

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 876



*Publication
bimensuelle*

*15 février
2018*

Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

JURISPRUDENCE

PUBLICATIONS

ÉVÉNEMENTS

HAUTES
JURIDICTIONS

INFORMATIONS
& SERVICES



La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français



Siégeant dans l'enceinte du palais de justice de Paris, la Cour de cassation a pour mission de contrôler l'exacte application du droit par les tribunaux et cours d'appel. Afin de garantir une interprétation uniforme de la loi, l'article L 411-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : **"Il y a pour toute la République une Cour de cassation"**.

[Présentation](#) [Organisation](#)

Derniers arrêts mis en ligne

- ◆ Communiqué relatif à l'arrêt dit AZF du 13 janvier 2015
DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS
- ◆ Arrêt n° 6661 du 13 janvier 2015 (12-87.059) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR06661
DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS
- ◆ Arrêt n° 616 du 9 janvier 2015 (13-80.967) - Cour de cassation - Assemblée plénière - ECLI:FR:CCASS:2015:AP00616
TRAVAIL, APPEL CORRECTIONNEL OU DE POLICE

[ARRÊTS](#) [AVIS](#) [COMMUNIQUÉS](#) [TRADUCTIONS EN 6 LANGUES](#)



1^{re} chambre civile

Actualités

- ◆ **Affaire AZF : Consulter le communiqué et l'arrêt**
- ◆ **Activité 2014 de la Cour en quelques chiffres-clés**
- ◆ **Retournée solennelle : consulter les discours**
- ◆ **Communiqué relatif à l'arrêt d'assemblée mixte du 09.01.15**

[Voir les précédentes Unes](#)

Questions prioritaires de constitutionnalité

- ◆ Arrêt n° 7873 du 13 janvier 2015 (14-90.044) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR07873
- ◆ Arrêt n° 2 du 6 janvier 2015 (14-87.893) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR00002

QPC soumises à la Cour de cassation

[par date](#) [par texte](#)

Informations et suivi d'un pourvoi

- ◆ Service de l'accueil et services du greffe
- ◆ Bureau d'aide juridictionnelle
- ◆ Charte de la procédure des justiciables

[SUIVRE VOTRE AFFAIRE](#)

Colloques à venir

26 janvier 2015

5 février 2015
CYCLE HISTOIRE 2015 - LES PROCES POLITIQUES DANS L'HISTOIRE

[Voir tous les colloques](#)

Liens professionnels

- ◆ Experts judiciaires (dont traducteurs)
- ◆ Marchés publics
- ◆ Commander des arrêts en ligne
- ◆ Contact presse

Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Fonds ancien de la bibliothèque

Sites partenaires



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

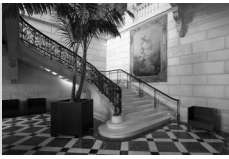
Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



2
•

Le 4 octobre dernier, la chambre sociale a jugé (*infra*, n° 285) que « Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'entreprise négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, [...] sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ». Estimant « qu'une négociation globale d'entreprise est au moins aussi pertinente qu'une négociation d'établissement pour définir des différences entre les salariés », Jean-François Cesaro (*JCP* 2017, éd. S, II, 1391) note qu'une telle solution évite le « risque de contradiction au sein d'une même entreprise, où un même avantage pourrait, selon qu'il résulte d'un accord d'entreprise ou d'établissement, être dans le premier cas contraire au principe d'égalité et dans le second présumé conforme à ce dernier ».

Jurisprudence



Le lendemain, la deuxième chambre civile a jugé (*infra*, n° 274) que « si l'aménagement du logement de la victime pour l'adapter aux contraintes liées à son handicap constitue un préjudice qui lui est propre, les frais engagés par ses proches pour rendre leur logement accessible afin de pouvoir la recevoir constituent un élément de leur préjudice économique », solution « à la fois classique et novatrice » qui « permet d'étendre le préjudice économique de la victime indirecte aux frais d'adaptation de son logement au handicap de la victime immédiate, mais sous réserve que la nécessité d'aménager son habitation soit démontrée », ceci « indépendamment des frais de logement adapté indemnisés à la victime immédiate », selon Geoffroy Hilger, qui ajoute (*Gaz Pal* 2017, n° 39, p 21) qu'elle « s'inscrit dans le mouvement jurisprudentiel d'indemnisation croissant des victimes » et que « la liste proposée *Dintilhac* n'étant [...] qu'indicative et non exhaustive, rien n'empêche qu'elle soit complétée ».

Doctrine



Enfin, le 13 octobre, la Cour, réunie en assemblée plénière, a jugé que « la seule circonstance qu'une personne soit nommément citée dans le réquisitoire aux fins d'informer adressé par le ministère public à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne suffit pas à lui conférer la qualité de partie de nature à lui ouvrir la voie du pourvoi en cassation contre les décisions prises par cette juridiction », conformément à l'avis de l'avocat général, qui indiquait qu'« à compter de l'entrée en vigueur loi [...] du 15 juin 2000 [...] », « 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 doctrine », pour en déduire qu'« en l'état actuel du droit, il ne peut plus être déduit de la délivrance contre personne dénommée d'un réquisitoire introductif que celle-ci serait partie à la procédure », ajoutant qu'« aucun arrêt en ce sens n'a, au demeurant, été rendu par la chambre criminelle ».

Approuvant cette solution, Jean Pradel (*JCP* 2017, éd G, II, 1191) note qu'« une personne seulement visée dans le réquisitoire du parquet et non mise en examen effectivement n'est pas une partie et ne peut donc se pourvoir en cassation contre une décision de la juridiction d'instruction du fond ».

Pour ce dernier, à ce stade, une personne dans cette situation « n'a pas d'existence procédurale », car « c'est seulement par l'audition de la personne visée au réquisitoire, par le juge d'instruction, que celle-ci deviendra un témoin assisté ou un mis en examen », l'auteur précisant encore qu'« avant cet acte, cette personne ne peut être mieux traité qu'un témoin assisté, qui n'est déjà pas une partie », le tout sans conséquence pour le demandeur au pourvoi, qui pourra toujours, en l'espèce et en cas de mise en examen ultérieure ou, désormais, en cas d'audition en tant que témoin assisté, soulever la prescription de l'action publique dans les six mois suivant cette mise en examen ou cette audition.

Table des matières

COUR DE CASSATION (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 13 octobre 2017

rendu par l'assemblée plénière

Page

Cour de justice de la République 5

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Numéros

Action civile	248	Sécurité sociale	277 à 279
Architecte entrepreneur	249-250	Sécurité sociale, accident du travail	280
Assurance responsabilité	251	Séparation des pouvoirs	281
Avocat	252	Statut collectif du travail	282 à 286
Bail commercial	253	Travail réglementation, durée du travail	287-288
Bail rural	254	Union européenne	289
Cassation	255		
Cession de créance	256		
Commune	257		
Construction immobilière	258-259		
Contrat de travail, durée déterminée	260		
Contrat de travail, rupture	261		
Convention européenne des droits de l'homme	262		
Donation-partage	263		
État civil	264		
Fondation	265		
Mineur	266		
Obligation naturelle	267		
Prêt	268		
Procédure civile	265-269		
Professions médicales et paramédicales	270		
Représentation des salariés	271 à 273		
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	274		
Santé publique	275-276		

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 13 OCTOBRE 2017 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 5
Arrêt	Page 5
Note	Page 6
Rapport	Page 8
Avis	Page 31

Cour de justice de la République

Arrêts. - Arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. - Pourvoi. - Recevabilité. - Conditions. - Qualité. - Partie au procès. - Définition. - Personne nommément citée dans les réquisitions du ministère public (non). - Portée.

La seule circonstance qu'une personne soit nommément citée dans le réquisitoire aux fins d'informer adressé par le ministère public à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne suffit pas à lui conférer la qualité de partie de nature à lui ouvrir la voie du pourvoi en cassation contre les décisions prises par cette juridiction.

ARRÊT

La cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé le 31 mai 2017 par M. Edouard X..., domicilié chez M^e François Martineau, SCP Lussan, société d'avocats, 282, boulevard Saint-Germain, 75007 Paris, contre l'arrêt rendu le 28 septembre 2016 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, qui, dans la procédure suivie notamment contre lui des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux, a constaté la prescription partielle de l'action publique ;

Le pourvoi est examiné par l'assemblée plénière en application de l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République ;

Par ordonnance en date du 16 juin 2017, le premier président a prescrit l'examen immédiat du pourvoi et fixé au 18 juillet 2017 l'expiration du délai imparti à la SCP Spinosi et Sureau pour déposer un mémoire ; par ordonnance en date du 17 juillet 2017, cette date a été reportée au 21 juillet 2017 ;

M. X... invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Spinosi et Sureau, le 21 juillet 2017 ;

Le rapport écrit de M. Stephan, conseiller, et l'avis écrit de M. Cordier, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le rapport de M. Stephan, conseiller, assisté de M. Mihman, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Spinosi et Sureau, l'avis de M. Cordier, premier avocat général, auquel la SCP Spinosi et Sureau a répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur la recevabilité du pourvoi :

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

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

Que, dès lors, le pourvoi est irrecevable ;

PAR CES MOTIFS :

DÉCLARE IRRECEVABLE le pourvoi.

Ass. plén. - 13 octobre 2017 IRRECEVABILITÉ

N° 17-83.620. - Cour de justice de la République, 28 septembre 2016.

M. Louvel, Pt. - M. Stephan, Rap., assisté de M. Mihman, auditeur. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1125, et II, 1191, note Jean Pradel. Voir également la Gaz. Pal. 2017, n° 39, p. 18, note Laurent Saenko.

Note sous assemblée plénière, 13 octobre 2017

Par le présent arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation déclare irrecevable le pourvoi formé par M. X..., ancien Premier ministre et candidat à l'élection présidentielle, contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ayant partiellement écarté la prescription de l'action publique concernant certains faits dont elle était saisie.

La décision attaquée était intervenue alors que le demandeur n'était pas encore mis en examen mais était nommément cité dans le réquisitoire aux fins d'informer, ce qui constitue une obligation énoncée par l'article 19 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 concernant la Cour de justice de la République.

Cette même loi dispose en son article 24 que « *dans les conditions et formes déterminées par le titre I^{er} ["du pourvoi en cassation"] du livre III ["des voies de recours extraordinaires"] du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation* ». Un renvoi est opéré aux articles 567 à 621 du code de procédure pénale, relatifs au pourvoi en cassation.

L'article 567 du code de procédure pénale, auquel il est ainsi renvoyé, énonce, en son alinéa 1, que « 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 ».

Le premier moyen reprochait à la commission d'instruction de ne pas avoir donné au demandeur la qualité de partie avant de rendre la décision attaquée, cependant que le second lui faisait grief de ne pas avoir donné à la décision du Conseil constitutionnel portant validation des comptes de campagne du demandeur la portée qu'elle avait.

Préalablement à l'examen des moyens proposés, l'assemblée plénière de la Cour de cassation devait déterminer si le demandeur était recevable à former un pourvoi en cassation, au regard notamment de l'article précité, posant deux exigences, en premier lieu quant à la qualité de partie et, en second lieu, le cas échéant, quant à l'existence d'un grief.

Cette question méritait particulièrement d'être posée au regard du fait que le demandeur était nommément cité dans le réquisitoire aux fins d'informer.

En effet, il pouvait être estimé, comme il était soutenu en l'espèce, que cette circonstance était de nature à justifier la recevabilité du pourvoi formé contre la décision intervenue avant la mise en examen du demandeur, mais dont il ne prenait officiellement connaissance qu'au moment de celle-ci.

Elle méritait d'autant plus d'être examinée qu'au cas d'espèce, la décision attaquée avait apporté une réponse explicite à des observations spontanées de la personne nommément visée par le réquisitoire, antérieures à sa mise en examen, portant précisément sur l'acquisition de la prescription de l'action publique.

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts, faisant application de la théorie dite de l'« inculpation ou mise en examen virtuelle », avait d'ailleurs retenu que la personne citée dans un réquisitoire introductif était fondée, pour ce seul motif, à former un pourvoi en cassation (Crim., 12 avril 1988, pourvoi n° 87-91.698, *Bull. crim.* 1988, n° 150 ; Crim., 19 novembre 1998, pourvoi n° 98-83.333, *Bull. crim.* 1998, n° 309).

Cette jurisprudence avait, de plus, été concrétisée par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, ayant modifié l'article 105 du code de procédure pénale, en accordant notamment à la personne citée dans un réquisitoire introductif les mêmes droits que ceux reconnus à la personne mise en examen.

En ce seul état, le pourvoi du demandeur aurait pu être jugé recevable.

Toutefois, cette construction jurisprudentielle et légale a été remise en cause par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Cette loi a, en effet, créé le statut de témoin assisté, témoin auquel elle n'a pas reconnu la qualité de partie, lui interdisant en conséquence, à l'exception de cas spécifiques définis par la loi et la jurisprudence, de se pourvoir en cassation contre des décisions intervenues dans l'instance.

Reconnaître un tel droit à la personne citée dans les réquisitions pouvait aboutir à une incohérence, en lui octroyant davantage de prérogatives que si elle avait eu le statut de témoin assisté, envisagé pourtant comme plus protecteur, comme en témoignent les dispositions des articles 113-1 et suivants du code de procédure pénale.

Pour ce motif d'ailleurs, la loi du 15 juin 2000 précitée a supprimé l'assimilation de la personne citée au réquisitoire à la personne mise en examen et aucun arrêt postérieur de la chambre criminelle de la Cour de cassation n'est intervenu pour remettre en cause cette situation.

Il pouvait être encore recherché si la procédure suivie devant la Cour de justice de la République n'entraînait pas une spécificité pouvant avoir des conséquences sur le point examiné. Mais le seul caractère obligatoire de réquisitions nominatives prévu par l'article 19 de la loi organique n° 93-1252 précitée concernant la Cour de justice de la République, lié à l'objet même de cette juridiction, ne peut avoir de conséquences différentes de celles résultant de la procédure de droit commun.

Dans la droite ligne de cette évolution, l'assemblée plénière de la Cour de cassation retient donc que le demandeur, bien que cité dans le réquisitoire aux fins d'informer, n'est pas une partie et ne peut y être assimilé. Il ne peut, dès lors, former un pourvoi en cassation contre la décision, intervenue avant sa mise en examen, ayant statué sur la prescription de l'action publique.

Ayant exclu que le demandeur puisse se prévaloir de la qualité de partie, l'assemblée plénière ne se prononce pas sur l'existence d'un grief causé par la décision attaquée. Il peut être observé toutefois que, indépendamment des règles jurisprudentielles relatives à l'absence d'autorité de chose jugée d'une décision examinant la prescription de l'action publique et celles permettant à une personne mise en examen ou prévenue de soulever une telle exception, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale a modifié l'article 82-3 du code de procédure pénale en accordant un délai de six mois à la personne mise en examen ou au témoin assisté pour soulever cette exception, ce délai courant à dater de la mise en examen ou de la première audition en qualité de témoin assisté. Du fait de la décision d'irrecevabilité du pourvoi intervenue, les moyens n'ont pas été examinés.

Rapport de M. Stéphan

Conseiller rapporteur

L'assemblée plénière de la Cour de cassation est saisie du pourvoi formé par M. Edouard X..., ancien Premier ministre, contre l'arrêt de la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République, en date du 28 septembre 2016, qui, dans la procédure suivie contre lui des chefs d'abus de biens de sociaux, complicité et recel, a partiellement constaté la prescription de l'action publique.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

I. - Les faits

Les faits dont est saisie la commission d'instruction de la Cour de justice de la République s'inscrivent dans le cadre de l'exécution de contrats de coopération et d'assistance militaire passés avec deux États, l'Arabie saoudite, d'une part, le Pakistan, d'autre part.

A. - Les contrats concernés

1. Les contrats conclus entre la France et l'Arabie saoudite

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

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

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

La conclusion de ces accords, passés entre les deux États concernés, a été précédée de contrats de consultance liant la direction des constructions navales internationales (DCNI), société créée en 1991 sous la forme d'une société anonyme à capitaux d'État et devenue DCNS le 1^{er} juin 2003, à des intermédiaires chargés de convaincre les autorités étrangères de traiter avec la France.

Dans cette perspective, une autre société, la société française d'exportation de systèmes avancés (SOFRESA), liée à la DCNI, a été chargée de recruter les intermédiaires concernés, en leur versant une commission calculée sur le montant des contrats. Cette société, créée en 1974, regroupait l'État et plusieurs industriels de l'armement pour assurer la promotion et la commercialisation de matériel militaire pour la zone géographique du Moyen-Orient.

2. Le contrat conclu entre la France et le Pakistan

C'est également en 1994, le 21 septembre, qu'a été conclu avec ce pays un contrat dénommé « Agosta », portant sur la vente de trois sous-marins pour un montant de 5,145 milliards de francs, une partie de ce matériel militaire devant être assemblée au Pakistan, à Karachi.

C'est la Société française de matériels d'armement (SOFMA), équivalent de la SOFRESA pour les pays de la zone Asie, qui est intervenue préalablement pour recruter et rémunérer les intermédiaires chargés de convaincre les autorités pakistanaises de contracter avec la France. Ce premier réseau d'intermédiaires était constitué notamment d'un proche de la famille Y..., Mme Benazir Y... étant elle-même Premier ministre du Pakistan.

B. - L'intervention d'un réseau complémentaire d'intermédiaires

Parallèlement aux réseaux d'intermédiaires mis en place dans les conditions précédemment rappelées, serait venu se greffer un autre réseau, souvent dénommé « Réseau K », regroupant, notamment, trois personnes : M. Z..., M. A... et M. B...

Ainsi, concernant l'Arabie saoudite, c'est le 25 octobre 1993 que la SOFRESA, dont le nouveau président, M. Jacques C..., venait de prendre ses fonctions, a conclu des accords avec les sociétés du réseau K, portant sur tous les programmes de défense à venir avec l'Arabie saoudite, et donc sur les quatre contrats précédemment cités. De même, concernant le Pakistan, l'intervention du nouveau réseau, fin mai ou début juin 1994, aurait été initiée par M. D..., alors chargé de mission auprès du ministre de la défense, M. François E...

Les investigations ultérieurement menées, dans les conditions qui seront ci-dessous rappelées, devaient faire ressortir le caractère pouvant apparaître comme anormal de l'intervention de ce réseau. Outre le fait que celle-ci entraînait un surcoût très important des commissions fixées, et des paiements anticipés, il devait apparaître que la participation de ces nouveaux intermédiaires pouvait avoir été inutile et n'avoir eu pour finalité que la mise en place de rétrocommissions, certaines pouvant avoir été destinées au financement de la campagne présidentielle de M. X... en 1995.

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

Cette décision aurait été effective en juillet 1996.

C. - L'attentat du 8 mai 2002

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

Une information concernant ces faits était ouverte le 27 mai 2002 au tribunal de grande instance de Paris, confiée à des magistrats du pôle anti-terroriste. Elle est toujours en cours.

C'est dans le cadre de cette information que devait être mise en évidence l'existence possible d'infractions à caractère financier.

Il doit être ajouté, avant d'examiner les procédures directement liées à l'affaire actuellement soumise, les deux éléments suivants :

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

- ensuite, par une décision du 11 octobre 1995, publiée le 12 octobre 1995, les comptes de la campagne électorale de M. X... ont été validés par le Conseil constitutionnel¹.

II. - La procédure

Outre l'information en cours concernant l'attentat précité, plusieurs procédures judiciaires ont été initiées dans les conditions suivantes.

A. - L'enquête préliminaire P 06027.9201/2 concernant la mission « Nautilus » et sa suite, l'information ouverte le 25 février 2008

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

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

Il est ainsi apparu que la DCNI avait initié cette mission « Nautilus », car cette société souhaitait, concernant l'attentat de Karachi, vérifier l'état de l'enquête suivie au Pakistan, s'assurer qu'elle ne pouvait être poursuivie pour insuffisance de sécurité, rechercher sur qui pouvait rejaillir la responsabilité de l'attentat et tenter d'identifier toute menace contre le contrat ou elle-même. Cette mission a été confiée à M. Claude H..., ancien agent de la direction de la sécurité du territoire.

Or les deux notes précitées devaient révéler plusieurs indications selon lesquelles, notamment :

pour la première note :

- l'attentat de Karachi avait été réalisé grâce à des complicités de l'armée pakistanaise et des bureaux de soutien à des guérillas islamistes ;

- le but était financier et, d'une part, visait à obtenir le versement de commissions promises par le réseau de M. A..., mais dont l'annulation avait été décidée à la suite de l'alternance politique en France, et, d'autre part, avait pour objet d'assécher les réseaux de financement occultes de l'association pour la réforme d'Edouard X..., ayant pris la suite de l'AFICEB, association pour le financement de la campagne d'Edouard X...

pour la seconde note :

- la découverte des intermédiaires, autrefois employés par le chef d'état-major de la marine, révélait l'existence d'un double circuit de financement, en faveur des islamistes, d'une part, et en faveur de intermédiaires français, d'autre part ;

- une personne, M. Amir I..., était responsable des rémunérations occultes des décideurs politiques.

Cette enquête préliminaire a donné lieu, le 25 février 2008, à l'ouverture d'une information judiciaire aux cabinets de juges parisiens des chefs, notamment, d'abus de biens sociaux au préjudice de la DCNI, de trafic d'influence et de corruption portant, entre autres, sur les missions de renseignement effectuées pour le compte de cette société et rétribuées de manière suspecte, à la suite de la vente de frégates à Taïwan. Ces missions, dont certaines avaient été confiées à M. H..., avaient pour objet d'identifier les personnalités taïwanaises susceptibles d'avoir perçu des commissions et de recueillir des informations sur le contentieux relatif à cette affaire devant la Cour internationale d'arbitrage et les poursuites pénales consécutives à la vente des frégates précitées.

Dans le cadre de cette information, les services de police, agissant sur commission rogatoire, ont saisi le 3 juin 2008 un mémorandum (D 137), daté du 29 avril 2008, établi par M. Gérard J..., auquel étaient jointes les pièces du dossier « Nautilus ». Ce mémorandum reprenait lui-même les différents éléments déjà apparus faisant ressortir :

- l'intervention du nouveau réseau de commissions, se superposant au premier ;

- l'intervention de M. Z... et de M. A... ;

- l'interruption, effective en 1996, du versement des commissions à ce réseau ;

¹ Conseil constitutionnel, 11 octobre 1995, décision n° 95-91 PDR.

- les conditions dans lesquelles il avait été fait appel à M. H..., habilité secret défense, pour conduire la mission « Nautilus » ;

- le lien possible entre l'interruption des commissions et l'attentat de Karachi le 8 mai 2008.

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

Il peut être ajouté que cette information a donné lieu à une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel de Paris de six personnes, dont M. H... et M. J..., le 13 juin 2012, du chef, notamment, de trafic d'influence. Le tribunal correctionnel a statué le 20 février 2013. Appel de cette décision a été interjeté par les deux intéressés, un autre prévenu et le ministère public. Par arrêt en date du 12 mai 2016, la cour d'appel de Paris a, notamment, pris acte du désistement d'appel de M. H... et confirmé la décision intervenue pour M. J... Ce dernier a formé un pourvoi en cassation, toujours en cours d'examen (n° 16-83.724).

B. - Les autres informations judiciaires

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

C'est en prenant connaissance de ces éléments que les parties civiles constituées dans le dossier de l'attentat de Karachi ont déposé, le 15 juin 2010, une plainte avec constitution de partie civile des chefs d'entrave, corruption, abus de bien sociaux, faux témoignage et recel aggravé, les faits concernés étant ceux relatifs aux conditions dans lesquelles avait été conclu le contrat Agosta avec le Pakistan. Une difficulté étant survenue concernant la recevabilité de la constitution de partie civile pour certains chefs de ces infractions, ces constitutions ont été déclarées recevables à la suite d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 4 avril 2012².

Le 14 décembre 2010 a été ouverte, à l'initiative du ministère public, une seconde information, au vu de pièces issues du dossier d'information précité et visant les faits relatifs aux contrats conclus par l'intermédiaire du réseau K, concernant tant le contrat « Agosta » que le contrat « Sawari II ».

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

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

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

Un autre réquisitoire supplétif, en date du 18 juillet 2013, a visé les fonds ayant pu bénéficier à la campagne électorale de M. X...

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

- M. Dominique K..., président directeur général de la DCNI de 1991 à 2001, pour abus de biens sociaux ;
- M. Nicolas L..., directeur de cabinet de M. X..., Premier ministre, et directeur de la campagne électorale de ce dernier, pour complicité d'abus de biens sociaux et recel ;
- M. Ziad Z..., M. Abdul Rahman A..., M. Thierry M... et M. Renaud D... pour complicité d'abus de biens sociaux, recel, le premier l'étant également du chef de fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale et organisation frauduleuse d'insolvabilité.

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

Cet arrêt a été cassé par la chambre criminelle de la Cour de cassation³, étant précisé qu'une précédente ordonnance d'irrecevabilité rendue par le président de la chambre de l'instruction avait elle-même été annulée.

La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon, désignée pour statuer, s'est prononcée par arrêt en date du 20 janvier 2017, en ordonnant le renvoi des prévenus devant le tribunal correctionnel.

Cette décision a elle-même été récemment cassée partiellement par la chambre criminelle⁴, mais les moyens relatifs à la prescription ont été rejetés, sur le fondement de l'article 574 du code de procédure pénale. Dans cette même instance, par arrêt précédent, la chambre criminelle avait dit n'y avoir lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant notamment sur les dispositions de l'article 4 de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 relative à la prescription⁵.

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

Tel est l'état actuel de cette procédure.

² Crim., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-81.124, *Bull. crim.* 2012, n° 86.

³ Crim., 10 février 2016, pourvoi n° 15-84.152, *Bull. crim.* 2016, n° 37.

⁴ Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-81.510.

⁵ Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° 17-81.510.

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

Par ailleurs, un article avait été publié le 22 mai 2001 sur le site du quotidien *Le Parisien* faisant état de l'audition de M. Olivier N..., ayant déclaré avoir perçu une somme de 5,5 millions de francs en contrepartie de prestations de sécurité exécutées par la société EPR Sécurité, chargée d'assurer la sécurité de réunions organisées lors de la campagne électorale de M. X...

