 juillet 2010, pourvoi n° 10-85.505, Bull. crim. 2010, Ass. plén., n° 2.

L'un des moyens soulevés était ainsi libellé :

1/ ALORS QUE la complicité ne peut s'induire d'une simple abstention ; qu'en entrant en voie de condamnation contre M. P. des chefs de complicité d'abus de biens sociaux et complicité de recel d'abus de biens sociaux sans relever aucun acte positif caractérisant sa participation à la préparation ou à la consommation des délits d'abus de biens sociaux ou de recel dont elle l'a déclaré complice, la Cour de justice de la République a privé sa décision de base légale en violation des textes susvisés ;

2°/ ALORS QUE tout jugement doit comporter des motifs propres à justifier la décision ; qu'en affirmant que "sa proximité avec les divers auteurs des abus de biens sociaux ainsi que leurs bénéficiaires ne laisse pas de doute sur son implication dans le processus mis en place" alors que la proximité avec l'auteur de l'infraction ne suffit pas à établir une implication de l'intéressé dans les faits poursuivis, la Cour de justice de la République a privé sa décision de motifs en violation des textes susvisés ;

3°/ ALORS QUE pour entrer en voie de condamnation, les juges doivent relever l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction ; qu'en entrant en voie de condamnation contre M. P. du chef de complicité de recel d'abus de biens sociaux commis par J-J. G. alors que ce dernier a bénéficié d'un non-lieu du chef de recel d'abus de biens sociaux au motif que la preuve n'était pas rapportée, qu'il savait que les fonds investis par M. L. dans la société d'éditions du Quotidien du maire provenaient de commissions indues versées par la SOFREMI ou d'un crime ou d'un délit au sens de l'article 321-1 du code pénal (voir ordonnance de renvoi et de non-lieu partiel, p. 52 alinéa 9), la Cour de justice de la République a privé sa décision de base légale en violation des textes susvisés ;

4°/ ALORS QUE pour entrer en voie de condamnation, les juges doivent relever l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction ; qu'en déclarant M. P. coupable de complicité de recel d'abus de biens sociaux sans caractériser les actes par lesquels celui-ci aurait aidé les receleurs à bénéficier du produit des abus de biens sociaux incriminés, la Cour de justice de la République a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

5°/ ALORS QU'en tout état de cause, en entrant en voie de condamnation contre M. P. du chef de complicité de recel d'abus de biens sociaux alors qu'il n'entraîne pas dans les prérogatives de celui-ci de contrôler les activités de MM. P-P. P. et J-J G, la Cour de justice de la République a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

6°/ ALORS QU'en tout état de cause, un même fait ne peut entraîner une double déclaration de culpabilité ; qu'en fondant la déclaration de culpabilité de M. P. des chefs de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de recel d'abus de biens sociaux sur les mêmes faits, la Cour de justice de la République a violé les textes susvisés.

L'assemblée plénière a statué ainsi :

“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 ;

D’où il suit que le moyen doit être rejeté”.

5°) La motivation de la commission d’instruction

La qualification développée de l’infraction de complicité d’abus de biens sociaux a été notifiée ainsi à M. X... lors de sa mise en examen :

“pour avoir 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 1er 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”.

C’est cette qualification qui est reprise dans l’arrêt de renvoi.

La commission d’instruction précise dans son arrêt que lors de l’audience du 16 septembre 2019, *“dans le fil des observations faites par ses avocats dans leurs derniers courriers reçus par la commission d’instruction les 5 et 12 septembre 2019, et par leur voix, M. X... a fait valoir qu’il n’était pas démontré qu’il avait ordonné la “mise en place de rétro-commissions en marge des contrats d’armement, plus précisément:*

'qu'il ait effectivement et personnellement donné des instructions, en vue que soient commis ces prétendus abus de biens sociaux'(cf page 4 du premier courrier) et encore que n'était pas démontré, "que le Premier ministre connaissait l'existence d'un système de rétrocommissions, (il ne pouvait) en bénéficier en connaissance de cause" (ibid, page 14)'.

