



## **RAPPORT DE M. DE LAMY, CONSEILLER**

**Arrêt n° 1046 du 5 octobre 2022 – Chambre criminelle**

**Pourvoi n° 21-82.428**

**Décision attaquée: Chambre de l'instruction de la cour d'appel de  
Douai du 31 mars 2021**

**Association [2]**

**C/**

**M. [B] [K]**

---

M. [B] [K] a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai (n°491), en date du 31 mars 2021, qui, dans l'information suivie contre lui du chef de prise illégale d'intérêts, a rejeté sa requête aux fins de nullité d'un acte de procédure.

L'association [2], partie civile, a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai (n° 492), en date du 31 mars 2021, qui, dans l'information suivie sur sa plainte contre personne non dénommée des chefs de prise illégale d'intérêts, recel, complicité de prise illégale d'intérêts et d'obstacle aux fonctions de contrôle et de vérification du commissaire aux comptes, a constaté que les faits qualifiés de prise illégale d'intérêts sont prescrits.

# 1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Par courrier en date du 26 mai 2017, l'association [2] a déposé plainte contre personne non dénommée, notamment du chef abus de confiance, à la suite de la parution, le 24 mai 2017, d'un article de presse mettant en cause M. [B] [K] ainsi que des membres du conseil d'administration des [4].

Selon cet article M. [K], qui a été directeur général de cette structure, aurait signé, un contrat de bail commercial, d'une durée de neuf ans portant sur un immeuble sis à [Localité 3], et conclu entre cet organisme et la société [2] dont la sociétaire et gérante, Mme [N] [O], est sa compagne et détient 99% des parts de la société. Selon les investigations, (p 21 de l'arrêt) cette opération a été autorisée, le 25 janvier 2011, par le conseil d'administration des [4] qui a examiné trois offres. A cette date seul un compromis de vente des locaux avait été signé par M. [K], en qualité de « représentant de fait » de Mme [O] qui est l'acquéreur de l'immeuble; ce compromis comprenait une clause de substitution au profit d'une société que Mme [O] allait créer. La société [2], constituée le 24 février 2011, a signé l'acte notarié d'achat des locaux le 1<sup>er</sup> juillet 2011 et le même jour Mme [O] a signé le contrat de bail entre sa société et les [4] en présence de M. [J], président de cet organisme, et de M. [K].

Le 16 octobre 2017, le procureur de la République a procédé au classement sans suite de la procédure pour « *infraction insuffisamment caractérisée* ». Dans un communiqué de presse, il a expliqué à propos de la location de cet immeuble, que les délits d'abus de confiance et d'escroquerie ne sont pas constitués faute d'un préjudice avéré; quant à la commission éventuelle d'un délit de prise illégale d'intérêts, l'ouverture d'une information judiciaire de ce chef s'est heurtée à l'acquisition de la prescription de l'action publique. En effet, ce communiqué a relevé que le délit a commencé à se prescrire le 18 juin 2012, date à laquelle M. [K] a quitté ses fonctions de directeur général des [4] et n'exerçait, par conséquent, plus de contrôle de l'opération litigieuse. La prescription, qui était alors d'une durée de trois ans, a été ainsi acquise le 19 juin 2015, les investigations n'ayant pas mis à jour d'éléments permettant de retenir une dissimulation de nature à reporter le point de départ du délai de prescription.

Le 8 novembre 2017, l'association [2] a déposé plainte avec constitution de partie civile contre personne non-dénommée, auprès du doyen des juges d'instruction du pôle financier de Paris, pour des faits de prise illégale d'intérêts, recel et complicité de prise illégale d'intérêts, d'obstacle aux fonctions de contrôle et de vérification du commissaire aux comptes.

Le 2 janvier 2018, sur réquisitoire introductif du procureur de la République du parquet national financier, pris au visa de l'article 705 du code de procédure pénale, une information judiciaire a été ouverte du chef de prise illégale d'intérêts contre M. [B] [K] pour des faits commis à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2010 et jusqu'au 18 juin 2012 ainsi que de complicité et

de recel du délit de prise illégale d'intérêts contre Mme [O] et tous autres pour des faits commis à compter du 1er décembre 2010.

A la suite d'une demande de dépaysement de Mme le procureur de général près la cour d'appel de Paris, le tribunal de grande instance de Paris a été dessaisi au profit de celui de Lille par une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 25 juillet 2018.

M. [K] a été mis en examen, le 11 septembre 2019, du chef de prise illégale d'intérêts, délit commis à [Localité 3] et dans le Finistère, à compter du 1er décembre 2010 et jusqu'au 18 juin 2012. « *Selon les termes de sa mise en examen, il lui est reproché, en sa qualité de directeur général des [4] qui l'auraient mandaté à cet effet, de leur avoir fait louer, par une décision du conseil d'administration du 25 janvier 2011, des locaux situés [Adresse 1], acquis dans un premier temps par lui-même au terme d'un compromis de vente signé le 23 décembre 2010 puis postérieurement à la décision du conseil d'administration, gérée dans le cadre d'une SCI par sa compagne Madame [O] qui en détenait 99 % des parts, le bail ayant été conclu le 1er juillet 2011 et le loyer versé par les mutuelles finançant l'acquisition par la SCI [6] constituée le 24 février 2011* » (p. 20 de l'arrêt).

Le 3 mars 2020, les conseils de M. [K] ont déposé une requête sur le fondement de l'article 82-3 du code de procédure pénale pour que soit constatée l'acquisition de la prescription de l'action publique.

Le juge d'instruction a rejeté cette demande en raison de la nécessité de réaliser d'autres actes afin de restituer aux faits leur véritable chronologie et de permettre aux juges du fond d'apprécier, notamment, leur éventuelle dissimulation.

Les conseils de M. [K] ont interjeté appel de cette ordonnance qui a été infirmée par un arrêt (n° 492) rendu par la chambre de l'instruction le 31 mars 2021 jugeant que la prescription triennale, applicable en l'espèce, était acquise et qu'aucun acte de dissimulation retardant le point de départ de ce délai n'a pu être retenu.

Par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 4 mars 2020, les conseils de M. [K] ont présenté une requête aux fins de nullité, d'une part, de la plainte avec constitution de partie civile déposée par l'association [2] qui n'aurait pu valablement déclencher l'action publique, d'autre part, du récépissé de cette plainte délivré par le juge d'instruction ainsi, enfin, que de l'ordonnance constatant la recevabilité de cette plainte. Selon cette requête l'article 52 du code de procédure pénale aurait été méconnu au motif que seul le tribunal de grande instance de Brest était compétent et que seul le ministère public avait la compétence pour saisir une juridiction spécialisée.

Par un arrêt (n° 491) du 31 mars 2021, la chambre de l'instruction a rejeté la requête.

☞ L'association [2] a déclaré, le 2 avril 2021, se pourvoir en cassation contre l'arrêt n° 492 rendu le 31 mars 2021.

La SCP Waquet, Farge, Hazan s'est constituée et a déposé un mémoire ampliatif proposant trois moyens de cassation.

La SCP Piwnica et Molinié s'est constituée en défense pour M. [K]; elle a déposé un mémoire concluant au rejet du pourvoi et sollicitant la somme de 3 000 euros au titre de l'article 618-1 du code de procédure pénale.

☞ M. [K] a déclaré, le 6 avril 2021, se pourvoir en cassation contre l'arrêt n° 491 rendu le 31 mars 2021.

La SCP Piwnica et Molinié s'est constituée en demande et a déposé un mémoire ampliatif proposant un moyen de cassation.

La SCP Waquet, Farge, Hazan s'est constituée en défense pour l'association [2] concluant au rejet du pourvoi ainsi qu'à la condamnation de M. [K] à verser la somme de 4 000 euros au titre de l'article 618-1 du code de procédure pénale.

Par ordonnance du 21 juin 2021 (n° G 21-82339 N), le président de la Chambre criminelle, sur la requête présentée par M. [K] en vue de faire déclarer son pourvoi immédiatement recevable, a ordonné la jonction des pourvois E 21-82.428 et G 21-82.339, sous le premier de ces numéros.

## **2. ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS**

### **Le moyen proposé pour M. [K]**

Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a écarté l'exception de nullité alors que la saisine de la juridiction financière est réservée au ministère public ; que l'association [2] a déposé une plainte avec constitution de partie civile directement auprès de juge d'instruction du pôle financier de Paris ; qu'en estimant cependant la plainte recevable, la chambre de l'instruction a méconnu les articles 52, 85, 591, 593, 704 et 705 du code de procédure pénale.

### **Les moyens proposés pour l'association [2]**

**Le premier moyen** critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a constaté que les faits qualifiés de prise illégale d'intérêts commis à [Localité 1] à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2010 jusqu'au 18 juin 2012 sont prescrits, alors que:

**1/** la conservation par l'auteur d'un délit de prise illégale d'intérêts, d'un intérêt dans l'opération dont il avait la charge d'assurer la surveillance ou l'administration, confère à l'infraction un caractère continu, le point de départ de la prescription étant alors retardé au jour de la cessation de cet intérêt, or le bail signé par M. [K], entre la mutuelle dont il était directeur général et la société dont sa compagne détenait 99% des parts et était la gérante, était toujours en cours lorsqu'il a quitté ses fonctions le 18 juin 2012;

**2/** le point de départ de la prescription du délit de prise illégale d'intérêts est retardé, en cas de dissimulation des faits, au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique; cette dissimulation doit être recherchée quant à l'ensemble des faits poursuivis, or les juges n'ont pas recherché si l'ensemble des éléments caractérisant l'opération immobilière bénéficiant à Mme [O] avait été révélé aux [4].

**Le deuxième moyen** critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a constaté que les faits qualifiés de prise illégale d'intérêts commis à [Localité 1] à compter du 1er décembre 2010 jusqu'au 18 juin 2012 sont prescrits, alors que la chambre de l'instruction devait rechercher le moment où l'action publique aurait pu être mise en mouvement par le parquet dès lors que si l'intérêt public n'est pas lésé par l'opération illégale, l'organe qui en a la charge ne peut ni le dénoncer ni se constituer partie civile, faute d'intérêt.

**Le troisième moyen** critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a constaté que les faits qualifiés de prise illégale d'intérêts commis à {Localité 3} à compter du 1er décembre 2010 jusqu'au 18 juin 2012 sont prescrits alors que l'arrêt affirme par un motif hypothétique et/ou procédant par voie de pure affirmation que « *les deux auditions de Me [X] et M. [Y] auxquelles la chambre de l'instruction a fait droit par arrêt du 18 mars 2020 [ne sont] pas de nature à apporter de nouveaux éléments sur la question de la prescription* ».

### **3. DISCUSSION**

#### **Sur le moyen présenté pour M. [K]**

Le moyen proposé conduit à s'interroger sur la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile déposée directement auprès du juge d'instruction spécialisé en matière économique et financière, ce qui, le cas échéant, pourrait amener à se demander quelle est l'incidence d'une telle irrecevabilité sur la mise en oeuvre de l'action publique.

Etant préalablement rappelés deux éléments:

➤ l'article 85, alinéa 1, du code de procédure pénale dispose que: « *Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile*

*devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42. »*

➤ le fait de se constituer partie civile devant le doyen des juges d'instruction n'est qu'une pratique, en effet « *Le dépôt de plainte se fait généralement en cas de pluralité de juges d'instruction, auprès du doyen des juges d'instruction. Cette pratique ressort de la coutume ; il demeure parfaitement possible à une victime de déposer directement sa plainte avec constitution de partie civile auprès de l'un quelconque des juges d'instruction du tribunal de grande instance* » (J Dumont et D Guérin, , J-CI Procédure pénale, art 85 à 91-1, fasc 20, n° 67; dans le même sens Ph Bonfils, Répertoire Dalloz Droit pénal et procédure pénale, Partie civile, n° 102).

**1/** Le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction du pôle financier de Paris

L'article 705, 1°, classé dans le titre du code de procédure pénale relatif à la procédure applicable aux infractions en matière économique et financière et plus précisément dans le chapitre traitant des compétences particulières du tribunal judiciaire de Paris et du procureur de la République financier, énonce que: «*Le procureur de la République financier, le juge d'instruction et le tribunal correctionnel de Paris exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43,52,704 et 706-42 pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions suivantes :*

*1° Délits prévus aux articles 432-10 à 432-15,433-1 et 433-2,434-9,434-9-1,445-1 à 445-2-1 du code pénal, dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent ; (...)* ».

Le délit de prise illégale d'intérêts, incriminé par l'article 432-12 du code pénal, relève donc du champ de cette disposition lorsque de tels faits s'avèrent d'une grande complexité.

Ce dernier critère permet également la compétence des juridictions inter-régionales spécialisées en matière économique et financière pouvant, elles-aussi, connaître, notamment, du délit de prise illégale d'intérêts, selon l'article 704 du code de procédure pénale dont le 1er alinéa prévoit que «*Dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent, la compétence territoriale d'un tribunal judiciaire peut être étendue au ressort de plusieurs cours d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement des infractions suivantes :(...)* », l'article 704-1 précisant que « *pour la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement des infractions prévues à l'article 704 et des infractions connexes, le procureur de la République, le juge d'instruction et la formation correctionnelle spécialisée du tribunal judiciaire visé au même article exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43, 52, 382 et 706-42. (...)* »

Autrement dit, le tribunal judiciaire de Paris dans sa compétence générale, le pôle financier de cette juridiction et les juridictions inter-régionales spécialisées bénéficient d'une compétence « concurrente » pour connaître du délit de prise illégale d'intérêts. **La notion de compétence « concurrente »** laisse une impression de liberté de choix puisqu'il s'agit d'une compétence facultative, autrement dit, de l'impossibilité de faire un reproche à celui qui s'adresse à un juge plutôt qu'à un autre dès lors que tous deux ressortent de cette compétence concurrente. La difficulté peut, cependant, tenir à la résolution de conflits de compétence puisque des compétences concurrentes sont parallèles et non hiérarchiques. Le Professeur Giudicelli écrit: « *Parler de compétence concurrente c'est affirmer une égalité de position des juridictions concernées.* » (A Giudicelli, Poursuite, instruction et jugement des infractions en matière économique et financière, RSC 2002, p 627), une compétence concurrente n'est en effet pas subsidiaire.

Les conditions pour se constituer partie civile étant identiques, ces compétences concurrentes pourraient ainsi laisser entendre que la partie civile peut s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre des juges d'instruction pouvant connaître de l'affaire selon le droit commun, qu'il soit général ou qu'il soit spécialisé. Autrement dit, il ne semble pas y avoir d'obligation pour la partie civile de se constituer auprès du seul juge d'instruction ayant une compétence générale.

