

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 1^{er} juillet 2016 à 14 heures

Pourvoi n° H16-80.133

Décision attaquée : Arrêt de la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République en date du 17 décembre 2015

Demandeur : Madame Christine X... née R...
SCP Bénabent et Jéhannin

Conseiller rapporteur : Mme Dominique Durin-Karsenty

Premier avocat général : M. François Cordier

AVIS

de Monsieur le premier avocat général

François CORDIER

I/ Présentation des faits et de leur contexte :

-La cession de la participation dans la société Adidas par le Groupe Tapie et la mise en liquidation de celui-ci ainsi que des époux Y... :

La société en nom collectif Groupe Bernard Tapie (GBT), avec pour associés M Bernard Y... et son épouse Dominique J..., était actionnaire de la société anonyme Bernard Tapie Finance (BTF) société associée majoritaire de la société à responsabilité limitée de droit allemand BTF GmbH, par l'intermédiaire de laquelle elle avait acquis, en juillet 1990 et janvier 1991, 78% du capital de la société Adidas pour le prix de 1 milliard 386 millions de francs. Cet achat avait été financé en totalité par les banques dont 30% par la Société de Banque Occidentale (SDBO), filiale du crédit lyonnais. Les prêts à courts termes étaient remboursables en deux échéances, en août 1991 et décembre 1992.

A la suite d'une première opération de restructuration du groupe pour faire face aux échéances, puis, d'une tentative avortée de vente de l'ensemble des participations dans la société Adidas à une société concurrente, le groupe britannique Pentland qui renonçait finalement, suite à un audit mettant en évidence la dégradation continue des comptes d'Adidas, M. Y... prenait la décision de racheter, avec le soutien de la SDBO, les 20% du capital de BTF GmbH qu'il avait précédemment cédés à cette dernière société. Son groupe se trouvait alors dans une situation de grande fragilité, les commissaires aux comptes ayant déclenché deux procédures d'alerte en 1992, respectivement en mars et novembre.

C'est dans ces conditions que Bernard Y... qui, par ailleurs, avait été nommé ministre de la Ville, une première fois, en avril¹ puis, en décembre 1992², décidait de la cession par la société de BTF SA de la totalité de ses parts représentant 78% de la société BTF GmbH. Un mémorandum était conclu le 10 décembre avec la SDBO qui actait le principe de cette cession, les modalités principales de restructuration du groupe Bernard Tapie et de son endettement après cette vente.

Le prix de la cession devait notamment être affecté au paiement des sommes dues à la société SDBO par les sociétés GBT et BTF SA au titre du concours de cette banque à l'achat des participations dans la société Adidas. Le mémorandum prévoyait également la fusion de l'ensemble des sociétés du groupe Tapie, la prise en charge par cette nouvelle entité des crédits précédemment consentis à celles-ci par la SDBO et, pour ce faire, la vente d'entreprises jusque là contrôlées par BTF SA.

Le 16 décembre 2012, les sociétés GBT et BTF SA se sont irrévocablement engagées, en particulier, à céder au plus tard le 15 février 1993 et, à première demande de la SDBO, la totalité des parts de capital de BTF GmbH représentant 78% du capital ainsi qu'une action d'Adidas AG, cette cession devant intervenir au prix de 2.085.000.000 francs.

Le même jour BTF SA consentait à la SDBO "un mandat irrévocable" d'agir en son nom et compte aux fins de solliciter les acquéreurs et de recevoir le prix. La SDBO acceptait ce mandat.

¹Démission le 23 mai suivant.

²Jusqu'au 28 mars 1993, date de fin de ce gouvernement.

Le 12 février 1993, la participation dans la société Adidas était cédée à un groupe d'investisseurs financiers, dont la société Rice SA (contrôlée par M. Robert Z...) pour 15%, la société Clinvest filiale du Crédit Lyonnais déjà propriétaire de 10%, de sociétés contrôlées par le groupe AGF et de trois autres sociétés : Omega pour 19,9%, Coatbridge pour 15% et Matinvest pour 3%. Un actionnaire minoritaire de BTF GmbH, la société EFC propriétaire de 5%, acquérait quant à lui 3% des parts.

À l'exception de celles réalisées par les sociétés du groupe AGF, ces acquisitions étaient financées par des prêts à "recours limité" consentis par le Crédit Lyonnais au taux annuel de 0,5% remboursables en une fois au plus tard le 31 décembre 1997. Les risques de l'opération étaient transférés au Crédit Lyonnais qui, en cas de revente à perte, constatait l'extinction de l'obligation de remboursement, alors qu'en cas de bénéfice le crédit lyonnais percevait 2/3 de la plus value. Le financement d'une recapitalisation de la société Adidas à hauteur de 79 millions d'euros était également décidé.

Le jour même de la cession d'Adidas, cet ensemble d'investisseurs consentait à M. Z... une option d'achat valable jusqu'au 31 décembre 1994 portant sur la totalité des actions Adidas par l'ensemble des actionnaires pour un prix de 4 milliards 650 millions de francs, soit 3milliards 498 millions de francs pour les 78% que détenait BTF SA dans Adidas.

M. Z...³ levait l'option le 22 décembre 1994, le Crédit Lyonnais était remboursé et percevait, en rémunération de ses risques, sa part sur les plus values réalisées.

Au cours de l'année 1994, les époux Y... et le groupe Crédit Lyonnais avaient décidé de mettre un terme à leurs relations et un protocole devait être signé le 13 mars qui, toutefois, était dénoncé par la banque dès le 17 mai suivant, faute pour les époux Y... d'avoir justifié en temps voulu de la valeur de leur mobilier et oeuvres d'art.

Vers la fin de l'année, l'ensemble des sociétés du groupe Tapie⁴ ne pouvant faire face à leurs engagements était mis en règlement judiciaire puis, en liquidation. Il en était de même des époux Y... La confusion des patrimoines était ordonnée le 31 mai 1995.

*

-Les actions judiciaires engagées par les mandataires judiciaires contre le Crédit Lyonnais et le Consortium de réalisation, en particulier, en ce qui concerne la cession de la participation, dans la société Adidas

Les mandataires judiciaires ont engagé plusieurs actions à l'encontre du Crédit Lyonnais, de la SDBO, de la société Clinvest, notamment, en responsabilité pour soutien abusif des sociétés du groupe Bernard Tapie, pour manquements lors de l'exécution du mandat qui avait été consenti à la société SDBO pour vendre la participation dans la société Adidas :

- manquement à l'obligation de conseil,
- violation de l'interdiction de se porter contrepartie pour le mandataire,
- accord conclu dès l'origine pour capter la plus-value de la cession.

Ces actions se sont poursuivies contre le Crédit Lyonnais mais aussi, la Société anonyme Consortium de Réalisation (CDR) ou ses filiales mises en place afin d'organiser le cantonnement puis, la défaisance des actifs douteux de cette banque.

³L'acquisition était faite par l'intermédiaire de la société SOGEDIM constituée par Robert Z... à cet effet et financée par un prêt du Crédit Lyonnais à hauteur de 1.110.000.000 DM et de 190.000.000DM pour le solde par la société Phénix (arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005, page 14)

⁴Les sociétés GTB, FIBT, BTF SA ainsi que Bernard Tapie Gestion mais aussi la société ACT. Seule la société BTF SA a pu bénéficier d'un plan de continuation et devenir la société Compagnie européenne de Distribution et de Pesage (CEDP)

En effet, à la suite de choix discutables et de financements hasardeux, le Crédit Lyonnais s'était retrouvé en difficulté à partir de 1993.

Le 5 avril 1995, un protocole avait été signé entre l'Etat et le Crédit Lyonnais relatif à la cession d'actifs douteux, suivi de plusieurs avenants qui comprenaient des dispositions spéciales quant "aux risques non chiffrables" résultant de l'issue de procédures contentieuses.

La défaillance des actifs et créances douteux du Crédit Lyonnais était organisée par une loi 95-1251 du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs, complétée par un décret d'application du 22 décembre 1995.

Le dispositif comprenait la mise en place d'un Etablissement Public de Financement et de Restructuration (EPFR) et du Consortium de Réalisation (créances), société commerciale de droit privé.

Le CDR, société de cantonnement, a acquis pour 135 milliards d'actifs nets composés d'une part d'actifs considérés comme compromis, d'autre part du portefeuille à risque industriel et commercial du Crédit Lyonnais. Cette société était filiale du Crédit Lyonnais jusqu'à sa privatisation en 1999. A compter de celle-ci, l'EPFR en est devenu l'actionnaire unique. Le CDR a été composé de plusieurs filiales selon les actifs à gérer, CDR Créances, CDR participations, entreprises, immobilier, Finance. Le CDR a pour objet de procéder à la liquidation dans les meilleures conditions de ces actifs.

Le financement du CDR a été réalisé par un prêt accordé par l'EPFR qui s'est lui-même financé auprès du Crédit Lyonnais. Il perçoit des remboursements de la part du CDR résultant de la cession des actifs. L'Etat est le garant illimité des dettes de l'EPFR qui résultent des frais généraux du CDR et des moins values sur les ventes réalisées par cette société.

On ajoutera que, lors de la privatisation de la banque en 1999, le ministre chargé de l'économie a fait savoir, tant au CDR qu'au Crédit Lyonnais, par un courrier du 17 mars 1999, que le "contentieux Adidas" s'inscrivait dans "les risques non chiffrables" évoqués, ci-dessus, et relevait de la garantie de l'Etat. Toutefois, le Crédit Lyonnais avait accédé à la demande de l'Etat de garantir à hauteur de 12 millions d'euros une éventuelle condamnation.

Après qu'il a été sursis à statuer en raison de la procédure pénale en cours pour banqueroute frauduleuse, complicité et qu'une médiation a été tentée, les procédures engagées par les liquidateurs contre le Crédit Lyonnais et le CDR devaient aboutir dans un premier temps à l'arrêt de la 3^{ème} chambre de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005.

Cet arrêt avait notamment :

-déclaré les mandataires liquidateurs des sociétés GBT, ACT, FIBT et BTG recevables en leur action, non pour demander la plus value résultant de la vente Adidas dont ils auraient été privés, mais à raison de l'exécution fautive du contrat de mandat du 16 décembre 2012 ainsi que du mémorandum du 10 décembre 2012 auquel le mandat de vente donné à la SDBO est lié de manière indissociable, cet acte stipulant que le prix de la vente devait être en priorité affecté au paiement des sommes dues à la banque par GBT et BTF qui avaient contribué à l'acquisition d'Adidas ;

-jugé que les sociétés Crédit Lyonnais, Clinvest et la SDBO étaient toutes trois obligées par le contrat de mandat ;

-jugé que les conventions de prêt à recours limité consenties par le Crédit Lyonnais à la plupart des acquéreurs des parts d'Adidas constituaient une opération de portage et constaté, en outre, que la banque avait acquis, par personne interposée, au travers de sa filiale Clinvest qui disposait déjà de 10% des parts d'Adidas, 9,9% supplémentaires ;

-dit que les banques avaient manqué à leur obligation de loyauté et de transparence en n'informant pas M. Y..., "*client bénéficiant d'une aide financière considérable*

et constante depuis 1977" qu'un repreneur avait été contacté, prêt éventuellement, à acheter à terme pour un montant de 4.485 000. 000Fr et que le crédit Lyonnais agréait à soutenir cette opération à l'aide de prêts à recours limité.

La cour d'appel a estimé, ainsi que le soutenaient les mandataires liquidateurs, que les 78% du capital d'Adidas auraient pu être cédés directement à Robert Z... en décembre 1994 si la banque avait respecté ses obligations de banquier mandataire en proposant le financement constitué par les prêts à recours limité au Groupe Tapie de sorte que la plus value serait revenue pour 1/3 à celui-ci.

La cour d'appel estimait que la perte de chance était équivalente au tiers actualisé de la différence entre le prix d'acquisition par Robert Z... et celui de la cession par le groupe Tapie soit 135.000 000€.

La cour condamnait donc le Crédit Lyonnais et le CDR Créances à acquitter cette somme aux mandataires liquidateurs, disait que le préjudice moral de Bernard Y... était également réparé par l'octroi de cette somme, les mandataires liquidateurs ayant limité leur demande à ce titre à 1€. La cour réservait les demandes relatives au préjudice à raison de la liquidation judiciaire des entités représentées par les mandataires liquidateurs ainsi qu'à l'incidence fiscale.

Par un arrêt rectificatif du 28 avril 2006, la cour d'appel, si elle modifiait certains des chiffres figurant dans l'arrêt, ne faisait pas droit à la demande en rectification d'erreur matérielle des mandataires liquidateurs qui estimaient que le mode de calcul retenu devait parvenir à un résultat de 145 171 213€.

*

Sur pourvois tant du Crédit Lyonnais que de la société CDR Créances, par arrêt du 9 octobre 2006, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que :

-les mandataires étaient recevables à solliciter la réparation du préjudice personnel, propre à la société GBT, distinct de son préjudice d'actionnaire de BTF et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites les 10 décembre 2012, -mémoire qui prévoyait d'affecter une partie des fonds résultant de la cession d'Adidas à l'apurement des dettes de la société GBT - et 16 décembre 2012 - mise en oeuvre de ce mémoire en donnant mission à la SDBO de rechercher un acquéreur de ces parts. La cour estimait que dans cette mesure et, abstraction faite du bien fondé de leurs prétentions indifférentes à ce stade, les mandataires liquidateurs avaient un intérêt à agir contre les établissements de crédit.

-Les mandataires liquidateurs ayant agi sur le seul fondement de la responsabilité contractuelle, la cour qui avait, pour retenir la responsabilité du Crédit Lyonnais, jugé que celui-ci était obligé par le mandat, n'avait pas donné de base légale à sa décision, dès lors d'une part, qu'il était établi que la SDBO, seule société de crédit avec laquelle les sociétés GBT, FIBT et BTF Sa avaient traité pour l'opération considérée de cession des parts d'Adidas, était une personne morale distincte, dont il n'était ni prétendu qu'elle aurait été fictive, ni que son patrimoine se serait confondu avec celui de sa maison mère, d'autre part que les motifs qu'elle retenait étaient impropres à faire apparaître que l'immixtion du Crédit Lyonnais dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale avait été de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à leur permettre de croire légitimement que cet établissement était aussi leur cocontractant, ce dont elle aurait alors pu déduire que ce dernier était obligé par un mandat auquel il n'avait pas été partie.

-la cour ne pouvait sans violer les dispositions des articles 1134 et 1147 du code civil retenir que le crédit lyonnais avait manqué à ses obligations de banquier mandataire en s'abstenant de proposer au groupe Tapie le financement constitué par des prêts à recours limité qu'il avait octroyés à certains des cessionnaires des participations, " *alors qu'il n'entre pas dans la mission du mandataire de financer l'opération pour laquelle il s'entremet et que, hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire, la cour d'appel a violé les textes susvisés*".

On notera que la Cour de cassation avait, par ailleurs, pour déclarer inopérant les troisième et quatrième moyens réunis de cassation proposés par le CDR créances, souligné que, si la cour avait relevé que les banques avaient commis des fautes en se portant cessionnaires des parts qu'elles avaient mandat de céder et en manquant à l'obligation d'informer loyalement leur mandant, pour autant, elle n'avait retenu, pour caractériser l'existence et l'étendue du préjudice, que le défaut pour les banques d'avoir proposé au groupe Tapie le même mode de financement que celui accordé aux acquéreurs des parts de la société Adidas.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris était donc cassé et annulé mais seulement du chef des condamnations prononcées contre le CDR créances et le Crédit Lyonnais. La procédure était renvoyée devant la cour d'appel de Paris autrement composée. La question d'un éventuel préjudice subi par le groupe Tapie et des époux Y... demeurait donc en suspens mais dans le cadre des limites posées tant par les dispositions de l'arrêt de 2005 ayant autorité de la chose jugée que des motifs de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en application de l'article 431-4 du code de l'organisation judiciaire.

*

-La décision de recourir à un arbitrage, sa mise en oeuvre et son exécution :

Le 20 décembre 2006, M. E..., proche de M. K..., alors directeur de cabinet du président de la République, était nommé à la tête du CDR en remplacement de M. D... Il n'était pas le candidat de l'administration et avait déjà fait l'objet de sanctions par la cour de discipline budgétaire.

Dès le 30 janvier 2007, les mandataires liquidateurs qui, ainsi que les époux Y... n'avaient fait aucune offre de transaction après l'arrêt de la cour d'appel de 2005, proposaient, par un courrier adressé à M. E..., de recourir à un arbitrage afin de mettre un terme à ce litige, ainsi qu'aux procédures en dérivant.

A la différence de son prédécesseur, M. D... qui avait toujours été hostile à l'arbitrage et n'avait envisagé de solution négociée qu'à la condition qu'elle ne procure aucun enrichissement aux époux Y... selon la règle qu'il avait intitulée "ni riche, ni failli", M. E... se montrait ouvert à une telle issue. Il engageait aux côtés de Me Martel, l'avocat de toujours du CDR, défavorable à toute solution autre que judiciaire et qui présentait l'avantage de connaître parfaitement tous les aspects de la vente des participations dans Adidas, Me August spécialiste de l'arbitrage. Dès février 2007, celui-ci entamait des négociations avec les avocats des liquidateurs de M. Y... et de ses sociétés dont, notamment, Me I..., ce qui fait que les négociations sur un compromis d'arbitrage étaient très avancées⁵ à l'automne 2007 alors même que les conseils des liquidateurs avaient déposé leurs conclusions devant la cour d'appel de renvoi réclamant des dommages intérêts considérables.

Fin juillet 2007, au cours d'une réunion à l'Elysée à laquelle M. Y..., qui avait auparavant rencontré le président de la République, M. L..., assistait au début, MM. K..., M... et N..., tous deux conseillers à la présidence de la République, avaient, selon M. E... et M. G..., directeur de cabinet de la ministre de l'Economie, Mme X..., clairement manifesté leur soutien à la solution de l'arbitrage.

