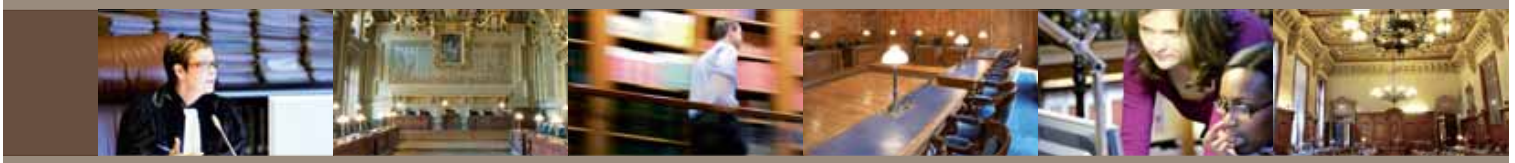
Bulletin d'information

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 855



Publication bimensuelle

1er février 2017

Les éditions des Journaux officiels

COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation

COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots…

Communications

Le 12 juillet, la chambre criminelle a jugé (*infra*, n° 64) qu'« *il résulte des articles 421-2-1 et 421-6 du code pénal que l'association de malfaiteurs en vue de commettre certains crimes à caractère terroriste constitue une infraction indépendante, tant des crimes préparés ou commis par certains de ses membres que des infractions caractérisées par certains des faits qui la concrétisent* » et qu'en conséquence, « *Méconnaît ce principe la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à mise en examen du chef de participation à un groupement ou une entente terroriste ayant pour objet la préparation d'un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes, relève que les éléments de la procédure n'apportent pas la démonstration de la participation des intéressés à la préparation desdits crimes ou à la commission du crime de destructions par substances explosives ou incendiaires de nature à causer la mort d'une ou plusieurs personnes.* ».

Jurisprudence

Commentant cette solution, qu'il qualifie de « *sévère, mais conforme à la loi* » (*Gaz. Pal.* 2016, n° 34, p. 53), Stéphane Detraz note qu'« *en effet, ce qu'incrimine l'article 421-2-1 du code pénal* [...] *est le fait de* "participer" *au* "groupement" *ou à l'*"entente" *ayant pour objet la* "préparation" *d'un acte de terrorisme* », ajoutant que « *ladite* "préparation" *sert ainsi à qualifier l'association entre les individus, mais* [que] *ces derniers peuvent fort bien y* "participer" *autrement qu'en préparant eux-mêmes les infractions* ». Dès lors, « *si - au plan probatoire - l'absence d'élément indiquant que les intéressés auraient personnellement préparé ou perpétré les actes de terrorisme peut être pris en compte par les magistrats instructeurs pour étayer l'insuffisance d'indices à leur encontre, elle ne peut en revanche - au plan substantiel - constituer un argument dirimant excluant nécessairement leur éventuelle culpabilité du chef de participation à une* [association de malfaiteurs en vue de commettre certains crimes à caractère terroriste] ».

Doctrine

Le même jour, statuant en matière de redressement judiciaire, la chambre commerciale a jugé (*infra*, n° 58) que « *si l'auteur d'une offre retenue par le tribunal, autorisé à se substituer un tiers cessionnaire, reste garant solidairement de l'exécution des engagements qu'il a souscrits dans sa proposition de reprise, parmi lesquels ceux relatifs à la poursuite des contrats qui y figurent en application de l'article L. 642-2, II, 1°, du code de commerce et dont la cession a été ordonnée par le jugement arrêtant le plan, cet engagement de poursuivre ces contrats ne s'étend pas à la garantie, envers les cocontractants cédés, de la bonne exécution des obligations en résultant par le cessionnaire substitué* », reprenant ainsi, selon l'expression de Bastien Brignon (*JCP* 2016, éd. E, II, 1519), *« à son actif une solution admise antérieurement par la jurisprudence, sous l'empire des textes anciens, mais à propos de laquelle on pouvait s'interroger sur son maintien au regard de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 ».*

Enfin, par arrêt du 22 juillet dernier, l'assemblée plénière a jugé que « *La commission d'instruction de la Cour de justice de la République, saisie des seuls faits visés à l'article 432-16 du code pénal, n'est pas tenue d'attendre l'issue d'une procédure pendante devant le tribunal de grande instance de Paris, dans une information suivie contre des tiers du chef de détournement de fonds publics, délit visé à l'article 433-4 du code pénal* », « *le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal constitu*[ant] *une infraction distincte de celle visée à l'article 433-4 du même code et autonome par rapport à cette dernière* » et « *la procédure suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République* [étant] *indépendante de celles diligentées devant d'autres juridictions pénales* », et que, « *saisie* [d'] *un arrêt de la commission d'instruction ordonnant le renvoi d'une affaire devant la Cour de justice de la République, l'assemblée plénière* [...] *n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué justifie la saisine de la Cour de justice de la République. »*

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 22 juillet 2016
rendu par l'assemblée plénière *Page*

Cour de justice de la République 5

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ *Numéros*

Question prioritaire de constitutionnalité 34 à 40

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES *Numéros*

Arbitrage 41
Architecte entrepreneur 42
Assurance (règles générales) 43
Assurances dommages 44
Chambre de l'instruction 45 à 48
Circulation routière 49
Comparution immédiate 50
Conflit collectif du travail 51
Crédit-bail 52
Détention provisoire 53
Droits de la défense 65
Entreprise en difficulté 54
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) 55 à 59
Étranger 60
Filiation 61
Instruction 62 à 64
Jugements et arrêts 65
Juridictions correctionnelles 65
Lois et règlements 66
Mandat d'arrêt européen 67 à 69
Mineur 70
Pouvoirs des juges 71
Prescription 72
Prescription civile 73
Presse 74
Prêt 75
Représentation des salariés 76
Statut collectif du travail 77-78
Syndicat professionnel 51
Terrorisme 64
Vente 79

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

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 22 JUILLET 2016 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire *Page 5*
Arrêt *Page 6*
Note *Page 7*
Rapport *Page 16*
Avis *Page 47*

1° Cour de justice de la République

Procédure. - Procédure suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. - Procédure diligentée devant une autre juridiction pénale du chef d'une infraction distincte. - Incidence. - Portée.

2° Cour de justice de la République

Arrêts. - Arrêt de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. - Contrôle de la Cour de cassation. - Étendue. - Détermination.

1° La commission d'instruction de la Cour de justice de la République, saisie des seuls faits visés à l'article 432-16 du code pénal, n'est pas tenue d'attendre l'issue d'une procédure pendante devant le tribunal de grande instance de Paris, dans une information suivie contre des tiers du chef de détournement de fonds publics, délit visé à l'article 433-4 du code pénal.

En effet, d'une part, le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal constitue une infraction distincte de celle visée à l'article 433-4 du même code et autonome par rapport à cette dernière. D'autre part, la procédure suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est indépendante de celles diligentées devant d'autres juridictions pénales.

2° Lorsqu'elle est saisie en vertu de l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 contre un arrêt de la commission d'instruction ordonnant le renvoi d'une affaire devant la Cour de justice de la République, l'assemblée plénière, à qui il n'appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la commission a retenu l'existence à l'encontre de la personne mise en examen, n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué justifie la saisine de la Cour de justice de la République.

