

Rapport de Mme Durin-Karsenty

Conseiller rapporteur

L'assemblée plénière de la Cour de cassation est saisie du pourvoi formé par Mme Christine X... contre l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 17 décembre 2015 qui l'a renvoyée devant cette Cour pour l'infraction prévue par l'article 432-16 du code pénal.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

L'arrêt attaqué a ordonné le renvoi du chef précité en retenant l'existence de charges suffisantes contre Mme X..., ministre de l'économie, des finances et de l'emploi à compter du 19 juin 2007, jusqu'au 29 juin 2011, étant dépositaire de l'autorité publique, d'avoir, d'une part, en septembre et octobre 2007, décidé de soumettre à l'arbitrage les contentieux opposant le Consortium de Réalisation (CDR) aux liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et des époux Y..., 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 d'avoir, du fait des fautes énumérées, constitutives de négligences graves, permis que soit détournée par des tiers la somme de 403 millions d'euros versés par l'Etablissement public de financement et de restructuration (EPFR) aux liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et aux époux Y... en exécution des sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008.

L'examen du pourvoi conduit à rappeler le contexte dans lequel cet arbitrage a été rendu et les parties concernées (1), avant d'exposer la procédure devant la Cour de justice de la République (2).

1 - Le contexte de la procédure d'arbitrage

A - La cession des participations de la société Adidas par le groupe Bernard Tapie

M. et Mme Y... avaient organisé leur patrimoine autour de deux sociétés en nom collectif dont ils étaient les seuls associés :

- la société Financière et Immobilière Bernard Tapie (la société SNC FIBT) ;
- la société Groupe Bernard Tapie (la société SNC GBT).

La première regroupait les différents actifs patrimoniaux¹ et la seconde société détenait la majorité du capital de la société anonyme Bernard Tapie Finance (la société BTF SA), laquelle avait été créée en 1989 en vue de l'introduction en bourse du groupe industriel.

¹ Dont le voilier Phocéa, par l'intermédiaire de la société Alain Colas Tahiti (société ACT).

Cette dernière société détenait les participations industrielles du groupe, et notamment celle acquise dans le capital de la société Adidas, par l'intermédiaire de la société de droit allemand BTF GmbH. Cette société, créée pour la circonstance, avait acquis en 1990 une participation dans le capital de la société Adidas, à hauteur de 80 %, pour le prix de 1 milliard 600 millions de francs. L'intégralité de ce montant avait été financé au moyen de deux prêts remboursables en août 1991 et août 1992, accordés par un pool bancaire dont le chef de file était la Société De Banque Occidentale (la SDBO), participant à hauteur de 30 %, filiale du Crédit Lyonnais, et aux droits de laquelle est venu la société CDR Créances (CDR Créances). Une participation supplémentaire de 15 % dans le capital d'Adidas avait été acquise, courant 1991, avec le concours financier d'un autre organisme bancaire, portant la participation totale de la société BTF GmbH à 95 % du capital.

La première échéance de remboursement avait été honorée en août 1991, au moyen d'une augmentation de capital, dans lequel étaient entrées plusieurs sociétés, parmi lesquelles la société Clinvest, à hauteur de 10 %, filiale du Crédit Lyonnais, devenue CDR Participations puis Consortium de réalisation (CDR).

Au milieu des années 1992, M. Y... a décidé de céder la participation détenue dans la société Adidas. Dans un premier temps, la société Pentland, pressentie dans ce but, entrée dans le capital d'Adidas au moment de l'augmentation de capital, a finalement renoncé à cette acquisition. Deux procédures d'alerte avaient été déclenchées par les commissaires aux comptes de la société BTF, en mars et novembre 1992.

Par un mémorandum, non daté mais portant le cachet du 10 décembre 1992, M. Y... et les sociétés BTF SA, SNC GBT et FIBT ont convenu avec la SDBO de la cession des participations détenues dans le capital de la société BTF GmbH et des modalités de la restructuration du groupe après réalisation de cette cession.

Ce document prévoyait notamment :

- l'affectation de la totalité du prix de cession au paiement des sommes dues à la SDBO au titre des concours ayant permis de financer l'acquisition des participations Adidas ;
- la fusion des sociétés GBT, FIBT et BTF SA au sein d'une société unique, la société Newco, qui devait prendre en charge le remboursement de tous les autres concours précédemment accordés aux sociétés fusionnées et céder les entreprises commerciales et industrielles contrôlées jusque-là par la société BTF SA, le produit étant lui aussi affecté au remboursement des concours restant dus à la SDBO.

Le 16 décembre 1992, en application de ce mémorandum, aux termes d'une lettre qu'elles ont signée, les sociétés GBT et BTF SA se sont engagées de façon irrévocable à céder, au plus tard le 15 février 1993, à *"toutes sociétés désignées par la SDBO et à première demande de SDBO, la totalité de ses parts de capital de BTF GmbH représentant 78 % du capital ainsi qu'une action du capital de Adidas AG étant précisé que cette cession interviendra moyennant un prix, payable comptant au moment de la cession [...] de 2 085 000 000 francs pour la totalité de ces parts"*. A cette même date, la société BTF SA a donné à la SDBO le mandat irrévocable de rechercher des acquéreurs aux conditions énoncées dans la lettre d'engagement.

La SDBO s'engageait, de son côté, à faire *“ses meilleurs efforts pour rechercher, au plus tard le 15 février 1993, des acquéreurs pour la totalité des parts que vous possédez représentant 78 % du capital de la société BTF GmbH... et ce, à un prix global de 2 085 milliards de francs”*.

La cession des titres est intervenue le 12 février 1993, pour le prix convenu, au profit de huit sociétés, la société Clinvest, qui en a acquis 9,9 % supplémentaires, la société Rice SA, constituée par M. Z... (15 %), ainsi que les sociétés Omega, Coatbridge, Matinvest, Phenix, Métropole et EFC. Parmi elles, les sociétés Rice SA, Coatbridge, Matinvest, EFC et Omega ont obtenu, du Crédit Lyonnais, un prêt spécifique, dit à recours limité, remboursable au 31 décembre 1997, aux modalités suivantes : les acquéreurs s'engageaient à vendre leurs titres à la demande du Crédit Lyonnais ; si, à l'échéance, la cession des parts n'avait pas été réalisée, les emprunteurs se voyaient déchargés de toute obligation envers le prêteur ; dans l'hypothèse où ils revendaient leurs participations à un prix inférieur au montant des prêts, ce prix constituait le montant du remboursement envers la banque, celle-ci renonçant par avance à tout recours au titre du solde impayé ; inversement, si cette cession procurait une plus-value, celle-ci était répartie entre la banque (pour 2/3) et l'emprunteur (pour 1/3), chacun des emprunteurs disposant de la faculté de substituer, à tout moment, un financement classique à ces prêts.

A cette date du 12 février 1993, l'ensemble de ces sociétés a consenti à M. Z... une promesse unilatérale de cession de leurs participations à échéance du 31 décembre 1994 pour le prix de 3 498 milliards de francs. Cette option a été levée à la date et au prix indiqués.

B - Le contexte de la défaillance du Crédit Lyonnais, les missions de l'Établissement public de financement et de restructuration (EPFR), le rôle du Consortium de Réalisation (le CDR)

Le dispositif de défaillance du Crédit Lyonnais s'articule autour de plusieurs dispositions

Face au constat de l'ampleur des pertes du Crédit Lyonnais, le mettant dans l'impossibilité d'un retour rapide à l'équilibre, l'Etat s'est engagé avec le Crédit Lyonnais dans un protocole d'accord, signé le 5 avril 1995, en vue du redressement et, à terme, de la privatisation de la banque. Ce protocole a organisé le cantonnement de certains actifs du Crédit Lyonnais, par transfert à une structure qu'il détenait, le CDR, assurant une gestion dans une optique liquidative et bénéficiant d'une couverture tierce selon un mécanisme de garantie. Ce protocole a fait l'objet d'adaptations nécessaires au fonctionnement du dispositif. Au total, vingt et un avenants ont été signés, dont la majorité après la loi du 28 novembre 1995.

La loi n° 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 a institué l'Établissement public de financement et de restructuration (EPFR), assurant la mission de gérer le soutien financier apporté par l'Etat au Crédit Lyonnais dans le cadre du cantonnement et de veiller à ce que soient respectés les intérêts financiers de l'Etat. C'est en particulier l'avenant n° 13 du protocole susvisé qui a organisé la prise en

charge, par l'EPFR, des pertes constatées par le CDR dans le cadre de son activité de gestion ou de vente des actifs transférés par le Crédit Lyonnais. Il a notamment instauré un mécanisme de garantie de l'EPFR vis-à-vis de sa filiale pour les risques considérés comme "non chiffrables". Ce même article instaure un mécanisme de contrôle des sociétés de cantonnement par des agents habilités par le ministre de l'économie. Le ministre agréé leurs mandataires sociaux.

Le décret n° 95-1316 du 22 décembre 1995 a réglementé son organisation administrative et les règles de gestion administrative, comptable et financière. Aux termes de l'article 5, les décisions du conseil d'administration de l'EPFR soumises à l'approbation préalable du ministre chargé de l'économie sont notamment celles relatives au financement de l'établissement public par recours à l'emprunt. La gestion administrative, comptable et financière de l'Etablissement public est assurée par l'Etat, dans les conditions définies par une convention entre les deux parties. Le président du conseil d'administration en est son ordonnateur principal. Une convention de gestion a été signée entre l'Etat et l'EPFR le 30 janvier 1998. Il convient enfin de préciser que la direction du Trésor, à travers l'Agence des participations de l'Etat, à l'époque dirigé par M. A..., était chargée de la gestion de l'EPFR.

Les mécanismes de garantie et de financement.

Ces mécanismes résultent de relations croisées entre le Crédit Lyonnais, l'EPFR et le CDR. Le Crédit Lyonnais a consenti un prêt à l'EPFR, que celui-ci est appelé à rembourser en principal et intérêts, s'opérant, pour partie, par les remontées de bénéfices du CDR et, pour le solde, par des dotations annuelles de l'Etat. Le CDR dispose d'un prêt participatif accordé par l'EPFR, son unique actionnaire, par ouverture de crédit, pour lui permettre de reprendre certains engagements du Crédit Lyonnais et payer le prix des actifs compromis. Chaque année, le CDR rembourse le produit des cessions, diminué des charges. Les moins-values réalisées donnent lieu à un abandon de créance de la part de l'EPFR.

A côté d'actifs douteux mais bien identifiés a été mis en place un mécanisme des "risques non chiffrables". Ils sont définis comme des risques financiers n'ayant pu, en raison de leur caractère présumé non chiffrable, donner lieu à provisions dans la comptabilité du CDR. Selon ce mécanisme, l'EPFR est appelé à prendre en charge directement les pertes qui peuvent en résulter, par tirage complémentaire sur le prêt consenti par le Crédit Lyonnais, *in fine* remboursable par l'Etat, et abandon de la créance supplémentaire correspondante.

En réponse à des interrogations posées par les acteurs de ce mécanisme sur l'interprétation du protocole au regard de l'étendue de la prise en charge des risques contentieux, le ministre de l'économie et des finances de l'époque a signé le 17 mars 1999 une lettre adressée au Crédit Lyonnais et au CDR, qui énumère la liste des risques non chiffrables couverts par la garantie de l'Etat, parmi lesquels sont citées les conséquences financières éventuelles des actions engagées par les liquidateurs du groupe Tapie et un mandataire de CEDP au titre de la cession de la société Adidas. Au sujet de ce risque, la lettre fait état de l'accord du Crédit Lyonnais au versement d'une contribution forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR, ou, si

la condamnation était inférieure à cette somme, du montant de celle-ci, à titre de dédommagement au CDR.

Le fonctionnement du CDR et de l'EPFR

L'EPFR est un établissement public administratif national, sous la tutelle du ministre de l'économie et des finances et administré par un conseil de cinq membres : un président nommé par décret et deux représentants de l'Etat issus du Trésor et du Budget, enfin deux parlementaires désignés par chacune des Assemblées. Deux présidents se sont succédé, d'abord, M. B... puis M. C... à compter du 15 septembre 2007.

Le CDR, organisé autour de CDR créances (constitué à partir de la SDBO), CDR immobilier et CDR entreprises, est une société commerciale de droit privé, d'abord filiale du Crédit Lyonnais, puis filiale de l'EPFR, unique actionnaire de cette société après la privatisation de la banque. Le CDR, société par action simplifiée, fonctionne avec un conseil d'administration, composé, outre son président, de quatre membres, dont le président de l'EPFR en cette qualité, puis de trois à compter de juillet 2008, avec la démission de l'un d'entre eux. Entre 2007 et 2009, deux présidents se sont succédé, M. D... puis M. E..., à compter du 20 décembre 2006, pour les trois filiales du CDR.

C - Les procédures précédant le recours à l'arbitrage

Les procédures collectives

Le 13 mars 1994, M. et Mme Y..., en leur nom personnel et en qualité d'associés des sociétés GBT et FIBT et porte-fort des autres sociétés du groupe, ont signé avec le Crédit Lyonnais, lui-même porte-fort de la SDBO, un protocole aux termes duquel la banque accordait à M. Y... un délai de quatre ans pour vendre ses actifs industriels, sous la condition suspensive notamment de l'évaluation de la valeur de son mobilier par expertise, dans un certain délai.

Le 17 mai suivant, ce protocole a été dénoncé par le Crédit Lyonnais pour défaut d'expertise dans le délai convenu et la banque a alors engagé des mesures d'exécution contre les sociétés du groupe².

Les sociétés GBT, FIBT et BTF SA ainsi que la société Bernard Tapie Gestion (la société BTG) et la société ACT ont été mises en redressement judiciaire le 23 novembre 1994 puis en liquidation judiciaire étendue à M et Mme Y..., les liquidations étant poursuivies sous patrimoine commun à l'exception de la société BTF SA³. Cette

² Les époux Y... et les sociétés GBT et FIBT ont engagé le 30 mai 1994 une action en exécution forcée du protocole contre le Crédit Lyonnais, un jugement du 23 novembre 1994 du tribunal de grande instance de Paris a constaté la caducité du protocole faute de réalisation de la condition suspensive à laquelle il était subordonné et condamné solidairement la société GBT et les époux Y... à payer à la SDBO diverses sommes représentant le montant exigible de divers prêts consentis à la société GBT. Ce jugement a fait l'objet d'un arrêt du 19 février 1999 qui a confirmé la décision en ce qu'elle avait constaté la caducité du protocole mais jugé que cette caducité n'avait pas pour effet de rétablir les parties dans les liens du memorandum du 10 décembre 1992.

³ La société Mandataires judiciaires associés (la société MJA) et M. F... ont été désignés comme mandataires liquidateurs.

dernière a bénéficié d'un plan de continuation en devenant la Compagnie Européenne de Distribution et de Pesage (la société CEDP) et la SDBO, qui disposait d'un nantissement, s'est fait attribuer les actions de la société BTF SA par ordonnance du juge-commissaire, une part minoritaire restant détenue dans le public.

Les poursuites pénales

Une procédure pénale a été engagée des chefs de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds et par augmentation frauduleuse du passif du débiteur, ainsi que de complicité de ces délits. M. Y... et les directeurs successifs de la SDBO ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel par ordonnance du juge d'instruction du 20 mars 2003.

Les procédures en responsabilité civile

-En mars 1996, les liquidateurs des sociétés du groupe et les époux Y... ont engagé une action en responsabilité civile contre le Crédit Lyonnais, la SDBO et la société Clinvest, invoquant un soutien abusif de crédit et exposant qu'un "*accord secret de revente au double*" avait été frauduleusement conclu dès le mois de décembre 1992 entre le Crédit Lyonnais et M. Z... pour organiser la captation de la plus-value procurée par la cession d'Adidas. Ils ont fait valoir l'existence de fautes commises dans l'exécution du mandat du 16 décembre 1992.

Une seconde procédure en responsabilité civile a été introduite par le mandataire *ad hoc* de la CEDP, à la demande des actionnaires minoritaires, contre le CDR Créances, venant aux droits de la SDBO, devenu actionnaire majoritaire de la société CEDP par suite de l'attribution de la majorité des actifs en exécution du plan de continuation.

A la suite de plusieurs arrêts ayant notamment prononcé un sursis à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure pénale, et après l'échec d'une mesure de médiation, la cour d'appel de Paris, par arrêt du 30 septembre 2005, s'est prononcée de la façon suivante :

- sur la recevabilité de l'action des liquidateurs des sociétés GBT, ACT, FIBT et BTG, l'arrêt a retenu que ces derniers ne sont pas recevables à demander la réparation du préjudice que la société GBT aurait subi en qualité d'actionnaire de sa filiale BTF, mais qu'ils sont en revanche recevables à "*critiquer les conditions dans lesquelles a été exécutée la convention du 16 décembre 1992 confiant à la SDBO le soin de vendre Adidas, en application du mémorandum*" et à demander réparation du préjudice "*subi par ricochet à raison de l'exécution fautive du contrat du 16 décembre 1992, sans demander la remontée de la plus-value qui aurait pu être réalisée par BTF à la suite de la vente d'Adidas*". L'arrêt a ainsi relevé le lien existant entre le mémorandum et le contrat de cession ;

- sur la recevabilité de l'action du mandataire *ad hoc* de la société CEDP, l'a déclarée irrecevable en l'état des organes propres à la société de nature à la représenter ;

- au fond, l'arrêt a retenu que le Crédit Lyonnais, comme ses filiales, la SDBO et

Clinvest étaient tous trois engagés par le mandat du 16 décembre 1992, même si la SDBO en était seule signataire. Il a relevé que le mandataire, lors de la cession, s'était porté contrepartie, en violation de l'article 1596 du code civil, en se rendant acquéreur de participations d'Adidas, par une opération de portage résultant des prêts à recours limité accordés. La cour d'appel a ainsi relevé que les banques avaient manqué à leur obligation d'information et à leur devoir de loyauté et de transparence en omettant d'informer le mandant de la promesse de cession et des prêts à recours limité. Enfin, les juges ont ajouté que les participations dans la société Adidas auraient pu être vendues directement si le Crédit Lyonnais avait proposé le financement au groupe Tapie dans les conditions des prêts précités ;

- sur le préjudice et sa réparation, l'arrêt a condamné le Crédit Lyonnais et le CDR Créances à payer aux liquidateurs la somme de 135 millions d'euros au titre du préjudice financier et un euro pour le préjudice moral. La réparation du préjudice matériel, représentant la perte de chance de réaliser le gain dont a été privé le groupe Tapie, résultait, selon l'arrêt, de la différence entre la somme de 3 milliards 498 millions de francs et le prix perçu en janvier 1993, dont le tiers serait revenu au groupe Tapie (438 millions de francs). Les juges ont réservé leur décision sur les questions relatives à la réparation du préjudice subi à raison des liquidations judiciaires et à l'incidence fiscale de sa décision⁴.

Sur les pourvois du Crédit Lyonnais et du CDR Créances, par arrêts du 9 octobre 2006⁵, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée, en substance, de la façon suivante :

- sur le moyen des demandeurs contestant la recevabilité de l'action des liquidateurs fondée sur le préjudice allégué de la société GBT, l'arrêt a jugé que la cour d'appel avait décidé à bon droit que cette action était recevable, indépendamment de la question de son bien-fondé, dans la mesure seulement où elle tendait à la réparation d'un préjudice propre à la société GBT, pour avoir été privée des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes, distinct du préjudice d'actionnaire et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites contre les établissements de crédit ;

- sur le moyen dirigé contre les motifs de l'arrêt ayant retenu que les banques avaient commis des fautes en se portant cessionnaires des parts qu'elles avaient pour mandat de céder et en manquant à leur obligation d'informer loyalement leur mandant, l'arrêt de l'assemblée plénière a retenu que ces manquements n'étaient pas le soutien de la décision accueillant la demande en réparation du préjudice allégué par les liquidateurs. La Cour de cassation l'a ainsi rejeté comme inopérant ;

- sur le moyen contestant les motifs de l'arrêt ayant retenu la responsabilité

4 Un arrêt du 28 avril 2006 a rectifié une erreur matérielle dans le calcul de l'indemnisation, mais sans modifier les sommes allouées.

5 Assemblée plénière, 9 octobre 2006, pourvois n° 06-11.307 et 06-11.056, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 11 (cassation partielle).

contractuelle du Crédit Lyonnais, la Cour de cassation a cassé l'arrêt pour défaut de base légale, en retenant que les juges avaient considéré que cet établissement était obligé par le mandat auquel il n'était pas partie et signé seulement par sa filiale, alors qu'il n'était pas prétendu que cette dernière était fictive, que son patrimoine se serait confondu avec celle de sa maison mère ou que la banque se serait immiscée dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale de façon à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à faire croire que cet établissement était aussi leur cocontractant. La cassation est prononcée de ce chef ;

- sur le moyen reprochant à l'arrêt d'avoir retenu la responsabilité du CDR Créances et du Crédit Lyonnais, à défaut d'avoir proposé au groupe Tapie le financement constitué des prêts à recours limités, l'assemblée plénière a énoncé qu'il n'entre pas dans la mission du mandataire de financer l'opération pour laquelle il s'entremet et, à moins d'un engagement antérieur, que la décision du banquier de proposer un crédit est discrétionnaire. L'arrêt est cassé en ce qu'il a retenu que les banques avaient commis une faute à ce titre engageant leur responsabilité.

L'arrêt de cassation de l'assemblée plénière a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

D - La recherche de solutions négociées et la procédure d'arbitrage

Premières recherches de solutions négociées dans le sens d'une médiation ou d'une transaction et cadres proposés en retour par les personnalités sollicitées

Dès l'année 2004, la recherche d'une solution négociée a été envisagée par les époux Y.... Alors que l'Agence des participations de l'Etat recommandait de ne pas opter en faveur d'une telle solution, par différentes notes établies notamment en septembre et octobre 2004, les parties ont sollicité une médiation, qui, par arrêt du 12 novembre 2004, a été confiée à M. Burgelin, procureur général honoraire près la Cour de cassation. Le projet de protocole prévoyait que le Crédit Lyonnais et le CDR renonçaient à leurs créances sur la liquidation judiciaire, tandis que les époux Y... devaient vendre leur hôtel particulier et ses meubles.