Le 11 septembre 2007, M. G..., qui gérait personnellement le dossier, faisait clairement savoir que le gouvernement avait décidé de réserver une suite favorable à la demande réitérée

⁵Et ce, alors même, que le 16 mars 2007 le conseil d'administration du CDR avait simplement été avisé qu'une réponse d'attente avait été faite aux liquidateurs quant à leur proposition de recourir à l'arbitrage.

par les mandataires liquidateurs, le 1^{er} août 2007, de régler au travers d'un arbitrage l'ensemble des litiges opposant les liquidateurs du groupe Tapie et des époux au CDR.

Le caractère opérationnel de cette réunion était souligné dans une note du 17 septembre 2007 par M. A... qui, à la tête de l'Agence des Placements de l'Etat (APE), n'avait cessé d'adresser aux différents ministres des Finances et de l'Economie qui se sont succédé, en dernier lieu, à Mme X... nommée le 18 juin 2007, des notes réitérées hostiles à une telle solution.

Le 15 septembre 2007, M. C... était nommé à la tête de l'EPFR. Cette nomination intervenait alors même que la ministre avait antérieurement fait part de son intention de prolonger le mandat de M. B... qui avait atteint 65 ans, jusqu'à la fin du contrôle opéré par la Cour des comptes sur l'établissement public et que M. C... atteignait l'âge de la retraite en décembre de la même année. L'intéressé, qui s'était dit surpris de sa nomination, indiquait avoir clairement reçu pour mission de M. G... de faciliter un arbitrage entre les mandataires judiciaires du groupe Tapie et le CDR.

La ministre des finances adoptait, elle aussi, une position favorable à l'arbitrage estimant qu'il présentait l'avantage de mettre rapidement un terme à l'ensemble des contentieux.

Le Crédit Lyonnais faisait savoir que n'étant pas partie à cet arbitrage, il n'honorait pas la contribution forfaitaire de 12 millions d'euros qu'il avait consenti de verser en cas de condamnation.

Lorsque la question de l'arbitrage était, à nouveau, abordée devant le conseil d'administration du CDR, le 18 septembre 2007, les négociations antérieures ne lui étaient pas révélées.

Le conseil d'administration du CDR adoptait le principe du recours à l'arbitrage, le 2 octobre 2007, au vu d'un compromis qui ne devait pas être exactement celui signé ultérieurement quant au plafond des sommes réclamées au titre, notamment, du préjudice moral des époux Y... Il était acté, à la demande d'administrateurs, que l'arbitrage devait se dérouler en droit et que les arbitres étaient liés par les décisions judiciaires antérieures ayant autorité de la chose jugée.

Le 10 octobre 2007, Mme X... donnait pour instruction aux deux représentants de l'Etat au Conseil d'administration de l'EPFR de voter en faveur de la proposition soumise pour avis par le CDR d'entrer en arbitrage sous réserve qu'ait été obtenu l'accord du Crédit Lyonnais de verser sa contribution forfaitaire de 12M€ en cas de condamnation du CDR dans l'affaire du rachat d'Adidas ou, à défaut, qu'un tel engagement ait été obtenu avant la signature du compromis d'arbitrage.

Le 10 octobre 2007, le conseil d'administration de l'EPFR souscrivait également au principe de l'arbitrage sous la réserve de la contribution forfaitaire du Crédit Lyonnais en cas de condamnation.

Une lettre du 23 octobre 2007 signée de la griffe de la ministre de l'Economie par son directeur de cabinet précisait que l'accord du Crédit Lyonnais devait finalement être obtenu avant le prononcé de la sentence arbitrale.

Cet accord ne pouvant être obtenu face au refus du Crédit Lyonnais qui n'était pas partie à l'arbitrage, M. G..., dans un courrier au Président directeur général du CDR, faisait savoir qu'il ne s'opposait pas à la proposition des liquidateurs de constituer au profit du CDR une franchise de paiement d'un montant de 12 M€.

Le compromis d'arbitrage finalement signé le 16 novembre 2007 stipulait que les liquidateurs des différentes sociétés du groupe Tapie et des époux Y... limitaient leurs demandes d'indemnisation d'un préjudice matériel à 295 Millions d'euros et à 50M€ les demandes d'indemnisation du préjudice moral des époux Y... Il a été autorisé par ordonnance

du juge commissaire à la procédure de liquidation et le compromis a été homologué par le tribunal de commerce.

Les arbitres qui avaient été désignés d'un commun accord étaient M. H... ancien premier président de la Cour d'appel de Versailles, dont le nom avait été suggéré par Me I..., avocat de Bernard Y..., Me Denis O..., avocat, et M. P..., ancien président du Conseil constitutionnel qui devait prendre la présidence du collège.

La sentence⁶ a été rendue le 7 juillet 2008 à l'unanimité des arbitres. Le tribunal arbitral a retenu à la charge du Crédit Lyonnais, une violation de l'obligation de loyauté ainsi que de l'interdiction de se porter contrepartie. Le CDR et sa filiale CDR créances ont été condamnés à verser aux mandataires judiciaires des sociétés du groupe Tapie la somme de 240 M€ avec intérêts au taux légal et 45 M€ au titre du préjudice moral des époux Y...

Cette ordonnance était revêtue de l'exequatur par ordonnance du 9 juillet suivant et signifiée le 16 juillet.

A la suite de deux réunions tenues, l'une à l'Elysée où étaient présents MM E... et August hostiles à un recours en annulation, seul possible aux termes du compromis signé, l'autre dans le cabinet de Mme X... avec Me August et son directeur de cabinet M. G..., la ministre, malgré les avis contraires de M. A... et de Me Martel, prenait la décision de ne pas former de recours.

Elle donnait pour instruction aux administrateurs représentant l'Etat au conseil d'administration de l'EPFR de s'exprimer en défaveur d'un recours en annulation de la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 lors de la séance du conseil d'administration du 28 juillet 2008.

Ce 28 juillet 2008, les conseils d'administration tant du CDR que de l'EPFR renonçaient à se pourvoir en annulation.

En exécution de l'arbitrage, le CDR devait finalement acquitter une somme de 403 millions d'euros dont 240 au titre de la réparation des dommages, 105 au titre des intérêts, 13 au titre des frais de liquidation et 45 au titre du préjudice moral. Une fois la compensation réalisée avec les diverses créances du CDR, un montant net de 304 millions d'euros a été versé dont 45 millions aux époux Y... au titre de leur préjudice moral.

Par arrêt en date du 17 février 2015, la première chambre du Pôle 1 de la cour d'appel de Paris a considéré que les recours en révision de la sentence arbitrale formés les 28 juin et 1^{er} juillet 2013 par le Consortium de Réalisation étaient recevables car elle considérait que l'arbitrage était interne. La cour d'appel jugeait que l'un des arbitres avait exercé une influence déterminante et surpris par fraude la décision du tribunal arbitral. La cour ordonnait en conséquence la rétractation de l'ensemble des sentences rendues.

Cet arrêt a été frappé d'un pourvoi en cassation qui était pendant devant la Cour de cassation à la date de règlement de la procédure d'instruction devant la Cour de justice de la République.

*

-Les procédures pénales ouvertes à la suite de cet arbitrage :

A/ la procédure suivie au pôle financier de Paris :

A la suite du contrôle de la gestion et des comptes du CDR et de l'EPFR pour les exercices 2007 et 2008, le procureur général près la Cour des comptes, portait, le 9 juin 2011, à la connaissance du procureur de la République de Paris des faits d'abus de pouvoir et recel de ce délit susceptibles d'avoir été commis en 2007 par le Président directeur général du CDR

⁶ Le processus arbitral devait en réalité prendre fin le 27 novembre 2008 par trois sentences complémentaires dont deux en interprétation et l'une relative aux frais de liquidation.

en n'informant pas le conseil d'administration de cette société des négociations en vue de l'établissement d'un compromis d'arbitrage, du contenu exact de ce document finalement signé, ainsi que du refus du Crédit Lyonnais d'honorer le paiement de 12 millions d'euros qui lui incombait en cas de condamnation par la sentence arbitrale dans le litige avec les liquidateurs de sociétés Tapie quant à la cession de la participation dans la société Adidas.

Une enquête préliminaire était confiée à la brigade financière le 22 juin 2011 puis, une information judiciaire était ouverte le 18 septembre 2012 des chefs d'usage abusif des pouvoirs sociaux et recel. Cette procédure devait se nourrir notamment de versements de la procédure qui était parallèlement en cours devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République qui recherchait quelle avait pu être l'éventuelle responsabilité pénale de Mme X... à l'occasion de la mise en oeuvre de l'arbitrage et de l'absence de recours contre la sentence.

L'instruction était étendue aux faits de faux par dissimulation d'acte et de détournement de fonds publics, complicité et recel de ces délits par réquisitoire supplétif du 23 janvier 2013 puis, d'escroquerie en bande organisée par réquisitions supplétives du 29 mai 2013.

Les documents découverts à l'occasion de multiples perquisitions devaient mettre en évidence les liens anciens entretenus par M. H... et les avocats de M. Y..., Me Q... et Me I...

Ces liens concrétisés, de surcroît, par une rencontre en 2006 entre M. H... et M. Y... avaient été soigneusement dissimulés y compris lorsque était apparue une facture imputée par Me I... sur la liquidation du groupe Tapie mettant en évidence une consultation de M. H... dont on avait soutenu qu'elle avait été imputée à tort sur ce dossier. Il ressortait, en outre, des auditions de MM. O... et P... que M. H... avait pris une part essentielle dans l'élaboration de la sentence arbitrale qu'il avait systématiquement orientée dans un sens favorable à M. Y... Il apparaissait aussi que le représentant des petits porteurs actionnaires minoritaires de la société CEDP ex- Bernard Tapie Finance, réunis dans une association pour l'annulation de la vente Adidas, avait négocié une transaction avec le CDR qui laissait la voie ouverte à l'arbitrage pour résoudre les contentieux opposant les mandataires judiciaires du groupe et des époux Y... au CDR.

M. H... était mis en examen le 27 mai 2013 pour escroquerie en bande organisée puis, supplétivement pour faux et usage de faux relativement à la déclaration d'indépendance qu'il avait signée, et, enfin, de complicité de détournement de fonds publics. Il lui était reproché d'avoir participé à un simulacre d'arbitrage où il n'avait eu de cesse de favoriser les intérêts de M. Y... tout en taisant ses liens privilégiés, notamment, avec Me I...

M. E... était mis en examen le 12 juin 2013 pour escroquerie en bande organisée, abus de pouvoirs sociaux, et le 21 mai 2015 pour complicité de détournement de fonds publics.

M. G... était mis en examen du chef escroquerie en bande organisée le 12 juin 2013 puis, supplétivement de complicité de détournements de fonds publics. Il devait être de même de Me I..., de M. C... M. Bernard Y..., quant à lui, a été mis en examen pour détournement de fonds publics et escroquerie en bande organisée.

Cette instruction n'était pas achevée à la date de l'arrêt rendu par la commission de l'instruction de la Cour de Justice de la République.

*

B/ la procédure devant la Cour de Justice de la République

Après réception, le 1^{er} avril 2011, d'un courrier de divers parlementaires mettant en cause des fautes commises par Mme Christine X... dans l'exercice de ses fonctions de ministre de l'Economie, de l'industrie et de l'emploi, le procureur général près la Cour de cassation retraçait les faits, leur chronologie, les décisions et les analyses de la cour de la Cour des comptes et de la Commission des finances de l'Assemblée nationale qui avaient considéré que la décision de recourir à l'arbitrage était une faute et que la renonciation à un recours en annulation contre la sentence arbitrale en constituait une autre. Il saisissait, pour avis, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République de faits qualifiés d'abus d'autorité prévus et réprimés par les articles 432-1 et 432-2 du code pénal.

Le 4 août 2011, la Commission des requêtes émettait un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République aux fins d'instruire contre Mme X..., ministre en exercice au moment des faits, des chefs de complicité de faux par simulation d'acte et complicité de détournement de fonds publics.

Cette commission relevait que la ministre semblait avoir personnellement concouru aux faits en donnant des instructions de vote aux représentants de l'Etat au conseil d'administration de l'EPFR, voire au président de cet établissement public. La commission des requêtes soulignait de nombreuses irrégularités ou anomalies qui lui paraissaient avoir entaché le processus aboutissant au prononcé de la sentence arbitrale ainsi qu'à la décision de ne pas exercer de recours en annulation contre celle-ci (Cf. Arrêt de renvoi page 11 à 13).

La Commission des requêtes estimait que l'ensemble des décisions prises, systématiquement défavorables aux intérêts du CDR, de l'EPFR et de l'Etat constituait autant d'indices graves et concordants faisant présumer que, sous l'apparente régularité d'une procédure d'arbitrage, se dissimulait, en réalité, une action concertée n'ayant d'autre finalité que d'octroyer aux époux Y... et aux sociétés détenues directement ou indirectement par ceux-ci des sommes qu'ils n'avaient pu jusque alors obtenir, ni lors de la médiation initiée en 2004, ni lors de la négociation conduite en 2006 après l'arrêt de la cour d'appel de Paris de 2005 qui n'avaient pas abouti par suite des prétentions jugées inacceptables de ceux-ci.

Le 16 août 2011, le procureur général près la Cour de cassation prenait un réquisitoire aux fins d'informer contre Mme X... sur le fondement des qualifications retenues par la commission des requêtes.

La commission d'instruction délivrait deux commissions rogatoires à la brigade financière qui était le service de police judiciaire également saisi par les juges d'instruction parisiens, procédait, elle-même, à l'audition de plus de trente témoins, entendait Mme X... en qualité de témoin assisté à trois reprises avant de procéder à sa mise en examen le 26 août 2014. Il lui était reproché, alors qu'elle exerçait les fonctions de ministre chargé de l'Economie, dépositaire de l'autorité publique, de ne pas s'être opposée à l'arbitrage et de n'avoir pas formé de recours contre la sentence arbitrale, en négligeant d'examiner préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage, de s'assurer du respect de l'ensemble des conditions posées, le 10 octobre 2007, au recours à cette procédure par le conseil d'administration de l'EPFR et de vérifier la conformité des décisions prises aux dispositions de la loi n°95-1251 du 28 novembre 1995, des textes pris en application et des termes de la lettre du 17 mars 1999 du ministre des finances, de l'économie et de l'industrie relative à la garantie de l'Etat des risques non chiffrables et pour avoir ainsi permis l'octroi indu de fonds publics aux liquidateurs du groupe Tapie et aux époux Y... par l'effet de la décision arbitrale et des décisions subséquentes frauduleusement obtenues, faits prévus et réprimés par l'article 432-16 du code pénal.

-L'arrêt rendu par la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République ordonnant le renvoi de Mme X... devant la Cour de Justice de la République

Au terme de l'information, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a ordonné, par un arrêt du 17 décembre 2015, le renvoi de Mme Christine X... devant la Cour de justice de la République pour avoir :

“ à Paris et sur le territoire national, en 2007 et 2008, en tout cas depuis temps non couvert par la prescription, étant dépositaire de l'autorité publique :

-d'une part en septembre 2007, décidé de soumettre à l'arbitrage les contentieux opposant le CDR aux liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et des époux Y..., alors que cette procédure lui avait été déconseillée par des notes répétées de l'APE établies à son intention, et, notamment :

** sans vérifier préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage,*

**en nommant M. C..., qui ne connaissait pas le dossier et allait atteindre la limite d'âge dans les semaines suivantes, à la tête de l'EPFR,*

** sans se livrer à un examen approfondi des éléments du dossier, notamment sans s'informer de la tentative, courant 2004-2005, de parvenir à une médiation et des propositions qui ont alors été faites, des conditions posées le 22 décembre 2005 par le "comité des sages", des prescriptions de l'article 2 de la loi du 28 novembre 1995 et des lettres interprétatives du 17 mars 1999 du ministre de l'économie relatives à la garantie, par l'Etat, des risques non chiffrables et à la contribution financière forfaitaire du Crédit Lyonnais,*

**sans s'assurer du respect des conditions posées dans ses instructions écrites du 10 octobre 2007 et reprises par le conseil d'administration de l'EPFR,*

**sans consulter la direction juridique de son ministère,*

**sans encadrer suffisamment l'arbitrage, notamment les demandes d'indemnisation,*

-d'autre part, en juillet 2008, renoncé à l'exercice d'un recours contre la sentence arbitrale du 7 juillet 2008, alors qu'elle avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation, et, notamment :

** en ayant agi de manière précipitée, dix-neuf jours avant l'expiration du délai de recours,*

**en ayant négligé de procéder à une étude suffisante des arguments juridiques susceptibles d'être invoqués au soutien d'une demande d'annulation ; qu'avant de prendre sa décision, elle n'a, en effet, :*

pas pris connaissance de toutes les notes de l'APE qui lui étaient destinées, non plus que de l'avis de M. A... qu'elle n'a jamais convié à lui exposer son point de vue,

"pas estimé utile d'aller, en ce qui concerne l'historique, au-delà de la lecture de l'arrêt de l'assemblée plénière", comme elle l'a admis elle-même, tout en indiquant que les motifs avaient été de lecture difficile,

pas recherché à rencontrer Me Soltner, l'avocat du CDR devant l'Assemblée plénière, pour qu'il lui expose le contenu de ses écrits des 17 et 23 juillet 2008, lesquels, selon elle, "n'étaient pas de lecture très facile",

pas consulté le service juridique de son ministère, non plus que, fût-ce officieusement, le Conseil d'Etat,

** en ayant mis en place un processus décisionnel unilatéral et refermé sur lui-même, tendant seulement à la conforter dans sa "position initiale, qui n'allait pas dans le sens d'un recours", qu'il s'agisse :*

de l'organisation de la réunion unanimiste du 20 juillet 2008 avec M. E... et Me August, et dont ont été écartés les représentants de l'APE et les avocats favorables au recours, Me Soltner et Me Martel,

des modalités de recueil des avis, dont certains pourraient avoir été demandés, comme le relève le ministère public dans son réquisitoire, " pour contrebalancer les avis précédemment émis, et qui se révélaient, pour partie, favorables au recours",

Et d'avoir, du fait des fautes ci-dessus énumérées, constitutives d'autant de négligences graves, permis que soit détournée par des tiers la somme de 403 millions d'euros, versée par l'EPFR aux liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et aux époux Y... en exécution des sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008, faits prévus et réprimés par les articles 432-16 et 432-17 du code de procédure pénale.