De larges extraits de la motivation de la commission d'instruction figurent supra C de ce même paragraphe.

Il convient ici de développer plus amplement les exemples d'arbitrage rendus par M. X..., visés par la commission d'instruction : contrat "Mouette" et contrat "Sawari II".

Il peut sembler en effet important de vérifier les éléments retenus par la commission d'instruction qui, si elle n'a pas limité les arbitrages en question à ces deux dossiers, les a donnés en exemple.

En ce qui concerne les faits retenus spécifiquement dans la qualification développée de mise en examen et de renvoi, rapportés plus haut, à savoir :

- l'arbitrage du 1^{er} décembre 1994 pour le contrat "Mouette",
- l'arbitrage du 22 octobre 1994 pour le contrat "Sawari II".

a) Arbitrage dit du 1^{er} décembre 1994

On trouve dans l'arrêt les éléments suivants :

"Dans une note rédigée par M. BH..., le 1er décembre 1994, celui-ci fait état d'instructions de Madame L..., conseiller économique du Premier ministre, de mettre en vigueur le contrat "ROH (Mouette)" (CJR, D2593, p. 33). M. BH... a confirmé avoir agi sur les instructions de Matignon (CJR, D2634). Le 14 décembre 1994, M. BH... proposait à son ministre de donner instruction au contrôleur financier de viser la lettre de garantie de l'État relative au contrat "Mouette" (CJR, D2593, p. 46). Il précisait que :

- les FCE représentaient 18% du contrat, soit 832 millions de francs,
- la garantie de la Coface était limitée à 7,5% des FCE,
- la garantie de l'État portait sur la différence, soit 485 millions de francs"⁴⁰³.

Dans son audition de témoin du 14 janvier 2013⁴⁰⁴, Madame BI... explique que le ministre du budget agissait sous les ordres du Premier ministre et que les décisions ont probablement été prises à cet échelon. Elle confirme que la direction du budget a dénoncé le caractère inhabituel de la situation du fait des "balourds"⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Arrêt de renvoi, page 92.

⁴⁰⁴ CJR D 2593 p. 4.

⁴⁰⁵ Page 8 de l'audition.

Dans son audition de témoin du 15 février 2013, M. BH..., membre du cabinet du ministre du budget confirme que sa note, mentionnée ci-dessus, est la résultante d'un arbitrage de Matignon qu'il leur fallait exécuter.

Il n'est pas directement fait référence à la personne de M. X...

Lors de l'audition de M. P... BH... par M. Van Ruymbeke, dans le cadre du dossier de droit commun, celui-ci a déclaré qu'il ressortait du document qu'on lui présentait qu'il demandait à son ministre d'exécuter un arbitrage de Matignon⁴⁰⁶. Il ne se souvenait plus des réunions de Matignon.

M. BJ..., entendu par le juge Van Ruymbeke⁴⁰⁷, était alors directeur du cabinet du ministre du budget. A propos de la note du 1^{er} décembre il déclarait : *“elle est probablement la résultante d'un appel du cabinet du Premier ministre, saisi par le cabinet du ministre de la défense (M.BK...) relative aux difficultés d'exécution du contrat Mouette dont la signature remontait à janvier 1994. Dans cette note, M BH... informe madame BI... de la position du cabinet du Premier ministre sur la mise en vigueur immédiate du contrat et sur la répartition de la charge de la garantie répartie entre la Coface et l'Etat.”*

Lors de son interrogatoire de première comparution, M. X... a indiqué qu'il ne se souvenait pas de cette question particulière et s'expliquerait sur cet arbitrage lorsqu'on lui montrerait les pièces.

Le rapporteur n'a pas trouvé dans les quatre interrogatoires menés par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République de question précise sur ce point.