Cette audition avait donné lieu à l'ouverture d'une enquête au parquet de Paris (n° P 9805400603), et avait été suivie d'un classement sans suite le 12 juillet 2002.

C. - La procédure devant la Cour de justice de la République

Comme il vient de l'être évoqué, certains éléments, mis en évidence dans l'information précitée suivie au pôle financier parisien, ont ainsi abouti à une mise en cause possible de M. X..., ancien Premier ministre, et de M. E..., ancien ministre de la défense, pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions, entre le 29 mars 1993 et le 11 mai 1995.

1. La saisine de la commission des requêtes

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

Le 20 mai 2014, M^e Martineau et M^e de Belloy, avocats de M. X..., ont fait parvenir un mémoire à la commission des requêtes. Indiquant avoir été informés par la presse de la saisine de cette commission et regrettant le refus d'accès au dossier leur ayant été opposé, ils ont fait valoir que, d'une part, la validation des comptes de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel entraînait une irrecevabilité empêchant la saisine de la commission d'instruction, d'autre part, les faits concernés se trouvaient largement prescrits, le système de rétrocommissions en cause, selon certains journalistes, étant connu dès 1995-1996 par les plus hautes autorités de l'État, à savoir le Président de la République, M. F..., et son ministre de la défense, M. O...

2. La décision de la commission des requêtes

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

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

- les commissions concernant le réseau K apparaissaient n'avoir eu aucune contrepartie pour la DCNI et la SOFRESA, n'ayant été d'aucun effet sur la conclusion des marchés ;

- les commissions incriminées auraient été réalisées dans des conditions très privilégiées, jugées anormales, leur règlement étant en outre accéléré (« balourds »), par priorité sur les sommes dues aux industriels ; ce système aurait été mis en place au moyen de contrats d'intermédiation et de comptes dénommés « Estar » « Rabor » et « Tesmar » (pour les contrats saoudiens), « Mercor Finances » et « Heine » (pour le contrat « Agosta ») ;

- ainsi, concernant les marchés « Shola » et « SLBS » (Arabie saoudite), un contrat dénommé « Rabor », conclu avec une société Estar intervenant pour les intermédiaires, aurait stipulé le versement d'un premier paiement de 20 % du montant de l'acompte versé par le client, les échéances suivantes devant intervenir jusqu'en 1995, alors que ces marchés devaient se poursuivre jusqu'en décembre 1999 ;

- concernant le marché « Mouette » (Arabie saoudite), aurait été prévu au profit d'une société « Tesmar », intervenant pour M. Z... et M. A..., le versement de commissions sur trente mois ; toutefois, à la suite de rencontres entre M. C..., M. D... et M. Z... et malgré l'opposition du ministère du budget, le versement des commissions aurait été prévu sur la seule année 1995, alors que les paiements du client étaient étalés sur six ans ;

- concernant enfin le marché « Agosta », le contrat signé le 12 juillet 1994 avec la société Mercor Finances prévoyait le versement de 189 millions de francs, dont 133 millions auraient été réglés le 7 février 1995 ;

- les sommes concernées auraient transité par des circuits opaques, aboutissant à des retraits en espèces, et auraient été susceptibles d'avoir alimenté un système de rétrocommissions ayant contribué au financement de la campagne électorale de M. X... ;

- M. Z... était une relation de M. E... et diverses réunions auraient eu lieu entre les personnes concernées au ministère de la défense puis à l'hôtel Matignon ;

- les contrats de commission saoudiens auraient été signés par M. C..., membre du bureau du Parti républicain et proche de M. E... ;

- M. K... et M. P..., respectivement président et vice-président de la DCNI, ont expliqué que le réseau K leur aurait été imposé par M. D..., chargé de mission auprès de M. E... ;

- selon M. J..., directeur administratif et financier de la DCNI, la mise en place du système de paiement des commissions au profit du réseau Z... - A... n'aurait pu avoir lieu qu'avec l'aval des cabinets des ministères de la défense et du budget.

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

En particulier auraient été observés :

- le retrait en Suisse, sur des comptes au nom de M. A... et M. Q... (ressortissant koweïtien dont le compte pouvait avoir été utilisé pour opacifier le circuit financier), les 6 et 7 avril 1995, d'une somme totale de 13 065 000 F, dont un retrait de 10 050 000 F ;
- dans le même temps, trois jours après l'échec du candidat au premier tour de l'élection présidentielle, le compte de l'association pour le financement de la campagne d'Edouard X... (l'AFICEB), dont M. R... était le président, aurait été crédité d'une somme de, en réalité, 10 250 000 F (et non 10 050 000 F comme indiqué par erreur) ;
- enfin, une somme de 5 500 000 F, non comptabilisée dans les comptes de l'AFICEB, a été versée en espèce à M. Olivier N..., personne en charge de la sécurité du Premier ministre, M. X..., pendant la campagne électorale.

3. La saisine de la commission d'instruction

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

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

4. La décision attaquée

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

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

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

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

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

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

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

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

Pour parvenir à cette conclusion, la commission d'instruction a retenu, principalement, les motifs suivants :

sur le versement de 5,5 millions de francs concernant M. N... :

- ce versement au profit de M. N... a été évoqué dans un article publié sur le site *Le Parisien*, faisant état d'une audition de l'intéressé ;

- cette audition, réalisée en octobre 1997, dans le cadre d'une commission rogatoire d'un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Coutances, a été transmise par le procureur de la République concerné à celui de Paris le 3 février 1998 ;

- une enquête a été ouverte à Paris le 23 février 1998, dans le cadre de laquelle, notamment, le président du Conseil constitutionnel a été sollicité pour obtenir les factures de la société EPR Sécurité et M. G..., entendu ;

- cette enquête a été classée sans suite le 12 juillet 2002 ;

- la prescription était donc acquise, au plus tard, le 12 juillet 2005, date bien antérieure à l'ouverture, pour des raisons connexes, d'une part, de l'enquête initiale P 06027.9201/2 ayant permis la saisie des documents « Nautilus », d'autre part, de l'information en ayant été la suite.

sur les autres faits dont la commission d'instruction se trouvait saisie :

- le point de départ de la prescription, en matière d'infractions dissimulées, est reporté au jour où le délit a pu être constaté ;

- si c'est à la fin de l'année 1995 ou, en tous cas, en 1996 que les faits sont parvenus à la connaissance, d'une part, du ministre de la défense, ayant confié à la DGSE une enquête administrative à la demande du Président de la République, et, d'autre part, de la DCNI, ayant reçu le rapport « Nautilus » commandé à M. H..., ces informations n'ont pas été transmises au procureur de la République ;

- si la validation des comptes de campagne de M. X... par le Conseil constitutionnel, le 12 octobre 1995, a un effet sur la prescription du délit de financement illégal d'une campagne électorale, délit prévu par l'article L. 113-1 du code électoral, elle est sans effet sur la prescription des délits dissimulés visés au réquisitoire introductif, dès lors que, d'une part, la décision du Conseil constitutionnel, seul document public émanant de cette juridiction, ne fait état d'aucun fait susceptible de recevoir une qualification pénale et, d'autre part, c'est bien plus tard, au cours des années 2011 et 2015, que M. S..., ancien président du Conseil constitutionnel, et M. T..., ancien membre de cette juridiction, ont déclaré que les comptes de campagne de M. X... présentaient de graves irrégularités ;

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

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

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

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

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

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

À la suite de sa mise en examen, intervenue le 29 mai 2017, des chefs de complicité et recel d'abus de biens sociaux⁶, M. X... a formé, le 31 mai 2017, par l'intermédiaire de son conseil, un pourvoi en cassation contre cette décision.

Le 1^{er} juin 2017, l'intéressé a présenté une requête aux fins d'examen immédiat de ce pourvoi sur le fondement des dispositions des articles 570 et 571 du code de procédure pénale. Des observations au soutien de cette requête ont été présentées par la SCP Spinosi et Sureau le 13 juin 2017.

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 au 18 juillet 2017 la date limite de dépôt du mémoire ampliatif. Par ordonnance en date du 17 juillet 2017, ce délai a été prorogé au 21 juillet 2017.

C'est ce même jour que la SCP Spinosi et Sureau a déposé un mémoire ampliatif.

⁶ CJR, D 3536.

ANALYSE DES MOYENS

À titre liminaire, préalablement à la présentation des deux moyens de cassation proposés, le demandeur expose qu'il n'entend nullement demander à l'assemblée plénière de la Cour de cassation de trancher la question de l'acquisition de la prescription s'agissant du volet financier du « dossier Karachi » et ne souhaite la saisir que de moyens qui lui sont propres.

À cette fin, il fait ainsi valoir les arguments suivants.

D'une part, il soutient n'avoir pu bénéficier d'un débat sur le fond de ce dossier devant la commission d'instruction et qu'il ne saurait dès lors le faire pour la première fois devant la Cour de cassation, laquelle est sans compétence pour apprécier, au regard des limites de son contrôle, les éléments de fait et de preuve de ce dossier.

D'autre part, ce débat, concernant la prescription, est toujours pendant devant d'autres juridictions, la chambre criminelle ayant été saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon en date du 20 janvier 2017, le demandeur n'entendant pas interférer avec ces instances connexes.

C'est la raison pour laquelle il indique ne saisir l'assemblée plénière que des deux points suivants :

- il soutient que la décision attaquée aurait été rendue dans des conditions contraires au droit à un procès équitable et aux droits de la défense, l'intéressé n'ayant pas été appelé à exprimer ses arguments relatifs à la prescription des faits ;

- il souhaite, également, que la Cour de cassation se prononce sur le point de savoir si la validation par le Conseil constitutionnel de ses comptes de campagne n'interdisait pas sa mise en cause pour recel d'abus de biens sociaux, délit correspondant précisément à l'utilisation des fonds pour sa campagne électorale.

A. - Le premier moyen

Il est tiré de la violation des articles 6, § 1 et 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, 18 et 22 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, préliminaire, 6, 8, 591 et 593 du code de procédure pénale.

Présenté en une branche, il fait grief à la commission d'instruction d'avoir rendu, par les motifs repris, un arrêt décidant n'y avoir lieu de constater la prescription :

alors qu'il résulte tant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que de l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993 que la commission d'instruction de la Cour de justice de la République doit mener l'information dans le respect du droit à un procès équitable, du principe du contradictoire et des droits de la défense ; qu'a manifestement méconnu ces exigences la commission d'instruction, qui a rendu une décision sur la prescription de l'action publique au visa d'une note déposée par les conseils de M. X... en septembre 2014, à un moment où l'information avait été ouverte sur la base d'un réquisitoire introductif dans lequel il était expressément dénommé mais où il n'avait pas encore été mis en examen, et ce, sans l'inviter à participer aux débats, ni lui communiquer le réquisitoire du ministère public.

B. - Le second moyen

Ce moyen est tiré de la violation des articles 62 de la Constitution, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 18 et 22 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, L. 52-4 à L. 52-13, L. 52-15 et L. 52-16 du code électoral, préliminaire, 6, 8, 591 et 593 du code de procédure pénale.

Développé en trois branches, il est fait ici grief à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République d'avoir constaté, pour les motifs reproduits, que les faits relatifs au dépôt de la somme de 10 350 000 francs sur le compte de l'association pour le financement de la campagne électorale de l'exposant n'étaient pas prescrits :

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

2. Alors qu'en tout état de cause, l'examen des comptes de campagne d'un candidat à l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel implique le contrôle de l'origine de l'ensemble des recettes perçues en vue de l'élection, de sorte que, sauf hypothèse d'une fraude, il est exclusif d'une dissimulation, en matière de prescription, s'agissant des éventuelles infractions en lien avec l'origine des fonds ; qu'en l'espèce, les recettes de la campagne de M. X... ont été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, et notamment la somme dont il est aujourd'hui allégué qu'elle serait le produit d'un abus de biens sociaux ; que n'ayant pas contesté que cette somme ait fait l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel, la commission d'instruction ne pouvait fixer à une date ultérieure à la décision de cette autorité le point de départ du délai de prescription du délit de recel ;

3. Alors qu'enfin, la commission d'instruction a relevé, sans en tirer les conséquences légales, qu'au cours des années 2011 et 2015, « M. S..., ancien président du Conseil constitutionnel, et M. T..., ancien membre de cette juridiction, ont déclaré dans les médias que les comptes de campagne de M. X... présentaient de graves irrégularités (D 814, D 1609) », ce dont il ressortait que la décision de validation est intervenue malgré l'émission de doutes quant à la provenance de la somme de 10 350 000 francs litigieuse.

IDENTIFICATION DES POINTS DE DROIT À JUGER

Pour le premier moyen

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République a-t-elle porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense en rendant une décision statuant sur la prescription de l'action publique, au visa d'une note déposée par les conseils de M. X..., lequel était expressément nommé dans le réquisitoire introductif, mais n'avait pas été mis en examen, n'avait pas eu accès à la procédure et aux réquisitions du ministère public et n'avait pas été invité à participer à ce débat ?

Pour le second moyen

- La décision de validation des comptes de campagne par la décision du Conseil constitutionnel publiée le 12 octobre 1995 faisait-elle obstacle, en vertu de l'autorité de la chose jugée, à des poursuites fondées sur l'origine des sommes ainsi contrôlées, relatives au financement de la campagne électorale du candidat concerné ?

- La décision du Conseil constitutionnel, concernant la validation des comptes de campagne, hors l'hypothèse d'une fraude, en ce qu'elle portait notamment sur la somme dont il est allégué qu'elle serait le produit d'un abus de biens sociaux, excluant ainsi toute dissimulation, constituait-elle le point de départ du délai de prescription, lequel ne pouvait en conséquence être reporté à une date ultérieure, comme l'a retenu la commission d'instruction ?

- La commission d'instruction a-t-elle omis de tirer les conséquences légales de ses propres constatations, desquelles il résultait que la décision de validation des comptes concernés était intervenue alors même que l'ancien président du Conseil constitutionnel et l'un de ses anciens membres avaient publiquement fait état des doutes quant à la provenance de la somme de 10 350 000 francs ayant alimenté les comptes de la campagne en cause ?

DISCUSSION

I. - Sur la recevabilité du pourvoi

A. - Observations liminaires

Avant d'examiner les moyens proposés par le demandeur, certaines observations doivent être faites concernant la recevabilité du recours exercé par M. X...

Il doit être rappelé que la Cour de justice de la République, ayant vocation à juger les membres du gouvernement pour des faits commis durant l'exercice de leurs fonctions, a été créée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993⁷.

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

« Les membres du gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.

Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.

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

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

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

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

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

Il peut ainsi être indiqué qu'aux termes de l'article 19 de la loi, le réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation doit être pris nécessairement contre personne dénommée, ce qui constitue une dérogation aux règles habituelles en la matière. De même, la commission d'instruction cumule les fonctions de juge d'instruction et de chambre de l'instruction.

Dans ce cadre, elle est amenée à rendre des décisions juridictionnelles durant le cours de l'information. Elle est, en outre, juge du contentieux des nullités, situation que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé conforme au droit à un tribunal impartial, dès lors que la commission d'instruction agit sous le contrôle de ladite assemblée plénière, qui a, dans ce cas, pleine compétence en droit et en fait⁸.

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

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

⁷ M. Henri Claude Le Gall, *Juris-Classeur Procédure pénale*, App. articles 231 à 566, fascicule 20.

⁸ Assemblée plénière, 6 juin 2003, pourvois n° 01-87.092 et 03-80.734, *Bull. crim.* 2003, n° 2, *Juris-Data* n° 2003-019358 ; *BICC* n° 582, 1^{er} août 2003, p. 5, concl. R. de Gouttes, rapp. B. Challe ; *JCP* 2003, éd. G, IV, 2327 ; *D.* 2003, inf. rap., p. 1666 ; *Gaz. Pal.*, 20-22 juin 2004, p. 1939, note Y. Monnet.

C'est donc au regard de ces règles, fixées par le code de procédure pénale, qu'il convient d'examiner la recevabilité du pourvoi formé par M. X...

B. - Eléments de droit

1. La qualité de partie

Généralités

L'article 567 du code de procédure pénale énonce, en son alinéa 1 :

« 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 ».

Il résulte de cette disposition qu'indépendamment du ministère public, le pourvoi peut être formé par une partie, et ce, à la condition que la décision lui fasse grief.

Si tel n'est pas le cas, la chambre criminelle juge le pourvoi irrecevable⁹.

Doit ainsi être définie la qualité de partie, au stade de l'information.

Sont considérées parties à la procédure les personnes qui participent au débat judiciaire, soit en accusant, soit en défendant¹⁰.

Les parties sont ainsi au nombre de trois : le ministère public, la partie civile régulièrement constituée et la personne mise en examen. Si la personne soupçonnée a des droits, elle n'acquiert la qualité de partie qu'à compter de sa mise en examen.

Selon certains auteurs¹¹, la recevabilité du pourvoi sur le fondement de l'article 567 précité exige non seulement la qualité de partie au procès pénal, mais également le fait que cette qualité ait été effective et continue.

Celui qui a figuré dans l'instance pénale sans avoir cette qualité doit être déclaré irrecevable en son pourvoi.

Situations spécifiques

Il peut être précisé que la Cour de cassation a admis la recevabilité d'un pourvoi dans certaines situations particulières.

Personne prétendant avoir des droits sur des objets placés sous main de justice :

- *au stade de l'instruction*, les articles 99 et 99-2 du code de procédure pénale autorisent les tiers qui prétendent avoir un droit sur un objet placé sous main de justice à en réclamer la restitution au juge d'instruction qui statue par ordonnance motivée. Cette ordonnance est susceptible d'être déférée à la chambre de l'instruction sur simple requête. Ce tiers intervenant est admis, à ce titre, à se pourvoir en cassation. L'article 99-1 ouvre le même droit au propriétaire d'un animal saisi. Il s'agit donc d'une procédure particulière¹². Il ne s'agit donc pas, à l'égard du tiers, d'une intervention à l'instance pénale, mais d'une nouvelle instance. Il en résulte que, le demandeur n'étant pas partie à la procédure, son pourvoi est immédiatement recevable¹³. Au contraire, le mis en examen ou la partie civile, qui sont parties au procès pénal, doivent présenter une requête au président de la chambre criminelle, l'arrêt relatif à la restitution ayant à leur égard le caractère d'un arrêt d'instruction¹⁴. N'est pas recevable à se pourvoir en cassation la partie civile qui n'a pas été partie à l'instance en restitution¹⁵ ;

- *au stade du jugement* : l'article 479 code de procédure pénale prévoit que toute personne autre que le prévenu, la partie civile ou le civilement responsable qui prétend avoir droit sur des objets placés sous main de justice peut en réclamer la restitution au tribunal saisi de la poursuite. Si le tribunal estime que les objets saisis sont utiles à la manifestation de la vérité, il sursoit jusqu'à la décision au fond. Cette décision est insusceptible de recours. Si le tribunal refuse la restitution lorsque celle-ci présente un danger pour les personnes ou les biens ou lorsque le bien saisi est l'instrument ou le produit de l'infraction, il statue par jugement séparé, dont le tiers peut interjeter appel. Ce tiers intervenant est admis, à ce titre, à se pourvoir en cassation ;

- *personne titulaire de la licence ou propriétaire du débit de boissons ou du restaurant* : lorsqu'elle n'est pas poursuivie, dans le cadre des poursuites du chef de proxénétisme ou d'infractions à la législation sur les délits de boissons, et lorsqu'une peine prévue à l'article 225-22 du code pénal est susceptible d'être prononcée à titre de peine complémentaire, cette personne peut, lorsqu'elle a été avisée des poursuites par le ministère public, interjeter appel de la décision prononçant la peine (articles 706-37 et 706-38 du code de procédure pénale et L. 3355-5 du code de la santé publique). La chambre criminelle a précisé que seul le propriétaire au moment des faits est concerné par ces dispositions¹⁶.

- *copropriétaire de l'immeuble non poursuivi, dans une procédure d'incident contentieux de l'exécution d'une obligation de démolir infligée au condamné copropriétaire du bien*¹⁷.

⁹ Crim., 8 octobre 1958, pourvoi n° 90202/58, *Bull. crim.* 1958, n° 603.

¹⁰ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2015, § 1716, V.

¹¹ J. et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, Dalloz action, 2012-2013 31-10 et suiv.

¹² Crim., 16 juin 1992, pourvois n° 91-86.829 et 92-80.418, *Bull. crim.* 1992, n° 239 ; Crim., 3 juillet 1987, pourvoi n° 85-95.826, *Bull. crim.* 1987, n° 283 ; Crim., 23 mars 1977, pourvoi n° 75-92.170, *Bull. crim.* 1977, n° 109 ; Crim., 6 juillet 1966, pourvoi n° 66-90.134, *Bull. crim.* 1966, n° 191.

¹³ Crim., 12 avril 2005, pourvoi n° 04-84.264, *Bull. crim.* 2005, n° 127, et les arrêts précités.

¹⁴ Crim., 30 janvier 1992, pourvoi n° 91-85.346, *Bull. crim.* 1992, n° 42 ; Crim., 11 décembre 1990, pourvoi n° 90-83.450 ; Crim., 11 décembre 1990, pourvoi n° 90-80.405 ; Crim., 21 août 1986, pourvoi n° 85-91.868, *Bull. crim.* 1986, n° 248 ; Crim., 23 janvier 1973, pourvoi n° 71-93.473, *Bull. crim.* 1973, n° 28 ; Crim., 18 juillet 1967, pourvoi n° 67-90.616, *Bull. crim.* 1967, n° 220.

¹⁵ Crim., 10 mai 2000, pourvoi n° 99-84.690.

¹⁶ Crim., 24 mars 2015, pourvoi n° 14-81.087 ; Crim., 19 octobre 2004, pourvoi n° 04-82.022.

¹⁷ Crim., 24 novembre 2015, pourvoi n° 14-86.095.

En revanche, la Cour de cassation a déclaré irrecevable le pourvoi formé par :

- le plaignant dont la constitution de partie civile a été déclarée irrecevable¹⁸ ;
- la partie civile après relaxe contre un arrêt intervenu dans une instance différente¹⁹ ;
- la personne qui n'a pas été citée comme civilement responsable et qui a vu écarter son intervention en cause d'appel²⁰ ;
- le préfet dont le représentant a été entendu en application de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme²¹ ;
- le bâtonnier de l'ordre des avocats intervenu à l'audience²² ;
- l'avocat de « l'inculpé » en son nom propre²³ ;
- la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt qui n'a pas la qualité de personne mise en examen et, par voie de conséquence, n'est pas partie²⁴.

Cas de la personne mise en cause :

La question est posée, plus directement au regard de l'espèce soumise, concernant la personne mise en cause.

Cette mise en cause peut résulter de deux situations :

- la première situation concerne la personne mise en cause dans une plainte avec constitution de partie civile, mais non dans les réquisitions du ministère public d'ouverture de l'information consécutive à cette plainte : dans ce cas, elle ne peut pas former un pourvoi en cassation ou intervenir en défense²⁵.
- la seconde situation est relative à la personne nommément visée dans les réquisitions du ministère public, ce qui est le cas, de façon nécessaire et obligatoire comme précédemment exposé, dans l'actuelle espèce.

Avant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, créant le statut de témoin assisté, deux textes, concrétisant la jurisprudence de la chambre criminelle, avaient déjà prévu les droits spécifiques concernant ces personnes citées dans le réquisitoire du ministère public.

L'article 86, alinéa 4, du code de procédure pénale, dans sa version issue de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, prévoyait que « Toute personne nommément visée par un réquisitoire pris sur plainte avec constitution de partie civile est mise en examen devant le juge d'instruction et ne peut être entendue comme témoin » (cette disposition a toutefois été rapidement supprimée par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993, par cohérence avec les dispositions de cette dernière loi).

Surtout, l'article 105 du même code, dans sa version issue de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993, énonçait quant à lui, en son alinéa 3 : « Toutefois, 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 ».

La chambre criminelle, dans plusieurs arrêts, a retenu une conception extensive de cette « inculpation ou mise en examen virtuelle »²⁶, en estimant que les personnes nommément visées dans les réquisitions du ministère public avaient acquis la qualité de partie à l'instruction : Crim., 12 avril 1988, pourvoi n° 87-91.698, *Bull. crim.* 1988, n° 150, Dardel J., *JCP* 1989, 21177, pour une critique de l'intervention de l'avocat de la personne visée devant la chambre de l'instruction lors de l'appel d'une décision de non-lieu :

« Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué que Y... a déposé plainte des chefs de diffamations et injures publiques envers un citoyen chargé d'un mandat public et envers un particulier, le 24 octobre 1985 devant le juge d'instruction de Nîmes ; en visant expressément M. X..., maire de cette ville ; qu'à la suite de la désignation par la Cour de cassation de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Toulouse pour être chargée de l'instruction, le procureur général près cette juridiction a, le 10 juin 1987, pris des réquisitions nominatives contre M. X... tendant à son inculpation des chefs d'infractions précitées ; qu'en application de l'article 197 du code de procédure pénale, M. X... et son conseil ont reçu notification par lettres recommandées de la date à laquelle l'affaire serait appelée à l'audience de la chambre d'accusation ; que, la veille des débats, le défenseur de M. X... a déposé un mémoire excipant, entre autres, de la nullité des actes de poursuites accomplis pendant les sessions du parlement, dont M. X... était membre depuis les élections législatives du 16 mars 1986 ; que, rejetant cette exception, la chambre d'accusation a ordonné que M. X... fût inculpé ;

¹⁸ Assemblée plénière, 12 juillet 2000, pourvois n° 00-83.577 et 00-83.578, *Bull. crim.* 2000, n° 258 ; Crim., 9 mars 2004, pourvoi n° 03-82.851, *Bull. crim.* 2004, n° 61.

¹⁹ Crim., 6 mars 2007, pourvoi n° 06-83.103, *Bull. crim.* 2007, n° 68.