L'arrêt précisait qu'il n'y avait pas lieu de suivre contre Mme X... des autres chefs.

*

II/ Procédure :

L'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République était signifié au cabinet de Monsieur le bâtonnier Yves Repiquet, domicile élu de Mme Christine X..., le 18 décembre 2015.

Le jour même, par déclaration au greffe de la Cour de justice de la République, Me Repiquet, avocat de Mme X... formait un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Le 18 mars 2016, la SCP Bénabent et Jéhannin a déposé un mémoire ampliatif au soutien du pourvoi formé par Mme Christine X... qui propose trois moyens de cassation.

Le pourvoi formé contre cet arrêt est recevable dans la mesure où, d'une part, l'article 24 de la loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose que les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République peuvent faire l'objet de pourvois qui sont portés devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation et, d'autre part, il a été régulièrement formé par déclaration au greffe de la juridiction ayant rendu la décision dans les délais prévus à l'article 568 du code de procédure pénale.

Il est toutefois nécessaire de s'interroger au préalable, si, de par le renvoi opéré par l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 aux deux premiers chapitres du titre Ier du livre III du code de procédure pénale, les articles 574 et/ou 574-1 du code de procédure pénale qui régissent les pourvois contre les arrêts de renvoi de la chambre de l'instruction respectivement devant le tribunal correctionnel et la cour d'assises sont applicables en l'espèce. De la réponse à cette question, dépend la recevabilité des moyens proposés au soutien du pourvoi formé par Mme X...

*

III/ Sur la recevabilité des moyens proposés au soutien du pourvoi :

La question de la recevabilité du pourvoi formé par Mme X... contre l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République qui a ordonné son renvoi devant cette juridiction pour y répondre du délit de détournement de fonds public par suite de la négligence d'un dépositaire de l'autorité publique, prévu par l'article 432-16 du code pénal, doit être examinée.

La loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose, en son article 24, que : *"Dans les conditions et formes déterminées par le titre Ier du livre III du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation"*.

La loi organique renvoie à l'ensemble des dispositions qui sont contenues dans le livre III du code de procédure pénale - "Des voies de recours extraordinaires"- en son titre Ier qui est consacré au "Pourvoi en cassation".

Plus précisément, lorsque le texte mentionne 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 indique que cette voie de recours doit être exercée *"dans les conditions et formes"* du titre précité. L'article 24 de la loi organique renvoie expressément aux deux premiers chapitres du titre Ier du livre III du code de procédure pénale consacrés au pourvoi en cassation à savoir :

Chapitre I : Des décisions susceptibles d'être attaquées et des conditions du pourvoi soient les articles 567 à 574-2 du code de procédure pénale ;

Chapitre II Des formes du pourvoi soient les articles 576 à 590 du code de procédure pénale ;

Les conditions de forme d'un pourvoi contre une décision d'une juridiction de droit commun sont aisément transposables à un pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République :

Il en est ainsi de :

- la forme du pourvoi par déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée (576 CPP) ;
- de la notification du pourvoi au ministère public (578 CPP) ;
- de la possibilité pour le demandeur de déposer un mémoire personnel dans les dix jours du pourvoi, au greffe de la CJR (584 CPP)
- de la faculté de constituer un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (588 CPP) ;
- des règles relatives au dépôt du mémoire ampliatif.

Il est aussi certain que le législateur a entendu renvoyer aux conditions de délai du pourvoi posées par l'article 568 du code de procédure pénale qui fixe celui-ci à cinq jours. Au-delà, il est plus difficile de déterminer si c'est à cette seule condition du chapitre Ier du Titre Ier du livre troisième du code de procédure pénale que le législateur a entendu assujettir le pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Ce qui pourrait laisser à penser que le renvoi opéré par la loi organique s'étend au-delà des conditions de délai, c'est que l'article 24 de la loi organique n'a pas restreint le renvoi à cet unique article ou encore aux seules "conditions de délai".

Pour autant, nombre de dispositions de ce chapitre ne peuvent manifestement pas trouver à s'appliquer à un tel pourvoi. Il en est ainsi notamment des articles 567-1, 567-1-1, 570 du code de procédure pénale...etc...

Il en va, néanmoins, différemment de deux articles qui sont relatifs aux pourvois contre les arrêts de chambre de l'instruction portant renvoi devant le tribunal correctionnel (574 CPP) ou portant mise en accusation devant la cour d'assises (574-1 CPP).

Ce dernier texte ouvre sans restriction le pourvoi contre un arrêt de mise en accusation, tandis que le premier ne permet de se pourvoir contre un arrêt de renvoi devant le tribunal correctionnel que lorsque cet arrêt a statué 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.

Le renvoi de Mme X... ayant été ordonné pour des faits de nature délictuelle, la question se pose, en l'espèce, de l'applicabilité de l'article 574 du code de procédure pénale.

De même que l'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel est en principe prohibé⁷, le législateur a entendu, au travers de l'article 574 du code de procédure pénale, limiter dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice les hypothèses où le mis en examen pouvait former un pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction ayant ordonné son renvoi devant le tribunal correctionnel.

⁷ Sauf ordonnance complexe, ordonnance ayant prononcé sur la compétence (186 alinéa 3 CPP) correctionnalisation ou absence de signature de l'un des juges co-saisis (186-3 CPP)

L'article 574 du code de procédure pénale est la reprise de l'article 416 du code d'instruction criminelle modifié par le décret loi du 6 août 1935 qui avait traduit la jurisprudence constante de la chambre criminelle⁸.

La loi envisage deux situations ouvrant le droit à se pourvoir auxquelles la jurisprudence a ajouté une circonstance :

-l'arrêt de renvoi a statué, d'office ou sur déclinatoire des parties sur la compétence, (Chambre criminelle, 25 juillet 1961 Bull. Crim. n° 357 ; Cass. crim. 8 juin 1959 , Bull. crim. 1959, n° 321 ; Cass. crim. 26 nov. 1985, Bull. crim. 1985, n° 374 ; Cass. crim. 26 nov. 1990 , Bull. crim. 1990, n° 400).

-l'arrêt présente des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n'a pas le pouvoir de modifier : l'hypothèse la plus fréquente est celle où la chambre de l'instruction a ordonné le renvoi du mis en examen devant le tribunal correctionnel sur appel de la partie civile. Dans ce cas, par son appel la partie civile a fait revivre l'action publique que la décision de non-lieu avait éteinte en l'absence d'appel du ministère public et le tribunal correctionnel n'aura d'autre choix que de statuer sur celle-ci dont il est irrévocablement saisi, quand bien même la partie civile s'avérerait irrecevable. *"Est recevable le pourvoi en cassation formé par un prévenu contre l'arrêt de la chambre d'accusation qui, sur le seul appel de la partie civile contre l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction et après avoir fait procéder à son inculpation [à sa mise en examen], l'a renvoyé devant le tribunal correctionnel. En effet, en ce cas, l'appel de la partie civile met en jeu à nouveau l'action publique, alors même que cette partie serait sans qualité pour agir"* (Cass. crim. 13 janv. 1988, Bull. Crim. N° 166). Le pourvoi est également recevable lorsque l'arrêt de la chambre de l'instruction a aussi statué sur la régularité de la procédure, le tribunal correctionnel ne pouvant plus apprécier celle-ci⁹, ou que l'arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle a statué même implicitement sur la recevabilité de la constitution de partie civile qui est contestée (Cass. Ass. plén., 24 mai 1996 : Bull. crim. 1996, Ass. plén., n° 216).

En dehors de ces deux hypothèses prévues par la loi, 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. Il en est notamment ainsi lorsque la composition de la chambre de l'instruction était irrégulière, que les droits de la défense ont été méconnus ou, encore, que la chambre de l'instruction a omis de se prononcer sur une demande de l'une des parties.

L'interprétation même extensive de l'article 574 du code de procédure pénale par la chambre criminelle réduit très sensiblement les cas d'ouverture à cassation d'un arrêt de renvoi devant le tribunal correctionnel, mais aussi, des moyens qui peuvent être proposés au soutien d'un tel pourvoi. C'est ainsi que ne pourront pas être considérés comme recevables les moyens du pourvoi qui critiquent des dispositions qui ne lieraient pas les juges du fond telles celles sur les charges ou sur la qualification.

De tels moyens ne peuvent être considérés que comme irrecevables et partant le pourvoi également (Chambre criminelle 5 décembre 1978, Dalloz-Sirey 1979 p. 52).

A l'aune de l'article 574 du code de procédure pénale, les trois moyens proposés au soutien du pourvoi formé par Mme X... 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.

⁸Chambre criminelle 14 juin 1851, Bull. Crim. n° 223 cité par Pierre Chambon au Dalloz-Sirey jurisprudence 1979, pages 51/52

⁹Voir Chambre criminelle 20 janvier 1977, Bull. crim. n° 28.

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 n° 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 1er 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 1er du livre III (articles 576 à 590 CPP) et au seul article 568 du code de procédure pénale qui, au sein du Chapitre 1er 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 de l'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 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 République¹⁰, 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.

Toutefois, ce député écrivait :

"Cette institution [la Cour de Justice de la République], composée majoritairement de parlementaires, donc émanant principalement, à ce titre, d'une autorité politique, a certes reçu

¹⁰Rapport n° 550 déposé le 13 septembre 2013 par M. André Fanton page 49

une mission juridictionnelle. Mais elle est appelée à l'exercer exclusivement à l'égard de responsables politiques et, qui plus est, seulement pour les crimes et délits qu'ils seraient susceptibles d'avoir commis dans l'exercice de leurs fonctions. La nature politique de la Cour de Justice de la République l'emporte incontestablement sur les aspects juridictionnels de sa fonction.

“Le législateur en l'absence d'intention contraire du constituant, nous paraît donc totalement fondé à ne pas soumettre la Cour de justice de la République au droit commun de la procédure et même aux principes généraux qui s'imposent aux juridictions ordinaires, dès lors que ceux-ci lui semblent incompatibles avec la nature politique de la Cour” (...).¹¹

(...) “Sans aller plus avant dans la présentation de ces arguments, il faut reconnaître qu'ils s'imposent avec moins de force à l'introduction d'un pourvoi en cassation limité aux seuls arrêts de la commission d'instruction, institution composée exclusivement de magistrats, et appelée à prendre des décisions dont le caractère strictement juridictionnel n'est pas contestable.

“Il apparaît même au Rapporteur qu'une solution consistant à admettre ce pourvoi au stade de la commission de l'instruction et à l'exclure à celui du jugement prononcé par la Cour de justice de la République est sans doute la plus équilibrée en terme d'opportunité. (...)

“Concernant les conditions et formes que les pourvois devront respecter, le texte renvoie au droit commun, en l'occurrence aux dispositions du titre premier du livre troisième du code de procédure pénale. Ce point n'appelle pas d'observations particulières (...).

“La question se pose ensuite de savoir quelles décisions de la commission d'instruction pourront faire l'objet de pourvois en cassation. En l'absence de toute précision dans le texte, qui se réfère indistinctement à la notion d'arrêts, on peut penser que des pourvois en cassation pourront être formés au premier chef contre les ordonnances de clôture rendues par la commission - ordonnances de non-lieu ou de renvoi devant la Cour de Justice de la République- ; mais rien n'exclut que soient aussi recevables des pourvois formés contre ses autres décisions à caractère juridictionnel.¹²”

Si le rapport n'est guère explicite sur la portée du renvoi fait par le texte de l'article 24 de la loi organique aux dispositions du titre Ier du livre III du code de procédure pénale, il ressort néanmoins clairement du rapport précité que l'ouverture du pourvoi en cassation contre les arrêts de la commission d'instruction ne s'accompagne d'aucune restriction.

Par ailleurs, lors des discussions qui ont précédé le vote de la loi au Sénat, le rapporteur du texte, le sénateur Jolibois, s'est expressément félicité de l'introduction d'un recours en cassation contre les arrêts de la commission d'instruction.¹³

L'analyse du texte de la loi organique et des travaux préparatoires qui ont précédé son adoption permettent de conclure que les pourvois contre les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne sont soumis à aucune condition ou restriction autre que le délai de cinq jours pour former ce recours et les conditions entourant le dépôt du mémoire ampliatif.

Telle a été, au demeurant, la position retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁴, au moins, lorsqu'elle a été saisie du pourvoi formé par Mme Ségolène X... contre l'arrêt qui l'avait renvoyée devant la Cour de Justice de la République. En effet, la cour a examiné le moyen tiré de la prescription de l'action publique qui n'aurait pas été considéré comme recevable si elle avait appliqué les dispositions de l'article 574-1 du code de procédure pénale.

De plus, l'Assemblée plénière a contrôlé la régularité de la procédure et, d'office, relevé un moyen de cassation pris de la violation de l'article 19 de la loi organique, la commission de

¹¹ Idem note 11, rapport page 58 à propos des articles 32 et 33 qui introduisaient dans le projet de loi du gouvernement un recours en cassation contre les arrêts de la CJR.

¹² Même rapport que note 11, pages 50 et 51.

¹³ Sénat, séance du 20 octobre 1993 JO page 3287.

¹⁴ 23 décembre 1999, Bull. crim. n°312.

l'instruction ayant renvoyé Mme Ségolène X... pour diffamation publique à raison de propos dont elle n'avait pas été saisie par le procureur général près la cour de cassation.

De même, lorsque l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie des trois pourvois formés par Charles X... contre les arrêts de renvoi la Commission de l'instruction de la Cour de Justice de la République, l'Assemblée plénière, en l'absence de mémoire exposant les moyens de cassation, a néanmoins vérifié la régularité de la procédure et la compétence de la juridiction de renvoi pour connaître des faits, ce qui établit la recevabilité des recours formés.¹⁵

*

IV/ Etendue du contrôle par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Une fois établie la recevabilité du pourvoi en cassation formée par Mme X..., il convient de déterminer quelle est l'étendue du contrôle que peut exercer l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur l'arrêt de renvoi devant la Cour de justice de la République.

Aux termes de 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. En application de l'article 184 du code de procédure pénale les ordonnances rendues par les juges d'instruction en fin d'information que ce soit de renvoi devant la juridiction correctionnelle, ou de saisine de la cour d'assises et de mise en accusation, doivent mentionner la qualification légale du fait imputé à la personne mise en examen, "*et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre elle des charges suffisantes.*" La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a ajouté que 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 du code de procédure de pénale, en précisant les éléments à charge et à décharge pour chacune des personnes mises en examen.

L'ordonnance de renvoi devant une juridiction de jugement constitue le document par lequel le juge d'instruction recense, au travers de l'examen des faits et circonstances établis au cours de l'instruction, les charges qui ont pu être rassemblées à l'encontre d'un mis en examen. Si les preuves recueillies sont suffisantes et l'emportent sur les éléments à décharge, si elles viennent caractériser des éléments rendant hautement vraisemblable que la personne a participé à la ou les infractions pour lesquelles elle a été préalablement mise en examen, celle-ci fera l'objet d'une ordonnance de renvoi.

¹⁵ Arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17 juillet 2009, pourvois n° 09-82.690, 09-82.691, 09-82.692, Bull. crim. 2009 Assemblée plénière, n°2, 3 et 4.

Un auteur a pu écrire “que 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 examen¹⁶.”

La culpabilité sera, elle, décidée par la juridiction de jugement qui aura apprécié souverainement les éléments de preuve qui auront été débattus contradictoirement devant elle.

L’ordonnance de renvoi contient essentiellement une appréciation factuelle des éléments de preuve rassemblés qui doivent pouvoir être corrélés à la ou les qualification(s) pénale(s) donnée(s) aux faits reprochés au mis en examen.

D’une telle présentation, il résulte nécessairement que le contrôle de la Cour de cassation ne peut qu’être restreint. Celui-ci ne saurait porter sur l’appréciation des faits par les juges du fond.

L’article L. 431-12 du code de l’organisation judiciaire dispose, en effet, que “*la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires sauf disposition législative contraire*”. Le contrôle ne peut s’opérer qu’au regard des articles 591 et 593 du code de procédure pénale, soit pour violation de la loi, soit pour insuffisance ou contradiction de motifs, ou encore, défaut de réponse aux conclusions.

L’absence d’autorité de la chose jugée attachée à l’ordonnance de renvoi milite également pour un contrôle limité : La juridiction de jugement, comme le soulignent Frédéric Desportes et Laurence Lazerge-Cousquer dans leur traité de procédure pénale, “*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*¹⁷”.

On pourra à cet égard se reporter à des arrêts de la chambre criminelle des 2 décembre 1969¹⁸, 4 et 20 octobre 1977¹⁹, 31 janvier 1978²⁰, 25 avril 1979²¹.

Le nombre restreint de pourvois contre des arrêts de la commission de l’instruction de la Cour de justice de la République ne permet pas de disposer d’une jurisprudence bien établie quant à l’étendue du contrôle exercé par l’Assemblée plénière de la Cour de cassation saisie d’un pourvoi contre un arrêt de la commission de l’instruction de la CJR.

A défaut, il semble que l’on puisse se référer, au moins pour partie, à la jurisprudence élaborée par la chambre criminelle 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.

L’article 574-1 du code de procédure pénale ouvre sans restriction la voie du pourvoi contre ces arrêts à la différence, comme on l’a vu, ci-dessus, de l’article 574 du même code qui ne permet le pourvoi en cassation contre des arrêts de la chambre de l’instruction ayant

¹⁶On se reportera sur ce point, à l’article de Jacques Le Calvez professeur à l’université de Paris X Dalloz 2002, pages 2277 et s...

¹⁷Traité de procédure pénale édition 2015 n° 1985.

¹⁸Bull. Crim. n°319.

¹⁹Bull. Crim. n° 283 et Bull. Crim. n° 314.

²⁰Bull. Crim. n°38.

²¹Bull. Crim. N° 144.

ordonné le renvoi du mis en examen devant la juridiction correctionnelle que dans des cas exceptionnels²².

La doctrine est peu disert sur l'étendue du contrôle. Jacques et Louis Boré rappellent que *“la chambre de l'instruction, en statuant sur les charges de culpabilité, apprécie souverainement au point de vue des faits tous les éléments constitutifs des crimes”*²³.