La lettre des articles 704, 704-1 et 705 du code de procédure pénale est muette sur ce point et la doctrine de relever que « *la question de la possible saisine immédiate par la partie civile de la juridiction spécialisée n'a pas été envisagée par le législateur* » ( E Bonis-Garçon, J-Cl Pénal des affaires, fasc 10: infractions en matière économiques et financières - procédure, n° 85).

**Le mémoire ampliatif** (p.4), fait valoir que « *L'article 85 du code de procédure pénale qui prévoit la plainte avec constitution de partie civile ne vise l'application que des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42 de ce même code* », ce dont il se déduirait « *qu'une personne qui se constitue partie civile ne peut pas saisir directement l'une des juridictions spécialisées que sont les JIRS ou les juridictions financières de Paris et prévues par les articles 704 et 705 du code de procédure pénale.* »

Cette interprétation de l'article 85 est discutée par **le mémoire en défense** (p. 8 et 9) qui explique: « *Selon l'article 85 alinéa 1 du code de procédure pénale, " toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42". Est compétent, selon l'article 52 du code de procédure pénale, le juge d'instruction notamment du lieu de l'infraction et de la résidence de l'une des personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction.*

*L'article 706-42 prévoit des règles spécifiques à la compétence du juge d'instruction concernant les infractions commises par des personnes morales :*

*"Sans préjudice des règles de compétence applicables lorsqu'une personne physique est également soupçonnée ou poursuivie, sont compétents :*

*1° Le procureur de la République et les juridictions du lieu de l'infraction ;*

*2° Le procureur de la République et les juridictions du lieu où la personne morale a son siège.*

***Ces dispositions ne sont pas exclusives de l'application éventuelle des règles particulières de compétence prévues par les articles 704-1, 705 et 706-17 relatifs aux infractions économiques et financières et aux actes de terrorisme."***

*Les dispositions de l'article 52, auxquelles il est renvoyé par l'article 85, ne sont pas non plus exclusives de celles de l'article 705. »* Autrement dit, expose toujours le mémoire en défense (p. 9), « *L'article 705 du code de procédure pénale dispose que le juge d'instruction de Paris exerce une compétence concurrente à celle qui résulte des articles 52 et 706-42. L'article 706-42 renvoie d'ailleurs directement à l'article 705 du code de procédure pénale* ». En effet, l'article 706-42 du code de procédure pénale détermine les règles de compétences lorsque l'infraction a été commise par une personne morale et prévoit dans son second alinéa : « *Ces dispositions ne sont pas exclusives de l'application éventuelle des règles particulières de compétence prévues par les articles 705 et 706-17 relatifs aux infractions économiques et financières et aux actes de terrorisme.* »

**a) Plusieurs éléments peuvent contribuer à l'interprétation de ces dispositions:**

➤ **Le Conseil constitutionnel** (décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, n° 58 et s ) a eu à connaître de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière qui a instauré l'article 705 du code de procédure pénale. Les auteurs de la saisine ont mis en cause la conformité à la norme supérieure de la disposition prévoyant une compétence concurrente du procureur de la République financier avec d'autres procureurs de la République ainsi que l'absence de détermination des règles de répartition des compétences entre les parquets et les juridictions exerçant une compétence concurrente; en effet en ne déterminant pas ces questions et en laissant au Garde des Sceaux le soin de procéder à cette répartition par voie de circulaire générale d'action publique, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence.

Le Conseil constitutionnel, d'une part, n'a pas considéré que ces dispositions causaient une rupture au principe d'égalité tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme permettant au législateur de prévoir des règles différentes lorsque celles-ci reposent sur des critères objectifs et qu'en toute hypothèse est assurée une procédure juste et équitable garantissant l'exercice des droits de la défense.

D'autre part, il a considéré « *que la mise en œuvre de l'action publique dans le cadre de ces dispositions doit permettre, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de faire obstacle à l'exercice concurrent des compétences définies par les dispositions contestées* ».

Le Conseil constitutionnel se fonde ici sur le premier alinéa de l'article 30 du code de procédure pénale selon lequel « *Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire*

de la République » et l'article 35 du même code, dont le 1er alinéa et la 1ère phrase du 2ème alinéa disposent que « Le procureur général veille à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel et au bon fonctionnement des parquets de son ressort. - Il anime et coordonne l'action des procureurs de la République, tant en matière de prévention que de répression des infractions à la loi pénale ». Le Conseil ajoute, notamment, « que la mise en œuvre de l'action publique dans le cadre de ces dispositions doit permettre, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de faire obstacle à l'exercice concurrent des compétences définies par les dispositions contestées ». Il conclut « qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de l'atteinte au principe d'égalité devant la justice et à l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice doivent être écartés ; que les dispositions de l'article 705 du code de procédure pénale résultant de l'article 65, qui ne sont entachées d'aucune inintelligibilité et ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, doivent être déclarées conformes à la Constitution ; »

➤ **Deux circulaires** ne peuvent rester ignorées de l'interprète.

En premier lieu, la circulaire relative aux dispositions économiques et financières de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (CRIM 2004-11 G3/02-09-2004) traitant des juridictions inter-régionales spécialisées (point 1.2.1), expose des règles d'application pouvant, peut-être, éclairer la mise en oeuvre de l'article 705 du code de procédure pénale:

« La création des juridictions inter-régionales spécialisées répondant au souci de centralisation au profit de juridictions très spécialisées des affaires les plus importantes, il va de soi que ne peut relever de ces juridictions qu'un nombre limité d'affaires strictement sélectionnées, afin de ne pas les voir saisies de procédures pouvant être traitées à un autre des niveaux également compétents.

(...)

De la même manière, les plaintes avec constitution de partie civile qui seraient portées directement devant les juridictions inter-régionales spécialisées devront faire l'objet de réquisition d'irrecevabilité.

Il doit en effet être considéré que le recours au mécanisme de délocalisation d'une affaire au profit de la juridiction inter-régionale spécialisée n'est offert qu'au ministère public, ainsi qu'il ressort de la lettre de l'article 704 du code de procédure pénale, qui dispose que " pour la poursuite, l'instruction et s'il s'agit de délits, le jugement, des infractions prévues à l'article 704 du code de procédure pénale et des infractions connexes, le procureur de la République, le juge d'instruction et la formation correctionnelle spécialisée du tribunal de grande instance visé au même article, exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des article 43, 52, 382, 663 (second alinéa) et 706-42 ".

Il ressort de ce texte que le législateur n'a pas entendu conférer aux parties privées la possibilité de choisir leur juge, le mécanisme mis en oeuvre, dérogatoire au regard des règles de droit commun, étant confié aux seuls magistrats avec des garanties de procédure organisées par la loi.

*De ce point de vue, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà jugé qu'est "irrecevable la contestation par les parties de la mise en oeuvre des règles de compétence des juridictions spécialisées en matière économique et financière prévue par l'article 704 lorsque l'affaire revêt une complexité apparente " ( Cass crim 26 juin 2001 BC n°159).*

*Il appartiendra donc au ministère public, lorsque de telles plaintes avec constitution de partie civile lui seront communiquées en vertu de l'article 86 du code de procédure pénale, de prendre de manière systématique des réquisitions d'irrecevabilité, afin d'éviter que l'efficacité des juridictions inter-régionales spécialisées ne soit compromise par une utilisation juridiquement contestable des mécanismes de compétence concurrente instaurée par l'article 704 du CPP. »*

En second lieu, la circulaire du 31 janvier 2014 de politique pénale relative au procureur de la République financier indique pour sa part, à propos des plaintes avec constitution de partie civile, que « *J'attire enfin votre attention sur l'hypothèse dans laquelle une plainte avec constitution de partie civile serait déposée auprès du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris concernant des faits qualifiés de délinquance économique et financière de grande complexité par le plaignant.*

*Dans cette hypothèse, le procureur de la République de Paris ou le procureur de la République financier saisi par le juge d'instruction pour réquisitions sur cette plainte vérifie si les faits relèvent de sa compétence. Dans le cas contraire il prend attache avec son homologue afin d'apprécier avec ce dernier lequel a vocation à suivre cette procédure. Toute difficulté est portée à la connaissance du procureur général près la cour d'appel de Paris qui désigne le procureur de la République compétent.*

*Le procureur de la République ou le procureur de la République financier initialement saisi prend des réquisitions sur le fond s'il retient sa compétence ou informe le juge d'instruction de ce qu'il a transmis la procédure à son homologue. »*

Il ressort de cette directive, comme des dispositions du code de procédure pénale, que le juge d'instruction peut saisir pour réquisitions le procureur national financier lequel doit vérifier la compétence.

**b) Plusieurs arrêts de la Chambre criminelle retiennent l'attention:**

➤ L'initiative du dessaisissement appartient au seul ministère public

La Chambre criminelle a jugé, au visa de l'article 705-1 du code de procédure pénale, que « *ce texte réserve au seul ministère public l'initiative de la procédure de dessaisissement de la juridiction de droit commun au profit de la juridiction spécialisée* » et que « *la juridiction d'instruction n'est pas compétente pour mettre en oeuvre la procédure de dessaisissement au profit de la juridiction spécialisée, dont l'initiative est réservée par l'article 705-1 du code précité au seul ministère public,* » ( Crim., 28 mars 2007, pourvoi n° 07-82.215, Bull. crim. 2007, n° 96). Ou encore, dans une hypothèse différente, puisque l'arrêt est rendu au visa de l'article 706-77 du code de procédure pénale relatif à la procédure applicable en matière de criminalité organisée, la Chambre criminelle a jugé que « *ce texte réserve au seul ministère public l'initiative de la mise en oeuvre de la procédure de dessaisissement de la juridiction*

*d'instruction de droit commun au profit de la juridiction spécialisée» et que «la juridiction d'instruction n'est compétente ni pour mettre en oeuvre la procédure de dessaisissement au profit de la juridiction spécialisée dont l'initiative est réservée par l'article 706-77 du code précité au seul ministère public, ni pour enjoindre à ce dernier d'y procéder,» (Crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 06-81.699, Bull. crim. 2006, n° 127; Crim., 12 novembre 2015, pourvoi n° 15-82.832, Bull. crim. 2015, n° 251, obs F Cordier, RSC 2016, p 362), la Cour a précisé «que la seule absence d'opposition manifestée par le procureur de la République ne peut s'analyser en des réquisitions engageant la procédure de dessaisissement » (Crim., 12 novembre 2015, pourvoi n° 15-82.833). Elle a également dit que « les parties ne sont pas admises à contester la mise en oeuvre, au regard de la complexité apparente de l'affaire, des règles de compétence des juridictions spécialisées en matière économique et financière prévues par l'article 704 du Code de procédure pénale» (Crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-86.526, Bull. crim. 2001, n° 159).*

M. le conseiller Sadot (rapport n°15-82832) note que la Chambre criminelle a développé, dans plusieurs hypothèses de dessaisissement une jurisprudence laissant l'initiative au procureur de la République *«qui est une illustration du principe de l'impossibilité pour le juge de se saisir lui-même ».*

Cette compétence exclusive du ministère public pour dessaisir une juridiction de droit commun au profit d'une juridiction spécialisée implique-t-elle, par un parallélisme des pouvoirs, qu'il est également le seul à avoir l'initiative de la saisine d'une juridiction spécialisée?

➤ Quant à la saisine

Selon un arrêt du 12 janvier 2005 (Crim., 12 janvier 2005, pourvoi n° 04-81.139, Bull. crim. 2005, n° 15; également Crim., 12 janvier 2005, pourvoi n° 04-81.144, commentaire approuvé de J Buisson, Procédures 2005, comm 109):

*« Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 704 et 705 du Code de procédure pénale :*

*Attendu que, pour confirmer l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction de Marseille, spécialisé en matière économique et financière, s'est déclaré incompétent pour instruire la plainte avec constitution de partie civile déposée du chef d'abus de confiance par les sociétés S et P O, l'arrêt attaqué retient que, si "aucune disposition des articles 704 et 705 du Code de procédure pénale ne vient interdire à la partie lésée de saisir la juridiction spécialisée", les faits dénoncés, dépourvus de complexité, ne justifiaient pas une telle saisine ;*

*Attendu que, si c'est à tort que la chambre de l'instruction a estimé qu'une partie était autorisée à se constituer directement devant une juridiction spécialisée en invoquant la complexité de l'affaire alors que la mise en oeuvre des règles d'attribution prévues par les dispositions susvisées relève de la seule autorité judiciaire, l'arrêt n'encourt toutefois pas la censure dès lors que le juge d'instruction saisi n'était pas compétent en application de l'article 52 du Code de procédure pénale ;*

*D'où il suit que le moyen ne peut être admis ; »*

Mme le conseiller Noquet s'interroge dans son rapport (n° 04-81139) : « *Est posée la question de savoir quelle est la nature des règles sur la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions en matière économique et financière, telles qu'elles résultent des articles 704 et 705 du code de procédure pénale et des décrets des 25 Mars 1994 et 30 Juin 2000 qui fixent la liste et le ressort des juridictions spécialisées : s'agit-il de créer un nouveau chef de compétence, identique à ceux résultant des articles 43, 52 et 382 du code de procédure pénale, auxquels il viendrait s'ajouter, ou d'instaurer des règles d'attribution particulières de certaines affaires fondées sur un critère de compétence "concurrent", facultatif et dont la mise en oeuvre relèverait de la seule autorité judiciaire, chargée de veiller à une bonne administration de la justice ?* ». Et Mme le conseiller Noquet d'apporter les éléments d'analyse suivants: « *On observera tout d'abord que les articles 704 et 705 se situent dans le livre quatrième du code de procédure pénale consacré aux "procédures particulières", et non dans les deux premiers livres sur l'exercice de l'action publique et de l'instruction et sur les juridictions de jugement, où figurent notamment les articles 43,52 et 382 fixant les règles de compétence devant le juge "naturel".*

*Par ailleurs, la loi "fondatrice" du 6 Août 1975 avait confié le pouvoir d'attribuer les affaires à la juridiction spécialisée au président de la chambre d'accusation, qui était saisi sur requête du procureur de la République ou du juge d'instruction et statuait par une ordonnance susceptible d'un pourvoi en cassation non suspensif. Si la loi du 1er Février 1994 a fait disparaître cette procédure, c'est parce qu'elle s'était révélée trop complexe, et en même temps trop limitée en ce qu'elle paraissait exclure la saisine de la juridiction spécialisée dès l'enquête; aussi est-ce maintenant le procureur de la République, sous le contrôle du procureur général, ou le juge d'instruction qui prend la décision de saisir respectivement le parquet ou, avec son accord, la juridiction d'instruction spécialisés.*

*Ces deux mécanismes successifs sont révélateurs de la volonté du législateur de doter la justice des moyens appropriés à la poursuite et au jugement des affaires financières; parmi ces moyens, a été instituée la saisine des juridictions spécialisées, laquelle n'était possible qu'avec une extension de compétence dérogatoire aux règles du droit commun. Cette extension paraît donc s'analyser comme un instrument particulier d'orientation des affaires relevant de l'administration de la justice : ce serait une règle spécifique d'attribution plutôt qu'un critère général de compétence. »*

Un arrêt rendu à propos de l'article 706-72-1 du code de procédure pénale a énoncé dans son sommaire que « *La saisine fondée sur la compétence nationale concurrente du tribunal de grande instance de Paris pour les infractions relatives au système de traitement automatisé de données, prévue par l'article 706-72-1 du code de procédure pénale, relève de la seule prérogative du procureur de la République et ne peut être le fait de la partie civile.* » (Crim., 20 août 2018, pourvoi n° 18-84.728, Bull. crim. 2018, n° 139). Selon ce texte, qui permet au procureur de la République et au pôle de l'instruction de Paris d'exercer leurs attributions sur la totalité du territoire national : « *Pour la poursuite, l'instruction et le*

*jugement des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-72, le procureur de la République, le pôle de l'instruction, le tribunal correctionnel et la cour d'assises de PARIS exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43, 52 et 382. »*

Dans ses conclusions, à propos de cette affaire, M. l'Avocat général Petitprez a exposé qu'il ressort des articles 706-72-2 et suivants que le dessaisissement du juge d'instruction localement compétent est à l'initiative du seul procureur de la République, « *C'est la raison pour laquelle l'article 85 du code de procédure pénale prévoit que la plainte assortie d'une constitution de partie civile doit être déposée "devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42 du code de procédure pénale". Elle ne peut donc pas être déposée devant un juge d'instruction compétent en application de l'article 706-72-1 du code de procédure pénale.* » (p 2).

