



Assemblée plénière du 29 septembre 2017 à 14 heures

Arrêt n° 633 P+B+R+I du 13 octobre 2017

CONSEILLER RAPPORTEUR : Hervé Stéphan (Chambre criminelle)

PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL : François Cordier

POURVOIN° : T 17-83.620

DEMANDEUR : M. Edouard X ...
(ayant pour avocat la SCP Spinosi et Sureau)

DÉCISION ATTAQUÉE : Arrêt de la commission d'instruction de la
Cour de justice de la République du
28 septembre 2016

AVIS du premier avocat général, François Cordier

I/ Faits et Procédure :

L'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République daté du 28 septembre 2016, attaqué par Edouard X ..., a dit que la prescription de l'action publique n'était pas acquise en ce qui concerne les faits d'abus de biens sociaux, complicité et recel poursuivis ainsi que pour les détournements de fonds publics objets de l'instruction, exception faite d'une somme de 5,5 millions de francs qui aurait servi à payer en espèce des prestations de sécurisation de réunions publiques de la campagne présidentielle conduite par l'intéressé en 1995. La compréhension de l'arrêt suppose de connaître des événements ayant conduit à la saisine de la Cour de justice de la République (A), puis d'évoquer brièvement la procédure devant la commission d'instruction de cette juridiction (B) et, enfin, d'aborder la procédure devant la Cour de cassation (C).

A/ L'origine de la procédure dont est saisie la commission d'instruction de la Cour de justice de la République :

La conclusion de contrats de vente d'armes ou armements à destination du Pakistan et de l'Arabie saoudite en 1994 :

- Le 21 septembre 1994, la société DCN-I¹ a conclu un contrat dit "Agosta" portant sur la vente de trois sous-marins à l'Etat du Pakistan pour un montant de 5,4 milliards de francs soit 826 millions d'euros.

- Le 19 novembre 1994, la Sofresa, société sous le contrôle de l'Etat, qui agissait pour le compte de la société Thomson, la DCN-I étant sous-traitante, concluait avec l'Arabie saoudite un contrat portant sur la vente de frégates dit "Sawari II" pour un montant de 18,8 milliards de francs.

- Le 30 janvier 1994, les mêmes acteurs avaient conclu trois autres contrats de vente d'armements :

- le premier dit "Mouette" ou "ROH" d'un montant de 3,3 milliards de francs concernait la remise en état de quatre vedettes et de deux pétroliers livrés par la DCN-I entre 1984 et 1986, dans le cadre du contrat SAWARI I ;

- les deux autres, dits "Shola" et "SLBS" d'un montant de 890 millions de dollars soit 4,4 milliards de francs, avaient trait la vente de missiles et de pièces de rechange.

L'élection présidentielle de 1995

L'élection présidentielle de 1995 voyait la défaite d'Edouard X ... au premier tour au profit de M. Jacques Chirac qui devait être élu.

Le 12 octobre 1995, le Conseil constitutionnel validait les comptes de campagne d'Edouard X ... après les avoir réformés².

¹Créée en 1991, Direction des Constructions Navales-International : cette société anonyme à capitaux d'Etat est chargée par la Direction des Constructions Navales -relevant de la Direction générale de l'armement du ministère de la défense- d'assurer la commercialisation de ses produits et ses services, de suivre les exportations (société devenue DCNS, le 1 juin 2003).

² Décision n°95-11 PDR du 11 octobre 1995.

L'attentat de Karachi du 8 mai 2002

Le 8 mai 2002 onze salariés de la société Direction des Constructions Navales International (DCN-I) étaient tués dans l'explosion du bus qui les transportait à Karachi et onze autres étaient blessés. Ceux-ci se trouvaient au Pakistan où ils étaient chargés d'assembler les pièces de l'un des sous-marins vendus dans le cadre du contrat "Agosta" précité.

Une information judiciaire était ouverte le 27 mai 2002 des chefs d'assassinats, complicité et tentative au tribunal de grande instance de Paris.

La commande par la société DCN-I d'un rapport sur les répercussions de l'attentat sur la société ainsi que ses conséquences quant à l'exécution du contrat "Agosta"

Le 7 juin 2002, le directeur financier et administratif de la DCN-I, M. Gérard Y..., a confié à M. Claude Z..., ancien agent de la D.S.T. qui avait rejoint le cabinet TPM International, une mission baptisée "Nautilus" aux fins de : *"Vérifier l'état de l'enquête en cours au Pakistan ; s'assurer que DCN-I ne peut être poursuivie pour insuffisance de sécurité; rechercher sur qui rejaillit la responsabilité de l'attentat ; tenter d'identifier toute menace contre le contrat ou DCN-I."*

Cette mission a donné lieu à deux notes au moins, respectivement des 7 juin 2002 et 7 novembre 2002. Leur auteur fait état de ce que le contrat de septembre 1994 avait été accompagné du versement de commissions et rétro-commissions par l'intermédiaire du réseau d'Abdul Ahman A Un double circuit avait été mis en place :

- Le premier par l'intermédiaire de militaires pakistanais de haut rang et, notamment, de B ..., qui permettait à ce militaire de dégager des fonds via le bureau des affaires afghanes de l'ISI.³ pour financer les guérillas islamistes du Cachemire et de la zone tribale ;

-Le second avait pour objet le financement de la campagne d'Edouard X ... à l'élection présidentielle. Il avait pour rouage essentiel un homme d'affaire dénommé Amir C

Abdul Ahman A... aurait été présenté par Renaud D ..., directeur de cabinet du ministre de la Défense à Emmanuel E..., à l'époque, vice-président de DCN International. Après l'échec de la candidature de M. X ..., au printemps 1995, le financement devait être transféré à l'association pour la réforme sise 40 rue Pierre Caron à Paris.

En septembre 1995, le Président de la République avait ordonné l'arrêt des versements au réseau A..., ce qui avait été effectif en 1996.

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

Quoiqu'il en soit les deux notes faisaient clairement référence à un financement occulte de la campagne d'Edouard X ... au moyen de rétro-commissions sur un contrat d'armement conclu par la société DCN-I avec l'État pakistanais en septembre 1994. Leur auteur ne faisait, toutefois, pas état des éléments permettant de fonder ses affirmations.

³Inter-Services Intelligence : Direction pour le renseignement inter-services l'une des trois branches des services de renseignements du Pakistan.

La saisie de ces deux notes le 21 septembre 2006

C'est dans le cadre d'une enquête ouverte par le procureur de la République de Paris que, le 21 septembre 2006, les deux notes précitées ont été saisies au sein de la Division nationale des vérifications fiscales qui avait engagé une procédure de redressement à raison des commissions, versées dans le contrat "Mouette", jugées excessives.

La saisie d'un mémorandum rédigé le 29 avril 2008 par M.Gérard Y...

Cette enquête se prolongeait par l'ouverture d'une information, le 25 février 2008, pour des faits d'abus de biens sociaux au préjudice de la DCN-I, de trafic d'influence et de corruption portant entre autres sur des missions de renseignements effectuées pour le compte de cette société à la suite de la vente en 1991 de frégates à Taïwan.

Exécutant une commission rogatoire délivrée par les magistrats instructeurs, les enquêteurs saisissaient, le 3 juin 2008, un mémorandum daté du 29 avril 2008 établi par M. Gérard Y... auquel étaient jointes des pièces du dossier "Nautilus". A propos des contrats "Mouette" et Sawari II, ce document évoque de manière très précise la superposition d'un réseau supplémentaire de commissions, l'interposition de MM. F... et Abdulrahman A..., l'interruption ordonnée en 1995 du versement des commissions devenue effective en 1996, les conditions dans lesquelles il a été fait appel à M. Z... disposant alors d'une habilitation défense, et le lien possible entre l'interruption des commissions et l'attentat de Karachi de 2002.

La saisie du dossier "Nautilus"

Les 17 décembre 2008 et 20 janvier 2009, les deux magistrats instructeurs ont saisi dans les locaux de la DCN-I l'intégralité du dossier Nautilus contenant les deux notes des 11 septembre et 7 novembre 2002.

L'information des autorités en charge de la lutte contre le terrorisme

- Le 8 octobre 2008, le chef de la section du parquet de Paris... chargée de la lutte contre le terrorisme et des atteintes à la sûreté de l'Etat a été destinataire du mémorandum rédigé par M. Y... et de ses annexes intitulées Nautilus.

- Le 30 mars 2009, les deux juges d'instruction en charge de l'instruction financière sus-visée ont transmis à leurs collègues instruisant la procédure criminelle ouverte à la suite de l'attentat de Karachi l'ensemble des pièces du dossier "Nautilus" saisies au sein de la DCN-I.

La plainte avec constitution de partie civile des victimes et ayants droit des victimes de l'attentat de Karachi en juin 2010

Les parties civiles constituées dans le dossier d'instruction ouvert à la suite de l'attentat de Karachi, toujours en cours d'instruction, avaient ainsi connaissance du contenu du dossier "Nautilus". Cela les amenait à déposer plainte auprès du procureur de la République de Paris... puis, à se constituer partie civile le 15 juin 2010 notamment pour entrave, corruption, abus de biens sociaux et faux témoignage, faits notamment en lien avec la conclusion du contrat "Agosta".

Ces constitutions de parties civiles étaient validées par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 avril 2012 car les faits dénoncés sous les qualifications d'abus de biens sociaux, corruption d'agent public français, recel aggravé étaient susceptibles de se rattacher par un lien d'indivisibilité aux faits d'assassinat.

L'ouverture d'une information pour abus de biens sociaux par le parquet de Paris... en décembre 2010 et l'élargissement de la saisine initiale

Le 14 décembre 2010, le parquet de Paris ouvrait une information pour des faits d'abus de biens sociaux, complicité et recels commis à l'occasion des contrats "Agosta" et Sawari II.

Cette information était étendue à des faits similaires commis à l'occasion des contrats "Mouette", "Shola" et "SLBS" le 27 octobre 2011.

Le 14 mai 2012, cette information était jointe à celle ouverte suite aux plaintes avec constitution de parties civiles du 15 juin 2010.

L'éventualité du financement d'une partie de la campagne pour l'élection présidentielle d'Edouard X ..., alors Premier ministre, à l'aide de fonds spéciaux apparaissait courant 2012. Il était évoqué des versements alimentant directement les recettes ou par l'intermédiaire du parti Républicain ainsi que des dépenses non comptabilisées, notamment de sécurisation des réunions, réglées en espèces à hauteur de 5 millions de francs à un certain H....