La question a été posée à Mme A... L... mais elle a seulement répondu qu'elle n'avait aucune raison de mettre en cause les déclarations de M BH...⁴⁰⁸; c'est ce qu'elle avait déjà dit au juge Van Ruymbeke⁴⁰⁹.

b) Arbitrage d'octobre 1994, dossier “Sawari II”

On trouve, dans l'arrêt, les éléments suivants :

“En octobre 1994, où Matignon a rendu un arbitrage favorable aux balourds sans que la direction du Budget n'en soit informée alors qu'elle était directement concernée⁴¹⁰.”

(...) Sur l'arbitrage d'octobre 1994

a) L'arbitrage de MM. X... et Y... d'octobre 1994

⁴⁰⁶ CJR D. 2347 page 3.

⁴⁰⁷ CJR D. 2635 page 6.

⁴⁰⁸ CJR D. 3920/9.

⁴⁰⁹ CJR D. 2594 p 4.

⁴¹⁰ Arrêt de renvoi, page 93.

En octobre 1994, les négociations relatives au marché "Sawari II" entraient dans leur phase finale (le contrat a été signé le 19 novembre 1994).

Le 13 octobre 1994, M. Z... écrivait au Premier ministre, en insistant sur le fait qu'il fallait donner à l'offre de financement pour "Sawari II" une suite favorable (scellé SGG DEUX). Il indiquait avoir donné des instructions à M. I... pour qu'il reporte son rendez-vous avec le Prince Sultan dans l'attente du feu vert de Matignon qu'il sollicitait.

Le lendemain 14 octobre, la DREE émettait toutefois 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.

Le relais allait être pris par le cabinet du Premier ministre.

"J'étais conseiller pour les affaires économiques" (du Premier ministre), a expliqué Mme L... (CJR, D2594).

"J'avais au-dessus de moi AY... et Y... qui par ailleurs étaient ou sont devenus des amis. Le cabinet d'A... X... travaillait en équipe. J'avais été dans le passé conseiller technique auprès de M. X... quand il était ministre de l'Économie en 1987-1988 (...). Mon rôle (sur les contrats saoudiens et pakistanais) était identique quel que soit le contrat. Il était de réunir les arguments et/ou tes analyses des différents ministères concernés, d'en faire la synthèse et d'effectuer une proposition au Premier ministre ou à son directeur de cabinet'. Ces déclarations étaient en substance confirmées devant la commission d'instruction de la CJR (CJR, D3920).

Suite au courrier de M. Z... sollicitant des instructions, Mme L... rédigeait le 17 octobre 1994 une note à l'attention de M. Y... en ces termes (CJR, D2593, p.16) :

"L'évolution de ce dossier continue d'être préoccupante". [La note insiste sur la faiblesse des paiements intervenant les deux premières années (50 millions de francs)].

J'ajoute que dans le cas où les conditions du contrat seraient dévoilées à Riyad, pour cause de dissensions internes ou de représailles américaines, le Gouvernement serait accusé d'avoir conclu un "faux" contrat, comportant 20% de "frais commerciaux exceptionnels".

A la différence de son attitude lors des négociations des contrats Roh (Mouette), Shola et SLBS signés au début de cette année, Thomson ne paraît vouloir prendre aucun risque sur Sawari II. C'est-à-dire que l'écart de sous-financement - qui s'élèverait à plus de 2 milliards de francs - sera entièrement au risque du contribuable (exprimer ce risque en pourcentage du contrat comme le fait le ministre de la Défense n'a pas grand sens : c'est le montant du sous-financement et la durée de celui-ci qui expose le contribuable).

A supposer qu'une solution acceptable puisse être définie, je doute que M. I... puisse repartir à Ryad à la fin de cette semaine avec un mandat de négociation approuvé par le Premier ministre, mandat qui me paraît indispensable.

Pourtant, M. Y... allait délivrer ce mandat 5 jours plus tard en transmettant ses instructions à M. Q....

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**"

Mme L... a déclaré qu'elle avait transmis la note qu'elle avait rédigée à M. Y..., lequel l'avait transmise à M. X..., précisant que celui-ci en avait eu connaissance puisque c'est lui qui avait porté la mention manuscrite

:

"M. Y... me faire des propositions svp. EB" M. Y... a confirmé en avoir référé à M. X... qui avait accepté la proposition de M. Z....