²⁰ Crim., 23 octobre 1963, pourvoi n° 62-92.318, *Bull. crim.* 1963, n° 287.

²¹ Crim., 3 février 1976, pourvoi n° 75-91.248, *Bull. crim.* 1976, n° 39 ; Crim., 14 octobre 1980, pourvoi n° 79-94.806, *Bull. crim.* 1980, n° 258.

²² Crim., 20 juillet 1961, *Bull. crim.* 1961, n° 346.

²³ Crim., 5 février 1985, pourvoi n° 84-92.374, *Bull. crim.* 1985, n° 58.

²⁴ Crim., 5 mars 2014, pourvoi n° 13-84.705, *Bull. crim.* 2014, n° 66 ; Crim., 20 novembre 2012, pourvoi n° 12-83.934 ; Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.818, *Bull. crim.* 2010, n° 9 ; Crim., 31 janvier 2007, pourvois n° 02-85.089 et 05-82.671, *Bull. crim.* 2007, n° 28 ; Crim., 14 mai 2002, n° 02-80.721, *Bull. crim.* 2002, n° 111.

²⁵ Crim., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-87.979, *Bull. crim.* 2012, n° 201, A. Maron et M. Haas, *Dr. pén.* 2012, n° 169. V. également l'avis de l'avocat général Salvat : le demandeur au pourvoi « n'est pas à ce jour partie à la procédure » ; Crim., 20 mars 1995, pourvoi n° 93-84.714, *Bull. crim.* 1995, n° 112 ; Crim., 27 novembre 1990, pourvoi n° 90-84.010, *Bull. crim.* 1990, n° 407 ; Crim., 30 octobre 1990, pourvoi n° 90-83.414, *Bull. crim.* 1990, n° 362, J. Pradel, *D.* 1991, somm. 213 ; Crim., 8 octobre 1985, pourvoi n° 84-93.761, *Bull. crim.* 1985, n° 299 ; Crim., 29 janvier 1979, pourvoi n° 77-92.775, *Bull. crim.* 1979, n° 38 ; Crim., 30 novembre 1977, pourvoi n° 76-93.314, *Bull. crim.* 1977, n° 377 ; Crim., 20 mai 1976, pourvoi n° 75-93.295, *Bull. crim.* 1976, n° 173 ; Crim., 6 février 1975, pourvoi n° 74-91.949, *Bull. crim.* 1975, n° 42, P. Coste-Floret, *D.* 1975, jur. 386 ; Crim., 6 juillet 1960, pourvoi n° 60-90.637, *Bull. crim.* 1960, n° 359, P. Chambon, *JCP* 1960, II, 11758.

²⁶ Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, Procédure pénale, t. 2, 5^e éd., 2001, § 451 et s., « le contenu de la notion d'inculpation virtuelle ».

Attendu que, dans ces conditions, bien que n'ayant pas encore reçu notification d'une inculpation, le demandeur se trouvait, par l'effet des réquisitions nominatives prises à son encontre, avoir acquis la qualité de partie, appelée de surcroît à se défendre à l'instance dans une phase de la procédure pouvant conduire à la violation des lois constitutionnelles ; que dès lors le pourvoi est recevable »²⁷.

Crim., 19 novembre 1998, pourvoi n° 98-83.333, *Bull. crim.* 1998, n° 309 :

« Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que Mme X..., mise en cause dans une plainte avec constitution de partie civile et nommément visée dans le réquisitoire du procureur de la République, a été entendue comme témoin par le juge d'instruction avec les garanties prévues à l'article 105, alinéa 3, du code de procédure pénale ; qu'après appel, par la partie civile, de l'ordonnance de non-lieu, la chambre d'accusation, sans avoir convoqué ni l'intéressée ni son conseil, a infirmé l'ordonnance de non-lieu et ordonné un complément d'information aux fins de mise en examen de Mme X... ; Attendu qu'en cet état, et alors que la demanderesse était nécessairement partie à l'instance, la chambre d'accusation a violé l'article susmentionné ».

Effet de l'introduction du statut de témoin assisté

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a modifié les fondements de cette construction en créant le statut, légalement reconnu, de témoin assisté et a supprimé les alinéas 2 et 3 de l'article 105 du code de procédure pénale. A ainsi été notamment supprimée la disposition prévoyant que la personne nommément citée dans les réquisitions du ministère public avait les mêmes droits que la personne mise en examen.

L'article 113-1 du code de procédure pénale énonce, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, modifiée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 pour l'ajout de la référence à un réquisitoire supplétif :

« Toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou par un réquisitoire supplétif et qui n'est pas mise en examen ne peut être entendue que comme témoin assisté ».

Ce statut confère à la personne concernée certains droits, notamment, aux termes de l'article 113-3 du code de procédure pénale, celui d'être assisté d'un avocat, de demander à être confronté ou de formuler des requêtes en annulation (sur ce dernier point depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004).

Néanmoins, la chambre criminelle a considéré que le témoin assisté, n'étant pas partie à la procédure, n'a pas la faculté d'intervenir devant la Cour de cassation :

Crim., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-81.138, *Bull. crim.* 2006, n° 316 :

« Attendu que, n'étant pas partie à la procédure, le témoin assisté ne tire d'aucune disposition légale la faculté de déposer un mémoire ».

Crim., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-87.797, *Bull. crim.* 2005, n° 181, J. Buisson, *Procédures* 2005, comm. 238 :

« Attendu que, n'étant pas partie à la procédure, le témoin assisté n'a pas qualité pour exercer les voies de recours ».

Dans un arrêt du 28 mars 2006, la chambre criminelle a spécialement jugé que le témoin assisté, qui n'est pas considéré comme une partie à la procédure, est irrecevable à se pourvoir contre un arrêt de chambre de l'instruction infirmant, sur l'appel de la partie civile, l'ordonnance ayant, d'office, constaté la prescription :

Crim. 28 mars 2006, pourvoi n° 05-86.661, *Bull. crim.* 2006, n° 87 :

« Attendu 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 de la partie civile, l'ordonnance ayant, d'office, constaté la prescription ».

La chambre criminelle a admis ponctuellement l'intervention, devant elle, du témoin assisté ou même l'exercice d'un pourvoi dans certaines hypothèses :

- pourvoi contre une décision statuant sur une demande de sa part aux fins d'annulation de pièces de procédure, à raison des droits propres que le témoin assisté tient sur ce point de l'article 133-3 précité depuis la loi du 9 mars 2004 (Crim., 21 juin 2005, pourvoi n° 05-81.491, *Bull. crim.* 2005, n° 181) :

« Attendu que 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 » ;

- pourvoi contre une décision ayant méconnu les règles de compétence des juridictions pénales (Crim., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-89.173, *Bull. crim.* 2012, n° 104) :

« Attendu que, bien que n'étant pas partie à la procédure, le témoin assisté est recevable à se pourvoir en cassation contre l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui a excédé ses pouvoirs en méconnaissant les règles de compétence des juridictions répressives » ;

- autorisation de déposer un mémoire devant la Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre une décision de non-lieu, l'arrêt à intervenir étant susceptible de lui faire grief (Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85.079, *Bull. crim.* 2011, n° 134) :

²⁷ Voir également Crim., 24 mai 1971, pourvoi n° 71-90.921, *Bull. crim.* 1971, n° 171. V. Crim., 5 novembre 1985, pourvoi n° 84-94.458, *Bull. crim.* 1985, n° 344, W. Jeandier, *JCP* 1986. II. 20685 ; Crim., 11 avril 1973, pourvoi n° 73-90.334, *Bull. crim.* 1973, n° 190.

« Attendu que le témoin assisté peut déposer un mémoire devant la Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, la décision à intervenir étant susceptible de lui faire grief »²⁸.

2. Cas de la mise en examen postérieure à la décision attaquée

Il convient d'indiquer, au-delà des développements qui précèdent, et plus précisément au regard de l'espèce soumise, que la chambre criminelle, dans deux décisions, a déclaré irrecevable le pourvoi de personnes mises en examen postérieurement à l'arrêt attaqué, sans qu'il soit toutefois possible de savoir si les personnes concernées étaient nommément visées au réquisitoire introductif :

- dans la première espèce, une personne mise en examen avait déposé une demande d'irrecevabilité de constitution de partie civile et interjeté appel de l'ordonnance de rejet devant la chambre de l'instruction. Pendant la procédure devant la chambre de l'instruction, le juge d'instruction avait procédé à la mise en examen d'une seconde personne. Celle-ci avait déposé des conclusions en vue d'une intervention volontaire, que la chambre de l'instruction avait déclaré irrecevables. Les deux mis en examen se sont pourvus contre l'arrêt de la chambre de l'instruction.

Par son arrêt (Crim., 11 décembre 2002, pourvoi n° 02-81.306), la chambre criminelle a déclaré le pourvoi du second mis en examen irrecevable, aux motifs suivants :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que X... a été mis en examen postérieurement au dépôt de la demande d'irrecevabilité de constitution de partie civile déposée par Y..., et à l'appel interjeté contre l'ordonnance l'ayant rejetée ;

Attendu que la chambre de l'instruction, après avoir constaté qu'il n'était pas partie à la procédure au moment où le contentieux a été lié, a déclaré irrecevables ses conclusions déposées en vue d'une intervention volontaire ;

Attendu qu'ainsi, n'ayant pas été partie à l'instance d'appel, le demandeur n'avait pas qualité pour se pourvoir en cassation ».

Il peut être observé que, dans cette affaire, le demandeur n'avait pas été partie à l'instance d'appel, ce qui relativise peut-être les conclusions pouvant être tirées de cette décision ;

- dans la seconde espèce, le demandeur avait été mis en examen postérieurement à un arrêt de la chambre de l'instruction procédant au remplacement du juge d'instruction désigné.

La chambre criminelle a retenu (Crim., 7 décembre 2010, pourvois n° 09-87.339, n° 10-80.142 et n° 10-80.143) :

« Attendu que Mme X... n'a été mise en examen que le 6 février 2008, et n'était pas partie à l'instance à la date de l'arrêt attaqué ;

Que, dès lors, son pourvoi est irrecevable, nul ne pouvant se pourvoir ni intervenir devant la Cour de cassation contre un jugement ou un arrêt rendu en dernier ressort s'il n'a été partie dans la cause ».

Ici encore la portée de cette décision peut donner lieu à discussion : le débat concernait la désignation d'un juge d'instruction et la chambre criminelle a toujours jugé qu'il s'agissait d'un acte d'administration judiciaire n'intéressant pas les droits des parties. Dès lors, la démonstration d'un grief était difficile à établir.

3. Spécificité éventuelle de la question devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République

Une autre observation peut être faite, au regard de la spécificité du pourvoi exercé à l'égard d'une décision de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, laquelle, comme il l'a été exposé, exerce, à la fois, les fonctions du juge d'instruction et celles de la chambre de l'instruction.

L'article 186 du code de procédure pénale prévoit que le droit d'appel des décisions du juge d'instruction appartient à la personne mise en examen contre les ordonnances :

- statuant sur la compétence ;
- de renvoi dans les cas déterminés par la loi ;
- rejetant une demande de retrait de mise en examen ;
- en matière de détention provisoire et de contrôle judiciaire ;
- admettant la recevabilité d'une constitution de partie civile ;
- rejetant une demande de contre-expertise ou de complément d'expertise ;
- **rejetant une demande d'acte ou une demande aux fins de prescription.**

Il n'a pu être trouvé de précédent se prononçant sur l'appel interjeté par une personne mise en examen postérieurement à une décision attaquée relevant de l'article précité.

Il peut être ajouté qu'à l'occasion d'un précédent, concernant l'arrêt rendu par l'assemblée plénière sur le pourvoi de Mme Christine U...²⁹, le rapport de Mme le conseiller Durin-Karsenty et l'avis de M. l'avocat général Cordier ont évoqué la question de la recevabilité du pourvoi alors exercé par l'intéressée.

²⁸ Voir également Crim., 17 octobre 2006, pourvoi n° 05-85.519, *Bull. crim.* 2006, n° 250, A. Maron, *Dr. pén.* 2007, comm. 11 ; Crim., 21 juin 2005, pourvoi n° 05-81.694, *Bull. crim.* 2005, n° 181 ; Crim., 13 novembre 2001, pourvoi n° 01-85.506, *Bull. crim.* 2001, n° 232.

²⁹ Assemblée plénière, 22 juillet 2016, pourvoi n° 16-80.133, *Bull. crim.* 2016, Ass. plén, n° 1.

Toutefois, ce point a été examiné au regard de l'application éventuelle de l'article 574 du code de procédure pénale, qui a été écartée, relatif au pourvoi formé contre une décision de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de police ne pouvant être attaquée devant la Cour de cassation que lorsqu'elle statue sur la compétence ou présente des dispositions définitives que le tribunal, saisi de la prévention, n'a pas le pouvoir de modifier.

Enfin, il doit être observé que la qualité de partie à l'instruction ne suffit pas à rendre recevable le pourvoi en cassation. Outre le respect des délais de procédure, le demandeur doit justifier d'un intérêt à agir résidant, d'une part, dans le grief causé par la décision attaquée, d'autre part, dans l'illégalité invoquée.

Ainsi, est irrecevable le pourvoi formé contre une décision favorable au demandeur. Mais il l'est, parallèlement, lorsque la décision lui fait grief.

À cet égard, au cas d'espèce, si la commission d'instruction a déclaré prescrits les faits relatifs au versement d'une somme de 5,5 millions de francs au titre des prestations de sécurité précédemment évoquées, elle a, en revanche, écarté la prescription concernant les autres faits dont elle était saisie.

La question est donc posée dans les termes suivants : la modification de l'article 105 du code de procédure pénale et la création du statut de témoin assisté, qui n'est pas considéré comme une partie au procès, avec les réserves précédemment émises, remet-elle en cause la jurisprudence tendant à conférer à la personne nominativement visée dans les réquisitions du ministère public le statut, même virtuel, de personne mise en examen, avec les droits y étant attachés, et notamment celui de se pourvoir en cassation contre une décision de la juridiction d'instruction, s'il est estimé qu'elle lui fait grief ?

Il appartiendra ainsi à l'assemblée plénière de se prononcer, éventuellement et préalablement, sur la recevabilité du pourvoi.

Concernant le demandeur, il doit être rappelé que, dans ses observations relatives à la demande d'examen immédiat du pourvoi, son conseil faisait valoir :

« À titre liminaire, la recevabilité du pourvoi ne saurait être contestée, dans la mesure où il a été formé par M. X... le 31 mai 2017, soit le lendemain de la date à laquelle il a été mis en examen dans le cadre de cette affaire.

Cette décision, qui a refusé de constater la prescription de l'action publique s'agissant d'une partie des faits, a d'ailleurs été rendue au regard d'une note adressée par les conseils de l'exposant à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République le 18 septembre 2014.

Elle n'a toutefois jamais été notifiée à M. X..., qui n'avait pas la qualité de partie à la procédure ni ne bénéficiait d'un quelconque accès aux éléments du dossier ».

M. X... semble situer son premier moyen en amont de cette discussion, en faisant grief, précisément, à la commission d'instruction de ne pas avoir procédé à sa mise en examen avant de rendre la décision attaquée, point qui doit être à présent examiné.

II. - SUR LE PREMIER MOYEN

Pour soutenir que la commission d'instruction de la Cour de justice de la République aurait méconnu le droit à un procès équitable, le principe du contradictoire et les droits de la défense, en rendant une décision sur la prescription de l'action publique, au visa d'une note déposée par les conseils de M. X..., alors que l'intéressé était nommément visé dans le réquisitoire introductif du ministère public, sans l'inviter à participer aux débats ni lui communiquer les réquisitions prises concernant la prescription, le demandeur fait valoir, essentiellement, l'argumentation suivante :

- l'article 18 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 prévoit que la commission d'instruction procède à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité, dans le respect des règles édictées par le code de procédure pénale, et spécialement celles relatives aux droits de la défense, lesquelles sont rappelées, de manière générale, par l'article préliminaire du même code ;

- ces exigences découlent de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, prévoyant de tels droits à toute « accusation » en matière pénale, terme devant s'entendre dans une large acception, ainsi que le démontre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ;

- la chambre criminelle a d'ailleurs jugé que ces règles, conventionnelles et internes, étaient méconnues lorsqu'une chambre de l'instruction relevait d'office la prescription, sans avoir permis aux parties d'en débattre ;

- or, la décision attaquée a été rendue au vu d'une note des conseils de M. X..., nommément visé dans le réquisitoire introductif du ministère public, et dès lors, la commission d'instruction devait soit considérer que cette note ne pouvait provoquer une quelconque décision de nature juridictionnelle, l'intéressé n'étant pas partie à la procédure, soit considérer que cette note l'avait valablement saisie, ce qui devait la contraindre à faire bénéficier le demandeur du statut procédural de partie à l'information.

A. - Observations générales sur les droits de la défense dans la phase antérieure au jugement

1. Les exigences européennes

- La Convention européenne des droits de l'homme

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit, au bénéfice de toute personne accusée, plusieurs droits essentiels : accès à un tribunal indépendant et impartial ; droit à un examen de sa cause dans un délai raisonnable ; droit à la présomption d'innocence ; droit d'être assisté par un défenseur ; possibilité de faire interroger des témoins, à charge et à décharge.

Ces droits ne concernent pas uniquement la phase de jugement mais doivent également être respectés, antérieurement, à l'égard de toute personne accusée.

Cette notion d'accusation doit être examinée au sens que lui donne la Convention et non au sens de chaque droit interne.

- La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé que l'accusation, au sens de l'article 6, § 1, peut se définir « comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale », idée qui correspond aussi à la notion de « répercussions importantes sur la situation du suspect ».

Elle a appliqué cette définition, notamment, dans les cas suivants :

- à l'égard d'une personne n'étant ni visée par un réquisitoire ni inculpée, mais condamnée pour avoir refusé, en sa qualité de témoin, de prêter serment et qui pouvait ainsi « passer pour tomber sous le coup d'une "accusation" au sens autonome de l'article 6, § 1 »³⁰ ;

- à l'égard d'une personne ayant procédé au paiement d'une amende transactionnelle³¹.

L'application de cette définition, au regard du droit interne français, aboutit à retenir que constitue une accusation ouvrant des droits de la défense la saisine de la juridiction de jugement ou, en aval, au stade de l'information, la mise en examen ou encore la délivrance d'un réquisitoire introductif ou supplétif contre personne dénommée. Mais même lorsque l'accusation n'a pas pris la forme d'un acte de poursuite, la personne mise en cause dans la procédure peut bénéficier de certains droits de la défense³².

Tel est le cas pour la personne placée en garde à vue, au regard de la possibilité d'être assistée par un avocat, ou pour celle entendue en Belgique, sur commission rogatoire d'un juge d'instruction français, en qualité de témoin, alors que le juge mandant avait demandé que le statut de témoin assisté, inconnu en droit belge, lui soit appliqué³³. De la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il ressort ainsi « une gradation, une montée en puissance des droits de la défense à mesure que le procès s'approche de son issue et que les soupçons, indices ou charges deviennent plus consistants, érodant la présomption d'innocence »³⁴.

Pour déterminer si les règles fixées par l'article 6 de la Convention ont été méconnues, la Cour opère un contrôle concret, dans chaque situation lui étant soumise, pour déterminer si l'inobservation relevée est de nature à compromettre gravement le caractère équitable de la procédure³⁵. En outre, pour cette appréciation, elle prend « en compte la procédure litigieuse dans son ensemble ».

Au stade de l'instruction, la Cour reconnaît largement une telle inobservation en matière de droit à l'assistance d'un avocat³⁶. Elle retient également que la notion de délai raisonnable peut être invoquée dès ce stade³⁷.

Dans les autres domaines, c'est en procédant à ce contrôle concret de l'ensemble de la procédure que la Cour européenne recherche si la méconnaissance invoquée des droits résultant de l'article 6 de la Convention a privé la personne accusée d'un procès équitable.

Ainsi, dans un arrêt du 6 janvier 2010, la Cour européenne a eu à se prononcer sur la notion d'*impartialité* du juge d'instruction. Le magistrat instructeur, désigné pour instruire une affaire, avait temporairement cessé son activité pour exercer des fonctions politiques. Il avait ensuite repris ses activités antérieures et poursuivi l'instruction en cause. L'une des personnes mises en cause avait contesté l'impartialité du magistrat à son égard. La Cour a conclu que l'impartialité du juge pouvait être sujette à caution, mais a exclu la violation de l'article 6 de la Convention, en relevant qu'« une juridiction supérieure ou suprême peut bien entendu, dans certains cas, redresser les défauts de la procédure de première instance ». En l'espèce, il a été relevé que l'instruction avait été reprise et complétée par un juge délégué de la formation du tribunal suprême³⁸.

La chambre criminelle était allée dans le sens de cette jurisprudence, concernant le principe d'impartialité, en retenant que la partialité reconnue d'un enquêteur pouvait constituer une cause de nullité, « à la condition que ce grief ait eu pour effet de porter atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure ou de compromettre l'équilibre des droits des parties³⁹ ».

S'agissant du caractère *contradictoire* de la procédure, spécialement concerné par le moyen, si celui-ci ne figure pas expressément dans le texte de l'article 6 de la Convention, la Cour européenne en affirme la nécessité en

³⁰ CEDH, 15 juillet 1982, *Eckle c. Allemagne*, requête n° 8130/78, § 73

³¹ CEDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, requête n° 6903/75, § 46.

³² F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2015, « Notion d'accusation », § 484.

³³ CEDH, 20 octobre 1997, *Serves c. France*, requête n° 82/1996/671/893, § 42. V. également CEDH, 27 octobre 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, requête n° 25303/08, § 52.

³⁴ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, § 489.

³⁵ CEDH, 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, requête n° 46221/99, § 140 ; CEDH, 11 juillet 2000, *Dikme c. Turquie*, § 109 et s. ; CEDH, *Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 14310/88, § 62 ; CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, § 38.

³⁶ CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. France*, requête n° 14032/88, § 34. Plus récemment mais seulement en anglais : CEDH, 28 février 2008, *Demeboukov c. Bulgarie*, requête n° 68020/01, § 50. CEDH, 16 octobre 2001, *Brennan c. Royaume-Uni*, requête n° 39846/98, § 45 ; CEDH, 11 juillet 2000, *Dikme c. Turquie*, préc., requête n° 20869/92, § 108 ; CEDH, 6 juin 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, requête n° 28135/95, § 41 ; CEDH, 28 octobre 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, préc., requête n° 14310/88, § 62 ; CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, requête n° 36391/02, § 52.

³⁷ CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, préc., requête n° 13972/88, § 36. *Eckle c. Allemagne*, préc., § 73 ; *Deweert c. Belgique*, préc., § 42.

³⁸ CEDH, 6 janvier 2010, *Vara Fernandez-Huidobro c. Espagne*, requête 74181/01 § 131, F. Sudre, « Impartialité du juge d'instruction », *JCP* 2010, édition G, p. 130. À ce titre, la CEDH juge qu'« une juridiction supérieure ou suprême peut bien entendu, dans certains cas, effacer la violation initiale d'une clause de la Convention » : CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, requête n° 9186/80, § 33.

³⁹ *Crim.*, 14 mai 2008, pourvoi n° 08-80.483, *Bull. crim.* 2008, n° 115, G. Roussel, « Le défaut d'impartialité de l'enquête de police soumis à l'exigence d'un grief », *AJ pénal* 2008, p. 328.

retenant qu'il « implique la faculté pour les parties à un procès pénal ou civil de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge [...] en vue d'influencer sa décision et de les discuter ». Cette définition rattache ce principe à celui du procès équitable⁴⁰.

En complément des garanties procédurales internes, la chambre criminelle retient l'application de l'article 6 de la Convention, non seulement durant la phase d'instruction mais également durant l'enquête initiale. Elle l'a notamment affirmé pour le droit à l'assistance d'un interprète ou celui à la présence d'un avocat⁴¹.

2. Les exigences internes

L'article préliminaire du code de procédure pénale, créé par la loi du 15 juin 2000, reprend, en droit interne, les exigences de l'article 6 de la Convention européenne et également de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ainsi d'ailleurs que des directives adoptées. C'est la raison pour laquelle il a fait l'objet de plusieurs modifications destinées à intégrer, de façon régulière, ces exigences nouvelles.

Le premier alinéa de cet article prévoit notamment que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits de parties ».

Hormis le cas de la prescription de l'action publique, qui sera examiné séparément au regard du moyen soumis, au stade de l'information, la chambre criminelle a notamment retenu que les parties devaient avoir été mises en mesure de présenter leurs observations en matière de prononcé d'une décision de non-lieu⁴², d'annulation de la mise en examen⁴³ ou d'irrecevabilité de la constitution de partie civile⁴⁴.

Toutefois, il peut être observé que l'article préliminaire vise expressément, pour l'application des droits qu'il prévoit, la qualité de « partie ».

Au-delà des développements précédents sur la recevabilité du pourvoi, est donc posée la question de la mise en examen tardive. Celle-ci, dans la jurisprudence de la chambre criminelle, semble essentiellement discutée, sur le fondement de l'article 105 du code de procédure pénale⁴⁵, au regard de l'audition, en qualité de témoin, d'une personne pouvant être considérée comme susceptible de faire l'objet d'une accusation⁴⁶.

B. - L'hypothèse particulière d'une décision intervenant en cours d'information concernant la prescription de l'action publique

Au regard de l'ensemble des principes et observations précités, pour répondre à la question spécifique posée par le moyen, il convient d'examiner la portée des décisions intervenues au stade de l'instruction concernant la prescription de l'action publique.

L'article 82-3 du code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, prévoit :

« Lorsque le juge d'instruction conteste le bien-fondé d'une demande des parties tendant à constater la prescription de l'action publique, il doit rendre une ordonnance motivée dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Les dispositions des avant-dernier et derniers alinéas de l'article 81 sont applicables.

À peine d'irrecevabilité, la personne soutenant que la prescription de l'action publique était acquise au moment de sa mise en examen ou de sa première audition comme témoin assisté doit formuler sa demande dans les six mois suivant cet acte ».