Olivier Bouillane de Lacoste, après avoir souligné que la Cour de cassation est juge du droit et non du fait, énonce 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”*²⁴.

Dans le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 2012²⁵, il était noté 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) .”

L'examen de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation permet de relever que dans la très grande majorité des cas, les pourvois formés contre des arrêts de la chambre d'accusation puis, d'instruction ayant ordonné la mise en accusation devant la cour d'assises ont été rejetés au motif suivant :

“Les chambres d'accusation, en statuant sur les charges de culpabilité apprécient souverainement au point de vue du fait tous les éléments constitutifs des crimes et la cour de cassation n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qu'elles ont donnée à ces faits justifie le renvoi du prévenu devant la cour d'assises”.

Cette formulation ancienne que l'on trouve déjà dans un arrêt du 5 avril 1965²⁶ a été très souvent reprise : Chambre criminelle 8 mai 1969, Bull. Crim. n° 160 ; 5 novembre 1985, Bull. Crim. n°340 ; 20 août 1986, Bull. Crim. n° 244 ; 5 octobre 1994, Bull. Crim. n°318 ; 11 juillet 1995, Bull. Crim. n°254 ; 4 juin 2002, pourvoi n° 02-82. 205 ; 28 octobre 2009, pourvoi n° 09-85.293 ; 7 décembre 2011, pourvoi n° 11-86.922 ; 11 juin 2013, pourvoi n° 13-82.229 ; 9 octobre 2013, pourvoi n° 13-85.228 ; 27 janvier 2016, pourvoi n° 15-86.604 ; 9 février 2016, n° 15-86.687.

Elle a connu quelques variantes : *“la chambre d'accusation relève souverainement les faits sur lesquels repose l'accusation et notamment tous les éléments constitutifs du crime”*

²²Ce qui a pour conséquence que seuls certains moyens de cassation sont recevables excluant ceux par lequel le prévenu discute l'insuffisance des charges motivant le renvoi, les éléments de fait de l'arrêt et même le bien fondé de la qualification retenue, l'appréciation de ces éléments relevant de la juridiction de jugement (Chambre criminelle 20 octobre 1977 Bull; crim. N° 314 ; 21 octobre 1997, Bull. crim. n° 342) Cf Jacques et Louis Boré La cassation en matière pénale, édition 2004/2005 n° 22.61.

²³Jacques et Louis Boré, La cassation en matière pénale édition 2004/2005 n° 22.08.

²⁴ Jurisclasseur de procédure pénale, pourvoi en cassation articles 591 à 600, causes d'irrecevabilité ou d'inefficacité des moyens de cassation, fasc 30 par Olivier Bouillane de Lacoste.

²⁵La documentation Française “La preuve” page 133.

²⁶Bull. Crim. n°112.

(Chambre criminelle 26 mars 1968, Bull. crim. n° 108). Cet arrêt comme celui du 26 juillet 1966²⁷ affirme *“qu’il n’appartient pas à la Cour de cassation d’apprécier la valeur des charges dont la chambre d’accusation a affirmé l’existence”* de même que les arrêts des 20 mai 1969²⁸, 11 juin 1970²⁹, 10 avril 1975³⁰.

Un arrêt du 24 août 1981 fera état *“des faits [...] que la cour n’a pas qualité pour vérifier et contrôler...”* *“des constatations dont il n’appartient pas à la cour de vérifier l’existence ou de contrôler la valeur”*(Bull. crim. n°248)

L’ensemble de ces arrêts rappelle clairement la limite du contrôle de la chambre criminelle : il ne s’étend pas à la vérification des faits tels qu’ils ont été retenus à charge par la chambre de l’instruction.

De même, la chambre criminelle n’a qu’un contrôle distant sur la qualification donnée aux faits. En ce qui concerne les arrêts de mise en accusation, ce regard est limité dans la mesure où la chambre se borne à vérifier que la qualification (criminelle) justifie la saisine de la cour d’assises : *“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.”*³¹ Par ailleurs, 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”*. (Crim. 13 mars 1984 Bull. Crim. n°107; 16 novembre 2004, pourvoi n° 04-85.318)

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 intentionnel. (17 février 2016 n° 15-86.887).

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 contradiction³².

Sont donc censurés les arrêts qui reposent sur des *“motifs hypothétiques”*(Chambre criminelle 27 décembre 1960 Bull. Crim. N° 624), sur *“des motifs dubitatifs et hypothétiques”* (Chambre criminelle 6 juin 2012 n° 12-82.037), sur *“des considérations vagues générales et imprécises”*(Chambre criminelle 9 novembre 1982, Bull. Crim. n° 247), *“sur des motifs contradictoires”* (chambre criminelle 28 novembre 1995, n° 95-84.590 ; 19 février 1997, n° 96-85.87.310 ; octobre 2007 pourvoi n° 07-84.859).

Un arrêt de la chambre criminelle a précisé qu’il convenait que les chambres de l’instruction ne se bornent pas à énumérer les déclarations des uns et des autres mais précise de quels éléments en particulier elle déduit l’existence de charges.

La chambre criminelle a été amenée à censurer des énonciations qui ne permettaient pas la qualification retenue par la cour d’appel :

-Ainsi 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*

²⁷Bull. Crim. N° 211.

²⁸Bull. Crim. n° 178.

²⁹Bull. Crim. n° 199.

³⁰Bull. Crim. n° 90.

³¹Chambre criminelle 5 avril 1965, Bull. Crim. N° 112 ; 1^{er} septembre 2011, n° 11-84.623 ; 17 février 2016 , n° 15-86.887.

³²Crim. 4 juin 1998, Bulletin crim. N° 183; 17 février 2016 n° 15-86.887 précité.

violence concomitante aux actes de pénétrations sexuelles". La chambre criminelle a relevé l'absence de base légale de la décision. (Chambre criminelle 17 septembre 1997, BC n° 302)

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 vulnérabilité. (Chambre criminelle 8 juin 2010, Bull. crim n° 102)

Dans un arrêt du 23 janvier 1990,³³ la chambre criminelle a censuré un arrêt dont les énonciations qui ne caractérisaient pas de façon certaine la volonté délibérée de porter des coups ou d'exercer des violences sur une personne, ne permettaient pas 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 décision.

Elle valide, au contraire, des arrêts de mise en accusation devant la cour d'assises qui ont suffisamment caractérisé les éléments de la complicité³⁴ : *"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 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"*. (Chambre criminelle 31 janvier 1974, Bull. crim. n° 50)

La chambre criminelle rejette aussi le pourvoi contre un arrêt qui a bien établi la circonstance aggravante de port d'arme, *"la chambre de l'instruction a considéré à bon droit que le port constaté, en l'espèce, d'un pistolet d'alarme devait être regardé indépendamment de l'usage qui en a été fait comme constitutif de la circonstance aggravante de port d'armes prévu par l'article 381 alinéa 1^{er} du code pénal."* (Chambre criminelle 20 juin 1978 Bull. Crim. n° 203, ou pour une arme factice, 5 août 1992, Bulletin criminel n° 228)

Elle censure, en revanche, les arrêts de chambre de l'instruction qui, au travers des constatations opérées, permettent de retenir le crime ou le délit écarté par une décision de non-lieu, ainsi pour un crime contre l'humanité ou un recel de biens spoliés³⁵.

*

Ce panorama met en évidence que les chambres de l'instruction apprécient souverainement du point de vue des faits les éléments constitutifs des crimes qui leurs sont déférés. Elles sont seules juges de l'appréciation des charges qu'elles retiennent. Le contrôle tant des faits que des charges qui ne sont que l'évaluation de ceux-ci au regard de leur valeur probatoire de nature ou non à permettre un renvoi devant la juridiction de jugement, échappe à la Cour de cassation.

Il en est de même en matière correctionnelle, où en application de l'article 574 du code de procédure pénale, les moyens contestant les charges sont, de plus, irrecevables. On se référera entre autres à un arrêt de la chambre criminelle du 2 mars 1994³⁶ : *"Attendu que ces moyens ne sont dirigés ni contre une disposition de l'arrêt touchant à la compétence, ni contre une disposition définitive que le tribunal saisi de la prévention n'aurait pas le pouvoir de modifier ; Que, sous le couvert d'insuffisance de motifs ou de contradiction, les demandeurs se bornent à critiquer les énonciations de l'arrêt relatives aux charges que la chambre d'accusation, qui a répondu comme elle le devait aux articulations des mémoires dont elle était saisie, a, par*

³³ n°89-86.182.

³⁴ Voir aussi chambre criminelle 30 mai 1989 Bulletin criminel n°222.

³⁵ 27 novembre 1992, bull. Crim. N°394 ; 4 juin 1998 bull. Crim. n°183.

³⁶Bull. crim. n° 85.

une appréciation en l'état souveraine, retenues contre eux pour les renvoyer devant le tribunal correctionnel devant lequel leurs droits de défense demeurent entiers ;d'où il suit que ces moyens sont irrecevables”.

La Cour de cassation se doit de vérifier si en donnant la qualification aux faits qu'elle a retenus comme constants la chambre de l'instruction a donné une base légale à sa décision. Elle ne peut que vérifier si la qualification peut se déduire des constatations de faits opérés par la chambre de l'instruction.

C'est ce que la chambre criminelle a très clairement énoncé dans un arrêt du 9 mai 1968³⁷ au regard du contrôle de la nature criminelle des faits justifiant le renvoi devant la cour d'assises, qu'il nous apparaît utile de reproduire ici intégralement :

“Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 169 du code pénal, 593 du code de procédure pénale et 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale, "en ce que la chambre d'accusation a renvoyé un lieutenant d'administration du service de santé des troupes coloniales en cour d'assises pour détournement de deniers publics par un comptable public, au motif qu'en tant que gestionnaire d'un hôpital mixte, il gérât des deniers de l'autorité civile et avait donc la qualité de comptable public, alors, d'une part, qu'un militaire qui gère accidentellement des deniers civils n'a pas à leur égard la qualité de comptable public, puisqu'il n'en a pas la gestion et ne les reçoit pas en vertu de ses fonctions militaires, et alors, d'autre part, que l'infraction est intentionnelle et que la chambre d'accusation ne constate pas qu'il ait agi avec intention délictueuse" ;

Attendu qu'après avoir constaté que B..., gestionnaire d'un hôpital dépendant d'une autorité civile, avait la qualité de comptable public, l'arrêt attaque expose que l'inculpe aurait détourné ou dissipé des fonds qu'il aurait reçus en cette qualité ;

Que ledit arrêt précise à cet égard que B... n'inscrivait pas en comptabilité les sommes qui lui étaient remises et ne les reversait pas au trésor public et qu'il prélevait frauduleusement, grâce à des inscriptions de dépenses fictives, des sommes d'argent dans la caisse de l'hôpital ;

Attendu que, 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 ;

Attendu que les faits ci-dessus énoncés, à les supposer établis, réunissent tous les caractères du crime prévu et réprimé par l'article 169 du code pénal, et notamment l'intention frauduleuse ; Que des lors le moyen ne saurait être accueilli “

C'est à l'aune des principes ainsi établis que devra s'effectuer l'analyse des trois moyens de cassation proposés au soutien du pourvoi formé par Mme X... : absence de contrôle des énonciations ou appréciations de pur fait relatives aux charges mais 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 chambre de l'instruction, comme de la commission de l'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 cause³⁸, la recension des charges ne lie en aucune façon la juridiction de jugement quant à sa décision sur la culpabilité. Ce contrôle limité doit être effectué en gardant présent à l'esprit qu'au stade du renvoi devant la juridiction de jugement, il n'est question que de charges et non de culpabilité.

Les charges se différencient des indices par leur intensité, elles doivent permettre de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction, l'imputabilité au mis en examen. La culpabilité sera, elle, décidée par la juridiction de jugement qui aura apprécié souverainement les éléments de preuve débattus devant elle. Au stade du pourvoi contre un arrêt de renvoi, la

³⁷ Bull. criminel n°149

³⁸ 30 novembre 1965, Bull. crim. n°255

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.

Au stade du pourvoi, 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, à les supposer établis, 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.

Ce point n'étant pas discuté et ne posant pas question, il n'y sera pas revenu.

*

V/Sur le premier moyen de cassation :

Pris de la violation notamment des articles 432-16, 432-17, 433-4 et 121-3 du code pénal, le premier moyen de cassation critique l'arrêt en ce que l'arrêt n'aurait pas caractérisé l'existence d'un détournement de fonds.

La première branche du moyen fait valoir que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal a pour condition préalable l'existence d'un détournement de fonds. La commission de l'instruction ne pouvait se borner, pour renvoyer Mme X... devant la Cour de justice de la République, à relever le caractère "indu" de l'octroi des condamnations par le tribunal arbitral, le paiement des sommes allouées par une sentence arbitrale, fût-elle erronée ou infondée ne pouvant constituer en soi un détournement de fonds alors qu'elle avait constaté que des poursuites étaient en cours aux fins de déterminer si la décision du tribunal arbitral était la résultante d'un processus frauduleux.

La seconde branche du moyen rappelle que l'article 432-16 du code pénal ne rend punissable que la négligence dont "il résulte" un détournement ; l'exigence de ce lien de causalité commande que le constat préalable du détournement porte non seulement sur l'existence de la fraude mais aussi sur les manoeuvres constitutives de celle-ci, pour permettre d'apprécier si les manoeuvres résultent ou non d'une négligence du dépositaire de l'autorité publique. En l'absence d'un tel constat, la demanderesse estime que son renvoi devant la Cour de Justice de la République est dépourvu de base légale.

L'argumentation développée par le mémoire ampliatif :

Pour la demanderesse, l'existence d'un détournement constitue le préalable de la caractérisation du délit de l'article 432-16 du code pénal ainsi que cela ressort des décisions de la Cour de cassation. Lorsque le détournement procède d'un acte par nature licite, le juge répressif se doit de caractériser les manoeuvres constitutives de la fraude et, donc, caractériser l'intention frauduleuse requise pour que soit constitué le détournement de fonds publics réprimé par l'article 433-4 du code pénal. Selon le mémoire ampliatif, l'exécution d'une sentence arbitrale ne peut constituer un détournement de fonds publics. Dès lors qu'une juridiction est saisie de poursuites aux fins de rechercher si le processus d'élaboration de la décision et les condamnations prononcées sont susceptibles de revêtir une qualification pénale, il ne serait pas possible de renvoyer Mme X... devant la Cour de justice de la République, tant que les poursuites n'ont pas abouti, à peine de faire naître un risque de contrariété de décisions. De plus, en l'état de l'incertitude la qualification retenue à l'encontre des mis en examen, il ne serait pas possible de savoir si les agissements de ceux-ci sont la résultante des négligences reprochées à la demanderesse.

*

A l'évidence, il ne saurait être question, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, de reprocher implicitement à la commission d'instruction de ne pas avoir sursis à statuer dans l'attente d'une décision définitive sur la procédure encore instruite au tribunal de grande instance de Paris. La poursuite du délit prévu à l'article 432-16 du code pénal, infraction autonome, ne suppose pas que le ou les tiers, auteurs de la destruction, du détournement ou de la soustraction aient été identifiés et même poursuivis. Par ailleurs, les procédures suivies devant la Cour de justice de la République et les juridictions de droit commun sont indépendantes. Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'a expressément jugé qui, pour rejeter le pourvoi du procureur général arguant de ce qu'un ministre ne pouvait être relaxé des faits de corruption passive et recel d'abus de biens sociaux commis dans l'exercice de ses fonctions quand les auteurs avaient été définitivement condamnés par la juridiction de droit commun, a énoncé que : *“ la Cour de justice de la République, qui n'était pas tenue par les termes de l'arrêt, désormais définitif, du 18 septembre 2009 de la cour d'appel de Paris concernant d'autres parties, a justifié sa décision(...)”*³⁹.

Cette demande n'a, au demeurant, pas été formulée devant la commission d'instruction. Si tel est le sens du moyen, il ne peut qu'être rejeté comme nouveau.

*

Si le moyen, comme nous le croyons, fait grief à la commission de l'instruction de ne pas avoir suffisamment caractérisé le détournement de fonds publics et les manoeuvres qui y ont contribué, il appelle les observations qui suivent.

Le délit de l'article 432-16 du code pénal est libellé ainsi que suit :

“Lorsque la destruction, le détournement, ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 du code pénal résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15. 000€ d'amende”.

L'article 432-16 du code pénal prolonge et complète les dispositions de l'article 432-15 du même code qui incriminent le détournement volontaire de biens par un dépositaire de l'autorité publique :

“Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende”. (Texte dans sa version applicable à l'époque des faits)

Il permet de poursuivre un dépositaire de l'autorité publique qui, dans ce cas, n'est pas l'auteur ou le complice du détournement mais, dont les négligences ont “permis” à un tiers de commettre le délit de soustraction ou détournement de biens dans un dépôt public prévu et réprimé par l'article 433-4 du code pénal :

“Le fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende”.

³⁹Assemblée plénière de la Cour de cassation 23 juillet 2010, Bull. crim. 2010 n°2.

Si le texte de l'article 432-16 du code pénal ne procède à aucun renvoi exprès aux dispositions de l'article 433-4 du même code, il se réfère, néanmoins, explicitement aux agissements incriminés par ce texte : "la destruction, le détournement, la soustraction *des biens visés à l'article 432-15 du code pénal à savoir "un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés.*

Le délit de l'article 432-16 du code pénal incrimine l'agent pour avoir laissé un détournement, une soustraction s'opérer par sa faute. Ainsi que le souligne Emmanuel Dreyer⁴⁰ : *"Tenu à une obligation de surveillance, l'agent aurait dû prévenir cet acte ou à tout le moins l'empêcher. S'il s'est abstenu, il doit répondre de son défaut d'attention. Un tel comportement ne pouvant être puni au titre de la complicité il a fallu l'incriminer à titre autonome."*(...) Cette qualification est, en réalité, une qualification de repli par rapport à la précédente [Celle de l'article 432-15 du code pénal]. Elle est utilisée lorsque la participation de l'agent public aux détournements n'a pu être prouvée mais qu'il a tout de même contribué, par sa négligence, à permettre leur réalisation. (...) Il s'agit ici de prévenir le sentiment d'insécurité que pourraient ressentir les concitoyens en s'adressant à leur administration : ils ne doivent pas s'en méfier à raison de sa désorganisation et de l'incompétence de ceux qui doivent veiller à son bon fonctionnement."