Ré-entendue par la commission d'instruction de la CJR, Mme L... a indiqué : "(M.X...) n'avait pas à avoir une connaissance précise de l'instruction des dossiers. Il n'a été saisi que d'un sujet, concernant "Sawari II", les négociations aboutissant dans un premier temps à un résultat non satisfaisant, d'où la mention : "M. Y... me faire des propositions" et encore: "Dans le cas d'A... X..., aux finances, comme à Matignon, il existait une délégation très claire à son directeur de cabinet. Il y avait un fonctionnement réactif et très harmonieux, donc sans hésitation, du directeur de cabinet sur le point de savoir s'il devait ou non saisir ou pas le Premier ministre"(CJR, D3920, p. 14).

Cinq jours plus tard, le 22 octobre 1994, M. Y... adressait donc 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.

M. Y... a expliqué que M. Q... était, dans l'ordre hiérarchique, le numéro un du cabinet.

Cette instruction de M. Y... valide le sous-financement et donc les balourds en ces termes :

"Le découvert maximum garanti sur dépenses éligibles, y compris frais financiers, sera de 1.812 millions de francs pour 3 frégates et de 1.542 millions de francs pour deux frégates".

Une note établie un mois plus tard (le 22 novembre 1994) (CJR, D2593, p.42) par le directeur du Budget, Mme. AF..., à l'attention de son ministre, fait état du contrat "Sawari II" et des difficultés liées à un sous-financement global important au mois 45 (d'exécution du contrat). Il est question du sous-financement de 1.542.000.000 de francs pour la livraison de deux frégates validé par Matignon".

Et plus loin, dans le même arrêt :

"Enfin, par son arbitrage du 22 octobre 1994, M. Y... a validé le sous-financement du contrat "Sawari II" dans les termes suivants : "Le découvert maximum garanti sur dépenses exigibles, y compris frais financiers, sera de 1 812 millions de francs pour 3 frégates et de 1 542 millions de francs pour 2 frégates" (CJR, D2593, p. 18). Le 22 novembre 1994 (CJR, D2593, p. 42, D2348, D2635), le directeur du Budget a écrit à son ministre que ces problèmes de sous-financement ont été soumis à l'arbitrage du directeur de cabinet du Premier ministre adressé aux seuls chargés de mission auprès du ministre de la Défense et directeur de cabinet du ministre de l'Économie (...) regrettant qu' "une affaire susceptible d'entraîner un risque budgétaire de cette importance n'ait pas été traitée selon les procédures interministérielles habituelles"⁴¹¹".

Lors de son premier interrogatoire au fond du 4 mai 2018, les juges ont posé à M. X... la question : "Vous confirmez donc avoir participé ou avoir été informé de ces "ultimes arbitrages" en ce qui concerne un ou plusieurs contrats dont il est question aujourd'hui". Il a répondu : "Oui. Je ne suis pas en mesure de préciser lesquels"⁴¹².

⁴¹¹ Arrêt de renvoi, page 260.

⁴¹² CJR D 3839/12.

Il ajoute (page 13) : *“je n’ai jamais donné quelque instruction, je n’en donnais pas pour les frais commerciaux exceptionnels. Je n’allais pas en donner pour des éventuelles rétro-commissions”*.

Au cours de son interrogatoire du 5 juin 2018⁴¹³ il a déclaré : *“Y-a-t-il la moindre preuve que je me soit prononcé sur l’existence de commissions, leurs montants, sur leurs destinataires ou un éventuel changement de destinataires et leurs bénéficiaires, sur l’éventuelle existence de rétro-commissions ? Je ne m’en suis jamais occupé”*.

⁴¹³ CJR D 3854/7.

F) Le recel

M. X... étant également renvoyé pour recel d'abus de biens sociaux, et contestant principalement l'élément moral de cette infraction, on peut rappeler ici certains des principes applicables en la matière.