Le mémoire ampliatif fait valoir que les décisions concernant la prescription de l'action publique ne peuvent intervenir sans que les parties aient été en mesure de présenter leurs observations⁴⁷.

Lorsque cette demande émane d'une partie, elle s'inscrit dans le régime général des demandes d'actes et seules les parties peuvent la formuler. Tel n'était pas le cas, notamment, du témoin assisté, lequel, hors les hypothèses prévues par la loi, ne pouvait formuler de telles demandes⁴⁸, mais il est à noter que cette situation a changé depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, laquelle a ajouté à l'article 82-3 du code de procédure pénale l'alinéa 2 précité, prévoyant désormais un délai de six mois pour présenter une telle demande, à compter de la mise en examen ou de l'audition en qualité de témoin assisté.

Quelle est la portée, au regard de l'autorité de la chose jugée, de la décision se prononçant sur la prescription de l'action publique en cours d'information ?

Plusieurs observations peuvent être faites sur ce point.

La chambre criminelle, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'absence d'obligation pour le président de la chambre de l'instruction de saisir celle-ci à la suite d'une absence de réponse d'un juge d'instruction concernant une demande relative à la prescription de l'action publique (article 82-3 du code de

⁴⁰ CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c/ Espagne, requête n° 12952/87, §§ 61 et s., et CEDH, 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, requête n° 19075/91, § 33. V. sur ce point E. Verges, « Principes directeurs du procès pénal - Principes communs aux parties », in *Juris-Classeur Procédure pénale*, article préliminaire, fasc. 30, mise à jour : 15 mai 2017, §§ 36 et s.

⁴¹ Crim., 25 mai 2005, pourvoi n° 05-81.628, *Bull. crim.* 2005, n° 157 ; Crim., 6 décembre 1994, pourvoi n° 94-84.235, *Bull. crim.* 1994, n° 394.

⁴² Crim., 19 septembre 2006, pourvoi n° 05-85.941, *Bull. crim.* 2006, n° 224 ; Crim., 6 janvier 2004, pourvoi n° 02-88.468.

⁴³ Crim., 26 juin 2012, pourvoi n° 12-80.319, *Bull. crim.* 2012, n° 158.

⁴⁴ Crim., 3 mai 2007, pourvoi n° 06-82.149, *Bull. crim.* 2007, n° 116.

⁴⁵ « Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins ».

⁴⁶ Crim., 19 janvier 2016, pourvoi n° 15-81.038 (quatrième moyen) ; Crim., 15 février 2011, pourvois n° 07-83.640 et 09-87.947, *Bull. crim.* 2011, n° 23 ; Crim., 20 juin 2001, pourvoi n° 01-82.607, *Bull. crim.* 2001, n° 156. F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, §§ 1739 et s. ; C. Guery et P. Chambon, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz action, 2015, « La mise en examen ne doit pas être tardive », §§ 312 et s. ; C. Guery, « Instruction préparatoire », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, actualisation : mai 2017, § 587. C. Guery, « Du bon usage des recours contre la mise en examen », *AJ pénal* 2014, p. 283.

⁴⁷ Crim., 23 juin 2015, pourvoi n° 14-83.836, *Bull. crim.* 2015, n° 160 ; Crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-81.045, *Bull. crim.* 2013, n° 9. *Contra* : Crim., 6 mai 2003, pourvoi n° 02-84.348, *Bull. crim.* 2003, n° 92.

⁴⁸ Crim., 16 juin 2010, pourvoi n° 09-85.942 ; Crim., 28 mars 2006, pourvoi n° 05-86.661, *Bull. crim.* 2006, n° 87.

procédure pénale), a dit n'y avoir lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, dès lors que « le président de la chambre de l'instruction, saisi de la requête à laquelle le juge d'instruction n'a pas répondu, doit rendre une décision motivée en cas de non-saisine de la chambre de l'instruction, cette décision étant susceptible d'être censurée en cas d'excès de pouvoir et la question de la prescription de l'action publique pouvant toujours être soulevée devant le juge du fond »⁴⁹.

Tout d'abord, il doit être indiqué que l'autorité de chose jugée, d'une manière générale, ne s'attache pas aux décisions ordonnant des mesures préparatoires, aussi bien durant l'instruction que lors du jugement de l'affaire⁵⁰.

La chambre criminelle en a décidé ainsi concernant les arrêts ordonnant un supplément d'information⁵¹, ou ceux prononçant sur une demande d'acte⁵².

Elle en a surtout décidé ainsi en matière de prescription dans plusieurs situations.

Dans un cas, une décision rejetant une demande de constatation de prescription de l'action publique étant intervenue, une autre partie avait formulé une demande dans le même sens. La chambre criminelle l'a admis : « dès lors qu'aucune autorité de chose jugée ne s'attache aux décisions des juridictions d'instruction déclarant l'action publique non prescrite, la chambre de l'instruction a justifié sa décision »⁵³.

Dans une autre espèce, la chambre criminelle a admis que, nonobstant une décision de la chambre de l'instruction ayant écarté la prescription de l'action de l'action publique et la forclusion de l'article 175 du code de procédure pénale, le prévenu était recevable à soulever à nouveau l'exception de prescription devant la juridiction de jugement, ce que n'avait pas retenu l'arrêt attaqué, par les motifs suivants : « si c'est à tort que l'arrêt prononce ainsi, la prescription pouvant être invoquée en tout état de la procédure [...] ». Le moyen a été rejeté, les éléments de l'espèce faisant apparaître que la prescription avait été interrompue⁵⁴.

Les demandes concernant la constatation de la prescription suivant le régime des demandes d'actes, il peut être considéré que de nouvelles demandes en ce sens, malgré une décision de refus, restent recevables⁵⁵.

En toute hypothèse, l'exception de prescription étant d'ordre public, elle peut, dans tous les cas, être soulevée pour la première fois en cause d'appel ; elle peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation, si celle-ci trouve dans les constatations des juges du fond les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur ; elle peut enfin et surtout, comme il l'a été indiqué, et même si elle a été examinée auparavant, être soulevée, dans tous les cas, devant la juridiction de jugement.

En l'espèce, ainsi qu'il l'a été rappelé, l'arrêt attaqué est intervenu à la suite d'une ordonnance de soit-communicé du 12 juillet 2016, du réquisitoire aux fins de constatation partielle de la prescription en date du 30 août 2016, de l'article 18 de la loi organique du 23 novembre 1993 et des articles 8 et 203 du code de procédure pénale.

L'assemblée plénière, pour répondre au grief de ce premier moyen, devra, au vu des observations qui précèdent, répondre aux questions suivantes, résultant de ce moyen :

- la commission d'instruction pouvait-elle, dès lors, d'une part, que M. X... était nommément visé au réquisitoire introductif, d'autre part, qu'elle évoquait dans le corps de la décision une note des conseils de ce dernier relative à la prescription, rendre une décision en la matière ?
- Ne devait-elle pas, préalablement, au vu de cette situation, faire bénéficier M. X... du statut procédural de partie à l'information, afin de le mettre en mesure de formuler ses observations sur ce point ?
- A-t-elle, en ce sens, méconnu le droit à un procès équitable, le principe du contradictoire et, plus généralement, les droits de la défense ?

III. - SUR LE SECOND MOYEN

A. - Éléments de droit

Au soutien des trois branches de ce second moyen, le demandeur développe, essentiellement, l'argumentaire suivant :

- aux termes de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, une décision du Conseil constitutionnel est revêtue de l'autorité absolue de chose jugée et s'impose dès lors, notamment, aux juridictions administratives et judiciaires ;
- en l'espèce, la décision du Conseil constitutionnel, publiée le 12 octobre 1995, ayant validé les comptes de campagne de M. X..., interdit au juge pénal de poursuivre et d'enquêter sur l'origine des recettes ainsi examinées et ce moyen, de pur droit, invoqué dans la note des conseils du demandeur du 18 septembre 2014, s'imposait à la commission d'instruction ;
- cette constatation a un effet sur la prescription puisque, si le point de départ de la prescription peut être retardé en matière d'infractions ayant fait l'objet d'une dissimulation, qui doit être démontrée, tel ne peut être le cas en l'espèce ;

⁴⁹ Crim., 23 novembre 2010, pourvoi n° 10-86.067, *Bull. crim.* 2010, n° 185.

⁵⁰ V. : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Procédure pénale, t. 2, Cujas, 5^e éd., 2001, § 888, « La nécessité d'une décision statuant au fond, condition préalable à l'autorité de la chose jugée » ; D. Caron, « Action publique. - Extinction. - Autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal », in *Juris-Classeur Procédure pénale*, article 6, fasc. 20, §§ 28 et s. V. également le rapport du Mme le conseiller Moreau pour l'arrêt Crim., 12 novembre 2014, pourvoi n° 14-84.705, *Bull. crim.* 2014, n° 233.

⁵¹ Crim., 31 mai 2017, pourvoi n° 15-84.040 (septième moyen) ; Crim., 1^{er} septembre 2009, pourvoi n° 08-87.816 ; Crim., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-85.021, *Bull. crim.* 2009, n° 77 ; Crim. 13 mai 1997, pourvoi n° 96-82.363, *Bull. crim.* 1997, n° 179.

⁵² Crim., 25 avril 2017, pourvoi n° 16-80.078 ; Crim., 5 novembre 2014, pourvois n° 09-84.823 et 13-84.757.

⁵³ Crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-80.473, *Bull. crim.* 2008, n° 73.

⁵⁴ Crim., 8 septembre 2010, pourvoi n° 09-87.009.

⁵⁵ À signaler toutefois que la loi du 3 juin 2016 peut avoir modifié cette situation en introduisant un alinéa 2 à l'article 82-3 du code de procédure pénale, selon lequel la demande, relative à la prescription, doit être formée dans un délai de six mois à compter de la mise en examen ou de la première audition en qualité de témoin assisté.

- en effet, compte tenu des textes applicables en la matière, le contrôle de l'origine des fonds ayant alimenté la campagne électorale est désormais au cœur de la mission du Conseil constitutionnel en la matière, lequel doit, en cas de découverte d'infractions, en informer le procureur de la République ;
- or, en l'espèce, la somme de 10 350 000 francs concernée, portée au compte de l'AFICEB le 26 avril 1995, a été examinée par le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle des comptes de campagne, qui ont été validés, et ne peut être considérée comme dissimulée et donc avoir retardé le point de départ du délai de la prescription ;
- de plus, la décision attaquée relève que plusieurs rapporteurs du Conseil constitutionnel ont contesté la régularité de ces recettes lors de leur examen des comptes de campagne, faute de justificatifs crédibles de ces dépôts en espèces, élément repris dans des articles de presse : il est dès lors impossible de soutenir que les faits évoqués auraient été dissimulés et que les autorités n'auraient pas été en mesure de les dénoncer en vue du déclenchement de l'action publique.

1. Textes applicables en matière de comptes de campagne

C'est de manière progressive qu'un contrôle des comptes de campagne a été mis en place, dans les conditions suivantes.

Initialement, *la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962* relative à l'élection du président de la République au suffrage universel a prévu, dans son article 3, que les opérations électorales se dérouleraient conformément aux dispositions concernées du code électoral.

Le rôle du Conseil constitutionnel, déterminé par cet article, consistait uniquement à veiller à la régularité de ces opérations, à examiner les réclamations, à arrêter et proclamer les résultats.

Il n'existait donc ni plafonnement des dépenses électorales, ni contrôle de celles-ci.

La première modification apportée à ce dispositif résulte des articles 2 et 3 de *la loi organique n° 88-226 du 11 mars 1988* relative à la transparence financière de la vie politique, loi étant intervenue à la veille de l'élection présidentielle organisée cette même année.

A été prévue notamment l'obligation pour chaque candidat d'établir un compte de campagne dans les conditions fixées notamment par l'article 3 de la loi organique et les articles LO 163-1 à LO 163-3 et LO 179-1 du code électoral.

Ce dispositif était marqué par :

- l'établissement d'un compte de campagne devant retracer, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses effectuées en vue de l'élection ;
- l'existence de plafonds de dépenses (120 millions de francs pour un candidat à l'élection du Président de la République, porté à 160 millions de francs pour chacun des candidats présents au second tour) ;
- le dépôt de ce compte au Conseil constitutionnel, accompagné des justificatifs de recettes et de dépenses ;
- la publication de ces comptes.

Toutefois, aucun contrôle de ceux-ci n'était prévu. Pour ce motif, le Conseil constitutionnel, dans ses observations relatives à l'élection présidentielle intervenue en 1988, a émis plusieurs recommandations, et notamment⁵⁶ :

- l'obligation pour chaque candidat d'ouvrir un compte bancaire ou postal destiné à retracer, de façon exclusive, l'ensemble des opérations financières liées à la campagne électorale ;
- l'obligation d'établir les comptes selon un modèle type arrêté après avis du Conseil constitutionnel ;
- l'obligation de certification des comptes par un membre de l'ordre des experts comptables.

Ces suggestions du Conseil constitutionnel ont été concrétisées par *la loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990* relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, ayant modifié l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962, faisant suite à la création d'un nouveau chapitre dans le code électoral (articles L. 52-4 à L. 52-18 du code électoral), relatif au financement des dépenses électorales législatives, régionales et municipales, par *la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990* relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

Il doit être précisé que la loi organique précitée a été précédée d'un premier projet invalidé par le Conseil constitutionnel pour méconnaissance des règles applicables concernant les lois organiques⁵⁷.

Les modifications et exigences nouvelles découlant de ces textes ont été, pour l'ensemble des élections concernées :

- la désignation d'un mandataire financier, seul compétent pour recueillir les fonds et régler les dépenses (article L. 52-4 du code électoral) ;
- les obligations du mandataire financier (association ou personne physique mais non les deux cumulativement) : déclaration, ouverture d'un compte bancaire, limitation de la période de recueil des fonds notamment ;
- l'encadrement des dons : plafonnement des dons des personnes physiques, interdiction des dons des États étrangers ou des personnes morales étrangères (article L. 52-8) ;
- l'information des donateurs (articles L. 52-9 et L. 52-10) ;
- le plafond des dépenses électorales (article L. 52-11) ;
- l'établissement d'un compte de campagne retraçant, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection, le dépôt de ce compte

⁵⁶ Observations du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1988, n° 88-61 PDR.

⁵⁷ Conseil constitutionnel, 11 janvier 1990, n° 89-263 DC.

à la préfecture accompagné des justificatifs des recettes ainsi que des factures, devis et autres documents de nature à établir le montant des dépenses, la transmission de ce compte à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques et sa publication (article L. 52-12) ;

- la création de cette Commission et sa composition (article L. 52-14) ;
- l'approbation des comptes par la Commission, le remboursement de la somme dépassant le plafond légal et le pouvoir de la Commission de dénoncer au parquet les irrégularités, de nature à contrevenir aux articles L. 52-4 à L. 52-13 (articles L. 52-15) ;
- l'encadrement de la publicité électorale ;
- la transmission du rapport établi par la Commission aux bureaux des assemblées.

La loi organique précitée du 10 mai 1990 a adapté l'ensemble de ces dispositions à l'élection présidentielle en prévoyant, essentiellement :

- des plafonds de dépenses augmentés (modification de l'article 3, II, alinéa 2, de la loi de 1962) ;
- la transmission du compte de campagne, non pas à la Commission nationale des comptes de campagne, mais au Conseil constitutionnel, disposant des pouvoirs prévus par les articles L. 52-15, alinéas 1 et 4, et L. 52-17 du code électoral (modification de l'article 3, II, alinéa 3, de la loi de 1962), comprenant notamment la transmission du dossier au parquet en cas d'irrégularités constatées ;
- la dévolution à la Fondation de France du solde positif éventuel d'un compte de campagne.

Avant les élections présidentielles de 1995, à l'occasion desquelles M. X... a été candidat, est intervenue une loi organique n° 95-62 le 19 janvier 1995. Cette loi a, une nouvelle fois, modifié l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962. Elle a été complétée par la loi n° 95-65 du même jour.

Elle a ainsi fixé le dispositif applicable aux faits objet des actuelles poursuites.

Elle a apporté, notamment, les modifications suivantes :

- les plafonds de dépenses ont été revus à la baisse (90 millions de francs au lieu de 120 millions pour un candidat au premier tour et 120 millions de francs au lieu de 160 pour chaque candidat du second tour) ;
- le Conseil constitutionnel a la possibilité de fixer la somme que le candidat est tenu de rembourser au Trésor public en cas de dépassement des plafonds, en application de l'article L. 52-15, alinéa 6, du code électoral ;
- les comptes de campagne adressés au Conseil constitutionnel font désormais l'objet d'une publication, ainsi que la décision du Conseil approuvant, rejetant ou réformant les comptes de campagne ;
- un rapporteur est désigné par le Conseil constitutionnel pour l'examen de ces comptes.

La loi n° 95-62 le 19 janvier 1995 a par ailleurs modifié l'article L. 52-12 du code électoral en prévoyant que :

- le compte de campagne doit être en équilibre ou excédentaire et ne peut présenter un déficit ;
- les personnes morales, autres que les partis et groupements politiques, ne peuvent faire de dons à un candidat dans le cadre d'une campagne électorale.

Il doit être précisé que, si le contrôle précité des comptes de la campagne présidentielle était l'œuvre du Conseil constitutionnel en 1995, cette compétence a été ultérieurement transférée à la Commission nationale des comptes de campagne par la loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006.

2. Nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel

L'examen historique des textes applicables met en lumière l'évolution de l'encadrement et du contrôle du Conseil constitutionnel concernant les comptes de campagne des élections présidentielles.

Quelle était, à la date des faits, la portée de ce contrôle ?

- Les travaux parlementaires

C'est essentiellement dans les travaux parlementaires de la loi organique de 1990 que certaines indications peuvent être relevées. Il avait été tout d'abord constaté que le dispositif mis en place en 1988 s'était révélé inefficace et que, par conséquent, il ne fallait pas seulement réglementer mais contrôler et sanctionner⁵⁸.

Le dispositif mis en place par la nouvelle loi était lui-même critiqué par certains parlementaires, qui estimaient que ni les mécanismes prévus ni les sanctions encourues n'étaient susceptibles de faire disparaître la pratique des « caisses noires » ou celle des « fonds secrets »⁵⁹.

Certaines observations étaient faites concernant la Commission nationale de contrôle des comptes de campagne, pouvant être appliquées au Conseil constitutionnel, pour ses propres attributions en la matière.

Le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale précisait que « les pouvoirs de cette Commission sont vastes dans son domaine - celui de l'évaluation -, les prérogatives du juge de l'élection et du juge pénal sont respectées intégralement dès lors que la validité de l'élection est en jeu ou que des infractions ont été relevées »⁶⁰.

Le rôle de cette Commission, spécialement discuté lors de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, était, avant tout, de contrôler le respect du plafonnement des dépenses de campagne. Ainsi, le rapporteur exposait : « la Commission n'est véritablement qu'une commission des comptes des campagnes électorales. Son rôle est de vérifier que le

⁵⁸ Assemblée nationale, première lecture, mercredi 4 octobre 1989, M. Didier Migaud, p. 3122.

⁵⁹ Sénat, première lecture, mercredi 14 novembre 1989, M. Ernest Cartigny, p. 3270.

⁶⁰ Assemblée nationale, première lecture, mercredi 4 octobre 1989, M. Robert Savy, rapporteur, p. 3105.

compte a été déposé et, s'il a été déposé, s'il y a eu ou non dépassement du plafond. Pour dire cela, elle bénéficie de pouvoirs extrêmement larges, y compris, nous le verrons, un pouvoir d'évaluation d'office. Mais c'est cela sa compétence, et rien d'autre ! »⁶¹.

Les travaux préparatoires confirment par ailleurs que la dénonciation au parquet n'est prévue qu'en cas de manquement à la réglementation sur le plafonnement des dépenses de campagne⁶². Cette disposition est pleinement applicable au Conseil constitutionnel, aux termes de l'article L. 52-15, alinéa 4, du code électoral. Elle paraît l'être toutefois uniquement en cas de violation des règles imposant la maîtrise des dépenses électorales et la transparence de leur financement, du fait de la seule référence dans ce texte aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16 du code électoral.

Par ailleurs, peut se poser la question de l'application de l'article 40 du code de procédure pénale, prévoyant l'avis au procureur de la République d'un crime ou d'un délit de droit commun dont toute « autorité constituée » aurait eu connaissance.

Mais, au-delà de cette question, il convient d'observer qu'en toute hypothèse, au cas d'espèce, le Conseil constitutionnel n'a dénoncé au parquet aucune infraction.

- Les décisions du Conseil constitutionnel

La portée de ce contrôle résulte également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel lui-même.

Celui-ci a été amené à se prononcer tout d'abord relativement à la Commission nationale des comptes de campagne.

- Dans une décision du *11 janvier 1990*, après avoir déclaré contraire à la Constitution, par une décision du même jour, le premier projet de loi organique lui étant soumis⁶³, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de la loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques, devant devenir la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 : il a alors posé le principe selon lequel « la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques exerce un contrôle de nature administrative »⁶⁴.

Le Conseil s'est également prononcé, dans cette même décision, sur le pouvoir accordé à la Commission par l'article L. 52-14 du code électoral en retenant, d'une part, que « le recours aux pouvoirs de coercition prévus par le code de procédure pénale n'est possible que dans le cadre de poursuites judiciaires », d'autre part, que cet article « ne saurait, sur son seul fondement, permettre aux officiers de police judiciaire mandatés par la Commission d'exercer des pouvoirs coercitifs ; que toute autre interprétation serait contraire aux dispositions de la Constitution qui garantissent la liberté individuelle ».

Il convient de préciser d'ailleurs que cet article L. 52-14 du code électoral n'est pas visé à l'article 3 de la loi de 1962 et que les pouvoirs accordés à la Commission par cette disposition légale, notamment celui de recourir à des officiers de police judiciaire, dans les limites venant d'être déterminées, n'est pas prévu le concernant.

- Dans une autre décision, du *12 juillet 1995*, le Conseil constitutionnel a fixé les moyens d'investigation à la disposition des rapporteurs adjoints pour diligenter l'instruction sur les comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle venant de se dérouler⁶⁵.

Il est précisé que les rapporteurs adjoints ont qualité, notamment, pour :

- se faire communiquer par toute personne ou autorité toute information et remettre tout document utile relatif aux recettes et aux dépenses des comptes de campagne des candidats ;
- recueillir auprès de toute personne ou autorité toute information et tout document permettant d'apprécier l'exhaustivité et la sincérité des comptes de campagne et des comptes bancaires ou postaux annexés ;
- recueillir toute information utile auprès des personnes physiques ou morales pouvant avoir consenti des prêts, des dons ou des avantages aux candidats.

Il peut être observé que cette procédure est dépourvue de tout aspect coercitif, dans le sens, précédemment rappelé, souhaité par le législateur.

Sur les comptes de campagne pour l'élection présidentielle de 1995 eux-mêmes, le Conseil constitutionnel a notamment apporté des corrections dans les cas suivants :

- concernant *M. V...*, il a estimé que l'intéressé avait bénéficié de fonds très importants, sans intérêt, de la part de personnes physiques, ce qui était assimilable, en l'espèce, à un don, en vertu de l'article L. 52-17 du code électoral ; de ce fait, le compte devait être considéré comme ayant été établi en méconnaissance de dispositions du code électoral et rejeté⁶⁶ ;
- concernant *M. F...*, le Conseil avait retenu que le compte ne retraçait pas l'intégralité des dépenses d'impression et de diffusion d'invitations, affiches et tracts et a ajouté de ce chef, sur la base des éléments lui étant fournis, la somme de 797 950 francs⁶⁷ ;
- concernant *M. X...*, demandeur au pourvoi, s'agissant des dépenses, le Conseil constitutionnel a ajouté aux dépenses figurant au compte la somme de 5 929 628 francs, correspondant à la location et l'entretien de

⁶¹ Assemblée nationale, première lecture, vendredi 6 octobre 1989, M. Robert Savy, rapporteur, p. 3211.

⁶² Assemblée nationale, première lecture, rapport n° 892, déposé le 2 octobre 1989 par M. Robert Savy, p. 75, et Sénat n° 48, déposé le 8 novembre 1989 par M. Christian Bonnet, p. 19 et 48.

⁶³ Conseil constitutionnel, 11 janvier 1990, décision n° 89-263 DC.

⁶⁴ Conseil constitutionnel, 11 janvier 1990, préc., décision n° 89-271, cons. 3.

⁶⁵ Conseil constitutionnel, 12 juillet 1995, décision n° 95-83 PDR.

⁶⁶ Conseil constitutionnel, 11 octobre 1995, décision n° 95-88 PDR, cons. 6.

⁶⁷ Conseil constitutionnel, 11 octobre 1995, décision n° 95-86 PDR, cons. 12.

permanences, aux dépenses engagées par le comité de soutien de Paris, à la location de salles de réunions, aux invitations, tracts et affiches, à des frais de sonorisation et de déplacement des orateurs, aux dépenses relatives à des déplacements Outre-mer, ainsi qu'à la publication d'un ouvrage.

S'agissant des recettes, le Conseil constitutionnel a apporté une importante modification à la présentation du compte et notamment l'emprunt de 31 millions de francs contracté par l'AFICEB.

Appliquant ces modifications, le Conseil a arrêté le compte de campagne de M. X... avec un total de 89 776 119 francs pour les dépenses et 91 605 688 francs pour les recettes⁶⁸.

À la suite de cette élection de 1995, le Conseil constitutionnel, comme il l'avait fait auparavant, a émis des observations concernant le contrôle ainsi opéré en relevant que les incertitudes ou interrogations apparues à l'analyse des comptes avaient fait l'objet de questionnaires adressés aux candidats ou à leurs mandataires et que les échanges d'observations avaient été renouvelés jusqu'au moment où le Conseil avait pu s'assurer que les candidats avaient pu faire valoir tous leurs arguments et avaient été en mesure de communiquer les informations complémentaires sollicitées⁶⁹.