Une compétence concurrente n'implique pas, par définition, une différence de compétence entre les juridictions concernées. L'attribution des affaires entre ces juridictions relève-t-elle alors d'une bonne administration de la justice, appréciée par le ministère public, comme cela ressort de la décision du Conseil constitutionnel précédemment citée?

Dans l'arrêt rendu le 12 janvier 2005, la chambre de l'instruction a confirmé l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction spécialisé en matière économique et financière s'est déclaré incompétent pour instruire la plainte avec constitution de partie civile, les faits dénoncés ne présentant pas la complexité requise; l'arrêt attaqué avait retenu que si « *aucune disposition des articles 704 et 705 du code de procédure pénale ne vient interdire à la partie lésée de saisir la juridiction spécialisée* » les faits dénoncés, dépourvus de complexité, ne justifiaient pas une telle saisine. La Chambre criminelle a donné tort à la chambre de l'instruction d'avoir estimé qu'une partie est autorisée à se constituer directement devant une juridiction spécialisée en invoquant la complexité de l'affaire, « *alors* » ajoute t-elle que la mise en oeuvre des règles d'attribution relève « *de la seule autorité judiciaire* ».

Mme le professeur Bonis Garçon (op cit n°87) a écrit que « *l'interdiction ainsi faite à la partie civile de porter immédiatement sa plainte avec constitution de partie civile entre les mains d'un juge d'instruction spécialisé ne lui est pas vraiment préjudiciable. En effet, la compétence de cette juridiction spécialisée étant concurrente de celle des juridictions de droit commun il faut en déduire que la partie civile conserve le droit de se constituer partie civile devant un juge d'instruction sur le fondement de l'article 85 du Code de procédure pénale, à charge éventuellement pour ce juge de se dessaisir au profit d'un juge d'instruction spécialisé, de sa propre initiative ou à la requête du parquet.* »

Deux considérations sont, enfin, à relever:

➤ D'une part, le législateur n'a pas expressément formulé l'impossibilité pour la partie civile de se constituer devant le juge d'instruction spécialisé.

➤ D'autre part, la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, a créé un article 2-23 dans le code de procédure pénale permettant à toute association agréée, déclarée depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile et se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption de pouvoir « *exercer les droits reconnus à la partie civile* » en ce qui concerne un certain nombre d'infractions dont le délit de prise illégale d'intérêts. Cette expression, figurant dans un article autorisant les associations à agir aussi bien par voie d'action que d'intervention, permet-elle une limitation compte tenu de la généralité de sa lettre et de l'objectif du texte qui l'a créé consistant à permettre de faciliter la constitution de partie civile des associations de lutte contre la corruption? (Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, étude d'impact, 23 avril 2013, p. 9).

Les travaux parlementaires aident à saisir le contexte dans lequel a été discutée cette disposition : *« A l'heure actuelle, aucune disposition n'autorise expressément les associations engagées dans la lutte contre les atteintes à la probité à se constituer partie civile devant les juridictions pénales.*

*Cet état du droit est d'autant plus regrettable que, sauf exception, de telles infractions font rarement de victime directe : dans ces matières qui touchent pourtant aux fondements du contrat social et à l'égalité des citoyens devant la loi, il n'existe, en l'état, pas de possibilité de passer outre une éventuelle inertie du parquet ou un refus de donner suite à des faits qui lui auraient été signalés.»* (Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, rapport n° 738, de M. A Anziani,.)

L'adoption de l'article 2-23 dans ce contexte peut-elle contribuer à remettre en cause la solution adoptée par l'arrêt du 12 janvier 2005?

☞ La Chambre criminelle appréciera.

**2/** La conséquence de l'éventuelle irrecevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile sur le déclenchement de l'action publique:

Le moyen présenté pour M. [K] amène à se poser la question de l'incidence de l'éventuelle irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile de l'association [2] sur l'action publique.

La Chambre criminelle a récemment rappelé que: *« l'irrecevabilité de l'action civile portée devant le juge d'instruction conformément aux dispositions de l'article 85 du code de procédure pénale ne saurait atteindre l'action publique, laquelle subsiste toute entière et prend sa source exclusivement dans les réquisitions du ministère public tendant après la communication prescrite par l'article 86 du même code à ce qu'il soit informé par le juge d'instruction.*

*Il n'en irait autrement que si la plainte de la victime était nécessaire pour mettre l'action publique en mouvement. » (Crim., 7 septembre 2021, pourvoi n° 19-87.036).*

*Elle avait déjà jugé que : « si, au cours de l'information la constitution de partie civile vient à être déclarée irrecevable par la chambre d'accusation, la poursuite n'en a pas moins été valablement exercée en raison des réquisitions prises par le ministère public ; Qu'il n'en serait autrement que si la mise en mouvement de l'action publique était subordonnée au dépôt d'une plainte préalable » (Crim, 8 novembre 1983, 83-92.677, B 290; Crim , 22 janvier 1991, pourvoi n° 90-82.824; Crim., 19 janvier 1993, pourvoi n° 92-80.556, Bull. crim. 1993 N° 23).*

*Ou encore: « Attendu qu'en prononçant par les motifs reproduits au moyen pour écarter le grief de nullité du réquisitoire introductif, en raison de l'irrégularité alléguée de la saisine du procureur financier, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;*

*Que, d'une part, le procureur de la République financier tient de l'article 40 du code de procédure pénale le droit de requérir l'ouverture d'une information, au vu de tout renseignement dont il est destinataire, concernant des infractions entrant dans le champ de sa compétence matérielle, définie à l'article 705 du même code, serait-elle, comme en l'espèce, concurrente de celle du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, pour les affaires présentant une grande complexité, laquelle est laissée à l'appréciation des juges du fond ;*

*Que, d'autre part, un réquisitoire introductif ne pouvant être annulé que s'il ne satisfait pas en la forme aux conditions essentielles de son existence légale, les énonciations de l'arrêt attaqué ainsi que les pièces de la procédure établissent qu'il a été délivré par un magistrat compétent, au terme de l'analyse à laquelle il a procédé des pièces transmises par le juge d'instruction portant sur des faits dont celui-ci n'était pas saisi, la forme adoptée pour cette communication n'étant pas susceptible d'affecter la régularité dudit réquisitoire ; » (Crim., 22 mars 2016, pourvoi n° 15-83.207, Bull. crim. 2016, n° 92)*

*Ou enfin: «Lorsque la constitution est irrecevable, le procureur de la République peut, si les faits dénoncés lui paraissent mériter des poursuites pénales, se fonder sur la plainte avec constitution de partie civile, qui vaut alors à titre de simple plainte ou de dénonciation, pour requérir de son initiative l'ouverture d'une information ; dans ce cas, et si le juge estime également la plainte irrecevable, la prescription de l'action publique sera interrompue non par la plainte mais par le réquisitoire introductif » et la doctrine d'expliquer « si l'irrecevabilité est constatée après la délivrance d'un réquisitoire aux fins d'informer, ce dernier suffit à mettre l'action publique en mouvement et à saisir le juge d'instruction » (J-CI procédure pénale, J Dumont et D Guérin, , art 85 à 91-1, fasc 20: constitution de partie civile, n° 97 et 106).*

*Ainsi, lorsque le réquisitoire introductif « vise » une plainte avec constitution de partie civile irrecevable, ce document valant plainte simple suffit à fonder ledit réquisitoire (Crim., 11 avril*

2002, pourvoi n° 02-80.778, Bull. crim. 2002, n° 87; Crim., 21 mars 1991, pourvoi n° 90-81.515).

**En l'espèce**, les éléments de procédure et leur enchaînement ont été les suivants:

- l'association [2]p a adressé une plainte avec constitution de partie civile en date du 7 novembre 2017 au « *Tribunal de grande instance, Monsieur le Doyen des juges d'instruction du Pôle Financier de Paris - Rue des Italiens - 75009 Paris* »; dans son mémoire devant la chambre de l'instruction (p. 6), le demandeur relève que M. Van Ruymbecke est doyen des juges d'instruction au tribunal judiciaire de Paris et plus précisément au pôle financier de cette juridiction sur le site spécifique de la rue des Italiens et qu'il existe auprès de cette même juridiction un autre doyen des juges d'instruction mais relevant du pôle général de l'instruction;

- le 9 novembre 2017, M. Renaud Van Ruymbecke, es qualité de « *Doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Paris*» a rendu, d'une part, une ordonnance de constatation de dépôt de plainte avec constitution de partie civile et, d'autre part, une ordonnance aux fins de fixer le montant de la consignation dont la partie civile devait s'acquitter avant le 21 décembre 2017 (réquisitions du parquet général p. 17);

- le 30 novembre 2017, après avoir constaté le paiement de la consignation dans le délai imparti, M. Renaud Van Ruymbecke, en la même qualité de « *Doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de PARIS* », a transmis par ordonnance de soit communiqué, cette plainte avec constitution de partie civile au parquet national financier (*idem* p 17);

- le 2 janvier 2018, le Parquet National Financier a pris, au visa de l'article 705 du code de procédure pénale, un réquisitoire introductif du chef de prise illégale d'intérêts.

L'arrêt attaqué (p. 19), rejetant la requête en nullité, a jugé:

« *Considérant que la plainte avec constitution de partie civile de l'association [2] ne méconnaît aucune des formalités substantielles prévues par le code de procédure pénale et a été déposée auprès du doyen des juges d'instruction d'une juridiction spécialisée dont l'article prévoit la compétence concurrente de celle résultant de l'article 52 du code de procédure pénale ;*

*Que le juge d'instruction n'a pas soulevé son incompétence, n'a pas été destinataire de réquisitions en ce sens et a été valablement saisi au visa de l'article 705 du code de procédure pénale par le parquet national financier ;*

*Considérant que seuls peuvent être annulés des actes accomplis par un juge manifestement incompétent ;*

*Que le doyen des juges d'instruction désigné par ordonnance du président du tribunal de grande de Paris du 28 août 2017 puis désigné le 12 janvier 2018 par le premier vice-président de la juridiction en co-saisine avec un autre juge d'instruction, avait compétence sur le fondement de l'article 705 pour instruire la plainte avec constitution de partie civile de l'association [2] puis suivre l'information et que dès lors les actes subséquents ne sont entachés d'aucune nullité; »*

Notre Chambre devra s'interroger à plusieurs égards:

- ☞ une plainte avec constitution de partie civile adressée directement à un magistrat spécialisé relevant de l'article 705 du code de procédure pénale est-elle ou non recevable?
- ☞ L'éventuelle irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile de l'association [2] a-t-elle une incidence sur la mise en mouvement de l'action publique?

## **Sur les moyens présentés pour l'association [2]**

### **Sur le premier moyen**

Le délit de prise illégale d'intérêts est incriminé par l'alinéa 1 de l'article 432-12 du code pénal en ces termes:

*« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. »*

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a remplacé, dans cette disposition, l'expression « un intérêt quelconque » par « un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité »; le législateur a ainsi souhaité « mieux définir les éléments constitutifs de ce délit afin de viser les véritables atteintes à la probité. » (Sénat, rapport n° 834, p 14, par Mme A Canayer et M. Ph Bonnacarrère). Cette disposition précisant le délit est donc plus douce et, en vertu de l'article 112-1 du code pénal, s'applique aux infractions commises avant son entrée en vigueur dès lors qu'elles n'ont pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée.

### **Sur la première branche: la temporalité du délit de prise illégale d'intérêts**

Le caractère instantané ou continu d'une infraction dépend de son élément matériel ce qui revient à dire que les circonstances dans lesquelles les faits ont été commis sont sans incidence sur cet aspect de l'incrimination. Seule doit être prise en compte la structure générale du délit tel qu'il a été abstraitement posé par le législateur; *«un même texte peut envisager des comportements distincts, certains correspondant à une infraction instantanée, d'autres à une infraction continue. Peu importe qu'ils procèdent de la même incrimination, leur spécificité doit être respectée: suivant la forme donnée à l'infraction, celle ci peut donc être instantanée ou continue »* (voir E Dreyer, Droit pénal général, 5<sup>ème</sup> éd, Lexis Nexis 2019, n° 708 et s). Les effets d'une infraction peuvent durer sans que celle-ci soit une infraction continue. Le vol, par exemple, se consomme par la seule soustraction frauduleuse de la chose d'autrui et la conservation de la chose par l'agent ne relève pas de la soustraction qui est un acte instantané; de la même façon le faux est une infraction instantané qui se consomme par l'établissement de l'écrit falsifié (Crim., 4 novembre 2021, pourvoi n° 20-86.639) indépendamment de la persistance du document.

L'infraction continue appelle des précisions: une infraction ne relève de cette catégorie qu'en raison de la persistance, dans la durée, de la volonté de l'agent; en revanche lorsque ce sont les conséquences de l'infraction qui se prolongent dans le temps d'elles-mêmes, *« malgré l'apparence, il s'agit donc là d'une infraction instantanée qu'on doit réputer définitivement commise au jour de sa réalisation »* (R Merle et A Vitu, Traité de droit criminel, tome 1, 7<sup>ème</sup> éd, Cujas 1997, n° 263).