Tant Mme Michèle-Laure Rassat⁴¹ que M. Michel Véron⁴² soulignent que c'est la négligence ou l'imprudence du dépositaire qui ne prend pas les précautions suffisantes pour protéger les fonds confiés à sa garde ou dont il a la disposition, qui est sanctionnée. Le fondement de l'infraction est l'atteinte à la confiance que l'on doit pouvoir avoir dans les pouvoirs publics.

Les négligences imputables au dépositaire de l'autorité publique, comme à l'ensemble des personnes énumérées par le texte de l'article 432-16 du code pénal, chargés de mission de service public, comptables publics, dépositaires publics, ne sont répréhensibles pénalement que si elles ont "facilité" une destruction, un détournement, une soustraction commis par un tiers de l'un des biens énumérés à l'article 432-15 du code pénal.

On observera, d'ores et déjà, que la destruction, la soustraction ou le détournement par un tiers de fonds publics ne constitue pas le préalable du délit comme l'indique le mémoire ampliatif mais la conséquence des négligences.

Si des auteurs ont pu évoquer la notion de "conditions préalables" aux délits des articles 432-15 et 432-16 du code pénal, c'est uniquement pour qualifier les conditions tenant à la qualité de la personne poursuivie : dépositaire de l'autorité, comptable public... et à la nature des biens protégés qui ont été remis à la personne en raison de ses fonctions ou de sa mission⁴³.

Selon Wilfried Jeandidier⁴⁴, commentant les dispositions des articles 432-15 et 432-16 du code pénal *"Le mot détournement évoque le délit d'abus de confiance pour lequel le même mot est employé par l'article 314-1 et le rapprochement n'est pas fortuit : on peut en effet dire,*

⁴⁰Emmanuel Dreyer, Droit pénal spécial 2^{ème} édition, éditions Ellipse p. 598 et s...

⁴¹Michèle-Laure Rassat Droit pénal spécial 7^{ème} édition Dalloz.

⁴²Michel Véron, droit pénal spécial 15^{ème} édition (Sirey).

⁴³Voir jurisdclasseur fascicule 20 "destruction ou détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique" par André Vitu actualisé par Wilfried Jeandidier. Voir aussi Emmanuel Dreyer Cour magistral de droit pénal spécial, éditions Ellipses, n° 1329 et s...

⁴⁴Jurisdclasseur Art. 432-15 et 432-16 - fasc. 20 : destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique.

du délit ici analysé, qu'il est une sorte d'abus de confiance aggravé, car il est imputé à des personnes tenues par leur position officielle d'une obligation de probité particulièrement exigeante. De cette parenté entre les deux articles 432-15 et 314-1, il suit que le mot "détournement" employé par l'un et l'autre textes doit être interprété d'une façon uniforme. On dira donc que le détournement consiste à se comporter sur la chose reçue comme le ferait un véritable propriétaire : détourner, c'est substituer, à la possession précaire dont on est investi, une possession animo domini excluant ou contredisant les prérogatives que le véritable propriétaire a sur cette chose".

Ce même auteur évoquant plus spécifiquement le détournement par un tiers visé à l'article 432-16 du code pénal explique : *"Le détournement suppose que le tiers coupable avait reçu communication de la chose : celle-ci lui avait été provisoirement confiée par la personne qui en avait la garde ou la surveillance. Il y aura détournement, par exemple, de la part d'un avocat qui retirerait une pièce d'un dossier qui lui a été communiqué par le juge d'instruction, ou de la part d'un fonctionnaire qui s'emparerait de certains documents contenus dans son dossier personnel dont il a eu communication dans le cadre d'une poursuite disciplinaire ; détournement encore de la part du lecteur qui, ayant emprunté un ouvrage dans une bibliothèque publique, en arracherait des pages ou refuserait de le restituer".*

Selon Michel Redon, au répertoire de droit pénal⁴⁵, *"le détournement suppose que l'objet existe, mais a été approprié à un moment donné par l'auteur. C'est à l'évidence le cas, pour les fonds ou deniers retrouvés entre les mains de l'auteur, ou les actes, titres, effets objets entrés illicitement en sa possession, ou encore pour le livre d'une bibliothèque publique ou le document d'archive publique que celui à qui il a été confié refuse de restituer".*

Dans l'infraction de l'article 432-16 du code pénal, le fait matériel n'est pas commis par la personne poursuivie, dépositaire d'autorité publique ou chargée d'une mission de service public mais par un tiers. André Vitu souligne que *"l'article 432-16 du code pénal ne se préoccupe pas de la répression des actes imputés aux tiers ; il ne concerne que les personnes officiellement chargées d'une fonction publique. Les tiers, eux, relèvent d'un texte différent , l'article 433-4 du code pénal (...).*

Les faits du tiers étant intentionnels, la négligence du dépositaire de l'autorité publique n'est pas punissable si la disparition a elle-même pour origine une faute non intentionnelle du tiers". Michèle-Laure Rassat ajoute que *"l'infraction ne comporte aucun élément matériel, celui-ci étant accompli par un tiers et défini comme dans l'infraction de celui-ci"⁴⁶* (article 433-4 du code pénal).

La répression de l'infraction de l'article 432-16 du code pénal n'implique nullement que l'auteur des faits de destruction, détournement ou soustraction ait été identifié ou que l'ensemble des circonstances de la disparition de l'objet ou des fonds confiés à la garde ou mis à la disposition du dépositaire de l'autorité publique à raison de ses fonctions soit déterminé. Il suppose toutefois que le fait matériel de "soustraction, détournement, ou destruction" réponde à un agissement volontaire d'un tiers.

*

La présente procédure met en cause le paiement de sommes par le CDR aux liquidateurs des époux Y... et des sociétés de celui-ci, suite à une décision arbitrale.

Il ne saurait donc être question de "destruction" ou de "soustraction" au sens de l'article 432-16. Seul le détournement de fonds publics apparaît envisageable.

⁴⁵Rubrique Détournement de pièces dans les dépôts publics n° 13.

⁴⁶Marie-Laure Rassat Droit pénal Spécial précis Dalloz n° 1108.

On ne trouve pas dans la jurisprudence rare, tant de la Cour de cassation que des cours d'appel pour ce texte d'usage peu fréquent, des exemples qui pourraient se rapprocher de la présente procédure⁴⁷.

Il a ainsi été fait application du texte :

- à un instituteur, également secrétaire de trois mairies, qui avait entreposé les registres d'Etat civil dans l'école où il enseignait dans un tiroir qu'il n'avait pas fermé à clé. Lorsqu'il a quitté ses fonctions, il ne s'est pas préoccupé des registres dont l'un d'entre eux a disparu.

Il a été condamné pour sa négligence ayant permis la soustraction de ladite pièce d'un dépôt public. (CA Nancy 23 décembre 1965 JCP 1967 II 1949)

-à un greffier qui n'avait pris aucune disposition pour assurer le contrôle et la sécurité des valeurs détenues, ni donné d'instructions au personnel placé sous son autorité. Au cours des années 1985, 1986 et 1987 quarante-quatre scellés contenant des sommes d'argent totalisant 167 094 francs avaient été soustraits soit dans le coffre-fort, soit dans la salle commune du greffe du tribunal (Chambre criminelle 26 novembre 1991, n° 91-81.795).

- à la responsable d'un bureau de poste qui ne procédait pas immédiatement au comptage des sommes déposées en espèces par la régie de stationnement de la commune et omettait de remettre immédiatement un reçu ce qui avait permis la disparition de 18931€. (chambre criminelle 22 février 2006, pourvoi n° 05-84.921)

-à un maire qui, sans opérer les contrôles et vérifications nécessaires, avait signé les bons de commande préparés par la secrétaire de mairie et qui permettaient l'acquisition au profit de celle-ci d'objets ménagers divers et de livres. (Cassation crim. 9 novembre 1998, n° 97-84.696)

Au regard de la présente procédure, le seul intérêt de ces arrêts est, certes au stade du jugement, d'avoir pris soin de constater expressément "la disparition" d'objets confiés à la garde, ou de fonds dont le dépositaire de l'autorité publique ou chargé de mission de service public avait sinon la garde, la disposition. On remarquera que c'est un fait objectif de détournement par un tiers qui a été constaté par l'ensemble de ces arrêts sans que les circonstances en aient été précisément caractérisées dans la mesure où dans la plupart des cas elles sont demeurées inconnues.

L'ensemble de ces exemples met également en évidence que les objets, les fonds à la garde de l'agent ne sont plus à sa disposition alors que, sans sa négligence, ils devraient encore l'être.

Si l'on examine la jurisprudence de la Cour de cassation sur le fondement de l'article 432-15 du code pénal mais aussi de l'article 311-4 qui incrimine l'abus de confiance, on constate que le détournement consiste à donner aux fonds utilisés une autre affectation que celle à laquelle ils étaient destinés. Alors que le dépositaire de l'autorité publique, l'élu, la personne chargée d'une mission de service public n'a la disposition des fonds que pour satisfaire l'intérêt public, l'intérêt de la collectivité publique, il en fait un usage autre. Il se comporte comme le propriétaire des fonds.

Cette objectivation du détournement ressort de la formule retenue par un arrêt de la chambre criminelle du 4 mai 2006⁴⁸: "*les crédits destinés à des actions déterminées ont été utilisés à d'autres fins que celles autorisées.*"

On peut également se reporter à un arrêt du Chambre criminelle du 12 novembre 2015⁴⁹: "*L'utilisation de subventions, obtenues en vue de la réalisation d'un projet déterminé,*

⁴⁷De plus, aucun arrêt ne concerne le stade du renvoi devant la juridiction de jugement.

⁴⁸ Pourvoi n°05-81.151

⁴⁹ Pourvoi n°14-82.819.

pour le règlement d'heures de travail consacrées à une autre activité, quelle qu'elle soit, constitue un détournement de fonds publics."

On peut aussi citer la condamnation d'un maire pour détournement de fonds publics pour avoir détourné des subventions de l'Union européenne et du conseil général des Alpes-Maritimes attribuées à la commune pour l'exécution d'un programme inter-régional franco-italien dont l'objet était la promotion de la lecture chez les enfants et dont il était le coordinateur français, pour les avoir affectées à des actions communales déjà engagées et, notamment, l'édition d'un ouvrage pour le centenaire de la commune⁵⁰.

De même, le fait pour le *"président et directeur de l'association pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence d'affecter les subventions publiques qui lui ont été versées, notamment, par la direction des affaires sanitaires et sociales, la protection judiciaire de la jeunesse, à des établissements relevant du secteur privé de cette association, constitue un détournement de fonds publics"* (Chambre criminelle 16 décembre 2009 pourvoi n° 09-81.192)

Dans de nombreux cas, l'usage des fonds contraires à leur destination, est réalisé sous le couvert de contrats de travail qui ne correspondent pas à la réalité : La chambre criminelle a jugé par un arrêt du 13 septembre 2006⁵¹ que *"l'affectation, en connaissance de cause, des agents municipaux, à des tâches non conformes aux emplois prévus, implique le détournement de leur rémunération, opérée par prélèvement sur le budget de la commune."*

On pourrait aussi se reporter à de nombreux arrêts qui sanctionnent, sous couvert de contrats, l'embauche de personnes travaillant en réalité pour des partis politiques ou syndicats, les dépenses ainsi supportées par les collectivités territoriales étant étrangères à celles-ci. On se reportera entre autres aux arrêts des 28 septembre 2004, pourvoi n°03-85142 ; 3 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.614 ; 2 octobre 2013, pourvoi n° 12-85606 ; 23 juillet 2014, bulletin criminel n° 173.

Ces arrêts mettent en évidence des personnes avec qui la collectivité territoriale a conclu un contrat de travail, qui sont employées à toute autre fin que l'intérêt de la collectivité. Il y a là un habillage juridique intentionnellement frauduleux pour masquer une situation qui caractérise un détournement des fonds.

Le mécanisme utilisé se rapproche de la présente procédure dans la mesure où c'est, là, sous couvert d'un acte juridique, ici, d'une décision juridique, que le détournement, l'appropriation de l'argent public, est opéré.

Le fait dans la présente procédure qui constituerait et permettrait à la fois le détournement de fonds serait la mise à disposition des liquidateurs des époux Y... et des sociétés de Bernard Y... d'une somme de 403 millions suite à un arbitrage dont la sentence aurait été frauduleusement biaisée.

Il est certain que le terme détournement doit être entendu au sens large et qu'il peut prendre des aspects différents. Il doit être entendu au sens d'appropriation frauduleuse par un tiers des fonds dont le dépositaire de l'autorité publique a la disposition. Le détournement implique qu'à un moment le tiers a pu prendre frauduleusement possession des fonds auxquels il a eu accès.

Pour ordonner le renvoi de Mme X..., la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République a estimé qu'il suffisait que soit constaté *"un fait punissable"* de détournement

⁵⁰ Crim 19 décembre 2012 Bull. n° 283.

⁵¹ BC n° 220.

de fonds publics lequel pourrait même ne pas avoir donné lieu à poursuite, dont la réalité était, selon elle, confirmée par les autres éléments du dossier.

La commission considérant que le délit de l'article 432-16 du code pénal étant comme le blanchiment, une infraction distincte et autonome, s'est expressément référée à la jurisprudence née de cette infraction. L'arrêt du 20 février 2008⁵², cité par la commission, rappelle, comme celui du 9 avril 2015,⁵³ que *"le délit de blanchiment est une infraction générale, autonome et distincte"* et approuve la cour d'appel qui, pour entrer en voie de condamnation de blanchiment de fraude fiscale, a énoncé que *"l'article 324-1 du code pénal n'impose pas que des poursuites aient été préalablement engagées ni qu'une condamnation ait été prononcée du chef du crime ou du délit ayant permis d'obtenir les sommes d'argent blanchies mais qu'il suffit que soient établis les éléments constitutifs de l'infraction principale ayant procuré les sommes litigieuses ; qu'ils retiennent qu'en l'espèce, le délit de fraude fiscale résulte de la dissimulation de sommes sujettes à l'impôt, notamment par l'omission de déclaration de ressources ou la perception de recettes occultes, ces dissimulations excédant la somme de 153 euros, et que l'intention coupable se déduit de l'abstention réitérée de déclaration, de l'importance des sommes dissimulées et de la volonté de soustraire des revenus à l'administration fiscale."*

A l'instar de la commission de la Cour de justice de la République on peut, sans doute, toute proportion gardée, faire le rapprochement avec la caractérisation de l'infraction préalable dans les délits de blanchiment ou encore de recel avec cette réserve que le détournement de l'article 432-16 est "la conséquence" des négligences.

La jurisprudence admet qu'il importe peu que l'ensemble des circonstances de l'infraction originaire n'aient pas été déterminées⁵⁴. Ainsi pour un recel de vol dès lors que l'auteur du recel a conscience de l'origine délictueuse de la chose recelée (à propos d'un recel de vol, Crim. n° 00-86.325). La Cour de cassation a également jugé que l'indétermination des circonstances de l'infraction originaire ne permet pas de déduire l'inexistence du recel (Crim. 6 juin 1996, n°95-82.832). Il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction originaire ait été identifié, poursuivi ou condamné. Toutefois, si le délit préalable suppose que la personne soit soumise à un secret professionnel il est indispensable d'établir que le document recelé n'a pu être obtenu par le receleur que d'une telle personne (Crim. 30 octobre 2006, n°06-85.693, Bull. crim. n°258).

Il n'en demeure pas moins, comme le souligne Mme Daury-Fauveau, maître de conférences à l'université d'Amiens, au Jurisclasseur pénal,⁵⁵ qu'*"En droit positif français, l'exigence conduit à établir de manière précise l'existence d'une action qualifiée crime ou délit et d'en relever les éléments constitutifs."*

C'est ainsi que la Cour de cassation censure les arrêts qui n'ont retenu comme fait originaire punissable, une soustraction sans la qualifier de frauduleuse⁵⁶, une non restitution

⁵²Bull. crim. n°43.

⁵³N°14-87.660.

⁵⁴Voir sur ce point, Marie Paule Lucas de Leyssac et Alexandre Mihman, droit pénal des affaires aux éditions Economica p. 136.

⁵⁵Jurisclasseur pénal Articles 321-1 à 321-5.

⁵⁶Crim.23 mai 1962, Bull. crim. n° 204.

d'objet sans caractériser l'abus de confiance⁵⁷, une escroquerie sans en développer les éléments constitutifs⁵⁸. En matière de recel de violation de secret professionnel ou de l'instruction, la chambre criminelle s'est montrée dans ce domaine particulier plus exigeante⁵⁹, notamment, en raison des exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme récemment

L'obligation faite aux juges de caractériser l'infraction originaire et d'en relever les éléments constitutifs est soulignée par la doctrine. Dans leur ouvrage sur le "Droit pénal des affaires" Philippe Maistre du Chambon, Agathe Lepage et Renaud Salomon⁶⁰ rappellent que les juges ne peuvent se contenter de souligner que les objets recelés ont une origine suspecte sans encourir la censure de la Cour de cassation. On se reportera, pour un arrêt récent, à la décision rendue le 7 mars 2012 par la chambre criminelle de la Cour de cassation ayant cassé un arrêt qui avait reconnu une prévenue coupable de recel de banqueroute au seul motif qu'elle reconnaissait les faits sans caractériser le délit initial.⁶¹ La commission de l'instruction de la Cour de Justice de la République se devait donc de relever, au stade de la clôture de l'instruction, des éléments sérieux de nature à accréditer l'existence d'un détournement volontaire commis par un tiers dont elle n'avait pas à préciser, au regard de l'autonomie de l'incrimination, l'ensemble des circonstances.

*

Il convient de rechercher au sein de l'arrêt quels sont les éléments retenus par la commission d'instruction pour caractériser le détournement de fonds publics par un tiers exigé par l'article 432-16 comme "résultant" des négligences, notamment, du dépositaire de l'autorité publique incriminées par ce texte.