Au-delà de ces éléments concernant le contrôle en vigueur en 1995, il doit être ajouté que la loi organique n° 2001-100 du 5 février 2001 est venue compléter l'article 3 de la loi de 1962 pour délier les agents de l'administration des impôts du secret professionnel à l'égard des membres du Conseil constitutionnel et de ses représentants, ce qui peut démontrer les insuffisances du dispositif alors applicable.

Enfin, comme précédemment indiqué, la loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006 a confié le contrôle des comptes de campagne pour l'élection présidentielle à la Commission nationale des comptes de campagne.

3. Autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel

Les décisions du Conseil constitutionnel, appréciées dans leur globalité, sont de nature très différentes⁷⁰.

Sur le plan juridictionnel, le Conseil est une juridiction constitutionnelle (contentieux de répartition des compétences - articles 34 et 37 de la Constitution - et contentieux des normes - article 61 de la Constitution).

Il est également une juridiction non constitutionnelle : il est juge électoral (articles 58, 59 et 60 de la Constitution) et, s'agissant de l'élection présidentielle, il examine les réclamations et proclame les résultats. Il est également juge administratif, notamment lorsqu'il est saisi, en application des dispositions de l'article L. 52-15, alinéa 3, du code électoral, par la Commission nationale des comptes de campagne.

Le Conseil a par ailleurs des attributions non juridictionnelles : consultation, intervention lors de l'organisation de l'élection présidentielle ou d'un référendum, notamment.

S'agissant de la situation en 1995, le Conseil constitutionnel avait lui-même en charge le contrôle des comptes de campagne pour l'élection présidentielle. Le Conseil avait rappelé lui-même, comme précédemment indiqué, que ce contrôle était de nature administrative⁷¹ et il peut donc être estimé que les décisions intervenues dans ce cadre sont des décisions juridictionnelles administratives.

En ce sens, ainsi que le souligne le doyen Vedel dans la consultation jointe à son mémoire par le demandeur, les décisions prises par le Conseil constitutionnel sur les comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle sont des décisions n'étant susceptibles d'aucun recours, s'imposant aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives ou juridictionnelles⁷².

Se pose néanmoins nécessairement la question de l'étendue de l'autorité de la chose jugée attachée à ces décisions.

Le doyen Vedel souligne ainsi : « les problèmes de la portée de la chose jugée se ramènent au point de savoir si telle affirmation ou telle prétention est incompatible avec ce qui a été affirmé ou nié par la décision de justice devenue définitive »⁷³.

Se pose également la question, soulevée par le moyen, de la prescription de l'action publique concernant les infractions liées aux comptes de campagne.

4. Validation des comptes de campagne et prescription de l'action publique

Ce point mérite d'être particulièrement examiné au regard du caractère occulte ou dissimulé de certaines infractions.

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 modifiant les règles de la prescription applicable aux délits, la prescription était acquise au terme d'un délai de trois ans à compter de la commission de l'infraction, sous réserve de l'existence d'actes l'ayant interrompue.

Hors le cas de dispositions particulières applicables à certaines infractions (délits de presse, infractions relatives aux mineurs victimes), la jurisprudence de la chambre criminelle a dégagé des règles particulières pour certaines infractions, à l'égard desquelles la prescription de l'action publique ne pouvait s'appliquer selon les modalités générales⁷⁴.

Elle a, dans ces cas, été amenée à retarder le point de départ de la prescription.

⁶⁸ Conseil constitutionnel, 11 octobre 1995, préc., décision n° 95-91 PDR.

⁶⁹ Conseil constitutionnel, 8 décembre 1995, décision n° 95-93 PDR.

⁷⁰ O. Gohin, *Droit constitutionnel*, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2013, §§ 996 et s.

⁷¹ Conseil constitutionnel, 11 janvier 1990, décision n° 89-271 DC, cons. 3.

⁷² G. Vedel, consultation pour M^e Guenaire sur la nature et la portée des décisions du Conseil constitutionnel suite à l'examen des comptes de campagne, 3 décembre 1996, p.16 - document annexé au mémoire ampliatif.

⁷³ G. Vedel, précité, p. 22.

⁷⁴ B. Challe, *Juris-Classeur procédure pénale*, articles 7 à 9, n° 52 et s.

- Tel a été le cas pour une *opération délictueuse unique*, mais impliquant des remises successives ou la réitération d'un même acte : le point de départ de la prescription a été fixé à la date de la dernière remise ou du dernier acte, cette solution revenant à transformer une infraction instantanée en infraction continuée.

Ainsi, ce principe a été mis en œuvre pour l'infraction d'escroquerie, lorsque les manœuvres frauduleuses constituent une infraction unique⁷⁵, pour celle d'abus de confiance⁷⁶ ou de blanchiment⁷⁷, en cas de remises ou de placements ou de dissimulations successifs. De même, en matière d'usage de faux, le point de départ de la prescription est fixé au dernier usage de la pièce arguée de faux.

- La chambre criminelle a créé une deuxième catégorie d'exceptions pour *les infractions occultes ou clandestines par nature*. Elle a appliqué le principe, rappelé ensuite, en matière d'abus de confiance par un arrêt du 4 janvier 1935, mentionné au mémoire ampliatif, dans lequel elle a retenu : « jusque-là, le prévenu, par ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées par ses créanciers ou en leur nom, avait pu dissimuler son intention délictueuse et empêcher ainsi de constater les éléments du délit »⁷⁸.

Par la suite, elle a abandonné la référence à l'existence d'une dissimulation en jugeant que seul le constat effectif du détournement faisait courir le délai de prescription, faisant de la clandestinité un élément constitutif du délit, le point de départ de la prescription étant reporté « au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁷⁹.

Il doit être précisé que la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative au report du point de départ en matière d'abus de confiance et d'abus de biens sociaux, en retenant que, d'une part, la prescription n'était pas constitutionnellement garantie, d'autre part, les règles en la matière étaient « anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs »⁸⁰.

- Enfin, la chambre criminelle a retenu une troisième cause de report du point de départ de la prescription, s'agissant des *infractions dissimulées*. Cette catégorie, très proche de la précédente, en est toutefois distincte puisqu'elle est principalement axée sur la recherche de l'existence d'un acte de dissimulation. Ceci constitue une réponse aux critiques de la jurisprudence précédemment exposée, pouvant aboutir à une imprescriptibilité de fait des infractions concernées. Ainsi, la démonstration d'un acte de dissimulation constitue une exigence supplémentaire constituant une limite à la reconnaissance de la prescription.

Outre l'infraction d'abus de biens sociaux, cette jurisprudence a été appliquée à plusieurs infractions, notamment le détournement de fonds publics ou privés⁸¹, la prise illégale d'intérêts⁸² ou l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats des marchés publics⁸³.

Mais, bien évidemment, comme le rappelle d'ailleurs le mémoire ampliatif, la chambre criminelle exerce un contrôle sur la caractérisation de la dissimulation⁸⁴.

S'agissant très spécifiquement de l'infraction d'abus de biens de sociaux, la jurisprudence peut être résumée ainsi qu'il suit :

- par un arrêt de 1967, la chambre criminelle a appliqué le principe dégagé par la décision de 1935 à cette infraction⁸⁵ ;

- par un arrêt de 1971, elle a abandonné la référence à la notion de dissimulation, conduisant à la consécration d'infractions clandestines par nature, pour l'infraction d'abus de confiance⁸⁶ ; elle a appliqué ensuite cette jurisprudence des infractions clandestines par nature, purgées de toute référence à la dissimulation, à l'abus de biens sociaux⁸⁷ ;

- à la suite de critiques doctrinales, constatant l'imprescriptibilité de fait de ce délit, la chambre criminelle, par un arrêt rendu en 1997, a nuancé sa jurisprudence en retenant que la présentation des comptes sociaux annuels constituait une présomption de régularité, sauf le cas, démontré, de dissimulation opérée⁸⁸. Elle a confirmé ce nouveau principe dans des décisions ultérieures, l'étendant d'ailleurs à d'autres infractions⁸⁹.

⁷⁵ Crim., 22 juillet 1971, pourvoi n° 70-90.318, *Bull. crim.* 1971, n° 237 ; Crim., 26 septembre 1995, pourvoi n° 94-84.008, *Bull. crim.* 1995, n° 288 ; Crim., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-82.712, et plus récemment Crim., 2 février 2016, pourvoi n° 15-84.356.

⁷⁶ Crim., 27 mai 2004, pourvoi n° 03-82.738, *Bull. crim.* 2004, n° 141 ; Crim., 5 octobre 2004, pourvoi n° 02-86.522, *Bull. crim.* 2004, n° 233.

⁷⁷ Crim., 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-83.689, *Bull. crim.* 2013, n° 17.

⁷⁸ Crim., 4 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, Jur., p. 353.

⁷⁹ Crim., 8 juin 1999, pourvoi n° 97-82.834.

⁸⁰ Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.033, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 6.

⁸¹ Crim., 19 mai 2004, pourvoi n° 03-86.192, *Bull. crim.* 2004, n° 131 ; Crim., 2 décembre 2009, pourvoi n° 09-81.967, *Bull. Crim.* 2009, n° 204 ; Crim., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-86.601.

⁸² Crim., 16 décembre 2014, pourvoi n° 14-82.939, *Bull. crim.* 2014, n° 272.

⁸³ Crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.757, *Bull. crim.* 1999, n° 239 ; Crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, *Bull. crim.* 1999, n° 238.

⁸⁴ Crim., 27 juin 2001, pourvoi n° 00-87.414, *Bull. crim.* 2001, n° 164 ; Crim., 10 avril 2002, pourvoi n° 01-80.090, *Bull. crim.* 2002, n° 85 ; Crim., 20 avril 2005, pourvoi n° 04-82.427 ; Crim., 23 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.346 ; Crim., 10 avril 2013, pourvoi n° 12-82.351 ; Crim., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-83.434 ; Crim., 26 octobre 2016, pourvoi n° 15-81.445, et Crim., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-82-912, cité au mémoire.

⁸⁵ Crim., 7 décembre 1967, pourvoi n° 66-91.972, *Bull. crim.* 1967, n° 321.

⁸⁶ Crim., 19 octobre 1971, pourvoi n° 70-92.012, *Bull. crim.* 1971, n° 267.

⁸⁷ Crim., 12 juin 1978, pourvoi n° 76-90.886, *Bull. crim.* 1978, n° 189, « dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique » ; Crim., 10 août 1981, pourvoi n° 80-93.092, *Bull. crim.* 1981, n° 244 ; Crim., 17 novembre 1986, pourvoi n° 85-93.444, *Bull. crim.* 1986, n° 342 ; Crim., 13 février 1989, pourvoi n° 88-81.218, *Bull. crim.* 1989, n° 69 ; Crim., 27 juillet 1993, pourvoi n° 92-85.146.

⁸⁸ Crim., 5 mai 1997, pourvoi n° 96-81.482, *Bull. crim.* 1997, n° 159.

⁸⁹ Crim., 13 octobre 1999, pourvois n° 96-83.874, 98-80.044, 96-80.774, *Bull. crim.* 1999, n° 219 ; Crim., 27 juin 2001, pourvoi n° 00-87.414, *Bull. crim.* 2001, n° 164.

En définitive, le délit d'abus de biens sociaux apparaît comme une infraction clandestine par nature, mais le point de départ du délai de prescription ne peut être reporté au-delà de la présentation des comptes annuels, sauf en cas de dissimulation. Elle est donc susceptible de revêtir les deux qualités : infraction clandestine par nature et infraction dissimulée.

S'agissant de la dissimulation, elle doit être démontrée par la mise en évidence d'artifices, de montages empêchant la connaissance du délit par ceux qui en sont les victimes. C'est à la partie poursuivante de démontrer que l'ignorance de la victime, qui doit être incontestable, est la conséquence de manœuvres de dissimulation de la part de l'auteur.

Il doit être précisé, en conclusion de cet examen des règles applicables en matière de prescription, que la loi du n° 2017-242 du 27 février 2017 a, notamment :

- modifié les délais de prescription en matière délictuelle (six ans) et criminelle (vingt ans) ;
- consacré la jurisprudence sur le point de départ de la prescription en matière d'infractions occultes ou dissimulées (article 9-1 du code de procédure pénale), mais en créant des délais butoirs (douze ans pour les délits et trente ans pour les crimes).

L'article 4 de la loi du 27 février 2017 a enfin prévu : « la présente loi ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur, avaient valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise ».

La chambre criminelle a récemment refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'atteinte au principe d'égalité des citoyens relative à cette dernière disposition⁹⁰.

B. - Application des règles précitées au regard du second moyen

À la lumière des observations de droit venant d'être faites, il convient d'examiner les questions soumises à l'assemblée plénière, au regard de la motivation de la décision attaquée et des griefs lui étant portés par ce second moyen.

1. Sur la première branche

La première branche du moyen reproche à la commission d'instruction d'avoir méconnu l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel publiée le 12 octobre 1995 ayant validé les comptes de campagne de M. X..., et précédemment évoquée.

La commission d'instruction, envisageant cette question sous l'angle de la prescription, a reconnu l'effet de la décision du Conseil constitutionnel mais l'a limité à la commission éventuelle du délit de financement illégal d'une campagne électorale, prévu par l'article L. 113-1 du code électoral⁹¹.

La question posée par cette première branche du moyen est donc la suivante : existe-t-il une autorité absolue de chose jugée de la décision du Conseil constitutionnel, comme le soutient le moyen ?

2. Sur la deuxième branche

La deuxième branche est dans le prolongement de la précédente puisqu'il est soutenu que, dès lors que les sommes litigieuses ont été examinées par le Conseil constitutionnel, il n'était pas possible pour la commission d'instruction de fixer à une date ultérieure à cette décision le point de départ du délai de prescription du délit de recel d'abus de biens sociaux. La question posée est ici celle de déterminer si la commission d'instruction pouvait retenir l'existence possible d'infractions dissimulées et appliquer en conséquence les règles de prescription précédemment rappelées pour reporter le point de départ du délai de prescription (*en l'espèce à la date de la connaissance du rapport « Nautilus » par le procureur de la République, le 21 septembre 2006*), étant rappelé que, pour parvenir à cette conclusion, la commission d'instruction s'est, d'une part, fondée sur le principe de connexité, lequel, n'est pas, en l'état, concerné par la contestation du demandeur, et, d'autre part, a énoncé les actes interruptifs intervenus selon elle.

⁹⁰ Sur ce point, le très complet rapport de Mme le conseiller Chauchis pour l'arrêt Crim., 28 juin 2017, QPC n° 17-90.010, publié au *Bulletin*, et plus généralement J. Buisson, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 », *Procédures* 2017, étude 20 ; A. Mihman, « La réforme de la prescription de l'action publique », *Gaz. Pal.* 2017, n° 10, p. 14.

⁹¹ Cet article, dans sa version alors applicable, prévoyait :

« I. - Sera puni d'une amende de 25 000 F et d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une de ces deux peines seulement, tout candidat en cas de scrutin uninominal, ou tout candidat tête de liste en cas de scrutin de liste, qui :

1° Aura, en vue de financer une campagne électorale, recueilli des fonds en violation des prescriptions de l'article L. 52-4 ;

2° Aura accepté des fonds en violation des dispositions de l'article L. 52-8 ;

3° Aura dépassé le plafond des dépenses électorales fixé en application de l'article L. 52-11 ;

4° N'aura pas respecté les formalités d'établissement du compte de campagne prévues par les articles L. 52-12 et L. 52-13 ;

5° Aura fait état, dans le compte de campagne ou dans ses annexes, d'éléments comptables sciemment minorés ;

6° Aura bénéficié, sur sa demande ou avec son accord exprès, d'affichages ou de publicité commerciale ne respectant pas les dispositions des articles L. 51 et L. 52-1 ;

7° Aura bénéficié, sur sa demande ou avec son accord exprès, de la diffusion auprès du public d'un numéro d'appel téléphonique ou télématique gratuit.

II. - Sera puni d'une amende de 25 000 F et d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura, en vue d'une campagne électorale, accordé un don en violation des dispositions de l'article L. 52-8.

Lorsque le donateur sera une personne morale, les dispositions de l'alinéa ci-dessus seront applicables à ses dirigeants de droit ou de fait.

III. - Sera puni d'une amende de 25 000 F et d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura, pour le compte d'un candidat ou d'un candidat tête de liste, sans agir sur sa demande, ou sans avoir recueilli son accord exprès, effectué une dépense de la nature de celles prévues à l'article L. 52-12 ».

3. Sur la dernière branche

La dernière branche, dans le prolongement des précédentes, concerne la fixation du point de départ du délai de prescription, même retardé, au regard de certains éléments pouvant avoir révélé l'existence des infractions poursuivies.

- La commission d'instruction⁹² a tout d'abord évoqué certaines déclarations de membres du Conseil constitutionnel, en l'espèce son ancien président, M. Roland S..., et l'un de ses membres, M. Jacques T...

Le premier a été entendu le 6 septembre 2011 par M. Van Ruymbeke, juge d'instruction⁹³. M. S..., se prévalant du serment prêté en sa qualité de président du Conseil constitutionnel, a indiqué ne pas être en mesure d'apporter des précisions sur des indications données par lui dans un livre ne faisant que reprendre, selon ses indications, ce qui était connu du public.

M. T... a été interviewé par un journaliste du quotidien *Le Parisien*, paru le 1^{er} décembre 2011⁹⁴. Si l'intéressé s'est expliqué alors très largement sur le traitement par le Conseil constitutionnel des comptes de M. X..., il a indiqué : « nous avons la certitude que leur [les fonds] origine était douteuse, mais nous penchions plutôt pour un potentat africain, une grosse fortune française ou les fonds secrets de Matignon. À l'époque, personne ne parlait de Karachi, du Pakistan ou de l'Arabie saoudite. Je ne me souviens pas que l'hypothèse de rétrocommissions liées à des contrats d'armement ait été évoquée ».

Concernant ces deux déclarations, la commission d'instruction a relevé qu'elles étaient sans effet sur le point de départ de la prescription, puisque bien postérieures à la date retenue par elle.

- La commission d'instruction a par ailleurs évoqué certains articles de presse, datant de juillet 1996. Elle a relevé que ces articles émanant du journal *Le Monde* et des hebdomadaires *l'Express* et *Le Nouvel économiste* avaient bien évoqué l'idée que les contrats de vente d'armes au Pakistan et à l'Arabie saoudite signés en 1994 avaient pu donner lieu à des rétrocessions de commissions susceptibles d'avoir alimenté la campagne de M. X... De même, l'intervention du ministre de la défense et du Premier ministre dans la conclusion du contrat « Sawari II » avait été mentionnée par le quotidien *Libération* le 3 août 2001. La commission d'instruction a relevé : « il s'agit cependant d'articles peu circonstanciés qui se sont limités, les premiers, à émettre un soupçon et à envisager une hypothèse, le dernier, à se faire l'écho d'interventions du gouvernement ».

La commission a indiqué que ces articles de presse, non repris à l'époque par d'autres médias, n'avaient pas donné lieu à un débat de société, comme celui ayant existé lors de la révélation du rapport « Nautilus » en 2008⁹⁵.

Il peut être souligné d'ailleurs que le moyen ne se réfère qu'aux déclarations des membres du Conseil constitutionnel et non aux articles de presse publiés en 1996.

Il reviendra à l'assemblée plénière, sur le fondement de ces dernières observations, de répondre à la critique de cette troisième branche du second moyen relative à la fixation du point de départ du délai de prescription, le demandeur soutenant que ces éléments étaient susceptibles de faire disparaître la dissimulation alléguée des infractions concernées, lesquelles demeurent par ailleurs contestées, dans leur existence même, par M. X...

⁹² Arrêt attaqué, pages 8 et 9.

⁹³ D. 814 CJR.

⁹⁴ D. 1609 CJR.

⁹⁵ À titre d'exemple : hebdomadaire *Le Nouvel Economiste* du 12 juillet 1996 - confidentiel- politique-économie : « L'affaire des écoutes téléphoniques visant des proches de François E... n'est sans doute pas close. Si Alain W..., Charles O... et le président de l'UDF se sont mis d'accord avec une rapidité surprenante pour étouffer l'affaire, où le principal écouté était bel et bien D..., le plus proche conseiller de François E..., c'est parce qu'aucun d'entre eux n'avait intérêt à en étaler les tenants et aboutissants. Mais ceux qui ont commencé à lâcher l'information ne vont-ils pas aller plus loin ? L'objectif de ces écoutes était de pister les « retours de commissions » versés lors de la signature des marchés d'armes avec l'Arabie saoudite pour l'entretien de six navires, d'une part, avec le Pakistan pour la vente de trois sous-marins Agosta d'autre part. Que le ministère de la défense ait été une pompe à finances pour la campagne d'Edouard X... est d'ailleurs un secret de polichinelle dans la majorité. On raconte d'ailleurs, chez les chiraquiens, que si François E... revendique avec tant d'âpreté un poste gouvernemental, c'est « parce qu'il veut un retour sur investissement ».

Avis de M. Cordier

Premier avocat général

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'État 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'État, 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 à 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 F..., qui devait être élu.

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

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 Philippe J..., a confié à M. Claude H..., ancien agent de la DST 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 rétrocommissions par l'intermédiaire du réseau d'Abdul Rahman A. Un double circuit avait été mis en place :

- le premier par l'intermédiaire de militaires pakistanais de haut rang et, notamment, de Mansurul XX..., qui permettait à ce militaire de dégager des fonds via le bureau des affaires afghanes de l'ISI³ 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 I... Abdulrahman A... aurait été présenté par Renaud D...,

¹ Créée en 1991, direction des constructions navales-international : cette société anonyme à capitaux d'État 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^{er} juin 2003).

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

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

directeur de cabinet du ministre de la défense à Emmanuel P..., 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 XY... 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 rétrocommissions 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.

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 Philippe J...

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 Philippe J..., auquel étaient jointes des pièces du dossier « Nautilus ». À 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. Z... 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. H..., 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'État a été destinataire du mémorandum rédigé par M. J... et de ses annexes intitulées « Nautilus ».

- Le 30 mars 2009, les deux juges d'instruction en charge de l'instruction financière susvisée 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 N...

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. B... Z... 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 C..., homme politique, proche de François E... et nommé par ce dernier. Selon MM. K... et P..., respectivement président et vice-président de la société DCN-I, le réseau Z... /A... leur avait été imposé sur instructions de M. D..., directeur de cabinet du ministre de la défense, M. E...

Les comptes considérés ont enregistré d'importants retraits en espèces, en particulier les 6 et 7 avril 1995, respectivement de 1 005 000 francs à partir d'un compte Q... (ressortissant koweïtien dont les comptes servaient à rendre encore plus opaques les transactions) et 2 010 000 francs (en trois fois) ainsi que 10 050 000 francs à partir du compte de M. A...

Dans le même temps, le compte de l'Association pour le financement de la campagne d'Edouard X... (AFICEB), dont M. R..., ancien préfet, était le président, était crédité, en espèces, de 13 229 504 francs, dont un versement, le 26 avril 1995, de 10 050 000 francs 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 E..., 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. L... 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 Mme 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 E... 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..., M^{es} François Martineau et Félix de Belloy, écrivaient aux membres de la commission d'instruction. Ils faisaient valoir que les juges d'instruction parisiens 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, voire 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 M. Edouard X... et, notamment, l'ensemble des recettes que cette juridiction avait examiné, 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 10 350 000 francs 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 rétrocommissions 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. H..., 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 rétrocommissions 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. N..., d'une part, et les autres faits, d'autre part. La commission d'instruction soulignait que le versement en espèces à Olivier N... 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 N... 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 H..., 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 Économiste* 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 ayants droit 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 Taiwan. 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.

⁴ Étant 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 secrets à des fins de financement de la campagne électorale de M. X... (D 16).

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 retrocommissions 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 Bureau 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 Bureau 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 rendu⁶.

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 fond¹⁰.

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* ».

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

⁶ *Bull. crim.* 1913, n° 509.

⁷ *Bull. crim.* 1961, n° 346 (sur le pourvoi du bâtonnier de l'ordre de la cour d'appel de Paris).

⁸ Pourvoi n° 75-91.248, *Bull. crim.* 1976, n° 39.

⁹ Pour 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, pourvoi n° 11-87.979, *Bull. crim.* 2012, n° 201, « inquiétudes prématurées », com. n° 169, revue *Droit pénal*, décembre 2012.

¹⁰ *Crim.*, 8 octobre 1958, pourvoi n° 90.202/58, *Bull. crim.* 1958, n° 603 ; 9 février 1971, pourvoi n° 90.870/70, *Bull. crim.* 1971, n° 43 ; 29 janvier 1979, pourvoi n° 77-92.775, *Bull. crim.* 1979, n° 38.

¹¹ Assemblée plénière, 12 juillet 2000, pourvois n° 00-83.577 et 00-83.578, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 6, et *Bull. crim* 2000, n° 258.

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, M. Didier Guérin.

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 (Crim., 30 octobre 1990, pourvoi n° 90-83.414, *Bull. crim.* 1990, 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 105 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 postérieurement¹⁷.

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 nominatif¹⁸.

Par la loi n° 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 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 examen¹⁹, mais une suspicion réelle²⁰. 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 (article 113-3 du code de procédure pénale) ;
- 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) ;

¹² Pourvoi n° 13-86.965, *Bull. crim.* 2014, n° 71.

¹³ Crim., 5 mars 2014, pourvoi n° 13-84.705, *Bull. crim.* 2014, n° 66.

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

¹⁵ L'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 du code de procédure pénale.

¹⁶ Pourvoi n° 93-84.714, *Bull. crim.* 1995, n° 112.

¹⁷ Crim., 11 avril 1973, pourvoi n° 90.334/73, *Bull. crim.* 1973, n° 190.

¹⁸ Crim., 29 mai 1971, pourvoi n° 90.921/71, *Bull. crim.* 1971, n° 171 ; 2 juillet 1998, pourvoi n° 97-83.666, *Bull. crim.* 1998, n° 214, ou encore 19 novembre 1998, pourvoi n° 98-83.333, *Bull. crim.* 1998, n° 309.

¹⁹ Cf. les articles 80-1, 113-8 et 116 du code de procédure pénale.