L'acte matériel du délit de prise illégale d'intérêts consiste à *« prendre, recevoir ou conserver »*. Cette diversité d'actes matériels lui permet-il d'être tantôt instantané tantôt continu?

### **1/ Le délit peut-être instantané**

Le grief fait valoir qu' *« il résulte de l'arrêt que M. [K], mis en examen de ce chef, a exercé ses fonctions de directeur général des [4] jusqu'au 18 juin 2012, date à laquelle le bail signé entre la mutuelle et la SCI [6], dont sa compagne, gérante, détenait 99% des parts, était toujours en cours ; il a dès lors conservé un intérêt dans ladite opération, au sens de l'article 432-12 du code pénal, jusqu'au 18 juin 2012 (...) »*.

Si les actions de « prendre » et de « recevoir » impliquent une instantanéité, la question se pose de savoir si celle de « conserver » n'a pas un caractère continu. La nature, instantanée ou continue, du délit est déterminante pour la fixation du point de départ du délai de prescription de l'action publique: dans le premier cas, le délit se prescrit à compter de la réalisation de l'acte matérialisant la prise d'intérêts, c'est -à-dire dès que l'agent public a pris ou reçu un intérêt dans une entreprise ou opération dont il avait au moment de l'acte la charge d'assurer la surveillance ou l'administration; alors que dans le second cas il se prescrit à partir de la cessation de l'activité délictueuse, autrement dit, au dernier jour de la conservation de l'intérêt.

La question de la nature instantanée ou continue du délit doit s'apprécier en lien avec l'objectif de l'incrimination qui n'est pas d'incriminer la recherche d'un intérêt personnel mais de punir un abus de fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou d'un avantage (M Segonds, A propos d'une diversion juridique: l'absence d'enrichissement personnel, D 2003, p 505). Autrement dit, c'est bien l'exercice concomitant de la qualité de surveillant et de surveillé qui constitue le coeur du délit et dont dépend sa perpétration. La Chambre criminelle a dit, à ce propos, que « *le délit est consommé dès que le prévenu a pris directement ou indirectement un intérêt dans une entreprise ou dans une opération dont il avait, au moment de l'acte, la surveillance ou l'administration, celles-ci se réduiraient-elles au simple pouvoir d'émettre un avis en vue de décisions prises par d'autres* » (Crim., 9 mars 2005, pourvoi n° 04-83.615, Bull. crim. 2005, n° 8) ou bien que « *le délit de prise illégale d'intérêts est constitué par le seul abus de fonction* » (Crim., 23 juillet 2014, pourvoi n° 13-82.193, Bull. crim. 2014, n° 173; ) ou également que: « *En vertu d'une jurisprudence constante, l'abus de fonction ainsi caractérisé suffit à lui seul pour consommer le délit de prise illégale d'intérêts et l'intention coupable est constituée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. Il n'est pas nécessaire qu'il ait agi dans une intention frauduleuse.*

*Le fait qu'un prévenu, maire d'une commune, se soit soumis aux règles de recrutement instaurées par la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et le décret n° 86-68 du 10 janvier 1986, est sans incidence sur la caractérisation de l'infraction dès lors qu'il est, en toute connaissance de cause, intervenu à tous les stades de la procédure ayant abouti au recrutement d'un membre de sa famille, quelles que soient les compétences professionnelles de celui-ci. »* (Crim., 4 mars 2020, pourvoi n° 19-83.390).

La jurisprudence a précisé le moment de consommation de l'infraction face à des opérations complexes ou encore à des actes successifs. Dans le cas d'opérations successives, indépendantes les unes des autres, la Chambre criminelle a retenu que le délit est consommé à l'occasion de chacune des opérations et a donc conservé à l'infraction son caractère instantané. Elle a, par exemple, jugé que « *les délits de prise illégale d'intérêts reprochés à Y..., ont été consommés à l'occasion de chacune des délibérations du conseil municipal auxquelles l'intéressé a participé*» (Crim., 4 avril 2001, pourvoi n° 00-82.534, Bull. crim. 2001, n° 93) car « *la commission de plusieurs actes d'ingérence indépendants les uns des autres entraîne leur prescription un par un* » (M-L Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd, 2018, n° 1148).

La Chambre criminelle a également jugé que « *le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance* » et que l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure en ayant jugé « *non prescrite l'action engagée contre F du chef de prise illégale d'intérêts* », la cour d'appel ayant énoncé « *que les faits ont été commis non seulement lors de la délibération du*

*conseil municipal ayant décidé l'acquisition mais aussi lors du mandatement du prix par le maire, le 1er juin 1994, soit moins de trois ans avant l'acte de saisine pour enquête » (Crim., 10 avril 2002, pourvoi n° 01-84.286, Bull. crim. 2002, n° 84) ou encore « pour déclarer non prescrite l'action engagée contre R du chef de prise illégale d'intérêts, l'arrêt retient que le délai de prescription n'a commencé à courir qu'à compter de la date du dernier acte de paiement de la somme de 23 000 francs correspondant au solde restant dû sur le montant global du marché (...) » (Crim., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-87.294, Bull. crim. 2005, n° 198). La Chambre criminelle a encore jugé que lorsque plusieurs actes relèvent d'une opération indivisible, tels une révision du PLU et la construction d'un lotissement, le délit de prise illégale d'intérêts ne se prescrit qu'à compter du dernier acte administratif accompli par le prévenu (Crim., 18 juillet 2017, pourvoi n° 16-86.866). En ce sens, elle a énoncé que « le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance ; » (Crim., 4 octobre 2000, pourvoi n° 99-85.404, Bull. crim. 2000, n° 287).*

Une partie de la doctrine considère que l'ajout au texte incriminateur d'un acte de « conservation », n'affecte pas l'instantanéité du délit en s'appuyant sur deux arguments. « *D'une part, il est indéniable que la conservation d'un intérêt illégalement pris ou reçu considérée isolément ne saurait suffire à elle seule à consommer le délit. Si l'on veut rester fidèle aux exigences du texte d'incrimination, la conservation d'un intérêt pris ou reçu n'est punissable que dans la mesure où elle se traduit par la perpétuation de l'exercice simultané de la qualité de surveillé et de la qualité de surveillant, et non pas seulement par la perpétuation des effets de la prise ou de la réception d'intérêts. La place du mot " conserver " immédiatement après les mots " prendre " et " recevoir ", mais avant la référence textuelle " au moment de l'acte " qui renvoie à la concomitance de l'exercice des qualités incompatibles, impose cette solution qui s'avère parfaitement conforme à la finalité de l'incrimination : réprimer l'agent convaincu de partialité. Appréhendée de la sorte, la " conservation d'un intérêt " ne correspond qu'à la prise ou la réception réitérée d'un intérêt. La conservation vient ainsi à se confondre avec la prise ou la réception d'intérêts » ; « *D'autre part, il est de l'essence même du délit de prise illégale d'intérêts d'être constitué indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel (V. infra, no 62). Estimer que le délit se prolonge dans le temps dès lors qu'il se traduit par la création d'une situation permanente dont l'agent tire régulièrement profit revient à introduire dans la définition de l'infraction une référence au moins indirecte à la vénalité de l'agent alors que l'attention du législateur s'est portée bien davantage sur sa partialité. Par ailleurs, il est difficile d'admettre que la prise ou la réception illégale d'intérêts puisse se réaliser indépendamment de tout profit et que la conservation illégale d'intérêts puisse se réaliser par l'obtention régulière - ce qualificatif étant pris au sens de continue - d'un profit. Il en va de la cohérence même de l'incrimination. » (Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale, M. Segonds, prise illégale d'intérêts, n° 55 et 56). On peut d'ailleurs relever que l'intérêt pris**

par l'agent dans l'opération peut être un intérêt moral (Crim., 4 mars 2020, pourvoi n° 19-81.800)

Le Professeur Robert partage cette opinion, ajoutant que la jurisprudence a fait du délit d'ingérence, devenu l'infraction de prise illégale d'intérêts, un délit instantané « *parce qu'il faut distinguer entre "l'intérêt" qu'il est interdit de prendre ou de recevoir, et le "profit" qui lui peut durer sans s'intégrer aux éléments constitutifs du délit* ». Ce caractère a été affirmé par un arrêt en date du 15 avril 1848 (Bull n° 120) et jamais démentie depuis. « *Puisque le profit reste en dehors des éléments constitutifs de l'infraction, on ne devra pas le considérer pour décider que sa "conservation" ou sa prolongation retarde le point de départ de la prescription. (...) Le délit se consomme donc lorsque, sur la même personne, se réunissent deux qualités incompatibles, l'une de particulier surveillé, l'autre de fonctionnaire surveillant, et la rencontre se produit "au temps de l'acte" dit l'article 175 ou "au moment de l'acte" dit l'article 432-12* ». Et l'auteur de conclure qu'en disposant que le délit se consomme par le fait de « *prendre, recevoir ou conserver* », l'article 432-12 n'innove finalement pas (J.H. Robert, Du caractère continu ou instantané du délit d'ingérence selon l'article 432-12 du nouveau code pénal, Dr pén 1994, Chr 10).

On peine à être convaincu par ces arguments. Le verbe « conserver » induit la durée; composé du latin *servare* « préserver, garder », il n'aurait pas été ajouté par le législateur en redondance de verbes dont le sens est connu. Son ajout à l'incrimination ne peut s'expliquer que par la volonté d'introduire un facteur de durée dans un délit où la supersposition des qualités de contrôleur et de contrôlé peut s'étendre dans le temps avec ce que cela implique de retard dans la fixation du point de départ du délai de prescription de l'action publique.

## **2/ Le délit peut être continu**

Le code pénal de 1992 a complété l'élément matériel du délit de prise illégale d'intérêts en visant, non seulement, les faits de prendre ou de recevoir « *mais encore "le fait de conserver un tel intérêt", ce qui revient à étendre le champ de l'incrimination à un agissement s'inscrivant dans la durée, avec toutes les conséquences répressives qui en découlent, notamment quant à la prescription de l'action publique. Dès lors, en effet, que l'auteur du délit persiste dans une entreprise d'ingérence, l'infraction est continue, et le point de départ du délai de la prescription est, de ce fait, reporté au jour où cesse l'état délictueux* » (G Roujou de Boubée, J Francillon, B Bouloc et Y Mayaud, Code pénal commenté, Dalloz, 1996, p 722).

Le Professeur Delmas-Saint-Hilaire, s'interrogeant sur la portée de la modification apportée par le nouveau code pénal, reproduit, sur ce point, la circulaire du 14 mai 1993 portant commentaire de la partie législative de la nouvelle codification: « *L'ingérence devient ainsi un délit continu, comme l'est, par exemple, le recel, ce qui permettra de réprimer ces agissements même s'ils sont découverts plus de trois ans après la prise d'intérêt, alors qu'aujourd'hui la prescription de l'action publique interdit d'engager des poursuites dans de*

telles hypothèses (§ 302, al. 3).», il écrit encore: « Et la circulaire en question, dans un autre de ses paragraphes, revient sur cette innovation pour en tirer, de façon très explicite, des conséquences sur le terrain de l'application dans le temps du nouvel article 432-12 : "l'ingérence devenant un délit continu... il est clair que le fait de conserver, après l'entrée en vigueur du nouveau code, un intérêt illégalement reçu ou perçu avant cette date pourra être réprimé sur le fondement de l'article 432-12. Il n'y a pas lieu, en effet, de distinguer selon que le délit de prise d'intérêts commis avant cette entrée en vigueur était ou non prescrit à cette date. L'infraction continue commise sous l'empire des nouveaux textes constitue un délit distinct de l'infraction instantanée commise sous l'empire des anciens textes, qui peut être poursuivie indépendamment de celle-ci..." (§ 307) » (Ingérence: confirmation de l'extension de son champ d'application. Ce délit deviendrait-il une infraction, à la fois, formelle, matérielle et continue ?, RSC 2002, p 111 et spec. p. 113).

D'autres auteurs tirent la même analyse de la consommation du délit par « conservation »:

➤ « Si donc, au lieu de consister en une opération unique ou en une série d'opérations indépendantes l'une de l'autre, laissant en ce cas au délit d'ingérence (devenu le délit de prise illégale d'intérêt) son caractère d'infraction instantanée, l'intérêt reçu par le prévenu se traduit par la création d'une situation permanente dont celui-ci tire régulièrement des bénéfices, l'infraction devient alors un délit continu, dont la prescription commence à courir seulement à compter du jour où cesse la situation délictueuse » (Y Muller-Lagarde, J-CI pénal code, aert 432-12 et 432-13, fasc 20: prise illégale d'intérêts, n° 32);

➤ « l'élément matériel est ensuite - et il s'agit là d'une innovation du nouveau code pénal - la conservation d'un intérêt, à condition que la personne en cause ait eu au moment de l'acte la charge d'assurer la surveillance de l'entreprise ou de l'opération. Par conséquent, la conservation d'un intérêt pris ou reçu à une époque où l'agent n'était pas encore chargé de cette surveillance est impunissable. La lettre de l'article 432-12 impose cette solution, au demeurant préconisée par la circulaire du 14 mai 1993 commentant le nouveau Code pénal. Force est alors de constater que l'innovation est plus apparente que réelle. Quelle différence entre le fonctionnaire qui prend l'intérêt et celui qui le conserve? Le concept de prise absorbe celui de conservation ainsi compris. La réforme n'est cependant pas totalement vaine dans la mesure où l'adjonction de la conservation transforme l'ingérence en une infraction continue, d'où un retard significatif pour le point de départ du délai de prescription de l'action publique, puisque en l'occurrence il est fixé au jour où cesse l'état délictueux ». (W Jeandier, Droit pénal des affaires, Précis, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd, 2005, n° 218).

Des auteurs soutiennent, également, le caractère continu du délit de prise illégale d'intérêts consommé par conservation d'un intérêt (M.L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> ed, 2018, n° 1158; R Salomon, La rigueur du droit pénal de la probité publique, Dr pén 2012, Etudes 2, n° 17; F Stasiak, Droit pénal des affaires, 2<sup>ème</sup> ed, 2009, LGDJ, p 93; A Lepage et H Matsopoulou, Droit pénal spécial, PUF, 2015, n° 1047; A Lepage, R Salomon et P Maistre du Chambon, Droit pénal des affaires, 6<sup>ème</sup> ed, LexisNexis, 2020, n° 513).