Ass. plén. - 22 juillet 2016.
REJET

N° 16-80.133. - Cour de justice de la République, 17 décembre 2015.

M. Louvel, Pt. - Mme Durin-Karsenty, Rap., assistée de M. Mihman, auditeur. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Bénabent et Jéhannin, Av.

ARRÊT

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

Statuant sur le pourvoi formé par Mme Christine X…, née R…, domiciliée […], NW Washington DC (États-Unis d'Amérique), contre l'arrêt rendu le 17 décembre 2015 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, qui, pour le délit prévu et réprimé par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal, l'a renvoyée devant cette Cour pour y être jugée ;

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

Mme Christine X… invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Bénabent et Jéhannin ;

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

(…)

Sur le rapport de Mme Durin-Karsenty, conseiller, assistée de M. Mihman, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Bénabent et Jéhannin, l'avis de M. Cordier, premier avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que Mme X… fait grief à l'arrêt d'ordonner son renvoi devant la Cour de justice de la République, du chef d'infraction à l'article 432-16 du code pénal, alors, selon le moyen, *que « l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal a pour condition préalable l'existence d'un détournement de fonds ; que le versement de fonds en exécution d'une décision judiciaire ou arbitrale exécutoire, fût-elle erronée ou infondée, ne constitue pas un détournement de fonds ; que seul le constat d'une fraude ayant vicié la décision peut conférer à cette exécution le caractère d'un détournement ; que lorsque des poursuites pénales sont engagées pour déterminer l'existence éventuelle d'une telle fraude, la condition préalable de l'article 432-16 du code pénal ne peut, tant que ces poursuites n'ont pas été jugées ou abandonnées, être retenue par une autre juridiction à peine de risque de contrariété de décisions ; qu'en l'espèce, la commission d'instruction a constaté que des poursuites pénales étaient en cours devant les juridictions de droit commun pour déterminer si la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 et son exécution sont constitutives d'un détournement de fonds ; que pour renvoyer néanmoins Mme X… devant la Cour de justice de la République du chef de négligence par un dépositaire de l'autorité publique dont est résulté un détournement de fonds publics par un tiers, la commission d'instruction s'est bornée à relever le caractère* "indu" *de l'octroi des condamnations prononcées par le tribunal arbitral ; que ce caractère* « indu » *de la décision arbitrale ne pouvait pourtant suffire à faire de son exécution un détournement des fonds versés et que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal se trouve donc dans la dépendance de la qualification pénale des versements effectués en exécution de la sentence, qualification faisant précisément l'objet de l'instruction en cours* ; »

Mais attendu que la commission d'instruction, qui était saisie des seuls faits visés à l'article 432-16 du code pénal, sur le fondement duquel Mme X…, membre du gouvernement, avait été mise en examen, n'était pas tenue d'attendre l'issue de la procédure pendante devant le tribunal de grande instance de Paris, dans l'information suivie contre des tiers du chef de détournement de fonds publics, délit visé à l'article 433-4 du code pénal ;

Qu'en effet, d'une part, le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal constitue une infraction distincte de celle visée à l'article 433-4 du même code et autonome par rapport à cette dernière ;

Que, d'autre part, la procédure suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est indépendante de celles diligentées devant d'autres juridictions pénales ;

D'où il suit que le grief n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche, et sur les deuxième et troisième moyens, réunis :

Attendu que Mme X… fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

« 1° Que l'article 432-16 du code pénal ne rend punissable que la négligence dont il « résulte » *un détournement ; que l'exigence de ce lien de causalité commande que le constat préalable du détournement porte non seulement sur l'existence d'une fraude mais aussi sur les manœuvres constitutives de celle-ci, pour permettre d'apprécier si ces manœuvres résultent ou non d'une négligence du dépositaire de l'autorité publique ; que la commission d'instruction pouvait ainsi d'autant moins renvoyer Mme X… devant la Cour de justice de la République du chef de négligence dont résulte un détournement ;*

2° Que la voie procédurale de l'arbitrage, voie reconnue, organisée et contrôlée par le code de procédure civile, constitue un mode normal de règlement des litiges commerciaux, présentant une légitimité égale à celle de la voie judiciaire ; qu'il en est d'autant plus ainsi qu'elle permet, à la différence de la voie judiciaire, de regrouper plusieurs procédures et de fixer un plafond aux demandes des parties, encadrant par là les risques courus inhérents à toute procédure ; qu'en l'absence de toute circonstance anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres ou aux modalités de leur désignation, le choix de ce mode de règlement d'un litige ne présente pas d'aléas différents de ceux courus devant une juridiction étatique et ne peut donc, quel qu'en soit le processus, caractériser une négligence de son auteur, dépositaire ou non de l'autorité publique ; qu'en conséquence, à supposer même que le déroulement

ultérieur de la procédure arbitrale ait pu aboutir à un détournement de fonds publics, la décision initiale de recourir à l'arbitrage, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle a été prise par le dépositaire de l'autorité publique qui n'a pas participé personnellement à ce détournement, est impropre à caractériser une négligence, cause de ce détournement ;

3° Que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif des décisions judiciaires et non à leurs motifs ; que si l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire revêt les décisions de cassation rendues en assemblée plénière d'une force obligatoire à l'égard de la juridiction de renvoi sur les points de droit ayant abouti à la cassation, il ne déroge pas à l'article 480 du code de procédure civile et ne confère aucune autorité de la chose jugée aux motifs de ces décisions ; que l'existence d'un « moyen sérieux d'annulation » *ne pouvait donc se déduire, comme le fait la décision attaquée, d'une méconnaissance par la sentence arbitrale de* « l'autorité de la chose jugée *[des]* motifs de l'arrêt du 9 octobre 2006 » *;*

4° Que la commission d'instruction ne pouvait, sans se contredire, conclure à une négligence de la ministre qui « avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation »*, après avoir relevé la* « formulation d'avis divergents » *des différents juristes consultés, et parfois même du même auteur à quelques jours d'intervalle ;*

5° Que la commission d'instruction ne pouvait, sans se contredire, qualifier de négligence pénalement punissable la décision de la ministre de renoncer à l'exercice d'un recours après avoir énoncé que, compte tenu notamment de l'existence d'une contrepartie à cette renonciation et des avis divergents précités, cette décision constituait « l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle »*, ne pouvant* « être appréciée par le juge pénal du point de vue de l'opportunité politique » *;*

6° Que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal ne peut être constituée que si le détournement constaté « résulte » *de la négligence imputée au dépositaire de l'autorité publique ; que lorsque le détournement procède de l'exécution d'une sentence arbitrale viciée par une fraude, seules les négligences qui sont à l'origine de cette fraude peuvent être punissables ; que la commission d'instruction, qui ne relève aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux d'un des arbitres ayant seul pu conférer à l'exécution de la sentence le caractère d'un détournement, et qui ne constate pas non plus que ce comportement frauduleux aurait été prévisible lors de la décision de compromettre ou décelable lors de celle de ne pas former de recours en annulation, n'a ainsi relevé aucune charge relative à cet élément indispensable à la constitution de l'infraction* ; »

Mais attendu que l'arrêt, après avoir constaté que Mme X…, en sa qualité de dépositaire de l'autorité publique, avait la disposition de fonds publics, relève des manquements dans leur surveillance qui constituent autant de charges à son encontre d'avoir commis des négligences et retient que ces fautes ont rendu possible le détournement de fonds publics par des tiers ;

Qu'en l'état de ces énonciations, procédant de leur appréciation souveraine des faits, les juges ont justifié leur décision ;

Qu'en effet, la Cour de cassation, à qui il n'appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la commission a retenu l'existence à l'encontre de la personne mise en examen, n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué justifie la saisine de la Cour de justice de la République ;

D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Ass. plén. - 22 juillet 2016.
REJET

N° 16-80.133. - Cour de justice de la République, 17 décembre 2015.