Le 18 juillet 2013, les magistrats instructeurs étaient saisis supplétivement pour détournement de fonds publics. Toutefois, le 24 mars 2014, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris.. annulait certaines des vérifications opérées et ayant servi de fondement à ces réquisitions supplétives, estimant que les magistrats instructeurs, saisis de l'information ouverte le 25 février 2008, avaient outrepassé leur saisine.

Les développements de l'information portant notamment sur des abus de biens sociaux et recel en lien avec les contrats de vente d'armement avec le Pakistan et l'Arabie saoudite

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

La signature de ces contrats d'intermédiation n'était d'aucun intérêt pour la DCN-I et la Sofresa dans la mesure où les différents marchés étaient acquis. Ces contrats sont venus s'ajouter aux réseaux officiels déjà en place. Les commissions représentant 6,2% du marché étaient déjà versées aux décideurs pakistanais par la société d'export de matériels militaires français en vertu d'un contrat du 21 septembre 1992. Les directions du Budget s'étaient opposées à l'exécution du contrat Sawari II ainsi qu'à celle des trois autres, en raison des risques mais aussi du pourcentage des "frais commerciaux exceptionnels" (FCE). Le Premier ministre avait néanmoins validé ces contrats.

Il s'est avéré que les commissions prévues à ces contrats ont été versées de manière accélérée et que les sommes en cause ont transité par des circuits financiers totalement opaques et sur des comptes ouverts à Genève, Vaduz Lichtenstein ou à Madrid. Le président de la Société SOFRESA était à l'époque Jacques J..., homme politique, proche de François K... et nommé par ce dernier. Selon MM. L... et E..., respectivement président et vice-président de la société DCN-I, le réseau F... /A... leur avait été imposé sur instructions de M. D ..., directeur de cabinet du ministre de la Défense M. K....

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

Dans le même temps, le compte de l'Association pour le financement de la campagne d'Edouard X ... (l'AFICEB) dont M. N..., ancien préfet, était le président était crédité, en espèces, de 13.229.504F dont un versement, le 26 avril 1995, de 10.050.000F identique à l'un des retraits précités.

Le 6 février 2014, les juges d'instruction en charge de la procédure prenaient une ordonnance par laquelle ils se déclaraient incompétents pour connaître des faits qui étaient susceptibles d'être imputés à Edouard X ... d'une part, et François K... d'autre part, ceux-ci ayant été commis dans l'exercice de leurs fonctions respectives de Premier Ministre et de ministre de la défense.

La procédure des juges d'instruction de Paris. est actuellement en cours de règlement. L'arrêt rendu le 20 janvier 2017 par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon, -qui, sur renvoi de cassation, après avoir annulé l'ordonnance de règlement des juges d'instruction du 12 juin 2014 avait procédé au règlement de la procédure- a fait l'objet d'une nouvelle cassation partielle avec renvoi uniquement en ce qui concerne l'un des chefs de prévention retenu à tort, à l'encontre de M. O... De plus, la chambre criminelle a jugé que son arrêt du 4 avril 2012 ayant déclaré recevables les constitutions de parties civiles des victimes et ayants-droit de victimes de l'attentat de Karachi, perpétré en 2002 avait autorité de la chose jugée au stade de l'instruction.

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

B/ la procédure devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République :

Le 24 mars 2014, le procureur général près la Cour de cassation présentait une demande d'avis à Madame le président de la commission des requêtes de la Cour de justice de la République, qui, le 19 juin suivant, émettait un avis favorable à la saisine de la Commission d'instruction de la Cour de Justice de la République à raison :

- d'une part, des faits de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de détournement de fonds publics susceptibles d'être reprochés à Edouard X ... en sa qualité de premier ministre entre le 29 mars 1993 et le 11 mai 1995 ;

- d'autre part, de complicité et de recel d'abus de biens sociaux susceptibles d'être reprochés à M. François K... dans l'exercice de ses fonctions de ministre de la défense du 29 mars 1993 au 11 mai 1995 ;

Le 26 juin 2014, le procureur général requérait la commission d'instruction de la Cour de justice de la République d'instruire des chefs précités.

Le 24 septembre 2014, les avocats de M. X ..., Mes François Martineau et Félix de Belloy, écrivaient aux membres de la commission d'instruction. Ils faisaient valoir que les juges d'instruction saisis des informations ouvertes en 2010 avaient excédé leur saisine, instruisant en réalité sur les faits susceptibles d'être reprochés à Edouard X ... dans l'exercice de ses fonctions de Premier ministre qui relevaient de la seule compétence de la Cour de justice de la République. Ils invoquaient des investigations conduites au mépris des droits de la défense, de la présomption d'innocence, voir en violation du secret du délibéré du Conseil constitutionnel.

Ils soulignaient que la décision du Conseil du 12 octobre 1995 avait validé les comptes de campagne de Monsieur Edouard X ... et, notamment, l'ensemble des recettes que cette juridiction avait examinées, poste par poste, en particulier celles recueillies en espèces.

Cette décision, ayant autorité de la chose jugée et s'imposant à l'ensemble des autorités et juridictions empêcherait, selon les avocats de M. X ..., que l'on informe sur l'origine de telle ou telle recette.

En dernier lieu, ceux-ci se prévalaient de l'acquisition de la prescription de l'action publique :

- la prescription des faits liés au financement de la campagne électorale était acquise depuis le 12 octobre 1998, soit trois ans après la décision du Conseil constitutionnel ayant validé les comptes de campagne. En effet, l'origine des recettes a nécessairement été examinée et les doutes émis par les rapporteurs adjoints du Conseil sur l'origine de 10.350.000F portés au crédit de l'AFICEB, le 26 avril 1995 mettent en évidence que des infractions pouvaient être constatées dans des conditions permettant le déclenchement de l'action publique ;

- les faits liés à des versements de rétro-commissions avaient été connus des plus hautes autorités de l'État dès 1995/1996 ; l'usage des fonds secrets à des fins politiques avait été énoncé de manière affirmative dans le rapport remis par M. Z..., le 15 septembre 2002 à la DCN-I. Les faits pouvaient donc être dénoncés au procureur de la République ;

Les avocats d'Edouard X... concluaient que quelle que soit l'hypothèse formulée : prélèvements sur les fonds spéciaux à disposition du Premier ministre ou rétro-commissions provenant de marchés d'armement, la prescription de l'action publique était largement acquise depuis 1998 ou au plus tard 2005.

Le 12 juillet 2016, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République récapitulait l'ensemble des faits dont elle avait été saisie, à savoir ceux en lien avec les marchés d'armement, mais aussi ceux liés à une possible utilisation des fonds spéciaux pour financer la campagne électorale d'Edouard X La Commission d'instruction communiquait la procédure au procureur général pour apprécier, au regard des multiples articles de presse qui avaient fait état de soupçons quant au financement de la campagne électorale d'Edouard X ..., de la saisie du dossier "Nautilus" en septembre 2006 et des observations de l'avocat de ce dernier, si la prescription de l'action publique était acquise en ce qui concerne la somme de 5,5 millions de francs en espèces évoquée par M. H... d'une part, et les autres faits, d'autre part. La commission d'instruction soulignait que le versement en espèces à Olivier H... avait antérieurement donné lieu à une enquête du parquet de Paris... classée sans suite le 12 juillet 2002.

Le 30 août 2016, le procureur général près la Cour de cassation prenait des réquisitions aux fins de constatation partielle de la prescription de l'action publique, s'agissant des fonds perçus par M. Olivier H.... Le procureur général estimait, par ailleurs, après avoir fixé le point de départ de la prescription au 15 juin 2010, date de la plainte avec constitution de partie civile des familles de victimes de l'attentat de Karachi, qu'il y avait lieu de continuer à instruire sur les faits d'abus de biens sociaux, complicité et recel, afin de vérifier la réalité de l'indivisibilité envisagée par la chambre criminelle dans son arrêt du 4 avril 2012 ayant définitivement admis la recevabilité de ces parties civiles, avec les faits criminels commis à Karachi en 2002.

Le procureur général près la Cour de cassation soulignait, enfin, que le procureur de

Paris... n'avait été mis en mesure de poursuivre les autres détournements éventuels de fonds publics qu'à la suite de la communication effectuée le 26 juin 2013 par les juges d'instruction qui avait justifié la prise des réquisitions supplétives déjà mentionnées ci-avant, le 13 juillet 2013⁴.

Par arrêt en date du 28 septembre 2016, la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République rendait un arrêt constatant l'extinction partielle de l'action publique en ce qui concerne un éventuel versement de 5,5 millions de francs en espèces au titre de prestations de sécurité susceptibles d'avoir été effectuées au cours de la campagne électorale de M. X La Commission ordonnait la poursuite de l'instruction relative aux autres faits d'abus de biens sociaux, complicité, recel et détournement de fonds publics dont elle jugeait que la prescription n'était pas acquise.

Pour parvenir à cette conclusion, la Commission d'instruction avait relevé :

- que ni le ministre de la Défense, mis au courant à la suite d'une enquête confiée à la DGSE à la demande du Président de la République, ni les responsables de la DCN-I, informés des hypothèses avancées par Claude Z... à qui ils avaient commandé le rapport "Nautilus", n'avaient dénoncé les faits au procureur de la République ;

- que la validation des comptes de campagne de M. X ... par le Conseil constitutionnel était dépourvue d'effet sur la prescription des délits dissimulés visés au réquisitoire introductif, la décision du Conseil constitutionnel ne faisant état d'aucun fait susceptible de qualification pénale ;

- que les articles de presse parus les 9, 11, et 12 juillet 1996 dans le journal "Le Monde", et les hebdomadaires "L'Express" et le "Nouvel Economiste" ainsi que le 3 août 2001 dans le quotidien "Libération" contenaient des informations beaucoup trop imprécises pour avoir pu faire courir le délai de prescription.

La commission d'instruction considérait que c'était uniquement à compter du 21 septembre 2006, date à laquelle le rapport "Nautilus" est parvenu à la connaissance du parquet que le procureur de la République avait disposé d'informations suffisamment précises pour lui permettre de prescrire une enquête.

La commission d'instruction prenait, enfin, en compte les multiples liens de connexité au sens de l'article 203 du code de procédure pénale entre les infractions objet de l'information ouverte sur constitution de partie civile des victimes et ayant droits de victimes de l'attentat de Karachi, le 15 juin 2010 -dont est issue la présente procédure- et celle, précitée, ouverte le 25 février 2008 pour des faits, notamment, d'abus de biens sociaux au préjudice de la DCN-I résultant du versement de commissions occultes lors de la vente de frégates à Taïwan. Elle en déduisait que les actes réalisés en 2008 et 2009 au cours de cette dernière information avaient également eu un effet interruptif de prescription à l'égard des faits incriminés par les parties civiles puis, par le parquet de Paris...