Ce projet n'a pas été accepté par ces derniers.

A la suite de l'arrêt du 30 septembre 2005 de la cour d'appel de Paris, le ministre de l'époque, M. Breton, a consulté un comité des sages, composé de M. Cieutat, ancien président de chambre à la Cour des comptes, M. Coulon, ancien président de la cour d'appel de Paris, et M. Rouvillois, inspecteur général des finances, pour être éclairé sur les suites à donner aux contentieux opposant le CDR aux liquidateurs du groupe Tapie.

Le 22 décembre 2005, ces personnalités ont rédigé une note commune concluant que, compte tenu des aléas de la voie judiciaire, une transaction était envisageable à trois conditions : qu'elle permette d'éteindre tous les contentieux liés directement ou indirectement à cette affaire, qu'elle permette de clore la liquidation sans versement de numéraire à M. Y... et que le montant des sommes abandonnées ou versées à la liquidation pour solde de compte, net de la fiscalité sur la transaction, reste en deçà du

montant de la condamnation en principal fixé par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005. A la suite de cet avis, aucune proposition de transaction n'était formulée par les liquidateurs et les époux Y..., de sorte que le pourvoi contre l'arrêt précité du 30 septembre 2005 était formalisé avec l'avis favorable de l'Etat.

La procédure d'arbitrage

A la suite de l'arrêt de la Cour de cassation, la cour d'appel de Paris a été saisie comme juridiction de renvoi et les conclusions des liquidateurs ont été déposées par les liquidateurs du groupe Tapie.

Cependant, le 30 janvier 2007, les liquidateurs de M. Y... et de ses sociétés ont écrit au CDR pour lui proposer un arbitrage.

La commission d'instruction relève que dès février 2007, des échanges entre, d'une part, M^e August, avocat du CDR ayant remplacé le précédent, M^e Martel, avocat historique du CDR, et, d'autre part, les avocats des liquidateurs ont abouti à des projets de compromis très avancés, cependant que les membres du conseil d'administration du CDR, lors de l'assemblée générale de mars 2007, avaient seulement reçu une information minimale, sans débat. Les premières versions du compromis d'arbitrage remontent à juillet 2007.

A la suite d'une relance des liquidateurs et de M. et Mme Y..., le 1^{er} août 2007, un compromis avec le CDR, d'autre part, a été signé le 16 novembre 2007. Celui-ci prévoyait de recourir à l'arbitrage pour "*résoudre de manière globale et définitive l'ensemble des litiges qui les opposent*", les procédures pendantes devant faire l'objet de désistements réciproques d'instance, englobant les actions en responsabilité civile des liquidateurs. Selon le compromis, ce mode de résolution des litiges devait permettre de regrouper le contentieux entre les parties devant un tribunal unique, garantir objectivité et neutralité aux parties, mettre un terme définitif à un litige qui a occasionné de nombreuses procédures qui dure depuis plusieurs années.

Le Crédit Lyonnais, qui devait, aux termes de la lettre du ministre de l'économie et des finances du 17 mars 1999⁶, honorer un engagement financier de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR, a fait état de ses réserves à l'arbitrage et indiqué, en septembre 2007, qu'il n'entendait pas subir de conséquences d'une procédure dans laquelle il avait été délibérément écarté par le CDR. Ce sont les liquidateurs qui ont proposé de constituer une franchise de paiement de la somme de 12 millions d'euros, acceptée par le ministère de l'économie sous la signature de M. G..., directeur de cabinet de Mme X...

Le compromis a évolué sur les plafonds retenus entre le vote par le conseil d'administration du CDR et la version définitive. Dans sa version définitive, il prévoyait que les demandes d'indemnisation seraient plafonnées à la somme de 295 millions d'euros, pour le préjudice matériel du groupe et en y incluant les époux Y..., majorés des intérêts à compter du 30 novembre 1994, et a introduit un plafond de réparation du

6 Cf. *supra*.

préjudice moral de M. et Mme Y..., fixé à 50 millions d'euros, qui n'existait pas dans la version initiale : ce plafond concernant le préjudice moral, inscrit au point 2.2.2 du compromis, a été fixé postérieurement à la tenue du conseil d'administration du CDR. Les trois arbitres ont été choisis au stade du compromis, en accord entre les parties, chacun des arbitres ayant souscrit une déclaration d'indépendance.

Les arbitres étaient tenus de statuer en droit, en respectant l'autorité de chose jugée des décisions définitives déjà rendues. Ce compromis a été homologué par le tribunal de commerce.

La sentence a été rendue le 7 juillet 2008 à l'unanimité des arbitres. Elle a fait droit à l'essentiel des demandes des liquidateurs.

Retenant en substance, d'une part, une violation par le Crédit Lyonnais de l'obligation de loyauté, la preuve n'étant pas rapportée que les banques avaient informé leur mandant de l'option d'achat consentie à M. Z..., et, d'autre part, un manquement à l'interdiction de se porter contrepartie, elle a déclaré la société GBT recevable en sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'exécution du mandat de vente.

Après s'être référée à la valeur de rachat de la société Adidas non au moment du rachat en décembre 1994 mais au moment de son introduction en bourse en novembre 1995, la sentence a condamné le CDR à verser aux mandataires judiciaires des sociétés du groupe Tapie la somme de 240 millions d'euros avec intérêts au taux légal.

Sur le préjudice moral, elle a également alloué à ces mêmes mandataires, se substituant aux époux Y..., la somme de 45 millions d'euros au titre de ce préjudice, qualifié "*d'une très lourde gravité*". Les principaux motifs de la réparation du préjudice moral résidaient dans "*les fautes commises par le CDR dans la procédure de mise en liquidation judiciaire*", "*l'exceptionnelle brutalité de la procédure suivie et des comportements de la banque qui l'ont accompagnée*", dans la "*violente campagne de presse conduite par la banque usant par tous moyens du nom de Y...*"⁷.

Trois autres sentences ont suivi, en date du 27 novembre 2008, fixant le montant des intérêts dus et des frais de liquidation (105 et 13 millions d'euros). Après compensation avec une créance hypothécaire du CDR et ajout des intérêts, le CDR devait verser 304 millions d'euros.

L'appel ayant été exclu dans le compromis, la question se posait d'un éventuel recours en annulation de la sentence, se fondant sur un possible manquement des arbitres 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 n'ayant pas respecté l'autorité de chose jugée des décisions définitives rendues, 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.

Le délai pour former un tel recours expirait le 16 août 2008.

7 Pages 83 et 84 de la sentence. Cf. également arrêt de la Cour des comptes n° 71168, du 10 novembre 2014.

A la suite des avis demandés à M^e Spinosi, M^e Soltner, M^e Martel⁸, des notes de l'APE en faveur d'un recours en annulation, d'une réunion dans son bureau, en présence de son directeur de cabinet, de M. E... et de M^e August, la ministre de l'économie a envoyé une note le 28 juillet 2008 aux administrateurs représentant l'Etat, au conseil d'administration de l'EPFR, leur demandant de s'exprimer en défaveur d'un recours en annulation de la sentence du 7 juillet 2008.

Les conseils d'administration du CDR et de l'EPFR ont renoncé le 28 juillet 2008 à tout recours en annulation de la sentence et un protocole d'exécution a été signé le 16 mars 2009, validant notamment la franchise de 12 millions prise en charge par les liquidateurs.

Le 28 juillet 2008, le président du CDR a sollicité de l'EPFR le premier appel en garantie de la somme attribuée au titre du seul préjudice matériel, à l'exclusion du préjudice moral, devant être assumé par le CDR seul, un tel préjudice résultant, selon le tribunal arbitral, des circonstances ayant entouré la mise en liquidation et non du dossier Adidas strictement entendu⁹.

La prise en charge par l'EPFR s'est traduite par un premier versement du comptable public en date du 3 septembre 2008 pour un montant de 152 872 000 euros, correspondant à la condamnation du CDR au titre du préjudice matériel, déduction faite de sa créance.

Le président du CDR a changé d'avis ensuite en demandant la prise en charge du préjudice moral par l'EPFR, en accord avec ce dernier. Le second virement du comptable de l'EPFR est intervenu le 2 avril 2009, pour un montant de 116 864 000 euros. Il englobait les volets complémentaires des condamnations prononcées par le tribunal arbitral, c'est-à-dire les intérêts versés au titre du préjudice matériel de 105 millions d'euros et l'indemnité au titre du préjudice moral de 45 millions d'euros, déduction faite de la franchise de 12 millions prise en charge par les liquidateurs, correspondant à la contribution initialement prévue du Crédit Lyonnais.

Ce paiement est intervenu après un premier conseil d'administration de l'EPFR du 28 juillet 2008 où il avait été relevé que les 45 millions d'euros ne relevaient pas de la garantie sur le risque Adidas. La somme de 45 millions d'euros a été inscrite dans les budgets modificatifs de novembre 2008 et de mars 2009, puis dans les comptes de l'exercice 2008, approuvés par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

E - Les suites de la procédure d'arbitrage

Le sort des procédures collectives et de la procédure pénale notamment pour

8 Cf. arrêt, pages 29 et 30.

9 Dans son arrêt du 10 novembre 2014, la Cour des comptes cite le passage de la lettre du président du CDR : "[...] *Eu égard à ces éléments, je sollicite l'EPFR afin d'assurer la prise en charge de la condamnation décidée par le tribunal arbitral, à l'exception du préjudice moral, lequel devrait être assumé par le CDR seulement, ce préjudice résultant selon le tribunal arbitral des circonstances ayant entouré la mise en liquidation et non du dossier Adidas strictement entendu*".

banqueroute à la suite de la sentence arbitrale

A la suite de la sentence arbitrale, le tribunal de commerce de Paris, par jugements des 6 mai 2009 et le 2 décembre 2009, a rapporté les décisions d'ouverture des procédures collectives des sociétés GBT et FIBT, redevenues *in bonis*.

Par jugement du 2 avril 2010, M. Y... et les autres personnes poursuivies, du fait de la révision des jugements de procédure collective, ont été relaxés des chefs de banqueroute et autres délits, à raison desquels ils avaient été renvoyés devant la juridiction correctionnelle par ordonnance du juge d'instruction du 20 mars 2003.

La procédure pénale engagée après les sentences arbitrales et l'action en révision de la sentence arbitrale

A la suite d'un contrôle de la Cour des comptes, portant sur la gestion du CDR et de l'EPFR, le procureur général près ladite Cour a adressé, le 9 juin 2011, un courrier au procureur de la République de Paris signalant, en application des dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale, des faits pouvant recevoir une qualification pénale, et l'informant que le ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière, saisie, retenait que les faits pouvaient revêtir la qualification d'abus de pouvoirs au sens de l'article L. 242-6, 4°, du code de commerce et visait M. E... en sa qualité de président du conseil d'administration du CDR.

Sur la base de cette communication, une enquête préliminaire a été diligentée, portant sur les faits révélés et consistant en auditions des membres de l'EPFR et du CDR, des arbitres, de l'ancien directeur de l'APE, des avocats du CDR et des liquidateurs. A l'issue de cette enquête, une information a été ouverte le 18 septembre 2012 des chefs d'usage abusif des pouvoirs sociaux et de recel de ce délit. Plusieurs réquisitoires supplétifs ont été joints, des chefs d'escroquerie en bande organisée, faux par simulation d'acte, de détournement de fonds publics, de complicité et recel de ces délits.

MM. Y..., H..., G..., E..., C... et M^e I... ont été mis en examen du chef d'escroquerie en bande organisée, faux et usage de faux. M. H... en outre pour faux et usage (concernant la déclaration d'indépendance du 16 novembre 2007) et M. E... pour usage abusif des pouvoirs sociaux.

Puis, entre les 6 et le 22 mai 2015, M. Y... a été mis en examen du chef de détournement de fonds publics, pour avoir, 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 au terme d'un arbitrage frauduleux, faits prévus par l'article 433-4 du code pénal.

MM. E..., en sa qualité de président du CDR, C..., en sa qualité de président de l'EPFR, M. G..., en tant que directeur de cabinet du ministre de l'économie et des finances, H..., membre du tribunal arbitral, et M^e I..., avocat des époux Y..., pour complicité de détournement de fonds publics par un particulier (M. Y...), faits prévus et punis par les articles 121-6, 121-7 et 433-4 du code pénal.

Les procédures faisant suite aux sentences arbitrales

Plusieurs procédures ont été engagées, parmi lesquelles l'une qui a donné lieu à un jugement en date du 8 octobre 2009 du tribunal administratif de Paris ayant considéré que le ministre n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation de nature à entacher ses décisions de nullité.

Les sociétés CDR ont, par ailleurs, engagé contre ces sentences des recours en annulation en 2013, qui ont été déclarés irrecevables comme tardifs par ordonnance du conseiller de la mise en état devenue définitive.

Le 28 juin 2013, elles ont assigné en révision des sentences les mandataires à la liquidation judiciaire des époux Y... et des sociétés du groupe Tapie. Par arrêt du 17 février 2015, la cour d'appel de Paris a considéré qu'il s'agissait d'un arbitrage interne et que l'un des arbitres, qui entretenait des liens anciens et étroits avec deux conseils de M. Y... et une proximité avec ce dernier, avait entendu favoriser par connivence cette partie. Elle a estimé que cet arbitre avait exercé une influence déterminante et surpris par fraude la décision du tribunal arbitral. Cette décision a ordonné la rétractation de la sentence arbitrale rendue le 7 juillet 2008 et celle des sentences du 27 novembre 2008, en raison de la fraude qui les entachait. L'arrêt a enjoint aux parties de conclure au fond afin qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit et renvoyé l'affaire à l'audience du 29 septembre suivant. Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi en cours à la date où a été rendu l'arrêt attaqué.

La procédure devant la Cour des comptes

Plusieurs contrôles et procédures ont été menés par la Cour des comptes, sur les comptes notamment du CDR, notamment au cours des exercices 2007 et 2008.

Par arrêt en date du 10 novembre 2014, la Cour des comptes a retenu que la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public de l'EPFR était engagée, en raison de manquements au regard du versement du 4 septembre 2008. Quant au virement incluant notamment les 45 millions d'euros de réparation du préjudice moral, la Cour a considéré qu'en *“prenant en charge le préjudice moral dû aux époux Y..., le comptable a effectué un “trop versé” et que ce trop versé constitue, à la date du présent jugement, un préjudice financier pour l'EPFR”*. L'arrêt, après avoir décidé que le comptable serait tenu d'acquitter une certaine somme pour les manquements constatés dans le premier virement, a sursis à statuer sur le manquement du comptable quant au second virement, dans l'attente de l'issue de la procédure sur la validité de la sentence arbitrale.

2 - La procédure devant la Cour de justice de la République

A - La procédure antérieure à la déclaration du présent pourvoi

Le 1^{er} avril 2011, plusieurs parlementaires ont adressé un courrier au procureur général près la Cour de cassation, ministère public près la Cour de justice de la République, aux fins de déterminer si les conditions dans lesquelles la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 avait été rendue étaient susceptibles de constituer des infractions pénales imputables, à les supposer établies, à Mme Christine X..., ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

En application des articles 68-1 et 68-2 de la Constitution, le procureur général près la Cour de cassation a saisi, le 10 mai 2011, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République aux fins de solliciter son avis sur les faits d'abus d'autorité susceptibles d'avoir été commis par Mme X..., prévus et punis par les articles 432-1 et 432-2 du code pénal.

Le 4 août 2011, la commission des requêtes a émis 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 à la période de la prévention, des chefs de complicité de faux par simulation d'acte et complicité de détournement de fonds publics, prévus et réprimés par les articles 121-7, 432-15 et 441-1 et suivants du code pénal. La commission des requêtes a conclu à des indices graves et concordants faisant présumer, sous l'apparente régularité d'une procédure d'arbitrage, la dissimulation d'une action concertée en vue d'octroyer aux époux Y... et aux sociétés dont ils détiennent, directement ou indirectement, le capital les sommes qu'ils n'avaient pu obtenir devant les tribunaux judiciaires, ou par médiation.

Le 16 août 2011, le procureur général a pris des réquisitions aux fins d'informer des chefs précités.

L'interrogatoire de première comparution de Mme X... a eu lieu le 23 mai 2013 pour avoir, depuis le 19 juin 2007, alors qu'elle exerçait les fonctions de ministre chargé de l'économie, dans le contentieux opposant le CDR aux liquidateurs et aux époux Y..., par l'un des moyens énumérés par l'article 121-7 du code pénal, notamment en donnant ou en faisant donner des instructions, directement ou indirectement, aux représentants de l'Etat, au conseil d'administration de l'Etablissement public de financement et de restructuration, ainsi qu'au président de cet établissement ou à celui du CDR, concouru à des décisions relatives au recours à l'arbitrage ayant donné lieu à une sentence arbitrale du 7 juillet 2008 et à son exécution, ces décisions pouvant paraître contraires aux intérêts du CDR et de l'EPFR et pouvant avoir eu pour conséquence, par l'octroi aux parties adverses d'avantages injustifiés, d'en faire supporter la charge financière par l'Etat. A l'issue de cette audition, Mme X... a été placée sous le statut de témoin assisté des chefs précités.

Le 26 août 2014, Mme X... a été mise en examen pour, depuis le 19 juin 2007, alors qu'elle exerçait les fonctions de ministre chargé de l'économie, depositaire de l'autorité publique, ne s'être pas, dans le contentieux entre le CDR, les liquidateurs et les époux Y..., opposée à l'arbitrage et 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 le 10 octobre 2007 de 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 du 28 novembre 1995 et des textes pris pour

son application, ainsi qu'aux termes de la lettre du 17 mars 1999 du ministre de l'Economie, relatifs à la garantie par 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 par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal.

Par arrêt de soit-communiqué en date du 10 juillet 2015, visant les articles 18 et 23 de la loi organique du 23 novembre 1993 et 175 du code de procédure pénale, la commission d'instruction, l'information lui paraissant terminée, a communiqué le dossier au procureur général et en a avisé Mme X... et ses avocats.

Par déclaration au greffe de la commission d'instruction des 28 juillet et 29 juillet 2015, les avocats de Mme X... ont déposé trois requêtes en nullité de la procédure, visant, l'une, l'avis de la commission des requêtes, la deuxième, la mise en examen de Mme X... et la troisième, la nullité de la procédure ayant conduit à l'ouverture d'une information judiciaire.

Par réquisitoire en date du 18 septembre 2015, le ministère public a conclu à leur recevabilité et à leur rejet. Sur la demande de nullité de la mise en examen, le procureur général conclut que les arguments invoqués relèvent non pas de l'appréciation des indices préalables à la mise en examen, mais de celle des charges justifiant ou non un renvoi devant la juridiction de jugement, ou le cas échéant de l'appréciation par celle-ci de la culpabilité.

Par arrêt en date du 12 octobre 2015, après avoir déclaré les requêtes recevables, la commission les a rejetées comme infondées.

Elle a retenu en substance :

- sur la requête en annulation de la procédure ayant conduit à l'ouverture de l'information, que la procédure avait été régulièrement engagée, à la suite d'une lettre de parlementaires, à l'initiative du procureur général, qui avait saisi la commission des requêtes en application de l'article 17 de la loi organique du 23 novembre 1993 ;
- sur la demande d'annulation de l'avis de la commission des requêtes, dans la composition ayant statué, que le grief qu'un membre se soit irrégulièrement déporté et aurait été irrégulièrement remplacé était infondé ;
- sur la requête en annulation de la mise en examen de Mme X..., que la mise en examen répondait aux exigences de l'article 80-1 du code de procédure pénale, prévoyant que le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont il est saisi.

Mme X... a formé un pourvoi contre cet arrêt dont elle s'est désistée le 13 novembre 2015, ce dont le premier président de la Cour de cassation a donné acte, par ordonnance du 17 novembre 2015.

Par réquisitions du 18 septembre 2015, le ministère public près la Cour de justice de la République a requis de dire n'y avoir lieu à suivre contre Mme X.... Ce réquisitoire a été transmis à Mme X... et à ses avocats le 22 septembre 2015.

Le 10 novembre 2015, les avocats de Mme X... ont déposé deux jeux d'observations aux fins de non-lieu.

Par arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 17 décembre 2015, Mme X... a été renvoyée devant la Cour de justice du chef des articles 432-16 et 432-17 du code pénal. L'arrêt lui a été signifié le 18 décembre 2015.

Aux termes d'un exposé des faits, d'une analyse des éléments de fait et d'un examen de la responsabilité de Mme X..., la commission d'instruction a apprécié qu'il existait contre Mme X... des charges suffisantes d'avoir commis le délit prévu et réprimé par l'article 432-16 du code pénal, par des fautes de négligences entourant son choix de recourir à l'arbitrage et sa décision de ne pas former de recours en annulation.

La commission d'instruction, répondant aux conclusions du mémoire en contestant l'existence, a estimé que les négligences ainsi énumérées étaient la cause directe du dommage, et, à titre surabondant, qu'elles constituaient des fautes caractérisées en relation de causalité indirecte avec le dommage.

B - Le pourvoi en cassation et l'exposé des moyens produits

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 premier (Du pourvoi en cassation) du livre III (Des voies de recours extraordinaires) 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. Un renvoi est ainsi opéré aux articles 567 à 621 du code de procédure pénale, relatifs au pourvoi en cassation.

Par déclaration le 18 décembre 2015 au greffe de la Cour de justice de la République, Mme X... s'est pourvue contre cet arrêt, par le ministère de M^e Repiquet, muni d'un pouvoir spécial. Le pourvoi a été notifié au procureur général le 18 décembre 2015.

Le dépôt du mémoire est régi par les articles 584 et suivants du code de procédure pénale.

La SCP Bénabent et Jéhannin s'est constituée en demande et a déposé, le 14 mars 2015, dans le délai imparti conformément aux dispositions de l'article 588 du code de procédure pénale, un mémoire ampliatif tendant à la cassation de l'arrêt attaqué.