Le tribunal arbitral a, in fine, alloué aux liquidateurs des époux Y... les 4/5 des sommes réclamées au titre du préjudice matériel et 45 millions d'euros au titre du préjudice moral des époux Y... somme extrêmement élevée au regard de ce qui est jugé habituellement⁶². On rappellera, également, que, lors de l'instance devant la cour d'appel de Paris, les mandataires liquidateurs avaient sollicité un euro à ce titre⁶³.

⁵⁷ Crim. 16 mars 1988, n° 87-81.306 : *Attendu que le délit de recel n'est légalement constitué que s'il est constaté que les choses recelées ont été enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ;*

Attendu que pour le condamner du chef de recel, l'arrêt attaqué se borne à constater "qu'il est acquis qu'en toute connaissance de cause X... a utilisé ledit véhicule alors que celui-ci aurait dû être restitué depuis plusieurs jours" ;

Mais attendu qu'en s'abstenant de caractériser les éléments constitutifs du délit d'où proviendrait la chose recelée, la Cour a méconnu le principe ci-dessus rappelé et n'a pas donné une base légale à sa décision ;

⁵⁸ Crim. 26 décembre 1918, bull. Crim. N° 247.

⁵⁹ Crim. 6 mars 2012, n° 11-80.801.

⁶⁰ LexisNexis quatrième édition, n°378.

⁶¹ Crim. 7 mars 2012, pourvoi n° 11-80.763.

⁶² Cf. Réquisitoire de Monsieur le Procureur général.

⁶³ La cour d'appel avait estimé que le préjudice était réparé par les dommages intérêts alloués au titre de la réparation du dommage causé par les fautes contractuelles de la banque.

Pour considérer qu'il existait des charges suffisantes de détournement par un tiers, détournement qui pouvait résulter de négligences de la ministre de l'Economie, de l'industrie et des finances, la commission de l'instruction a tout d'abord relevé que le tribunal arbitral s'était affranchi des conditions dans lesquelles il devait exercer sa mission: Aux termes de l'article 7-1 du compromis d'arbitrage, le tribunal arbitral était *"tenu par l'autorité de la chose jugée des décisions définitives rendues dans les contentieux notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005"*.

Ainsi, le tribunal arbitral avait ignoré l'arrêt de la cour d'appel qui :

"Avait dénié toute qualité aux liquidateurs de la société GBT à "demander la plus-value de la vente dont ils auraient été privés en raison du statut d'actionnaire du groupe Bernard Tapie dans la société BTF" (...);

Avait indiqué que les liquidateurs de la société GBT avaient qualité pour agir sur le fondement du mémorandum intervenu le 10 décembre 1992 à l'occasion de la cession, par la SDBO, de la participation dans BTF de GBT et réservant à cette dernière société une partie du prix de vente, de l'ordre de 200 millions de francs, qui devait être affecté au paiement de ces dettes à l'égard de la banque.(Arrêt pages 28 et 29)

La commission d'instruction a de plus analysé l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui, à son sens, renforçait la solution dégagée par la cour au moins sur ce point de droit :

Pour demander une indemnisation, les mandataires liquidateurs étaient recevables à solliciter la réparation du préjudice subi par la société GBT pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes, ce dommage étant propre à celle-ci, distinct du préjudice d'actionnaire et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites.

En revanche les mandataires liquidateurs étaient irrecevables à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par GBT "en sa qualité d'actionnaire de la société BTF" (arrêt page 29)

La commission de l'instruction concluait que "les arbitres étaient donc tenus de subordonner la recevabilité des liquidateurs à la démonstration que GBT avait subi personnellement des préjudices et d'exclure du périmètre de l'indemnisation l'absence de remontée de la plus-value qui aurait dû profiter à son ancienne filiale ; or ils ont fait exactement le contraire, de sorte que la question s'est posée de savoir s'ils avaient manqué à leur obligation de "se conformer à la mission qui leur était conférée, au sens de l'article 1484 §3° du code de procédure civile en vigueur à l'époque des faits et, par la même, fragilisé leur décision" (voir aussi arrêt page 52).

La commission a, par ailleurs, constaté que le compromis d'arbitrage qui a été finalement signé par le Consortium de Réalisation n'était pas celui qui avait été soumis au conseil d'administration de cette société en ce sens qu'il permettait expressément l'attribution d'un préjudice moral aux époux Y... à hauteur de 50 millions d'euros, alors même qu'il n'était pas évident que ce risque non chiffrable soit pris en charge par l'Etat qui devait assumer uniquement le risque du contentieux portant sur la vente proprement dite des actions de la société Adidas.

En outre, les sentences arbitrales et, notamment, celle du 8 juillet 2008 ont été rétractées par arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2015 qui a constaté la fréquence et l'ancienneté des liens de l'un des arbitres, M. H... avec Me I..., conseil de Bernard Y... La commission de l'instruction notait également que le nom de Pierre H... avait été suggéré par Me I..., à Me August, conseil du CDR, qui avait été substitué à Me Martel très défavorable à un arbitrage.(Arrêt pages 24/25)

Enfin, la commission de l'instruction a constaté qu'une information judiciaire était en cours au tribunal de grande instance de Paris . Les juges d'instruction ont tout d'abord mis en examen MM. Y..., C..., G..., E..., I... et H... des chefs d'escroquerie en bande organisée et, pour ce dernier, de faux en écriture privée et , par la suite les 6 mai et 29 juin 2015, mis supplétivement en examen :

-M. Y... du chef de détournement de fonds publics pour avoir à Paris entre 2007 et 2009, détourné des fonds publics, en l'espèce la somme d'environ 403 millions d'euros octroyée indûment par le tribunal arbitral aux liquidateurs du groupe tapie et aux époux Y... au terme d'un arbitrage frauduleux,

-M. C..., en sa qualité de président de l'EPFR, M. G..., en sa qualité de directeur de cabinet de la ministre e l'Economie et es finances, M. E... en sa qualité de président du CDR , M. H... en sa qualité de membre du tribunal arbitral et Me I... en sa qualité d'avocat de M. et Mme Y..., du chef de complicité de détournement de fonds publics reproché à M. Y...

La commission d'instruction de la CJR a conclu ainsi : *“L'information suivie au tribunal de grande instance de Paris pour, notamment, escroquerie en bande organisée, détournement de fonds publics et complicité de ce délit, dans laquelle ont été mis en examen de ces chefs MM. G..., C..., E... et H..., si elle n'est pas clôturée, a mis en évidence le caractère indu de l'octroi par le tribunal arbitral, dont les sentences ont été rétractées par l'arrêt du 17 février 2015 de la cour d'appel de Paris, d'une somme -évaluée à environ 403 millions d'euros - au bénéfice des liquidateurs du groupe Tapie et des époux Y... ; que la réalité du détournement de ces fonds publics confirmée par les autres éléments du présent dossier, suffit à justifier qu'il soit mis fin à la présente information ; qu'en effet le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal, constitutif comme le blanchiment, d'une infraction distincte et autonome, suppose seulement qu'il soit constaté, l'existence d'un fait punissable de détournement de fonds publics, lequel pourrait ne pas avoir fait l'objet de poursuites” (...).* (arrêt page 64)

La cour a ainsi caractérisé, à ce stade de la procédure, l'existence d'éléments permettant de retenir un détournement de fonds publics, à savoir le détournement de fonds publics au travers, notamment, d'un arbitrage. Le paiement des sommes aux liquidateurs des sociétés de Bernard Y... et des époux Y... n'avait pas pour finalité de mettre un terme à plusieurs contentieux mais l'enrichissement des époux Y..., le versement à ceux-ci de sommes qu'ils n'auraient pu espérer par la voie judiciaire. L'affectation des sommes était détournée de son objet. Le mécanisme utilisé n'est pas sans rappeler le détournement des moyens mis à sa disposition par M. X... pour se faire remettre des fonds⁶⁴ ou encore, dans un tout autre domaine, l'abus de confiance commis par un buraliste qui se sert du terminal mis à sa disposition pour opérer des détournements au préjudice de la Française des jeux en ne payant pas ses paris⁶⁵.

⁶⁴Chambre criminelle 19 mars 2014, Bull. crim. n° 86 : “Commet le délit d'abus de confiance le salarié d'une banque chargé des fonctions d'opérateur de marché qui, en prenant, à l'insu de son employeur, des positions spéculatives au mépris de son mandat et au-delà de la limite autorisée, détourne de l'usage auquel ils étaient destinés les fonds et les moyens techniques qui lui étaient confiés”.

⁶⁵ Chambre criminelle 16 octobre 2013 , Bull. crim. n°191 :“Commet un abus de confiance le titulaire d'un contrat d'agrément avec la société La Française des jeux qui, ne réglant pas les mises personnelles qu'il enregistre sur le terminal de jeux, utilise cet appareil à des fins autres que celles pour lesquelles il lui avait été confié et détourne le montant des sommes qu'il aurait dû verser.

Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt qui, pour relaxer le prévenu de ce chef, énonce qu'il ne peut lui être reproché d'avoir détourné à son profit ni les mises d'autres joueurs ni la machine à enregistrer les paris, utilisés dans ce seul but”.

Le moyen qui critique les charges retenues par la commission d'instruction pour caractériser, à ce stade de la procédure, les éléments de nature à établir un détournement au sens de l'article 432-16 du code pénal, ne tend en définitive qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des charges par les juges du fond qui échappe au contrôle de la Cour de cassation dès lors que la motivation est exempte d'insuffisance et de contradiction.

Le moyen ne peut qu'être écarté.

*

VI/ Sur le deuxième moyen de cassation :

Pris de la violation des articles 432-16, 432-17 et 121-3 du code pénal, 1^{er} de la loi des 16 et 24 août 1790, L 431-4 du code de l'organisation judiciaire, 480 du code de procédure civile, 591 et 593 du code de procédure pénale, la deuxième branche du moyen soutient que l'arrêt de la commission d'instruction n'a pas caractérisé les négligences imputées à Mme X...;

La première branche du moyen souligne que la décision de soumettre le contentieux litigieux à la voie procédurale de l'arbitrage, voie reconnue, organisée et contrôlée par le code de procédure civile, constitue un mode normal de règlement des litiges commerciaux. En l'absence de toute circonstance anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres, ou aux modalités de leur désignation, le choix de ce mode de règlement d'un litige ne présente pas d'aléas différents de ceux courus devant la juridiction étatique et ne peut quel qu'en soit le processus caractériser une négligence de son auteur, dépositaire ou non de l'autorité publique.

Les deuxième, troisième et quatrième branches du moyen critiquent l'arrêt de la commission d'instruction en ce qu'il n'a pas caractérisé des charges suffisantes de négligences au sens de l'article 432-16 du code de pénal au stade de la renonciation à l'exercice d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale.

-Selon la deuxième branche du moyen la commission de l'instruction ne pouvait considérer que Mme X... avait commis une négligence en renonçant à exercer un recours en annulation de la sentence arbitrale au motif qu'il existait "un moyen sérieux d'annulation", la méconnaissance par le collège des arbitres "de l'autorité de la chose jugée (des) motifs de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation" alors que, si l'article L.431-4 du code de l'organisation judiciaire revêt des décisions de cassation rendues en Assemblée plénière d'une force obligatoire à l'égard de la juridiction de renvoi sur les points de droit ayant abouti à la cassation, il ne déroge pas à l'article 480 du code de procédure civile et ne confère aucune autorité de la chose jugée aux motifs de ces décisions.

-Selon la troisième branche du moyen, l'arrêt se serait contredit en concluant à la négligence de la ministre "qui avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation" alors que la commission d'instruction avait relevé "la formulation d'avis divergents des différents juristes consultés".

-La quatrième branche du moyen relève, au surplus, que la commission d'instruction ne pouvait, sans se contredire, qualifier de négligence pénalement punissable la décision de la ministre de renoncer à l'exercice d'un recours après avoir énoncé que, compte tenu notamment de l'existence d'une contrepartie à cette renonciation et des avis divergents précités, cette décision constituait « l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle », ne pouvant « être appréciée par le juge pénal du point de vue de l'opportunité politique » (p. 51).

*

Les arguments au soutien du pourvoi formé par Mme X... :

Le mémoire ampliatif rappelle que l'arbitrage est défini par les articles 1442 du code de procédure civile et constitue un mode de règlement normal des litiges commerciaux. Le juge arbitral exerce une mission très similaire à celle du juge étatique, il tranche le litige en droit (article 1474 ancien du CPC en vigueur à l'époque de l'arbitrage) et rend une décision assortie de l'autorité de la chose jugée (article 1476 ancien du CPC). De plus, le recours à l'arbitrage permet de réunir plusieurs procédures, ce que le traitement judiciaire ne permet pas et de limiter les prétentions des parties. En l'espèce, les prétentions des liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et des époux Y... étaient bien inférieures aux prétentions de ceux-ci devant la cour d'appel.

La première branche du moyen soutient que la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne pouvait retenir comme négligence, la décision d'entrer en voie d'arbitrage étant précisé que si l'ensemble des diligences exigées par la commission avaient été respectées, la ministre aurait pu, pour des considérations d'opportunité, qu'il lui appartenait d'apprécier, décider de la même manière de recourir à l'arbitrage. La commission ne pouvait retenir comme négligence une telle décision, la qualifiant de "*juridiquement malvenue*"(arrêt page 58 dernier paragraphe).

La deuxième branche du moyen fait valoir que la commission d'instruction ne pouvait retenir comme négligence de la part de Mme X..., le fait qu'elle a renoncé à un recours en annulation alors qu'existait un moyen de droit sérieux, à savoir le non respect par la sentence arbitrale de l'autorité de la chose jugée qui s'attachait aux motifs de l'arrêt rendu par la Cour de cassation en Assemblée plénière, le 9 octobre 2006, dans le contentieux opposant les liquidateurs des sociétés de Bernard Y... et des époux Y... au Consortium de Réalisation créances, alors que seul le dispositif de cet arrêt avait autorité de la chose jugée et, non, ses motifs. Le mémoire ampliatif rappelle que l'article L.431-4 du Code de l'organisation judiciaire ne constitue qu'une simple règle d'organisation judiciaire qui n'a d'autre fin que de permettre à la Cour de cassation d'assurer sa mission de cour régulatrice : il s'agit de revêtir de force obligatoire, à l'égard de la juridiction de renvoi, les décisions rendues par l'Assemblée plénière sur les points de droit ayant abouti à la cassation. L'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire ne fait, en revanche, pas référence à une quelconque autorité de la chose jugée des motifs retenus par l'Assemblée plénière (Mémoire ampliatif pages 33 et 34).

La troisième branche du moyen souligne que la commission d'instruction ne pouvait considérer que Mme X... avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la sentence arbitrale. Elle avait, en effet, relevé que Me Spinosi, consulté, était d'un avis contraire (arrêt page 29 et 30), que Me Soltner avait dans un premier temps émis des réserves sur les perspectives d'un recours en annulation pour ne modifier sa position que quelques jours plus tard, que Me Martel ne s'était pas prononcé lui-même se fiant à la position finalement adoptée par Me Soltner et que Me August avait indiqué qu'un recours en annulation avait peu de chances de prospérer. Ayant, de plus, retenu à décharge les avis divergents reçus par Mme X..., la commission ne pouvait, sans se contredire, retenir à charge, selon le mémoire, que celle-ci connaissait l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la décision arbitrale.

Enfin, la commission ne pouvait regarder comme une faute pénale une décision qu'elle avait elle-même considérée comme étant l'expression d'une décision politique: «*les instructions données le 28 juillet 2008 en défaveur d'un recours peuvent être revendiquées comme l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle et ne peuvent être appréciées par le juge pénal du point de vue de l'opportunité politique.*» (arrêt attaqué, p. 51 § 2).

*

La commission de l'instruction de la Cour de justice de la République a retenu à l'encontre de Mme X..., comme constituant des charges de négligence au sens de l'article 432-16 du code pénal, les circonstances ayant entouré la manière dont la ministre a approuvé la décision d'entrer en arbitrage.

André Vitu souligne que " *Pour caractériser l'élément moral de l'infraction qu'il réprime, l'article 432-16 du code pénal emploie le seul mot de négligence, qui est censé englober toute sorte de faute non intentionnelle : la négligence proprement dite, l'inattention, le défaut de surveillance, l'imprudence dans la garde et la surveillance des objets confiés, l'inobservation des règlements dont le respect méticuleux empêcherait la destruction ou le détournement par des tiers*⁶⁶". Pour Michèle-Laure Rassat, l'élément moral de l'infraction se définit tout entier par un défaut de surveillance.⁶⁷

Quant à Emmanuel Dreyer⁶⁸, il évoque un défaut d'attention de l'agent. " *Le texte ne parle que de négligence mais cela suffit pour indiquer que l'agent ne doit pas s'être associé à l'acte de destruction, détournement ou soustraction. Auquel cas, il pourrait sans doute être poursuivi comme complice. Il s'agit ici de prévenir le sentiment d'insécurité que pourraient ressentir les citoyens en s'adressant à leur administration : ils ne doivent pas s'en méfier à raison de sa désorganisation et de l'incompétence de ceux qui doivent veiller à son bon fonctionnement.*"

Agathe Lepage et Haritini Matsopoulou⁶⁹ soulignent que le texte tend à " *sanctionner les agents publics dont la négligence, l'inattention, le défaut de précaution ou le manque de vigilance a permis l'accomplissement de ces actes. Dans cette hypothèse, les auteurs se voient, en réalité, opposer une faute d'abstention ou d'omission, à savoir un défaut de surveillance ayant contribué à la réalisation des faits délictueux par un tiers*".

La commission d'instruction a considéré que la décision de la ministre n'avait pas été correctement préparée et avait été mal encadrée. Cette décision intervenait dans un contexte pouvant aussi apparaître fautif au regard de l'arrêt rendu le 9 octobre 2006 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui avait précisé les conditions dans lesquelles les prétentions des liquidateurs des sociétés de Bernard Y... et des époux Y... pouvaient prospérer devant la cour de renvoi. De plus, la position de la ministre venait se heurter à l'avis contraire et répété de l'Agence pour les Participations de l'Etat (APE) et à l'hostilité de la Caisse des dépôts et consignations qui, en conséquence, avait décidé de ne plus apporter son appui au CDR pour le traitement du dossier Adidas.