*

⁴Étant précisé que l'arrêt de la chambre de l'instruction de Paris.. du 24 mars 2014 ayant annulé nombre d'actes commis par les deux juges d'instruction qui ne pouvaient être considérés comme des vérifications sommaires, a laissé subsister des pièces faisant état de la possible utilisation des fonds secret à des fins de financement de la campagne électorale de M. X ... (D16).

M. X ... a été mis en examen le 30 mai 2017 des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux ou du crédit des sociétés DCN-I et SOFRESA, pour avoir contribué à la mise en place d'un réseau supplémentaire d'intermédiaires à l'occasion de contrats de vente d'armement avec le Pakistan et l'Arabie Saoudite et pour avoir bénéficié de retro-commissions estimées à hauteur de 13 millions de francs au moins pour le financement de sa campagne électorale à l'élection présidentielle de 1995.

C/ Le pourvoi contre l'arrêt de la commission d'instruction du 28 septembre 2016

Le 31 mai 2017, M. X ... s'est pourvu en cassation contre l'arrêt rendu le 28 septembre 2016 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République en ce qu'il n'avait constaté que partiellement l'extinction de l'action publique. Ses conseils déposaient une requête tendant à l'admission immédiate du pourvoi, le 1^{er} juin 2017.

La SCP Spinosi et Sureau a présenté, le 13 juin 2017, des observations tendant à l'examen immédiat du pourvoi sur le fondement des articles 570 et 571 du code de procédure pénale.

Par ordonnance en date du 16 juin 2017, le premier président de la Cour de cassation a ordonné l'examen immédiat du pourvoi et fixé la date de l'Assemblée plénière au cours de laquelle serait évoqué ce pourvoi, au 29 septembre 2017.

La SCP Spinosi et Sureau a déposé un mémoire ampliatif le 21 juillet 2017 au soutien du pourvoi de M. X ... qui propose deux moyens de cassation.

*

II/ Sur la recevabilité du pourvoi :

Dans ses observations tendant à l'admission immédiate du pourvoi, le demandeur estimait, à titre liminaire, que la recevabilité de celui-ci ne saurait être contestée dans la mesure où il a été formé au lendemain de sa mise en examen, dès qu'il a pu avoir connaissance de l'arrêt rendu par la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République, le 28 septembre 2016, alors que cette décision ne lui avait pas été notifiée puisqu'il n'était pas partie à la procédure et qu'il ne pouvait avoir accès au dossier.

L'affirmation surprend et mérite que l'on s'y arrête.

Aux termes de l'article 567 du code de procédure pénale : *“Les arrêts de la chambre de l'instruction et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police 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, suivant les distinctions qui vont être établies”*.

L'article 568 du code de procédure pénale énonce, quant à lui, que *“le ministère public et toutes les parties ont cinq jours francs après celui où la décision attaquée a été prononcée pour se pourvoir en cassation”*.

Il ressort de ces dispositions que, pour être admis à user de cette voie de recours extraordinaire, la personne doit être partie à la procédure. De plus, la décision doit lui faire grief, ce qui conditionne l'intérêt à agir.

Comme le soulignent, à juste titre, Jacques Boré et Louis Boré⁵, la chambre criminelle exige :

- 1° que le demandeur ait la qualité juridique de partie au procès pénal ;
- 2° qu'il ait eu dans ce procès la qualité effective de partie ;
- 3° et qu'il ait eu la qualité continue de partie.

La jurisprudence de la chambre sur ce point est ancienne et constante. C'est ainsi que par un arrêt du 20 novembre 1913, la chambre criminelle juge qu'une personne qui n'a pas été partie devant la chambre des mises en accusation ne peut se pourvoir contre l'arrêt rendu.⁶

La chambre criminelle a rapPelé cette règle par des arrêts des 20 juillet 1961⁷ et 3 février 1976⁸. Ont été ainsi déclarés irrecevables à se pourvoir contre des arrêts de chambres correctionnelles, un bâtonnier de l'Ordre intervenu pour demander à une juridiction qui s'y est refusée, de laisser à l'Ordre des avocats le soin de régler un manquement d'un avocat à son serment, ou encore, un préfet critiquant la décision rendue contre l'avis du représentant de l'administration à l'audience, qui n'avait pas ordonné la remise en état des lieux en matière d'infraction aux règles de l'urbanisme⁹. Avoir été partie à l'instance est une condition sine qua non de la recevabilité d'un pourvoi, que la décision attaquée ait prononcé sur une question de procédure au cours de l'instruction ou sur le fond.¹⁰

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹¹ a eu l'occasion de rapPeler la portée des articles 567 et 568 du code de procédure pénale en déclarant irrecevables les pourvois formés par deux plaignants, dont la constitution de partie civile avait été déclarée irrecevable, contre l'arrêt de la Cour de justice de la République ayant renvoyé un ministre des fins de la poursuite de diffamation à leur encontre : *N'ayant pas été parties à l'instance devant la Cour de justice de la République, [ils étaient] sans qualité pour se pourvoir contre la décision de cette juridiction ayant statué sur l'action publique, leurs pourvois [n'étaient] pas recevables.*

Plus récemment, saisie d'un pourvoi contre un arrêt d'une chambre de l'instruction ayant prononcé sur des requêtes en nullité, la chambre criminelle a jugé, le 11 mars 2014¹², sans objet, le pourvoi formé par une Personne mise en examen qui avait obtenu, Peu de temps après, une décision de non-lieu. Si le pourvoi était recevable au temps où il avait été interjeté, cette Personne avait, depuis, Perdu la qualité de partie à la procédure, ainsi que le soulignait le Conseiller rapporteur, Monsieur Didier Guérin.

⁵La cassation en matière pénale Dalloz Action 2004/005, n° 31.10.

⁶Bull. crim. n° 509.

⁷ Bull. Crim. N° 346 (sur le pourvoi du Bâtonnier de l'Ordre de la Cour d'apPel de Paris..).

⁸Bull. Crim. N° 39.

⁹Pour un panorama plus complet des arrêts ayant fait application de la règle selon laquelle seule une partie est recevable à former un pourvoi en cassation, on se reportera à un commentaire d'Albert Maron sous un arrêt de la chambre criminelle du 2 octobre 2012 n° 11-87.979, "*inquiétudes prématurées*" com. n° 169 revue Droit pénal, décembre 2012.

¹⁰Crim 8 octobre 1958, Bull. n° 603, 9 février 1971, Bull.crim. n° 43; 29 janvier 1979, Bull. crim ; n° 38.

¹¹Ass. plèn., 12 juillet 2000, pourvoi n° 00-83.577, 00-83.578, Bull. civil 2000, Ass. plèn. n° 6.

¹²Bull. Crim. n° 71.

Au regard de l'article 567 du code de procédure pénale, la Personne qui se voit recherchée et est en fuite, n'est pas partie à la procédure quand bien même un mandat d'arrêt a été délivré à son encontre. Elle ne peut pas présenter une requête en annulation d'acte, et le pourvoi formé par celle-ci contre l'arrêt qui l'a déclarée irrecevable est lui-même irrecevable¹³.

Il se déduit de ce qui précède que seules les parties à l'instruction et à l'instance devant la chambre de l'instruction peuvent se pourvoir contre les arrêts de cette juridiction.

Se pose, alors, la question de savoir quel est le statut de la Personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou une plainte avec constitution de partie civile. Y répondre suppose, à titre liminaire, de rappeler que sauf, dispositions expresses de la loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993, l'ensemble des dispositions du code de procédure pénale s'appliquent devant la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République¹⁴.

Antérieurement à la loi du 15 juin 2000, la chambre criminelle jugeait que la Personne visée par une plainte avec constitution de partie civile, qui avait, lorsque le procureur avait requis d'informer contre Personne non dénommée, entendu faire usage des droits qui lui étaient conférés par l'article 104¹⁵, n'était pas pour autant une partie à la procédure et ne pouvait se pourvoir contre l'arrêt qui avait ordonné sa mise en examen après un supplément d'information (Chambre criminelle 30 octobre 1990, Bull. crim. n° 362).

Cette jurisprudence avait été reprise par un arrêt du 20 mars 1995¹⁶, dont le sommaire est ainsi libellé : *“Si la Personne nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile bénéficie, en vertu de l'article 104 du code de procédure pénale, de certains des droits reconnus aux Personnes mises en examen, ceux-ci ne s'exercent que lors de son audition en qualité de témoin. Cette Personne n'est pas partie à la procédure et ne tire d'aucune disposition légale la faculté d'exercer des voies de recours contre les décisions des juridictions d'instruction”*.

Toutefois, la chambre criminelle jugeait, tant dans le silence de la loi, que postérieurement à l'intervention de la loi du 24 août 1993 ayant modifié la rédaction de l'article 105¹⁷ du code de procédure pénale, que le réquisitoire délivré nommément contre une Personne donnait à celle-ci la qualité d'inculpé bien que l'inculpation ne lui eût été notifiée que postérieurement¹⁸.

¹³Crim. 5 mars 2014, Bull. Crim. n°66.

¹⁴Voir en particulier l'article 18 de la loi organique.

¹⁵L'article 104 issu de la loi du 24 août 1993 et abrogé par la loi du 15 juin 2000 reconnaissait le droit à la Personne nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile de bénéficier sur sa demande, lorsqu'elle était entendue comme témoin, des droits reconnus aux Personnes mises en examen par les articles 114, 115 et 116 d code de procédure pénale.

¹⁶Bull. crim. n° 112.

¹⁷L'article 105 alinéa 3 du code de procédure pénale : *“lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir mettre en examen une Personne nommément visée par le réquisitoire du procureur de la République, il peut l'entendre comme témoin après lui avoir donné connaissance de ce réquisitoire. Cette Personne bénéficie des droits reconnus aux Personnes mises en examen. Avis lui en est donné lors de sa première audition, au cours de laquelle il est fait application des deuxième à quatrième alinéas de l'article 116”*.

¹⁸Chambre criminelle 11 avril 1973, Bull. crim. n°190.

Cette solution valait aussi pour les Personnes visées nommément par une plainte avec constitution de partie civile contre lesquelles le procureur de la République prenait un réquisitoire introductif nominatif¹⁹.