²⁰ Ce qui explique que la personne convoquée pour mise en examen se verra automatiquement conférer la qualité de témoin assisté, si le juge d'instruction renonce à la mettre en examen au terme de l'interrogatoire de première comparution.

- 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 (article 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 sans qualité pour se pourvoir en cassation* »²¹, 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 2005²², 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 autoriser à saisir la chambre de l'instruction d'une requête aux fins d'annulation de pièces de procédure et si 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 livre 1 du code de procédure pénale* »²³.

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 réformée 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 2006²⁴, 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 année²⁵, 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 particulières²⁶, le droit du témoin assisté de produire un mémoire devant la Cour de cassation ou de se pourvoir en cassation.

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 2005²⁷ 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 confirmatif²⁸. 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'instruction²⁹.

Il convient de relever que, dans ces trois espèces :

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

²¹ 13 novembre 2001, pourvoi n° 01-85.506, *Bull. crim.* 2001, n° 232.

²² Pourvois n° 05-81.694 et 04-87.797, *Bull. crim.* 2005, n° 181 (arrêts n° 2 et 3).

²³ Avis sous arrêt du 21 juin 2005, *Bull. crim.* 2005 n° 181 précité.

²⁴ Pourvoi n° 05-86.661, *Bull. crim.* 2006, n° 87 ; 16 juin 2010, pourvoi n° 09-85.942.

²⁵ Pourvois n° 05-85.519, *Bull. crim.* 2006, n° 250, et n° 05-81.138, *Bull. crim.* 2006, n° 316.

²⁶ On n'évoquera pas ici un arrêt très particulier rendu sur notre avis conforme le 3 mai 2012 - pourvoi n° 11-89.173, *Bull. crim.* 2012, n° 104 - 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.

²⁷ *Crim.*, 21 juin 2005, pourvoi n° 05-81.491, *Bull. crim.* 2005, n° 181, arrêt n° 1.

²⁸ *Crim.*, 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85.079, *Bull. crim.* 2011, n° 134.

²⁹ *Crim.*, 16 juin 2011, pourvoi n° 11-80.618.

- 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, nommément visé 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 nommément visée par un réquisitoire introductif acquérait 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'inculpation³⁰. 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 »³¹.

À compter de l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, abrogeant le troisième 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 doctrine³².

Au contraire, par un arrêt du 9 novembre 2005³³, 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 2016³⁴.

En l'état actuel du droit, il ne peut 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 pénale³⁵ : « 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 œuvre. 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.

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.

³⁰ Voir notamment Crim., 5 novembre 1985, pourvoi n° 84-94.458, *Bull. crim.* 1985, n° 344.

³¹ Crim., 19 novembre 1998, pourvoi n° 98-83.333, *Bull. crim.* 1998, n° 309.

³² Voir note de Wilfrid Jeandidier, 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.

³³ Pourvoi n° 05-85.338, *Bull. crim.* 2005, n° 290.

³⁴ Pourvoi n° 15-87.143, *Bull. crim.* 2016, n° 60.

³⁵ *Economica*, édition de 2015, n° 1746.

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 jugement* »³⁶.

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. À cet égard, par un arrêt du 24 mai 2017³⁷, 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.

La chambre criminelle a jugé, le 19 mars 2008³⁸, « *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 arrêt³⁹.

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 prescription⁴⁰. 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 valeur⁴¹.

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 préexistent 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.

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 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*

³⁶ *Juris-Classeur procédure pénale*, article 6 - action publique extinction - autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal, fasc. 20.

³⁷ Pourvoi n° 16-86.879.

³⁸ Pourvoi n° 07-80.473, *Bull. crim.* 2008, n° 73.

³⁹ *Crim.*, 26 avril 2017, pourvoi n° 16-80.884.

⁴⁰ *Crim.*, 17 novembre 1981, pourvoi n° 80-94.310, *Bull. crim.* 1981, n° 310 ; 14 février 1984, pourvoi n° 83-90.195, *Bull. crim.* 1984, n° 55 ; 5 décembre 2001, pourvoi n° 01-81.995 ; 20 janvier 2009, pourvoi n° 08-80.021, *Bull. crim.* 2009, n° 21.

⁴¹ *Crim.*, 14 février 1995, pourvoi n° 93-85.640, *Bull. crim.* 1995, n° 66 ; 19 février 2013, pourvoi n° 12-83.781, *Bull. crim.* 2013, n° 42.

et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Il se prévaut des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne 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 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 pas⁴². Dans son arrêt *Imbrioscia c/ Suisse* du 24 novembre 1993⁴³, 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* ».

L'arrêt *Murray c/ Royaume-Uni*⁴⁴ 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 19 mars 2008⁴⁵ « *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.

Être 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).

Vous écarterez le moyen pris de la violation de l'article 6 de la Convention européenne 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 10350000 francs sur le compte de l'association pour le financement de la campagne électorale de M. X... en 1995.

⁴² CEDH, 23 octobre 1990, *Moreira de Azevedo c/ Portugal*, requête n° 11296/84, § 66.

⁴³ Requête n° 13972/88, § 36.

⁴⁴ CEDH, *John Murray c/ Royaume-Uni*, 8 février 1996, requête n° 18731/91.

⁴⁵ Pourvoi n° 07-80.473, *Bull. crim.* 2008, n° 73.

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 qu'elles 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 francs.

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 d'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 10 350 000 francs 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.

Enfin, 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 S..., à l'époque président du Conseil, et de M. T..., 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 n° 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 n° 95-62 du 19 janvier 1995 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'État, 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'État 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* (article 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 30 000 francs 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 n° 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 suivaient 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'État 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 campagne 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 occidentale⁴⁶.

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 L. 113-1 du code électoral sanctionne, dans sa version applicable en 1995, d'une année d'emprisonnement et/ou d'une amende de 25 000 francs :

- le recueil de fonds en violation de l'article L. 52-4 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 ;
- 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.

⁴⁶ *Revue de droit public* 1996, pages 463 et s., « L'intervention du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'élection présidentielle de 1995 » (page 482).

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 n° 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 respectées* »⁴⁷.

Selon Jean-Pierre Camby⁴⁸, 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 candidat⁴⁹.

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 coercitifs⁵⁰. Le Conseil constitutionnel relevait, à l'occasion de la vérification des comptes de campagne de l'élection de 1995⁵¹, 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. À 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 M^e 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, 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 10 350 000 francs 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

⁴⁷ *Revue de droit public* 1996, pages 463 et s., « L'intervention du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'élection présidentielle de 1995 ».

⁴⁸ Elections : « contentieux de l'élection présidentielle », *Répertoire de contentieux administratif*, janvier 2017, § 40.

⁴⁹ Décision du 12 juillet 1995, n° 95-83 PDR 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.

⁵⁰ Conseil constitutionnel, 11 janvier 1990, n° 89-271 DC, considérant 3.

⁵¹ Voir Conseil constitutionnel, 8 décembre 1995, n° 95-93 PDR, § 3, b, observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995.

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 1967⁵² 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.

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* »⁵³.

Ultérieurement, la chambre criminelle a quelque peu atténué la rigueur de sa jurisprudence en précisant, dans un arrêt du 5 mai 1997⁵⁴, « *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 manœuvres que l'auteur des faits peut mettre en œuvre : 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 manœuvres 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 fond⁵⁵.

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 dissimulation⁵⁶.

Pour conclure ce bref rappel on signalera que, par un arrêt du 6 février 1997⁵⁷, 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.

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 5 929 628 francs.

Si le Conseil a arrêté les recettes enregistrées dans le compte du mandataire à 85 676 060 francs, somme incluant celle de 10 350 000 francs 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 rétrocommissions 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

⁵² Pourvoi n° 91.972/66, *Bull. crim.* 1967, n° 321.

⁵³ C'est exactement ce que précisait la chambre criminelle le 10 août 1981, pourvoi n° 80-93.092, *Bull. crim.* 1981, n° 244, *Revue des sociétés* 1983, page 368, note Bouloc.

⁵⁴ Pourvoi n° 96-81.482, *Bull. crim.* 1997, n° 159 ; J. Languier et P. Conte, *Droit pénal des affaires*, 101^e édition, A. Colin, 2001, n° 379 et s.

⁵⁵ *Crim.*, 13 octobre 1999, pourvois n° 96-83.874, 98-80.044 et 96-80.774, *Bull. crim.* 1999, n° 219 ; *Droit pénal* 2000, comm. 17, observations J.-H. Robert ; *JCP*, éd. 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 *Crim.*, 10 novembre 1999, pourvoi n° 98-85.477.

⁵⁶ *Crim.*, 8 octobre 2003, pourvoi n° 02-81.471, *Bull. crim.* 2003, n° 184 ; 14 mai 2003, pourvoi n° 02-81.217, *Bull. crim.* 2003, n° 97 ; 14 juin 2006, pourvoi n° 05-85.912 (à mettre dans absence de dissimulation à la suite des arrêts de 1999) ; 28 juin 2006, pourvoi n° 05-82.634 ; 25 février 2009, pourvoi n° 08-85.123 ; 30 avril 2014, pourvoi n° 13-82.912 ; 4 mai 2016, pourvoi n° 14-88.237 ; 22 mars 2017, pourvoi n° 15-84.229.

⁵⁷ *Crim.*, 6 février 1997, pourvoi n° 96-80.615, *Bull. crim.* 1997, n° 48, *Dr. pénal* 1997, comm. 61, Véron, puis 27 octobre 1997, pourvoi n° 96-83.698, *Bull. crim.* 1997, n° 352, *Dr. Pén.* 1998, comm. 20, observations Véron, et 7 mai 2002, pourvoi n° 02-80.797, *Bull. crim.* 2002, n° 108.

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. H... 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. H... les 11 septembre et 7 décembre 2002] non seulement quant à la chronologie, l'origine, le circuit des rétrocommissions, 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, page 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

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

Étranger

Mesures d'éloignement. - Légalité. - Appréciation. - Compétence. - Détermination. - Portée.

Le juge administratif est seul compétent pour connaître de la légalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement, quand bien même leur illégalité serait invoquée par voie d'exception à l'occasion de la contestation, devant le juge judiciaire, de la décision de placement en rétention.

Le juge judiciaire excède ses pouvoirs en appréciant la légalité d'un arrêté de transfert, décision administrative distincte de l'arrêté de placement en rétention.

1^{re} Civ. - 27 septembre 2017

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 16-50.062. - CA Douai, 5 novembre 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoullaud, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Étranger

Mesures d'éloignement. - Légalité. - Appréciation. - Compétence. - Détermination. - Portée.

Le juge administratif est seul compétent pour connaître de la légalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement, quand bien même leur illégalité serait invoquée par voie d'exception à l'occasion de la contestation, devant le juge judiciaire, de la décision de placement en rétention.

Le juge judiciaire excède ses pouvoirs en appréciant la légalité d'un arrêté portant obligation de quitter sans délai le territoire français, décision administrative distincte de l'arrêté de placement en rétention.

1^{re} Civ. - 27 septembre 2017

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 17-10.207. - CA Lyon, 18 novembre 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoullaud, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

**Note sous 1^{re} Civ., 27 septembre 2017
(sommaires publiés au *Bicc* 875, du 1^{er} février 2018,
sous le n° 163, pourvoi n° 16-50.062, et n° 164,
pourvoi n° 17-10.207)**

Par deux arrêts du 27 septembre 2017, la première chambre de la Cour de cassation s'est prononcée, pour la première fois, sur l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, dont l'article 33 a modifié l'office respectif du juge administratif et du juge judiciaire chargés du contentieux des étrangers en situation irrégulière.

La première instance concerne un ressortissant biélorusse interpellé à Lille le 1^{er} novembre 2016, jour de l'entrée en vigueur de la loi du 7 mars 2016 précitée, alors qu'il voyageait sans titre de transport dans le train effectuant la liaison Lyon-Bruxelles. Pendant la retenue pour vérification des titres de séjour, le préfet avait pris une décision de transfert à destination de la Suisse et de placement en rétention. Le 2 novembre 2016, l'étranger a présenté une requête pour contester la régularité de cet arrêté et le préfet, une requête pour demander la prolongation de la mesure. Par ordonnance du 3 novembre 2016, le juge des libertés et de la détention de Lille a constaté l'irrégularité de la décision de transfert vers la Suisse et, par voie de conséquence, l'irrégularité de la rétention de l'intéressé. Statuant sur l'appel interjeté par le préfet, le premier président a confirmé cette décision. Deux pourvois en cassation étaient formés, par le procureur général près la cour d'appel et le préfet.

Dans l'autre affaire, un ressortissant algérien contestait un arrêté portant obligation de quitter sans délai le territoire national et placement en rétention administrative du 14 novembre 2016. Pour remettre en liberté l'intéressé, l'ordonnance a retenu que la décision du préfet lui faisant obligation de quitter sans délai le territoire français était entachée d'irrégularité, ce qui viciait la décision de placement en rétention dont elle constituait le fondement.

Les pourvois conduisaient à s'interroger sur l'office du juge des libertés et de la détention et sa compétence pour connaître, par voie d'exception, de la légalité ou de la régularité des autres décisions administratives qui ont justifié le placement en rétention.

Trois arguments plaidaient en faveur d'un contrôle extensif, par voie incidente, des décisions préalables à la rétention :

a) l'argument du transfert de compétence à droit constant

Dès lors que le législateur a opéré un transfert de compétence vers le juge judiciaire, celui-ci n'intervient-il pas, dans le silence des textes, à droit constant ? Si tel est le cas, le juge judiciaire est supposé appréhender dans sa globalité le contentieux qui lui est transféré. Or, le Conseil d'État admet l'opérance d'une exception d'illégalité d'une décision A, y compris lorsqu'il s'agit d'une décision individuelle, à l'occasion d'un recours contre une décision B, à la condition que la décision individuelle A ne soit pas définitive¹ et soit encore susceptible d'une décision contentieuse. Mais il est nécessaire que la décision dont le juge est saisi à titre principal, la décision B (ici le placement en rétention), ait été prise

¹ S'agissant d'un acte non réglementaire, l'exception n'est, en revanche, recevable que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée, sauf dans le cas où, l'acte et la décision ultérieure constituant les éléments d'une même opération complexe, l'illégalité dont l'acte serait entaché peut être invoquée en dépit du caractère définitif de cet acte (CE, section, 30 décembre 2013, n° 367615, publié au *Recueil Lebon*, 346).

pour l'application de l'acte contesté par voie d'exception ou en constitue la base légale (CE, section, 11 juillet 2011, n° 320735 et n° 320854, publié au *Recueil Lebon*) ;

b) l'argument tiré de la jurisprudence invitant à un contrôle complet à bref délai

Les arguments en faveur de la compétence du juge des libertés et de la détention (JLD) pour statuer sur l'exception d'illégalité pouvaient encore s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui invite à un contrôle complet dans des brefs délais² (12 juillet 2016, A.M. c/ France, n° 53324/13). Si le JLD ne peut pas exercer ce contrôle par voie d'exception, cela contraint l'étranger à soulever le moyen tiré de l'illégalité de la procédure d'éloignement, devant le juge administratif, dans le délai de quarante-huit heures ;

c) l'argument de l'application de la jurisprudence du Tribunal des conflits SCEA du Chéneau du 17 octobre 2011

L'argument principal, cité d'ailleurs par les ordonnances attaquées, résulte de la jurisprudence du Tribunal des conflits SCEA du Chéneau. Il est exact que cette jurisprudence réserve la possibilité pour le juge du principal de se faire juge de l'exception pour le cas où l'exception d'illégalité peut être accueillie « au vu d'une jurisprudence établie » et lorsque le droit de l'Union est invoqué.

En effet, se fondant sur le principe constitutionnel de primauté³ et sur le principe d'effectivité issus des dispositions des traités européens, le Tribunal des conflits a estimé que le juge judiciaire pouvait, en cas de difficulté d'interprétation d'une norme européenne, saisir lui-même la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, soit, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle dans le cas où serait en cause, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union (cf. Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, n° 3828, SCEA du Chéneau c/ INAPORC et autres ; 1^{re} Civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-18.180, Bull. 2013, I, n° 89)⁴.

La jurisprudence SCEA du Chéneau ne semble cependant pas faire obligation au juge judiciaire de s'emparer des questions de droit administratif : il peut le faire, mais lorsqu'il est dans le champ de sa compétence. « Lorsqu'il s'estime en état de le faire », il peut appliquer le droit de l'Union, par voie incidente.

Mais trois arguments conduisaient, au contraire, à faire prévaloir l'étanchéité structurelle entre les champs de compétences organisés par le législateur :

² « 42. (...) La Cour observe cependant que le juge administratif saisi, comme en l'espèce, d'un recours contre un arrêté de placement en rétention n'a le pouvoir que de vérifier la compétence de l'auteur de cette décision ainsi que la motivation de celle-ci, et de s'assurer de la nécessité du placement en rétention. Il n'a, en revanche, pas compétence pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant mené à celle-ci (voir la partie « Droit interne pertinent »). Notamment, il ne peut contrôler les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'interpellation de l'étranger. Ce faisant, il n'est pas en mesure de contrôler que les modalités de l'interpellation ayant conduit à la rétention sont conformes au droit interne ainsi qu'au but de l'article 5, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire (voir Conka, précité). La Cour estime en conséquence qu'un tel contrôle est trop limité au regard des exigences de l'article 5, § 4, dans le cadre d'une privation de liberté relevant de l'article 5, § 1, f. 43. Eu égard à ce qui précède, elle considère que le requérant n'a pas bénéficié d'un recours au sens de l'article 5, § 4, de la Convention. Partant, il y a eu violation de cette disposition » (CEDH, 12 juillet 2016, A.M. c. France, n° 56324/13).

³ Issu de l'article 88-1 de la Constitution de 1958 : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

⁴ La Cour a ainsi rejeté la demande de renvoi préjudiciel, jugeant que « lorsqu'il est saisi d'une demande de question préjudicielle sur le sens et la légalité des clauses d'un contrat d'affermage des droits de places perçus dans les halles et marchés communaux, le juge judiciaire, seul compétent, en vertu de l'article 136 du décret du 17 mai 1809, pour statuer sur les contestations nées à l'occasion de l'exécution de ce contrat administratif, a la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat, de sorte que l'appréciation de la légalité de cet acte par le juge administratif n'est pas nécessaire à la solution du litige ».

a) dans le silence de la loi : l'argument du principe des champs de compétence distincts

En l'absence de textes spéciaux, il n'y avait pas lieu de déroger aux dispositions de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation du pouvoir judiciaire interdisant au juge judiciaire de s'immiscer dans les opérations administratives. Or, la lettre de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) confie au JLD la seule contestation de la décision de placement en rétention.

Permettre au JLD de contrôler la légalité d'un acte administratif par voie d'exception conduirait à ouvrir une option de saisines concomitantes du juge administratif (saisi, au principal, par une requête distincte) et du juge judiciaire. Il n'est pas exclu que les deux décisions porteraient une appréciation différente sur la décision administrative en cause, voire une appréciation contradictoire. Une telle situation, susceptible de générer une insécurité juridique, ne semble pas avoir été envisagée par le législateur ;

b) l'argument des voies de recours parallèles, voulues par le législateur

La pertinence de l'exception d'illégalité semble contredite par la voie spécifique de recours parallèle prévue par les textes : le recours devant le juge des soixante-douze heures offre des garanties qui peuvent être regardées comme équivalentes, en termes de délai comme d'effet, puisque le recours débouche sur une annulation et donc une remise en liberté en cas d'illégalité de la mesure d'éloignement.

Tout d'abord, à titre principal, la question de la légalité même de cette mesure d'éloignement demeure du seul ressort du juge administratif, en raison de la volonté expresse du législateur, puisque la loi précise, à l'article L. 512-1 précité, que l'obligation de quitter le territoire français, la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision sur le pays de destination et l'interdiction de retour ou de circulation sur le territoire français sont susceptibles de recours devant le juge administratif, et seulement dans les quarante-huit heures de leur notification, lorsque la personne est placée en rétention.

La loi prévoit, en effet, plusieurs garanties en faveur du respect des droits de l'étranger à l'occasion du contrôle, par le juge administratif, des mesures d'éloignement :

- lorsque le recours devant le juge administratif aura été exercé, la loi en prévoit les conséquences sur la mesure de rétention : il est expressément mentionné, à l'article L. 554-2, qu'en cas d'annulation de la mesure d'éloignement par le juge administratif, « il est immédiatement mis fin au maintien de l'étranger en rétention ». L'action du juge administratif a donc une conséquence immédiate, ce qui répond aux critiques développées dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 juillet 2016, A.M. c/ France, n° 53324/13, précité ;

- dans le cas où le JLD déciderait (en application de l'article L. 552-4 du CESEDA) l'assignation à résidence de l'étranger qui avait été placé en rétention, il est précisé à l'article R. 776-21 du CESEDA que cela n'a pas d'incidence sur le délai de soixante-douze heures dans lequel le juge administratif est tenu de statuer sur la mesure d'éloignement. Cette précision du législateur laisse penser qu'il a entendu maintenir la compétence du juge administratif, statuant à bref délai, dans tous les contentieux relatifs à des décisions autres que l'arrêté de placement en rétention ;

c) l'argument pragmatique de la technicité de l'exception d'illégalité

Un contrôle extensif engagerait le juge des libertés et de la détention sur un champ de compétence sans limite et qui relève d'un droit administratif complexe que ce juge n'a jamais eu à connaître, ni sur la procédure en cause, ni au fond.

Au regard de ces éléments, la Cour de cassation a considéré qu'il résultait du principe de séparation des autorités administratives

et judiciaires, posé par la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, qu'à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et sauf disposition législative contraire, il n'appartenait qu'à la juridiction administrative de connaître des recours contre les décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique.

L'arrêt cite les dispositions du code de l'entrée et du séjour de étrangers et du droit d'asile qui prévoient l'intervention concomitante des deux juges, notamment l'article L. 512-1, selon lequel le juge administratif statue au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine, et l'article L. 552-1, qui dispose que le juge judiciaire statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine.

Il relève que le législateur a organisé deux compétences parallèles, exclusives l'une de l'autre, et en déduit que le juge administratif est seul compétent pour connaître de la légalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement, quand bien même leur illégalité serait invoquée par voie d'exception à l'occasion de la contestation, devant le juge judiciaire, de la décision de placement en rétention.

Dans les deux arrêts, la première chambre civile a donc cassé les ordonnances des premiers présidents qui avaient porté une appréciation sur la légalité de décisions administratives distinctes de l'arrêté de placement en rétention, excédant ainsi leurs pouvoirs.

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Demandeur d'asile. - Procédure de transfert. - Règlement (UE) n° 204/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013. - Article 28, § 2. - Raisons de craindre la fuite du demandeur. - Critères objectifs. - Défaut. - Effet.

En l'absence de disposition contraignante de portée générale, fixant les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert, l'article 28, § 2, du règlement dit « Dublin III » est inapplicable et un étranger ne peut être placé en rétention sur ce fondement.

1^{re} Civ. - 27 septembre 2017 CASSATION SANS RENVOI

N° 17-15.160. - CA Paris, 17 février 2017.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP Zribi et Texier, Av.

Note sous 1^{re} Civ., 27 septembre 2017 (sommaire publié au *Bicc* 875, du 1^{er} février 2018, sous le n° 165)

La première chambre civile a jugé qu'en l'absence de disposition contraignante, de portée générale, fixant les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert, l'article 28, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, dit règlement Dublin III, était inapplicable.

Cette analyse se fonde sur un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 15 mars 2017, Al Chodor, C-528/15) qui a dit pour droit que l'absence d'une telle disposition entraîne l'inapplicabilité de l'article 28, paragraphe 2, de ce règlement et a précisé, au point 45 de l'arrêt, qu'en tout état de cause, une jurisprudence établie, sanctionnant une pratique constante de la police des étrangers, ne saurait suffire.

Le deuxième alinéa de l'article 28 du règlement, relatif au placement en rétention aux fins de transfert, prévoit que « les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément au présent règlement lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite de ces personnes, sur la base d'une évaluation individuelle

et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est proportionnel et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées ».

L'article 2 précise qu'aux fins de ce règlement, on entend par « risque de fuite », « dans un cas individuel, l'existence de raisons, fondées sur des critères objectifs définis par la loi, de craindre la fuite d'un demandeur, un ressortissant de pays tiers ou un apatride qui fait l'objet d'une procédure de transfert ».

En l'état actuel de la législation, au livre septième sur le droit d'asile, l'article L. 742-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile renvoie aux articles L. 551-1 et L. 561-2 du titre cinquième, lequel est relatif aux mesures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière, mais non aux mesures régissant les demandeurs de protection internationale.

Une mesure de rétention administrative ne peut donc s'appliquer à l'égard d'un demandeur d'asile, en vue de garantir la procédure de transfert, dès lors que n'existe aucune disposition contraignante, de portée générale, fixant les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite de celui-ci.

N° 248

Action civile

Recevabilité. - Association. - Association de lutte contre la corruption. - Conditions. - Agrément et délai de déclaration d'existence. - Défaut. - Préjudice direct et personnel. - Justification. - Nécessité.

En application de l'article 2 du code de procédure pénale, l'action civile en réparation du dommage causé par un délit appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par cette infraction et l'article 2-23 du même code subordonne la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association agréée de lutte contre la corruption à sa déclaration d'existence en préfecture depuis au moins cinq ans.

Méconnaît ces textes la chambre de l'instruction qui déclare recevable la constitution de partie civile d'une association de contribuables se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption, alors que cette association, d'une part, comme elle le relève, n'était ni agréée ni déclarée depuis au moins cinq ans à la date de sa constitution de partie civile, d'autre part, ne justifie pas d'un préjudice personnel directement causé par les délits poursuivis de blanchiment de fraude fiscale, corruption et blanchiment de corruption.

Crim. - 11 octobre 2017 CASSATION SANS RENVOI

N° 16-86.868. - CA Paris, 3 novembre 2016.

M. Soulard, Pt. - Mme Zerbib, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Spinosi et Bureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1253, note Béatrice Lapérou-Schneider.