En application de l'article 24 de la loi organique du 23 novembre 1993, le pourvoi est porté devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Préalablement à l'exposé des moyens, le mémoire présente des observations liminaires aux fins de recevabilité du pourvoi.

Par ailleurs, sur “*la structure*” de l’article 432-16 du code pénal, il soutient que cette infraction se compose de trois éléments : une condition préalable quant à l’existence d’un détournement, un premier élément constitutif relatif à l’existence d’une négligence et un second élément tenant à l’existence d’un lien de causalité entre les deux.

Le mémoire fait valoir qu’indépendamment de l’inexactitude factuelle des griefs, objet du renvoi, ceux retenus à l’encontre de Mme X... dans la décision critiquée ne sont pas juridiquement pertinents et sont impropres, en droit, à fournir les éléments constitutifs de l’infraction.

Trois moyens sont présentés au soutien du pourvoi, qui reprennent les trois éléments composant l’infraction retenue dans la décision de renvoi.

Le premier moyen porte sur la condition du détournement de fonds visée à l’article 432-16 précité. Pris de la violation des articles 432-16, 432-17, 433-4 et 121-3 du code pénal, 18 et suivants de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, 591 et 593 du code de procédure pénale, il se présente en deux branches.

Selon la première branche, l’infraction prévue à l’article 432-16 du code pénal a pour condition préalable l’existence d’un détournement de fonds.

Lorsque, comme en l’espèce, le versement de fonds est opéré en exécution d’une décision judiciaire ou arbitrale exécutoire, fût-elle erronée ou infondée, seul le constat d’une fraude ayant vicié la décision peut conférer à cette exécution le caractère d’un détournement. Dès lors que des poursuites ont été engagées pour déterminer l’existence éventuelle d’une telle fraude, la commission d’instruction ne pouvait, sauf à créer un risque de contrariété de décisions, qu’attendre l’issue des poursuites devant le tribunal correctionnel pour déterminer si la condition préalable requise pouvait être retenue. L’existence de poursuites pénales ayant été relevée par la commission d’instruction, elle n’était pas en mesure de constater une fraude. En se bornant à relever que l’information en cours aurait mis en évidence le caractère indu de la somme octroyée, alors que le caractère “indu” de la décision arbitrale ne pouvait suffire à qualifier le détournement, objet de l’instruction en cours, ainsi que l’infraction précitée, qui se trouve dans la dépendance de cette qualification, la commission d’instruction n’a pas légalement justifié sa décision.

La seconde branche soutient que la nature du lien de causalité entre la négligence et le détournement qui en résulte commande que soient constatées préalablement non seulement l’existence d’une fraude, mais aussi les manoeuvres constitutives de celle-ci, constituant l’élément intentionnel, et permettant d’apprécier si elles résultent ou non d’une négligence du dépositaire de l’autorité publique.

L’arrêt, n’ayant pas procédé à un tel constat, a privé sa décision de base légale.

Le deuxième moyen, composé de quatre branches, est pris de la violation des articles 432-16, 432-17 et 121-3 du code pénal, 1 de la loi des 16 et 24 août 1790, 18 et suivants de la loi organique du 23 novembre 1993, L. 431-4 du code de l’organisation judiciaire, 480 du code de procédure civile, 591 et 593 du code de procédure pénale,

défaut et contradiction de motifs et manque de base légale. Il expose quatre griefs.

Selon la première branche, en ce qui concerne la décision de soumettre à l'arbitrage les contentieux litigieux, s'agissant d'un mode normal de règlement des litiges, en l'absence de toute circonstance anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres et à leur nomination, cette décision est improprie à caractériser une négligence, cause du détournement.

Selon la deuxième branche, en ce qui concerne la renonciation à l'exercice d'un recours en annulation de la sentence, l'existence d'un "*moyen sérieux d'annulation*" ne pouvait se déduire d'une méconnaissance de la sentence arbitrale de l'autorité de la chose jugée des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006.

La troisième branche fait grief à l'arrêt de s'être contredit en concluant à une négligence de la ministre après avoir relevé la formulation d'avis divergents des juristes consultés.

La quatrième branche reproche à l'arrêt de s'être contredit en retenant des négligences contre la ministre après avoir relevé que sa décision de renoncer au recours relevait de l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle et ne pouvait être appréciée du point de vue de l'opportunité.

Le troisième moyen, constitué d'une seule branche, reproche à la commission d'instruction d'avoir ordonné le renvoi de Mme X... du chef précité, alors qu'elle n'a relevé aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux d'un arbitre, 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 de recours. Le mémoire en conclut que l'arrêt n'a relevé aucune charge concernant cet élément indispensable à la constitution de l'infraction.

IDENTIFICATION DES POINTS DE DROIT À JUGER

Questions liminaires de la recevabilité du pourvoi et de la recevabilité des moyens

Le premier moyen critique les motifs de l'arrêt sur la composante de détournement, mentionné à l'article 432-16 du code pénal.

- Le détournement est-il une condition préalable du délit prévu à l'article 432-16 susvisé ?

- Dans le cas présent d'une information en cours devant le tribunal de grande instance de Paris, notamment du chef de détournement et complicité, prévu par l'article 433-4 du code pénal, la commission d'instruction, saisie de l'infraction précitée de l'article 432-16 du code pénal, devait-elle attendre l'issue des poursuites engagées, en raison du risque de contrariété de décisions ?

- Le moyen critiquant la motivation de l'arrêt sur la composante du détournement est-il

opérant ?

Question de l'examen des motifs de l'arrêt au regard des négligences relevées par la commission et entourant la décision de la demanderesse d'entrer en arbitrage puis de ne pas former de recours contre la sentence. Les motifs sont-ils insuffisants et contradictoires ?

Le grief fait à l'arrêt de n'avoir pas relevé, au titre des charges, l'existence d'un lien de causalité entre les négligences et le comportement frauduleux d'un des arbitres peut-il prospérer ?

DISCUSSION

QUESTIONS PRÉALABLES DE LA RECEVABILITÉ DU POURVOI ET DE LA RECEVABILITÉ DES MOYENS

1-1 Le pourvoi est-il recevable sans restriction, en application de l'article 24 de la loi organique du 23 novembre 1993 ?

1-2 A supposer le pourvoi recevable, les moyens sont-ils recevables sans restriction?

1-1 Sur la recevabilité du pourvoi

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 I (Du pourvoi en cassation) du livre III (Des voies de recours extraordinaires) 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. Le titre I renvoie aux articles 567 à 621 du code de procédure pénale, relatifs au pourvoi en cassation.

Le mémoire fait valoir que les pourvois contre les arrêts de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République sont recevables, sans restriction comme le confirme l'article 27 de la loi organique du 23 novembre 1993, prévoyant que la date d'ouverture des débats de la Cour de justice de la République est fixée lorsque l'arrêt de renvoi est définitif, ce qui, en l'absence d'ouverture de la voie de l'appel, implique nécessairement celle du pourvoi, comme le confirment les précédents rendus en la matière, cités en demande.

Le point de savoir si le pourvoi est en l'espèce recevable appelle un aperçu des travaux parlementaires sur la question (1-1-1), un examen des articles du code de procédure pénale relatifs aux pourvois en matière pénale susceptibles de s'appliquer (1-1-2), avant d'examiner la question de savoir dans quelle mesure l'article 574 du code de procédure pénale serait susceptible de s'appliquer (1-1-3).

1-1-1 La question de l'ouverture du pourvoi vue par les parlementaires

Les travaux parlementaires relatifs à la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 montrent

des divergences de vue entre le Sénat et l'Assemblée nationale sur l'institution de voies de recours à l'encontre des arrêts de la Cour de justice de la République. Le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale s'était montré défavorable à l'idée même d'un pourvoi en cassation contre les décisions prises par la Cour de justice elle-même, ou un de ses organes, en soulignant que cette juridiction, "*même saisie selon une procédure de nature judiciaire, devait conserver un caractère de juridiction politique qu'elle perdrait, à l'évidence, si ses décisions tombaient sous le contrôle de la Cour de cassation*"¹⁰.

En l'absence d'accord entre les deux Assemblées, la question des voies de recours contre les arrêts de la commission d'instruction et la Cour de justice de la République a été renvoyée à une loi organique. Le projet de loi organique¹¹ a prévu la possibilité d'un pourvoi en cassation des arrêts de la commission d'instruction et de la Cour de justice de la République, en s'inspirant des recommandations du comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, et des auditions de P. Draï et M. L. Gondre devant la commission de lois du Sénat, qui étaient à l'époque respectivement premier président de la Cour de cassation et président de la commission d'instruction de la Haute cour de justice¹².

Lors de la discussion du projet de loi, le rapporteur à la commission des lois de l'Assemblée nationale a renouvelé son hostilité de principe à la possibilité d'un pourvoi contre les arrêts de la Cour de justice en s'exprimant ainsi : "*l'article 68-1 de la Constitution, inséré dans un titre particulier suivant celui consacré à la Haute cour de justice et non dans le titre VIII, "De l'autorité judiciaire", n'a pas créé une nouvelle juridiction répressive placée au sein de la hiérarchie judiciaire que couronne la Cour de cassation, mais une institution sui generis analogue dans sa nature, comme d'ailleurs dans sa composition, à la Haute cour de justice. Le législateur peut lui rendre applicable certaines règles - essentiellement formelles - tirées du droit commun de la procédure pénale, ne serait-ce que pour ne pas avoir à élaborer sans nécessité toute une procédure particulière. Mais il n'est nullement tenu de lui imposer le respect de celles qu'il juge incompatibles avec sa nature. Ainsi en va-t-il justement du principe du double degré de juridiction et de son corollaire, la reconnaissance de la recevabilité des pourvois en cassation*"¹³.

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

10 A. Fanton, rapport au nom de la commission des lois, 17 juin 1993, n° 356. Cité par B. Challe, rapport sous l'arrêt de l'assemblée plénière du 6 juin 2003 (pourvoi n° 01-87-092, *Bull. crim.* 2003, Ass. plén., n° 2), publié au *BICC* n° 582, du 1^{er} août 2003.

11 Projet de loi organique n° 504 présenté par le garde des sceaux le 10 septembre 1993.

12 Rapport au Président de la République du comité consultatif pour la révision de la Constitution, *Journal officiel*, 16 février 1993, p. 2537 et s.

13 Rapport au nom de la commission des lois, 17 juin 1993, n° 356.

pourvoi contre les arrêts de la Cour de justice de la République, et renvoie au code de procédure pénale quant aux conditions et formes du recours.

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

1-1-2 Les références au code de procédure pénale

On sait que l'article 24 précité renvoie aux "*conditions et formes déterminées par le titre 1 (Du pourvoi en cassation) du livre III (Des voies de recours extraordinaires) du code de procédure pénale*".

1-1-2-1 Les articles généraux et ceux propres aux arrêts de renvoi

Selon l'article 567 du code de procédure pénale, "*les arrêts de la chambre de l'instruction [...] peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief*"... Ce sont plus précisément les articles 574 et 574-1 du code de procédure pénale, au sein du titre premier et du chapitre premier, intitulé "*Des décisions susceptibles d'être attaquées et des conditions du pourvoi*", qui régissent les conditions de recevabilité des pourvois formés contre les arrêts de la chambre de l'instruction portant renvoi devant une juridiction de jugement.

Alors que l'arrêt renvoyant une personne mise en examen pour un crime devant la cour d'assises peut toujours être frappé de pourvoi, celui formé contre un arrêt de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de police pour un délit ou une contravention est en principe irrecevable, sauf hypothèses particulières. En effet, selon l'article 574 dudit code, "*l'arrêt de la chambre de l'instruction portant renvoi devant le tribunal correctionnel ou de police ne peut être attaqué devant la Cour de cassation que lorsqu'il statue, d'office ou sur déclinatoire des parties, sur la compétence ou qu'il présente des dispositions définitives que le tribunal, saisi de la prévention, n'a pas le pouvoir de modifier*".

L'étendue du droit de critique de la personne mise en examen dépend donc de la nature de l'infraction, objet du renvoi, et, par voie de conséquence, de la juridiction de renvoi, cour d'assises ou juridiction correctionnelle et de police. Car la portée de la décision de renvoi n'est pas la même : à la différence du renvoi devant le tribunal correctionnel, qui est seulement indicatif de compétence, l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises est attributif de compétence : la compétence de la cour d'assises est invariablement fixée¹⁴,

14 Crim., 19 juillet 1816, *Bull. crim.* 1816, n° 43.

de sorte qu'elle ne peut se déclarer incompétente¹⁵.

Dans la présente espèce, la nature correctionnelle de l'infraction retenue fait obstacle à l'application des dispositions de l'article 574-1 du code de procédure pénale, qui imposent du reste à la Cour de cassation de se prononcer dans le délai de trois mois de la réception du dossier¹⁶. Ce dernier texte n'est évidemment pas applicable en l'espèce.

1-1-2-2 L'article 574 du code de procédure pénale et les conditions d'ouverture du pourvoi

Selon l'article 574 du code de procédure pénale, le pourvoi est en principe irrecevable, sauf si l'arrêt statue sur la compétence ou contient une disposition définitive que le tribunal, saisi de la poursuite, n'a pas le pouvoir de modifier. Une dernière exception, de droit prétorien, est prévue lorsque l'arrêt ne satisfait pas aux conditions essentielles de son existence légale¹⁷.

Parmi les "*dispositions définitives que le tribunal, saisi de la poursuite, n'a pas le pouvoir de modifier*", le cas le plus fréquent est celui où l'arrêt, infirmant une ordonnance de non-lieu sur le seul appel de la partie civile ou du parquet, renvoie la personne mise en examen devant la juridiction correctionnelle, car il oblige les juges du fond à se prononcer sur l'action publique. D'autres exemples se rencontrent : ainsi, lorsque l'arrêt de renvoi condamne, à tort, une des parties aux dépens.

Quant aux différentes hypothèses dans lesquelles l'arrêt ne satisfait pas aux conditions essentielles de son existence légale, il s'agit notamment de l'irrégularité de la composition de la juridiction ayant rendu l'arrêt attaqué, du renvoi d'une personne devant une juridiction de jugement sans qu'elle ait été mise en examen ou de la violation des droits de la défense.

L'ouverture du pourvoi dans des cas limitativement énumérés est compatible avec l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où l'accès au juge de cassation est ouvert lorsqu'est en cause une question de compétence, un grief tenant aux conditions essentielles de l'existence légale de l'arrêt

15 Cf. J. Dumont, V. Georget, A. Bonnet, "Ordonnances de règlement", in *Juris-Classeur procédure pénale*, Fascicule 20, et les arrêts cités ; Crim., 29 avril 1997, pourvoi n° 95-82.669, *Bull. crim.* 1997, n° 155 (rejet) ; Crim., 21 février 1996, pourvoi n° 95-82.085, *Bull. crim.* 1996, n° 82 (cassation).

16 Après le dépôt du mémoire ampliatif dans le délai d'un mois, prorogé, le cas échéant, de huit jours. Tel n'est pas le cas en l'espèce, l'avocat en demande ayant disposé d'un délai de plus de deux mois.

17 Cette disposition a son équivalent au niveau de l'appel des ordonnances de règlement du juge d'instruction : l'article 186-3 du code de procédure pénale réservant la voie de l'appel aux parties dans le seul "*cas où elles estiment que les faits renvoyés devant le tribunal correctionnel constituent un crime, dans le cas de l'omission de la cosignature des juges dans le cas de cosaisine ou enfin lorsque l'ordonnance est complexe, ce qui recouvre les hypothèses notamment où le juge d'instruction a omis de répondre à une contestation telle que celle de la recevabilité de l'action de la partie civile*". Cf. Crim., 1^{er} octobre 2013, pourvoi n° 12-82.985, *Bull. crim.* 2013, n° 183 (cassation).

ou une disposition définitive¹⁸. Dans toute autre hypothèse, les débats se tiennent dans le respect de la contradiction devant la juridiction de jugement, qui peut remettre en cause tous les motifs de l'arrêt de renvoi. C'est pourquoi la chambre criminelle a pu dire que l'article 574 du code de procédure pénale préserve les droits de la défense, le droit au procès équitable et le droit à un recours effectif¹⁹.

L'hypothèse où "*l'arrêt statue, d'office ou sur déclinatoire des parties, sur la compétence*" implique un motif de l'arrêt consacré à une question de compétence, car "*le fait de désigner la juridiction qui est appelée à juger l'affaire n'équivaut pas à une décision prise d'office sur la compétence de celle-ci, en l'absence de toute contestation des parties sur ce point*"²⁰. Toutefois, la jurisprudence admet, exceptionnellement, la recevabilité du pourvoi, bien que la décision n'ait pas statué sur la compétence.

Ainsi du pourvoi contre l'arrêt d'une chambre d'accusation désignée dans les conditions prévues par les articles 679 et suivants du code de procédure pénale, qui instituaient des privilèges de juridiction, aujourd'hui abrogés. La chambre criminelle a énoncé que l'arrêt portant renvoi de l'inculpé devant le tribunal correctionnel "*peut, dans tous les cas, par dérogation à l'article 574, faire l'objet d'un pourvoi en cassation*".

S'agissant de la compétence des juridictions françaises, en raison d'infractions commises hors du territoire de la République, telle qu'elle résulte de l'article 689 du code de procédure pénale²¹.

1-1-3 La question de l'application de l'article 574 du code de procédure pénale au présent pourvoi et l'analyse des précédents de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

Le point de savoir si l'article 574 précité s'applique en l'espèce ne va pas de soi, au vu des précédents rendus par l'assemblée plénière, dont on rappellera brièvement les circonstances dans lesquelles ils ont été rendus et leur portée.

1-1-3-1 Les précédents de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, rendus depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du 23 novembre 1993, sur des pourvois contre des arrêts de renvoi de la commission d'instruction

18 Cf. étude d'ensemble, par R. Koering-Joulin, *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dir. V. Donnier et B. Lapérou-Schneider, *Dalloz* 2013, pages 156 et s., et les arrêts cités.

19 Crim., 15 décembre 2010, QPC n° 10-84.112, *Bull. crim.* 2010, n° 209, et Crim., 9 février 2011, QPC n° 10-87.448 (non-renvoi au Conseil constitutionnel).

20 J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, *Dalloz Action*, 2012/2013, n° 21-21, et les arrêts cités, Crim., 28 mars 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 146, et Crim., 16 juin 1986, pourvoi n° 83-94.439, *Bull. crim.* 1986, n° 205.

21 Crim., 10 octobre 1988, pourvoi n° 87-91.310, *Bull. crim.* 1988, n° 331, et, dans les cas où la question de la compétence était dans le débat, Crim., 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-84.652, *Bull. crim.* 2005, n° 1 ; Crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-88.330, *Bull. crim.* 2009, n° 22 (cassation).

Ces précédents montrent que le régime du pourvoi s'est construit en plusieurs étapes, sans réelle vue d'ensemble.

Le premier de ces précédents se distingue des suivants, car la question de la compétence était dans le débat au stade de la commission d'instruction, saisie d'une exception de compétence.

Saisie du pourvoi formé contre un arrêt de renvoi d'un ministre pour un délit de presse, devant la Cour de justice de la République, l'assemblée plénière s'est prononcée le 23 décembre 1999²². Elle a considéré comme recevable le pourvoi, sans consacrer de motif à la question de la recevabilité, qui n'était pas contestée. Il faut se reporter aux conclusions de l'avocat général devant la Cour de cassation pour en trouver l'explication : se référant à l'article 574 du code de procédure pénale, il observait que la commission d'instruction, saisie d'un déclinatoire de compétence, avait statué sur ce point²³. Sans aborder la question de la recevabilité du pourvoi, le rapporteur relevait, pour sa part, qu'en ordonnant le renvoi du ministre devant la Cour de justice de la République, à la fin de l'information, la commission d'instruction avait nécessairement prononcé sur la juridiction compétente pour connaître de l'affaire dont elle était saisie²⁴.

Les deux affaires postérieures se présentent tout autrement :

L'arrêt de l'assemblée plénière du 6 juin 2003²⁵ a été rendu dans le contexte suivant : un ministre, renvoyé devant la Cour de justice de la République, avait formé deux pourvois, le premier à l'encontre de l'arrêt de la commission d'instruction ayant statué sur sa requête en annulation de pièces de la procédure, le second, contre l'arrêt de renvoi devant la Cour de justice.

A l'encontre du premier de ces arrêts, il faisait valoir le grief pris de la violation de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la commission d'instruction était compétente pour connaître des demandes de nullité contre ses propres actes. Sur ce point, l'assemblée plénière a écarté le moyen, en relevant que la commission d'instruction prononce sous le contrôle de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit. Contre le second, le demandeur soutenait que la cassation du premier arrêt devait entraîner celle de l'arrêt subséquent portant renvoi. La Cour de cassation, par l'arrêt précité, après avoir rejeté le pourvoi contre l'arrêt ayant statué sur

22 Assemblée plénière, 23 décembre 1999, pourvoi n° 99-86.298, *Bull. crim.* 1999, Ass. plén., n° 312 (cassation partielle sans renvoi).

23 "Par application des articles 567 et suivants du code de procédure pénale (plus précisément l'article 574), le présent pourvoi est recevable. En effet, l'arrêt de renvoi rendu par la commission d'instruction a statué sur sa compétence, sur déclinatoire de Mme Ségolène X.... L'application des dispositions de l'article 574 du code de procédure pénale est suffisamment classique et la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation bien établie, pour qu'il ne soit pas utile de développer plus avant". (Crim., 21 décembre 1982, pourvoi n° 82-92.054, *Bull. crim.* 1982, n° 300 ; Crim., 21 octobre 1997, pourvoi n° 96-85.907, *Bull. crim.* 1997, n° 342 (rejet), *BICC* n° 509, du 1^{er} mars 2000).

24 Rapport de Mme C. Chanet, *BICC* n° 509, du 1^{er} mars 2000.

25 Assemblée plénière, 6 juin 2003, pourvois n° 01-87.092 et 03-80.734, *Bull. crim.* 2003, Ass. plén., n° 2 (rejet).

la requête en nullité, a rejeté, par voie de conséquence, le pourvoi contre l'arrêt portant renvoi.