Par la loi 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence, le législateur est intervenu pour créer le statut de témoin assisté. Celui-ci est défini, notamment, par l'alinéa 2 de l'article 113-2 du code de procédure pénale comme résultant de "l'existence d'indices rendant vraisemblable de la participation comme auteur ou comme complice, à la commission des faits dont le juge d'instruction est saisi". L'article 113-1 du code de procédure pénale dispose que le juge d'instruction ne peut entendre la Personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou un réquisitoire supplétif que comme témoin assisté, s'il ne la met pas en examen.

Ce même statut de témoin assisté peut être octroyé à une Personne nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile, et doit obligatoirement lui être conféré, dans ce cas, si elle en fait la demande lorsqu'elle est entendue par le juge d'instruction. C'est lors de la première audition par le magistrat instructeur que s'acquiert le statut de témoin assisté.

Cette réforme traduit le souci du législateur de doter de certains droits les Personnes contre lesquelles n'existent pas nécessairement des indices graves ou concordants pouvant impliquer une mise en examen²⁰ mais, une suspicion réelle²¹. La création de ce statut correspond également au souhait du législateur de prévenir des mises en examen hâtives et de préserver la présomption d'innocence qui, trop souvent, était compromise par des mises en examen médiatisées. Le témoin assisté s'est ainsi vu reconnaître :

- le droit de se faire assister d'un avocat qui a accès à la procédure (113-3 CPP) ;
- le droit d'être confronté avec la ou les Personnes le mettant en cause ;
- le droit de faire valoir ses observations devant la chambre de l'instruction en cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu (Article 197-1 du code de procédure pénale) ;
- depuis 2004, le droit de présenter des requêtes en annulation sur le fondement de l'article 173 du code de procédure pénale et le droit de solliciter une contre-expertise si l'expertise notifiée le concerne (article 167 dernier alinéa) ;
- et, depuis 2016, de former une demande d'acte aux fins de constatation de l'extinction de l'action publique (82-3 du code de procédure pénale).

Le législateur ayant ainsi accru les droits du témoin assisté la question se pose de son statut : Doit-il être considéré comme une partie à la procédure ? La question intéresse directement le présent pourvoi, M. X ... étant visé nominativement par les réquisitions saisissant la Commission d'instruction prises par le procureur général près la Cour de cassation.

S'il est désormais possible, pour un témoin assisté, en cas d'appel de l'ordonnance de non-lieu, de faire valoir ses observations par l'intermédiaire de son avocat devant la chambre de l'instruction, la chambre criminelle, n'en juge pas moins que : *"n'étant pas partie à la procédure, le témoin assisté ne tire d'aucune disposition légale la faculté de se pourvoir en cassation contre les arrêts de la chambre de l'instruction ; Que, dès lors, le demandeur est*

¹⁹Chambre criminelle 29 mai 1971, Bull. crim. n° 171; 2 juillet 1998 Bull. crim. n° 214, ou encore, 19 novembre 1998 Bull. crim. n°309.

²⁰Cf. Les articles 80-1, 113-8 et 116 du code de procédure pénale.

²¹Ce qui explique que la Personne convoquée pour mise en examen se verra automatiquement conférer la qualité de statut de témoin assisté, si le juge d'instruction renonce à la mettre en examen au terme de l'interrogatoire de première comparution.

sans qualité pour se pourvoir en cassation²²”, et ce, alors même qu’il avait été convoqué à l’audience de la chambre de l’instruction et avait pu faire valoir ses observations par l’intermédiaire d’un avocat.

Par deux arrêts du 21 juin 2005²³, la chambre criminelle a maintenu cette position : le témoin assisté n’étant pas partie à la procédure ne Peut se pourvoir contre un arrêt de la chambre de l’instruction qui, après infirmation de l’ordonnance de non-lieu, a ordonné un supplément d’information en vue de sa mise en examen. Comme l’écrivait l’avocat général Mouton, “*Si depuis le 1^{er} octobre 2004, par suite de l’entrée en vigueur des dispositions issues de l’article 95-VIII de la loi du 9 mars 2004, dite “Perben II”, le témoin assisté s’est notamment vu autorisé à saisir la chambre de l’instruction d’une requête aux fins d’annulation de pièces de procédure, et que dans ce cas, par exception, il Peut être envisagé de lui reconnaître le droit de se pourvoir, il n’en demeure pas moins avant tout un témoin dont le statut figure d’ailleurs dans la section IV intitulée “Des auditions de témoins” du chapitre I du titre III du 1^{er} livre du code de procédure pénale*²⁴.

Cette solution prévaut toujours à ce jour. Ainsi, le 2 octobre 2012, la chambre criminelle a-t-elle déclaré irrecevable le pourvoi d’une Personne nommément mise en cause par une plainte avec partie civile contre l’arrêt d’une chambre de l’instruction qui, après avoir requalifié en ordonnance de non informer, l’ordonnance du juge d’instruction ayant déclaré cette plainte irrecevable, l’avait réformé et renvoyé la procédure à l’instruction.

En ce qui concerne le contentieux de la prescription, question au centre de l’arrêt attaqué aujourd’hui devant l’Assemblée plénière de la Cour, la chambre criminelle a jugé, le 28 mars 2006²⁵, que “*le témoin assisté, à qui la loi ne reconnaît ni la qualité de partie, ni la faculté de saisir le juge d’instruction d’une demande tendant à constater la prescription, est irrecevable à se pourvoir contre un arrêt de la chambre de l’instruction infirmant, sur l’apPel d’une partie civile, l’ordonnance ayant d’office, constaté la prescription*”.

De même, par deux arrêts des 17 octobre et 19 décembre de la même année²⁶, la chambre criminelle a aussi jugé que le témoin assisté, n’étant pas partie à la procédure, était irrecevable à déposer un mémoire sur le pourvoi de la partie civile contre un arrêt ayant constaté la prescription de l’action publique. Ces dernières solutions pourraient être remises en question par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 ayant introduit à l’article 82-3 du code de procédure pénale la possibilité, pour le témoin assisté, de former une demande aux fins de voir constater la prescription de l’action publique dès lors que ce statut lui a été attribué.

Ce n’est que par exception que la chambre criminelle a admis, dans deux circonstances très particulières²⁷, le droit du témoin assisté de produire un mémoire devant la Cour de cassation ou de se pourvoir en cassation.

²² 13 novembre 2001, Bull. crim. n° 232.

²³ Bull. crim. n° 181 (deux arrêts n°2 et 3).

²⁴ Avis sous arrêt du 21 juin 2015, Bull. Crim. n°181 précité.

²⁵ Bull. crim. 2006, n° 87 ; 16 juin 2010 n°09-85.942.

²⁶ Pourvois n° 05-85.519 - Bull. Crim. n° 250 et 05-81.138, Bull. Crim. N° 316.

²⁷ On n’évoquera pas ici un arrêt très particulier rendu sur notre avis conforme, le 3 mai 2012 - pourvoi n° 11-89.173- par la chambre criminelle qui a admis le pourvoi d’un témoin assisté contre un arrêt de chambre de l’instruction qui ayant méconnu les règles de compétence avait annulé une décision de non lieu, ordonné un supplément d’instruction aux fins de mettre le témoin assisté en examen et, par un excès de pouvoir, confié cette diligence à une chambre de l’instruction d’une autre cour d’apPel.

L'article 173 du code de procédure pénale ayant autorisé le témoin assisté à déposer des requêtes en annulation, la chambre criminelle en a déduit, malgré le silence de la loi, que celui-ci était recevable à se pourvoir en cassation contre un arrêt de chambre de l'instruction ayant rejeté ses prétentions. On se reportera notamment à un arrêt du 21 juin 2005²⁸ qui prenait toutefois soin de rappeler expressément que le témoin assisté n'était pas partie à la procédure : *"le droit reconnu au témoin assisté, par l'article 173, alinéa 3, du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, de saisir la chambre de l'instruction d'une requête aux fins d'annulation d'actes de la procédure implique que, bien que n'étant pas partie à la procédure, celui-ci soit recevable à se pourvoir contre l'arrêt statuant sur une demande d'annulation ; Que, dès lors, le pourvoi est recevable"*.

De même, la chambre criminelle a admis que le témoin assisté, recevable à faire valoir ses observations devant la chambre de l'instruction en cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu, puisse produire un mémoire devant la chambre criminelle en cas de pourvoi en cassation contre l'arrêt confirmatif²⁹. Le témoin assisté est aussi recevable à se pourvoir contre l'arrêt qui a infirmé l'ordonnance de non-lieu dès lors qu'il n'a pas été mis en mesure de faire valoir ses droits devant la chambre de l'instruction³⁰.

Il convient de relever que, dans ces trois espèces :

- la Personne avait effectivement acquis le statut de témoin assisté ;

- la recevabilité du pourvoi ou du dépôt d'un mémoire intervenait dans le strict prolongement des droits accordés au témoin assisté : celui de déposer des requêtes en annulation ou de faire valoir ses observations en cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu. Le témoin assisté, autorisé depuis la loi du 3 juin 2016 à former une demande d'acte aux fins de voir constater la prescription de l'action publique, pourrait être considéré, bien que n'étant pas une partie à l'instance, comme recevable à exercer les voies de recours contre une décision défavorable.

La recevabilité du témoin assisté dans ces situations ne fait, toujours pas de celui-ci une partie au procès, ce que l'arrêt du 21 juin 2005 mentionne expressément, quand les arrêts de juin 2011 précisent que ses droits sont issus de la seule possession du statut de témoin assisté.

Une dernière remarque s'impose : on ne saurait faire appel à la théorie de "l'inculpation virtuelle", selon une formule doctrinale, pour considérer que le demandeur, nommé par les réquisitions du procureur général est partie à la procédure. Dans le silence des textes, la chambre criminelle avait considéré, comme indiqué précédemment, que toute Personne nommée par un réquisitoire introductif acquerrait nécessairement la qualité de partie à la procédure en tant qu'inculpé indépendamment de la date à laquelle le juge d'instruction avait formellement procédé à la notification de l'inculpation³¹. Cette jurisprudence était maintenue sous l'empire de la loi du 24 août 1993, modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, la chambre criminelle déduisant du troisième alinéa de l'article 105 du code de procédure pénale que cette Personne était *"nécessairement partie à la procédure"*³².

A compter de l'entrée en vigueur loi 2000-516 du 15 juin 2000, abrogeant le troisième

²⁸Chambre criminelle 21 juin 2005, arrêt n°1, Bull. crim. n° 181.

²⁹ Chambre criminelle, 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85.079.

