



AVIS ORAL DE Mr PETITPREZ, AVOCAT GÉNÉRAL

Plénière de chambre du 14 octobre 2021

Pourvoi n° 20-86.019 et 21-81.864

Vous êtes réunis aujourd'hui en formation plénière pour examiner des pourvois qui soulèvent à nouveau l'application du principe *ne bis in idem*.

Ce principe, inspiré de la jurisprudence européenne, vous l'avez énoncé dans votre arrêt du 26 octobre 2016 en retenant une approche globale du comportement d'un individu : Ainsi les faits qui procèdent d'une action unique et d'une intention unique ne peuvent donner lieu contre le même prévenu à deux déclarations de culpabilité de nature pénale.

Vous mettez en œuvre le principe aussi bien en cas de poursuites successives que concomitantes, en cas de concours réel que de concours idéal d'infractions.

Ce principe a donné lieu sein de la chambre à des solutions divergentes et on en perçoit très vite les limites :

- Parce que dans certains cas il ne permet pas de saisir l'action délictueuse dans tous ses aspects
- Parce qu'il peut conduire à exclure le droit à réparation de certaines victimes
- Et aussi parce qu'il pose problème au regard de la prise en compte de la récidive ou encore des sanctions encourues, qui ne s'attachent qu'à la seule infraction retenue.

Face à une jurisprudence qui peut conduire à multiplier les exceptions, il me semble que deux pistes de réflexion, d'ailleurs suggérées dans la note de votre chambre sur le cumul de qualifications, pourraient être ouvertes.

La première piste est procédurale : Elle consiste à limiter la possibilité d'invoquer le moyen tiré de " ne bis in idem " au stade du pourvoi en cassation.

En effet, on ne voit pas ce qui empêche un prévenu poursuivi cumulativement pour plusieurs infractions d'opposer dès le stade de sa comparution devant la juridiction correctionnelle l'exception tirée de ne bis in idem.

Vous pourriez toutefois considérer que le moyen est d'ordre public et peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation.

Mais la question ne se pose pas dans les deux affaires pour lesquelles j'ai conclu puisque les moyens naissent des arrêts attaqués et sont en tout état de cause recevables.

La seconde piste tend vers une évolution inspirée par votre arrêt du 16 avril 2019. Vous avez admis qu'un même fait de déversement dans une rivière de substances nuisibles pour l'environnement pouvait constituer à la fois une pollution de cours d'eau et une pollution des eaux souterraines, seul le cumul de ces deux chefs de poursuite permettant d'appréhender l'action délictueuse dans toutes ses dimensions (Crim. 16 avril 2019, n° 18-84.073, Bull. n° 77)

Cet arrêt ouvre la voie à une nouvelle interprétation du principe ne bis in idem ordonnée autour de la distinction traditionnelle entre concours réel et concours idéal.

Comme l'écrivait Frédéric Desportes, premier avocat général, dans ses conclusions sous l'arrêt : *« Le cumul est justifié dans les cas où l'abandon de l'une des qualifications en présence aurait pour conséquence d'occulter un intérêt, au sens le plus large, auquel l'action délictueuse a porté atteinte ou une circonstance dans laquelle cette action s'est déroulée, dès lors, bien entendu, que la protection de cet intérêt ou l'existence de cette circonstance a déterminé l'incrimination, par le législateur, du comportement considéré ».*

Il me semble que ces considérations peuvent utilement guider votre réflexion s'agissant de l'examen des pourvois et contribuer à définir plus précisément le nouveau concept énoncé dans l'arrêt du 16 avril 2019.

Mais j'en viens aux applications pratiques en abordant d'abord le pourvoi de M. [J] [L].

Le cas de figure, classique, est celui du triptyque faux, usage de faux et escroquerie.

Si je résume brièvement les faits, le prévenu s'est présenté comme un intermédiaire dans une opération qui consistait à racheter les parts détenues par deux époux dans une société familiale qui était en difficulté.

Pour leur inspirer confiance et attester de sa solvabilité, il a non seulement produit de fausses attestations notariées et une fausse garantie bancaire établies par ses soins mais a organisé une véritable mise en scène ajoutant à son nom une particule et faisant intervenir un ecclésiastique membre de sa famille et par ailleurs physicien renommé, gérant en titre de la société qui acquérait les parts, mais en réalité son homme de paille.

Se comportant ensuite comme un gérant de fait des sociétés en cause, le prévenu s'est livré à des abus de biens sociaux et détournements d'actif, poursuivis par ailleurs.

Si l'on retient uniquement qu'il a confectionné de faux documents dans le but de s'en servir pour commettre une escroquerie, le concept d'unicité d'action et d'intention devrait trouver application, et seule la qualification d'escroquerie devrait être retenue.