Le caractère continu du délit commis par « conservation d'un intérêt » ressort, en outre, de la jurisprudence:

- «*Que les juges relèvent que lesdits marchés étaient renouvelables par tacite reconduction et que la prévenue n'avait pas fait cesser les situations illicites qui lui sont reprochées, peu important qu'elle ait retiré ou non un bénéfice quelconque des opérations visées à la prévention, dès lors qu'elle avait connaissance de leur caractère illicite ; qu'ils ajoutent qu'elle a conservé, après l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, un intérêt illégalement pris ou reçu avant cette date et avait au moment de l'acte la charge d'assurer la surveillance ou l'administration de l'opération litigieuse ;*  
*Attendu qu'en cet état, la cour d'appel a justifié sa décision ; Que, d'une part, il n'est pas soutenu que les délits instantanés de prise illégale d'intérêts commis à l'occasion des opérations des 22 janvier et 9 février 1993 sont prescrits ; Que, d'autre part, la conservation d'un intérêt dont la prise illégale n'était pas prescrite à la date d'entrée en vigueur du nouveau Code pénal peut être poursuivie après le 1er mars 1994, en application de l'article 432-12 du Code pénal;*» (Crim., 3 mai 2001, pourvoi n° 00-82.880, Bull. crim. 2001, n° 106).

- «*Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise, l'arrêt attaqué retient que la prise illégale d'intérêts, à supposer l'infraction constituée, s'est réalisée en 2003 quand le secrétaire général et la directrice juridique du groupe S se sont rendus au cabinet de Mme A et que, sur leur proposition, elle a accepté de devenir l'avocat de ce groupe et que cette prise illégale d'intérêts s'est poursuivie en exécution de l'accord préalablement conclu qu'elle n'a pas dénoncé ;*  
*Attendu qu'en cet état, et dès lors qu'elle a constaté la concomitance entre cette exécution et le contrôle exercé par M. A et qu'elle s'est fondée sur la conservation par ce dernier d'un intérêt dans l'entreprise dont il avait la charge d'assurer la surveillance, conférant en l'espèce à l'infraction un caractère continu, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ; »* (Crim., 29 avril 2014, pourvoi n° 14-80.060).

Commentant cet arrêt le Doyen Véron (Dr pén 2014, comm 105), explique qu'il faut distinguer selon la nature de l'acte: « *si celui-ci consiste à prendre ou à recevoir un intérêt, la prescription court à compter du jour de l'accomplissement de cet acte s'il est isolé ou du dernier de ces actes, s'il s'inscrit dans un ensemble répétitif (...) Si l'acte consiste à conserver l'intérêt interdit, il crée une situation permanente qui s'inscrit dans la durée. Dès lors le délit de prise illégale d'intérêts devient un délit continu et la prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où cesse la situation délictueuse ».*

Si, par la conservation d'un intérêt, le délit dure dans le temps, la Chambre criminelle a rappelé que celui-ci n'est consommé que si l'auteur persiste à surveiller l'opération: « *la conservation par le prévenu d'un intérêt pris ou reçu illégalement n'est pas constituée en son élément matériel, faute pour ce dernier d'avoir continué à exercer la surveillance ou*

*l'administration de l'entreprise ou de l'opération, » (Crim., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-84.236; Crim., 1<sup>er</sup> juin 2005, pourvoi n° 04-85.059).*

**En l'espèce**, l'arrêt attaqué relève (p 20 et 21):

*« Considérant qu'à l'issue de l'interrogatoire de première comparution du 11 septembre 2019, M. [K] a été mis en examen du chef de prise illégale d'intérêts, délit commis à [Localité 1] et dans le Finistère à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2010 et jusqu'au 18 juin 2012 ; Que selon les termes de sa mise en examen, il lui est reproché, en sa qualité de directeur général des [4] qui l'auraient mandaté à cet effet, de leur avoir fait louer, par une décision du conseil d'administration du 25 janvier 2011, des locaux situés [Adresse 1], acquis dans un premier temps par lui-même au terme d'un compromis de vente signé le 23 décembre 2010 puis postérieurement à la décision du conseil d'administration, gérée dans le cadre d'une SCI par sa compagne Madame [O] qui en détenait 99 % des parts, le bail ayant été conclu le 1<sup>er</sup> juillet 2011 et le loyer versé par les mutuelles finançant l'acquisition par la SCI [6] constituée le 24 février 2011 ;*

*Considérant que le délai de prescription avant la promulgation de la loi du 27 février 2017 était de trois années révolues à compter du jour de commission de l'infraction ;*

*Qu'il n'est pas contesté que le contrat de bail conclu le 1<sup>er</sup> juillet 2011 pour une durée de neuf ans était toujours en vigueur à la date du 18 juin 2012 et a d'ailleurs été depuis renouvelé ;*

*Que sur le fondement des dispositions de l'article 8 dans sa version applicable à l'époque des faits, le délai de prescription continuait à courir au-delà du 18 juin 2012 mais à cette date M. [K] cessait d'exercer ses fonctions de directeur général des [4], après son élection comme député ;*

*Que cette situation amenait le procureur de la République de Brest à considérer qu'à compter de cette date, M. [K] n'avait plus l'administration ou la surveillance de l'affaire dans laquelle il aurait pris intérêt et à préciser que la prescription était acquise à la date du 19 juin 2015;*

*Que le procureur de la République de Paris, sur la base d'une analyse identique, limitait la période de prévention retenue en ne visant aucun fait postérieur au 18 juin 2012 ;*

*Qu'au stade actuel, aucun développement de l'instruction n'a apporté d'élément nouveau de nature à justifier une extension de la saisine du juge d'instruction pour des faits commis après le 18 juin 2012 ; »*

L'arrêt analyse ensuite une éventuelle dissimulation des faits, et conclut (p.23):

*« Considérant qu'en conséquence, au regard des éléments du dossier, la prescription de l'action publique était acquise au plus tôt le 2 juillet 2014, trois ans après la signature du bail, ou le 19 juin 2015, trois ans après la démission de M. [K] de ses fonctions de directeur général, la prescription triennale étant acquise dans les deux hypothèses à la date du premier acte interruptif de prescription du 1<sup>er</sup> juin 2017 lors de la saisine par le procureur de la République de Brest de la direction inter-régionale de la police judiciaire de Rennes aux fins d'enquête ; »*

Le mémoire ampliatif (p 8) critique, dans ce grief, l'arrêt attaqué en ce qu'il a « *d'ores et déjà retenu à tort que la prescription triennale était acquise au plus tôt le 2 juillet 2014 (p. 23 dernier §).* »

Il ressort des constatations de l'arrêt objet du pourvoi que:

les juges ont envisagé la prescription de l'action publique en considérant que le délit de prise illégale d'intérêts a une nature instantanée; le point de départ de ce délai est alors fixé au jour de la signature du bail qui réaliserait la prise d'intérêts c'est-à-dire le 1<sup>er</sup> juillet 2011. La prescription de l'action publique serait alors acquise le 2 juillet 2014;

les juges ont également bien envisagé que l'on puisse considérer le délit comme une infraction continue, c'est-à-dire comme le fait pour M. [K] de conserver un intérêt découlant de la signature du bail. Le point du départ du délai de prescription est alors le jour où il a quitté ses fonctions de directeur général des [[4]] c'est-à-dire le jour où il n'exerce plus la fonction dont il aurait fait un usage abusif pour faire naître un intérêt qu'il aurait conservé. M. [K] ayant quitté lesdites fonctions le 12 juin 2012, la prescription de l'action publique serait ainsi acquise le 19 juin 2015.

les juges ont relevé que le premier acte interruptif de prescription date du 1<sup>er</sup> juin 2017 lors de la saisine par le procureur de la République de Brest de la direction inter-régionale de la police judiciaire de Rennes aux fins d'enquête;

les faits sont, par conséquent, prescrits quelle que soit la nature que l'on confère au délit de prise illégale d'intérêts.

**Le grief manque en fait.**

### **Sur la seconde branche: la dissimulation du délit de prise illégale d'intérêts**

Si le point de départ du délai de prescription de l'action publique est fixé, par principe, au jour où l'infraction est consommée, la jurisprudence - consacrée par la loi du 27 février 2017 - a retardé ce moment lorsque l'infraction est dissimulée. En effet, la prescription perd sa raison d'être lorsque le demandeur à l'action ne connaît pas l'existence de son droit d'agir, comme cela résulte de l'article 2224 du code civil.

La notion de dissimulation doit être précisée (1) avant d'envisager son application au délit de prise illégale d'intérêts (2)

#### **1/ La notion de dissimulation**

**a) Une large application:**

La jurisprudence retardant le point de départ du délai de prescription de l'action publique en raison d'une dissimulation des faits a trouvé un terrain d'élection en droit pénal des affaires où les jeux d'écritures ou encore les montages juridiques et financiers peuvent cacher la réalisation d'un délit.

Il a, par exemple, été jugé que:

- en matière d'abus de biens sociaux, que « *la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société* » (Crim., 27 juin 2001, pourvoi n° 00-87.414, Bull. crim. 2001, n° 164);

- ou encore que le délit d'abus de confiance résultant de la rémunération d'un emploi fictif ne commence à se prescrire que lorsque l'absence de prestation de travail, correspondant à la rémunération versée, est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Crim., 8 février 2006, pourvoi n° 05-80.301, Bull. crim. 2006, n° 34). Ou bien que les détournements n'ont pu être constatés, dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, que le jour où le directeur adjoint d'une société a quitté ses fonctions dès lors qu'il détournait des fonds prélevés de façon occulte sur le compte bancaire de la société en veillant à ce que cela n'apparaisse pas dans les comptes sociaux, et alors qu'il déjouait les contrôles internes qu'il supervisait et était à même de faire disparaître tout élément le mettant en cause (Crim., 21 septembre 2011, pourvoi n° 10-87.031).

La jurisprudence a jugé, à propos de nombreuses autres infractions, que la dissimulation de leur commission entraîne un retard du point de départ du délai de prescription de l'action publique au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites. Il en est ainsi, par exemple, pour le délit de malversation (Crim., 9 février 2005, pourvoi n° 03-85.508, Bull. crim. 2005, n° 50); le délit de participation frauduleuse à une entente prohibée (Crim., 20 février 2008, pourvoi n° 02-82.676, 07-82.110, Bull. crim. 2008, n° 44); en matière de favoritisme (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) ou encore de banqueroute (Crim., 25 novembre 2020, pourvoi n° 19-85.091);

Outre les circonstances de commission de l'infraction permettant de conclure à sa dissimulation, la jurisprudence, a dégagé la catégorie des infractions clandestines par nature: « *qu'en effet, d'une part, les articles 368 ancien et 226-1 nouveau du Code pénal font de la clandestinité un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à l'intimité de la vie*

*privée d'autrui, qui n'est caractérisé que lorsque la personne, dont les paroles ont été enregistrées sans son consentement, est informée de leur captation ou de leur transmission, et qui, selon l'article 226-6, ne peut être poursuivi que sur la plainte de la victime ou de ses ayants droit ; » (Crim., 4 mars 1997, pourvoi n° 96-84.773, Bulletin crim. 1997, n° 83) ou encore - « si la tromperie est une infraction instantanée, elle n'en constitue pas moins un délit clandestin par nature, en ce qu'il a pour but de laisser le contractant dans l'ignorance des caractéristiques réelles d'un produit et que, dès lors, le délai de prescription commence à courir du jour où le délit apparaît et peut être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (Crim., 7 juillet 2005, pourvoi n° 05-81.119, Bull. crim. 2005, n° 206).*

#### **b) Les classifications doctrinales:**

*Analysant l'ensemble de la jurisprudence, la doctrine explique que « Les déclinaisons de la notion d'infraction clandestine se regroupent en deux catégories. La première est constituée des infractions clandestines "par réalisation". La clandestinité est déterminée au cas par cas, selon que le délinquant aura ou non œuvré à masquer son forfait. Puisque l'infraction est dissimulable mais pas nécessairement dissimulée, il appartient aux autorités de poursuite d'établir la clandestinité de l'infraction. La Cour de cassation veille à ce que les juges du fond précisent les faits de dissimulation dans chaque espèce pour justifier le recul de la prescription. (...) La seconde catégorie se compose des infractions clandestines "par définition". Les arrêts de la chambre criminelle parlent successivement de clandestinité "par nature", "inhérente au délit" ou "constitutive d'un élément essentiel" de l'infraction considérée. Cette terminologie variable peut se fixer autour de la notion d'infraction clandestine par définition car, dans ces hypothèses, la clandestinité est constitutive de l'infraction. Contrairement aux infractions clandestines par réalisation où la clandestinité dépend des circonstances, les infractions clandestines par définition incriminent les agissements occultes. » (G Lecuyer, La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », Dr pén 2005, étude 14).*

#### **c) La consécration par la loi :**

Le législateur s'est inspiré de la jurisprudence. Issu de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, l'alinéa 1 de l'article 8 du code de procédure pénale dispose que « *L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise* » et les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 9-1 du même code prévoient que « *par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans*

*toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise. Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire. Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte.»*

**La doctrine** explique alors que « *le report pour cause d'infraction occulte doit permettre l'application sans réserve de ladite jurisprudence, une telle infraction résultant de ses éléments constitutifs. En revanche, s'agissant du report pour cause de dissimulation, force est de relever que, sans doute guidé par la crainte de l'imprescriptibilité précitée, le législateur a adopté une conception restrictive de l'infraction dissimulée (...) La loi prévoit désormais que l'infraction ne peut être qualifiée de dissimulée qu'autant que la dissimulation résulte de l'accomplissement "délibéré" d'une manœuvre "caractérisée tendant à en empêcher la découverte". En d'autres termes, pour motiver le report du point de départ de la prescription, le juge devra d'abord apprécier et motiver, à l'aide des critères précités, le caractère dissimulé de l'infraction en cause* » (S Guinchard et J Buisson, Procédure pénale, 14<sup>ème</sup> éd, 2021, n° 1444).

Il ressort en effet de l'article 9-1, alinéa 2, du code de procédure pénale, un raisonnement articulé en deux points distincts: le premier, amenant à s'interroger sur le caractère dissimulé de l'infraction au regard des critères posés par l'alinéa 4 du même texte et, le second point, si l'infraction s'avérait dissimulée, visant à déterminer le point de départ du délai de prescription c'est-à-dire le jour « *où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique (...)* ».

Ces dispositions du code de procédure pénale présentent l'intérêt de rappeler, en le précisant, le cadre juridique de la prescription de l'action publique en proposant une définition de l'infraction dissimulée.

Même si ces dispositions ne sont pas applicables à l'espèce, elles expriment la volonté actuelle du législateur.