³⁰Arrêt du 16 juin 2011, n°11-80.618.

³¹Voir notamment Crim. 5 novembre 1985, Bull. crim. n° 344.

³² 19 novembre 1998, Bull. crim. n° 309.

alinéa de l'article 105 du code de procédure pénale et créant l'article 113-1 du même code, le juge d'instruction saisi par un réquisitoire introductif nominatif doit déterminer le statut protecteur qu'il entend conférer à la Personne visée s'il désire procéder à son audition : mis en examen ou témoin assisté. Il n'est plus possible de considérer que la Personne visée par un réquisitoire est "un mis en examen virtuel", solution qui avait été sévèrement critiquée par une partie de la doctrine³³.

Au contraire, par un arrêt du 9 novembre 2005³⁴, la chambre criminelle a expressément approuvé une chambre de l'instruction qui, pour déclarer irrecevable la demande directe formée par un procureur de la République, de mise en examen d'un mineur placé sous le seul statut de témoin assisté par un juge des enfants, avait jugé qu'un réquisitoire introductif ou une requête pénale pris contre Personne dénommée ne constituaient pas, à eux seuls, des réquisitions de mise en examen si elles ne sont pas accompagnées de réquisitions de placement en détention provisoire. Cette solution a été maintenue implicitement par un arrêt du 1^{er} mars 2016³⁵.

En l'état actuel du droit, il ne plus être déduit de la délivrance contre Personne dénommée d'un réquisitoire introductif que celle-ci serait partie à la procédure. Aucun arrêt en ce sens n'a, au demeurant, été rendu par la chambre criminelle.

C'est la position retenue par Frédéric Desportes et Laurence Lazerges Cousquer dans leur traité de procédure pénale³⁶ : *“ Bien qu'elle ait été consacrée par l'article 105 dans sa rédaction de la loi du 24 août 1993, la solution était discutable dans son principe et source d'incertitudes dans sa mise en oeuvre. Elle a été écartée par les textes issus de la loi du 15 juin 2000 qui ont abrogé les dispositions correspondantes de l'article 105. En énonçant que la Personne nominativement visée Peut être entendue en qualité de témoin assisté, si elle n'est pas mise en examen, l'article 113-1 du code de procédure pénale issu de la loi précitée distingue clairement la mise en examen de sa cause, le réquisitoire nominatif avec lequel elle ne doit plus se confondre. Surtout, en imposant au juge d'instruction de recueillir les observations de l'intéressé avant de le mettre en examen, l'article 80-1 du code de procédure pénale exclut que celle-ci puisse résulter de la simple délivrance d'un réquisitoire.”* Et ces auteurs d'ajouter que : *“la solution est cohérente avec celle adoptée en cas de délivrance d'un mandat par le juge”* dont on a déjà précisé qu'elle ne conférerait pas à la Personne visée la qualité de partie à la procédure.

Il est d'autant moins possible de tirer la moindre conséquence de la prise de réquisitions nominatives que la procédure devant la Cour de justice de la République impose celles-ci. La Cour de Justice de la République n'a, aux termes de l'article 68-1 de la Constitution qu'une compétence rationae Personnae, limitée aux crimes et délits commis par les membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. Les poursuites exercées ne peuvent donc qu'être nommément dirigées contre une Personne, seule cette précision permettant de s'assurer de la compétence de la Cour qui est d'ordre public. C'est ce que traduisent les articles 17 et 13 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

*

³³Voir note de Wilfid Jeandier, professeur agrégé des Facultés de droit à la semaine Juridique 1999 n° 100085 sous l'arrêt de la chambre criminelle du 2 juillet 1998 précité.

³⁴Bulletin criminel n°290.

³⁵Bull.Crim. N°60.

³⁶Economica, édition de 2015 n°1746.

Nommément visé par les réquisitions du procureur général saisissant la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République dans les termes de l'avis de la commission des requêtes, M. X ... n'avait été, à la date de l'arrêt attaqué, ni entendu en qualité de témoin assisté en application de l'article 113-1 du code de procédure pénale, ni, a fortiori, mis en examen.

Il n'était pas partie à la procédure au temps où la commission d'instruction a rendu son arrêt.

Vous ne pourrez que déclarer le pourvoi de M. Edouard X ... irrecevable. On ne voit pas comment il pourrait en être autrement, ce d'autant plus que cet arrêt, qui ne lui est pas opposable, n'a aucune autorité de la chose jugée à son égard et qu'en outre, le demandeur dispose de moyens pour faire valoir ses droits qui restent entiers, ce qui va être exposé par les développements qui suivent.

*

Danièle Caron, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation écrit : *“ les décisions qui sont rendues Pendant la phase de l'instruction, en ce qu'elles sont seulement préparatoires ne sauraient se voir reconnaître une autorité de la chose jugée de même nature et de même intensité que celle attachée aux décisions de jugement³⁷”*.

Si la prescription de l'action publique pour des délits dont la date de commission Peut être datée sans discussion, est aisément vérifiable, il Peut en être différemment en cas de procédures complexes, les actes effectués n'ayant pas tous un caractère interruptif de prescription, ou encore, en cas d'infraction occulte ou dissimulée lorsqu'il convient de fixer à quelle date l'infraction est apparue dans des conditions Permettant l'exercice de l'action publique.

Par définition, une instruction est évolutive et l'appréciation quant à la prescription de l'action publique relative à certains faits pourra changer en fonction des éléments découverts. A cet égard, par un arrêt du 24 mai 2017³⁸, la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé une chambre de l'instruction qui, saisie d'une requête tendant à voir constater l'acquisition de la prescription, avait estimé qu'il *“était prématuré de statuer sur la prescription au vu des investigations accomplies et que des développements ultérieurs de la procédure d'instruction Peuvent faire apparaître des éléments nouveaux utiles à l'examen du bien fondé de la requête.”* La chambre criminelle a approuvé cet arrêt, dès lors que l'exception de prescription Peut être soulevée à tout stade de la procédure et qu'aucune disposition du code de procédure pénale n'interdit à cette juridiction de différer son prononcé dans l'attente de l'évolution des investigations.

³⁷ Jurisclasseur procédure pénale- Article 6- Action publique extinction -autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal fasc. 20.

³⁸Pourvoi n° 16-86.879.

La chambre criminelle a jugé, le 10 mars 2008,³⁹ *“qu’aucune autorité de chose jugée ne s’attache aux décisions des juridictions d’instruction déclarant l’action publique non prescrite”*. En l’espèce, une partie ne pouvait se voir opposer l’autorité de la chose jugée d’une ordonnance devenue définitive à l’encontre d’une autre partie.

En revanche, les arrêts qui ont statué sur l’acquisition de la prescription ont autorité de la chose jugée à l’encontre des Personnes qui étaient parties à l’information. Il en est ainsi d’un arrêt de chambre d’instruction qui, après avoir considéré partie des faits de harcèlement sexuel prescrite, n’ordonne un supplément d’information que pour les faits postérieurs. La partie civile qui n’a pas formé de pourvoi contre cette décision ne Peut remettre en cause le premier arrêt⁴⁰.

Les ordonnances ou arrêts de renvoi devant la juridiction correctionnelle laissent le juge libre d’apprécier la qualification des faits, la recevabilité de la partie civile ainsi que la prescription⁴¹. La prescription de l’action publique constituant une exception péremptoire et d’ordre public, elle doit être relevée d’office par le juge et Peut être soulevée à tout stade de la procédure, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation pour Peu que celle-ci trouve, dans les constatations des juges du fond, les éléments pour en apprécier la valeur⁴².

Ce bref rapPel met en évidence que l’irrecevabilité du pourvoi formé par M. X ... ne l’empêche nullement, s’il l’estime nécessaire à sa défense de faire valoir que l’action publique est éteinte.

*

En application de l’article 82-3 du code de procédure pénale, le mis en examen Peut, par déclaration écrite et motivée saisir le juge d’instruction afin qu’il constate l’extinction de l’action publique .Il dispose de six mois pour le faire si les éléments de nature à établir la prescription pré-existent à la mise en examen. Le juge d’instruction doit rendre une ordonnance motivée dans le délai d’un mois de la demande, à défaut le mis en examen Peut saisir directement le président de la chambre de l’instruction.

*

M. X ... n’est donc pas recevable à se pourvoir contre un arrêt rendu alors qu’il n’était pas partie à la procédure, arrêt qui, outre qu’il ne lui est pas opposable, n’a aucune autorité de la chose jugée à son égard en ce qu’il a jugé certains des faits objet de la saisine de la commission d’instruction non prescrits.

Ce n’est donc qu’à titre infiniment subsidiaire que les deux moyens de cassation proposés seront examinés.

³⁹ Bull. Crim. n° 73.

⁴⁰Chambre criminelle 26 avril 2017, n° 16-80.884.

⁴¹Chambre criminelle 17 novembre 1981, n° 80-94.310, Bull. Crim. N° 310 ; 14 février 1984, Bull. Crim. n°55 ; 5 décembre 2001 , n° 01-81. 995; 20 janvier 2009, Bull. crim. n°21.

⁴² Chambre criminelle 14 février 1995, Bull. Crim.n° 66; 19 février 2013, Bull. Crim. N° 42.

III Sur le premier moyen de cassation :

Le premier moyen de cassation critique l'arrêt en ce qu'il a dit n'y avoir lieu de constater la prescription de l'action publique pour méconnaissance des articles 6§1 et 6§3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, des articles 18 et 23 de la loi organique du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, des articles 6, 8, préliminaire et 593 du code de procédure pénale.

Dans une branche unique, le demandeur fait valoir que la commission d'instruction de la Cour de justice, qui doit mener l'information dans le respect des principes du contradictoire, des droits de la défense et du droit à un procès équitable, ne pouvait rendre, au visa d'une note de ses avocats, un arrêt écartant la prescription de l'action publique, sans lui avoir communiqué les réquisitions du ministère public et lui avoir permis de faire valoir ses observations alors qu'il était nommé visé par le réquisitoire la saisissant.

Dans son mémoire ampliatif, le demandeur rappelle que la commission d'instruction de la Cour de justice est tenue aux termes de l'article 18 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, d'instruire selon les règles édictées par le code de procédure pénale et, spécialement celles relatives aux droits de la défense. Il rappelle que conformément à l'article préliminaire de ce même code "*la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties*". Il se prévaut des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dont les garanties doivent s'appliquer dès l'enquête ou l'instruction préparatoire.