M. Louvel, P. Pt. - Mme Durin-Karsenty, Rap., assistée de M. Mihman, auditeur. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Bénabent et Jéhannin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP *2016, éd. G, II, 1066, note Jean-Marie Brigant. Voir également la revue* AJ *Pénal 2016, p. 496, note Jean-Baptiste Thierry.*

Note sous assemblée plénière, 22 juillet 2016

Par le présent arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par Mme X…, qui, pour le délit prévu par l'article 432-16 du code pénal, l'a renvoyée, en sa qualité d'ancien ministre, devant la Cour de justice de la République.

1. La question de la recevabilité du pourvoi

La première question sur laquelle l'assemblée plénière a été appelée à se pencher est celle de la recevabilité du pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

La loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose en son article 24 que *« dans les conditions et formes déterminées par le titre premier* [« Du pourvoi en cassation »] *du livre III* [« Des voies de recours extraordinaires »] *du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation* ». Un renvoi est ainsi opéré aux articles 567 à 621 du code de procédure pénale, relatifs au pourvoi en cassation.

Se posait la question de savoir si le pourvoi, dans la présente espèce, était ou non régi par les conditions de recevabilité prévues par l'article 574 du code de procédure pénale en matière de renvoi du chef d'un délit ou d'une contravention, ou encore par l'article 574-1 dudit code, qui régit la recevabilité du pourvoi contre un arrêt de renvoi devant la cour d'assises.

Plusieurs arrêts déjà rendus par l'assemblée plénière ont admis la recevabilité du pourvoi contre un arrêt de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, sans faire application des dispositions des articles 574 et 574-1 du code de procédure pénale précités (assemblée plénière, 23 décembre 1999, pourvoi n° 99-86.298, *Bull. crim.* 1999, n° 312 ; assemblée plénière, 17 juillet 2009, pourvoi n° 09-82.690, *Bull. crim.* 2009, Ass. plén., n° 2 ; assemblée plénière, 17 juillet 2009, pourvoi n° 09-82.691, *Bull. crim.* 2009, Ass. plén., n° 3 ; assemblée plénière, 17 juillet 2009, pourvoi n° 09-82.692, *Bull. crim.* 2009, Ass. plén., n° 4).

En examinant tous les moyens proposés par la demanderesse, l'assemblée plénière confirme cette jurisprudence, considérant que la recevabilité du pourvoi n'était pas régie par les dispositions des articles 574 et 574-1 du code de procédure pénale. Cette solution, reprise des précédents, ouvrait la voie à l'examen des moyens.

2. L'examen des moyens

Le premier moyen soulevé posait la question de savoir si la commission pouvait poursuivre l'instruction du chef du délit prévu à l'article 432-16 du code pénal, sans attendre l'issue d'une information suivie au tribunal de grande instance du chef de détournement de fonds publics, visé par l'article 433-4 du code pénal, et concernant des tiers, et renvoyer la demanderesse devant la Cour de justice de la République.

L'assemblée plénière répond, s'agissant de l'articulation entre les articles 432-16 et 433-4 du code pénal précités, d'une part sur le terrain processuel, d'autre part en droit pénal spécial ; s'appuyant sur les travaux parlementaires et sur les approches doctrinales de la structure du délit de l'article 432-16 susvisé, l'assemblée plénière retient que le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal constitue une infraction distincte et autonome par rapport à l'article 433-4 du même code.

En droit processuel, se fondant sur un précédent ayant déjà tranché la question de l'articulation entre des procédures conduites devant, d'une part, la juridiction de droit commun, d'autre part, la Cour de justice de la République (assemblée plénière, 23 juillet 2010, pourvoi n° 10-85.505, *Bull. crim.* 2010, Ass. plén., n° 2), elle relève que la procédure suivie devant la commission d'instruction est indépendante de celles diligentées devant d'autres juridictions pénales.

Quant aux charges sur lesquelles se fondait l'arrêt attaqué pour renvoyer l'intéressée devant la juridiction de jugement, et que discutaient les autres moyens du pourvoi, l'assemblée plénière, faisant sienne la solution constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation, rappelle qu'il n'entre pas dans son office d'en apprécier la valeur, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur avait été donnée par l'arrêt attaqué justifiait la saisine de la juridiction de jugement, en l'espèce, la Cour de justice de la République.

Annexe : Arrêt de la Cour de justice de la République, 19 décembre 2016, n° 2016/001.

COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE

Rappel de la procédure

Par arrêt du 17 décembre 2015, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a renvoyé Mme Christine X… devant ladite Cour pour avoir, à Paris, en tout cas sur le territoire national, en 2007 et 2008, en tout cas depuis temps non couvert par la prescription, étant ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, puis ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, dépositaire de l'autorité publique :

- d'une part, en septembre et octobre 2007, décidé de soumettre à l'arbitrage les contentieux opposant le CDR aux liquidateurs des sociétés du Groupe Tapie et des époux Y…, alors que cette procédure lui avait été déconseillée par des notes répétées de l'APE établies à son intention, et, notamment :

  - sans vérifier préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage ;

  - en nommant M. C…, qui ne connaissait pas le dossier et allait atteindre la limite d'âge dans les semaines suivantes, à la tête de l'EPFR ;

  - sans se livrer à un examen approfondi des éléments du dossier, notamment sans s'informer de la tentative, courant 2004-2005, de parvenir à une médiation et des propositions qui ont alors été faites, des conditions posées le 22 décembre 2005 par le « comité des sages », des prescriptions de l'article 2 de la loi du 28 novembre 1995 et des lettres interprétatives du 17 mars 1999 du ministre de l'économie relatives à la garantie, par l'État, des risques non chiffrables et à la contribution financière forfaitaire du Crédit Lyonnais ;

  - sans s'assurer du respect des conditions posées dans ses instructions écrites du 10 octobre 2007 et reprises par le conseil d'administration de l'EPFR ;

  - sans consulter la direction juridique de son ministère ;

  - sans encadrer suffisamment l'arbitrage, notamment les demandes d'indemnisation ;

- d'autre part, en juillet 2008, renoncé à l'exercice d'un recours contre la sentence arbitrale du 7 juillet 2008, alors qu'elle avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation, et notamment :

  - en ayant agi de manière précipitée, dix-neuf jours avant l'expiration du délai de recours ;

  - en ayant négligé de procéder à une étude suffisante des arguments juridiques susceptibles d'être invoqués au soutien d'une demande d'annulation ; qu'avant de prendre sa décision, elle n'a, en effet :

    - pas pris connaissance de toutes les notes de l'APE qui lui étaient destinées, non plus que de l'avis de M. A…, qu'elle n'a jamais convié à venir lui exposer son point de vue ;

    - pas estimé utile d'aller, en ce qui concerne l'historique, au-delà de la lecture de l'arrêt de l'assemblée plénière, comme elle l'a admis elle-même, tout en indiquant que les motifs avaient été d'une lecture difficile ;

- pas cherché à rencontrer Me Soltner, l'avocat du CDR devant l'assemblée plénière, pour qu'il lui expose le contenu de ses écrits des 17 et 23 juillet 2008, lesquels, selon elle, « *n'étaient pas d'une lecture très facile* » ;

- pas consulté le service juridique de son ministère, non plus que, fût-ce officieusement, le Conseil d'État.