C'est ce que la doctrine résume en évoquant le non cumul des qualifications correspondant à l'infraction-moyen et à l'infraction-fin. Le faux n'est qu'une étape préparatoire nécessaire à la réalisation de l'escroquerie. Le délit de faux, infraction moyen qui doit permettre la consommation de l'infraction est donc absorbé par l'infraction fin, en l'occurrence l'escroquerie

Mais j'observe que dans votre jurisprudence la plus récente, vous dissociez, à défaut d'action et d'intention coupable uniques, la confection du faux de son utilisation, constitutive d'un usage de faux et le cas échéant d'un élément des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie.

Le faux n'implique pas nécessairement son usage dans le cadre de manœuvres frauduleuses et son cumul avec l'escroquerie ne soulève pas de difficultés. Fabriquer un faux et s'en servir sont évidemment deux choses différentes.

Par ailleurs, dans le cas présent, ne retenir que l'escroquerie conduirait à exclure tout droit à réparation pour le notaire victime des délits de faux et usage. Le cumul du faux avec l'escroquerie ne paraît donc pas totalement incongru.

Sur la question cette fois du cumul de l'usage de faux et de l'escroquerie, vous avez considéré dans l'un des arrêts rendus le 9 septembre 2020 (Crim. 9 septembre 2020, n° 19-84.301) que par hypothèse ce cumul est exclu lorsque l'usage de faux est le moyen de commettre l'escroquerie, voire lorsqu'il ne constitue qu'un élément des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie.

Il y a pourtant une différence essentielle entre commettre une escroquerie en faisant usage d'un faux et commettre une escroquerie à l'aide de manœuvres qui ne constituent pas en elles-mêmes des infractions.

Autrement dit, on risque d'occulter un aspect important du comportement délictueux du prévenu.

Dans l'affaire qui nous occupe, l'usage des faux documents afin d'étayer les affirmations mensongères du prévenu sur sa solvabilité n'était qu'un des éléments du montage frauduleux qui résidait dans un ensemble d'agissements destinés tromper les victimes.

Il me semble donc que si, en l'espèce, la remise des faux documents caractérise à la fois un usage de faux et une manœuvre frauduleuse de l'escroquerie, donc une situation de concours idéal d'infractions, seul le cumul des qualifications d'usage de faux et d'escroquerie permet de rendre compte de l'action délictueuse dans tous ses aspects et d'admettre les constitutions de partie civile de toutes les victimes des agissements du prévenu.

Si l'arrêt attaqué se réfère à la jurisprudence antérieure à 2016 pour justifier ce cumul de qualifications, il m'apparaît que pour les raisons qui viennent d'être exposées, il n'encourt pas pour autant la censure.

C'est pourquoi je persiste dans mes conclusions tendant au rejet du pourvoi.

La seconde affaire est plus complexe. Elle a trait à un réseau de proxénétisme nigérian dont l'animateur était un pasteur évangéliste, M. [K], secondé notamment par une ancienne prostituée, Mme [M].

La problématique tourne autour de la qualification d'association de malfaiteurs, deux questions distinctes étant soulevées par les pourvois.

La première est celle de savoir dans quelles conditions le délit d'association de malfaiteurs, délit obstacle, peut être poursuivi cumulativement avec les infractions commises ou tentées par les membres de l'entente.

Vous n'excluez pas le cumul entre l'association de malfaiteurs, infraction indépendante et les crimes ou délits vers laquelle elle tend, à condition de relever au titre de l'association de malfaiteurs des faits différents de ceux qui caractérisent l'infraction consommée ou tentée.

Pour ne prendre qu'un seul exemple, vous avez censuré un arrêt ayant déclaré le prévenu cumulativement coupable de proxénétisme et d'association de malfaiteurs sans retenir des faits constitutifs de participation à une association de malfaiteurs distincts de ceux pour lesquels a été retenu le proxénétisme aggravé (Crim. 9 mai 2018, n° 17-86.448).

Cette jurisprudence conduit les juges à procéder, parmi les faits visés, à un savant découpage qui risque d'être totalement artificiel.

Ce sont, particulièrement, les cours d'assises qui, exposées au risque de cassation de leurs arrêts pour violation de ne bis in idem, préfèrent souvent, en présence d'infractions réalisées et caractérisées en tous leurs éléments, exclure la qualification d'association de malfaiteurs, jugée trop " encombrante " .

Or, comme le fait remarquer le professeur Philippe Conte, il existe une et une seule association de malfaiteurs avec un commencement et une fin et le fait d'y participer devrait être punissable, indépendamment du nombre d'infractions préparées ou exécutées, au point qu'il suggère que « *pour sortir de la confusion jurisprudentielle qui caractérise l'association de malfaiteurs, il serait plus clair de procéder à une réduction du domaine d'application du principe. La jurisprudence a d'ailleurs commencé à lui refuser une portée générale, lorsqu'elle cumule des qualifications pour appréhender une action " dans toutes ses dimensions " . Sur cette lancée, il serait donc concevable de soustraire aussi à l'emprise de ne bis l'association de malfaiteurs... et, plus largement, les infractions qui, comme les infractions formelles ou les infractions-obstacles, ont vocation à précéder la commission d'une autre, tels le faux et l'usage de faux* ».