Selon le demandeur, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne pouvait prendre une décision relative à la prescription, cause d'extinction de l'action publique, déterminante pour la défense, sans lui avoir permis d'en débattre. Il fait valoir que, soit Edouard X ..., quoique visé dans le réquisitoire introductif, n'était pas partie à l'instance et sa note ne pouvait provoquer aucune décision juridictionnelle, soit la commission d'instruction considérait que ce courrier la saisissait valablement et elle devait lui accorder le statut de partie à la procédure. Elle devait, en conséquence, lui communiquer les réquisitions du procureur général près la Cour de cassation et recueillir ses observations.

*

Les garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouvent à s'appliquer dès l'enquête ou l'instruction préparatoire. La Cour européenne des droits de l'homme a très vite admis que le droit à un procès équitable occupait une place si prééminente dans une société démocratique qu'une interprétation restrictive de l'article 6 §1 ne se justifiait pas⁴³. Dans son arrêt *Imbrioscia/ Suisse* du 24 novembre 1993⁴⁴, la Cour énonce que si "*l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider "du bien-fondé de l'accusation", il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. (...) D'autres exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent-elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès.*

⁴³CEDH 23 octobre 1990 *Moreira de Azevedo contre Portugal*, requête 11296/84, §66.

⁴⁴ Requête n° 13972/88 § 36.

L'arrêt Murray / Royaume-Uni⁴⁵ met en évidence l'examen attentif auquel se livre la Cour, d'une part quant aux conséquences, sur le droit à un procès équitable d'un suspect, de la restriction de son droit à l'assistance d'un avocat, d'autre part, à l'interprétation qui peut être faite par les autorités nationales de l'exercice de son droit de garder le silence.

Ce dont s'assure la Cour européenne des droits de l'homme, c'est que le droit à un procès équitable ne se trouve pas gravement compromis au stade de l'enquête, de la mise en état de la procédure.

Or, dans la présente procédure, il n'en est rien. Les droits de M. Edouard X ... ne sont en rien compromis par l'arrêt rendu par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, le 28 septembre 2016.

Ainsi qu'il l'a déjà été exposé dans le présent avis, la chambre criminelle a jugé par un arrêt du 10 mars 2008,⁴⁶ *“qu'aucune autorité de chose jugée ne s'attache aux décisions des juridictions d'instruction déclarant l'action publique non prescrite”*.

M. X ... ne peut se voir opposer l'arrêt qui a été ainsi rendu alors qu'il n'était pas encore partie à la procédure.

La situation juridique n'étant pas figée définitivement, le demandeur ne saurait se faire un grief de ce que les réquisitions du procureur général près la Cour de cassation ne lui aient pas été communiquées, ni de ce que ses observations n'aient pas été sollicitées.

Etre visé nominativement par les réquisitions du procureur général ne donnait au demandeur que le droit, pour le cas où il serait entendu, de bénéficier du statut de témoin assisté. Cela ne lui conférait en aucun cas la possibilité de s'ingérer dans le travail de la commission d'instruction qui demeurerait entièrement libre d'apprécier si et à quel moment, le cas échéant, celui-ci devait être entendu en qualité de témoin assisté, voire mis en examen au regard des seuls indices recueillis et vérifiés. De même, la commission d'instruction ne saurait être critiquée pour avoir délimité le champ de ses investigations à raison de l'acquisition partielle de la prescription de l'action publique. Le demandeur n'est pas fondé à considérer que la prise en compte par la commission d'instruction du courrier de ses avocats faisant valoir que la prescription de l'action publique était acquise, impliquait que des droits lui soient conférés.

De plus, ce courrier ne peut en aucun cas être considéré comme “une demande” à laquelle la commission d'instruction aurait répondu. Il suffit de se référer à l'ordonnance de soit communiqué au procureur général près la Cour de cassation intervenue le 12 juillet 2016 - le courrier des conseils de M. X ... est du 18 septembre 2014, - pour constater que celui-ci n'était qu'un des éléments devant être pris en compte pour statuer sur la prescription, au même titre que les articles de presse parus en 1996, les informations publiées par le journal “Le Parisien”, le 22 mai 2001, l'enquête effectuée par le procureur de la République de Paris... et son classement le 12 juillet 2002 et, enfin, la saisie, le 21 septembre 2006, du dossier “Nautilus”.

Le demandeur, mis en examen le 30 mai 2017, demeure en droit de formuler auprès de la commission d'instruction une demande aux fins de voir constater l'extinction de l'action publique conformément à l'article 82-3 du code de procédure pénale. C'est au demeurant, ce qu'entend faire M. X ... à lire la présentation des deux moyens de cassation dans le mémoire ampliatif (cf. Mémoire page 5 in fine et 6).

⁴⁵ Arrêt John Murray C : Royaume Uni du 8 février 1996, requête n° 18731/91.

⁴⁶ Bull. Crim. n° 73.

Vous écarterez le moyen pris de la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi que de l'article préliminaire du code de procédure pénale.

IV Sur le second moyen de cassation

Pris de la violation des articles 62 de la Constitution, L. 52-4 à L. 52-13, L. 52-15 et L. 52-16 du code électoral, 6, 8 et 593 du code de procédure pénale, le second moyen de cassation critique l'arrêt de la commission d'instruction pour avoir écarté la prescription de l'action publique quant au dépôt de 10.350.000 Francs sur le compte de l'association pour le financement de la campagne électorale de M. X ... en 1995.

Selon la première branche du moyen, les décisions du Conseil constitutionnel ayant une autorité absolue de chose jugée et s'imposant à toutes les autorités tant administratives que juridictionnelles, la décision ayant validé les comptes de campagne du demandeur à l'élection présidentielle, le 12 octobre 1995, faisait obstacle à toute forme de répression pénale portant sur l'origine des recettes ayant fait l'objet de ce contrôle.

La deuxième branche du moyen soutient que l'examen des comptes de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel implique le contrôle de l'origine de l'ensemble des recettes et que, sauf hypothèse d'une fraude, il est exclusif de dissimulation en matière de prescription s'agissant des éventuelles infractions en lien avec l'origine des fonds ; dès lors la commission d'instruction ne pouvait fixer à une date ultérieure à la décision du Conseil, le point de départ de la prescription en ce qui concerne les sommes dont il est allégué quelles auraient eu pour origine un recel d'abus de biens sociaux.

La troisième branche du moyen souligne que la décision du Conseil avait été prise, ainsi que la commission d'instruction l'a relevé sans en tirer les conséquences, malgré l'émission de doutes quant à la provenance de la somme de 10.350.000 F.

Le demandeur se fonde sur l'autorité absolue de chose jugée qui, aux termes de l'article 62 de la Constitution, s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel. Dès lors que la commission d'instruction de la Cour de justice de la République avait constaté que la décision rendue par le Conseil, le 12 octobre 1995 ne faisait état, à propos des recettes déclarées par M. X ..., d'aucun fait susceptible d'être qualifié d'infraction, le juge pénal n'était plus en droit, de poursuivre ni même à enquêter sur l'origine des recettes ayant fait l'objet d'une décision de régularité de la part de la juridiction constitutionnelle.

M. X ... soutient que la poursuite de l'information du chef de recel d'une somme qui aurait servi au financement de la campagne présidentielle, constitue une violation évidente de l'autorité de chose jugée.

Le demandeur fait, ensuite, observer, qu'en 1995, le Conseil constitutionnel était compétent pour apprécier la régularité du compte de campagne déposé par un candidat à l'élection présidentielle et qu'il lui appartenait de prendre des décisions pour approuver, rejeter ou réformer celui-ci, après vérifications opérées par des rapporteurs choisis en son sein ou des rapporteurs adjoints.

Le Conseil constitutionnel assurait ainsi, selon le demandeur, “*un contrôle matériel et formel des dépenses et des recettes s’assurant de leur exhaustivité, de leur admissibilité, de leur équilibre, et du fait qu’elles ne dépassent pas les plafonds prévus par la loi électorale*” (Mémoire page 31). Il a obligation de dénoncer au parquet les irrégularités qu’il relève de nature à contrevenir aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16 du code électoral.

En conséquence, le conseil d’Edouard X ... soutient que, dès lors que la somme de 10.350.000F en espèces, portée au crédit du compte ouvert par l’Association pour le financement de la campagne électorale d’Edouard X ..., a été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, qu’elle n’a pas été dissimulée, il est impossible de prétendre que les faits de recel d’abus de biens sociaux constitués par l’utilisation de ces fonds litigieux pour payer des dépenses de la campagne présidentielle n’étaient pas décelables. La décision du Conseil constitutionnel constituait nécessairement le point de départ de la prescription de ce délit qui ne pouvait plus être retardé dans la mesure où il pouvait être découvert. C’est la soumission de la recette litigieuse au Conseil constitutionnel qui importait et non le résultat auquel elle avait abouti.

Finalement, le conseil d’Edouard X ... fait valoir que, de surcroît, l’examen par le Conseil de la recette litigieuse avait effectivement fait surgir des interrogations, ce que la commission d’instruction avait, elle-même, relevé en faisant état des déclarations en 2011 et 2015 de Roland P.. à l’époque président du Conseil et de M. Q ..., l’un de ses membres admettant, alors, que les comptes présentaient de graves irrégularités.

*

C’est par deux lois du 11 mars 1988, relatives à la transparence financière de la vie politique, dont l’une organique, que la France s’est dotée d’une législation de nature, en particulier, à réglementer le financement des campagnes électorales. Cette législation complétée et remaniée notamment par la loi organique 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l’élection du président de la République et des députés, puis par les lois organiques du 19 janvier 1995, n° 95-62 modifiant diverses dispositions relatives à l’élection du président de la République et n° 95-72 relative au financement de la campagne en vue de l’élection du président de la République, a régi l’ensemble des questions ayant trait au financement de la campagne pour l’élection du président de la République.

Le législateur a fixé un plafond maximum aux dépenses de campagne, prévu les conditions de l’avance partielle des frais par l’Etat, les modes de financement admissibles ainsi que les modalités de recueil des fonds. Il a imposé la tenue obligatoire d’un compte de campagne, devant être certifié d’un expert-comptable qui était, à l’époque, soumis au contrôle du Conseil constitutionnel. L’approbation du compte de campagne permettait d’obtenir de l’Etat remboursement de parties des dépenses ainsi exposées.