Les trois arrêts rendus le 17 juillet 2009 par l'assemblée plénière apportent un éclairage nouveau à la question de recevabilité du pourvoi. La Cour de cassation a relevé, dans un premier temps, qu'aucun moyen n'était produit au soutien du pourvoi qu'un ministre avait formé contre l'arrêt le renvoyant devant la Cour de justice de la République. Puis elle a énoncé : *“Attendu que la juridiction devant laquelle le demandeur est renvoyé est compétente ; que la procédure est régulière”*, avant de prononcer le rejet du pourvoi. Et le sommaire de l'arrêt indique : *“Dès lors qu'aucun moyen n'est produit au soutien du pourvoi, et que la juridiction devant laquelle le demandeur est renvoyé est compétente, le pourvoi formé contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ordonnant un renvoi devant la Cour de justice de la République est rejeté (arrêt n° 1, pourvoi n° 09-82.690, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 2 ; arrêt n° 2, pourvoi n° 09-82.691, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 3, et arrêt n° 3, pourvoi n° 09-82.692, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 4)”*. L'apport de ces arrêts est de deux ordres : la Cour de cassation a d'abord vérifié, d'office, la compétence de la juridiction de renvoi et la régularité de la procédure. Puis elle a rejeté le pourvoi, confirmant ainsi la solution du 6 juin 2003.

1-1-3-2 La portée des précédents

Si l'on tente d'expliquer le sens des arrêts précités du 17 juillet 2009, sans précision particulière dans le rapport du conseiller ni dans les conclusions de l'avocat général, plusieurs pistes peuvent être avancées, en se référant à une décision de la chambre criminelle et à deux décisions du Conseil constitutionnel.

Sur le pourvoi formé contre un arrêt non définitif ayant rejeté une exception tirée de l'incompétence du juge judiciaire au profit de la Haute cour de justice, c'est en raison de la nature constitutionnelle des dispositions en cause que la chambre criminelle a écarté les dispositions de l'article 570 du code de procédure pénale, prévoyant en principe que l'examen des pourvois contre les arrêts qui ne mettent pas fin à la procédure ne sont jugés qu'en même temps que l'arrêt au fond, par des motifs tirés de la norme constitutionnelle et de la qualité de l'auteur mis en cause²⁶.

Deux décisions du Conseil constitutionnel consacrent la reconnaissance du régime particulier de responsabilité pénale des membres du gouvernement, sur la base de la norme constitutionnelle.

26 Crim., 28 mai 1986, pourvoi n° 85-91.606, *Bull. crim.* 1986, n° 180 (cassation sans renvoi). *“Sur la recevabilité du pourvoi ; Attendu que l'arrêt attaqué concernant une poursuite délictuelle contre un membre du gouvernement, en obligeant celui-ci à se défendre sur le fond, pourrait conduire, dès cette phase de la procédure, à une violation des lois constitutionnelles ; que dès lors le rejet d'une exception prise de l'application des dispositions de la Constitution commande une décision immédiate et n'entre pas dans la classe des arrêts que visent les règles posées par les articles 570 et 571 du code de procédure pénale quant aux pourvois formés contre les décisions ne mettant pas fin à la procédure”*.

Cette décision, réservant un traitement différent à un membre du gouvernement, au regard de la portée constitutionnelle des dispositions de compétence, est à rapprocher de décisions plus anciennes, dans le même sens : Crim., 24 novembre 1949, *Bull. crim.* 1949, n° 317 et 318.

Tout d'abord, rappelons que les dispositions de la loi organique sur la Cour de justice de la République ont été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 93-327 DC du Conseil constitutionnel du 19 novembre 1993. Plus riche d'enseignement, la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999²⁷ portait sur la loi de ratification du Traité de Rome portant création de la Cour pénale internationale. L'article 27 du statut prévoyait que *“la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement... n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent statut”*.

Le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions contraires aux régimes particuliers de responsabilité institués par les articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution : *“Considérant [...] qu'en vertu de l'article 68-1 de la Constitution, les membres du gouvernement ne peuvent être jugés pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions que par la Cour de justice de la République...”*.

Les précédents de l'assemblée plénière, vérifiant d'office, à l'occasion d'un pourvoi contre les arrêts de renvoi, la compétence de la Cour de justice, ce qui suppose de déclarer recevable le pourvoi, pourraient se rattacher à la portée constitutionnelle des règles en la matière.

Par ailleurs, la vérification de la régularité de la procédure, au besoin d'office, est une avancée acquise à partir de l'arrêt du 23 décembre 1999 précité. Elle a conduit l'assemblée plénière à soulever d'office un moyen tiré de la violation de l'article 19 de la loi organique du 23 novembre 1993 relative à sa saisine que la commission avait en l'espèce, dépassée.

A supposer le pourvoi recevable, la question de la recevabilité des moyens serait susceptible de se poser.

I-2 Sur la recevabilité des moyens

Le mémoire ampliatif soutient que le pourvoi et les moyens sont recevables, compte tenu des précédents ayant rejeté le pourvoi et du précédent en matière de presse, ayant rejeté les moyens tenant à la prescription de l'action publique et à la requalification des faits.

Il souligne que l'objet du pourvoi est de *“démontrer qu'indépendamment de l'inexactitude factuelle des griefs relevés, dont l'appréciation pourrait relever de la juridiction de jugement, ces griefs ne sont pas juridiquement pertinents, dans la mesure où, à supposer même que les faits relevés fussent établis, ils sont impropres en droit à fournir les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal en chacune de ses trois composantes nécessaires”*.

La réponse à la question précédente déterminera le point de savoir si les moyens sont ou non recevables, ce qui conduit aussi à poser la question du principe et de l'étendue du contrôle de la Cour de cassation en la matière.

27 Conseil constitutionnel, 22 janvier 1999, décision n° 98-408 DC.

1-2-1 Contrôle de la chambre criminelle saisie d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle

Au pénal, en matière de preuve, le contrôle de la Cour de cassation est gouverné par les principes généraux suivants : les arrêts des juridictions de fond et de chambre de l'instruction ne peuvent être cassés que pour violation de la loi, ou s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée ou, encore, s'il a été omis de prononcer sur une demande.

Les articles 591 et 593 du code de procédure pénale constituent le cadre légal du contrôle exercé sur la preuve en matière pénale. Mais l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire s'applique à toutes les chambres de la Cour de cassation. Dès lors qu'elles ne connaissent pas du fond de l'affaire, il convient de distinguer le fait, laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, du droit, qui entre dans le contrôle de la Cour. *“Si les constatations sont inattaquables devant la Cour de cassation, [...], la qualification que les juges ont donné à ces constatations ou ont refusé de donner, ainsi que les conséquences qui peuvent être tirées de ces constatations, sont contrôlées”*²⁸.

Ces principes s'appliquent naturellement au pourvoi contre un arrêt de renvoi devant une juridiction de jugement, mais l'intensité du contrôle diffère selon que c'est la cour d'assises qui est saisie ou une juridiction correctionnelle ou de police.

Dans le premier cas, sur le fondement de l'article 574-1 du code de procédure pénale et selon une jurisprudence constante et ancienne, *“La chambre d'accusation relève souverainement les faits sur lesquels repose l'accusation ; la Cour de cassation n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée justifie le renvoi de l'accusé devant la Cour d'assises ; il ne lui appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la chambre d'accusation a affirmé l'existence à l'encontre de l'accusé”*²⁹. On peut encore lire : *“il appartient à la Cour de cassation de vérifier en droit le rapport que la chambre d'accusation a établi entre les faits par elle spécifiés et la qualification qu'elle leur attribue, mais les énonciations et appréciations de pur fait contenues dans l'arrêt ne comportant de sa part ni vérification ni contrôle”*³⁰.

Selon une formulation plus récente, la chambre criminelle énonce :

“Attendu que les motifs de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, après avoir exposé les faits et répondu

28 Cf. “Preuve du fait et étendue du contrôle de la Cour de cassation”, au *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2012, section 8, droit pénal, pages 131 et s.

29 Crim., 26 juillet 1966, pourvoi n° 66-92.061, *Bull. crim.* 1966, n° 211 ; 13 novembre 1968, pourvoi n° 68-91.578, *Bull. crim.* 1968, n° 294 ; 20 mai 1969, pourvoi n° 68-92.825, *Bull. crim.* 1969, n° 178 ; 10 juin 1970, pourvoi n° 70-91.024, *Bull. crim.* 1970, n° 196 ; 11 juin 1970, pourvoi n° 70-90.400, *Bull. crim.* 1970, n° 199 ; 5 août 1972, pourvoi n° 72-91.364, *Bull. crim.* 1972, n° 262 ; 10 avril 1975, pourvoi n° 74-92.978, *Bull. crim.* 1975, n° 90 ; 30 mai 1996, pourvoi n° 96-81.207.

30 Crim., 9 mai 1968, pourvoi n° 67-92.752, *Bull. crim.* 1968, n° 149.

comme elle le devait aux articulations essentielles du mémoire dont elle était saisie, a relevé l'existence de charges qu'elle a estimé suffisantes contre X... pour ordonner son renvoi devant la cour d'assises sous l'accusation de [...] ;

Qu'en effet, les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement' ;

Enfin, l'assemblée plénière s'est prononcée récemment, dans le cadre d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant une cour d'assises sur un des grief tiré de l'absence de caractérisation de la circonstance aggravante de préméditation³¹.

Dans l'hypothèse d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle, la chambre criminelle reprend la distinction déjà évoquée au sujet du pourvoi, car, contrairement à l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises, qui est attributif de compétence, l'arrêt de renvoi devant une juridiction correctionnelle ou de police est seulement indicatif de compétence : sont seuls recevables les moyens qui attaquent une disposition sur la compétence ou une disposition définitive qui ne pourrait être remise en question par la juridiction de jugement, ou encore qui viserait les conditions essentielles de l'existence légale de l'arrêt³².

En dehors de ces cas, et notamment lorsqu'il s'agit de discuter les charges, la chambre criminelle rappelle de façon constante qu'elle *"n'évalue pas les charges dont une juridiction affirme l'existence [...] Tout moyen qui l'inviterait à le faire serait un moyen de pur fait"*³³. De même, la qualification des faits par la juridiction à l'origine du renvoi échappe au contrôle de la Cour de cassation, dans la mesure où elle est provisoire, la juridiction de jugement pouvant la remettre en cause, tout comme sa compétence³⁴.

31 Assemblée plénière, 7 novembre 2014, pourvoi n° 14-83.739, *Bull. crim.* 2014, Ass. plén., n° 1.

32 Par exemple : *"Sur la recevabilité des pourvois :*

Attendu que l'arrêt attaqué, en ce qu'il a fait droit aux appels des parties civiles aussi bien sur l'action publique que sur l'action civile, constitue une décision définitive et en dernier ressort que le tribunal, saisi de la connaissance de l'affaire, ne saurait modifier ; qu'en conséquence, un tel arrêt entre dans la classe de ceux qui, par application de l'article 574 du code de procédure pénale, peuvent être attaqués devant la Cour de cassation" ;

Sur les moyens, elle retient, dans la même décision :

"Attendu que les griefs se bornent à critiquer les énonciations de l'arrêt relatives à la régularité du réquisitoire introductif du procureur de la République au regard de l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881 ; que ces énonciations ne contiennent aucune disposition définitive que le tribunal n'aurait pas le pouvoir de modifier", (Crim., 31 janvier 1978, pourvoi n° 78-93.250).

Est ainsi recevable le moyen portant sur la composition de la juridiction, la régularité de la procédure, les droits de la défense, la contestation de la constitution de partie civile.

33 Etude précitée.

34 En matière criminelle, la chambre criminelle se borne à vérifier que la qualification retenue, à supposer les faits établis, justifie la saisine de la cour d'assises, dès lors que la compétence de celle-ci ne peut être remise en cause. Mais c'est un contrôle limité : il est indifférent que le fait soit mal qualifié, dès lors qu'il constitue, dans tous les cas, un crime : Crim., 26 juillet 1966, pourvoi n° 66-92.061, *Bull. crim.* 1966, n° 211 ; Crim., 2 octobre 1990, pourvoi n° 90-84.412, *Bull. crim.* 1990, n° 327 (rejet).

Ainsi, la chambre criminelle a jugé que la discussion sur les charges, la qualification et les éléments constitutifs de l'infraction échappe à son contrôle, à ce stade de la procédure³⁵. Il en est de même du moyen contestant la faute et l'existence d'un lien de causalité³⁶, sauf s'il s'agit d'un moyen du procureur général³⁷. La même solution est réservée à un moyen portant sur la caractérisation du fait principal par rapport à la prévention de complicité³⁸, au grief contestant l'intention dans le délit de non-assistance à personne en péril³⁹, ou le dol spécial dans le délit d'entrave à l'exercice de la justice par violation du secret professionnel⁴⁰. La nature intentionnelle ou non de l'infraction ne saurait être discutée par une partie civile, le renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel étant, en toute hypothèse, acquis⁴¹, et il en est de même du caractère direct du lien de causalité entre l'acte d'un chirurgien et le dommage subi⁴².

Aucun des moyens du présent mémoire n'invoque de grief touchant à la compétence, à une disposition définitive de l'arrêt ou aux conditions essentielles de son existence légale. Le mémoire ampliatif critique, dans les trois moyens proposés, les motifs de l'arrêt de renvoi, au regard des éléments constitutifs de l'infraction relevée.

1-2-2 Etendue du contrôle de l'assemblée plénière, à l'occasion de pourvois formés à différents stades de la procédure devant la Cour de justice de la République

En amont du renvoi devant la Cour de justice de la République, la Cour de cassation peut être saisie d'un pourvoi et exerce alors un contrôle de pleine juridiction en fait et en droit, lorsqu'elle est saisie de tous moyens de nullité, y compris celui qui viserait la nullité de la mise en examen, faute d'indices graves ou concordants au sens de l'article 80-1 du code de procédure pénale⁴³. En l'espèce, la demanderesse a présenté une requête en nullité en ce sens et s'est désistée de son pourvoi, de sorte que l'arrêt qui a rejeté ladite requête est devenu irrévocable.

35 Crim., 13 janvier 1988, pourvoi n° 86-95.348, *Bull. crim.* 1988, n° 18 (rejet).

36 Crim., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-85.548 ; Crim., 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-82.477 ; Crim., 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-82.496 ; Crim., 17 novembre 2015, pourvoi n° 12-85.854.

37 Crim., 2 mars 1994, affaire dite de Furiani, pourvoi n° 93-82.580, *Bull. crim.* 1994, n° 85 (rejet).

38 Crim., 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.037.

39 Crim., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-87.245.

40 Crim., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-88.260.

41 Crim., 5 septembre 2006, pourvoi n° 05-87.407, *Bull. crim.* 2006, n° 204 (rejet).

42 Crim., 4 octobre 1977, pourvoi n° 75-93.200, *Bull. crim.* 1977, n° 283 (rejet).

43 Notamment pour violation de l'article 80-1 du code de procédure pénale, prévoyant que le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'égard desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge est saisi.

En aval de la décision de renvoi devant la juridiction de jugement, le pourvoi est ouvert contre les arrêts de la Cour de justice de la République, et la Cour de cassation est appelée, dans ce cadre, à exercer son contrôle sur les éléments constitutifs de l'infraction⁴⁴. Et il faut rappeler que, selon l'article 34 de la loi organique du 23 novembre 1993, les dispositions du second alinéa de l'article L. 131-4 (devenu L. 431-4) du code de l'organisation judiciaire sont applicables dans le cas de l'annulation, par la Cour de cassation, d'un arrêt rendu par la Cour de justice de la République.

1-2-3 Précédents de l'assemblée plénière apportant un éclairage sur la recevabilité des moyens, au moins en droit de la presse

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

Sur le pourvoi contre la décision de la commission d'instruction portant renvoi d'un ministre pour infraction en matière de presse, l'assemblée plénière a examiné les exceptions de prescription⁴⁵ et d'irrégularité du réquisitoire au regard des articles 65 et 50 de la loi sur la liberté de la presse⁴⁶, ainsi que le moyen pris d'un excès de pouvoir de la commission, à laquelle il était fait grief d'avoir requalifié les faits en méconnaissance des règles en matière de presse. En revanche, l'arrêt a relevé que la discussion sur l'absence d'identification des victimes relevait du débat contradictoire et que, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, elle échappe à la compétence de la juridiction d'instruction. Enfin, la Cour de cassation a relevé un moyen d'office, pris de la violation de l'article 19 de la loi organique, en ce que la commission d'instruction avait excédé les limites de sa saisine, en renvoyant le prévenu pour des faits non visés dans le réquisitoire du procureur général.

A supposer l'argumentation de la demanderesse pertinente au regard de la question de la recevabilité du pourvoi et des moyens, chacun de ceux-ci porte sur les différents éléments composant l'article 432-16 du code pénal ou, pour reprendre le vocabulaire du mémoire ampliatif, la "structure de l'infraction". Avant d'examiner ces moyens (II), on procédera à un rappel historique du texte (I).

I - L'ARTICLE 432-16 DU CODE PÉNAL : HISTORIQUE DU TEXTE

1-1 Antérieurement au code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994

44 Cf. arrêt de l'assemblée plénière du 23 juillet 2010, pourvoi n° 10-85.505, *Bull. crim.* 2010, Ass. plén., n° 2, et le rapport de D. Guérin sur le contrôle de la Cour de cassation en la matière.

45 Alors qu'en matière de droit commun, la chambre criminelle a dit qu'un tel moyen est irrecevable : *Crim.*, 24 mai 1971, pourvoi n° 70-92.116, *Bull. crim.* 1971, n° 168 (rejet).

46 Devant la chambre criminelle saisie d'un pourvoi contre un arrêt de chambre de l'instruction, un tel moyen a été considéré comme recevable, (même d'office : *Crim.*, 23 juin 1987, pourvoi n° 86-94.322, *Bull. crim.* 1987, n° 260 - cassation sans renvoi) avant d'être déclaré irrecevable : *Crim.*, 3 mars 2015, pourvoi n° 14-80.389.

L'article 432-16 prévoit : *“Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 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 euros d'amende”*.

L'article 432-15, auquel l'article 432-16 renvoie, dispose : *“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 d'une amende de [1 000 000 francs] 1 000 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction.*

La tentative du délit prévu à l'alinéa qui précède est punie des mêmes peines”.

Cet article a fait l'objet de deux questions prioritaires de constitutionnalité, que la chambre criminelle a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel⁴⁷.

Les dispositions précitées puisent leurs sources dans le droit romain et dans celui de l'Ancien régime réprimant le crime de *péculat*, soustraction ou détournement de fonds publics commis par les dépositaires de deniers ou de droits royaux. Si le code pénal de 1791 a introduit l'infraction de détournement de deniers par un dépositaire ou un comptable publics, celui de 1810 a opéré une distinction entre, d'une part, les articles 169 à 173 du code pénal, d'autre part, les articles 254 et 255 dudit code au sein d'un titre I intitulé *“Crimes et délits contre la chose publique”*, qui, loin de clarifier les qualifications, a ajouté une complexité certaine à leur analyse⁴⁸.

Les articles 169 à 173 précités réprimaient le détournement ou la soustraction par un dépositaire ou comptable public.

L'article 169 se lisait ainsi : *“Tout percepteur, tout commis à une perception, dépositaire ou comptable public, qui aura détourné ou soustrait des deniers publics ou privés, ou effets actifs en tenant lieu, ou des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains en vertu de ses fonctions, sera puni des travaux forcés à temps, si les choses détournées ou soustraites sont d'une valeur au-dessus de trois mille francs”*.

L'article 173 prévoyait : *“Tout juge, administrateur, fonctionnaire ou officier public qui aura détruit, supprimé, soustrait ou détourné les actes et titres dont il était dépositaire en cette qualité, ou qui lui auront été remis ou communiqués à raison de ses fonctions, sera puni des travaux forcés à temps. Tous agents, préposés ou commis, soit du gouvernement, soit des dépositaires publics, qui se seront rendus coupables des mêmes soustractions, seront soumis à la même peine”*.

47 Crim., 11 décembre 2013, pourvoi n° 13-82.193, et Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-86.842.

48 Notamment R. Garraud, *Droit pénal français*, 3^e édition, 1922, Recueil Sirey, pages 317 et s. E. Garçon, *Code pénal annoté*, Recueil général des lois et arrêt, 1901-1906, page 391 : *“Le code pénal, en voulant compléter ces dispositions, les a obscurcies”*.

S'apparentant à un abus de confiance, ces infractions étaient réprimées en dehors du cadre général de l'article 408 de l'ancien code pénal⁴⁹, du fait de la qualité de l'auteur⁵⁰, élément constitutif de l'infraction prévue à l'article 169 précité, "*lorsque [celui-ci] détourne des deniers qui [lui] ont été remis en vertu de ses fonctions, par la volonté de la loi, en raison d'une confiance nécessaire*"⁵¹. L'auteur du détournement pouvait être un comptable de droit ou de fait⁵² et les dépositaires publics devaient être investis de leurs fonctions par une décision de l'autorité publique⁵³. La preuve du caractère frauduleux du détournement était souveraine⁵⁴ et la chambre criminelle admettait qu'il résultait de la simple affirmation que le coupable avait "*détourné ou soustrait*" des fonds remis.⁵⁵

Par ailleurs, reposant sur le devoir particulier de probité et de surveillance des dépositaires publics, les articles 254 et 255 punissaient les soustractions, les destructions ou les enlèvements d'objets placés dans un dépôt public.

L'article 254 prévoyait : "*Quant aux soustractions, destructions et enlèvements de pièces ou de procédures criminelles, ou d'autres papiers, registres, actes et effets, contenus dans les archives, greffes ou dépôts publics, ou remis à un dépositaire public en cette qualité, les peines seront, contre les greffiers, archivistes, notaires ou autres dépositaires négligents, de trois mois à un an d'emprisonnement, et d'une amende de 100 francs à 300 francs*".