**Dans son avis sur la proposition de loi** portant réforme de la prescription en matière pénale, le Conseil d'Etat (Assemblée générale, section de l'intérieur, – Avis n° 390335 – 01/10/2015) « *observe que les définitions de l'infraction occulte et de l'infraction dissimulée élaborées par les auteurs de la proposition de loi reprennent les principes et raisonnements qui fondent la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière. Elles sont destinées à s'appliquer, s'agissant plus particulièrement des infractions dissimulées, à toutes les infractions. Toute infraction devrait donc pouvoir entrer dans le champ de l'article 9-2 dès lors que, dans les circonstances de l'espèce, l'auteur de l'infraction aurait accompli délibérément une "manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte".* »

**Les travaux législatifs** qui ont présidé à l'élaboration de la loi du 27 février 2017 n'apportent pas beaucoup de précisions sur la définition de l'infraction dissimulée qui « s'inspire des arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation (...) La chambre criminelle exige généralement que des manoeuvres particulières aient été utilisées par l'auteur de l'infraction pour la dissimuler, le seul état d'ignorance de la victime ne suffisant pas à caractériser la dissimulation. Ces manoeuvres peuvent consister en des actes d'omission ou en des abstentions traduisant sans ambiguïté la volonté de l'auteur de cacher les faits délictueux. » Et d'ajouter « L'emploi, au dernier alinéa de l'article 9-2, de l'adverbe " délibérément" et de l'adjectif "caractérisée" traduit dans notre droit les exigences posées par la jurisprudence de la Cour de cassation. Comme pour l'infraction occulte, il appartiendrait au juge de statuer au cas par cas mais en appliquant les critères fixés par le législateur. Une nouvelle fois, ces critères sont destinés à conserver son caractère exceptionnel au report du point de départ sans priver la justice des moyens de poursuivre les auteurs d'infractions particulièrement habiles. » (A Tourret, Assemblée nationale, Rapport n° 3540, p 94; également A Tourret et G Fenech, Assemblée nationale, Rapport d'information sur la prescription en matière pénale n° 2778, p 56). Un rapport parlementaire d'information sur la prescription en matière pénale expose que « Si la dissimulation peut être caractérisée par des opérations positives d'occultation, elle peut l'être aussi par une abstention (défaut de mention du bénéficiaire d'une dépense dans les comptes d'une société) » et qu' « Il appartient d'ailleurs à la partie poursuivante de démontrer que l'ignorance de la victime résulte de manoeuvres de dissimulation de la part de l'auteur. » (J-J Hyst, H Portelli et R Yung, Rapport d'information sur le régime des prescription civiles et pénale, Sénat, n° 338, p 19 et 20).

**La doctrine s'interroge sur la définition que le législateur a adopté de la dissimulation.** Le professeur Evan Raschel (J-CI procédure pénale, art 7 à 9-3, fasc 20, action publique - prescription, n° 125) questionne le sens de la formule retenue par l'article 9-1 du code de procédure pénale qui définit l'infraction dissimulée comme « l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manoeuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte », « L'interprétation judiciaire sera nécessaire pour déterminer les contours de cette clandestinité par dissimulation (J. Leblois-Happe, art. préc. n° 19, spéc. n° 18) : qu'est-ce qu'une « manoeuvre » au sens de la loi ? En quoi doit-elle être « caractérisée » ? Le singulier utilisé implique-t-il qu'un acte isolé suffit (en ce sens : J.-B. Thierry, La réforme de la prescription pénale : simplifier ? : Lexbase hebdo éd. Privée n° 686, 2 févr. 2017) ? Par ailleurs, quel est précisément le sens de l'adverbe « délibérément » ? Les travaux parlementaires ne sont pas davantage précis, dont il résulte que ces manoeuvres peuvent consister en des actions ou omissions "traduisant sans ambiguïté la volonté de l'auteur de cacher les faits délictueux", mais la quasi-totalité des auteurs d'infractions n'essaie-t-elle pas de dissimuler ses actes à l'autorité publique ? À la lecture de ces éléments, le concept d'infraction dissimulée pourrait paraître restrictif ; mais tout dépendra en réalité de son

*application par la jurisprudence. Précisons en ce sens que la dissimulation de l'infraction a pour conséquence le report du délai même si cela n'empêche pas, de manière absolue, sa découverte, le législateur sanctionnant le moyen mis en œuvre plus que le résultat obtenu, en visant une manœuvre "tendant à" empêcher la découverte de l'infraction. »*

Mme Dominique Commaret considère que « *La dissimulation consiste à masquer la réalité de l'infraction par des manœuvres d'occultation, à cacher ce qui est par des artifices, par un montage, le délit ne pouvant être décelé par ceux qui vont en subir les conséquences dommageables. Autrement dit, la dissimulation n'est pas réductible à l'état d'ignorance de la victime, car elle implique un acte intentionnel d'occultation de la part de son auteur. C'est d'ailleurs à la partie poursuivante de démontrer que l'ignorance de la victime, qui doit être incontestable, est la conséquence de manœuvres frauduleuses de dissimulation de la part de l'auteur. (...) Reste que, si l'acte de dissimulation se définit aisément par son caractère positif et par son objet, ce sont ses déclinaisons pratiques qui sont plus difficiles à cerner, tant elles peuvent être diverses et sont toujours factuelles.* » (Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble, RSC 2004, p 897 et spec. p 899 et 900).

Pour autant, cet auteur écrit que la Chambre criminelle a retenu la dissimulation « *par une abstention, i.e. par un défaut d'expression de cet objet ou de ce bénéficiaire dans la décision qui la met en œuvre* » (*idem* p 900). Ainsi, un arrêt, objet d'un pourvoi, a rejeté l'exception de prescription soulevée par les prévenus « *aux motifs que "la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels"; qu' "en l'espèce, la volonté de dissimulation est évidente puisque sur le registre de marchand de biens, tenu par la société L, le nom du vendeur a été remplacé par celui du notaire et que les cases désignant la nature du bien et l'office notarial ayant rédigé l'acte n'étaient pas renseignées"; que "ce bien n'a jamais été inscrit dans les immobilisations de l'une des sociétés du groupe S"; que "rien ne permettait, avant l'enregistrement de la moins-value occasionnée par la vente, aux actionnaires et au commissaire aux comptes de déceler un abus de bien sociaux"; » ». Notre Chambre a écarté le moyen en jugeant que les énonciations ont caractérisé sans insuffisance la dissimulation du caractère frauduleux de l'acquisition (Crim., 25 février 2004, pourvoi n° 03-82.048). Et Mme Commaret de conclure « *la solution actuelle, qui assimile en quelque sorte dissimulation et absence de transparence, souligne donc on ne peut plus nettement les variations possibles de l'interprétation jurisprudentielle de la règle de droit.* »*

Le contrôle exercé par la Chambre criminelle sur les décisions relatives à la dissimulation est en filigrane de ce dernier constat dressé par l'auteur.

#### **d) Le contrôle exercé par la Chambre criminelle:**

La dissimulation résultant des circonstances de réalisation des faits, la diversité de ceux-ci complique l'édification d'une définition de celle-là.

Pour la doctrine: « *la chambre criminelle contrôle de manière minimale la motivation des juges du fond relative à la notion de dissimulation. Leur appréciation est souveraine dès lors que les motifs qui la justifient ne contiennent ni illégalité ni contradiction* » (A Lepage, R Salomon et P Maistre du Chambon, Droit pénal des affaires, 6<sup>ème</sup> ed, LexisNexis, 2020, n° 755; pour un exemple: Crim., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-82.634).

Dans ce sens, la Chambre criminelle a jugé qu'« *il appartient aux juges du fond de rechercher souverainement la date à laquelle le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique;*» (Crim., 3 janvier 1985, pourvoi n° 83-94.530, Bull. crim. 1985 N° 5; Crim., 7 mai 2002, pourvoi n° 02-80.638, Bull. crim. 2002, n° 107), leurs énonciations devant être exemptes d'insuffisances comme de contradiction (Crim., 8 septembre 2010, pourvoi n° 09-87.594). S'expose ainsi à une décision de cassation, prononcée au visa de l'article 593 du code de procédure pénale, l'arrêt d'une chambre de l'instruction, qui n'a pas recherché à quelle date, l'acte, consommant l'infraction qui aurait été commise, est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Crim., 8 février 2006, pourvoi n° 05-80.301, Bull. crim. 2006, n° 34).

Le caractère dissimulé d'une infraction tenant aux circonstances de sa commission doit être prouvé. La Chambre criminelle a ainsi cassé un arrêt relatif à une poursuite exercée sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal car si ce délit instantané peut être dissimulé, les juges ne sauraient fixer le point de départ du délai de prescription de l'action publique à compter de la plainte déposée auprès du procureur de la République et suivie le jour même d'actes d'enquête ou de poursuite « *sans établir que les actes irréguliers avaient été dissimulés ou accomplis de manière occulte* » (Crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, Bull. n° 238 et pourvoi n° 98-85.757, Bull. n° 239).

**e) Des traits de la dissimulation** ont été progressivement dégagés par une importante construction jurisprudentielle:

➤ **la dissimulation par omission** a été consacrée selon des auteurs pré-cités, cependant la Chambre criminelle paraît l'admettre seulement lorsqu'elle s'inscrit dans la réalisation d'actes qui entendent masquer l'infraction et dont l'omission accentue l'effet. Autrement dit, le rapporteur n'a pas trouvé d'arrêt retenant la dissimulation à partir uniquement d'omissions, mais seulement dans des hypothèses dites de « dissimulation dans l'action ». Ainsi un arrêt du 25 février 2004 (n° 03-82048) a rejeté un pourvoi contre un arrêt, dont la motivation n'encourt pas la critique, ayant jugé que « *la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels* » ; qu' « *en l'espèce, la volonté de dissimulation est évidente puisque sur le registre de marchand de biens, tenu par la société L, le nom du vendeur a été remplacé par celui du notaire et que les cases désignant la nature du bien et l'office notarial ayant rédigé l'acte n'étaient pas renseignées* » ; que « *ce bien n'a jamais été inscrit dans les immobilisations de l'une des sociétés du groupe S* » ; que « *rien ne permettait, avant*

*l'enregistrement de la moins-value occasionnée par la vente, aux actionnaires et au commissaire aux comptes de déceler un abus de bien sociaux" ; ».* Toujours en matière d'abus de biens sociaux, il a été jugé qu'il y a dissimulation dans la présentation des comptes annuels de la société lorsque les commissions versées incriminées étaient enregistrées dans les comptes sur plusieurs lignes ayant différents objets et qu'ainsi elles n'apparaissaient pas clairement dans les comptes annuels des sociétés, enfin les informations dont les actionnaires disposaient en vertu de l'article 225-115 du code de commerce ne leur permettaient pas de déceler les irrégularités et, par conséquent, de mettre en mouvement l'action publique (Crim., 28 janvier 2004, pourvoi n° 02-88.111);

➤ **l'absence d'information du parquet par une personne ayant connaissance des faits et devant les dénoncer en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale** prive le ministère public de la possibilité de mettre en oeuvre l'action publique (Crim., 6 novembre 2019, pourvoi n° 17-87.150). La Chambre criminelle a jugé par exemple: *«le point de départ de la prescription ne pouvait être fixé à la date de la connaissance des faits par le commissaire aux comptes de la société X, celui-ci s'étant abstenu de les dénoncer dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique»* (Crim., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-87.276);

➤ **la connaissance de l'infraction par une personne ayant qualité pour se constituer partie civile mais n'ayant pas intérêt à agir** ne constitue pas le point de départ du délai de prescription de l'action publique; tel est, par exemple, le cas lorsque les actionnaires d'une société et la présidente de celle-ci sont membres d'une même famille et savent que cette dernière verse à sa mère des salaires rétribuant un emploi fictif ainsi que des avantages sans cause (Crim., 8 mars 2006, pourvoi n° 04-86.648);

➤ **la passivité d'une partie ne caractérise pas une dissimulation:** la Chambre criminelle a ainsi rejeté un pourvoi formé contre un arrêt ayant, notamment, jugé que *« l'abstention ou la négligence d'une partie qui ne sollicite pas la consultation ou la communication des pièces ne peut être assimilée à la dissimulation d'actes irréguliers ou à la clandestinité de ces actes, seule susceptible de retarder le point de départ du délai de prescription »* (Crim., 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-82.492).

**Deux arrêts récents doivent être indiqués pour l'appréciation qu'ils réalisent de la dissimulation:**

Chacun de ces arrêts appuie la solution retenue sur des circonstances factuelles, par définition, propres à l'espèce.

➤ L'un a été rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 4 juin 2021 (n° 21-81656; JCP G 2021, 839, J-H Robert) sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Justice de la République ayant condamné un ancien ministre du chef de complicité d'abus

de biens sociaux. Le grief adressé à l'arrêt d'avoir jugé que les faits ne sont pas prescrits n'a pas emporté la conviction de la Cour de cassation qui a jugé que:

*« L'arrêt rappelle, d'une part, que le versement des sommes litigieuses était, en réalité, inscrit dans la comptabilité des sociétés S et D sous la seule appellation de "frais techniques" ou d'"avances sur commission", ne permettant pas l'identification de la nature des dépenses, d'autre part, que la seule mention de tels versements ne permettait pas de détecter un éventuel abus de bien social sans procéder à une analyse des modalités de versement des commissions.*

*Il ajoute qu'il importe peu que certaines autorités publiques aient pu avoir connaissance de faits susceptibles de constituer des infractions dès lors que ces informations n'ont pas été portées à la connaissance du ministère public, lequel peut seul exercer l'action publique, et que le point de départ de la prescription ne saurait dépendre de la publication d'articles de presse peu circonstanciés, souvent rédigés au conditionnel et se limitant à émettre un soupçon ou à envisager une hypothèse.*

*Il précise, en outre, qu'il ne peut être soutenu que les autorités judiciaires avaient connaissance de l'existence de rétrocommissions payées au réseau X dans le cadre des contrats litigieux dès lors que, d'une part, l'affaire du F est totalement étrangère aux faits de l'espèce, d'autre part, le rapport de M. P du 23 avril 1998 n'a pas été porté à la connaissance du procureur de la République avant son dépôt dans le cadre de l'information conduite par les juges d'instruction.*

*Il résulte de ces constatations, dénuées d'insuffisance comme de contradiction, que la Cour de justice de la République a exactement fixé le point de départ de la prescription au 21 septembre 2006, de sorte que l'action publique n'est pas prescrite et qu'en ses deux premières branches et pour le surplus de la troisième, le moyen n'est pas fondé. ». Le 21 septembre 2006 est la date de la saisie, dans le cadre d'une enquête, d'un rapport contenant une note jusque-là tenue secrète (Ass. plén., 4 juin 2021, pourvoi n° 21-81.656).*

➤ L'autre arrêt a été rendu, le 12 janvier 2022, (n° 21-80726) par la Chambre criminelle. Elle a jugé que:

*« 18. Pour écarter l'exception de prescription de l'action publique invoquée par les demandeurs, l'arrêt attaqué relève que la prescription de l'infraction de détournement de biens publics ou d'abus de confiance, court, s'agissant d'une infraction occulte, à compter du moment où les faits sont apparus dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.*

19. Les juges ajoutent que si l'infraction était connue de la commune de P avant 2006 puisque M. F indique qu'il a voulu remédier à cette situation au début de son mandat de maire, en 2001, sans y parvenir, une telle déclaration n'établit évidemment pas le caractère apparent d'une infraction pour laquelle M. F est poursuivi, pour avoir, en sa qualité de maire et en connaissance de cause, couvert cette irrégularité.