On trouve dans la fiche du *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, par de Maistre du Chambon, les éléments suivants :

“En plus du désir de recevoir la chose et la connaissance de la réception, il faut, pour que le recel soit constitué, que son auteur sache que la chose provient d'un crime ou d'un délit. La constatation de la mauvaise foi est nécessaire (Crim. 5 oct. 1954, Bull. crim. n° 284 ; Crim. 28 nov. 1957, Bull. crim. n° 786 ; Crim. 6 juill. 1960, JCP 1960. IV. 135, et Crim. 25 juill. 1960, JCP 1960. IV. 142 ; Crim. 30 oct. 1962, Bull. crim. n° 298 ; Crim. 11 févr. 1964, Bull. crim. n° 46, D. 1964, somm. 72, JCP 1964. IV. 46 ; Crim. 3 oct. 1967, Bull. crim. n° 239 ; Crim. 12 mai 1970, Bull. crim. n° 236, JCP 1970. IV. 176 ; Crim. 9 mai 1974, Bull. crim. n° 170, D. 1974, IR 151, Gaz. Pal. 1975. 1. 66, JCP 1974. IV. 234 ; Crim. 5 oct. 1977, Bull. crim. n° 290 ; Crim. 17 oct. 1983, JCP 1983. IV. 359). Les juges, à peine de cassation, ne peuvent pas se contenter d'affirmer que le prévenu “savait qu'il se livrait à une opération irrégulière” sur des lingots “d'origine suspecte” (Crim. 7 nov. 1990, n° 89-86.041, Dr. pénal 1991. Comm. 77, obs. M. Véron). Mais il n'existe pas de formule sacramentelle (Crim. 27 oct. 1916, DP 1920. 1. 92 ; Crim. 30 juill. 1920, Bull. crim. n° 347 ; Crim. 27 déc. 1924, Bull. crim. n° 427), et il suffit d'une référence aux motifs très détaillés des premiers juges (Crim. 26 mars 1957, Bull. crim. n° 287). En cas de doute sur la connaissance de la provenance frauduleuse, les juges devront nécessairement relaxer (Crim. 25 juill. 1960, JCP 1960. IV. 142 ; Crim. 16 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. Somm. 105, RSC 1984. 517, obs. P. Bouzat ; Dijon, 27 mars 1998, BICC 1999, n° 213). Tel sera, par exemple, le cas pour une prévenue prise en auto-stop avec son ami par le conducteur d'une automobile volée (Paris, 26 juin 1985, Juris-Data, n° 025 055). Encourt également la cassation l'arrêt rendu à l'occasion d'une poursuite pour vol aggravé qui, pour déclarer les prévenus coupables de recel de vols aggravés, se borne à énoncer qu'ils ont eu connaissance de l'origine frauduleuse des objets qu'ils détenaient, sans préciser s'ils avaient eu également connaissance des circonstances aggravantes ayant accompagné les infractions ayant servi à procurer les objets volés (Crim. 4 juill. 1990, no 89-84.958, inédit).

Les exemples sont nombreux de personnes qui, n'ayant pu ignorer l'origine frauduleuse de la chose détenue ou du profit retiré, se trouvent poursuivies pour recel. Est ainsi légitime la condamnation de celui qui détient de mauvaise foi des faux documents (Crim. 12 mai 1970, Bull. crim. n° 236), comme est justifiée celle d'un prévenu qui détient à son domicile des cachets, sceaux et tampons contrefaits que ce dernier savait obtenus à l'aide du délit de contrefaçon (V. Crim. 15 oct. 1979, D. 1980, IR 131), ou encore du conseil juridique qui, sachant qu'une société est en état de cessation des paiements, accepte de recevoir de cette société des émoluments en pleine connaissance de ce que les fonds reçus ont été obtenus à l'aide d'un délit assimilé à la banqueroute (Crim. 1er oct. 1980, Bull. crim. n° 243). Sont pareillement justifiées les condamnations du prévenu qui s'approprie en connaissance de cause des actions dont la valeur patrimoniale se trouve améliorée par l'incorporation d'actifs provenant d'abus de biens sociaux connus de lui (Crim. 3 mai 1982, Bull. crim.

n° 110), ou du conservateur d'un musée qui achète des antiquités qu'il sait provenir de fouilles irrégulières et de vols commis dans des tombes (Crim. 2 avr. 1998, JCP 1998. IV. 3475).