L'article 255 : "*Quiconque se sera rendu coupable des soustractions, enlèvements ou destructions mentionnés en l'article précédent, sera puni de la réclusion. Si le crime est l'ouvrage du dépositaire lui-même, il sera puni de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans*".

Quant à l'élément matériel de ces infractions, il s'entendait de la soustraction, de l'enlèvement ou de la destruction des pièces énumérées, contenues dans des dépôts publics ou remises à un dépositaire public en raison de sa qualité. La répression était fonction de la qualité de l'auteur et du caractère intentionnel ou non des faits :

49 R. Vouin, *Précis de droit pénal spécial*, Librairie Dalloz, 1^{re} édition, 1953, pages 387 et s.

50 Crim., 18 octobre 1924, *Bull. crim.* 1924, n° 363.

51 Crim., 12 juillet 1938, *Bull. crim.* 1938, n° 178.

52 Crim., 16 juillet 1908, *Bull. crim.* 1908, n° 309.

53 Crim., 10 juillet 1951, *Bull. crim.* 1951, n° 273 ; Crim., 24 juin 1987, pourvoi n° 87-82.333, *Bull. crim.* 1987, n° 267 (cassation).

54 Crim., 7 juillet 1916, *Bull. crim.* 1916, n° 151 cité par A. Vitu, "Destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique", in *Juris-Classeur pénal*, articles 432-15 et 432-16, Fascicule 20.

55 Crim., 19 janvier 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 26 : selon le sommaire de l'arrêt, "*L'article 169 n'exige pas du juge du fond la constatation de l'intention frauduleuse de l'auteur du détournement. Constate suffisamment cette intention l'arrêt qui retient à la charge de l'accusé le fait d'avoir détourné ou soustrait des deniers publics*". On peut penser que cette solution s'explique par la compétence de la cour d'assises échappant à l'obligation de motiver ses décisions.

- en cas de négligence, le dépositaire encourait une peine d'emprisonnement et la peine de travaux forcés dans l'hypothèse d'un fait volontaire ;

- toute autre personne coupable de soustraction ou destruction volontaire était punie de la réclusion⁵⁶.

La qualité de dépositaire public constituait donc une circonstance aggravante du délit de l'article 255⁵⁷. Selon la formule de F. Hélie, "*c'est la violation du dépôt public, l'attentat commis envers l'autorité publique et non le dommage causé à autrui qui était puni*"⁵⁸. Dans leur *Précis de droit pénal spécial*, MM. Rousselet et Patin relèvent qu'à la différence des articles 169 et 173, "*les articles 254 et 255 s'appliquent non seulement aux fonctionnaires, mais à toutes personnes, et les choses protégées ne sont pas seulement, comme dans le cas de l'article 169, des effets ayant une valeur estimative*"⁵⁹.

Sur les contours de l'incrimination, E. Garçon relève que "*la loi a cru devoir sanctionner pénalement le devoir de surveillance qui incombe à ces gardiens d'objets de scellés*"⁶⁰.

1-2 Les travaux parlementaires du code pénal

Les auteurs du code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 ont réformé en profondeur la nature des incriminations, qui figurent désormais dans le livre IV, intitulé "*Des crimes contre la nation, l'Etat et la paix publique*", au sein du titre III, "*Des atteintes à l'autorité de l'Etat*".

L'article 432-15 reprend des éléments de l'ancien article 169, l'article 432-16 "*propose une réécriture*"⁶¹ des anciens articles 254 et 255.

Comme le montrent les travaux parlementaires, ces nouvelles dispositions ont été examinées conjointement et la qualité de l'auteur auquel les biens ou objets sont remis en raison de ses fonctions est le critère de la division opérée, au sein du titre III, en deux chapitres distincts, selon que les personnes visées sont de simples particuliers ou

56 Pour une vue d'ensemble, R. Vouin, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1^{re} édition, 1953, page 387 et s.

57 Crim., 19 septembre 1872, *Bull. crim.* 1872, n° 240 cité par F. Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, Librairie des Juris-Classeurs, édition 1928, pages 522 et s.

58 F. Hélie, *op. cit.*

59 M. Rousselet et M. Patin, *Précis de droit pénal spécial*, Librairie du recueil Sirey, 6^e édition, 1950, pages 55 et s.

60 E. Garçon, *Code pénal annoté*, tome 1, 1901-1906, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, page 601.

61 Rapport de la commission des lois de l'Assemblée générale, F. Colcombet, exposé général, n° 2244, pages 22 et s.

des dépositaires de l'autorité publique⁶².

Dans le chapitre II, visant “*Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique*”, au sein d'une section III relative aux “*Manquements au devoir de probité*”, et du paragraphe 5, “*De la soustraction et du détournement de biens*”, les articles 432-15 et 432-16 du code pénal incriminent l'acte intentionnel ou la négligence du dépositaire public. Comme le remarque un auteur, “*La double incrimination [...] permet de souligner l'importance de la valeur protégée : il y va du crédit de l'administration à l'égard du public, qui risque de ne plus lui accorder sa confiance*”⁶³. La définition des actes répréhensibles est plus large qu'autrefois, puisqu'aux détournements et soustractions, s'ajoute la destruction. Seules les dispositions du second alinéa de l'article 432-15 incriminent la tentative du délit. S'agissant de ce même article 432-15, à la qualification criminelle initialement soutenue par le Sénat lors de la discussion du projet de loi, a finalement été préférée une peine de dix ans, maximum de l'emprisonnement correctionnel, outre l'amende. Le comportement négligent, quant à lui, est puni d'un an d'emprisonnement, outre une amende et les peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code précité. Au titre de l'article 432-15 du code pénal, sont concernées, dans une définition plus large que celle prévue à l'article 169 ancien, les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou leurs subordonnés auxquelles les biens ou objets ont été remis en raison de leurs fonctions⁶⁴. L'article 432-16 reprend la même énumération, à l'exclusion des subordonnés, sur lesquels ne pèse pas la même obligation de surveillance⁶⁵.

L'article 432-16, quant à lui, prévoit “*la soustraction, le détournement ou la soustraction par un tiers*”. Dans le rapport de F. Colcombet, rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, les contours du nouvel article 432-16 du code pénal sont ainsi dessinés : “*L'article 432-15 [432-16] a pour objet d'incriminer la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-14 [432-15], lorsque la cause réside dans la négligence de la personne dépositaire des biens*”. Le rapporteur de la commission des lois au Sénat souligne que “*la simple négligence est [...] réprimée car il s'agit de la part du dépositaire public d'un manquement à son devoir de surveiller les biens placés en dépôt garanti par l'autorité publique*”.

La lecture des débats parlementaires montre que l'incrimination de la soustraction et du détournement de biens publics par des particuliers a été initialement omise. L'article 433-4 a été introduit à la suite d'un amendement du Sénat constatant cet oubli dans le

62 Rapport de la commission des lois de l'Assemblée générale, F. Colcombet, exposé général, n° 2244, pages 22 et s.

63 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 2^e édition, Ellipses, page 598.

64 F. Colcombet, *op. cit.*

65 Sur l'application de la loi dans le temps, c'est donc sans surprise que la chambre criminelle a retenu que l'incrimination nouvelle était applicable à compter de l'entrée en vigueur de la loi, le 1^{er} mars 1994, conformément à l'article 112-1 du code pénal : Crim., 9 novembre 1998, pourvoi n° 97-84.696.

projet de loi initial⁶⁶, au sein du même titre, dans un chapitre distinct intitulé “*les atteintes à l'administration publique commises par les particuliers*”. Au sein d'une section III, “*De la soustraction et du détournement de biens contenus dans un dépôt public*”, l'article 433-4 du code pénal prévoit : “*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 francs] 100 000 euros d'amende. La tentative du délit prévu à l'alinéa précédent est punie des mêmes peines*”.

Les auteurs du projet de loi n'ont pas envisagé, dans la rédaction de l'article 432-16 du code pénal, de renvoi au texte réprimant notamment le détournement par un tiers.

II - LES MOYENS

PREMIER MOYEN

Le moyen porte sur le détournement et deux griefs sont adressés à l'arrêt attaqué. Non seulement le détournement lui-même serait insuffisamment motivé (B), mais encore et surtout, il ne serait pas analysé par la commission pour ce qu'il est : une condition préalable du délit poursuivi (A).

A - Le détournement : condition préalable ou élément constitutif du délit ?

La distinction entre les deux notions étant complexe, elle nécessite un rappel doctrinal (A-1), avant l'examen de son traitement jurisprudentiel (A-2), et celui de ses conséquences procédurales (A-3).

A-1 Approche doctrinale de la structure du délit de l'article 432-16 du code pénal. Conditions préalables et éléments constitutifs

La définition des conditions préalables en droit pénal est très incertaine, à tel point que la commission de révision du code pénal avait relevé que cette notion désigne “*en réalité certains éléments constitutifs et [...] elle n'apparaît pas suffisamment élaborée*”⁶⁷. Elle est évoquée notamment en droit international, au regard de la localisation de l'infraction dans l'espace, ou par rapport à des normes extra-pénales préalables relevant par exemple du droit civil ou administratif pour envisager l'office du juge pénal

66 Le rapporteur de la commission des lois au Sénat relève que “*l'article 432-15 [432-16] ne reprend qu'une partie du dispositif : la sanction de la négligence du dépositaire public. En effet, la soustraction, l'enlèvement ou la destruction par un tiers de biens placés dans un dépôt public ou remis à un dépositaire public n'ont pas à être réprimés dans un chapitre du code qui ne traite que des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique, mais force est de constater que le projet a omis de reprendre ailleurs cette disposition. Votre commission vous proposera ultérieurement de combler cette lacune (cf. article additionnel après l'article 433-3)*” : rapport n° 274 de M. P. Masson au Sénat, page 98 et s.

67 Avant-projet définitif, page 29, cité par B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, PUF 2010, page 26.

et l'autonomie du droit pénal⁶⁸. Certains auteurs ont tenté de cerner la notion.

Ainsi, P. Comte et P. Maistre du Chambon, au sujet de l'élément matériel de l'infraction, relèvent que "*l'acte illicite présuppose souvent que le délinquant se trouve déjà dans une certaine situation [...] Ces situations qui préexistent à l'acte matériel [...] constituent en quelque sorte la scène où va se dérouler l'infraction [...] et sont parfois regroupées dans la catégorie nouvelle des conditions préalables de l'infraction*". Mais ils ajoutent aussitôt que l'expression est ambiguë, "*en ce qu'elle paraît être préalable à l'infraction et donc lui être extérieure, alors que le cadre dans lequel se déroule l'infraction est partie intégrante de l'incrimination*"⁶⁹.

On a vu que les débats parlementaires ne font pas mention d'une telle condition préalable au sujet de l'article 432-16 du code pénal ou d'un lien de dépendance de l'article 432-16 du code pénal par rapport à l'article 433-4 du code pénal.

Certains auteurs ont estimé que la division voulue par le législateur entre les faits imputables au dépositaire public et ceux commis par un particulier fonde une distinction entre conditions préalables et éléments constitutifs. Pour E. Dreyer, la qualité de la personne poursuivie et des objets protégés sont des préalables. Il relève que "*la question d'une atteinte aux biens au sens des articles 432-15 et 432-16 ne peut être posée que s'il a été vérifié, au préalable, que l'acte reproché a bien été accompli dans le périmètre commun défini par ces deux textes. En effet, ces infractions ne peuvent être reprochées qu'à certaines personnes au regard de certains objets*". M. L. Rassat évoque également, en les qualifiant de conditions préalables, les objets visés et les personnes auxquelles ont été remis les biens⁷⁰. A. Vitu distingue également deux conditions préalables que sont, selon lui, la qualité de l'agent et les biens sur lesquels portait l'obligation de surveillance ; c'est-à-dire les objets détruits, détournés ou soustraits⁷¹.

On le voit, pour une partie de la doctrine, seule la remise des fonds et la qualité de l'auteur du délit constituent des conditions préalables⁷². Selon ces auteurs, l'incrimination suppose un résultat et, à ce titre, le détournement constitue une composante de l'infraction, qui a le caractère d'une infraction matérielle. Aussi, la simple impossibilité de représenter la chose confiée ne suffit pas à caractériser la négligence⁷³. Pour certains de ces auteurs, "*un acte de destruction, détournement ou soustraction est bien accompli, mais il n'émane pas de l'auteur légal de l'infraction. Il émane d'un tiers.*

68 Pour une étude d'ensemble, cf. ouvrage précité. Adde J.-P. Doucet, "La condition préalable de l'infraction", *Gaz. Pal.*1972, II, Doct. 726.

69 *Droit pénal général*, 7^e édition, Armand Colin, n° 302 et s.

70 M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, 7^e édition, Dalloz, page 1208 et s.

71 A. Vitu, actualisé par W. Jeandidier, "Destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique", in *Juris-Classeur pénal*, Fascicule 20.

72 A. Vitu, *op. cit.*

73 A. Vitu, *op. cit.*

*L'agent se voit tout au plus reprocher d'avoir laissé un tel acte s'accomplir. 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*⁷⁴.

Pour d'autres, l'infraction est amputée de tout élément matériel : *“l'infraction est, en tant que telle, dépourvue d'élément matériel, celui-ci étant accompli par le tiers et défini comme dans l'infraction de celui-ci”*⁷⁵. Dans le même sens, un autre auteur remarque que *“l'incrimination est oblitérée de tout élément matériel, dans la mesure où elle est commise par un tiers”*. Elle se caractérise par un élément moral de négligence de l'agent public.

Pour sa part, A. Vitu propose l'analyse suivante : *“l'article 432-16 emploie trois termes (destruction, détournement et soustraction) désignant tous les gestes par lesquels le tiers a profité de la négligence de l'intéressé”,* qui composent l'infraction. Cependant, *“l'article 432-16 ne se préoccupe pas de la répression des actes imputés aux tiers [...] [qui] relèvent d'un texte différent, l'article 433-4 [...] Les faits du tiers étant intentionnels, la négligence du dépositaire n'est pas punissable si la disparition a elle-même pour origine une faute non intentionnelle du tiers” [...] “Mais il est sans importance que ce tiers soit demeuré inconnu et n'ait pu être lui-même poursuivi ou condamné : l'article 432-16 n'impose pas d'autre exigence que le fait d'un tiers”*⁷⁶.

Un autre auteur relève que *“le délit de l'article 432-16 présente comme particularité que l'acte matériel doit avoir été commis par un tiers. En effet, ce n'est pas l'agent public qui se rend coupable de la destruction, du détournement ou de la soustraction du bien en cause. Il doit s'agir du tiers. [...] L'élément moral est, quant à lui, constitué de la négligence imputable à la personne poursuivie”*⁷⁷.

Enfin, pour E. Dreyer, le détournement, au sens de l'article 432-16 du code pénal, *“est moins un acte qu'un résultat. Il suppose l'impossibilité de restituer une chose remise à autrui à titre précaire ou son utilisation à d'autres fins que celle convenue”*. Pour un autre auteur, *“il convient de prouver que [...] la destruction, le détournement ou la soustraction sont le fait d'un tiers, qu'il soit identifié ou demeuré inconnu. La destruction pour une autre cause que le fait d'un tiers n'entre pas dans les prévisions de l'article 432-16 du code pénal”*.

A-2 Jurisprudence

Le mémoire ampliatif propose un rapprochement avec l'infraction de recel, prévue à l'article 321-1 du code pénal, infraction de conséquence, qui est le fait de dissimuler, de

74 E. Breen, “Responsabilité pénale des agents publics”, in *Juri-Classeur Fonctions publiques*, Fascicule 190.

75 M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, n° 1109.

76 A. Vitu, “Destruction et détournement de biens par personnes exerçant une fonction publique”, in *Juris-Classeur pénal*, articles 432-15 et 432-16, Fascicule 20.

77 S. Corioland, “Responsabilité pénale des personnes publiques, infractions non intentionnelles”, Dalloz, in *Répertoire de la puissance publique*, n° 134 et s.

détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit, ou encore de bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit. Trois arrêts sont cités par le mémoire dans lesquels la chambre criminelle a censuré des décisions de juges du fond ayant retenu la culpabilité d'un demandeur pour recel, sans avoir caractérisé le crime ou le délit préalable⁷⁸.

Après avoir examiné la jurisprudence en la matière, (A-2-1), on se demandera si le rapprochement avec le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal est opérant (A-2-2).

A-2-1 Jurisprudence relative au recel

La comparaison entre les délits se justifierait si l'on part de l'idée que, comme pour les négligences incriminées par l'article 432-16 précité, le recel "*trouve sa base dans une infraction commise par autrui à la loi pénale*"⁷⁹. Il convient d'évoquer rapidement la relation de dépendance entre l'infraction de recel et l'infraction originaire.

Selon la jurisprudence de la chambre criminelle⁸⁰, cette infraction ne peut être retenue si le fait qui a procuré la chose n'est pas susceptible de qualification pénale, ainsi d'une chose abandonnée, ou d'une infraction abrogée⁸¹, ou lorsqu'il manque un élément constitutif de l'infraction originaire, ou encore en présence de faits justificatifs, ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime, légitime défense et état de nécessité⁸². Mais l'infraction de recel subsiste en cas de causes de non-imputabilité personnelles à l'auteur principal, telles que le trouble psychique⁸³.

Les éléments constitutifs de l'infraction d'origine doivent être relevés par les juges. Ainsi, ils ne peuvent se borner à affirmer que le prévenu détient des objets de provenance suspecte⁸⁴. La Cour de cassation censure les décisions des juridictions de fond qui retiennent la culpabilité du receleur sans caractériser les éléments constitutifs⁸⁵.

78 Crim., 6 mars 2012, pourvoi n° 11-80.801, *Bull. crim.* 2012, n° 61 (cassation) ; Crim., 24 mai 2005, pourvoi n° 03-86.460, *Bull. crim.* 2005, n° 155 (cassation) ; Crim., 14 décembre 2000, pourvoi n° 99-87.015, *Bull. crim.* 2000, n° 381 (cassation).

79 *Recueil Dalloz*, 1956, note MRMP sous Crim., 9 février 1956.

80 Sur l'ensemble de cette question et de la jurisprudence de la chambre criminelle, *Lamy, Droit pénal des affaires*, le recel, n° 782 et s. : existence de l'infraction originaire. Infraction punissable.

81 Crim., 17 mai 1989, pourvoi n° 85-96.520, *Bull. crim.* 1989, n° 205 (annulation sans renvoi), au sujet de la banqueroute, partiellement abrogée.

82 Notamment, Crim., 26 décembre 1918, *Bull. crim.* 1918, n° 247 ; Crim., 23 mai 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 204 ; Crim., 23 janvier 2001, pourvoi n° 00-83.261.

83 Crim., 26 décembre 1924, *Bull. crim.* 1924, n° 426 cité dans *Lamy Droit des affaires*, le recel, n° 783.

84 Crim., 5 décembre 1946, *Bull. crim.* 1946, n° 223.

85 Crim., 26 décembre 1918, *Bull. crim.* 1918, n° 247, au sujet de l'infraction principale d'escroquerie, dont les juges ont omis de préciser, dans un cas où pourtant la condamnation de l'auteur principal était passée en force de choses jugées, "*ni le faux nom, ni les fausses qualités dont le prévenu aurait fait usage, ni les manoeuvres frauduleuses qu'il aurait employées, ni les circonstances dans lesquelles ces faits se seraient produits*"; Crim., 5 décembre 1946,

Cependant, la répression du délit principal n'est pas une condition préalable du recel : *“le recel est légalement caractérisé quand bien même les circonstances du délit d'où provient l'objet recélé n'ont pas été entièrement éclaircies, et quand bien même l'auteur en serait resté inconnu”*⁸⁶.

Les poursuites de l'auteur du délit principal ne sont pas requises avant celles de l'auteur du recel : selon la chambre criminelle, *“aucune disposition n'impose de rechercher l'auteur de l'infraction de violation de secret de l'instruction avant de tenter d'identifier les auteurs d'un éventuel recel”*⁸⁷.

Par ailleurs, les juges ne peuvent se fonder sur des circonstances indéterminées de l'infraction d'origine pour entrer en voie de relaxe. Dans un arrêt du 6 juin 1996⁸⁸, sur le pourvoi formé contre une décision ayant relaxé un prévenu de recel au motif que *“les circonstances de la disparition des bons demeurent indéterminées et que le détournement reproché [...] n'est nullement établi”*, la chambre criminelle a censuré cette décision ayant déduit *“l'inexistence du recel de l'indétermination des circonstances de l'infraction originaire”*.

Enfin, il est important de noter que la décision ayant prononcé sur l'infraction principale n'a pas autorité de chose jugée par rapport à la juridiction saisie des poursuites pour recel⁸⁹. Mais cette juridiction ne peut condamner le prévenu pour recel sans constater les éléments de l'infraction d'origine⁹⁰.

A-2-2 Pertinence du rapprochement proposé entre le recel, infraction de conséquence, et le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal

A la réflexion, trois différences, en substance, séparent les deux délits :

précité : *“Attendu que l'infraction de recel n'existe qu'autant qu'il est juridiquement justifié d'une autre infraction à l'aide de laquelle les choses qui auraient été recelées ont été enlevées, détournées ou obtenues”* ; Crim., 23 mai 1962, précité : cassation d'un arrêt ayant omis d'établir le caractère frauduleux de la soustraction relevée ; Crim., 8 octobre 1998, pourvoi n° 97-83.293, cassation d'un arrêt ayant omis de caractériser l'abus de confiance, et notamment le contrat en cause ; Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11- 80.763 : cassation d'un arrêt ayant retenu la culpabilité d'une personne, en l'état de constatations *“qui ne caractérisent pas l'infraction originaire dont elle aurait bénéficié”*.