20. Ils rappellent que le point de départ de la prescription est fixé au jour où les faits sont apparus dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique alors qu'en l'espèce, l'exercice de l'action publique était entravée par le prévenu, lui-même mis en cause, qu'il ne ressort pas de la lecture de la délibération n 10/o 90 du 20 mars 1990 autorisant la prise en charge de l'abonnement des compteurs électriques des stations de pompage, vallée de N, qui imputait cette dépense sur le budget communal de P, que la finalité de l'installation était l'alimentation en eau et les diverses interventions techniques au profit quasi-exclusif de la propriété du maire de cette commune et que dès lors, le contrôle de légalité exercé sur cet acte ne pouvait permettre l'exercice de l'action publique.

21. La cour d'appel souligne que la qualité professionnelle de certains des bénéficiaires de l'installation, tels que M. B, commissaire de police, ou M. B, substitut général, n'a aucune incidence dès lors que les dites fonctions ne sauraient constituer un élément de nature à permettre l'exercice de l'action publique et alors même que ces personnes étaient également bénéficiaires du système et que la pétition du 14 mars 1994, pas plus que celle du 27 août 2007, d'ailleurs, ne renferme aucune dénonciation des faits dès lors qu'il est mentionné : " la commune de P ne peut pas indéfiniment fournir de l'eau à tout un quartier de la commune A....Nous avons l'honneur de vous demander de bien vouloir envisager les travaux nécessaires à l'alimentation en eau " et il n'est jamais précisé que les signataires ne payent pas l'eau fournie par la commune de P, ni dans quelles conditions les branchements ont été effectués.

22. Elle relève que M.G, employé de la commune A, indique avoir été informé de la situation en octobre 2009 par Mme V, maire de P, tandis que M.S, maire A, a été effectivement informé avant 1989, époque à laquelle il n'avait pas de responsabilité communale et alors que ses parents vivaient aussi dans le lotissement E, qu'il a souligné que la commune A n'étant pas sollicitée pour le paiement, il s'est désintéressé de la situation.

23. Elle en déduit qu'il ne peut être considéré qu'au niveau qui était le leur à l'époque des faits, les personnes précitées aient été en mesure d'engager l'action publique.

24. Elle ajoute que la pétition du 27 août 2007 et les démarches du nouveau maire de P à partir d'avril 2008, de même que l'appel d'offre pour l'entretien et l'exploitation des installations du 15 juin 2009, mentionné dans la note de la chambre territoriale des

*comptes, n'influent pas sur le calcul de la prescription des faits reprochés à M. X puisque l'enquête préliminaire a été ouverte par le procureur de la République le 30 novembre 2009.*

*25. Elle conclut que la période des faits reprochés à M. X s'achève en 2001 et qu'ils ne sont apparus qu'à l'occasion de la dénonciation adressée au procureur de la République le 30 novembre 2009, date à laquelle la prescription a commencé à courir, que les faits reprochés à M.F s'achèvent en 2008 et qu'il ne résulte pas de la procédure que les faits pour lesquels M. X et M.F sont renvoyés devant le tribunal soient couverts par la prescription.*

*26. En l'état de ces énonciations qui établissent l'impossibilité pour le procureur de la République de mettre en mouvement l'action publique avant la dénonciation précitée du 30 novembre 2009, la cour n'a méconnu aucun des textes légaux et conventionnels visés au moyen.*

*27. Ainsi, les moyens doivent être écartés. »*

La Chambre criminelle a, par conséquent, considéré que la notoriété des faits ne levait pas la dissimulation et que des éléments contextuels particuliers établissaient l'impossibilité pour le procureur de la République de déclencher l'action publique avant que lui soit parvenue une dénonciation anonyme, le 30 novembre 2009, le conduisant à ordonner une enquête préliminaire.

Si le premier arrêt concerne une affaire de complicité d'abus de biens sociaux et le second est relatif à des pourvois formés contre un arrêt ayant prononcé des condamnations des chefs d'abus de confiance et de détournement de fonds publics, la dissimulation peut également concerner le délit de prise illégale d'intérêts comme en témoigne la jurisprudence.

## **2/ La dissimulation du délit de prise illégale d'intérêts**

La possibilité de dissimuler un délit de prise illégale d'intérêts a été largement admise.

**En premier lieu, le Service central de prévention de la corruption** dans son rapport d'activité de l'année 2001 (ed du JO, p 100), écrit que « *Lorsque la prise illégale d'intérêts a été dissimulée derrière une façade licite, le juge répressif peut reporter le point de départ de la prescription au jour où les actes délictueux sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.* »

**En second lieu, le Professeur Marc Segonds**, dans son étude consacrée au délit de prise illégale d'intérêts (Daloz, Rep droit pénal et procédure pénale, n° 87), enseigne: « *En tant que tel, le fait que le délit de prise illégale d'intérêts ne puisse se voir reconnaître la qualité d'infraction occulte par nature n'a jamais fait l'objet d'un doute : les termes de l'article 175 de l'ancien code pénal – admettant que l'ingérence peut se réaliser "soit ouvertement, soit par des actes simulés, soit par interposition de personne" – aussi bien que les termes employés désormais par l'article 432-12 du code pénal actuel – se contentant de préciser que le délit est susceptible de se réaliser directement ou indirectement – en sont la preuve irréfutable. En revanche, il n'a jamais été contesté que le délit de prise illégale d'intérêts puisse acquérir le caractère d'une infraction clandestine à raison des circonstances qui entourent sa consommation (V., pour une illustration topique, les termes de l'arrêt Mancel, Crim. 27 nov. 2002, préc. supra, no 57) Au final, il a fallu attendre un arrêt en date du 16 décembre 2014 pour que la chambre criminelle de la Cour de cassation admette que, si le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du jour où la participation a pris fin, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites (Crim. 16 déc. 2014, no 14-82.939 , Bull. crim. no 272 ; D. actu. 26 janv. 2015, note S. Fucini). ».*

**En troisième lieu, notre Chambre a consacré cette possibilité de dissimuler le délit de prise illégale d'intérêts.** La Chambre criminelle, dans un arrêt du 16 décembre 2014 - cité par le Professeur Segonds- , a dit, en effet, que ce délit peut donner lieu à une dissimulation: « *si le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du jour où la participation a pris fin, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites* » (Crim., 16 décembre 2014, pourvoi n° 14-82.939, Bull. crim. 2014, n° 272; Crim., 2 février 2016, pourvoi n° 15-84.355 ; Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 15-84.664). La dissimulation peut, par exemple, être causée par la conclusion d'un contrat fictif et l'utilisation de structures écran (Crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-82.124, Bull. crim. 2008, n° 71)

La Chambre criminelle a précisé, dans cette formule, que la dissimulation a un objectif: « *empêcher la connaissance de l'infraction* »; elle ne saurait résulter alors d'un oubli ou d'une maladresse.

**Le mémoire ampliatif reproche** à la chambre de l'instruction **d'avoir écarté toute dissimulation**, susceptible de retarder le point de départ du délai de prescription, par une motivation insuffisante (p 17). En effet, en « *Considérant que la dissimulation pour être retenue aurait dû en l'espèce viser à empêcher l'identification de la gérante de la SCI [6] mais aussi à occulter les liens entre la gérante de la SCI et M. [K]* » (p 21 de l'arrêt), les juges

auraient limité leurs recherches. Le grief du demandeur fait valoir que « *la prise illégale d'intérêts pouvait résulter de ce que, étant directeur des [4], il avait participé à une opération patrimoniale bénéficiant entièrement à sa compagne et financée intégralement par les [4] ; l'opération résultait de la combinaison de plusieurs éléments : acquisition à un prix « intéressant », par une SCI dont Mme [O], compagne de M. [K], détenait 99% des parts ; lien entre l'acquisition et le bail à consentir aux [4] par le biais d'une condition suspensive stipulée dans l'acte d'achat, en subordonnant l'effectivité à la conclusion du bail ; prix du bail couvrant intégralement le coût de l'acquisition frais de notaire compris, entièrement financé par le prêt consenti à la SCI et négocié par M. [K] ; par ce montage immobilier et économique M. [K] avait permis à sa compagne d'acquérir un bien immobilier, sans bourse délier puisque le loyer couvrait intégralement le prix d'acquisition, et sans aléa puisque la condition suspensive assurait à Mme [O] la sécurité de l'opération, par le biais d'un locataire institutionnel fiable* » Le mémoire ampliatif ajoute (p 15 du mémoire ampliatif) qu' « *Il n'est pas question dans cette information de la promesse de vente signée par M. [K] ni de la condition suspensive qui y figure. Il n'est pas question du fait que l'acquisition des locaux sera intégralement financée par les loyers, ni que la compagne de M. [K] va détenir 99% des parts de la SCI, c'est-à-dire qu'elle est quasiment la bénéficiaire exclusive de l'opération. Or, ce sont l'ensemble de ces faits qui révèlent la prise illégale d'intérêt dans toute son ampleur et tous ses aspects.* » et que « *Ces éléments de l'opération d'acquisition dont le bail des [4] constituait un rouage essentiel, permettant à la compagne de son directeur général de se constituer un patrimoine, apparaissent avoir été dissimulés, en plusieurs occasions : - lors du vote de la résolution le 25 janvier 2011 ; - lors de la signature du bail par le président du conseil d'administration le 1er juillet 2011, en présence de M. [K], mais en l'absence de Mme [O], pourtant venue signer le même jour et le bail et la vente. La dissimulation volontaire est susceptible d'être caractérisée par cet ensemble d'agissements.* » (p 16 du mémoire ampliatif).

**Le grief conduit ainsi à s'interroger sur l'objet de la dissimulation.** La dissimulation ayant pour effet de retarder le point de départ du délai de prescription est uniquement celle portant sur les éléments constitutifs de l'infraction et non sur les circonstances les entourant ni sur la motivation de son auteur ou sur ses effets c'est-à-dire les profits que l'agent en retire directement ou indirectement. L'article 432-12 du code pénal incrimine la partialité de celui qui, en tout ou en partie, avait la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement dans une entreprise ou dans une opération dans laquelle il va prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque. Autrement dit, et comme analysé dans l'étude du précédent grief, le délit punit un abus de fonction et il n'est pas nécessaire que l'agent ait tiré un profit pécuniaire de l'acte prohibé, un intérêt moral ou familial étant suffisant (A Lepage et H Matsopoulou, droit pénal spécial, PUF, 2015, n° 1042). Les modalités de l'opération n'entrent pas dans le champ du délit; seule importe l'existence d'une opération dans laquelle l'auteur prend un intérêt alors qu'au même

moment il a la charge d'en assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

En ce sens, le mémoire en défense (p 7-8) expose que « *La jurisprudence ne requiert pas que la dissimulation porte sur tous les faits reprochés à la personne poursuivie, mais seulement sur les faits susceptibles d'établir l'existence d'une infraction. (...) Seuls les faits susceptibles d'établir l'infraction et dissimulés permettent de reporter le point de départ du délai de prescription.*

*En outre, le caractère dissimulé des faits susceptibles d'établir l'infraction relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Crim. 16 janvier 2019, n°17-81.529 ; 24 juin 2020, n°19-81.724, §26). »*

**En l'espèce**, par une ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2020, le juge d'instruction a rejeté sur le fondement de l'article 82-3 du code de procédure pénale la demande visant à constater l'acquisition de la prescription de l'action publique présentée par le conseil de M. [K]. Selon les termes de cette ordonnance: « *Il apparaît à ce stade de l'information en cours que M. [K] aurait pu occulter tant aux administrateurs qu'au commissaire aux comptes les liens qu'il avait avec la propriétaire des locaux loués aux [4].*

*Si comme le soulignent à juste titre les avocats de Monsieur [K], plusieurs témoignages attestent de la réalité de la relation conjugale des deux précités, plusieurs autres semblent en revanche relater le contraire :*

*- seuls 3 administrateurs sur 9 ont reconnu avoir été informés que Madame [O], la compagne de M. [K] était la propriétaire des locaux du [Adresse 1].*

*- L'ancien Président des [4],[M] [J] a déclaré à deux reprises sur Procès-Verbal, qu'il n'en a jamais rien su.*

*- Monsieur [Z], Commissaire aux Comptes des [4] indique pour sa part que si il avait connu cette situation conjugale, il aurait approfondi la doctrine afin de savoir si cette opération nécessitait la mise en place d'une convention réglementée.*

*- En outre, l'examen des registres sociaux n'a fait aucune mention relative à une quelconque relation entre M. [B] [K] et Madame [O] ou des liens de cette dernière avec la SCI [6] et [M] [J], président du conseil d'administration des [4] de novembre 2008 à octobre 2012. Ce dernier a indiqué qu'il avait appris après le conseil d'administration du 25 janvier 2011 les liens entre Madame [O] et [B] [K].*

*Au delà de ces témoignages non exhaustifs dont certains demanderont des auditions complémentaires comme l'ont sollicité ajuste titre les conseils de M [K], et pour lesquelles il a été fait droit, l'information nécessite de recueillir d'autres éléments à charge ou à décharge que les magistrats instructeurs ont déjà pu déterminer.*

*Comme l'ont parfaitement compris les conseils de monsieur [K] par leurs précédentes demandes, plusieurs actes vont ainsi être diligentes à l'avenir afin de permettre de restituer une véritable chronologie aux faits dénoncés permettant de les confronter aux différents témoignages précités. »*

Sur appel du conseil de M. [K], **l'arrêt attaqué** a relevé que: « *Considérant qu'avant même la loi du 27 février 2017 et l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 9-1 du code de procédure pénale, la jurisprudence a posé comme principe que le point de départ du délai de prescription est reporté en cas d'infractions occultes ou dissimulées ;*

*Que dans l'hypothèse d'actes de dissimulation destinés à empêcher la connaissance de l'infraction, le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où les actes irréguliers ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de poursuites ;*

*Considérant que la dissimulation pour être retenue aurait dû en l'espèce viser à empêcher l'identification de la gérante de la SCI [6] mais aussi à occulter les liens entre la gérante de la SCI et M. [K] ;*