Mais la mauvaise foi peut s'induire de l'ensemble des constatations de fait, appréciées souverainement par les juges du fond, notamment lorsque, par exemple, le prévenu a donné des indications mensongères sur la source de la chose recelée et n'a pu fournir une explication satisfaisante de son origine (Crim. 8 déc. 1933, Bull. crim. n° 232 ; Crim. 12 avr. 1934, Gaz. Pal. 1934. 1. 1002 ; V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 6, Sirey, p. 635). Les exemples fourmillent de ces prévenus qui mettent en avant une prétendue naïveté pour tenter de se dédouaner de leur responsabilité. Mais quel homme raisonnable peut espérer être entendu par le juge alors qu'il a négocié dans un café avec un inconnu l'achat de 180 litres d'huile dans des conditions avantageuses, sans éprouver quelque réserve sur l'origine du produit (T. corr. Seine, 13 nov. 1947, RSC 1948. 113), ou qu'il a acheté des objets de valeur à des personnes présentant l'aspect de nomades (Crim. 19 déc. 1989, Dr. pénal 1990. Comm. 196, obs. M. Véron). Très fréquemment, c'est une acquisition à vil prix (pour des objets de valeur achetés à vil prix tels que des bijoux, V. Crim. 4 avr. 1962, Bull. crim. n° 163 ; Crim. 12 déc. 1989, n° 89-81.448) ou à un prix anormalement bas qui, selon la Cour de cassation "n'a pu manquer d'avertir le prévenu du caractère frauduleux de l'opération" (Crim., 4 avr. 1962, préc.). Tel est le cas d'une acquisition à un prix modique de matériel étranger à l'activité professionnelle du fournisseur (Crim. 19 déc. 1992, Dr. pénal 1993. Comm. 132) ou de travaux effectués pour le compte d'un élu, notoirement sous-évalués (Crim. 14 mai 2003, Bull. crim. n° 97, D. 2004, somm. 319, obs. M. Segonds). La dissimulation d'une chose (Crim. 22 mai 1997, n° 96-82.080 , Bull. crim. n° 201), l'absence de factures (Crim. 30 oct. 1962, Bull. crim. n° 298) ou le paiement en espèces, parfois (Crim. 24 nov. 1992, n° 90-87.751 , Dr. pénal 1993. Comm. 85) sont autant de circonstances sur lesquelles le juge peut asseoir son appréciation. Toutes ces solutions s'expliquent moins par la consécration de présomptions de fait, opérant un véritable renversement de la charge de la preuve en obligeant le prévenu à prouver son ignorance, bref sa bonne foi, que par l'application du principe de l'intime conviction qui permet aux juges d'apprécier souverainement la portée des preuves débattues devant lui. Ainsi, peut-il, à l'inverse, conclure à la bonne foi du prévenu en présence d'un comportement pourtant suspect (Grenoble, 6 avr. 2005, JCP 2005. IV. 3378), fournissant de fait la preuve, si besoin était, que le doute doit bénéficier au prévenu qui devra, en principe, être relaxé en l'absence de certitudes sur l'origine frauduleuse de la chose ou du profit (Crim. 3 déc. 1984, Bull. crim. n° 381, RSC 1985. 820, obs. P. Bouzat). La jurisprudence fait parfois preuve d'une sévérité particulière lorsqu'elle se contente de relever à propos des objets litigieux que le prévenu "se doutait bien qu'ils avaient été volés" (Crim. 21 oct. 1991, n° 90-86.024 , Gaz. Pal. 1992. 1. Somm. 172). Mais assimiler le doute à la certitude conduit insensiblement à confondre imprudence et intention.