J'observe que dans certains cas, vous avez vous même écarté l'application de ne bis in idem en considérant que les infractions commises ou tentées n'étaient qu'un aspect d'un projet criminel plus vaste dont rendait compte la qualification d'association de malfaiteurs.

Ce raisonnement est parfaitement applicable dans le cas présent.

Pour déclarer M. [K] coupable de proxénétisme aggravé, les juges ont retenu qu'il fournissait des logements à des prostituées et percevait les produits de la prostitution en paiement des loyers.

Au titre cette fois de la traite d'êtres humains, l'arrêt retient le recrutement de jeunes femmes aux fins d'exploitation sexuelle avec usage de pressions et de menaces.

S'agissant de l'association de malfaiteurs en vue de commettre ces délits, la cour d'appel relève l'adhésion de M. [K] à un réseau au sein duquel chacun tenait un rôle particulier, destiné « *à mettre en commun des moyens humains et logistiques permettant un flux renouvelé d'émigrées nigérianes* ». Les juges énumèrent ensuite les faits qui concrétisent cette association de malfaiteurs.

Leur motivation fait ressortir que les faits reprochés à M. [L] [K] sous la qualification d'association de malfaiteurs revêtent une dimension plus vaste que ceux qui lui sont imputés au titre des seuls délits de traite et proxénétisme.

Dans le cas de Mme [M], sont visés au titre des délits de proxénétisme et traite, le contrôle de la prostitution et le transfert de jeunes femmes depuis le Nigéria contraintes de se livrer à cette activité pour rembourser leur dette de libération tandis que l'association de malfaiteurs vise des faits beaucoup plus larges.

Il s'agit notamment de toute l'aide logistique apportée par la prévenue aux membres du réseau : l'ouverture d'une ligne téléphonique dédiée sous une fausse identité, la fausse immatriculation de véhicules utilitaires utilisés par tous les membres de l'association pour l'activité de prostitution et sa contribution à une " caisse commune " des conducteurs de véhicules permettant de venir en aide à un " associé " en difficulté et de financer l'achat à crédit de nouveaux véhicules.

Ainsi seul le cumul des qualifications de proxénétisme aggravée, traite aggravée et association de malfaiteurs permet d'appréhender l'action délictueuse dans toutes ses dimensions, ce qui vous conduira à écarter le 3^e moyen de M. [K] et pour Mme [M] le 2^e moyen, pris en sa seconde branche.

La seconde question soulevée par les pourvois concerne cette fois le cumul entre l'association de malfaiteurs et la circonstance aggravante de bande organisée.

Si je résume votre jurisprudence actuelle, il n'est pas possible de cumuler l'association de malfaiteurs avec la circonstance de bande organisée lorsque les mêmes agissements sont retenus pour les caractériser. Comme le résume encore le professeur Conte : « *La bande organisée est une association de malfaiteurs qui a réussi, si bien que la première, qui chasse la seconde, est seule punissable par le biais de l'infraction qu'elle aggrave* ».

Mais vous admettez ce cumul, dès lors que sont visés des faits matériels distincts.

En l'espèce, il est important de relever que la circonstance de bande organisée, circonstance aggravante réelle, est exclusivement attachée aux délits d'aide à l'immigration clandestine et de blanchiment reprochés aux deux prévenus.

Il leur est reproché d'avoir facilité l'entrée et le séjour en France de prostituées nigérianes dont les noms sont d'ailleurs cités dans la prévention et d'avoir personnellement transféré au Nigéria de l'argent liquide provenant de l'activité de prostitution, avec la circonstance de leur appartenance à un réseau structuré de proxénétisme.

L'association de malfaiteurs tend, quant à elle, à la commission des mêmes délits mais aussi de ceux de proxénétisme et traite des êtres humains.

Autrement dit, l'objet de l'association de malfaiteurs est en l'espèce plus large que celui de la bande organisée.

Mais il y a plus car, même si l'on ne s'attache qu'aux délits d'aide au séjour irrégulier et de blanchiment, la qualification d'association de malfaiteurs rend compte d'une réalité plus vaste que la bande organisée.

Il s'agissait en effet pour les deux prévenus de fournir au réseau criminel une aide logistique générale, notamment en préparant la venue en France des prostituées nigérianes exploitées, autres que celles aidées directement ou indirectement par eux et

de faciliter le traitement au profit des autres membres du réseau de toutes les opérations de placement, conversion ou dissimulation du produit des infractions.

Seul le cumul de qualifications permet de traiter sous ses différents aspects le comportement illicite des deux prévenus.

C'est pourquoi je suis au rejet des moyens tirés de la prohibition du cumul entre l'association de malfaiteurs et les infractions commises avec la circonstance de bande organisée

- Il s'agit des 1er moyen et 2e moyen, 2de branche pour M. [K]

- et du 3e moyen, 2e et 3e branches, 4e moyen, 2de branche pour Mme [M].

Je me réfère pour le surplus à mes conclusions écrites tendant en définitive au rejet des pourvois dans les deux dossiers.