*Considérant qu'à la date du conseil d'administration du 25 janvier 2011, seul un compromis de vente des locaux de [Adresse 1] avait été signé par M. [K] en tant que "représentant de fait" de Mme [O], acquéreur ;*

*Que ce compromis comprenait une clause de substitution au profit d'une société civile immobilière que Mme [O] entendait créer ;*

*Que la société civile immobilière SCI [6], après rédaction de ses statuts par Me [X], était constituée le 24 février 2011 et immatriculée au greffe du tribunal de commerce de Brest avant transmission des documents nécessaires à l'établissement bancaire pour instruction du dossier de prêt déposé par Mme [O] ;*

*Que l'acte notarié de vente des locaux à la société civile immobilière [6] était signé le 1er juillet 2011 et le même jour était conclu le contrat de bail entre la SCI et les [4] en présence de M. [J], président de cet organisme, et de M. [K], l'acte étant signé par Mme [O] le jour même ;*

*Considérant qu'il résulte de ce rappel chronologique que la société civile immobilière n'avait pas encore d'existence légale à la date du 25 janvier 2011 ;*

*Qu'il résulte des auditions des administrateurs présents lors de la réunion du conseil d'administration que trois d'entre eux et Mme [E], directrice générale adjointe, ont indiqué*

*que M. [K] avait informé les membres du conseil d'administration que le contrat de bail serait signé avec une société civile immobilière dont sa compagne serait la gérante ;*

*Qu'un autre administrateur, secrétaire du bureau, a quant à lui indiqué en avoir été informé par M. [K] avant cette réunion à laquelle il n'avait pas participé ;*

*Considérant que si comme l'a indiqué M. [J], président des [4], il n'a pas eu d'information sur la société civile immobilière avec laquelle il aurait à signer un contrat de bail au nom des [4], il lui était loisible, avant cette signature qui ne devait intervenir que plusieurs mois plus tard, de prendre tout renseignement sur le co-contractant mentionné dans le contrat de bail transmis comme tout acte notarié aux parties avant signature ;*

*Qu'en effet la création d'une société civile immobilière nécessite la publication d'un avis de constitution dans un journal d'annonces légales qui conformément aux dispositions de l'article R210-4 du code de commerce mentionne entre autres les nom, prénom et domicile du gérant ;*

*Que cette annonce légale sert de publicité et assure ainsi l'information des tiers de la création la SCI avant même son immatriculation au greffe du tribunal de commerce pour laquelle le gérant doit produire une attestation de parution de cette annonce ;*

*Que les administrateurs des [4] et plus particulièrement son président pouvaient ainsi avoir connaissance de l'intervention de Mme [O] dans l'opération qu'ils avaient validée le 25 janvier 2011 ;*

*Que de même, dans le cadre de ses attributions, M. [Z], le commissaire aux comptes, avait la possibilité de procéder à des vérifications sur les loyers versés par les [4] à la SCI [6] et de prendre connaissance des statuts de cette société civile immobilière dont la gérance était assurée par Mme [O] ;*

*Considérant qu'à supposer que n'ait pas été portée à la connaissance des membres du conseil administration de façon suffisamment précise l'identité de la gérante de la SCI [6] et ses liens avec M. [K], les précisions apportées par M. [J], président des Mutuelles du Mans de novembre 2008 à octobre 2012, qui indique avoir eu cette information fin 2013 ou début 2014, permet de relever qu'à tout le moins début 2014, il avait eu connaissance de ce qui pouvait être constitutif d'une prise illégale d'intérêts dans des conditions permettant l'exercice de poursuites ;*

*Que dans cette hypothèse, la prescription triennale était acquise à la date du premier acte interruptif de prescription du 1er juin 2017 lors de la saisine par le procureur de la République de Brest de la direction interrégionale de la police judiciaire de Rennes aux fins d'enquête ;*

*Considérant qu'au moment de la soumission au conseil d'administration des [4] du projet de location des locaux de [Adresse 1] à [[Localité 3]] puis de la signature le 1<sup>er</sup> juillet 2011 du contrat de bail entre les [4] et la SCI [6], M.[K] et Mme [O] entretenaient une relation depuis onze ans et qu'ils n'ont à aucun moment cherché à dissimuler ces liens, Mme [O] ayant travaillé à compter d'avril 2000 comme juriste des [4] puis nommée au poste de directrice des ressources humaines de 2001 à 2004 avant de signer en janvier 2008 un contrat de prestations d'avocats avec les [4] ;*

*Qu'il ne peut être soutenu que les liens unissant Mme [O] au directeur général de l'époque n'étaient pas connus des administrateurs des [4] alors que cette relation était notoire et publique ;*

*Qu'il résulte de ces éléments que M. [K] comme Mme [O] n'ont pas délibérément cherché à dissimuler les conditions dans lesquelles intervenait la signature d'un contrat de bail entre les [4] et la SCI [6] ni la gérance de cette société par Mme [O] et qu'aucun acte de dissimulation n'a empêché la découverte de l'infraction supposée et retardé le point de départ de la prescription ;*

*Considérant qu'en donnant aux parties le droit de saisir le juge d'instruction d'une demande tendant à constater la prescription de l'action publique, le législateur a entendu leur permettre de faire statuer sur cette exception d'ordre public sans attendre la phase de clôture de l'information ou l'instance au fond ;*

*Que l'examen du dossier permet de constater que les éléments relatifs aux conditions de publicité ou de dissimulation de l'opération litigieuse ont déjà été réunis en procédure tant en enquête préliminaire qu'au cours de l'instruction et que depuis plus d'un an, aucun nouvel acte n'a été réalisé ni n'a été demandé, les deux auditions de Me [X] et M. [Y] auxquelles la chambre de l'instruction a fait droit par arrêt du 18 mars 2020 n'étant pas de nature à apporter de nouveaux éléments sur la question de la prescription ;*

*Que le juge d'instruction n'a pas non plus été saisi par le parquet de demandes d'actes complémentaires et que l'examen de la demande du mis en examen à ce stade de l'instruction ne saurait être qualifiée de prématurée alors même qu'elle doit être exercée dans des délais contraints préservant tant la garantie des droits fondamentaux que le bon déroulement de l'instruction ;*

*Considérant qu'en conséquence, au regard des éléments du dossier, la prescription de l'action publique était acquise au plus tôt le 2 juillet 2014, trois ans après la signature du bail, ou le 19 juin 2015, trois ans après la démission de M. [K] de ses fonctions de directeur général, la prescription triennale étant acquise dans les deux hypothèses à la date du premier acte interruptif de prescription du 1<sup>er</sup> juin 2017 lors de la saisine par le procureur de*

*la République de Brest de la direction interrégionale de la police judiciaire de Rennes aux fins d'enquête ; »*

☞ Il appartiendra à la Chambre criminelle d'apprécier le bien-fondé du grief à l'aune de l'ensemble de ces éléments.

## **Sur le deuxième moyen**

Le moyen proposé fait valoir que si l'intérêt public n'est pas lésé par l'opération incriminée, l'organe ayant la charge dudit intérêt ne peut dénoncer cette opération et n'a pas d'intérêt permettant de se constituer partie civile ce qui rend plus difficile la connaissance des faits par le parquet. La dissimulation devrait ainsi finalement s'apprécier à l'égard de celui-ci.

**En l'espèce**, l'arrêt attaqué (p.14) a relevé que M. [Y], entendu en qualité d'administrateur des [4] et de membre du bureau dont il était le secrétaire, a indiqué que les locaux retenus et appartenant donc à la compagnie de M. [K], étaient un très bon choix en raison de leur emplacement, de leur surface et que parmi les trois propositions étudiées il s'agissait de l'offre la moins chère.

La réponse apportée au présent moyen dépendra de celle faite au 2d grief du 1<sup>er</sup> moyen, lors de l'étude duquel la dissimulation a été analysée, puisque le mémoire ampliatif ( p. 18) expose que le présent moyen concerne « les effets de la dissimulation ».

Deux hypothèses doivent alors être envisagées:

**1<sup>ère</sup> hypothèse:** Les faits ne sont pas considérés comme dissimulés

Selon la solution classique, le point du départ du délai de prescription de l'action publique est fixé au jour où le délit est consommé.

Une distinction doit être opérée entre les infractions instantanées, c'est-à-dire celles qui se commettent à travers un seul acte, pour lesquelles le point de départ du délai de prescription est la date de commission de l'infraction, et les infractions continues, c'est-à-dire, celles qui se prolongent dans le temps, par la volonté toujours réitérée de l'auteur pour une durée indéterminée, et pour lesquelles le point de départ du délai de prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à partir du jour où l'infraction cesse de s'accomplir.

Autrement dit, le point de départ du délai dépend seulement de la structure matérielle de l'infraction.

☞ Ainsi, si la dissimulation n'était pas retenue, le moyen présenté se révélerait inopérant et pourrait faire l'objet d'une proposition de non-admission.

**2d hypothèse:** Les faits sont considérés comme dissimulés

La Chambre criminelle a jugé que: « *si le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du jour où la participation a pris fin, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites* » (Crim., 16 décembre 2014, pourvoi n° 14-82.939, Bull. crim. 2014, n° 272 ) ou bien « (...) *Dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* » (Crim., 2 février 2016, pourvoi n° 15-84.355; Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 15-84.664).

Le législateur a consacré et encadré cette jurisprudence. L'article 9-1 du code de procédure pénale dans son deuxième alinéa, prévoit que: « *Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise.* »

Cette formule retardant le point de départ du délai de prescription est composée de deux propositions analysées par le Professeur Evan Raschel (J-Cl procédure pénale, art 7 à 9-3, fasc 20: action publique - prescription, n° 115 et 116):

☞ le « *jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée...* »: « *Le cas échéant, un débat pourra être soulevé quant à la détermination précise de ce jour. Sans doute la Cour de cassation continuera-t-elle de juger qu'"il appartient aux juges du fond de rechercher souverainement la date à laquelle le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique"* (Cass. crim., 3 janv. 1985, n° 83-94.530, à propos de *l'abus de confiance et des détournements qui lui sont assimilés, gage et objets saisis.* – Cass. crim., 7 mai 2002, n° 02-80.638 : *JurisData* n° 2002-014318. – Cass. crim., 8 sept. 2010, n° 09-87.594). *Il reste qu'une cour d'appel qui ne rechercherait pas la date d'apparition de l'infraction* (Cass. crim., 8 févr. 2006, n° 05-80.301 : *JurisData* n° 2006-032455) *expose son arrêt à la cassation* (CPP, art. 593). »

☞ « *...dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique* »: « *Ces conditions supposent que l'infraction soit apparue et ait pu être constatée non par n'importe quelle personne, mais par celles habilitées à mettre cette action en mouvement : le ministère public et les victimes. Ainsi en matière d'abus de biens sociaux (V. n° 128 s.), la prescription ne court pas si le délit n'est connu, antérieurement aux investigations de la police judiciaire, que des seuls commissaire aux comptes et expert-comptable de la société, tous deux coprévenus du dirigeant, qui n'avaient aucun intérêt à mettre en mouvement l'action publique.* »

Dans deux arrêts récents (Ass plén 4 juin 2021, n° 21-81656; Crim 12 janv 2022, n° 21-80726), cités et partiellement reproduits à l'étude du 2d grief du 1<sup>er</sup> moyen, la Cour de cassation, en raison des faits particuliers de chaque espèce, a rejeté les moyens critiquant l'arrêt attaqué en ce qu'il n'a pas retenu l'exception de prescription de l'action publique. Elle a approuvé les juges

du fond d'avoir jugé que les faits ne sont apparus que lorsqu'ils ont effectivement été portés à la connaissance du ministère public.

☞ Dans l'hypothèse où la Chambre criminelle casserait sur le 2d grief du premier moyen, elle dira si l'arrêt attaqué encourt la critique pour avoir cantonné son examen à une éventuelle dissimulation vis-à-vis des [4] alors qu'il aurait dû l'envisager vis-à-vis du ministère public.

### **Sur le troisième moyen**

Le moyen fait valoir que l'arrêt attaqué affirme, par des motifs hypothétiques ou procédant par pure affirmation, que les auditions de MM. [X] et [Y] ne sont pas de nature à apporter de nouveaux éléments sur la prescription de l'action publique.

L'arrêt attaqué (p 23) a jugé : « *Que l'examen du dossier permet de constater que les éléments relatifs aux conditions de publicité ou de dissimulation de l'opération litigieuse ont déjà été réunis en procédure tant en enquête préliminaire qu'au cours de l'instruction et que depuis plus d'un an, aucun nouvel acte n'a été réalisé ni n'a été demandé, les deux auditions de Me [X] et M. [Y] auxquelles la chambre de l'instruction a fait droit par arrêt du 18 mars 2020 n'étant pas de nature à apporter de nouveaux éléments sur la question de la prescription ; Que le juge d'instruction n'a pas non plus été saisi par le parquet de demandes d'actes complémentaires et que l'examen de la demande du mis en examen à ce stade de l'instruction ne saurait être qualifiée de prématurée alors même qu'elle doit être exercée dans des délais contraints préservant tant la garantie des droits fondamentaux que le bon déroulement de l'instruction* ».

La Chambre criminelle a, par exemple, jugé « *Que, pour dire que les faits seraient également prescrits au regard du délit d'abus de biens sociaux, les juges retiennent qu'il appartenait à A, de procéder, dès 1994, à des vérifications élémentaires qu'aucune manipulation comptable ne pouvait entraver et qui lui auraient permis de constater les détournements incriminés ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, fondées sur l'appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis et d'où il résulte que les faits étaient prescrits lors du dépôt de plainte avec constitution de partie civile le 6 septembre 2000, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;* » (Crim., 9 janvier 2008, pourvoi n° 07-82.436) ou encore que « *Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à suivre, le juge d'instruction a retenu qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre J mis en examen et que, si l'information a établi que les faits étaient imputables à C, témoin assisté, ils étaient couverts par la prescription triennale dès lors que l'intéressé, clerc de notaire, n'était pas dépositaire de l'autorité publique ; Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise, l'arrêt prononce par les motifs repris au moyen ; Attendu qu'en statuant de la sorte, la chambre de l'instruction, qui a, par des motifs procédant de son appréciation souveraine, estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre le mis en examen et fait, pour le surplus, une exacte application des articles 7 et 8 du code de procédure pénale, a justifié sa décision ;* » (Crim., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-83.349; voir

également: Crim., 25 novembre 2003, pourvoi n° 03-81.236; Crim., 25 février 2003, pourvoi n° 02-83.608).

☛ **En conséquence**, le moyen remet au cause l'appréciation souveraine des juges du fond.