- en ayant mis en place un processus décisionnel unilatéral et refermé sur lui-même, tendant seulement à la conforter dans sa « *position initiale, qui n'allait pas dans le sens d'un recours* », qu'il s'agisse :

- de l'organisation de la réunion unanimiste du 20 juillet 2008 avec M. E… et Me August, et dont ont été écartés les représentants de l'APE et les avocats favorables au recours, Me Soltner et Me Martel ;

- des modalités de recueil des avis, dont certains pourraient avoir été demandés, comme le relève le ministère public dans son réquisitoire, *« pour contrebalancer les avis précédemment émis, et qui se révélaient pour partie favorables au recours* ».

Et d'avoir, du fait des fautes ci-dessus énumérées, constitutives d'autant de négligences graves, permis que soit détournée par des tiers la somme de 403 millions d'euros, versée par l'EPFR aux liquidateurs des sociétés du Groupe Tapie et aux époux Y…, en exécution des sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008.

Faits prévus et réprimés par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal (NATINF no 1435).

Par ordonnance rendue le 12 septembre 2016, le président de la Cour de justice de la République a fixé l'ouverture des débats au lundi 12 décembre 2016 à 14 heures.

Les formalités prévues aux articles 28 et 30 de la loi organique du 23 novembre 1993 ont été régulièrement effectuées.

Déroulement des débats

À l'audience du lundi 12 décembre 2016, le président a déclaré, à 14 heures, l'audience ouverte et a constaté l'identité de la prévenue, Christine X…

Le président a donné lecture de l'acte qui a saisi la Cour.

Le président a informé la prévenue du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

Le président a donné la liste des témoins :

- cités par le parquet général :

M. Bruno A…, qui sera entendu le mercredi 14 décembre à 9 heures ;

M. Stéphane G…, qui sera entendu le mercredi 14 décembre à 10 h 30 ;

MM. Jean-Louis R… et Thierry S…, qui seront entendus le mercredi 14 décembre à 14 heures ;

MM. Jean-François E… et Bernard C…, qui seront entendus le mercredi 14 décembre à 16 heures ;

MM. François M… et Claude K…, qui seront entendus le jeudi 15 décembre à 14 heures ;

- cités par la défense :

MM. Gilles T…, Didier U…, Christian V… et Jacques W…, qui seront entendus le jeudi 15 décembre à 9 heures.

Le président a rappelé les faits et le contexte.

Me Patrick Maisonneuve, Me Bernard Grelon et Me Grégoire Bertrou, avocats de la prévenue, ont déposé des conclusions, régulièrement visées par le président et le greffier, demandant à la Cour de surseoir à statuer jusqu'au prononcé d'une décision pénale définitive à l'encontre de MM. Y…, C…, G…, E…, H… et I…

Me Patrick Maisonneuve, avocat, a été entendu en ses explications, observations et plaidoirie à l'appui des conclusions.

M. l'avocat général a été entendu en ses observations, concluant à la jonction au fond de cette demande.

Me Patrick Maisonneuve, avocat, a été entendu en ses observations.

La Cour s'est retirée pour délibérer, les juges suppléants se retirant dans une salle séparée.

À la reprise de l'audience, le même jour à 15 h 50, la Cour, en présence de la prévenue, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier, après en avoir délibéré, décide de joindre l'incident au fond, décision non susceptible de recours.

Mme X… a été entendue en ses observations au sujet de l'accusation portée contre elle.

Le président a suspendu l'audience à 18 heures pour être reprise le mardi 13 décembre 2016 à 9 heures.

À la reprise de l'audience le mardi 13 décembre 2016 à 9 h 05, en présence du ministère public et du greffier, Mme X…, assistée de ses avocats, a été entendue en ses observations au sujet de l'accusation portée contre elle.

Le président a suspendu l'audience à 12 h 15 pour être reprise le mardi 13 décembre 2016 à 14 heures.

À la reprise de l'audience le mardi 13 décembre 2016 à 14 h 05, Mme Christine X…, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier, a été entendue en ses observations au sujet de l'accusation portée contre elle.

Le président a suspendu l'audience à 15 h 15 pour être reprise le mercredi 14 décembre 2016 à 9 heures.

À la reprise de l'audience le mercredi 14 décembre 2016 à 9 h 10 en présence de Mme X…, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier, maître Jean-Etienne Giamarchi, avocat de M. Stéphane G…, mis

en examen dans la procédure suivie devant le tribunal de grande instance de Paris, a eu la parole pour exposer les raisons de l'absence de son client, cité à cette audience en qualité de témoin. À l'issue de ses explications, Me Giamarchi a souhaité déposer une note écrite.

Le procureur général a été entendu en ses observations.

Maître Maisonneuve, avocat de Mme X…, a été entendu en ses observations et plaidoirie.

La Cour s'est retirée pour délibérer, les juges suppléants se retirant dans une salle séparée.

À la reprise de l'audience, le même jour, à 9 h 30, en présence de la prévenue, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier, la Cour, après en avoir délibéré, prend acte de l'absence de M. G… et dit que la demande de Me Giamarchi tendant au dépôt d'une déclaration écrite de M. G… n'est pas acceptée.

M. Bruno A… a été introduit dans la salle d'audience et, après avoir prêté le serment prévu à l'article 446 du code de procédure pénale, a été entendu en qualité de témoin, conformément aux dispositions des articles 444, 445, 452, 453 et 454 dudit code.

Le président a suspendu l'audience à 10 h 55 pour être reprise le mercredi 14 décembre 2016 à 14 heures.

À la reprise de l'audience le mercredi 14 décembre 2016 à 14 h 05 en présence de Mme X…, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier, MM. Jean-Louis R… et Thierry S… ont été introduits successivement dans la salle d'audience et, après avoir prêté le serment prévu à l'article 446 du code de procédure pénale, ont été entendus séparément en qualité de témoin, conformément aux dispositions des articles 444, 445, 452, 453 et 454 dudit code.

M. Bernard C… a été introduit dans la salle d'audience.

Le président l'a informé qu'étant mis en examen des chefs d'escroquerie en bande organisée et complicité de détournement de fonds publics dans la procédure suivie auprès du tribunal de grande instance de Paris, il ne prêtera pas serment.

Le président a notifié au témoin le droit de ne pas répondre à ses questions, c'est-à-dire le droit au silence, reconnu tant par la Convention européenne, par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation et tout récemment par la décision du Conseil constitutionnel en date du 4 novembre 2016.