N° 249

Architecte entrepreneur

Réception de l'ouvrage. - Réception judiciaire. - Conditions. - Travaux en état d'être reçus. - Constatation suffisante.

En l'absence de réception amiable, la réception judiciaire peut être ordonnée si les travaux sont en état d'être reçus.

3^e Civ. - 12 octobre 2017 CASSATION PARTIELLE

N° 15-27.802. - CA Paris, 18 septembre 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Bureau, Rap. - M. Brun, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Note sous 3^e Civ., 12 octobre 2017, n° 249 ci-dessus

Le pourvoi a permis à la troisième chambre civile de la Cour de cassation de préciser les conditions de la réception judiciaire. Si la jurisprudence a construit patiemment, à force de décisions, le concept prétorien de réception tacite, les deux formes de réception prévues par la loi ont donné lieu, en revanche, à un nombre beaucoup plus réduit de décisions.

Il faut admettre que les termes de l'article 1792-6 du code civil sont assez clairs :

« La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement ».

Le principe semble donc évident : la partie la plus diligente sollicite la réception amiable, qui constitue la règle, et, à défaut, il peut être demandé au juge de prononcer une réception judiciaire.

Dans cette dernière hypothèse, une jurisprudence constante considère que l'ouvrage peut faire l'objet d'une réception judiciaire dès l'instant où il est « en état d'être reçu » (3^e Civ., 30 juin 1993, pourvoi n° 91-18.696, *Bull.* 1993, III, n° 103). L'apparence tautologique de la formule s'explique par le caractère subsidiaire de la réception judiciaire : le juge est saisi parce qu'aucune réception amiable n'a été prononcée ; il prononcera alors lui-même cette réception en la fixant à la date à laquelle la réception amiable aurait dû être prononcée d'accord entre les parties.

Pour un immeuble d'habitation, il sera en état d'être reçu s'il est effectivement habitable (3^e Civ., 14 janvier 1998, pourvoi n° 96-14.482, *Bull.* 1998, III, n° 5 ; 3^e Civ., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-16.200 ; 3^e Civ., 10 décembre 2015, pourvoi n° 13-16.086).

Dans l'espèce rapportée, l'immeuble, dont le maître d'ouvrage avait repris possession avant la fin des travaux en raison du différend l'opposant à l'entreprise, n'était assurément pas habitable à la date à laquelle la réception judiciaire avait été demandée puisqu'il était dépourvu de salle de bains et de toilettes, de sorte que c'était à juste titre que le tribunal avait refusé de prononcer cette réception. Devant la cour d'appel, en revanche, la situation avait évolué puisque le maître d'ouvrage réclamait le prononcé de la réception judiciaire à une date postérieure, correspondant aux travaux qu'il avait fait effectuer par une tierce entreprise, cette dernière circonstance étant totalement dépourvue d'incidence aux yeux de la jurisprudence (3^e Civ., 30 juin 2015, pourvoi n° 14-20.246).

La cour d'appel avait pourtant, elle aussi, refusé de prononcer la réception judiciaire sur le motif suivant : « Le prononcé de la réception judiciaire des travaux suppose d'une part que les travaux soient en état d'être reçus, mais aussi un refus abusif du maître de l'ouvrage de prononcer une réception amiable sollicitée par le constructeur ». Et d'ajouter qu'en l'espèce, aucune des parties n'avait manifesté la volonté de prononcer une réception amiable, le maître d'ouvrage ayant même exprimé, lors du départ de l'entreprise, sa détermination à ne pas accepter les travaux, à ne pas les payer et à obtenir l'indemnisation des malfaçons.

La question posée par le pourvoi était donc de savoir si le prononcé de la réception judiciaire est subordonné au refus abusif d'une des parties (en général le maître d'ouvrage) de procéder à une réception amiable.

Elle méritait d'être posée en raison de la subsidiarité, affichée dans l'article 1792-6 du code civil, de la réception judiciaire et du sens à donner à la locution « à défaut » que ce texte contient.

La réception judiciaire, à la lecture du texte, pourrait être analysée comme une forme de réception forcée destinée à combattre la négligence ou la mauvaise volonté du maître de l'ouvrage ; elle semble, en effet, n'être nécessaire que si une réception demandée par une des parties n'a pu être obtenue à l'amiable et elle suppose, par hypothèse, le refus de l'une des parties d'y procéder.

C'est l'analyse que font de nombreux auteurs (notamment H. Périnet-Marquet *in Droit de la construction*, dir. Ph. Malinvaud, Dalloz-Action, 2013, n° 403-90 ; M. L. Pagès de Varennes, *Construction - Urbanisme*, n° 5, mai 2013, comm. 74, C. Sizaire, *Construction - Urbanisme*, n° 10, octobre 2014, comm. 137).

La solution apportée par l'arrêt ici commenté, qui refuse de subordonner le prononcé de la réception judiciaire à un refus abusif du maître d'ouvrage, fait prévaloir une conception purement objective de la réception judiciaire : la seule condition posée pour qu'elle soit prononcée est que l'ouvrage, en état d'être reçu, n'ait pas fait l'objet d'une réception amiable. Et ce, quelle que soit la raison d'une telle situation.

Cette solution, finalement conforme à la lettre de l'article 1792-6 du code civil, présente le mérite d'être simple à mettre en œuvre et de combler le vide juridique d'une situation dans laquelle aucune des parties n'a fait la démarche de solliciter une réception amiable des travaux sans pour autant avoir marqué d'opposition à une telle mesure, le maître d'ouvrage ne pouvant, pour sa part, revendiquer le bénéfice d'une réception tacite, faute d'avoir, par exemple, payé la plus grande partie du prix des travaux.

Certains relèveront alors l'apparent paradoxe d'un arrêt qui autorise un maître d'ouvrage refusant toute réception amiable ou ne remplissant pas les conditions requises pour une réception tacite à obtenir une réception judiciaire.

La décision a, au contraire, le mérite de clarifier les choses de façon définitive : en faisant prévaloir une notion purement objective de la réception judiciaire totalement détachée du comportement du maître d'ouvrage, l'arrêt ici commenté marque bien la distinction opérée entre la réception judiciaire et la réception amiable, dans laquelle le maître d'ouvrage doit manifester, expressément ou tacitement, sa volonté non équivoque de recevoir l'ouvrage, volonté dont le juge ne fait que constater l'existence.

En affranchissant le prononcé de la réception judiciaire de tout lien avec l'attitude des parties au contrat d'entreprise, la décision rapportée peut donner une « nouvelle jeunesse » à une réception judiciaire trop souvent supplantée jusqu'alors par la réception tacite.

N° 250

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Obligation de conseil. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Il incombe à l'architecte chargé d'une opération de construction ou de réhabilitation de se renseigner sur la destination de l'immeuble au regard des normes d'accessibilité aux personnes handicapées.

3^e Civ. - 12 octobre 2017
CASSATION PARTIELLE

N° 16-23.982. - CA Limoges, 21 juin 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Renard, Rap. - M. Brun, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, SCP Boulloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. E, Act., n° 745.

N° 251

Assurance responsabilité

Garantie. - Conditions. - Réclamation du tiers lésé. - Réclamation relative à un fait dommageable engageant la responsabilité de l'assuré. - Fait dommageable. - Définition. - Événement constituant la cause génératrice du préjudice.

Le fait dommageable au sens des articles L. 124-1-1 et L. 124-5 du code des assurances est celui qui constitue la cause génératrice du dommage.

Encourt la cassation la cour d'appel qui retient que l'apparition des désordres, dénoncés en octobre 2008, constitue le fait dommageable, alors que les fissurations du mur de clôture étaient dues aux travaux de remblaiement entrepris en 2004.

3^e Civ. - 12 octobre 2017

CASSATION PARTIELLE

N° 16-19.657. - CA Paris, 24 février 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Nivôse, Rap. - M. Brun, Av. Gén. - SCP Zribi et Texier, SCP Foussard et Froger, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 252

Avocat

Honoraires. - Contestation. - Convention d'honoraires. - Honoraires de résultat. - Stipulations. - Dénaturation. - Portée.

Dénature les termes clairs et précis d'une convention d'honoraires, qui définit le succès comme un profit réalisé ou des pertes évitées, l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel qui, pour rejeter la demande en paiement d'un honoraire de résultat, énonce que les clients d'un avocat ont été condamnés et que leurs demandes indemnitaires ont été rejetées de sorte qu'ils n'ont pas eu de succès, alors qu'il avait constaté que l'avocat leur avait évité la perte d'une certaine somme en limitant leur condamnation à payer une somme inférieure à celle demandée par leurs adversaires.

2^e Civ. - 5 octobre 2017

CASSATION PARTIELLE

N° 16-23.050. - CA Rennes, 28 juin 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Foussard et Froger, Av.

N° 253

Bail commercial

Prix. - Fixation du loyer du bail renouvelé. - Plafonnement. - Exceptions. - Locaux construits en vue d'une seule utilisation. - Travaux d'équipement et d'amélioration aux frais du locataire. - Dispositions de l'article R. 145-8 du code de commerce. - Application. - Exclusion.

La soumission du bail aux dispositions de l'article R. 145-10 du code de commerce, relatif à la fixation du loyer de locaux construits en vue d'une seule utilisation, exclut l'application des dispositions de l'article R. 145-8 du même code.

3^e Civ. - 5 octobre 2017

REJET

N° 16-18.059. - CA Montpellier, 8 mars 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Andrich, Rap. - Mme Guilguet-Pauthé, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, Av.

N° 254

Bail rural

Bail à ferme. - Reprise. - Conditions. - Contrôle des structures. - Autorisation préalable d'exploiter. - Titulaire. - Société bénéficiaire d'une mise à disposition des terres louées. - Société à caractère purement familial. - Nécessité.

L'obligation d'obtenir une autorisation administrative d'exploiter, prescrite par l'article L. 411-48 du code rural et de la pêche maritime pour la reprise du bien loué, s'applique à la société à caractère purement familial à disposition de laquelle les terres seront mises.

En cas de démembrement de la propriété du bien loué, le preneur, associé exploitant d'une société, qui met au profit de celle-ci les terres à disposition, n'est tenu d'en aviser, en application de l'article L. 411-37 du code rural et de la pêche maritime, que l'usufruitier.

Le preneur n'a pas à informer le bailleur du changement d'associés de la société au profit de laquelle les terres louées sont mises à disposition si ces changements sont intervenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999.

3^e Civ. - 5 octobre 2017

REJET

N° 16-22.350. - CA Amiens, 14 juin 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - Mme Guilguet-Pauthé, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Deffrénois 2017, n° 22, p. 5. Voir également le JCP 2017, éd. N, Act., 889, note Aurélie Lucas, et le Bull. Joly sociétés 2017, p. 741, note Franck Roussel.

N° 255

Cassation

Jurisdiction de renvoi. - Saisine. - Délai. - Point de départ. - Notification de l'arrêt de cassation. - Notification à l'une des parties. - Portée.

Le délai imparti par l'article 1034 du code de procédure civile court à l'encontre de la partie qui notifie même si l'arrêt de cassation n'a pas été notifié à l'ensemble des parties.

Soc. - 5 octobre 2017

CASSATION SANS RENVOI

N° 15-14.793. - CA Orléans, 15 janvier 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Ducloz, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

N° 256

1^o Cession de créance

Cession de créance professionnelle. - Bordereau. - Mentions. - Mention non obligatoire. - Ajout. - Portée.

2^o Cession de créance

Cession de créance professionnelle. - Effets. - Contrat générateur de la créance. - Absence d'influence.

1^o Dès lors que le bordereau de cession de créances professionnelles comporte la mention, exigée par l'article L. 313-23, 2^o, du code monétaire et financier, des articles L. 313-23 à L. 313-34 dudit code, une cour d'appel retient à bon droit que l'ajout, non exigé, des articles R. 313-34 à R. 313-18 de ce code, fussent-ils abrogés, n'a pas d'incidence sur la validité de la cession.

2^o La cession d'une créance professionnelle, effectuée selon les modalités prévues par les articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier, produit ses effets et est opposable aux tiers, ainsi qu'au débiteur cédé, dans les conditions prévues par ces dispositions légales, auxquelles aucune autre condition ne peut être ajoutée par le contrat générateur de la créance.

Com. - 11 octobre 2017
REJET

N° 15-18.372. - CA Paris, 19 mars 2015.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Robert-Nicoud, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Caston, SCP Briard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 39, p. 65, note Sophie Monreil. Voir également le JCP 2017, éd. E, II, 1668, note Richard Marty.

N° 257

Commune

Finances communales. - Recettes. - Redevance d'enlèvement des ordures ménagères. - Montant. - Détermination. - Possibilité. - Part fixe qui n'excède pas les coûts non proportionnels.

Il résulte de l'article L. 2333-76 du code général des collectivités territoriales que, si la redevance d'enlèvement des ordures ménagères doit être calculée en fonction du service rendu, son tarif peut, en raison des caractéristiques de l'habitat, inclure une part fixe qui n'excède pas les coûts non proportionnels.

Dès lors, viole ce texte un tribunal d'instance qui, pour annuler le titre exécutoire émis par une communauté de communes à l'encontre d'un usager aux fins d'obtenir le paiement de redevances d'enlèvement des ordures ménagères, énonce que l'assiette retenue pour la facturation appliquée à cet usager, qui vit seul, ne correspond pas au service qui lui est rendu, alors que, selon ses propres constatations, le tarif de la redevance incluait une part fixe correspondant aux coûts de fonctionnement et au coût représentatif de quinze levées, soit le nombre minimum estimé de levées par an.

1^{re} Civ. - 6 septembre 2017
CASSATION PARTIELLE

N° 16-19.506. - TI Quimper, 27 avril 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Canas, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Lesourd, Av.

N° 258

Construction immobilière

Acquisition d'un immeuble. - Rétractation. - Faculté. - Domaine d'application. - Immeuble à usage d'habitation.

Une cour d'appel qui relève qu'une promesse de vente porte sur un immeuble à usage d'habitation en déduit à bon droit que l'acquéreur bénéficie du délai de rétractation prévu par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation.

3^e Civ. - 12 octobre 2017
REJET

N° 16-22.416. - CA Douai, 17 mars 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Greff-Bohnert, Rap. - M. Brun, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1085, note Stéphane Piédelièvre. Voir également le JCP 2017, éd. N, Act., 884, le Defrénois 2017, n° 27, p. 24, note Cyril Grimaldi, la RLDC 2017, n° 6370, p. 6, et la Gaz. Pal. 2017, n° 42, p. 76, note Marine Parmentier.

N° 259

Construction immobilière

Maison individuelle. - Contrat de construction. - Garanties légales. - Garantie de livraison. - Délai d'exécution. - Point de départ. - Date d'ouverture du chantier.

Le point de départ du délai d'exécution dont le non-respect est sanctionné par des pénalités de retard prévues par l'article L. 231-2, i, du code de la construction et de l'habitation est la date indiquée au contrat pour l'ouverture du chantier.

3^e Civ. - 12 octobre 2017
CASSATION PARTIELLE

N° 16-21.238. - CA Aix-en-Provence, 21 avril et 16 juin 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Brun, Av. Gén. - SCP Briard, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 260

Contrat de travail, durée déterminée

Qualification donnée au contrat. - Demande de requalification. - Requalification par le juge. - Effets. - Étendue. - Exclusion. - Stipulations contractuelles relatives à la rémunération.

La requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ne porte que sur le terme du contrat.

Doit être cassé l'arrêt qui, pour faire droit à une demande de rappel de salaire, juge sans effet les clauses relatives à la rémunération contenues dans les différents contrats à durée déterminée successifs ultérieurement requalifiés en un contrat à durée indéterminée.

Soc. - 5 octobre 2017
CASSATION PARTIELLE

N° 16-13.581. - CA Agen, 12 janvier 2016.

M. Frouin, Pt. - M. Schamber, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 261

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement individuel. - Entreprise en difficulté. - Liquidation judiciaire. - Licenciement par le liquidateur. - Applications diverses. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Inaptitude au travail. - Obligation de reclassement. - Nécessité - Défaut. - Cas. - Cessation totale de l'activité de l'entreprise n'appartenant à aucun groupe.

Viole l'article L. 1226-10 du code du travail, dans sa rédaction applicable en la cause, la cour d'appel qui dit le licenciement pour motif économique d'un salarié victime d'un accident du travail nul, alors qu'il résultait de ses constatations que l'impossibilité de reclassement du salarié ressortissait à la cessation totale d'activité de l'entreprise mise en liquidation judiciaire sans poursuite d'activité et qu'il n'était pas prétendu que celle-ci appartenait à un groupe.

Soc. - 4 octobre 2017
CASSATION PARTIELLE

N° 16-16.441. - CA Riom, 1^{er} mars 2016.

M. Frouin, Pt. - M. Rinuy, Rap. - Mme Rémy, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP de Nervo et Poupet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, Act., n° 289. Voir également le JCP 2017, éd. E, Act., n° 753.

N° 262

Convention européenne des droits de l'homme

Article 8. - Respect du domicile. - Atteinte. - Caractérisation. - Défaut. - Cas. - Décision d'une assemblée générale de mesurage de lots de copropriété par un géomètre.

Une assemblée générale de copropriétaires ayant donné mission à un géomètre de procéder à un mesurage des lots de copropriété, une cour d'appel a pu retenir que l'ingérence résultant de cette décision et impliquant que le géomètre pénètre dans le domicile de copropriétaires ne portait pas une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de celui-ci au regard du but légitime poursuivi, visant à s'assurer que la répartition des charges était en adéquation avec les surfaces respectives des différents lots, et en déduire que le refus de laisser le géomètre accomplir sa mission était constitutif d'un trouble manifestement illicite.

3^e Civ. - 5 octobre 2017

REJET

N° 16-21.971. - CA Paris, 17 mai 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Lévis, Av.

N° 263

Donation-partage

Réserve. - Réduction. - Action en réduction. - Indemnité. - Calcul. - Modalités. - Évaluation des biens. - Détermination.

Lorsqu'une donation est assortie, au profit du donateur, d'une obligation de soins, seul l'émolument net procuré par la libéralité doit être compris dans la masse de calcul de la réserve, le montant de la charge devant être déterminé en considération du manqué à gagner ou des frais que son exécution a générés pour le donataire.

1^{re} Civ. - 11 octobre 2017

REJET

N° 16-21.692. - CA Nîmes, 2 juin 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Reygnier, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Richard, SCP Bénabent et Jehannin, Av.

N° 264

État civil

Acte de l'état civil. - Actes dressés à l'étranger. - Force probante. - Légalisation. - Modalités. - Détermination.

Seule la légalisation par le consul de France aux Comores ou celui des Comores en France d'une copie d'un acte de naissance comorien vaut légalisation régulière et permet à l'acte de produire effet en France.

Tel n'est pas le cas lorsque l'acte a été légalisé par le chef de la chancellerie du ministère des affaires étrangères des Comores.

1^{re} Civ. - 11 octobre 2017

REJET

N° 16-23.865. - CA Aix-en-Provence, 27 avril 2016.

Mme Batut, Pt. - M. Acquaviva, Rap. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, Av.

N° 265

1^o Fondation

Statuts. - Action en justice. - Exercice. - Président du conseil d'administration. - Action en justice sans accord préalable du conseil d'administration (non).

2^o Procédure civile

Acte de procédure. - Nullité. - Irrégularité de fond. - Défaut de pouvoir. - Représentant d'une personne morale. - Moyen tiré de l'irrégularité de la nomination. - Invocation par un tiers défendeur. - Possibilité (non).

3^o Procédure civile

Demande. - Demande reconventionnelle. - Recevabilité. - Lien suffisant avec la demande originaire. - Appréciation souveraine.

1^o En l'absence, dans les statuts d'une fondation reconnue d'utilité publique, de stipulations réservant expressément à un autre organe la capacité de décider d'introduire une action en justice, celle-ci est régulièrement engagée par la personne tenant de ces statuts le pouvoir de la représenter en justice.

En conséquence, après avoir rappelé, d'abord, que, selon certaines dispositions des statuts d'une fondation reconnue d'utilité publique, le président du conseil d'administration représente celle-ci dans tous les actes de la vie civile, ensuite, que, selon d'autres dispositions des mêmes statuts, il la représente également en justice, enfin, que les fonctions dévolues au conseil d'administration sont limitativement énoncées par une unique stipulation des statuts, dont il ne résulte pas que cet organe dispose de la capacité de décider d'engager une action en justice, une cour d'appel, qui a déduit de ces stipulations que le président du conseil d'administration de la fondation disposait de la capacité de décider d'agir en justice sans accord préalable du conseil d'administration, a ainsi légalement justifié sa décision.

2^o Les tiers ne peuvent invoquer les statuts d'une personne morale pour critiquer la régularité de la désignation de son représentant, en vue de contester le pouvoir d'agir de celui-ci.

3^o En application de l'article 70 du code de procédure civile, une demande peut être formée à titre reconventionnel à condition de se rattacher à la demande originaire par un lien suffisant, souverainement apprécié par le juge du fond.

Il n'est pas dérogé à cette règle par les dispositions régissant la procédure à jour fixe.

1^{re} Civ. - 6 juillet 2017

CASSATION PARTIELLE

N° 16-18.442. - CA Paris, 20 septembre 2017.

Mme Batut, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Drouet, Av. Gén. - SCP Briard, SCP Rousseau et Tapie, Av.

N° 266

Mineur

Administration légale. - Administration légale sous contrôle judiciaire. - Administrateur légal. - Acte pouvant être accompli seul. - Acte d'administration. - Retrait des capitaux échus au mineur sur un compte de dépôt. - Portée.

Il résulte des articles 389-6 et 389-7 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, et 499 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, que l'administrateur légal, même placé sous contrôle judiciaire, a le pouvoir de faire seul les actes d'administration, qu'il peut, à ce titre, procéder à la

réception des capitaux échus au mineur sur un compte de dépôt et les retirer de ce même compte, et que la banque n'est pas garante de l'emploi des capitaux.

Viole ces textes une cour d'appel qui retient la responsabilité d'une banque, au titre des prélèvements effectués par la mère d'un mineur, administratrice légale sous contrôle judiciaire, sur le compte de dépôt de ce dernier, au motif que l'importance des prélèvements et la période resserrée d'une semaine sur laquelle ils ont eu lieu auraient dû attirer l'attention de la banque et entraîner une vigilance particulière de sa part, s'agissant d'un compte ouvert au nom d'un mineur soumis à une administration légale sous contrôle judiciaire.

1^{re} Civ. - 11 octobre 2017

CASSATION

N° 15-24.946. - CA Limoges, 8 juillet 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, M^e Bertrand, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Deffrénois 2017, n° 23, p. 10. Voir également la RLDC 2017, n° 6370, p. 9 et 10, et le JCP 2017, éd. G, II, 1320, note Jérôme Lasserre Capdeville.

N° 267

Obligation naturelle

Transformation en obligation civile. - Contrôle de la Cour de cassation. - Portée.

Si les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une obligation naturelle, la Cour de cassation exerce son contrôle sur la transformation de cette obligation en obligation civile.

Dès lors, doit être approuvé l'arrêt qui retient que l'établissement et la signature d'un acte par lequel deux sœurs s'engageaient envers leur frère, omis du testament rédigé avant la reconnaissance de celui-ci et exclu de la succession à l'étranger du défunt, à ce que les actifs successoraux recueillis dans la succession de leur père soient répartis par tiers et en parts égales entre elles et leur frère, avaient transformé cette obligation naturelle en obligation civile.

1^{re} Civ. - 11 octobre 2017

REJET

N° 16-24.533. - CA Paris, 29 juin 2016.

Mme Batut, Pt. - M. Reynis, Rap. - SCP Ortscheidt, SCP Foussard et Froger, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Deffrénois 2017, n° 28, p. 1, note Solange Becqué-Ickowicz.

N° 268

Prêt

Prêt à usage. - Caractère gratuit. - Droit à l'usage de la chose prêtée. - Incompatibilité. - Avantage indirect rapportable.

Le prêt à usage constitue un contrat de service gratuit, qui confère seulement à son bénéficiaire un droit à l'usage de la chose prêtée mais n'opère aucun transfert d'un droit patrimonial à son profit, notamment de propriété sur la chose ou ses fruits et revenus, de sorte qu'il n'en résulte aucun appauvrissement du prêteur.

Il s'ensuit qu'un tel contrat est incompatible avec la qualification d'avantage indirect rapportable.

1^{re} Civ. - 11 octobre 2017

REJET

N° 16-21.419. - CA Paris, 18 mai 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Reygnier, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Deffrénois 2017, n° 24-25, p. 4. Voir également la RLDC 2017, n° 6369, p. 4, note Marion Desolneux, et le JCP 2017, éd. G, II, 1251, note Jérôme Casey.

N° 269

Procédure civile

Acte de procédure. - Nullité. - Irrégularité de fond. - Pluralité de parties. - Défaut de capacité de l'une. - Assignation délivrée au nom d'un majeur protégé. - Omission du nom du curateur ou du tuteur. - Portée.

Si l'irrégularité d'une assignation délivrée au nom d'une personne décédée, laquelle n'affecte pas la validité de l'acte à l'égard des autres parties au nom desquelles il a été également délivré, n'est pas susceptible d'être couverte, il n'en est pas ainsi de l'irrégularité d'une assignation délivrée au nom d'une personne protégée sans celui qui la représente ou l'assiste.

3^e Civ. - 5 octobre 2017

CASSATION

N° 16-21.499. - CA Reims, 1^{er} juin 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Ohl et Vexliard, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. N, Act., 891. Voir également la revue AJ Famille 2017, p. 593, note Emilie Pecqueur, la Gaz. Pal. 2017, n° 39, p. 28, note Olivia Feschotte-Desbois, et la RLDC 2017, n° 6370, p. 10.

N° 270

Professions médicales et paramédicales

Auxiliaires médicaux. - Masseur-kinésithérapeute. - Ordre. - Conseil de l'ordre. - Conseil national. - Cotisations professionnelles obligatoires. - Défaut. - Juridictions administratives. - Compétence. - Radiation et date d'effet de la radiation.