La commission d'instruction a également relevé, à charge de Mme X..., la nomination de M. C... à la tête de l'EPFR à quelques jours de décisions importantes. Celui-ci ne connaissait rien au contentieux issu de la vente de la société Adidas. Rien n'expliquait le choix de nommer cet homme à quelques mois de sa retraite alors qu'il avait été envisagé, dans un premier temps, de proroger le mandat de M. B...

Enfin, est considéré comme constituant une négligence, le fait de ne pas s'être assurée, avant que ne soit signé le compromis d'arbitrage, conformément à ses instructions du 10 octobre 2017, que le Crédit Lyonnais avait accepté de garantir, ainsi qu'il s'y était engagé, à hauteur de 12 millions d'euros, une éventuelle condamnation du CDR dans l'affaire Y... De

⁶⁶ Jurisclasseur pénal articles 432-15 et 432-16 du code pénal fascicule 20 n° 69.

⁶⁷ Précis Dalloz, Droit pénal spécial page 1213.

⁶⁸ Cours de droit pénal éditions Ellipse n°1344.

⁶⁹ Droit pénal spécial Thémis PUF 1^{ère} édition juillet 2015 n° 1103.

plus, ses instructions du 23 octobre 2007, données directement au président de l'EPFR, d'interpréter ses précédentes directives comme exigeant que l'accord du Crédit Lyonnais soit obtenu avant le prononcé de la sentence faisaient courir un risque accru pour les finances publiques et revenaient sur un accord de la banque qui avait été consacré par son prédécesseur le 17 mars 1999.

La commission a considéré que l'ensemble de ces agissements a constitué autant de négligences qui n'ont pas permis de mesurer exactement les conséquences de la décision d'entrer en arbitrage et les risques encourus par les finances publiques. Les négligences imputées à Mme X... qui ont entouré sa décision d'entrer en arbitrage, faisaient peser sur les finances publiques un risque important qui aurait pu être évité.

La première branche du moyen se limite, donc, à contester la pertinence et la portée des charges retenues au stade de la prise de décision de recourir à un tribunal arbitral telles qu'elles ont été appréciées souverainement par les conseillers de la commission d'instruction et qui seront discutées contradictoirement devant la Cour de justice de la République.

*

De même, les trois dernières branches du moyen critiquent les charges relevées par la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République au stade de la décision de ne pas exercer un recours en annulation contre la sentence arbitrale.

-Deuxième branche du moyen : Sur la portée de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 9 octobre 2006 :

La commission d'instruction de la Cour de Justice de la République a rappelé qu'aux termes de l'article 7-1 du compromis d'arbitrage, le tribunal arbitral était tenu par l'autorité de la chose jugée des décisions définitives rendues dans les contentieux, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005. La cour d'appel avait considéré que les liquidateurs n'avaient qualité pour agir que sur le fondement du mémorandum intervenu le 10 décembre 1992 à l'occasion de la cession par la SDBO de la participation dans BTF de GBT et réservant à cette dernière société une partie du prix de vente de l'ordre de 200 millions d'euros qui devait être affectée au paiement de ses dettes à l'égard de la banque. Les liquidateurs n'avaient ainsi aucune qualité "à demander la plus-value résultant de la vente dont ils auraient été privés", le statut d'actionnaire du groupe Bernard Tapie dans la société BTF ayant pris fin avec l'attribution des actions à la SDBO (Arrêt page 28).

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation saisie du pourvoi contre cet arrêt ayant validé cette solution, les liquidateurs ne pouvaient réclamer que le préjudice subi par la société GBT elle-même "*pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes, ce dommage étant propre à la société GBT, distinct de son préjudice d'actionnaire et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites. Les liquidateurs étaient en revanche irrecevables à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par GBT "en sa qualité d'actionnaire" de la société BTF (arrêt de la commission, pages 28 et 29 et 51 et 52).*

La commission d'instruction a estimé que les arbitres avaient adopté dans leur décision des motifs en contradiction avec les points de droits tranchés par l'arrêt du 9 octobre 2006. Elle

en conclut qu'il existait un moyen sérieux d'annulation de la sentence justifiant qu'un recours soit exercé.

Pour critiquer cette motivation, le moyen soutient que seul le dispositif de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a autorité de la chose jugée et la commission d'instruction, en conférant aux motifs de l'arrêt une autorité de la chose jugée, aurait méconnu tant l'article L.431-4 du code de l'organisation judiciaire que l'article 480 du code de procédure civile.

L'article L431-4 du code de l'organisation judiciaire dispose que :

“En cas de cassation, l'affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l'article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats.

Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci.”

Dans leur ouvrage sur la cassation en matière civile, MM. Boré,⁷⁰ rappellent que *“sur tous les points tranchés par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la cour de renvoi est strictement tenue de se conformer à la doctrine juridique de l'arrêt”*. Ces deux auteurs soulignent que *“cette obligation est particulièrement impérative et qu'il n'est pas douteux que l'arrêt repoussant la doctrine de l'Assemblée plénière pourrait être frappé d'un nouveau pourvoi et annulé pour excès de pouvoir”*. Cette solution s'impose depuis la loi n°79-9 du 3 janvier 1979 dès la première cassation.

MM. Boré⁷¹ soulignent que la Cour de cassation a ainsi la possibilité de trancher beaucoup plus rapidement une question de principe par un arrêt solennel, qui mettra fin à une controverse entre elle et les juridictions de renvoi(...)Le droit sera ainsi fixé plus vite et plus clairement.

L'Assemblée plénière a, par son arrêt du 6 octobre 2006⁷², statué sur la recevabilité à agir des liquidateurs des sociétés de Bernard Y... et des époux Y... contre le CDR et le Crédit Lyonnais et rejeté le moyen proposé par le CDR créances. La doctrine de l'Assemblée plénière s'impose sur ce point à la Cour de renvoi. Elle est énoncée dans l'attendu suivant:

“Attendu, en second lieu, que l'arrêt relève que les mandataires liquidateurs ne se bornaient pas à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par la société GBT en sa qualité d'actionnaire de la société BTF SA mais qu'invoquant des manquements à la convention du 16 décembre 1992 par laquelle cette dernière société avait, en exécution du mémorandum du 10 décembre 1992 dont cette convention constituait la mise en oeuvre, chargé la SDBO de la cession de sa participation, ils sollicitaient en outre la réparation du préjudice subi par la société GBT pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes ; qu'en l'état de ces constatations dont il résulte que les mandataires liquidateurs, qui se prévalaient d'un préjudice propre à la société GBT, distinct de son préjudice d'actionnaire et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites, avaient ainsi, dans cette mesure et abstraction faite du bien-fondé de leurs prétentions indifférent à ce stade, un intérêt à agir en responsabilité contre les établissements de crédit, la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs articulés par les première, deuxième, troisième, huitième, neuvième et douzième branches, a exactement décidé que l'action, en tant qu'elle tendait à la réparation de ce préjudice personnel, était recevable”

⁷⁰Éditions Dalloz pratique de la cassation en matière civile n° 133.91 et suivants

⁷¹Répertoire de droit civil -Cour de cassation n° 169 et s...

⁷²Cote D

La commission de l'instruction ne s'est donc nullement méprise sur la portée d'une telle décision et n'a pas méconnu les dispositions de l'article L.431-4 du code l'organisation judiciaire.

-Les contradictions alléguées par les troisième et quatrième branches du moyen:

La troisième branche du moyen soutient que la commission de l'instruction ne pouvait considérer, sans se contredire, que Mme X... avait été avisée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la sentence arbitrale alors qu'elle avait fait état de la formulation d'avis divergents. La commission d'instruction, après avoir souligné à la décharge de Mme X... que celle-ci avait été destinataire d'avis qui étaient défavorables à un recours en annulation de l'arbitrage, ceux de M. E..., de Me August et de Me Spinosi, a exposé en quoi il lui semblait qu'il y avait un motif sérieux d'annulation qu'à son sens, Mme X... connaissait, et, en quoi cette position soutenue par des personnes qui avaient suivi le dossier de longue date lui paraissait s'imposer. Il n'y a là aucune contradiction.

De même, la quatrième branche du moyen ne saurait davantage prospérer. Il convient de souligner qu'après la phrase critiquée à la quatrième branche du moyen, la commission d'instruction a énoncé : *“La décision de Mme X... doit être examinée sous le seul angle des fautes- notamment de négligence-dont elle pourrait procéder; il convient donc de rechercher si elle a été précédée des diligences nécessaires et fondée sur des éléments suffisamment pertinents”*(Arrêt page 51). C'est la démarche qu'a suivi la commission d'instruction, en rassemblant les charges de négligence qu'elle considérait comme suffisantes tant au stade de la prise de la décision de l'arbitrage qu'à celui de la renonciation d'exercer un recours en annulation.

En conclusion, le deuxième moyen de cassation proposé se borne à remettre en cause l'appréciation souveraine des charges par les juges du fond dont il n'appartient pas à la Cour de cassation de vérifier l'existence ou d'apprécier la valeur. L'arrêt sur ce point ne tranche définitivement aucune question et l'ensemble des éléments ainsi retenus pourra être discuté contradictoirement devant la Cour de justice de la République.

Il nous paraît donc que le moyen ne peut qu'être rejeté.

*

VII/ Sur le troisième moyen de cassation :

Pris de la violation des mêmes articles 432-16, 432-17, 121-3 du code pénal 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale, le troisième moyen de cassation critique l'arrêt pour avoir considéré que les négligences qu'il retenait à l'encontre de Mme X... avaient permis que soit détournée la somme de 403 millions d'euros versée aux liquidateurs des époux Y... et à ceux-ci ;

Alors que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal ne peut être constituée que si le détournement résulte de la négligence imputée au dépositaire de l'autorité publique; que lorsque le détournement procède de l'exécution d'une fraude, seules les négligences qui sont à l'origine de celle-ci peuvent être punissables ; que la commission d'instruction qui ne relève aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux d'un des arbitres ayant seul pu conférer à l'exécution de la sentence le caractère d'un détournement, et qui ne constate pas, non plus, que ce comportement frauduleux aurait été prévisible lors de la décision

de compromettre ou décelable lors de celle de ne pas former un recours en annulation, n'a ainsi relevé aucune charge relative à cet élément indispensable à la constitution de l'infraction.

Les arguments développés dans le mémoire ampliatif :

La SCP Alain Bénabent et Marielle Jehannin souligne que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal suppose, pour être constituée, que le détournement constaté "résulte" d'une négligence du dépositaire de l'autorité publique.

S'agissant d'un détournement procédant de l'exécution d'une sentence arbitrale, la caractérisation de l'infraction implique que les négligences retenues soient en lien avec le comportement frauduleux des arbitres ou que ce comportement frauduleux ait été prévisible au moment où celles-ci ont été commises.

Or, la commission d'instruction n'a établi de lien de causalité qu'entre les décisions de la ministre, d'une part, d'entrer en arbitrage et l'ouverture de cette procédure, d'autre part entre la décision de ne pas exercer de recours contre cet arbitrage et l'absence d'annulation de la sentence arbitrale.

La commission de l'instruction de la Cour de justice de la République n'a constaté aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux des arbitres d'une part ; elle n'a pas non plus établi que ce comportement frauduleux était prévisible lors de la décision de compromettre, ni décelable lors de celle de ne pas former un recours en annulation, d'autre part.

Le mémoire ampliatif souligne qu'en l'absence d'achèvement de l'instruction en cours d'instruction à Paris, la commission se trouvait dans l'impossibilité d'établir la fraude, et les manoeuvres la caractérisant ainsi qu'un lien de causalité avec les éventuelles négligences de Mme X...

*

Il a été souligné, dans les développements consacrés au premier moyen de cassation, que la commission de l'instruction, avait à ce stade de l'instruction, c'est à dire du renvoi devant la Cour de justice de la République, retenu des charges suffisantes pour considérer que le paiement des sommes mises à la charge du Consortium de Réalisation créances auquel l'EPFR apportait sa garantie et, au travers cet établissement public, l'Etat, par la décision d'arbitrage constituait un détournement au sens de l'article 432-16 du code pénal.

La commission a souverainement apprécié qu'il y avait des raisons sérieuses de considérer que les sommes mises à la charge du CDR étaient indues en ce sens qu'elles ne venaient pas clore le litige entre cet organisme et le Crédit Lyonnais, d'une part, les liquidateurs des sociétés de Bernard Y... et des époux Y..., d'autre part, mais, en réalité, et sous couvert d'une apparence d'arbitrage, mettre à la charge du CDR des sommes indues que les liquidateurs ne pouvaient escompter obtenir par la voie judiciaire. C'est tout un processus décisionnel longuement décrit par la commission qui a conduit au versement de ces sommes.

La demanderesse ne saurait être suivie dans son argumentation lorsqu'elle soutient que les négligences qui lui sont imputées devraient être relation de causalité avec les manoeuvres frauduleuses qui auraient été commises par l'un des arbitres. Il ne saurait être soutenu comme le développe le mémoire ampliatif que la commission d'instruction aurait dû établir que les négligences relevées à l'encontre de Mme X... soient, ou en lien avec le comportement des arbitres, ou que ce comportement frauduleux ait été prévisible au moment où les négligences ont été commises.

Le lien de causalité qui est requis par l'article 432-16 du code pénal est celui qui doit relier les négligences et le dommage. Le dommage est constitué par la mise à la charge in fine de l'Etat de sommes qu'il ne devait pas exposer et le paiement de celles-ci.

C'est le seul lien de causalité qui est exigé par l'incrimination. L'infraction autonome et distincte de l'article 432-16 du code pénal ne suppose pas que l'ensemble des circonstances entourant le détournement était connu. Il suffit sur ce point de se reporter à la jurisprudence déjà citée.

Le délit de l'article 432-16 suppose simplement que les négligences ont facilité, permis ce détournement. Sans elles, ce détournement n'aurait pas pu avoir lieu, il aurait pu être prévenu. Les négligences doivent revêtir un degré de gravité certain qui s'apparente à celui de la faute caractérisée.

A l'évidence, l'entrée en arbitrage et le fait de ne pas exercer de voie de recours en annulation ne sont pas sans lien de causalité avec le paiement des sommes allouées par le tribunal arbitral.

Au niveau des charges, il s'impose seulement d'examiner si la commission d'instruction a caractérisé des négligences, tant au stade de l'entrée en arbitrage que de la renonciation à un recours en annulation qui ont permis ou facilité le paiement des sommes mises à la charge du CDR, résultant d'un détournement qui aurait pu être évité.

La commission a souligné que le dossier concernant le litige opposant le CDR et le Crédit Lyonnais aux liquidateurs des sociétés de Bernard Y... et des époux Y... était géré au niveau du cabinet de la ministre, par le directeur de cabinet en personne et elle-même. Les conseils de l'Agence des Participations de l'Etat ont été très largement ignorés ou délaissés.

La commission d'instruction a relevé, à juste titre, que les plafonds retenus par le compromis d'arbitrage ne tenaient aucun compte des recommandations qui avaient pu être faites dans ce litige, dans un premier temps par le procureur général près la Cour de cassation, M. Burgelin chargé d'une mission de médiation, puis par la note élaborée par MM. Cieutat, Coulon et Rouvillois. Ceux-ci avaient conclu à la nécessité de ne pas allouer aux liquidateurs du groupe Tapie une somme supérieure à celle allouée par la cour d'appel de Paris par arrêt du 30 septembre 2005 (135M€) et, en tout état de cause, de n'allouer aucun versement en numéraire aux époux Y...

De plus, les termes du compromis d'arbitrage qui a été soumis au conseil d'administration du 2 octobre 2007 étaient très sensiblement différents de celui qui devait être signé le 16 novembre 2007. Ce dernier officialisait la prise en compte d'un préjudice moral des époux Y... dont il n'est pas certain qu'il entrait dans le champ des risques non recouvrables garantis par l'Etat à la suite du protocole signé avec le Crédit Lyonnais et les lettres interprétatives de 1999 du ministre de l'Economie même si, à l'époque, l'APE n'avait pas de doute sur ce point et contestera les observations de la Cour des comptes intervenues en 2011. Le risque garanti était, en effet, limité : celui entourant la vente de la société Adidas⁷³. Ces

⁷³Ce devait être également la position initiale du CDR puisqu'après l'arbitrage et dans un premier temps celui-ci ne demandera pas la garantie de l'EPFR, le CDR convenant seul assumer le paiement des 45 millions d'euros alloués au titre du préjudice moral aux époux Y...

points, selon la commission, pourtant essentiels pour limiter les risques de l'Etat, ont été très largement ignorés de Mme X...

La décision d'entrer en arbitrage était prise alors même que l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait strictement encadré la nature du préjudice qui pouvait être allégué par les liquidateurs du groupe Tapie et alors que les conclusions déposées par ceux-ci n'avançaient aucun élément nouveau à l'appui de leur thèse. L'Agence des Participations de l'Etat avait fait valoir, par plusieurs notes formelles, que la décision d'arbitrage faisait courir un risque substantiel pour le CDR et au travers lui des finances de l'Etat.

Sur les conditions d'entrée en arbitrage, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a notamment noté que, par instruction en date du 10 octobre 2007, Mme X... avait subordonné le vote des représentants de l'Etat au sein du conseil d'administration de l'EPFR au respect de l'accord donné antérieurement, en 1999, par le Crédit Lyonnais d'assumer une somme forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR. Cet accord avait été acté par le prédécesseur de la ministre dans deux courriers datés du 17 mars 1999, adressés tant au Crédit lyonnais qu'au président du CDR.

La banque ne devait pour autant pas revenir sur sa décision de ne pas honorer cet engagement pour le cas où serait mis en oeuvre un arbitrage l'écartant. C'est dans ces conditions que la commission reproche à Mme X... d'avoir accepté que soit signée de sa griffe une dépêche adressée au président de l'EPFR préparée par son directeur de cabinet M. G... et M. E... indiquant que ces précédentes instructions devaient être interprétées comme signifiant que l'accord de la banque devait être trouvé avant le prononcé de la sentence arbitrale.