M. Bernard C… a été entendu en qualité de témoin conformément aux dispositions des articles 444, 445, 452, 453 et 454 dudit code.

M. Jean-François E… a été introduit dans la salle d'audience.

Le président l'a informé qu'étant mis en examen des chefs d'escroquerie en bande organisée et complicité de détournement de fonds publics dans la procédure suivie auprès du tribunal de grande instance de Paris, il ne prêtera pas serment.

Le président a notifié au témoin le droit de ne pas répondre à ses questions, c'est-à-dire le droit au silence, reconnu tant par la Convention européenne, par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation et tout récemment par la décision du Conseil constitutionnel en date du 4 novembre 2016.

M. Jean-François E… a été entendu en qualité de témoin conformément aux dispositions des articles 444, 445, 452, 453 et 454 dudit code.

Le président a suspendu l'audience à 18 heures pour être reprise le jeudi 15 décembre 2016 à 9 h 30.

À la reprise de l'audience le jeudi 15 décembre 2016 à 9 h 40 en présence de Mme X…, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier, MM. Gilles T…, Didier U…, Christian V… et Jacques W… ont été introduits successivement dans la salle d'audience et, après avoir prêté le serment prévu à l'article 446 du code de procédure pénale, ont été entendus séparément en qualité de témoin, conformément aux dispositions des articles 444, 445, 452, 453 et 454 dudit code.

Le président a suspendu l'audience à 12 h 30 pour être reprise le jeudi 15 décembre 2016 à 14 heures.

À la reprise de l'audience le jeudi 15 décembre 2016 à 14 h 05 en présence de Mme X…, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier, MM. François M… et Claude K… ont été introduits successivement dans la salle d'audience et, après avoir prêté le serment prévu à l'article 446 du code de procédure pénale, ont été entendus séparément en qualité de témoin, conformément aux dispositions des articles 444, 445, 452, 453 et 454 dudit code.

Le procureur général et l'avocat général ont été entendus en leurs réquisitions.

Le président a suspendu l'audience à 18 h 15 pour être reprise le vendredi 16 décembre 2016 à 9 h 30.

À la reprise de l'audience le vendredi 16 décembre 2016 à 9 h 40, en présence de Mme X…, assistée de ses avocats, en présence du ministère public et du greffier,

- Me Bernard Grelon, avocat de la prévenue, a été entendu en sa plaidoirie ;

- Me Patrick Maisonneuve, avocat de la prévenue, a été entendu en sa plaidoirie ;

- Mme X… a eu la parole en dernier.

Le président a déclaré les débats clos.

Le président a annoncé que l'affaire était mise en délibéré pour l'arrêt être rendu le lundi 19 décembre 2016 à 15 heures.

La Cour s'est retirée pour délibérer, les juges suppléants se retirant dans une salle séparée.

Et le lundi 19 décembre 2016, à 15 heures, la Cour, en présence du ministère public et du greffier, en l'absence de la prévenue, représentée par ses avocats, a rendu le présent arrêt, dont il a été donné lecture par le président.

Sur la demande de sursis à statuer

Par conclusions déposées le 12 décembre 2016, Mes Maisonneuve, Grelon et Bertrou, avocats de Mme X…, ont demandé qu'il soit sursis à statuer, au motif que la Cour de justice de la République ne serait pas en mesure de caractériser un détournement, élément constitutif du délit reproché à l'intéressée, tant qu'il n'a pas été statué sur la procédure pendante devant le tribunal de grande instance de Paris à l'encontre de MM. Bernard Y…, Pierre H…, Maurice I…, Stéphane G…, Bernard C… et Jean-François E…, mis en examen, et ayant pour objet d'établir le détournement en cause et de déterminer leur responsabilité pénale.

La Cour a joint l'incident au fond, en application de l'article 459 du code de procédure pénale.

D'une part, les procédures suivies devant la juridiction pénale ordinaire et devant la Cour de justice de la République sont indépendantes dans leur rapport entre elles, aucune primauté de l'une sur l'autre ne résultant de la Constitution. D'autre part, le délit prévu par l'article 432-16 du code pénal est une infraction distincte de celle visée à l'article 433-4 du même code et autonome par rapport à cette dernière. Le délit visé à la prévention ne renvoie à l'article 432-15 dudit code que pour la définition des biens pouvant faire l'objet de la destruction, du détournement ou de la soustraction qu'il énumère.

En outre, la bonne administration de la justice commande que la Cour statue dans un délai raisonnable, objectif qui ne saurait être atteint par l'attente de l'issue d'une procédure distincte et d'une durée aléatoire.

Il en résulte qu'il appartient à la Cour de justice de la République de rechercher, à partir des éléments soumis à son examen, si la preuve d'un détournement de fonds publics au sens de l'article 432-16 susvisé est rapportée.

La demande de sursis à statuer doit être, dès lors, rejetée.

Au fond

Rappel des faits

Il suffit, pour la compréhension de la présente décision, de rappeler les faits suivants :

Mme X… a été ministre de l'économie et des finances, de l'industrie et de l'emploi du 19 juin 2007 au 29 juin 2011, le ministère ayant, durant cette période, connu différentes dénominations. Elle avait pour directeur de cabinet M. Stéphane G…, qui occupait déjà cette fonction auprès de son prédécesseur, M. Jean-Louis R…, lequel avait été en charge de ce ministère durant un mois, succédant lui-même à M. Thierry S… L'Agence des participations de l'État (APE), alors dirigée par M. Bruno A…, avait notamment la charge de conseiller le ministre dans la gestion des contentieux nés au sein d'entreprises dans lesquelles l'État avait ou avait eu des participations.

Mme X… avait, dans son portefeuille ministériel, les litiges opposant depuis plusieurs années, d'une part, les époux Y… et les sociétés dont ils étaient actionnaires puis leurs liquidateurs, d'autre part, le Crédit Lyonnais et les filiales de ce dernier, notamment la Société de Banque Occidentale (SDBO). Parmi ces litiges figurait la vente de la société Adidas, dont la société Bernard Tapie Finances (BTF), filiale du Groupe Bernard Tapie (GBT), détenait 78 %, que la SDBO avait reçu mandat de vendre, et qui avait ultérieurement, à l'occasion d'une revente, généré une importante plus-value dont GBT estimait avoir été privé en raison d'une déloyauté commise par le Crédit Lyonnais et la SDBO, qui avait été constituée mandataire dans la vente initiale de ces actions, en application d'un mémorandum du 10 décembre 1992 et d'un contrat subséquent du 16 décembre 1992.

Lors de la prise de fonction de Mme X… au ministère de l'économie, était en place un consortium de réalisation (CDR), société anonyme, dont l'État était l'unique actionnaire, créé pour réaliser la « défaisance » des actifs et créances douteux du Crédit Lyonnais, présidé par M. Jean-François E… Les décisions du CDR ne pouvaient engager le versement de fonds publics qu'après approbation de l'Établissement public de financement et de restructuration (EPFR), dans lequel l'État était représenté par deux fonctionnaires à qui le ministre donnait des instructions. Cet établissement était présidé par M. Bertrand B…, remplacé le 15 septembre 2007 par M. Bernard C…, ce dernier représentant l'EPFR au conseil d'administration du CDR.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris, en date du 30 septembre 2005, s'agissant du litige « Adidas », avait condamné le Crédit Lyonnais et le CDR à payer aux mandataires liquidateurs des sociétés du Groupe Tapie et des époux Y… la somme de 135 millions d'euros, en réparation du préjudice résultant de la vente d'Adidas, et constaté que le préjudice moral invoqué, et dont la demande de réparation avait été limitée par les demandeurs à un euro, était lui-même réparé par les dommages-intérêts alloués.