Il résulte des articles L. 4321-16, L. 4321-18, R. 4112-3 à R. 4112-5-1 et R. 4323-1 du code de la santé publique qu'un masseur-kinésithérapeute inscrit au tableau de l'ordre est tenu au versement d'une cotisation ordinale et que si, selon un arrêt du Conseil d'État rendu le 20 mars 2013 (Mme X..., n° 357896), l'inscription au tableau de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes n'est obligatoire qu'aussi longtemps que la profession est effectivement exercée, la juridiction administrative est seule compétente pour apprécier s'il doit être mis fin à une telle inscription et fixer la date à compter de laquelle la radiation doit être prononcée.

Méconnaît le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, la loi des 16 et 24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et ces dispositions du code de la santé publique un jugement qui rejette les demandes en paiement de cotisations ordinales formées par le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes à l'égard d'un masseur-kinésithérapeute inscrit au tableau de l'ordre, cadre de santé, en se fondant sur l'absence de pratique par celui-ci de massage ou de gymnastique et en prenant en compte la date de cessation d'exercice de son activité de masseur-kinésithérapeute, alors qu'il incombait au tribunal d'instance de saisir, par voie préjudicielle, la juridiction administrative, seule compétente pour déterminer la date d'effet de la radiation.

1^{re} Civ. - 4 octobre 2017

CASSATION

N° 16-22.283. - Jurisdiction de proximité de Limoges, 18 décembre 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Duval-Arnould, Rap. - M. Drouet, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 271

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Comité d'établissement. - Représentant syndical au comité d'établissement. - Désignation. - Conditions. - Éligibilité du salarié. - Nécessité. - Portée.

Selon les articles L. 2324-2 et L. 2324-15 du code du travail, ne peut être désigné représentant syndical au comité d'établissement qu'un salarié qui y est éligible.

L'ancienneté acquise par le salarié au sein de l'entreprise, quels que soient les établissements où il a été successivement affecté, doit être prise en compte pour le calcul de l'ancienneté requise pour être éligible dans l'un de ces établissements.

Soc. - 11 octobre 2017

REJET

N° 16-60.295. - TI Marseille, 28 septembre 2016.

M. Huglo, Pt (f.f.). - Mme Chamley-Coulet, Rap. - M^e Le Prado, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, Act., n° 301.

N° 272

Représentation des salariés

Règles communes. - Contrat de travail. - Licenciement. - Mesures spéciales. - Domaine d'application. - Candidature aux fonctions de délégué du personnel. - Condition.

Si la protection prévue par l'article L. 2411-7 du code du travail, alors applicable, bénéficie au candidat aux fonctions de membres de la délégation unique du personnel, tant au premier qu'au second tour, et cela alors même qu'il aurait informé l'employeur de sa volonté de présenter sa candidature au second tour avant le déroulement du premier, la connaissance par l'employeur de l'imminence de sa candidature n'est de nature à le faire bénéficier de cette protection que jusqu'au dépôt de sa candidature pour le second tour.

Pour l'application des dispositions susvisées, c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de la candidature du salarié ou de son imminence.

Soc. - 11 octobre 2017

REJET

N° 16-10.139. - CA Nancy, 6 novembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - M^e Balat, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, Act., n° 300, 301, et II, 1384, note Jean-Yves Kerbourc'h. Voir également le JCP 2017, éd. E, Act., n° 778.

N° 273

Représentation des salariés

Règles communes. - Mandat. - Cessation. - Causes. - Annulation de la désignation par le tribunal d'instance. - Statut protecteur. - Bénéfice. - Étendue. - Détermination. - Portée.

L'annulation par le tribunal d'instance de la désignation d'un représentant de section syndicale n'ayant pas d'effet rétroactif, la perte du statut protecteur n'intervient qu'à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé, de sorte que l'autorisation administrative de licenciement est requise lorsque le salarié bénéficie de la protection à la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement.

Soc. - 11 octobre 2017

CASSATION PARTIELLE

N° 16-11.048. - CA Lyon, 25 novembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Slove, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, Act., n° 299, et II, 1385, note Jean-Yves Kerbourc'h.

N° 274

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Domage. - Réparation. - Préjudice économique. - Proches de la victime. - Frais engagés pour rendre leur logement accessible afin de pouvoir recevoir la victime.

Si l'aménagement du logement de la victime pour l'adapter aux contraintes liées à son handicap constitue un préjudice qui lui est propre, les frais engagés par ses proches pour rendre leur logement accessible afin de pouvoir la recevoir constituent un élément de leur préjudice économique.

2^e Civ. - 5 octobre 2017

REJET ET CASSATION PARTIELLE

N° 16-22.353. - CA Grenoble, 14 juin 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Touati, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 39, p. 21, note Geoffroy Hilger. Voir également le JCP 2017, éd. G, Act., 1308, note Adrien Bascoulergue.

N° 275

Santé publique

Lutte contre les maladies et les dépendances. - Lutte contre les maladies mentales. - Modalités de soins psychiatriques. - Admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent. - Procédure devant le premier président. - Atteinte aux droits de la personne sous curatelle hospitalisée sans consentement. - Caractérisation. - Défaut d'information et de convocation du curateur. - Irrégularité de fond.

Dans la procédure suivie devant le premier président, le défaut de convocation de l'un des co-curateurs, fût-il le tiers ayant demandé l'admission en soins sans consentement, constitue une irrégularité de fond.

1^{re} Civ. - 11 octobre 2017

CASSATION SANS RENVOI

N° 16-24.869. - CA Bordeaux, 19 août 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoullaud, Rap. - SCP Spinosi et Sureau, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 2102. Voir également la revue AJ Famille 2017, p. 593, note Valéry Montourcy.

N° 276

Santé publique

Lutte contre les maladies et les dépendances. - Lutte contre les maladies mentales. - Modalités de soins psychiatriques. - Droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques. - Procédure. - Principe de la contradiction. - Violation - Défaut. - Audition par le premier président. - Cas - Obstacle insurmontable. - Motif médical constaté dans l'avis du médecin. - Caractérisation. - Nécessité.

Seul un motif médical constaté dans l'avis motivé d'un médecin, ou, le cas échéant, le constat d'une circonstance insurmontable, peut faire obstacle à l'audition par le premier président d'une personne admise en soins sans consentement.

1^{re} Civ. - 12 octobre 2017
CASSATION SANS RENVOI

N° 17-18.040. - CA Paris, 15 mars 2017.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, Av.

N° 277

Sécurité sociale

Caisse. - URSSAF. - Contrôle. - Procédure d'abus de droit. - Exclusion. - Cas. - Divergence d'appréciation sur les règles d'assiette des cotisations.

La divergence d'appréciation sur les règles d'assiette des cotisations n'est pas au nombre des contestations susceptibles de donner lieu à la procédure d'abus de droit prévue par l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale.

2^e Civ. - 12 octobre 2017
REJET

N° 16-21.469. - CA Rennes, 15 juin 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Brinet, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1395, note Thierry Tauran.

N° 278

Sécurité sociale

Cotisations. - Assiette. - Rémunérations. - Définition. - Portée.

Selon l'article L. 242-1, alinéa 1, du code de la sécurité sociale, pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail ainsi que les avantages en argent et en nature.

Viola ce texte la cour d'appel qui annule le redressement opéré par l'URSSAF en ce qu'il portait sur les bourses versées par un GIE aux étudiants en doctorat, admis à préparer leur thèse et liés par ailleurs à ce même GIE par un contrat de travail à temps partiel d'enseignement, alors qu'il ressortait de ses constatations que ces bourses étaient versées aux doctorants à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination.

2^e Civ. - 12 octobre 2017
CASSATION

N° 16-15.663. - CA Aix-en-Provence, 17 février 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Olivier, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 279

Sécurité sociale

Financement. - Contribution sur les actions attribuées gratuitement. - Restitution. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Selon l'article L. 137-13, II, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, applicable au litige, la contribution patronale sur les actions attribuées gratuitement est exigible le mois suivant la décision d'attribution de celles-ci. Il résulte de la réserve d'interprétation énoncée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-627/628 QPC du 28 avril 2017 que cette disposition ne fait pas obstacle à la restitution de cette contribution lorsque les conditions auxquelles l'attribution des actions gratuites était subordonnée ne sont pas satisfaites.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour débouter une société de sa demande de restitution, retient que la non-réalisation de la condition de performance à laquelle l'attribution des actions était subordonnée ne rend pas indue la contribution litigieuse.

2^e Civ. - 12 octobre 2017
CASSATION PARTIELLE

N° 16-21.686. - CA Colmar, 9 juin 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Poirotte, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1396, note Thierry Tauran.

N° 280

Sécurité sociale, accident du travail

Imputabilité. - Présomption. - Domaine d'application. - Salarié en mission.

Le salarié effectuant une mission a droit à la protection prévue par l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale pendant tout le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la caisse de rapporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel.

Ayant fait ressortir, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, que l'employeur ne rapportait pas la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel lors de la survenance de l'accident litigieux, ce dont il résultait que celui-ci bénéficiait de la présomption d'imputabilité au travail, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il devait être pris en charge au titre de la législation professionnelle.

2^e Civ. - 12 octobre 2017
REJET

N° 16-22.481. - CA Riom, 28 juin 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Vieillard, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1394, note André Derue.

N° 281

Séparation des pouvoirs

Contrat administratif. - Définition. - Qualification de marché public de travaux. - Condition suffisante (non).

La circonstance que la personne publique n'assure pas la maîtrise d'ouvrage des travaux qu'elle envisage de faire réaliser par un ou plusieurs opérateurs économiques ne fait pas obstacle à la qualification de marché public de travaux, au sens de l'article 1 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, alors en vigueur.

Cependant, cette qualification ne suffit pas, à elle seule, à conférer au contrat un caractère administratif. Celui-ci ne revêt un tel caractère que s'il porte sur l'exécution de travaux immobiliers exécutés pour le compte de la personne publique et dans un but d'intérêt général ou s'il a pour objet l'exécution même d'un service public.

1^{re} Civ. - 4 octobre 2017
REJET

N° 16-21.693. - CA Douai, 12 mai 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Canas, Rap. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, M^e Le Prado, Av.

N° 282

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et sociétés de conseils. - Convention collective nationale du 15 décembre 1987. - Article 12. - Ancienneté du salarié. - Détermination. - Modalités. - Effets - Indemnité conventionnelle de licenciement. - Montant. - Calcul. - Cas. - Salarié engagé dans le cadre de contrats de chantier avant son recrutement par contrat à durée indéterminée.

Pour la détermination de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'article 12 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987 ne subordonne pas la prise en compte des missions professionnelles effectuées par le salarié dans le cadre de contrats de chantier avant son recrutement par contrat à durée indéterminée à l'exigence d'une présence continue du salarié dans l'entreprise.

Soc. - 4 octobre 2017
REJET

N° 15-27.154. - CA Paris, 29 septembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Prache, Rap. - Mme Rémy, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, Av.

N° 283

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966. - Annexe 6. - Article 6. - Dispositions spéciales aux cadres. - Congé de maladie. - Complément versé par l'employeur au salarié en arrêt maladie. - Base de calcul. - Indemnité pour astreinte. - Inclusion. - Portée.

Les rémunérations versées au salarié à l'occasion des astreintes constituent une partie du salaire normalement perçu par celui-ci.

Viola l'article 6 de l'annexe n° 6, intitulée « Dispositions spéciales aux cadres », à la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, prévoyant qu'en cas d'arrêt de travail résultant de maladie ou accident du travail, les cadres perçoivent pendant les six premiers mois le salaire net qu'ils auraient perçu normalement sans interruption d'activité et pendant les six mois suivants le demi-salaire net correspondant à leur activité normale, ensemble l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la cour d'appel qui, pour débouter le salarié de sa demande de rappel de salaires au titre des astreintes, retient qu'il résulte de l'absence de précision relative au paiement de celles-ci que les signataires de la convention collective n'ont pas entendu inclure les indemnités pour astreinte dans la base de calcul du complément versé par l'employeur au salarié en arrêt maladie.

Soc. - 6 octobre 2017
CASSATION PARTIELLE

N° 16-12.743. - CA Douai, 18 décembre 2015.

Mme Guyot, Pt (f.f.). - M. Rinuy, Rap. - Mme Rémy, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 284

1^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport. - Accord du 7 juillet 2009 relatif à la garantie de l'emploi et à la poursuite des relations de travail en cas de changement de prestataire. - Article 2. - Changement de prestataire. - Obligation du nouveau titulaire du marché. - Proposition d'un avenant au contrat de travail des salariés répondant aux conditions de la garantie d'emploi. - Manquement - Action exercée par l'ancien attributaire du marché à l'encontre du nouveau titulaire du marché. - Recevabilité - Conditions. - Détermination. - Portée.

2^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport. - Accord du 7 juillet 2009 relatif à la garantie de l'emploi et à la poursuite des relations de travail en cas de changement de prestataire. - Article 2. - Changement de prestataire. - Obligation du nouveau titulaire du marché. - Proposition d'un avenant au contrat de travail des salariés répondant aux conditions de la garantie d'emploi. - Manquement - Préjudice - Réparation. - Demande - Action exercée par l'ancien attributaire du marché à l'encontre du nouveau titulaire du marché. - Conditions - Appréciation. - Office du juge.

1^o Justifie d'un intérêt à agir, dès lors qu'il continue à verser leur rémunération aux salariés non repris, l'ancien attributaire d'un marché de transport collectif qui sollicite qu'il soit fait injonction au nouveau titulaire du marché de proposer aux salariés, répondant aux conditions de la garantie d'emploi, des avenants à leur contrat de travail, conformément aux dispositions de l'accord du 7 juillet 2009, annexé à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950.

2^o Doit être cassé l'arrêt qui rejette la demande en dommages-intérêts formée par l'ancien attributaire d'un marché, pour le préjudice subi en raison de la faute du nouveau titulaire du marché qui n'a pas proposé aux salariés concernés par le changement de prestataire un avenant à leur contrat de travail conforme aux obligations mises à sa charge par l'accord du 7 juillet 2009, annexé à la convention collective nationale des transports routiers

et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950, sans rechercher si l'entreprise entrante n'avait pas causé à l'entreprise sortante un préjudice né de l'obligation de maintenir le paiement de leurs salaires aux salariés non transférés.

Soc. - 12 octobre 2017
CASSATION

N° 16-10.120. - CA Bourges, 5 novembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Barbé, Rap. - Mme Trassoudaine-Verger, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Le Prado, Av.

N° 285

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Contenu. - Principe d'égalité de traitement. - Atteinte au principe. - Défaut. - Cas. - Stipulations conventionnelles introduisant une différence de traitement. - Traitement fondé sur l'appartenance à des établissements distincts au sein de la même entreprise. - Eléments objectifs justifiant la différence de traitement. - Présomption.

Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'entreprise négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'ensemble de l'entreprise et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

Soc. - 4 octobre 2017
CASSATION

N° 16-17.517. - CA Nancy, 30 mars 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Basset, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, Act., n° 280, et II, 1391, note Jean-François Cesaro. Voir également le JCP 2017, éd. E, Act., n° 737, la Gaz. Pal. 2017, n° 43, p. 51, note Salira Harir, et le JCP 2017, éd. G, Act., 1133, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier.

Note sous Soc., 4 octobre 2017, n° 285 ci-dessus

Le principe d'égalité de traitement interdit à l'employeur, par décision unilatérale, de traiter différemment les salariés selon l'établissement où ils sont affectés sauf si la différence de traitement repose sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence. Il s'agit de protéger le salarié contre l'arbitraire de l'employeur.

Mais les différences de traitement entre salariés d'établissements distincts décidées par la négociation collective avaient été admises, de sorte que les salariés non compris dans le champ d'application d'un accord d'établissement ne pouvaient faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficiaient pas des dispositions de cet accord (Soc., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-40.769, Bull. 1999, V, n° 422). Dans cette perspective, un accord d'entreprise pouvait prévoir que des accords d'établissement déterminent des modalités spécifiques de rémunération (Soc., 18 janvier 2006, pourvoi n° 03-45.422, Bull. 2006, V, n° 17).

Puis, dans le prolongement de l'arrêt X... (Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168), il a été jugé qu'un accord d'entreprise ne pouvait prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposaient sur des raisons objectives, dont le juge devait contrôler

concrètement la réalité et la pertinence (Soc., 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-40.466, Bull. 2009, V, n° 239 ; Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-30.170, Bull. 2011, V, n° 154).

Mais les controverses et les difficultés liées à l'application rigoureuse du principe d'égalité de traitement aux accords collectifs ont amené la chambre sociale de la Cour de cassation à mener une réflexion sur la légitimité susceptible d'être reconnue aux partenaires sociaux, agissant par délégation de la loi, à disposer d'une marge d'appréciation comparable à celle reconnue par le Conseil constitutionnel au législateur dans la mise en œuvre de ce principe.

Aussi, après avoir dans un premier temps admis que se justifiaient certaines différences de traitement entre salariés opérées par voie d'accord collectif « dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée » (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-14.725, Bull. 2011, V, n° 155), la chambre sociale a opéré un revirement et a été conduite à établir, tant sous l'influence des modifications apportées par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail sur l'acquisition de la représentativité syndicale que de la place croissante prise par la négociation collective dans la construction du droit du travail, une présomption de justification des différences de traitement entre catégories professionnelles, ou entre salariés exerçant des fonctions distinctes au sein de ces catégories, en faveur des conventions collectives et des accords collectifs « négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote », présomption ne cédant que devant la justification que ces différences sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, Bull. 2015, V, n° 8 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10 ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, Bull. 2016, V, n° 130, Rapport 2016, p. 187).

Tirant les conséquences de cette évolution, par un arrêt du 3 novembre 2016 (Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, publié au Bulletin, Rapport 2016, p. 190), la Cour de cassation a étendu sa jurisprudence aux différences de traitement opérées entre salariés d'établissements distincts par voie d'accord d'établissement.

Par l'arrêt ici commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation, en reconnaissant le bénéfice de cette présomption à l'accord d'entreprise, poursuit la construction de cette jurisprudence fondée sur la légitimité des partenaires sociaux à mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement.

N° 286

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Révision. - Modalités légales de révision. - Engagement de la procédure de révision. - Opposition. - Droit d'opposition. - Exercice - Organismes habilités. - Organisations syndicales signataires représentatives. - Maintien de la représentativité - Appréciation. - Durée - Nouveau cycle électoral. - Portée.

L'évolution des conditions d'acquisition par une organisation syndicale de la représentativité telle qu'elle résulte de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 conduit à apprécier différemment, en application de l'article L. 2261-7 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, les conditions mises à la révision d'un accord collectif d'entreprise.

Aux termes de l'article L. 2261-7 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord

ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3, sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord.

Il en résulte que l'organisation syndicale de salariés qui, signataire d'un accord d'entreprise, n'est plus représentative pour la durée du cycle électoral au cours duquel la révision d'un accord d'entreprise est proposée ne peut s'opposer à la négociation d'un tel accord.

Soc. - 21 septembre 2017

REJET

N° 15-25.531. - CA Rouen, 21 avril 2015.

M. Frouin, Pt. - M. Déglise, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Note sous Soc., 21 septembre 2017, n° 286 ci-dessus

Cet arrêt important marque la volonté de la chambre sociale de la Cour de cassation de tirer les conséquences, en matière de négociation collective, du bouleversement opéré par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail en ce qui concerne le mode d'acquisition de la représentativité syndicale.

On sait en effet qu'avant cette réforme majeure, la représentativité des organisations syndicales s'appréciait de façon « descendante » et présumée, la seule affiliation d'un syndicat d'entreprise à l'une des cinq confédérations syndicales nationales ayant été déclarées représentatives par décision ministérielle en 1966 lui conférant la qualité de syndicat représentatif et, par voie de conséquence, le droit de négocier des accords collectifs avec l'employeur, quand bien même il ne disposait d'aucun adhérent parmi les salariés de l'entreprise, l'existence d'une section syndicale étant elle-même présumée.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 précitée, issue d'une position commune négociée entre les partenaires sociaux, a voulu fonder l'acquisition de la représentativité sur la présence et l'activité syndicale en entreprise, matérialisée, principalement, par l'audience électorale obtenue par le syndicat lors des dernières élections professionnelles. Désormais, le choix démocratique par les salariés des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel détermine, par ailleurs, la capacité du syndicat, s'il franchit le seuil de 10 % des suffrages exprimés, à négocier avec l'employeur, au nom des salariés et dans les domaines dévolus, la norme applicable en droit du travail.

Cela étant, traditionnellement, s'agissant des accords de révision des accords collectifs, la chambre sociale de la Cour de cassation interprétait l'article L. 2261-7 du code du travail (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 précitée : « Les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3, sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord ») comme exigeant, pour permettre la révision de l'accord, le consentement unanime de tous les syndicats signataires de cet accord (voir Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-42.481, *Bull.* 2008, V, n° 224). Cette jurisprudence trouvait parfaitement sa place dans un système de représentativité présumée et immuable.

Le renversement complet des perspectives par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 précitée conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à estimer qu'il faut désormais tirer les conséquences de la nouvelle légitimité démocratique reconnue aux syndicats en entreprise, remise en cause tous les quatre ans. C'est ainsi qu'elle juge, par l'arrêt du 21 septembre 2017 ici commenté, que seuls les syndicats signataires qui sont encore représentatifs lors du cycle électoral au cours duquel est proposée la révision de l'accord collectif peuvent s'y opposer.

En l'espèce, un syndicat, signataire huit ans auparavant d'un accord collectif, et qui avait perdu sa représentativité lors des

dernières élections professionnelles, entendait s'opposer à toute révision de l'accord, alors même que, paradoxalement, il n'aurait pas pu signer l'accord de révision, dès lors qu'il ne disposait plus de la représentativité.

Pour écarter cette prétention, l'arrêt du 21 septembre 2017 énonce « que l'organisation syndicale de salariés qui, signataire d'un accord d'entreprise, n'est plus représentative pour la durée du cycle électoral au cours duquel la révision d'un accord d'entreprise est proposée ne peut s'opposer à la négociation d'un tel accord ».

Cette jurisprudence, qui fait prévaloir en matière d'accords collectifs le principe démocratique sur le principe contractuel, est de nature à permettre aux entreprises de s'adapter plus facilement aux évolutions du marché sur lequel elles opèrent, lesquelles peuvent conduire à des mutations obligeant parfois à repenser, avec le concours des partenaires sociaux, les spécificités des relations de travail dans l'entreprise.

N° 287

**Travail réglementation,
durée du travail**

Convention de forfait. - Convention de forfait sur l'année. - Convention de forfait en jours sur l'année. - Validité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.

Tel n'est pas le cas d'un accord d'entreprise qui ne prévoit pas un suivi effectif et régulier par la hiérarchie du salarié des états récapitulatifs de son temps travaillé qui lui sont transmis, permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable.

Soc. - 5 octobre 2017

REJET

N° 16-23.106. - CA Paris, 30 juin 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Ducloz, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1379, note Michel Morand.

N° 288

**Travail réglementation,
durée du travail**

Repos et congés. - Repos hebdomadaire. - Réglementation. - Arrêté préfectoral de fermeture au public. - Violation. - Trouble manifestement illicite. - Conditions. - Détermination. - Portée.

L'arrêté préfectoral du 4 juin 1952 réglementant les jours de fermeture des commerces alimentaires demeure applicable tant qu'il n'a pas été abrogé.

La violation de cet arrêté, qui prescrit une fermeture hebdomadaire et dont la légalité n'est pas sérieusement contestée, constitue un trouble manifestement illicite qu'il entre dans les pouvoirs du juge des référés de faire cesser.

Soc. - 5 octobre 2017

CASSATION

N° 15-23.221. - CA Versailles, 4 juin 2015.

M. Frouin, Pt. - M. Belfanti, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

N° 289

Union européenne

Cour de justice de l'Union européenne. - Question préjudicielle. - Interprétation des actes pris par les institutions de l'Union. - Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000. - Article 23. - Contrat. - Clause attributive de juridiction. - Clause se référant à la responsabilité d'un cocontractant du fait de pratiques anticoncurrentielles. - Nécessité. - Portée.

S'agissant de l'interprétation de l'article 23, § 1, du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement Bruxelles I, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie des questions préjudicielles suivantes :

1. L'article 23 du règlement n° 44/2001 doit-il être interprété en ce sens qu'il permet au juge national saisi d'une action en dommages-intérêts intentée par un distributeur à l'encontre de son fournisseur sur le fondement de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de faire application d'une clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat liant les parties, alors que celle-ci ne se réfère pas aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait de pratiques anticoncurrentielles ?

2. En cas de réponse affirmative à la première question, l'article 23 du règlement n° 44/2001 doit-il être interprété en ce sens qu'il ne permet au juge national, saisi d'une action en dommages-intérêts

intentée par un distributeur à l'encontre de son fournisseur sur le fondement de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de faire application d'une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat liant les parties que dans le cas où ladite clause se référerait expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence ?

3. L'article 23 du règlement n° 44/2001 doit-il être interprété en ce sens qu'il ne permet au juge national, saisi d'une action en dommages-intérêts intentée par un distributeur à l'encontre de son fournisseur sur le fondement de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de faire application d'une clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat liant les parties qu'après constatation d'une infraction au droit de la concurrence par une autorité nationale ou européenne ?

1^{re} Civ. - 11 octobre 2017

*RENOI DEVANT LA COUR DE JUSTICE
DE L'UNION EUROPÉENNE*

N° 16-25.259. - CA Versailles, 25 octobre 2016.

Mme Batut, Pt. - M. Matet, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, Av.

Les titres et sommaires des arrêts de la chambre sociale des 5 octobre 2017 (pourvoi n° 15-20.390), 11 octobre 2017 (pourvoi n° 16-14.529) et 12 octobre 2017 (pourvoi n° 16-12.550) paraîtront ultérieurement.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à EDIIS – CRM Abonnements DILA 60643 Chantilly Cedex

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **157,10 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement, indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2018, frais de port inclus.



191188760-000218

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Bruno Pireyre

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 10 €
ISSN 0750-3865



Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*

www.ladocumentationfrancaise.fr