86 Crim., 10 octobre 1972, pourvoi n° 72-90.505, *Bull. crim.* 1972, n° 277 ; Crim., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-84.955 : *“Qu'il n'importe que les circonstances du délit d'où proviennent les objets n'aient pas été entièrement déterminées, dès lors que le prévenu avait connaissance de leur origine frauduleuse”* ; Crim., 12 janvier 1981, pourvoi n° 80-90.768, *Bull. crim.* 1981, n° 15 (rejet) : rejet d'un pourvoi formé contre un arrêt ayant retenu que *“l'original de la pièce en cause [avait] été frauduleusement soustrait par un individu demeuré inconnu”* ; Crim., 13 mai 1991, pourvoi n° 90-83.520, *Bull. crim.* 1991, n° 200 (rejet) : *“il n'importe que les circonstances du délit d'où provient l'objet n'aient pas été entièrement déterminées, dès lors que les prévenus avaient connaissance de l'origine délictueuse des documents par eux déterminés”* ; Crim., 24 avril 2001, pourvoi n° 00-86.325 ; Crim., 13 novembre 2001, pourvoi n° 00-83.382 ; Crim., 25 octobre 2005, pourvoi n° 05-81.457, *Bull. crim.* 2005, n° 268 (rejet).

87 Crim., 30 octobre 2006, pourvoi n° 06-85.693, *Bull. crim.* 2006, n° 258 (rejet).

88 Crim., 6 juin 1996, pourvoi n° 95-82.832.

89 Crim., 9 février 1956, *Dalloz* 1956, note MRMP.

90 Même arrêt.

- autrefois rangé dans les hypothèses de complicité de l'infraction principale⁹¹, le recel, devenu autonome, reste analysé comme une infraction de conséquence compte tenu de la condition préalable de délit ou de crime qu'il présuppose. Ce lien étroit avec le délit principal est attesté par le fait qu'il constitue un cas légal de connexité avec l'infraction principale, prévu à l'article 203 du code de procédure pénale, permettant la saisine d'un même juge. La jurisprudence a même admis des cas d'indivisibilité entre le délit principal et le recel, au sens de l'article 382 du code pénal⁹². Tel n'est pas le cas de l'article 432-16 du même code, inséré dans le code pénal comme une infraction autonome, propre à certaines personnes en raison de leur qualité publique, et qui plus est, qui ne fait pas l'objet d'une disposition analogue en matière de connexité, de faculté de renvoi de compétence d'une juridiction à une autre ou de décisions ayant retenu une indivisibilité avec une autre infraction, au sens de l'article 382 du code de procédure pénale ;

- chronologiquement, le recel présuppose un fait principal antérieur, qui est analysé comme une condition préalable de l'infraction de recel. Dans l'infraction de l'article 432-16, en revanche, la destruction, le détournement ou la soustraction sont par définition postérieurs aux faits incriminés, puisqu'ils résultent de la négligence préalable de l'auteur de l'infraction ;

- Enfin, le recel renvoie à un crime ou un délit, tandis que l'article 432-16 ne renvoie pas à d'autres infractions et énumère seulement des actes de destruction, détournement ou soustraction, sans autre précision.

A-3 Conséquence procédurale : des poursuites pénales étant engagées devant la juridiction pénale, la commission d'instruction devait-elle attendre l'issue de ces poursuites, en raison d'un risque de contrariété de décisions ?

Il faut d'abord rappeler que la commission d'instruction n'a pas été saisie d'une demande tendant au sursis à statuer. Outre cette observation sur la nouveauté du moyen, deux points méritent d'être soulignés.

A-3-1 L'arrêt de la commission d'instruction est provisoire et n'a pas autorité de chose jugée⁹³.

Selon la jurisprudence de la chambre criminelle, les motifs d'un arrêt de renvoi, auxquels l'article 485 du code de procédure pénale n'est pas applicable, sont dépourvus de l'autorité de la chose jugée. Aussi, le demandeur au pourvoi, renvoyé, ne saurait se faire un grief de ces motifs.

91 Avant la loi du 22 mai 1915.

92 Crim., 9 décembre 1933, *JDI*, 1934 ; CE, 5 juillet 1993, Shah, *JCP* 1993, IV, 2075, au sujet de la légalité d'un décret d'extradition, cités par B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, Presses universitaires Aix-Marseille, page 73.

93 Par exemple, Crim., 13 novembre 1996, pourvois n° 96-82.087 et 96-83.708, *Bull. crim.* 1996, n° 401 (rejet).

Dans une étude sur la contrariété de décisions pénales⁹⁴, un auteur observe que dans les cas de poursuites successives, telles que celle d'une infraction principale et d'un délit de recel, ou contre un auteur principal et son complice, une telle hypothèse de contrariété se pose pour la juridiction saisie en second lieu de ce qui a été jugé définitivement avant.

Rappelant l'autorité relative de la chose jugée, limitée aux parties figurant au procès, l'auteur remarque que le grief tiré d'une contrariété de décisions n'est pas admis en jurisprudence⁹⁵, sauf exceptions⁹⁶.

A-3-2 L'autonomie des procédures parallèles suivies concomitamment devant les juridictions judiciaires et la Cour de justice.

Cette autonomie, qui paraît répondre à la volonté du législateur, a été affirmée à l'occasion de précédents⁹⁷.

L'apport de l'arrêt de l'assemblée plénière du 23 juillet 2010⁹⁸ : un ministre avait été poursuivi des chefs de complicité d'abus de bien sociaux, recel d'abus de biens sociaux et corruption passive, tandis que les auteurs étaient par ailleurs poursuivis devant la juridiction judiciaire. Ce ministre ayant été relaxé du chef de corruption passive, le procureur général, auteur du pourvoi, faisait valoir que cette prévention ne pouvait pas être écartée en raison de la décision définitive de la juridiction judiciaire, ayant retenu la culpabilité d'autres auteurs du chef de corruption active. L'arrêt a rejeté le moyen au motif 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”*.

L'autonomie ainsi affirmée a pour corollaire la mise en place d'un mécanisme de versement de pièces d'une procédure à l'autre qui trouve notamment application dans le cas de poursuites parallèles. La demanderesse fait d'ailleurs état de sa demande en ce sens, restée sans réponse, tendant à obtenir des informations sur les poursuites engagées au tribunal de grande instance de Paris. Dans son arrêt du 8 avril 2010⁹⁹, sur des poursuites contre des auteurs devant le juge judiciaire, parallèlement à la saisine

94 Note MRMP précitée.

95 Crim., 25 juillet 1912, *Bull. crim.* 1912, n° 424 : *“Aucun principe de droit, ni aucune disposition de loi, ne s'opposent à ce que, dans une poursuite contre le complice seul, les juges modifient la qualification des faits déclarés constants à la charge de l'auteur principal par un précédent jugement devenu définitif”*.

96 Crim., 7 mars 1806, *Bull. crim.* 1806, n° 62, dans le cas du recel de désertion ; Crim., 28 juillet 1882, *Bull. crim.* 1882, n° 191, et les arrêts cités dans la note.

97 Le rapporteur du projet de loi constitutionnelle soulignait que *“la Cour de justice n'est pas une juridiction comme les autres ou parmi les autres, mais une institution de la République créée par la Constitution elle-même, et plus précisément par un article de celle-ci que le constituant a pris soin de ne pas insérer dans le titre de notre loi fondamentale consacrée à l'autorité judiciaire”* (rapport au nom de la commission des lois, page 58).

98 Assemblée plénière, 23 juillet 2010, pourvoi n° 10-85.505, *Bull. crim.* 2010, Ass. plén., n° 2 (rejet).

99 Crim., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-85.520, *Bull. crim.* 2010, n° 62 (rejet).

de la Cour de justice, la chambre criminelle a considéré que le versement de pièces de procédure d'une juridiction à l'autre relevait de l'appréciation souveraine des juges¹⁰⁰. Allant plus loin encore dans une démarche favorable à l'autonomie des procédures, la chambre criminelle, sur les pourvois de M. Y... et d'autres mis en examen, a jugé que la chambre de l'instruction avait à bon droit relevé qu'il entraînait dans ses pouvoirs d'apprécier la régularité d'actes accomplis par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, à laquelle il était reproché une saisine irrégulière¹⁰¹.

B - La notion de détournement

B-1 Motivation de l'arrêt sur le détournement

Le moyen fait grief à l'arrêt d'avoir violé l'article 432-16 mais aussi l'article 433-4 du code pénal, réprimant la soustraction et le détournement de biens contenus dans un dépôt public par des tiers autres qu'un dépositaire de l'autorité publique. La demanderesse fait valoir que les décisions de la Cour de cassation ayant validé des condamnations fondées sur l'article 432-16 du code pénal avaient pris le soin de caractériser le détournement ou la soustraction par un tiers résultant de la négligence reprochée à l'intéressé.

La commission d'instruction, dans la présente espèce, au stade des charges et du renvoi, devait-elle caractériser à la fois une fraude constitutive du détournement et des manoeuvres constitutives d'une telle fraude ? Les motifs de l'arrêt sont-ils empreints d'insuffisance et de défaut de base légale, se bornant à relever le caractère indu du paiement, ce qui, selon le mémoire ampliatif, ne pouvait suffire à qualifier le détournement ?

Selon le premier moyen, lorsqu'il procède d'un acte par nature licite, comme, en l'espèce, l'exécution de la sentence arbitrale, le détournement ne peut être caractérisé que s'il est constaté l'existence de la fraude et les manoeuvres constitutives de cette fraude. Cette double caractérisation s'appuie sur l'exigence de l'intention frauduleuse aussi bien dans le délit d'abus de confiance que dans celui de détournement de fonds publics. Le mémoire ampliatif cite en ce sens les arrêts de la chambre criminelle : Crim., 5 mars 1968, pourvoi n° 67-92.085, *Bull. crim.* 1968, n° 75 ; Crim., 16 mars 1987, pourvoi n° 86-91.200, *Bull. crim.* 1987, n° 122 (rejet) ; Crim., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 07-84.839 ; Crim., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-87.630.

C'est ainsi poser la condition que les juges, saisis de l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal, doivent caractériser les éléments constitutifs de l'infraction de détournement au sens de l'article 433-4 du code pénal et notamment l'élément intentionnel.

100 Conclusions de M. Robert : *"l'appréciation de la nécessité au regard de la manifestation de la vérité de faire droit ou non à une demande de versement de pièces relève du pouvoir souverain des juges du fond et ne ressort pas du contrôle de la Cour, dans la mesure où il est, comme en l'espèce, motivé (cf. Crim., 20 novembre 2002, pourvoi n° 02-85.930)"*.

101 Crim., 19 janvier 2016, pourvoi n° 15-81.041, *Bull. crim.* 2016, n° 14.

Les observations récapitulatives aux fins de non-lieu n'exposaient pas que le détournement fût une condition préalable de l'infraction de l'article 432-16 du code pénal. Les observations déposées par M^e Repiquet soutenaient qu'aucune négligence n'avait conduit à la fraude constatée au prix d'investigations ultérieures. Par ailleurs, comme le relève la commission d'instruction, aucune demande tendant à ce qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue des autres procédures, pénale et civile, suivies devant les juridiction de droit commun ne lui a été présentée¹⁰².

Au titre du détournement, la omission d'instruction a notamment retenu :

“Attendu que 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. Y..., I..., 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 Bernard Tapie et des époux Y... (cf. supra, 1.2.1.7 et 1.2.2.2) ; 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 par l'article 432-16 du code pénal, constitutif, comme le blanchiment, d'une infraction distincte et autonome, suppose seulement que soit constatée l'existence d'un fait punissable de détournement de fonds publics, lequel pourrait même ne pas avoir fait l'objet de poursuites (cf., pour la complicité, Crim., 28 novembre 2006, pourvoi n° 06- 81.060, Bull. crim. 2006, n° 294 (rejet) ; pour le blanchiment, Crim., 20 février 2008, pourvoi n° 07-82.977, Bull. crim. 2008, n° 43 (rejet) et Crim., 9 avril 2015, pourvoi n° 14-87.660, Bull. crim. 2015, n° 76 -rejet) ;

Attendu, en outre, que le respect d'un délai raisonnable implique qu'il soit, dès à présent, mis fin à une information ouverte depuis le 16 août 2011 ; qu'au demeurant, n'a été formulée aucune demande tendant à ce qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue des autres procédures, pénale et civile, suivies devant les juridictions de droit commun”.

B-2 Références de jurisprudence en matière de détournement

B-2-1 Le détournement, élément commun à plusieurs infractions

Commun à de nombreuses infractions, le détournement est constitué notamment du fait d'un changement de destination de la chose remise à une fin précise¹⁰³, d'une

102 Sur les moyens présentés devant la commission d'instruction, l'une des trois requêtes en nullité déposées par Mme X... devant la commission d'instruction en vue notamment de voir prononcer la nullité de sa mise en examen soutenait "qu'il était postulé par la commission d'instruction que les sentences arbitrales auraient été frauduleusement obtenues, sans qu'au 26 août 2014, date de la mise en examen, aucune décision de justice définitive ne l'eût établi". Par arrêt du 12 octobre 2015, la commission d'instruction a rejeté l'ensemble des requêtes, et le pourvoi formé par Mme X... a fait l'objet d'un désistement.

103 Sur une étude d'ensemble de l'abus de confiance et de la notion de détournement, *in Juris-Classeur droit pénal*, "Abus de confiance", Fascicule 10, S. Fournier, et 20, W. Jeandidier.

dissipation du bien remis, d'un usage abusif s'il implique du possesseur la volonté de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de chose¹⁰⁴, d'un usage non conforme à la destination de fonds remis¹⁰⁵. En matière d'abus de biens sociaux, le détournement est caractérisé à partir d'un acte contraire à l'intérêt de la société¹⁰⁶, tel que le paiement de dépenses étrangères au fonctionnement de ladite commune¹⁰⁷, l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins personnelles¹⁰⁸, l'utilisation, à des fins étrangères à celles prévues, des fonds publics ou privés remis¹⁰⁹, l'affectation de personnel à des tâches non conformes aux emplois prévus¹¹⁰. Se rend coupable de détournement une personne dépositaire de l'autorité publique ayant la qualité d'ordonnateur d'un conseil général qui engage et liquide des dépenses à des fins étrangères à celles prévues pour le fonctionnement de la collectivité, peu important que l'intéressé n'ait pas eu la détention matérielle des fonds¹¹¹. Il en est de même d'une personne publique ayant contribué personnellement à l'utilisation de fonds à des fins étrangères à celles destinées à l'insertion des personnes en difficulté¹¹². Le détournement est également constitué par le fait, pour un maire, de mettre à la disposition d'un de ses amis, pendant plusieurs mois, un photocopieur loué et payé par la mairie¹¹³ et le fait, pour un notaire, de se dessaisir d'un testament¹¹⁴. Et la circonstance d'une dissimulation de la fraude constitutive d'un détournement retarde le point de départ du délai de prescription, car il s'agit d'une infraction occulte¹¹⁵.

104 Cf. article précité, n° 53 et suivants.

105 Ainsi, Crim., 30 juin 2010, pourvoi n° 10-81.182, *Bull. crim.* 2010, n° 121 (cassation), la chambre criminelle relevant que les prévenus avaient nécessairement conscience du détournement, du fait de leurs fonctions.

106 Cf. abus de biens sociaux, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2012, page 167.

107 Crim., 19 juin 2002, pourvoi n° 01-84.397, *Bull. crim.* 2002, n° 140 (cassation), l'intéressé ayant été déclaré coupable d'abus de confiance et de détournement de fonds publics.

108 Crim., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-83.031, *Bull. crim.* 2013, n° 145 (rejet).

109 Crim., 20 avril 2005, pourvoi n° 04-84.917, *Bull. crim.* 2005, n° 140 (cassation). Selon l'arrêt, qui se prononce au visa de l'article 432-15 du code pénal, "*Attendu que, selon ce texte, se rend coupable de détournement de biens le dépositaire qui utilise, à des fins étrangères à celles prévues, les fonds publics ou privés qui lui ont été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission*".

110 Crim., 13 septembre 2006, pourvoi n° 05-84.111, *Bull. crim.* 2006, n° 220 (cassation partielle). La chambre criminelle a retenu "*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*".

111 Crim., 18 octobre 2000, pourvoi n° 99-88.139, *Bull. crim.* 2000, n° 301 (rejet), ou encore Crim., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-84.102, *Bull. crim.* 2001, n° 137 (rejet).

112 Crim., 4 mai 2006, pourvoi n° 05-81.151, *Bull. crim.* 2006, n° 119 (rejet) : le prévenu ne pouvant s'abriter derrière la décision collégiale de la commission permanente ou de l'assemblée du département.

113 Crim., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-87.354, solution qui permet à un auteur de souligner que l'élément matériel donne une grande portée à l'incrimination : cf. M. Véron, *Droit pénal*, 11 novembre 2009.

114 Crim., 10 mars 1992, pourvoi n° 91-81.782.

115 Crim., 2 décembre 2009, pourvoi n° 09-81.967, *Bull. crim.* 2009, n° 204 (rejet).

B-2-2 La jurisprudence intervenue sous l'empire des anciens articles 169 et 254 du code pénal et de l'article 432-16 du code pénal

On précisera d'emblée, en ce qui concerne l'article 432-16 du code pénal ou les dispositions qui l'ont précédé, que les arrêts recensés ont été rendus par des juridictions de fond et non par une juridiction d'instruction examinant les charges contre une personne mise en examen.

La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises, sous l'empire de l'article 169 du code pénal, en rappelant notamment la distinction avec l'abus de confiance réprimé par l'article 408, du point de vue du détournement :

- selon le sommaire d'un arrêt, *“Le fait, pour un receveur des postes de retenir frauduleusement une somme d'argent versée par erreur par l'expéditeur d'un mandat postal constitue le détournement par un comptable public prévu par l'article 169 du code pénal, encore qu'il n'y aurait eu, en l'espèce, aucun abus de confiance caractérisé au préjudice d'un particulier”*¹¹⁶ ;

- *“attendu que les contrats dont l'article 408 prévoit la violation sont d'ordre privé et dérivent de la seule volonté des parties ; que cet article frappe de réclusion les officiers publics ou ministériels lorsque les détournements qu'ils ont commis ont porté sur des objets qui leur avaient été remis à raison de la confiance qu'inspire le caractère public dont ils sont revêtus ; que tout autres sont les détournements réprimés par l'article 169 du code pénal ; que ceux-là portent sur des objets qui se trouvaient entre les mains des personnes visées, non par suite d'une remise volontaire, mais en vertu de leurs fonctions, par la volonté de la loi”*¹¹⁷ ;

- quant à l'intention frauduleuse de l'auteur du détournement, selon un arrêt publié, il n'était pas exigé sous l'empire de ce texte. Son sommaire retient que *“l'article 169 du code pénal n'exige pas du juge du fond la constatation de l'intention frauduleuse de l'auteur du détournement. Constate suffisamment cette intention l'arrêt qui retient à la charge de l'accusé le fait d'avoir détourné ou soustrait des deniers publics”*¹¹⁸.

L'application de l'ancien article 254 du code pénal est restée exceptionnelle au niveau des cours d'appel et de la chambre criminelle, puisqu'on recense deux affaires jugées.

Dans les deux espèces, les auteurs des soustractions, destruction ou enlèvement n'ont pu être identifiés, mais cette circonstance n'a pas fait obstacle au jugement du dépositaire public poursuivi pour négligence.

Dans un arrêt du 23 décembre 1965, commenté¹¹⁹, la cour d'appel de Nancy s'est

116 Crim., 23 octobre 1958, *Bull. crim.* 1958, n° 650.

117 Crim., 18 octobre 1924, *Bull. crim.* 1924, n° 363 ; Crim., 12 juillet 1938, *Bull. crim.* 1938, n° 179.

118 Crim., 19 janvier 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 26.

119 *JCP*, éd. G, 1967, II, 14949.

prononcée dans les circonstances suivantes : un secrétaire de mairie, également instituteur, détenait, en sa qualité de dépositaire, des registres de l'état civil dans le local de l'école où il résidait. A la suite d'un différend conjugal, il avait quitté son domicile et les registres étaient restés introuvables. Le dépositaire avait été poursuivi pour le délit précité et contestait les faits, exposant que sa femme cherchait à lui nuire. La cour a cependant écarté la contestation portant sur la soustraction en relevant seulement que *"le fait matériel de la soustraction des documents est constant"* et que l'intéressé *"n'a même pas eu le soin élémentaire de les mettre sous clé, alors qu'il aurait dû restituer [les registres]"*.

Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire qui porte sur la preuve de la fraude : *"On s'est parfois demandé s'il fallait [...] que la destruction ou l'enlèvement commis grâce à la négligence d'un tiers fût frauduleux. Une réponse négative s'impose, car le texte ne distingue pas. D'ailleurs, en droit français, la répression des délits de négligence comparables à celui de l'article 254 (article 249 pour le bris de scellés, article 34 de la loi du 31 décembre 1913 relative aux monuments historiques punissant de peines correctionnelles la négligence de tout conservateur ou gardien laissant détruire, détériorer ou soustraire un objet mobilier classé) n'implique pas l'existence d'un crime ou d'un délit commis par un tiers"*.

La chambre criminelle s'est prononcée par arrêt du 26 novembre 1991¹²⁰ sur l'application de l'article 254 dudit code. Les circonstances étaient les suivantes : un greffier en chef d'une juridiction avait été condamné pour le délit prévu à l'article 254 précité, à la suite de la disparition de quarante - quatre scellés dérobés dans le coffre-fort ou dans la salle commune du greffe, pour un montant de 167 000 francs, dont les auteurs de la soustraction étaient restés inconnus.

Pour rejeter le pourvoi, la chambre criminelle a retenu *"que les juges relèvent que si l'information n'a pas identifié les auteurs de cette soustraction, celle-ci a été permise par la négligence de X... auquel, selon les termes de l'article R. 812-3 du code de l'organisation judiciaire, la garde des scellés incombait ; qu'ils observent notamment que ce dernier n'avait pris aucune disposition pour assurer le contrôle et la sécurité des valeurs détenues ni donné des instructions au personnel placé sous son autorité [...] ; Attendu qu'en l'état de ces constatations et énonciations, c'est par une appréciation souveraine, que les moyens reviennent à remettre en cause, des éléments de preuve réunis par l'information et contradictoirement discutés au cours des débats que la cour d'appel a, sans renversement de la charge de la preuve ni insuffisance ou contradiction, jugé qu'était constitué à l'égard de X... le délit poursuivi"*.