Saisie d'un pourvoi principal formé par les seuls CDR et Crédit Lyonnais, l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait, par arrêt en date du 9 octobre 2006, tout d'abord relevé que les mandataires liquidateurs, abstraction faite du bien ou mal-fondé de leurs prétentions, étaient recevables à se prévaloir, au titre de la société GBT, non pas d'un préjudice résultant de la perte éprouvée en sa qualité d'actionnaire de la société BTF à l'occasion de la revente de la société Adidas, mais d'un préjudice propre susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites : le mémorandum du 10 décembre 1992 et le mandat du 16 décembre 1992. Il en résultait que « *l'action, en tant qu'elle tendait à la réparation de ce préjudice personnel, était recevable* ».

La Cour de cassation avait, en outre, jugé inopérant le moyen par lequel le CDR reprochait à la cour d'appel d'avoir retenu à la charge des établissements financiers plusieurs autres manquements (s'être portée cessionnaires des parts qu'ils avaient pour mandat de céder et avoir manqué à l'obligation d'informer loyalement son mandant), dès lors que la cour d'appel avait retenu que la seule cause du préjudice dont elle accordait réparation résultait de l'abstention par le groupe Crédit Lyonnais de proposer au Groupe Tapie le financement constitué par des prêts à recours limités consentis à certaines des sociétés cessionnaires et que l'existence d'autres manquements ne constituait pas le soutien de la décision de la cour d'appel.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation avait ensuite censuré les dispositions de l'arrêt de la cour d'appel qui avaient retenu la responsabilité du Crédit Lyonnais sur le terrain contractuel, alors que les mandataires liquidateurs n'avaient traité pour la vente d'Adidas qu'avec la seule SDBO, personne morale distincte dont il n'était pas prétendu qu'elle aurait été fictive ni que son patrimoine se serait confondu avec celui de la maison mère.

L'assemblée plénière avait, également, censuré les dispositions de l'arrêt de la cour d'appel qui avaient retenu que le groupe Crédit Lyonnais avait manqué à ses obligations de banquier mandataire, en s'abstenant de proposer au Groupe Tapie les financements qu'il avait octroyés à certains des cessionnaires des participations litigieuses, au motif qu'il n'entre pas dans la mission du mandataire de financer l'opération par laquelle il s'entremet et que le banquier est toujours libre de proposer ou de consentir un crédit, de s'abstenir ou de refuser de le faire.

La Cour de cassation avait enfin dit n'y avoir lieu de statuer sur les griefs critiquant l'appréciation du préjudice faite par la cour d'appel. La cassation partielle de l'arrêt a été prononcée et l'affaire renvoyée devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

À la suite de cet arrêt, les liquidateurs avaient proposé avec insistance au CDR de soumettre le litige Adidas à un arbitrage, en contrepartie d'un abandon de l'ensemble de leurs instances et actions introduites contre le Crédit Lyonnais et la SDBO dans un certain nombre de contentieux. Des discussions avaient été entreprises en ce sens parallèlement au dépôt des écritures devant la juridiction de renvoi. Le cabinet du ministre de l'époque, M. S…, en avait été informé, de même que l'APE, qui avait déconseillé cette voie pour le règlement des contentieux en cause. L'APE suivait, en ce sens, la doctrine selon laquelle l'intérêt de l'État - dont la position semblait, selon l'Agence, avoir été renforcée par l'arrêt de la Cour de cassation - était de suivre la voie judiciaire en cours, sans exclure une éventuelle transaction. Il est à noter que l'APE avait conservé la même position lors de la prise de fonction de Mme X… L'Agence maintiendra cette position jusqu'au stade ultime précédant le moment où, la décision d'entrer en arbitrage étant prise, elle n'avait plus à travailler que sur les modalités de sa mise en œuvre.

C'est en cet état que le conseil d'administration du CDR a voté le 2 octobre 2007 en faveur de l'entrée en arbitrage à partir d'éléments qui lui ont été soumis par son président, M. E…, et par l'avocat du CDR, Me August, choisi par M. E…, depuis février 2007, pour le conseiller sur la procédure d'arbitrage. Ce projet de compromis, tel que présenté à l'époque, prévoyait que les arbitres, désignés dans l'acte lui-même : MM. Pierre P…, Jean-Denis O… et Pierre H…, statueraient en droit, dans le respect de la chose jugée résultant de l'arrêt de la cour d'appel de Paris et de l'arrêt de la Cour de cassation et que, sous réserve des dispositions de l'article 1484 du code de procédure civile, la sentence serait définitive, les parties renonçant à former un appel sur le fond.

Les parties convenaient en outre que les liquidateurs des sociétés du Groupe Tapie limitaient le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation à 295 millions d'euros, majorés des intérêts au taux légal à compter du 30 novembre 1994 ; les liquidateurs des époux Y… limitaient le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation à 50 millions d'euros.

Le 10 octobre 2007, au vu de ce projet de compromis et d'une note de l'APE, en date du 1er octobre 2007, analysant ces propositions mais déconseillant toujours le recours à l'arbitrage, Mme X… a donné instruction aux représentants de l'État au sein de l'EPFR de ne pas s'opposer à cette procédure, sous réserve de l'obtention de l'accord écrit du Crédit Lyonnais de régler, en cas de condamnation du CDR, la franchise de 12 millions d'euros due par la banque, soit avant le terme du conseil d'administration fixé au 10 octobre 2007, soit avant la signature du compromis. Le même jour, le conseil d'administration de l'EPFR ne s'est pas opposé à cette décision d'entrer en arbitrage.

M. E… a ensuite accepté, à la demande de la partie adverse, que les clauses du compromis relatives à la fixation des plafonds des demandes des liquidateurs soient ainsi modifiées :

- les liquidateurs des sociétés du Groupe Tapie et des époux Y… limitent le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation d'un préjudice matériel à 295 millions d'euros, majorés des intérêts légaux à compter du 30 novembre 1994 ;

- les liquidateurs des époux Y… limitent le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation « *d'un préjudice moral à 50 millions d'euros* ».

Parallèlement, dans une lettre adressée au président de l'EPFR, le 23 octobre 2007, portant la signature de la ministre, mais dont il a été établi qu'elle n'avait pas été signée par elle-même, mais au moyen « d'une griffe », il était demandé à M. C… de bien vouloir interpréter les instructions données préalablement de la manière suivante : obtenir la confirmation écrite du Crédit Lyonnais pour dédommager le CDR à hauteur de 12 millions d'euros du montant d'une éventuelle condamnation, au plus tard au moment du prononcé de la sentence.