Le législateur a entendu limiter les dépenses, interdire postérieurement à janvier 1995, le versement de dons, ou contributions par des personnes morales notamment de droit privé mais aussi de droit public et prohiber certaines dépenses de publicité. Le législateur a voulu s’assurer des conditions dans lesquelles les fonds de la campagne étaient collectés et être en mesure de vérifier le montant des dépenses effectuées. La collecte des fonds doit être réalisée, soit par un mandataire financier, soit par une association de financement électorale ayant ouvert un compte bancaire ou postal ad hoc (L. 52-4 du code électoral).

Aux termes de l’article L. 52-12 du code électoral en vigueur en 1995 “*chaque candidat (...) soumis au plafonnement prévu à l’article L. 52-11 - à l’époque 90 millions de francs pour un candidat éliminé au premier tour de l’élection présidentielle- est tenu d’établir un compte de campagne retraçant, selon leur origine, l’ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l’ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l’élection, hors celles de la campagne officielle, par lui-même ou pour son compte au cours de la période mentionnée à l’article L. 52-4*”.

Les recettes et les dépenses à prendre en considération sont celles qui s'étalent sur la période d'une année précédant l'élection.

La loi précise que les dépenses exposées directement au profit du candidat et avec l'accord de celui-ci, par les Personnes physiques qui lui apportent leur soutien ainsi que par les partis et groupements politiques qui ont été créés en vue de lui apporter leur soutien ou qui lui apportent leur soutien, sont réputées faites pour son compte.

Le candidat doit estimer en recettes et en dépenses les avantages directs ou indirects, les prestations de services et dons en nature dont il a bénéficié.

Le compte de campagne doit retracer l'ensemble des recettes Perçues :

- les dons de Personnes physiques dans la limite de 30.000F. à l'époque, étant précisé que la loi du 19 janvier 1995 a interdit les dons des Personnes morales jusque là plafonnés ;

- les contributions des groupements ou partis politiques ;

- l'apport Personnel du candidat y compris les emprunts qu'il a pu souscrire, et, enfin, les avantages en nature dont il a pu bénéficier.

Le compte de campagne doit, par ailleurs, recenser l'ensemble des dépenses réalisées au cours de la période : frais liés au quartier général de campagne, salaires des Permanents, employés pour organiser la campagne, frais de conception, d'impression et de diffusion de programmes, locations de salles de réunion, dépenses liées à la sécurité, frais de déplacement...

*

Aux termes de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel modifiée en dernier lieu par les lois organiques 95-62 du 19 janvier 1995 et 95-72 du 20 janvier 1995, le Conseil constitutionnel était en charge du contrôle des dépenses de la campagne en vue de l'élection présidentielle.

Les candidats à l'élection présidentielle devaient déposer leur compte de campagne et ses annexes auprès du Conseil constitutionnel, dans les deux mois qui suivait le tour de scrutin où l'élection avait été acquise.

L'examen des comptes de campagne était réalisé par des membres du Conseil désignés par son président ainsi que des rapporteurs adjoints pris sur la liste établie annuellement par la Haute juridiction choisis parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat ou les conseillers référendaires à la Cour des comptes.

En application de l'article L. 52-17, le Conseil constitutionnel était en droit de restituer à une dépense effectuée son véritable coût selon les prix habituellement pratiqués. Il pouvait pratiquer ainsi pour tous les avantages directs ou indirects, les prestations de services ou dons en nature dont avait bénéficié le candidat.

Au terme d'une procédure contradictoire, le Conseil constitutionnel pouvait approuver, rejeter ou réformer les comptes de campagnes qui lui étaient soumis.

S'il relevait un dépassement du plafond des dépenses électorales, il devait fixer la somme égale au montant de ce dépassement que le candidat était tenu de verser au Trésor public.

S'il avait constaté des irrégularités de nature à contrevenir aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16 du code électoral, le Conseil constitutionnel devait transmettre le dossier au parquet (Article L. 52-15 du code électoral par renvoi de l'article 3 §II alinéa 3 de la loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 modifiée relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel). C'est donc bien l'hypothèse où cette Haute Juridiction a constaté dans les comptes des irrégularités contrevenant aux dispositions du code électoral, qui est prise en compte par le texte ainsi que le souligne François Cuillandre maître de conférences à l'Université de Bretagne occidentale⁴⁷.

Cette dénonciation au parquet, similaire à celle prévue par l'article 40 du code de procédure pénale, porte expressément sur des manquements aux règles de financement de la campagne électorale que le Conseil a pu relever au cours de ses vérifications.

En effet, le législateur a prévu des sanctions pénales pour réprimer ceux-ci. Ainsi, l'article 113-1 du code électoral sanctionne, dans sa version applicable en 1995, d'une année d'emprisonnement et/ou d'une amende de 25.000F :

- le recueil de fonds en violation de l'article L52-4 du code électoral ;
- l'acceptation ou le versement de dons en violation de l'article L. 52-8 du même code ;
- le dépassement du plafond des dépenses électorales fixé en application de l'article L. 52-11 ;
- l'absence de respect des formalités afférentes à l'établissement du compte de campagne,
- la mention dans le compte de campagne ou ses annexes de dépenses sciemment minorées ;
- de certaines infractions à la restriction de publicité.

Ce même article incrimine et réprime également les donateurs qui ne respectent pas le plafond des dons ou qui engagent des dépenses pour le compte du candidat sans son accord.

*

L'examen des comptes de campagne par le Conseil constitutionnel doit permettre de vérifier que la transparence financière de l'élection présidentielle est effective. Le contrôle tend à s'assurer que l'ensemble des dépenses a bien été pris en compte, que le financement a été recueilli selon les modalités prévues par la loi et que les donateurs n'ont pas excédé le plafond des dons qu'ils pouvaient consentir. Le contrôle garantit que la limitation des dépenses de campagne voulue par le législateur est respectée, il assure aussi une certaine forme d'égalité entre les candidats.

Veiller au respect des règles fixées par le code électoral et l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel modifiée en dernier lieu par les lois organiques 95-62 du 19 janvier 1995 et 95-72 du 20 janvier 1995, telle est la mission du Conseil constitutionnel.

Celui-ci n'a pas vocation à procéder à des enquêtes ou à des investigations sur l'origine des fonds qui proviennent des dons faits par les particuliers et jusqu'en janvier 1995 par les Personnes morales. Il n'en a ni les moyens, ni le pouvoir. Ainsi que le souligne François Cuillandre, Maître de conférences de droit public, à l'Université de Bretagne occidentale : *“ le travail des rapporteurs consiste à vérifier de manière contradictoire que toutes les recettes et dépenses figurent bien dans le compte pour le montant exact et que les interdictions en matière de recettes et de dépenses ont bien été respectées⁴⁸”*.

⁴⁷Revue de droit public 1996 pages 463 et s... “L'intervention du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'élection présidentielle de 1995”, (page 482).

⁴⁸Revue de droit public 1996 pages 463 et s... “L'intervention du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'élection présidentielle de 1995”.

Selon Jean-Pierre Camby⁴⁹, professeur associé à l'Université de Versailles-Saint-Quentin, qui reprend les observations du Conseil constitutionnel à la suite de l'élection présidentielle de 1995, l'instruction a *“donné lieu à une procédure contradictoire, d'ailleurs prévue par l'article L. 52-15 du code électoral, entre les rapporteurs d'une part, et les candidats et leurs mandataires d'autre part. Les visas des décisions mentionnent, en effet, des échanges de questionnaires et de lettres. Une fois cette phase terminée, le Conseil constitutionnel a tenu cinq séances dans les derniers jours du mois de septembre et les premiers jours du mois d'octobre, et toutes les décisions ont été rendues en même temps, de manière à éviter de créer une inégalité entre les candidats au regard du remboursement”*.

Les rapporteurs-adjoints Peuvent se faire communiquer des autorités ou de toute Personne les informations utiles pour apprécier l'exhaustivité des recettes et la sincérité des comptes, les documents relatifs à ces mêmes recettes et dépenses. Ils Peuvent solliciter toute information des Personnes physiques ou morales pouvant avoir consenti des dons ou des avantages au candidat⁵⁰.

Toutefois, le Conseil constitutionnel ne pouvait pas demander à des officiers de police judiciaire de recueillir des éléments d'information nécessaires à l'exercice de ses missions sur l'origine des fonds d'une campagne électorale ainsi que sur leur emploi comme en disposait l'article L. 52-14 du code électoral. Cette prérogative n'était ouverte qu'à la commission nationale des comptes de campagne. De plus, dans une décision du 11 janvier 1990, le Conseil constitutionnel avait précisé qu'elle ne Permettait pas aux officiers de police judiciaire d'exercer des pouvoirs coercitifs⁵¹. Le Conseil constitutionnel relevait à l'occasion de la vérification des comptes de campagne de l'élection de 1995⁵² que la procédure de contrôle serait facilitée si les agents des impôts étaient déliés du secret professionnel à l'égard des membres du Conseil et des rapporteurs adjoints, ce qui n'était pas le cas avant la modification apportée par la loi organique n°2001-100 du 5 février 2001.

La décision du Conseil constitutionnel arrêtant le compte de campagne de M. X ... et fixant le montant des sommes dont le remboursement est dû par l'État est une décision juridictionnelle d'ordre administratif. A ce titre, elle s'impose, de même que les décisions du Conseil rendues dans le cadre de sa mission de contrôle de constitutionnalité *“aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles”* en application de l'article 62 de la Constitution.

L'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision ne saurait excéder l'étendue du contrôle réalisé : la régularité ou l'illégalité des comptes au regard des seules règles de financement posées par le code électoral et, notamment, de la réglementation des dons. Le Doyen Vedel, dont une consultation extrêmement précise sur ce point, adressée à Me Guénaire en 1996, est produite par le demandeur au pourvoi ne dit pas autre chose lorsqu'il énonce : *“Le Conseil constitutionnel a précisé que, selon le droit commun l'autorité de chose jugée reconnue à ses décisions s'étend, au delà du dispositif, à ceux des motifs qui en sont le soutien nécessaire. Cette considération a d'autant plus d'intérêt, en matière de comptes de campagne,*

⁴⁹ Elections : “contentieux de l'élection présidentielle” Répertoire de contentieux administratif janvier 2017 §40.

⁵⁰ Décision du 12 juillet 1995- 95-83PDR donnant mandat aux rapporteurs adjoints auprès du Conseil constitutionnel pour l'instruction sur les comptes de campagne des candidats à l'élection du Président de la République.

⁵¹ Conseil constitutionnel 11 janvier 1990 , n° 89-271DC considérant 3.

⁵² Voir Conseil constitutionnel 8 décembre 1995 95-93 PDR, §3 b Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995.

que le dispositif de la décision, lorsque le compte n'est pas rejeté, énonce essentiellement des chiffres ayant des conséquences sur les règlements financiers à intervenir entre les candidats et l'État et dont la portée exige une analyse.