Si le montant du vol opéré à l'intérieur de la juridiction était précisément évalué, les circonstances de la soustraction n'étaient pas élucidées.

Les arrêts faisant application de l'article 432-16 du code pénal sont aussi l'exception, preuve de la rareté des poursuites engagées à ce titre. Sur les douze arrêts recensés

120 Crim., 26 novembre 1991, pourvoi n° 91-81.795.

sur jurinet, seuls cinq concernent l'infraction précitée¹²¹.

Deux arrêts de cour d'appel, objet de pourvois, se présentent de la façon suivante : le prévenu, initialement poursuivi pour le fait de détournement ou de soustraction, puni par l'article 432-15 du code pénal, en tant qu'auteur ou complice, a été finalement condamné pour négligence du détournement commis par un tiers, réprimée par l'article 432-16, à la suite d'une requalification par la cour d'appel. Dans les deux cas, l'auteur du détournement, identifié, a été condamné.

Dans un arrêt du 9 novembre 1998¹²², un maire avait été poursuivi, comme complice de la secrétaire de mairie - ayant elle-même effectué des dépenses personnelles avec le budget de la mairie -, pour avoir signé des bons de commande et des factures sans rapport avec les besoins de la municipalité. La secrétaire de mairie a été condamnée pour le délit prévu par l'article 432-15 du code pénal. Pour rejeter le pourvoi de l'intéressé, qui soutenait notamment que cette qualification était fondée sur des faits distincts de ceux de la prévention et qu'ainsi, les droits de la défense avaient été violés, la chambre criminelle retient que *"le prévenu s'est expliqué devant la cour d'appel sur la requalification des faits poursuivis et que les juges ont puisé les éléments de leur décision dans les faits mêmes dont ils étaient saisis"*¹²³.

Dans un arrêt du 22 février 2006¹²⁴, la gérante d'une agence postale avait été initialement poursuivie, au côté d'un autre prévenu, pour avoir détourné des fonds en omettant de délivrer immédiatement un reçu des fonds remis et en dissimulant ces détournements. La cour d'appel a retenu qu'il n'était pas prouvé qu'elle fût l'auteur de tels détournements, mais qu'en omettant d'établir immédiatement un reçu après chaque dépôt, elle s'était rendue coupable de négligences en application de l'article 432-16 du code pénal. Sur le pourvoi de l'intéressée contestant une telle requalification, la chambre criminelle, reprenant la solution antérieure, a rejeté le pourvoi de l'intéressée, en jugeant que la cour d'appel avait puisé dans les faits mêmes dont elle était saisie.

DEUXIÈME MOYEN

A - Les critiques du moyen

Les griefs du moyen portent sur l'absence de charges de négligences commises par la ministre, dans son choix de recourir à l'arbitrage et dans celui de ne pas former de

121 Aucun des arrêts de chambre de l'instruction ayant donné lieu à un pourvoi ne permet de dégager d'apports particuliers. L'arrêt rendu le 30 septembre 2003 approuve l'arrêt ayant confirmé un refus d'informer par une réponse dite "tampon", relevant que les faits allégués ne pouvaient admettre aucune qualification pénale, sans rappel de ces faits. Deux autres arrêts ont confirmé un non-lieu, objet de pourvois des parties civiles rejetés par la chambre criminelle au moyen de la formule habituelle, étant précisé que les arrêts ont été rendus sous l'empire des dispositions restrictives de l'article 575 du code de procédure pénale, depuis abrogées : Crim., 6 juin 2004, pourvoi n° 03-86.520 ; Crim., 11 octobre 2000, pourvoi n° 00-82.536.

122 Crim., 9 novembre 1998, pourvoi n° 97-84.696.

123 Crim., 9 novembre 1998, précité.

124 Crim., 22 février 2006, pourvoi n° 05-84.921.

recours en annulation.

La première branche souligne que, dès la loi des 16 et 24 août 1790, l'arbitrage était reconnu comme un mode privilégié de règlement des litiges et que les articles 1442 et suivants du code de procédure civile en ont fait un mode normal de règlement des conflits ; le choix de recourir à l'arbitrage ayant pour objet de régler l'ensemble des procédures opposant les parties, et encadrant les demandes des liquidateurs et des époux Y..., ne saurait, dès lors, caractériser une négligence.

Quant aux deuxième et troisième branches, elles visent la renonciation à l'exercice d'une voie de recours et critiquent les motifs de l'arrêt, en ce sens que l'article L. 431-4, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire ne déroge pas à l'article 480, alinéa 1, du code de procédure civile et ne confère pas une autorité de chose jugée aux motifs des arrêts rendus par l'assemblée plénière¹²⁵. La demanderesse ajoute que la commission s'est contredite en relevant qu'elle avait été informée qu'il existait un moyen sérieux d'annulation de la sentence tout en retenant que les juristes consultés avaient estimé le contraire.

La quatrième branche soutient que l'arrêt s'est contredit en relevant que la décision de renoncer au recours constituait une négligence, tout en constatant qu'il s'agissait d'une décision d'opportunité politique.

B - La motivation de l'arrêt sur les fautes de négligences

B-1 Les charges de négligences relevées

Sur l'étendue de son office tout d'abord, la commission relève que *“la responsabilité de Mme X... doit être appréciée au regard, non pas de considérations relevant de l'opportunité politique, lesquelles échappent au contrôle du juge pénal, mais des circonstances dans lesquelles elle a pris la décision de recourir à un arbitrage pour solder tous les contentieux en cours, entre, d'un côté, le Crédit Lyonnais et le CDR, de l'autre les liquidateurs du groupe Tapie et des époux Y..., des modalités de nomination de M. C... et de gestion du dossier, conduit directement par le ministre et son directeur de cabinet, enfin des instructions écrites données”*¹²⁶.

125 Dans ce sens, le mémoire cite les précédents suivants :

2^e Civ., 22 mai 2014, pourvoi n° 13-19.500 : *“Qu'en statuant ainsi en conférant aux motifs de l'arrêt du 21 octobre 2008 selon lesquels les stipulations de l'annexe litigieuse se rattachaient au contrat d'assurance en cause une autorité de chose jugée dont ils étaient dépourvus, eussent-ils été le soutien nécessaire du dispositif, la cour d'appel a violé le texte susvisé”* ;

Com., 9 décembre 2008, pourvoi n° 07-22.021 : *“Attendu que les motifs d'un arrêt, fussent-ils le soutien nécessaire du dispositif, n'ont pas l'autorité de la chose jugée”*.

1^{re} Civ., 22 novembre 2005, pourvoi n° 02-20.122, Bull. 2005, I, n° 425 (cassation) : *“Vu les articles 1351 du code civil et 480 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif”* ;

2^e Civ., 5 avril 1991, pourvoi n° 89-20.546, Bull. 1991, II, n° 109 (cassation) : *“Vu l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 480 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif”*.

Après avoir relaté la chronologie des faits et avoir analysé les circonstances ayant entouré les décisions prises par Mme X..., de choisir la voie de l'arbitrage, dans les conditions précisées, et de ne pas former de recours, l'arrêt retient, au titre des charges de négligences, les éléments de fait suivants :

- *une décision d'entrée en arbitrage mal préparée, mal encadrée, malvenue, prise dans un dossier conduit directement par la ministre et son directeur de cabinet, et allant à l'encontre de l'avis répété de l'APE ;*

- *la nomination à la tête de l'EPFR, le 15 septembre 2007, à la veille de décisions essentielles sur l'entrée en arbitrage, de M. C..., qui était proche de la limite d'âge et ignorait tout du dossier ;*

- *les instructions données les 10 et 23 octobre 2007, qui relèvent de la responsabilité de la ministre et ont eu pour effet, notamment, de supprimer la condition préalable de l'engagement du Crédit Lyonnais à l'égard de l'Etat à seule fin d'ouvrir la voie à une procédure d'arbitrage dont cette banque était exclue, et de faire courir aux finances publiques un risque accru ;*

- *malgré l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la sentence arbitrale, une renonciation à l'exercice d'un recours :*

▶ *précipitée, intervenue dix-neuf jours avant l'expiration du délai ;*

▶ *sans étude préalable suffisante, Mme X... n'ayant :*

** pas pris connaissance de toutes les notes de l'APE ;*

** pas estimé utile d'aller, en ce qui concerne l'historique, au delà de la lecture de l'arrêt de l'assemblée plénière, dont elle a pourtant indiqué que les motifs avaient été d'une lecture difficile ;*

** pas examiné d'autres documents que cet arrêt, celui de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005, certaines des notes de l'APE et les consultations qui lui ont été remises ;*

** pas cherché à rencontrer M^e 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 d'une lecture très facile" ;*

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

** pas demandé que soient évaluées les sommes qui resteraient finalement à la charge de l'Etat ;*

▶ *à l'issue d'un processus décisionnel univoque et refermé sur lui-même, qu'il s'agisse :*

** de l'organisation de la réunion unanime du 20 juillet 2008 ;*

** des modalités de recueil des avis, dont certains pourraient avoir été demandés, selon le ministère public, "pour contrebalancer les avis précédemment émis, et qui se révélaient pour partie favorables au recours" ;*

** de la démarche ayant consisté à confirmer le parti qu'elle avait initialement pris.*

B-2 les motifs relatifs à l'existence d'un moyen sérieux d'annulation

La commission relève notamment : *“Il n'est pas contesté qu'au regard de l'article L. 131-4 du code de l'organisation judiciaire, les motifs de l'arrêt du 9 octobre 2006 s'analysent comme autant de "points de droit jugés par" l'assemblée plénière, auxquels doit ensuite se conformer le juge de renvoi : ainsi, l'autorité de la chose jugée s'étend, au-delà du dispositif, aux motifs des arrêts de l'assemblée plénière (3^e Civ., 9 avril 1974, pourvoi n° 71-14.289, Bull. 1974, III, n° 139 ; Soc. 4 février 1982, pourvoi n° 81-60.388, Bull. 1982, V, n° 65 : 2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.282, Bull. 2006, II, n° 363). Certes, comme le rappelle M^e Spinosi dans sa consultation du 25 juillet 2008, le tribunal arbitral ne saurait être assimilé à une cour d'appel de renvoi, telle que visée par le texte ci-dessus rappelé ; néanmoins, ce tribunal devait statuer en droit et était, en application de l'article 7-1 du compromis, "tenu par l'autorité de la chose jugée [de] l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006", de sorte qu'il devait se conformer à la jurisprudence ci-dessus rappelée et à la délimitation, par l'arrêt de l'assemblée plénière, du champ de l'action du groupe Bernard Tapie, réservée au préjudice susceptible de résulter de la violation du mandat de vente et du mémorandum, mais exclue pour les dommages par ricochet liés à sa seule qualité d'actionnaire”¹²⁷.*

L'arrêt poursuit ainsi, sur les éléments à charge : *“Attendu que, selon 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" ; que caractérisent dès lors une violation manifeste de la délimitation du préjudice par l'assemblée plénière - qui avait exclu explicitement la perte de plus-value éprouvée par la société GBT en sa seule qualité d'actionnaire - les motifs de la sentence arbitrale selon lesquels :*

- *les arbitres n'avaient pas à "se livrer à une interprétation des motivations de la Cour de cassation pour considérer que celles-ci viennent éclairer l'arrêt de la cour d'appel du 30 septembre 2005, voire en limiter la portée" dès lors que "le pourvoi étant rejeté, l'arrêt étant définitif, l'action des liquidateurs est recevable", cette recevabilité étant "sans aucune limite" ;*
- *la Cour de cassation, en spécifiant que les liquidateurs "n'avaient pas [...] à demander la plus-value résultant de la vente dont ils auraient été privés", n'aurait pas, pour autant, interdit à ceux-ci "de demander l'équivalent de la plus-value" ;*
- *“la demande de réparation du préjudice ne peut être limitée à la seule exécution du mémorandum” ;*

Attendu que tels sont les motifs qui ont conduit le tribunal arbitral, en contradiction flagrante avec les points de droit rappelés et explicités par l'arrêt du 9 octobre 2006, à faire bénéficier la société GBT de la quasi-totalité des plus-values qu'aurait perçues la société BTF si le mandat de vente avait été exécuté dans des conditions différentes ; qu'ainsi, les liquidateurs :

- *ont été reçus dans leur action en réparation d'un préjudice propre à l'ancienne filiale de la société GBT et n'ayant atteint cette dernière que par ricochet, en sa qualité*

127 Page 29 de l'arrêt.

d'actionnaire ;

- ont été indemnisés pour des préjudices autres que ceux résultant directement de manquements aux conventions souscrites ;
- ont perçu une indemnisation d'un montant largement supérieur à la somme prévue par le mémorandum ;

Attendu que les arbitres, tenus de subordonner la recevabilité des liquidateurs à la démonstration que la société 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, ont fait exactement le contraire ; qu'en méconnaissant ainsi le droit et l'autorité de la chose jugée, ils ont assurément manqué à leur obligation de juger en droit et de "se conformer à la mission qui [leur] était confiée", au sens des articles 1484, 3°, du code de procédure civile précité et 7-1 du compromis d'arbitrage, exposant leur sentence à un risque d'annulation ; qu'il existait donc un moyen sérieux à faire valoir à l'appui d'un recours, comme l'avait relevé avec clarté et pertinence M^e Soltner dans sa consultation du 23 juillet 2008 et comme l'avait alors confirmé M^e Martel¹²⁸.

L'article L. 131-4 (devenu L. 431-4) du code de l'organisation judiciaire énonce, dans son second alinéa : "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".

Selon MM. Boré, "sur tous les points de droit tranchés par l'assemblée plénière, la cour de renvoi est strictement tenue de se conformer à la doctrine juridique de l'arrêt de cassation. L'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire a étendu cette obligation même aux points de droit qui n'avaient pas été réglés par le premier arrêt de cassation, mais que l'assemblée plénière a été appelée à examiner par l'ordonnance de renvoi."¹²⁹

L'arrêt se réfère aux précédents suivants :

- 3^e Civ., 9 avril 1974, pourvoi n° 71-14.289, *Bull.* 1974, III, n° 139 : rejet du pourvoi contre un arrêt qui, selon la Cour de cassation, "n'a fait que se conformer à la décision de l'assemblée plénière rendue [...] dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant de la même qualité" ;
- Soc., 4 février 1982, pourvoi n° 81-60.388, *Bull.* 1982, V, n° 65 : rejet du pourvoi contre un arrêt, la Cour de cassation énonçant : "Que la juridiction de renvoi n'est tenue de se conformer à la décision de l'assemblée plénière que sur les points de droit jugés par celle-ci et qu'elle reste libre de modifier les constatations et appréciations de fait contenues dans la décision cassée" ;
- 2^e Civ, 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.282, *Bull.* 2006, II, n° 363 : rejet du pourvoi contre un arrêt, la Cour de cassation retenant : "Mais attendu que la cour de renvoi, saisie à la suite d'un arrêt de cassation totale n'émanant pas de l'assemblée

128 Pages 51 et 52 de l'arrêt.

129 Répertoire de procédure civile, n° 1005 et suivants.

plénière, était investie de la connaissance du litige dans tous ses aspects de fait et de droit au moment où elle statuait, sans être tenue de se conformer à l'arrêt de cassation l'ayant saisie qui avait adopté une solution au maintien de laquelle les emprunteurs n'avaient pas de droit acquis et qu'aucun principe n'imposait aux juges du fond de conserver".

Le mémoire ampliatif cite, au soutien de la deuxième branche, les précédents suivants :

- 2^e Civ., 22 mai 2014, pourvoi n° 13-19.500 : cassation d'un arrêt, la Cour de cassation relevant "Qu'en statuant ainsi en conférant aux motifs de l'arrêt du 21 octobre 2008 selon lesquels les stipulations de l'annexe litigieuse se rattachaient au contrat d'assurance en cause, une autorité de chose jugée dont ils étaient dépourvus, eussent-ils été le soutien nécessaire du dispositif, la cour d'appel a violé le texte susvisé" ;
- Com., 9 décembre 2008, pourvoi n° 07-22.021 : "Attendu que les motifs d'un arrêt, fussent-ils le soutien nécessaire du dispositif, n'ont pas l'autorité de la chose jugée" ;
- 1^{re} Civ., 22 novembre 2005, pourvoi n° 02-20.122, Bull. 2005, I, n° 425 (cassation) : "Vu les articles 1351 du code civil et 480 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif" ;
- 2^e Civ., 5 avril 1991, pourvoi n° 89-20.546, Bull. 1991, II, n° 9 (cassation) : "Vu l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 480 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif".

C - La faute de négligence vue par la doctrine

La faute de négligence constitue l'élément intellectuel de l'infraction visée à l'article 432-16 du code pénal. Les travaux parlementaires montrent que cette faute est intrinsèquement liée à la garde de la chose remise entre les mains du dépositaire public. Elle présuppose la remise de la chose, laquelle n'implique pas la détention matérielle¹³⁰.

Sur l'élément moral ou intellectuel des infractions involontaires, F. Desportes et C. Le Gunehec rappellent que le terrain des infractions non intentionnelles, assez restreint, tend à sauvegarder des valeurs qui font l'objet d'une "surprotection" : le respect de la vie et de l'intégrité de la personne (articles 221-6, 222-19 du code pénal), mais également d'autres valeurs telles que la protection des intérêts fondamentaux de la nation ou de l'autorité de l'Etat, en particulier la divulgation, par imprudence ou négligence, d'un secret de défense nationale (article 413-10, alinéa 3, du code pénal) ou bien la soustraction d'un bien confié à un dépositaire résultant de sa négligence

¹³⁰ Ainsi, les ordonnateurs peuvent se voir appliquer le délit prévu à l'article 432-15 : Crim., 18 octobre 2000, pourvoi n° 99-88.139, Bull. crim. 2000, n° 301 (rejet).

(article 432-16 du code pénal).

Avec l'article 121-3 du code pénal (*cf. infra*, troisième moyen), la faute est appréciée *in concreto*, en fonction de la nature des missions de l'auteur, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

L'incrimination visée à l'article 432-16 précité et l'élément intellectuel.

Selon A. Vitu et W. Jeandidier, le fondement de la répression, c'est le manquement à l'obligation de surveillance qui pèse sur le comptable public ou le dépositaire public, dans la garde des biens qui leur sont confiés, "*de sorte qu'il a indirectement facilité la destruction, le détournement ou la soustraction, par un tiers*". La négligence, poursuivent-ils, "*englobe 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 dont le respect méticuleux empêcherait la destruction ou le détournement par un tiers. La nature spécifique de la faute de l'agent rejait au niveau de l'élément matériel du délit, qui peut être aussi bien d'omission que de commission*"¹³¹.

M. L. Rassat rejoint cette analyse quand elle écrit : "*l'infraction se limite chez l'agent public à un élément moral de négligence qui, s'il peut revêtir matériellement différents aspects, se définit tout entier par un défaut de surveillance : registres publics sortis du lieu normal de leur dépôt, coffre-fort laissé ouvert, absence de surveillance d'un subalterne*"¹³².

E. Dreyer souligne, quant à lui, que "*l'agent se voit tout au plus reprocher d'avoir laissé un tel acte [de détournement] s'accomplir. 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*". Il poursuit ainsi, sur la perception par l'agent de son acte : "*Au sens de l'article 432-16, la destruction, le détournement ou la soustraction accompli par un tiers résulte d'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 son complice. Il s'agit de prévenir ici 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 leur fonctionnement*"¹³³.

M. Véron souligne, de son côté, "*qu'il ne s'agit pas de sanctionner une forme de complicité qui suppose l'intention de s'associer à la commission de l'infraction, mais la simple négligence ou l'imprudence du dépositaire qui ne prend pas de précautions*

131 A. Vitu et W. Jeandidier, *in Juris-Classeur pénal*, articles 432-15 et 432-16 du code pénal, fascicule 20, n° 69, cité par le mémoire ampliatif.

132 M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7^e édition, pages 1208 et s.

133 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 2^e édition, Ellipses, pages 598 et s.

suffisantes pour protéger fonds, titres ou pièces dont il a la garde¹³⁴.

D - Les contours des fautes de négligence dans la jurisprudence de la chambre criminelle

Sous l'empire de l'article 254 du code pénal, la cour d'appel de Nancy, par un arrêt déjà cité, a sanctionné un secrétaire de mairie négligent, auquel avait été confié des actes d'état civil, disparus dans des circonstances restées inconnues. L'arrêt a relevé que l'intéressé ne s'était pas soucié du sort des actes en cause et n'a pas pris le soin élémentaire de les mettre sous clé. L'arrêt retient le contexte matrimonial pouvant expliquer un geste malveillant de son épouse (qui n'est pas prouvé), cette circonstance ne permettant pas, selon l'arrêt, d'enlever au fait de l'auteur la qualification de négligence, mais seulement d'en faire une circonstance atténuante du point de vue de la peine prononcée. Le commentaire de la décision met en évidence, dans les faits de l'espèce, la désinvolture, la méconnaissance de ses devoirs par l'intéressé¹³⁵.

La chambre criminelle s'est encore prononcée par un arrêt du 26 novembre 1991 dans les circonstances déjà relatées d'un greffier en chef d'une juridiction condamné pour négligences à la suite de la disparition de scellés dérobés.

Sur les négligences de l'auteur, dans ce précédent, la chambre criminelle a mis l'accent sur l'obligation de garde impliquant contrôle et surveillance, en relevant que "[la soustraction] a été permise par la négligence de X... auquel, selon les termes de l'article R. 812-3 du code de l'organisation judiciaire, la garde des scellés incombait ; qu'ils observent notamment que ce dernier n'avait pris aucune disposition pour assurer le contrôle et la sécurité des valeurs détenues ni donné des instructions au personnel placé sous son autorité [...]".