Le 7 juillet 2008, les arbitres ont rendu leur sentence, dans laquelle ils ont retenu, à l'encontre du CDR, deux fautes : la violation de l'obligation de loyauté et la violation de l'interdiction de se porter contrepartie. Ils ont condamné le CDR à payer aux mandataires liquidateurs du Groupe Tapie la somme de 240 millions d'euros, outre les intérêts à compter du 30 novembre 1994, et aux liquidateurs des époux Y…, une somme de 45 millions d'euros en réparation d'un préjudice moral subi par ces derniers.

Cette sentence a fixé les réparations à des niveaux très proches des plafonds demandés (80 %), par des motifs très sévères à l'encontre du CDR. Dès lors, l'État devant en assumer le paiement, la question de l'exercice d'un recours en annulation, seule voie de droit ouverte contre cette décision, a été posée et des avis divergents se sont exprimés sur ses chances de succès.

Après une réunion tenue le 20 juillet 2008 dans son bureau, en présence de son directeur de cabinet, de M. E… et de Me August, Mme X… a, par instructions en date du 28 juillet 2008, demandé aux représentants de l'État au sein de l'EPFR de s'exprimer en défaveur du recours. Le même jour, le conseil d'administration du CDR s'est réuni et a adopté la décision de ne pas former de recours en annulation contre la sentence. Le conseil d'administration de l'EPFR s'est ensuite réuni et ne s'est pas opposé à cette décision.

La sentence arbitrale est donc devenue définitive et la ministre, comme elle y était tenue par cette décision exécutoire, a donné les ordres nécessaires pour qu'il soit procédé aux versements sollicités, soit 152 millions d'euros le 2 septembre 2008 et 117 millions d'euros en mars 2009, lesquels ont été financés par un emprunt de l'EPFR tiré sur le Crédit Lyonnais.

Compte tenu des compensations intervenues entre les créances que détenait le CDR sur les sociétés du Groupe Tapie et sur les époux Y… et les dettes du CDR, la société GBT a perçu la somme de 233 millions d'euros et les époux Y…, celle de 45 millions d'euros.

Ultérieurement, il a été établi que la sentence avait été frauduleusement rendue, à la suite du rôle déterminant joué par un arbitre dont il apparaissait qu'il avait entretenu des liens de connivence avec M. Y… et son avocat, en vue de favoriser les prétentions du premier. La cour d'appel de Paris a, par arrêt définitif du 17 février 2015, ordonné la rétractation de la sentence arbitrale et des sentences qui en étaient la suite et la conséquence.

À la suite de courriers émanant, en 2011, de plusieurs parlementaires et du procureur général près la Cour des comptes, le procureur général de la Cour de cassation a saisi, pour avis, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République, et, postérieurement à l'avis favorable donné le 4 août 2011 par cette formation à l'ouverture d'une information, le ministère public a saisi la commission d'instruction à l'encontre de Mme X…, des chefs de complicité de faux et de complicité de détournement de fonds publics.

Après avoir été entendue par la commission d'instruction en qualité de témoin assisté de ces chefs, Mme X… a été mise en examen du chef du délit de négligence par un dépositaire de l'autorité publique dont est résulté un détournement de fonds publics par un tiers. À l'issue de ses investigations, la commission d'instruction a renvoyé Mme X… de ces chefs devant la formation de jugement de cette Cour.

Motifs de la cour

Sur les éléments constitutifs du délit

Il doit être rappelé, à titre liminaire, que le principe de la séparation des pouvoirs, consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 24 de la Constitution, selon lequel le Parlement contrôle le gouvernement, ne font pas obstacle à ce qu'une poursuite pénale soit exercée à l'encontre d'un membre du gouvernement pour des faits qui, susceptibles de caractériser un manquement aux devoirs de sa fonction lors d'une prise de décision, auraient involontairement favorisé des détournements commis par des tiers portant atteinte aux intérêts financiers de l'État, dont il est le gardien dans son domaine d'attribution.

En effet, la responsabilité politique qu'il pourrait encourir du chef de la même prise de décision est d'une nature différente et a une finalité distincte de l'action pénale et ne saurait empêcher cette dernière, sans méconnaître le principe d'égalité des citoyens devant la loi.

Il entre ainsi dans l'office de la Cour de justice de la République, conformément à l'article 68-1 de la Constitution, relatif à la responsabilité pénale des membres du gouvernement, de distinguer, dans l'analyse des seuls faits soumis à son examen, ceux qui revêtent la qualification pénale prévue par l'article 432-16 précité.

S'agissant de l'imputabilité à Mme X… des deux décisions incriminées, il résulte de ses auditions et de ses déclarations lors des débats qu'elle affirme ne pas avoir agi conformément à des instructions qui lui auraient été données par les plus hautes autorités de l'État (Président de la République et Premier ministre) mais avoir pris ses décisions dans son champ de compétence, en sa qualité de ministre des finances, et dont elle assume l'entière responsabilité.

Il est établi que Mme X…, en sa qualité de ministre, était dépositaire de l'autorité publique et qu'elle était décisionnaire en ce qui concerne le versement des fonds, lesquels présentaient bien le caractère de fonds publics, aucun paiement n'ayant pu, en définitive, être effectué sans son autorisation.

S'agissant de la décision d'entrer en arbitrage, il ne résulte ni des éléments du dossier ni des débats la preuve que Mme X…, en sa qualité de ministre, compte tenu de l'échec des précédentes tentatives de médiation et des multiples contentieux auxquels il convenait, selon elle, de mettre fin en raison de leur durée et de leur coût, et en l'état des informations dont elle disposait, se soit rendue coupable de négligences constitutives de fautes pénales, au sens de l'article 432-16 du code pénal, lorsqu'elle a donné instruction aux représentants de l'État au sein de l'EPFR de ne pas s'opposer à la décision prise par le CDR de recourir à cette procédure pour régler l'ensemble des litiges entre ce dernier et les liquidateurs des sociétés du Groupe Tapie et des époux Y…

En revanche, **s'agissant de la décision de ne pas former de recours en annulation**, prise dix-neuf jours avant l'expiration du délai prévu par la loi, il convient de constater que Mme X…, avocate de profession, qui dit avoir été particulièrement soucieuse de la protection des intérêts financiers de l'État, s'être impliquée personnellement dans la gestion du dossier et avoir été « *consternée stupéfaite* » en découvrant la sentence arbitrale et notamment le montant du préjudice moral alloué aux liquidateurs des époux Y…, soit une somme de 45 millions d'euros alors non soumise à l'impôt, a fait preuve de négligence en décidant de ne pas exercer de recours en annulation contre une telle sentence.

En effet, dès lors que n'avaient pas été portées à sa connaissance les prétentions des liquidateurs des époux Y… d'obtenir un « préjudice moral » présenté en tant que tel et de manière distincte, à hauteur de 50 millions d'euros, et qu'elle n'en avait jamais admis le principe, une demande d'explications auprès de son cabinet, de l'APE et des représentants de l'État au sein de l'EPFR s'imposait pour comprendre le processus d'une sentence arbitrale aussi choquante.

Une telle demande aurait, sans nul doute, permis de découvrir, comme l'a fait plus tard la Cour des comptes, une modification de la rédaction du compromis d'arbitrage intervenue après sa présentation aux conseils d'administration du CDR du 2 octobre 2007 et de l'EPFR du 10 octobre 2007 et aurait en conséquence pu conduire à l'ouverture d'un recours en annulation fondé sur l'un des cas prévus par l'article 1484 du code de procédure civile, alors en vigueur.