La commission a retenu à l'encontre de Mme X... d'avoir permis l'entrée en arbitrage en méconnaissance des accords antérieurs et faisant courir des risques accrus à l'Etat puisque le principal intéressé au litige, le Crédit Lyonnais, en était écarté.

De plus, la commission de l'instruction a retenu que Mme X... avait nommé, à compter du 15 septembre 2007, M. C... à la tête de l'EPFR à un moment où des décisions importantes devaient être prises et que l'intéressé devait être admis par limite d'âge à la retraite en décembre 2007. Mme X... avait pourtant dans un premier temps par une lettre du 6 août 2007, accepté que le président de l'EPFR, qui était admis à faire valoir ses droits à la retraite, serait prolongé au moins jusqu'à la fin de l'année. Un homme favorable à l'arbitrage succédait à un président qui y était hostile.

La commission de l'instruction a, par ailleurs, retenu des charges de négligence au stade de la renonciation à un recours en annulation. Il ressortait des analyses de l'APE, de la lecture de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ainsi que de l'arrêt de la cour d'appel de septembre 2005, que les liquidateurs du groupe Tapie ne pouvaient fonder leurs demandes que sur le mémorandum qui avait été conclu entre GBT, Bernard Y... et la SDBO quant à l'affectation d'une partie du prix de la cession de la société Adidas à l'apurement des dettes du groupe à l'égard de la banque. Les liquidateurs n'étaient pas fondés à solliciter la remontée de la plus value qui aurait dû profiter à son ancienne filiale. La commission de l'instruction retient que le tribunal arbitral a fait exactement l'inverse. En outre, au regard de l'importance des sommes allouées un recours s'avérait sans risque réel.

*

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République, rejoignant sur ce point les réquisitions de Monsieur le procureur général, a estimé que ces fautes étaient dans un lien de causalité directe avec le dommage dans la mesure où elles étaient déterminantes.

Comme le souligne Jean-Yves Maréchal, Maître de conférences à l'université de Lille ⁷⁴ *“la jurisprudence a adopté une conception plus large de la causalité directe que celle de la causalité immédiate. Elle a ainsi retenu que le fait reproché à l'auteur avait seulement déclenché le processus causal conduisant au résultat ou encore joué un rôle important dans celui-ci”*.

Dominique Guihal et Thierry Fossier au Jurisclasseur pénal relèvent que la cause essentielle et déterminante permet d'étendre le domaine de la causalité directe à des hypothèses dans lesquelles il est reproché au prévenu de ne pas avoir, au sens de l'article 121-3 du code pénal, pris les mesures permettant d'éviter le dommage. La cause médiate peut donc être retenue lorsqu'elle est adéquate.

La chambre criminelle a retenu la notion de “cause déterminante” dans deux arrêts de 2002, notamment dans l'un ⁷⁵ où la responsabilité d'un médecin était recherchée après le décès d'une patiente ayant subi une intervention chirurgicale à des fins esthétiques, suite à une embolie pulmonaire massive survenue cinq jours après l'opération dont la décision de la réaliser, cause déterminante, n'avait pas été entourée de toutes les précautions voulues au regard de l'état de santé de la patiente.

De même, par un arrêt du 16 octobre 2007⁷⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé la condamnation de deux contrôleurs chargés de guider des avions sur les pistes de l'aéroport dont les fautes avaient conduit à faire s'aligner sur la même piste d'envol, deux avions, dont l'un des pilotes décollant était aller heurter l'autre avion. La cour a jugé que : *“que les dommages ont été directement causés par les fautes commises simultanément par les personnes chargées du contrôle des mouvements des aéronefs, la cour d'appel a justifié sa décision”*.

Commentant un arrêt qui a retenu la responsabilité pénale pour homicide involontaire du conducteur d'un véhicule qui, roulant à une vitesse excessive, avait percuté un sanglier et, après avoir perdu le contrôle de son véhicule, était venu heurter de plein fouet une voiture circulant en sens inverse tuant le conducteur de celle-ci, le professeur Mayaud⁷⁷ a pu énoncer: *“ Il faut en déduire que la cause directe ne se confond pas avec l'origine première de l'accident, ou l'événement physique qui l'a déclenché. Elle est compatible avec d'autres données, qui dépassent ou qui surpassent ce qui correspond au premier maillon d'une chaîne qui en compte plusieurs. Elle peut être le produit d'une relation moins flagrante, tout en participant d'un lien de proximité avec le dommage ce qui ne la prive pas de cette nature immédiate, et n'en fait pas un simple élément de “contribution” à sa réalisation au sens indirect du terme. Un événement d'apparence secondaire, par opposition à ce qui est premier, peut donc être directement causal, dès lors que ce paramètre est déterminant (...) La cause directe s'apprécie de manière globale, afin d'en restituer à la fois le point d'impact et les ondes de choc. Tout ce qui s'inscrit dans la logique d'un enchaînement interrompu a ainsi vocation à être direct, même s'il ne s'agit pas à proprement parler, d'une cause chronologiquement première”*.

La décision d'entrer en voie d'arbitrage

- nonobstant l'absence de la garantie du Crédit Lyonnais à hauteur de 12 millions d'euros
- en se privant de la connaissance du dossier par la banque pour l'avoir écartée de l'arbitrage,

⁷⁴ Synthèse Lexis Nexis sur le délit d'homicide volontaire.

⁷⁵ Pourvoi n° 01-87.374.

⁷⁶ N°07-81.916.

⁷⁷ RSC 2002

- en ne contrôlant pas suffisamment les plafonds retenus par le compromis d'arbitrage,
- en ne prenant pas en compte les recommandations émises antérieurement par d'éminentes personnalités, notamment, lors d'une tentative antérieure de médiation,
- en ignorant la position favorable qui résultait de la doctrine de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation,

a, de manière déterminante, ouvert la voie à un arbitrage qui comportait des risques et l'absence de recours, supprimé toute chance d'échapper au paiement des condamnations litigieuses.

Par delà la causalité directe qu'elle a privilégiée, la commission de l'instruction a évoqué que l'ensemble des fautes qu'elle avait retenues était susceptible de constituer de par leur importance et leur multiplicité, une faute caractérisée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du code pénal.

Les comportements retenus à charge contre Mme X... ne sont pas sans évoquer une faute caractérisée commise par une personne ayant créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, qui exposait les finances publiques à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer. L'article 121-3 du code pénal étant général, même s'il a été conçu pour les infractions à l'intégrité corporelle doit également s'appliquer, en raison de sa généralité, à une infraction de négligence contre les intérêts financiers de l'Etat⁷⁸.

Cette faute constitue *“une défaillance inadmissible [dans une] situation qui mérite une attention soutenue, en raison des dangers ou des risques qu'elle génère.”*⁷⁹

*“La faute caractérisée emprunte sa substance à un manquement non délibéré dans son principe, ce qui en fait une faute classique, tout en étant revêtue d'une certaine importance pour ce qu'elle représente de défaillance inadmissible, par la connaissance effective ou requise, de la dangerosité des circonstances à l'origine du dommage. La faute caractérisée trahit une indifférence intolérable à des risques évidents.”*⁸⁰

Il résulte, comme le soulignent Francis Legunéhec et Frédéric Desportes dans leur ouvrage Droit pénal général, des travaux parlementaires que faute caractérisée *“doit présenter une plus grande gravité que la faute d'imprudance ordinaire, mais que cette gravité n'a pas besoin d'être exceptionnelle”*. Ces auteurs soulignaient que lors des débats parlementaires, il avait été fait état du caractère *“affirmé” “d'une particulière évidence,” “d'une particulière intensité”* de cette faute⁸¹.

⁷⁸ Etant précisé que la destruction, le détournement, la soustraction, commis par un tiers est un élément constitutif du délit et que la jurisprudence de la chambre criminelle du 26 juin 2001, Bulletin criminel n° 160 ne saurait trouver application en l'espèce.

⁷⁹ Yves Mayaud : retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal Dalloz 2000 Chr. P. 603 cité par Bruno Cotte, article précité note 13

⁸⁰ Ces formules sont du professeur Yves Mayaud dans une chronique : la Loi Fauchon : Quel bilan AJ Pénal avril 2006 pages 146 et s...

⁸¹ Francis Legunéhec et Frédéric Desportes, Droit pénal général édition mise à jour au 1er septembre 2009 n° 498-2.

La chambre criminelle a admis qu'une faute caractérisée puisse résulter d'une multiplicité d'imprudences ou de négligences. On se reportera sur ce point à un arrêt du 5 décembre 2000⁸² dont le titrage au bulletin est ainsi rédigé : *“Justifie sa décision la cour d'appel qui déclare le chef d'une entreprise sous-traitante coupable d'homicide involontaire à la suite du décès d'un salarié dont la tête a été prise entre les tampons de deux wagons, après avoir relevé, d'une part, que les wagons étaient propulsés vers la victime, chargée de les arrimer, selon un procédé très dangereux, d'autre part, que le chef de manoeuvre ne pouvait contrôler la position de celle-ci et le dégagement des voies et, enfin, que le salarié, pourtant isolé, et le chef de manoeuvre ne disposaient d'aucun moyen efficace leur permettant de communiquer entre eux, le klaxon destiné à annoncer l'arrivée des wagons ne fonctionnant plus depuis plusieurs années Est également justifiée la déclaration de culpabilité du chef de l'entreprise ayant sous-traité l'exploitation du chantier, auquel il est reproché de n'avoir pas transmis au sous-traitant les consignes de sécurité élaborées par le maître de l'ouvrage et de n'avoir pas veillé à l'entretien des équipements de sécurité dont ladite entreprise avait conservé la charge Il résulte en effet de l'ensemble de ces éléments que les prévenus ont causé indirectement le décès de la victime en ne prenant pas les mesures qui eussent permis d'éviter le dommage et qu'ils ont commis une faute caractérisée, distincte de l'infraction à la réglementation du travail dont ils ont été relaxés, et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'ils ne pouvaient ignorer, de sorte qu'a été établi à leur encontre, en tous ses éléments constitutifs, le délit d'homicide involontaire, tant au regard des articles 121-3 et 221-6 du Code pénal dans leur rédaction issue de la loi no 2000-647 du 10 juillet 2000 qu'au regard des textes antérieurement applicables”.*

C'est l'application de ce principe qui a été retenue également par la chambre criminelle dans une procédure suivie contre une enseignante ayant, d'une part introduit des boissons alcoolisées dans un établissement scolaire puis, n'ayant pas, d'autre part, sans raison valable surveillé le déroulement du repas dont l'un des étudiants parti, ivre, au volant de son véhicule, s'était tué⁸³.

On observera, toute comparaison gardée, le détournement visé à l'article 432-16 du code pénal étant volontaire, que la Cour de cassation a eu l'occasion d'approuver des situations où ont été poursuivies concurremment des fautes ayant directement causé le dommage et des fautes ayant indirectement été à l'origine de ce même dommage. On se reportera, notamment, à un arrêt du 8 mars 2005⁸⁴ qui, à la suite d'un accident de chasse, a vu la condamnation pour homicide involontaire tant de l'auteur immédiat, le chasseur, que du président de la société de chasse qui n'avait pas procédé au placement des chasseurs, vérifié les angles de tir et rappelé les règles de sécurité. De même, est condamné pour avoir renversé un plaisancier le conducteur d'un scooter des mers dépourvu du permis adéquat mais aussi, le loueur de l'engin qui le lui avait confié sachant qu'il ne disposait pas de ce permis. (Chambre criminelle 5 octobre 2004 Bull. n°236)

A ce stade de la procédure, la commission de l'instruction a retenu des éléments sérieux de nature à caractériser les charges d'un lien de causalité certain entre les fautes directes ou indirectes qu'elle a relevées à l'encontre de Mme X... et le paiement de sommes qu'elle a considéré comme indû. On se reportera notamment à la motivation de la commission d'instruction qui a expressément envisagé *“la relation directe entre les négligences et le dommage”* et qui, de surcroît n'a pas écarté *“la qualification de faute caractérisée”* :

⁸²Bull. crim. 2000, n°363.

⁸³ chambre criminelle 12 janvier 2010, pourvoi n° 09-81.799.

⁸⁴Bulletin criminel n° 80.

“Attendu que s’agissant du délit spécifique de détournement de fonds publics qui résulte de la négligence de Mme X..., mais a été commis par un tiers, on ne saurait exclure tout lien direct entre la faute et le dommage au seul motif que ce détournement est imputé à des personnes distinctes de celles à laquelle est reprochée la négligence ;

“Attendu, en effet, que la relation à établir est celle susceptible d’exister entre, d’un côté, le détournement de fonds publics par une ou plusieurs autres personnes actuellement mises en examen comme auteurs ou comme complices de cette infraction dans le cadre la procédure de droit commun (Cf. Supra 1.2.2), de l’autre, les négligences de la ministre qui viennent d’être rappelées ;

“Attendu qu’il résulte de ce qui précède que Mme X..., comme elle l’admet elle-même, a pris, au travers des instructions données aux représentants de l’Etat, deux décisions, celle d’entrer en arbitrage et celle de ne pas faire exercer de recours en annulation contre la sentence arbitrale ; que ces décisions qui sont le produit de négligences multiples ci-dessus énumérées, ont eu pour effet direct d’exposer l’Etat au paiement de sommes indues, l’arbitrage ayant été insuffisamment encadré et n’ayant pu être annulé faute de recours ; que, si la première de ces décisions n’avait pas été prise, la voie de l’arbitrage n’aurait pas été ouverte comme elle l’a été, de sorte qu’il n’y aurait pas pu y avoir de détournement ; que s’il avait été décidé d’exercer un recours contre la sentence arbitrale, celle-ci aurait été remise en cause, avec une perspective sérieuse d’annulation, de sorte que la seconde décision de Mme X... a privé l’Etat d’une chance d’éviter que ses fonds ne soient détournés ; qu’il existe bien un lien “déterminant” entre les négligences fautives de la ministre et le dommage ayant consisté à rendre possible le détournement des fonds publics reproché à des tiers.

“Attendu, en effet, que la jurisprudence a adopté une conception extensive de la causalité directe entre la faute et le dommage, comme l’a noté notamment Mme Commaret en relevant qu’il suffisait que la négligence ait été “la cause déterminante de l’atteinte à l’intégrité physique de la personne”(GP 12- 13 avril 2002 p. 4) qu’ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la qualité d’auteur direct pour un médecin qui n’avait pas pratiqué lui-même l’incision ayant entraîné l’hémorragie de la patiente(10 février2009 Bull ; n°33) ou pour les contrôleurs aériens qui avaient autorisé la manoeuvre d’alignement sur la même piste, puis le décollage, à deux secondes d’intervalle de deux aéronefs entrés ensuite en collision. (16 octobre 2007, Bull. n° 245);

“Attendu que, comme le relève le ministère public dans ses réquisitions du 18 septembre 2015 sur les requêtes en nullité, il est reproché à Mme X... “d’avoir pris des décisions ayant directement conduit à cet éventuel détournement”, de sorte que l’alinéa 4 de l’article 121-3 du code pénal n’a pas vocation à s’appliquer en l’espèce ; qu’il n’est toutefois pas inutile de rechercher si, à supposer même que cette disposition eut été applicable, les négligences de Mme X... ne constituent pas une faute caractérisée;

8.2.2. La qualification de “faute caractérisée”

“Attendu qu’il ne saurait être sérieusement soutenu, d’un côté, que l’article 121-3 du code pénal est applicable au délit poursuivi, de l’autre, que la qualification de faute caractérisée “renvoie nécessairement à l’existence d’un risque pour la santé, la vie ou la sécurité des personnes”, de sorte qu’elle ne pourrait pas “être retenue à l’occasion de dommages purement financiers” ; qu’il convient donc d’examiner la qualification que sont susceptibles de revêtir les fautes reprochées à Mme X... ;

“Attendu que, par leur multiplicité, leur gravité, et leur conjonction, les négligences ci-dessus rappelées, dont il est permis de se demander si certaines - comme celles relatives à l’organisation du processus décisionnel- ne relèvent pas d’un comportement délibéré, destiné à justifier des décisions déjà prises, constituent, à tout le moins, des fautes caractérisées exposant l’Etat à un risque considérable qui s’est d’ailleurs réalisé pour les finances publiques.

“Attendu, en conséquence, qu’au regard de l’article 121-3 du code pénal, les négligences reprochées à Mme X... apparaissent comme la cause directe et du dommage et surabondamment relèvent de la qualification, applicable en l’espèce, de fautes caractérisées.”

*

Au stade de l’ordonnance de renvoi devant la juridiction, qui n’est que celui des charges et non de la culpabilité, la commission d’instruction de la Cour de justice, a retenu des éléments à charge caractérisant des fautes de négligence dont elle a établi le lien de causalité avec le dommage. La commission de l’instruction a donc caractérisé les éléments constitutifs de l’infraction à partir des éléments factuels qu’elle a souverainement appréciés.

La Chambre criminelle considère que l’appréciation du lien de causalité, comme de l’ensemble des éléments constitutifs de l’infraction qui font partie des charges retenues, échappe à son contrôle⁸⁵, sauf contradiction majeure ou insuffisance de motivation, ce qui n’est pas le cas dans l’arrêt soumis à l’Assemblée plénière de la Cour de cassation. Les droits de Mme X... demeurent entiers devant la juridiction de jugement.

Le moyen se borne donc à remettre en cause les charges souverainement appréciées, par des motifs exempts de contradiction ou d’insuffisance, qui seront discutées contradictoirement devant la juridiction de jugement, l’arrêt critiqué ne tranchant définitivement aucune question.

Le moyen nous paraît donc devoir être écarté.

*

En conclusion, Les trois moyens proposés au soutien du pourvoi ne pouvant prospérer, il nous apparaît que celui-ci doit être rejeté.

AVIS de Rejet du pourvoi.

⁸⁵Voir notamment Chambre criminelle 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-82.477 ; 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-82.496, 22 février 1988, Bull. Crim. n° 84 ; 17 novembre 2015, pourvoi n° 12-85.854.