55. *Présomptions.* - La jurisprudence s'appuie sur de véritables présomptions de fait, opérant ainsi un véritable renversement de la charge de la preuve en obligeant la personne poursuivie pour recel à établir sa bonne foi. Ces présomptions de fait ne doivent pas être confondues avec les présomptions légales semblables à celles contenues dans l'article 321-6 du code pénal qui consacre une double présomption : de l'élément matériel d'une part, et de l'élément intentionnel d'autre part. Est ainsi présumé de mauvaise foi celui qui, étant en relations habituelles avec des personnes, lesquelles soit se livrent à la commission d'infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement, soit sont les victimes de ces infractions, ne peut justifier de

ressources correspondant à son train de vie (C. pén., art. 321-6, mod. par L. no 2006-64 du 23 janv. 2006, art. 24 ; V. supra, no 2). La personne visée par le texte commet une infraction assimilée au recel. Cette incrimination, longtemps circonscrite aux personnes qui avaient autorité sur mineurs délinquants et qui profitaient de leur activité criminelle, a été étendue à toute personne qui vit de la délinquance d'autrui ou qui en est l'instigatrice et qui ne peut être appréhendée sur le fondement de la complicité. Il s'agit, selon la volonté du législateur, de pouvoir lutter plus efficacement contre l'économie souterraine (sic). Cette présomption de connaissance de l'origine frauduleuse des biens ou des ressources ainsi obtenus, bien que contraire à la présomption d'innocence, n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sous la triple condition qu'elle prenne en compte la gravité de l'enjeu (Crim. 30 janv. 1989, Bull. crim. n° 285), qu'il soit possible d'en apporter la preuve contraire et que les droits de la défense soient assurés (Crim. 6 nov. 1991, Bull. crim. n° 397, RSC 1993. 97, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; V. égal. CEDH, 7 oct. 1988, Salabakiu, RSC 1989. 167, obs. L.-E. Pettiti ; CEDH 25 sept. 1992, Pham Hoang, JCP 1993. I. 3654, n° 15, obs. F. Sudre). Le prévenu peut donc échapper à la répression en justifiant des ressources correspondant à son train de vie. Mais, pour éviter que ces mêmes personnes trouvent trop facilement les moyens de justifier de leurs ressources, l'alinéa 2 de l'article 321-6 incrimine le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour les personnes visées à l'alinéa 1er (en matière de proxénétisme, rapp. art. 225-6, 2°).

56. Contenu de la connaissance - S'agissant du contenu de la connaissance et de son degré de précision, il y a lieu d'opérer la distinction suivante : en présence d'un recel qui trouve sa source dans une infraction, peu importe qu'elle soit ou non punie de peines plus sévères que celles prévues pour le recel simple, la seule connaissance que la chose a été enlevée, détournée ou obtenue à l'aide d'un crime ou d'un délit suffit. Il n'est pas utile que le prévenu ait eu une connaissance précise de la qualification de l'infraction, des circonstances de temps, de lieu, d'exécution, de la personne de l'auteur de l'infraction d'origine ou de celle la victime (Crim. 6 déc. 1966, JCP 1967. IV. 7 ; Crim. 22 avr. 1977, Bull. crim. n° 131, D. 1977, IR 348, obs. H. Charles ; Crim. 29 mai 1980, Albérola, inédit ; Crim. 31 mars 1981, Bull. crim. n° 112 ; Crim. 13 mai 1991, n° 90-83.520, Bull. crim. n° 200 ; Crim. 28 mars 1996, Bull. crim. n° 142, JCP 1996. IV. 1574, Dr. pénal 1996. Comm. 218, obs. M. Véron, RSC 1997. 101, obs. B. Bouloc ; Crim. 16 déc. 1997, n° 96-82.509, Bull. crim. n° 428, JCP 1997. IV. 1876, Dr. pénal 1998. Comm. 51, obs. M. Véron).

L'assemblée plénière devra exercer, sur ce cinquième moyen, le contrôle dont la nature a été spécifiée plus haut.