Dès lors, comme les motifs sont essentiellement consacrés à l'établissement tant en fait qu'en droit des éléments devant Permettre d'aboutir au décompte final (et ceci au besoin par la rectification des comptes présentés) il faut reconnaître l'importance particulière que présente quant au contenu de la chose jugée en matière de comptes de campagne, la motivation précédant le dispositif."

Cette autorité de chose jugée ne saurait s'étendre jusqu'à prohiber d'enquêter sur l'origine délictueuse d'une somme portée en recette dans un compte de campagne que les rapporteurs ou rapporteurs adjoints n'avaient ni les moyens de rechercher, ni la mission de faire apparaître quand celle-ci était particulièrement dissimulée. La première branche du moyen ne Peut qu'être écartée.

*

Le demandeur fait valoir au travers des deuxième et troisième branches du moyen que le contrôle du Conseil constitutionnel a porté sur la somme de 10.350.000F portée en recettes dans les comptes de sa campagne. Le Conseil a pu exercer son contrôle sur cette somme qui n'était pas dissimulée et dont l'emploi pour le financement de la campagne constitue le recel d'abus de biens sociaux qui lui est reproché. Il en déduit que les faits délictueux étaient détectables dans des conditions Permettant l'exercice de l'action publique. Le demandeur soutient que c'est la production des comptes de campagne par Edouard X ... qui est déterminante et non le résultat auquel elle a abouti. Il en veut pour preuve que le président du Conseil constitutionnel lui-même et l'un de ses membres ont ultérieurement admis que les comptes de campagne de M. X ... présentaient de graves irrégularités.

Il en déduit que la commission d'instruction se devait de fixer le point de départ du délit de recel d'abus de biens sociaux au jour de la décision du Conseil constitutionnel ayant validé, après l'avoir réformé, le compte de campagne de l'intéressé, soit le 12 octobre 1995.

*

M. X ... a été mis en examen pour complicité et recel d'abus de biens sociaux commis au préjudice des sociétés DCN-I et SOFRESA à l'occasion des contrats de vente d'armement conclus en 1994.

C'est par un arrêt du 7 décembre 1967⁵³ que la chambre criminelle de la Cour de cassation a, pour la première fois, transposé à l'abus de biens sociaux sa jurisprudence relative au report du point de départ de la prescription qu'elle appliquait depuis 1925 à l'abus de confiance. Par cet arrêt, la Cour de cassation affirmait le principe selon lequel : *"le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté."* Elle consacrait le caractère occulte du délit d'abus de biens sociaux. La prescription de l'action publique ne pouvait commencer à courir que lorsque l'infraction avait Perdu ce caractère, avait été révélée et pouvait ainsi être constatée.

⁵³Bull. Crim. N° 321.

C'est précisément ce que la chambre criminelle jugeait à compter d'un arrêt du 25 mai 1981 : *"en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions Permettant l'exercice de l'action publique"*⁵⁴.

Ultérieurement, la chambre criminelle a quelque peu atténué la rigueur de sa jurisprudence en précisant, dans un arrêt du 5 mai 1997⁵⁵ : *"que la prescription de l'action publique n'avait pu commencer à courir à leur égard [à l'égard des faits d'abus de biens sociaux], sauf dissimulation, qu'à compter de la présentation des comptes annuels de l'exercice"*.

La publication annuelle des comptes sociaux devient le point de départ de l'abus de biens sociaux. S'il demeure reporté à cette date, l'abus de bien sociaux, infraction occulte, devient théoriquement poursuivable dès la publication de ceux-ci et de leurs annexes qui sont susceptibles de le révéler. Demeure une exception qui est liée aux manoeuvres que l'auteur des faits peut mettre en oeuvre : la dissimulation. Les juges du fond qui écartent la présentation des comptes annuels pour reculer le point de départ de la prescription de l'action publique relatif à un abus de biens sociaux doivent justifier et caractériser sans insuffisance ni contradiction la dissimulation, c'est à dire les manoeuvres dont il a été fait usage pour masquer l'emploi litigieux des fonds de la société. La chambre criminelle exerce un contrôle attentif sur la motivation par les juges du fond⁵⁶.

La Cour de cassation ne s'est plus départie de cette jurisprudence : la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court à compter de la présentation des comptes annuels, sauf dissimulation.⁵⁷

Pour conclure ce bref rapPel on signalera que, par un arrêt du 6 février 1997⁵⁸, la chambre criminelle a jugé que le délit de recel d'abus de biens sociaux ne pouvait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède ne soit apparue et n'ait pu être constatée dans des conditions Permettant l'exercice de l'action publique.

*

⁵⁴C'est exactement ce que précisait la chambre criminelle en jugeant Chambre criminelle 10 août 1981 Bull. Crim. 1981, n° 244 Trévuc des sociétés 1983 page 368 note Bouloc.

⁵⁵ Bull. Crim. 1997, n° 159 ; J. LARGUIER et P. CONTE, Droit pénal des affaires, 101^{ème} édition A. Collin 2001 n°379 et s..

⁵⁶Chambre criminelle 13 octobre 1999, Bull. Crim. N° 219 Droit pénal 2000, comm. 17, observations J-H Q ..., JCP G II 10386 note D. OHL, Revue des sociétés 2000 note Bouloc page 360 ; Dalloz 2001 n°29 observations Roujou de Boubée, RSC 2000 page 410 note J-F Renucci ; voir aussi Chambre criminelle 10 novembre 1999, pourvoi n° 98-85477.

⁵⁷Chambre criminelle, 8 octobre 2003, Bull. Crim. N°184, pourvoi n°02-81471; 14 mai 2003, Bull. Crim n° 97; 14 juin 2006 pourvoi 05-85912 (à mettre dans absence de dissimulation à la suite des arrêts de 1999) ; 28 juin 2006 pourvoi n° 05-82634 ; 25 février 2009 pourvoi N° 08 85123 ; 30 avril 2014 , n° 13-82.912 ; 4 mai 2016, n°14-88.237 ; 22 mars 2017, n° 15-84.229.

⁵⁸ Chambre criminelle, 6 février 1997, Bull. Crim. N° 48 (DR ; Pén. Comm. 1997, com.61 Véron) puis, 27 octobre 1997 Bull. Crim. N° 352 Dr ; Pén. 1998 comm. 20 observations Véron)et 7 mai 2002 Bull. Crim n° 108.

La décision du Conseil constitutionnel du 11 octobre 1995 validant les comptes de campagne d'Edouard X ... après les avoir réformés et fixant le montant des dépenses dont le remboursement était dû par l'État, ne fait apparaître que la réintégration de dépenses relatives aux locaux de comités de soutien, à des locations de salles pour des réunions publiques, à des frais liés à l'annonce de réunions publiques, à des frais de déplacement, à des frais liés à la publication d'un ouvrage présentant les lignes directrices du programme électoral du candidat. Le conseil a conclu à la réintégration de dépenses à hauteur de 5.929.628F.

Si le Conseil a arrêté les recettes enregistrées dans le compte du mandataire à 85.676.060F, somme incluant celle de 10.350.000F susceptible de provenir d'abus de biens sociaux au préjudice des sociétés DCN-I et SOFRESA, sa décision n'a nullement fait apparaître l'origine éventuelle de cette somme : des rétro-commissions sur un marché d'armement mises indûment à la charge de ces deux sociétés. Celle-ci demeurait dissimulée. En outre, la commission d'instruction relève que ce n'est qu'en 2011 et 2015, que le président et un membre du Conseil constitutionnel ont fait état des doutes qui les auraient, à l'époque, habités sur la régularité du compte de campagne.

La décision du Conseil constitutionnel n'a pas pu et ne pouvait pas faire apparaître les faits dans des conditions permettant d'exercer l'action publique. Ainsi qu'il l'a été exposé, ce n'était en aucun cas la mission du Conseil constitutionnel de rechercher si l'origine de ces fonds enregistrés dans les comptes de campagne était frauduleuse au sens propre du terme, à savoir issue d'un délit. Il n'avait, on l'a vu, comme tâche que de s'assurer que les règles fixées par le code électoral avaient été respectées. Ce n'était pas sa mission et il ne disposait pas des moyens d'investigation pour découvrir ce qui était soigneusement dissimulé et ne devait être révélé, qu'au travers des assertions contenues dans deux notes rédigées par M. Z... à la demande de la société DCN-I, saisies en septembre 2006.

C'est, à juste titre, que la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a jugé que *“la validation des comptes de campagne de M. X ... par le Conseil constitutionnel, le 12 octobre 1995 (...) est (...) dépourvue d'effet sur la prescription des délits dissimulés visés au réquisitoire introductif ; qu'en effet l'arrêt du Conseil constitutionnel seul document public émanant de cette juridiction ne fait état, notamment à propos des recettes déclarées par M. X ..., d'aucun fait susceptible de recevoir une qualification pénale .(D 131)”* (...)

Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, la Commission d'instruction juge, à juste titre, que la prescription de l'action publique pour les délits d'abus de biens sociaux, complicité et recel dont elle est saisie, n'a commencé à courir qu'à compter de la saisie du rapport “Nautilus”:

(...)” Le rapport Nautilus n'est parvenu à la connaissance du procureur de la République que le 21 septembre 2006 date où il a été saisi dans le cadre de l'enquête préliminaire prescrite par ce magistrat.

“Ces éléments circonstanciés [contenus dans le rapport Nautilus, dans les deux notes rédigées par M. Z... les 11 septembre et 7 décembre 2002] non seulement quant à la chronologie, l'origine, le circuit des rétro-commissions, mais aussi quant au nom des intermédiaires et au lieu de réception des fonds, constituaient autant d'informations suffisamment précises pour permettre au ministère public de prescrire une enquête et, plus généralement, d'exercer l'action publique.

(...) “La saisie le 21 septembre 2006 , du rapport “Nautilus” marque donc le point de départ du délai de prescription des infractions d'abus de biens sociaux , complicité et recel objet des présentes poursuites.” (arrêt pages 8 dernier paragraphe, 9 §2 et 10 §1)

Cette motivation est exempte de toute insuffisance ou contradiction. Le second moyen de cassation ne Peut qu'être écarté.

*

En conclusion, je ne puis qu'inviter l'Assemblée plénière à déclarer irrecevable le pourvoi formé par M. X ... et, à défaut, à le rejeter.

**AVIS : Irrecevabilité du pourvoi
Subsidiairement REJET**