Sous l'empire de l'article 432-16 du code pénal

- dans une première espèce, la chambre criminelle a approuvé la condamnation d'un maire ayant signé des bons de commande de dépenses indues, pour ne pas avoir accompli les diligences normales qui lui incombait avant de signer, "*alors que des contacts avec les responsables scolaires de cette petite commune lui auraient permis de déceler la fraude*"¹³⁶ ;

- dans l'arrêt déjà cité du 22 février 2006, la chambre criminelle a retenu que les fautes de négligences résultaient de ce que l'auteur omettait d'établir immédiatement un reçu après chaque dépôt d'argent à l'agence postale, qui avait été détourné par un tiers¹³⁷.

L'assemblée plénière est donc appelée à se prononcer sur le point de savoir si les griefs

134 M. Véron, *Droit pénal spécial*, 15^e édition, Sirey, pages 430 et s.

135 Cour d'appel de Nancy, 23 décembre 1965 (*JCP* éd. G, 1967, II, 14949).

136 Crim., 9 novembre 1998, pourvoi n° 97-84.696, précité.

137 Crim., 22 février 2006, pourvoi n° 05-84.921, précité.

peuvent prospérer, au vu de la motivation de l'arrêt.

TROISIÈME MOYEN

Selon ce moyen, lorsque le détournement procède de l'exécution d'une sentence arbitrale viciée par une fraude, *“seules les négligences qui sont à l'origine de la fraude peuvent être punissables”*.

Le moyen fait grief à la commission d'avoir privé sa décision de base légale, en caractérisant seulement un lien de causalité entre la décision de recourir à l'arbitrage et l'ouverture de cet arbitrage, d'une part, et entre la décision de ne pas exercer de recours et l'absence d'annulation de la sentence arbitrale, d'autre part.

En n'ayant pas relevé de lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et en ne constatant pas que ce comportement frauduleux aurait été prévisible, la commission n'a relevé aucune charge relative à cet élément indispensable de l'infraction.

Le grief vise la nature des négligences (qui ne seraient pas à l'origine du détournement) et le lien de causalité lui-même.

Ce moyen conduit à un rappel de la motivation de l'arrêt sur ce point (A), avant d'évoquer, comme élément de comparaison, les contours du contrôle de la chambre criminelle en la matière (B), puis les dispositions de l'article 121-3 du code pénal (C), en relation notamment avec la jurisprudence sur l'article 432-16 du code pénal sur l'élément intellectuel requis.

A - Motivation de l'arrêt sur les fautes de négligences reprochées et leur lien de causalité avec le dommage

L'arrêt rappelle que Mme X..., dans son mémoire en défense, soutenait que *“les négligences reprochées ne sont pas la cause directe du dommage et aucune faute caractérisée ne peut lui être reprochée”*.

Le raisonnement de la commission est mené schématiquement en quatre temps :

1) - Le cadre de l'article 121-3 du code pénal

Rappelant les termes des alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du code pénal, elle retient que cet article, *“initialement conçu pour les délits d'homicide et de blessures involontaires, a vocation à s'appliquer à toutes les infractions de négligence, quand bien même celles-ci relèveraient, comme en l'espèce, d'une atteinte à l'autorité de l'Etat, et non d'une atteinte à la personne humaine ; qu'il convient toutefois de tenir compte des spécificités de cette infraction au regard des critères de la relation directe entre les négligences et le dommage ou de la qualification de “faute caractérisée”*.

2) L'arrêt rappelle les différentes charges qui ont été exposées (pages 61 et 62)

3) Analysant l'incrimination et se référant à la jurisprudence citée sur la causalité entre les fautes et le dommage, elle retient l'existence d'un lien direct entre les négligences fautives et le dommage ayant consisté à rendre possible le détournement de fonds publics reproché à des tiers :

“La relation directe entre les négligences et le dommage.

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 celle 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 auteur ou complices de cette infraction dans le cadre de 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'État, deux décisions, celle d'entrer en arbitrage et celle de ne pas faire exercer de recours en annulation de la sentence arbitrale ; que ces décisions, qui sont le produit des 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'État d'une chance d'éviter que ses fonds ne soient détournés ; qu'il existe donc 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 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 (Crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-80.679, Bull. crim. 2009, n° 33) ou pour des contrôleurs aériens qui avaient autorisé les manoeuvres d'alignement sur la même piste, puis de décollage, à deux secondes d'intervalle, de deux aéronefs entrés ensuite en collision (Crim., 16 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.916, Bull. crim. 2007, 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 eût été applicable, les négligences de Mme X... ne constituent pas une faute caractérisée".

4) A titre surabondant, l'arrêt examine, au regard de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal, la qualification de la faute requise dans le cadre d'une relation de causalité indirecte avec le dommage.

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'État 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 du dommage et, surabondamment, revêtent la qualification, applicable en l'espèce, de fautes caractérisées".

Le moyen, qui invoque un défaut de base légale, pose essentiellement la question du lien de causalité requis pour que les négligences reprochées soient punissables. Critiquant la motivation sur le lien de causalité et les négligences retenues, le grief invite la Cour de cassation à contrôler la pertinence d'une telle motivation. Il est utile de rappeler sommairement l'étendue du contrôle opéré par la chambre criminelle.

B - Contours du contrôle de la Cour de cassation sur le lien de causalité entre le fait incriminé et le dommage

Le lien de causalité est une notion de droit. Il doit être expressément constaté entre la faute et le dommage : c'est un élément autonome de responsabilité. Depuis une jurisprudence fort ancienne des chambres civiles, "*il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice : il lui faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice*"¹³⁸. Ce qui est donc requis est la constatation entre la faute relevée et le dommage.

Lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi contre un arrêt retenant la culpabilité d'une personne du chef de délits non intentionnels, la chambre criminelle exige que l'existence d'un lien de causalité soit certaine et que les motifs de fait lui permettent d'exercer son contrôle

138 Civ., 14 mars 1892, DP 1892, I, 523 ; Civ., 6 janvier 1945, D. 1945, 117, note Tunc.

sur la légalité de la décision¹³⁹. Dans un de ses arrêts, cité au rapport de la Cour de cassation, la chambre criminelle a même substitué à la qualification de lien de causalité directe, retenue par les juges du fond, celle de causalité indirecte, déduite des constatations de l'arrêt¹⁴⁰. Le contrôle du caractère certain, direct ou indirect du lien de causalité entre les manquements reprochés et la faute se place naturellement au stade du contrôle, par la Cour de cassation, de l'arrêt statuant au fond.

Lorsqu'il s'agit d'arrêts de renvoi, la chambre criminelle ne contrôle pas les motifs et la qualification retenus, qui, au stade des charges, sont par nature provisoires (cf. *supra*)¹⁴¹.

C - Lien de causalité entre les négligences reprochées et le détournement et la référence à l'article 121-3 du code pénal

Le moyen vise notamment la violation de l'article 121-3 du code pénal, relatif à l'élément moral des infractions en général.

C-1 Aperçu des dispositions de l'article 121-3 du code pénal, relatives aux délits non-intentionnels

Figurant dans les dispositions générales sur la responsabilité pénale, cet article, dans ses alinéas 3 et 4, définit l'élément "intellectuel"¹⁴² de la faute non intentionnelle et se lit ainsi :

"Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un

139 Notamment, Crim., 7 janvier 1980, pourvoi n° 79-92.008, *Bull. crim.* 1980, n° 10 ; Crim., 5 octobre 2004, pourvoi n° 03-86.169, *Bull. crim.* 2004, n° 230 (cassation) ; Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-81.706 ; Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-81.108, *Bull. crim.* 2008, n° 55 (cassation). Le rapport de causalité est soumis de même manière aux chambres civiles : cf. *Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats*, "preuve de la causalité et contrôle de la Cour de cassation", n° 1708 et s.

140 Crim., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-86.700, *Bull. crim.* 2006, n° 219 (rejet), et le commentaire au *Rapport annuel* 2006 de la Cour de cassation, page 148.

141 Crim., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-85.548 ; Crim., 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-82.477 ; Crim., 17 novembre 2015, pourvoi n° 12-85.854.

142 Selon la terminologie proposée par F. Desportes et F. Le gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e édition, 2009, n° 463 et suivants.

risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer".

Ces dispositions sont issues de deux réformes successives.

La loi n° 96-383 du 13 mai 1996¹⁴³ relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence a modifié l'alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal. Issue d'une proposition de loi déposée par le sénateur P. Fauchon, ce texte, initialement inspiré par la mise en cause jugée excessive d'élus locaux, pour des infractions d'homicides et blessures involontaires et de pollution, visait à introduire une appréciation *in concreto* de la faute dans les infractions non intentionnelles, au regard des circonstances de l'espèce¹⁴⁴.

Relevant l'absence d'un véritable infléchissement de la jurisprudence née de cette réforme¹⁴⁵, le Sénat, à l'initiative de M. P. Fauchon, a déposé une nouvelle proposition de réforme, qui a abouti à la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2010, *"tendant à préciser la définition des délits non intentionnels"*, adoptée à l'unanimité par le Parlement. Le législateur, rappelant le nombre réduit de délits non-intentionnels¹⁴⁶ mais celui, jugé préoccupant, des poursuites contre les élus locaux, a été inspiré par la volonté d'encadrer les conditions de la responsabilité pénale des principales infractions non intentionnelles, en particulier les homicides et les blessures involontaires, sans mettre en oeuvre de régime spécifique pour les décideurs publics¹⁴⁷.

La loi a ainsi introduit un quatrième alinéa au sein de l'article 121-3, exigeant une faute qualifiée lorsque le comportement a été la cause indirecte du dommage. Comme le souligne un auteur, *"la faute qualifiée n'est pas différente de celle de la faute ordinaire, [...] mais elle présente un degré de gravité supplémentaire"*. Il ajoute notamment : *"Cette gravité tient au risque dont l'auteur aurait dû avoir conscience et dont il aurait dû en conséquence prévenir la réalisation"*¹⁴⁸. Cette disposition distingue donc deux fautes (simple¹⁴⁹ et qualifiée) de l'auteur, personne physique, dont l'intensité requise est fonction de la nature du lien de causalité, direct ou indirect¹⁵⁰. La doctrine a ainsi pu

143 A la suite des travaux d'un groupe de travail mis en place par le président du Sénat, dont les conclusions ont abouti à la loi précitée.

144 F. Desportes et F. L. Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, pages 475 et s.

145 Cf. exposé des motifs de M. P. Fauchon, sur la proposition de loi présentée au Sénat, session ordinaire du Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 7 octobre 1999, n° 9.

146 Articles 226-16 à 226-22, 321-7 du code pénal, 331 et L. 232-2 du code rural. Cf. exposé des motifs précité.

147 Rapport n° 2266 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, de M. R. Dosière, 22 mars 2000, p. 12 à 15, évoquant notamment l'article 322-5 du code pénal et 37 à 39.

148 E. Dreyer, Lexis-nexis, manuel de droit pénal, pages 615 et s.

149 Rapport n° 2266 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, de M. R. Dosière, 22 mars 2000 p. 12 à 15, évoquant notamment l'article 322-5 du code pénal : *"une poussière de faute demeurera suffisante"*, page 39.

150 F. Desportes et F. Le Gunehec, *Economica*, pages 404 et s.

écrire que la loi tendait à privilégier la théorie de la causalité adéquate et se démarquer du principe de l'équivalence des conditions¹⁵¹. Cette disposition a été jugée plus douce et donc d'application immédiate¹⁵².

Parallèlement, en adoptant le nouvel article 4-1 du code de procédure pénale, le législateur a mis fin à l'identité des fautes civile et pénale¹⁵³, partant du principe que la responsabilité civile a pour objectif la réparation des dommages causés tandis que la responsabilité pénale tend à protéger les valeurs ou les intérêts de la société¹⁵⁴.

C-2 Appréciation de la nature du lien de causalité entre les faits reprochés et le dommage

L'arrêt attaqué retient à titre principal l'existence d'un lien direct, d'un lien déterminant, et subsidiairement l'existence d'un lien indirect, au sens de l'article 121-3, alinéa 4, précité entre les négligences imputées à l'intéressée et le dommage produit par le détournement de fonds publics.

La distinction entre causalité directe et causalité indirecte est une question d'espèce et plusieurs auteurs, se penchant sur la jurisprudence ont tenté d'en dégager les grandes lignes. Ainsi, pour F. Desportes et C. Le Gunehec, *“le lien de causalité doit être qualifié d'indirect chaque fois qu'il est reproché à la personne d'avoir, dans l'exercice d'une activité placée sous sa responsabilité, par un défaut d'organisation, de surveillance ou de contrôle, créé ou laissé créé une situation dangereuse ayant rendu possible la survenance du dommage dont la cause directe a été l'action ou l'omission de la victime elle-même [ex : Crim., 10 décembre 2002, pourvoi n° 02-81.415, Bull. crim. 2002, n° 223], ou d'un tiers [Crim., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-85.537, Bull. crim. 2002, n° 139] ou encore la survenance d'un événement naturel”*. Y. Mayaud, précise, à partir de précédents rendus en matière d'homicides involontaires, *“que la cause directe s'apprécie de manière globale, afin d'en restituer à la fois le point d'impact et les ondes de choc”* en recherchant, dans les processus ayant conduit au dommage, si le fait reproché au prévenu constitue *“le paramètre déterminant”, “la faute essentielle et déterminante”*, selon la terminologie des arrêts cités.

Un autre auteur souligne que la matière donne lieu à une casuistique. *“La chambre criminelle exerçant son contrôle sur la qualification du lien de causalité au regard des faits constatés par les juges du fond, il est possible de déduire de ses arrêts que constitue une cause directe la cause unique, exclusive de toute autre faute, ou encore la faute immédiate, essentielle ou déterminante du dommage”*¹⁵⁵.

151 *Dalloz Action*, Droit de la responsabilité et des contrats Théories de la causalité, n° 1713 et s.

152 Crim., 5 septembre 2000, pourvoi n° 99-82.301, *Bull. crim.* 2000, n° 262 (annulation partielle) ; Crim., 20 mars 2001, pourvoi n° 98-87.544, *Bull. crim.* 2001, n° 71 (annulation sans renvoi).

153 Civ., Arrêt Brochet et Deschamps, 18 décembre 1912, *D.* 1915, 1, 17 ; cf. G. Viney, conclusion du colloque sur la définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000, *RSC* 2001, p. 764.

154 Cf. rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat, par M. P. Fauchon, n° 177, 20 janvier 2000.

155 B. Yeng Seng, in *Juris-Classeur fonction publique*, article 121-3, n° 79 et suivants.

C-3 Références de jurisprudence sur le champ d'application de l'article 121-3 du code pénal

Le champ d'application de l'article 121-3 ne paraît pas devoir être limité aux infractions en matière d'atteintes à l'intégrité physique. L'article 121-3 précité figure dans les dispositions générales sur la responsabilité pénale, et les alinéas 3 et 4 visent la seule catégorie des délits¹⁵⁶.

Pour autant, si, selon la jurisprudence, ces dispositions ne sont pas limitées aux atteintes à l'intégrité physique et aux délits de pollution, elles ne s'appliquent pas à tous les délits de nature non intentionnelle, dès lors que le dommage doit être un élément constitutif du délit¹⁵⁷.

S'agissant en particulier de l'article 432-16 du code pénal, par arrêt du 9 novembre 1998¹⁵⁸, la Cour de cassation a visé l'article 121-3 du code pénal, en retenant que le prévenu n'avait pas accompli "*les diligences normales qui lui incombent*".

C-4- Références de jurisprudence au regard de l'élément "intellectuel" du délit requis par l'article 432-16 du code pénal en relation avec le détournement

Les précédents¹⁵⁹ déjà cités au rapport apportent un éclairage sur ce qui sépare les articles 432-15 et 432-16 du code pénal, dans leur dimension intellectuelle différente. La chambre criminelle, dans les espèces citées, a approuvé une cour d'appel d'avoir requalifié les faits initialement poursuivis comme infraction volontaire en infraction involontaire.

L'arrêt précité du 9 novembre 1998 a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que "*si l'élément intentionnel du délit de complicité n'était pas suffisamment caractérisé, il y a lieu de retenir à sa charge les négligences ayant permis la réalisation des détournements*".

Comme le souligne un auteur, "*le délit de complicité de détournement par dépositaire de l'autorité publique, et celui de négligence d'où est résulté un détournement, reposent sur des faits matériels rigoureusement identiques et ne se distinguent que par leur élément intentionnel, présent en cas de complicité, absent en cas de négligence*"¹⁶⁰.

156 Le texte est aussi applicable aux contraventions non intentionnelles : cf. article R. 610-2 du code pénal, issu du décret du 20 septembre 2001.

157 Cf. Crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-87.717, *Bull. crim.* 2001, n° 160 (rejet). Comme le relève un auteur, "*la Cour de cassation a fait application du dispositif légal à toutes les infractions non intentionnelles dès lors qu'elles sont consommées par un résultat causé par l'agent (voir, pour la pollution de cours d'eau, Crim., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-88.011, Bull. crim. 2001, n° 268 (cassation partielle))*" : article 121-3 fascicule 20 : élément moral de l'infraction, *Juris-Classeur*, J.-Y. Maréchal.

158 Crim., 9 novembre 1996, pourvoi n° 97-84.696, précité.

159 Crim., 9 novembre 1998, pourvoi n° 97-84.696, précité ; Crim., 22 février 2006, pourvoi n° 05-84.921.

160 M. Véron, "Complicité ou imprudence du dépositaire?", *Droit pénal*, avril 1999, page 11.

Selon la formule d'un autre auteur, l'incrimination de l'article 432-16 du code pénal apparaît dans ces deux précédents comme une *"qualification de repli"*¹⁶¹, *"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 la situation"*. *"Entre détournement effectif et simple négligence ayant permis le détournement, un glissement est toujours possible"*¹⁶².

Dans plusieurs précédents rendus sur le fondement de l'article 432-15 du code pénal, la chambre criminelle répond sur la composante intentionnelle requise, à la différence du délit de l'article 432-16 précité. Ces espèces apportent un éclairage sur la question de la frontière entre l'acte volontaire de détournement et la négligence ayant abouti à ce résultat. L'élément intentionnel du délit, prévu à l'article 432-15 susvisé, réside dans la connaissance du détournement qu'en avait l'auteur.

Ainsi, par arrêt du 30 mai 2001, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel qui avait retenu, sur des poursuites engagées sur le fondement de l'article 432-15 du code pénal, contre une personne publique ayant permis la rémunération d'un emploi fictif sur la dotation budgétaire de la collectivité dont elle était chargée, que *"les délits commis ne sont pas la conséquence d'une simple imprudence de la part des prévenus, mais relèvent d'une volonté de rendre service et d'organiser, au préjudice de la collectivité nationale, une apparence de respect de la loi pour assurer le confort de M."*

Un commentateur relève, au sujet de l'élément intentionnel du délit, que *"l'action consciente et organisée des prévenus caractérise clairement leur intention coupable"*¹⁶³.

Dans une autre espèce, condamné pour le délit précité, en raison de la mise à disposition à l'un de ses amis, d'un photocopieur loué par la mairie, un maire faisait valoir, au niveau du pourvoi devant la chambre criminelle, *"que le délit de détournement de bien public n'est constitué que lorsque l'agent public a agi en toute connaissance de cause et non en raison d'une erreur ou d'une négligence, même fautive ; qu'en déclarant M. coupable de détournement de bien public au motif que son attitude traduisait une persistante confusion des genres inadmissible de la part d'un élu, motifs ne caractérisant pas l'élément intentionnel du délit, mais dont il ressort, au contraire, que le détournement ne résulte que d'une erreur de l'élu, d'une négligence, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des textes susvisés"*.

La chambre criminelle a rejeté ce moyen, par les motifs suivants :

*"Que l'arrêt énonce que celui-ci a mis à la disposition d'un de ses amis, pendant plusieurs mois, un photocopieur loué et payé par la mairie ;
Attendu qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel a caractérisé, en tous ses éléments,*

161 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, pages 599 et s.

162 M. Véron, "Détournement par personnes exerçant une fonction publique", *Droit pénal*, juin 2006, comm. 88.

163 Crim., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-84.102, *Bull. crim.* 2001, n° 137 (rejet), et commentaire de M. Véron, *Droit pénal*, novembre 2011, comm.126.

*le délit reproché*¹⁶⁴.

Dans une autre espèce, le dépositaire, poursuivi du chef de l'article 432-15 du code pénal, avait été relaxé au motif que, *“si le prévenu était au courant du système mis en place pour le versement de ces indemnités occultes, ayant lui-même signé des courriers les accompagnant, il n'a accompli aucun acte de détournement, ni donné aucune instruction directe pour y procéder”*.

Cet arrêt a été censuré, les juges n'ayant pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations résultant de *“la connaissance qu'avait le prévenu du détournement des sommes qu'il ordonnait”*¹⁶⁵.

Ainsi, un président d'un syndicat de collectivité étant poursuivi et condamné pour détournement de fonds publics, en raison de circonstances ayant abouti à un emploi fictif, son pourvoi a été rejeté, la chambre criminelle retenant notamment le motif suivant :

*“Que l'arrêt énonce enfin que les délits commis ne sont pas la conséquence d'une simple imprudence de la part des prévenus mais relèvent bien d'une volonté de rendre service et d'organiser ainsi, au préjudice de la collectivité nationale, une apparence de respect de la loi pour assurer le confort de M.”*¹⁶⁶

Commentant cette décision, un auteur relève : *“Comme l'avait souligné la cour d'appel, les faits imputés aux prévenus n'étaient pas la conséquence d'une simple imprudence, mais constituaient un véritable montage destiné à donner l'apparence de respect de la loi [...] L'action consciente et organisée des prévenus caractérise clairement leur intention coupable [...]”*¹⁶⁷.

164 Crim., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-87.354 (rejet).

165 Crim., 19 juin 2002, pourvoi n° 01-84.397, *Bull. crim.* 2002, n° 140 (cassation).

166 Crim., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-84.102, *Bull. crim.* 2001, n° 137.

167 M. Véron, *Droit pénal*, novembre 2001, comm.126.