L'exercice d'un tel recours aurait, à tout le moins, permis au CDR de mener, dans une position beaucoup plus favorable, une négociation avec la partie adverse sur le montant démesuré du préjudice moral, alors même que les liquidateurs proposaient le 24 juillet 2008 de réduire leurs prétentions si la sentence arbitrale ne faisait l'objet d'aucun recours.

En outre, Mme X… a confirmé à l'audience ne pas avoir lu la note du 16 juillet 2008 de l'APE, laquelle signalait l'existence de conséquences très lourdes pour les finances de l'État, contrairement à ce qui a été indiqué dans les communiqués du ministère des finances - même si la ministre ne les a pas relus - mais aussi dans ses propres déclarations, lors de son interview à la presse le 28 juillet 2008 et lors de son audition le 23 septembre 2008 devant la commission des finances de l'Assemblée nationale.

De même, elle n'a pas étudié la sentence arbitrale, dont les termes violents et constamment univoques relevés par l'avocat du CDR, Me Soltner, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui qualifiait la sentence de « *raccourci et approximation sans aucune assise juridique* », ne pouvaient que conduire la ministre à explorer et tenter toutes les voies de droit pour obtenir la mise à néant d'un résultat aussi néfaste pour les finances publiques.

Enfin, lors de la réunion du dimanche 20 juillet 2008, organisée dans le bureau de la ministre, n'ont été présents que M. G…, son directeur de cabinet, M. E…, président du CDR, et Me August, tous favorables à l'absence de recours sans que soient également convoquées des personnes d'un avis contraire : Me Soltner, Me Martel, avocat à la cour d'appel en charge des intérêts du CDR depuis de nombreuses années, et des représentants de l'APE, qui auraient alors été en mesure de présenter oralement leur analyse et leurs arguments, ce qui aurait permis à Mme X… de bénéficier de points de vue contradictoires et de prendre ainsi une décision parfaitement éclairée.

Si elle a pris le soin de recueillir un avis supplémentaire auprès de Me Spinosi, avocat aux Conseils, proposé par Me August, il convient de relever que l'avis donné dans un délai très bref par cet avocat étranger au dossier n'était pas de nature à remédier au déséquilibre de son information.

L'ensemble de ces éléments est révélateur d'une négligence dans la recherche d'informations à laquelle Mme X… aurait dû procéder avant de prendre sa décision.

S'agissant des détournements de fonds publics, il résulte des éléments du dossier et des débats que l'insistance de différents acteurs pour faire disparaître tout obstacle à l'engagement d'une procédure d'arbitrage, la manière occulte dont la rédaction du compromis a été modifiée pour permettre l'apparition d'une mention expresse relative à une demande de réparation d'un « préjudice moral » pour les liquidateurs des époux Y…, les connivences révélées par la procédure d'instruction et l'arrêt de rétractation de la sentence arbitrale et, enfin, le caractère exorbitant du montant de la somme accordée par cette décision au titre du préjudice moral caractérisent l'existence de détournements frauduleux, même si leur imputabilité n'est pas définitivement jugée.

De tels comportements délictueux ne peuvent se résumer à un manquement par l'un des arbitres à son obligation d'impartialité.

La décision de la ministre de ne pas exercer un recours en annulation, dont les chances de succès n'étaient pas négligeables, a rendu, *in fine*, inéluctable l'appropriation frauduleuse par les époux Y… de la somme de 45 millions d'euros, ce qui constituait l'aboutissement d'un processus délictuel engagé de longue date.

Cette décision procède donc non pas d'un seul choix politique malheureux échappant au contrôle de la Cour de justice de la République, mais d'une négligence au sens de l'article 432-16 du code pénal. Il n'importe à cet égard que cette faute n'ait pas été la seule cause des détournements, dès lors qu'elle en a été une des causes déterminantes.

Les éléments constitutifs du délit de l'article 432-16 du code pénal sont donc réunis et il convient de déclarer Mme X… coupable du délit de négligence par une personne dépositaire de l'autorité publique dont il est résulté un détournement de fonds publics par un tiers, à hauteur de 45 millions d'euros.

Sur la peine

Les conséquences préjudiciables aux finances publiques résultant de l'absence de recours en annulation de la sentence arbitrale frauduleuse ont pris fin dès lors que la rétractation de cette dernière a été prononcée par arrêt définitif de la cour d'appel de Paris, en date du 17 février 2015.

Il doit être tenu compte, pour l'appréciation de la peine, du contexte de crise financière mondiale dans lequel Mme X… a exercé ses fonctions de ministre des finances.

Sa personnalité et sa réputation nationale et internationale doivent être également prises en compte en sa faveur.

Les conditions prévues par l'article 132-59 du code pénal sont en conséquence réunies et il convient de prononcer une dispense de peine à l'égard de Mme X…, sans mention de la décision au casier judiciaire.

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort.

Après en avoir délibéré et voté conformément à l'article 32 de la loi organique du 23 novembre 1993.

Dit n'y avoir lieu à surseoir à statuer,

Déclare Mme Christine X… coupable du délit de négligence par une personne dépositaire de l'autorité publique dont il est résulté un détournement de fonds publics par un tiers, à hauteur de 45 millions d'euros.

Dispense Mme Christine X… de peine.

Dit que la décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire de l'intéressée.

En raison de l'absence de la prévenue, l'avertissement des conditions et délais de pourvoi prévus à l'article 33 de la loi organique du 23 novembre 1993 n'ont pu lui être donnés.

COMPOSITION DE LA COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE

Lors des débats

Président : Mme Martine Ract-Madoux.

M. Gilles Straehli, Mme Nicole Burkel, Mme Josette Durrieu, M. Philippe Houillon, M. Jean-Luc Warsmann, M. Bernard Saugey, M. François-Noël Buffet, Mme Bariza Khiari, M. Yves Détraigne, M. Dominique Raimbourg, M. Jean-Yves Caullet, Mme Marie-Françoise Bechtel, M. François Pillet, Mme Nathalie Nieson, membres titulaires tous régulièrement désignés.

En présence de :

Mme Danièle Caron, M. Didier Beauvais, Mme Jeannine Depommier, Mme Françoise Descamps-Crosnier, M. Philippe Bies, M. Alain Rodet, Mme Colette Capdevielle, M. Pierre Morel-A-L'Huissier, M. Francis Hillmeyer, Mme Catherine Troendlé, Mme Jacqueline Gougault, M. Alain Anziani, M. Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Di Folco, M. Alain Fouché, membres suppléants, tous régulièrement désignés.

Au délibéré :

Président : Mme Martine Ract-Madoux.

M. Gilles Straehli, Mme Nicole Burkel, Mme Josette Durrieu, M. Philippe Houillon, M Jean-Luc Warsmann, M. Bernard Saugey, M. François-Noël Buffet, Mme Bariza Khiari, M. Yves Détraigne, M. Dominique Raimbourg, M. Jean-Yves Caullet, Mme Marie-Françoise Bechtel, M. François Pillet, Mme Nathalie Nieson, membres titulaires tous régulièrement désignés.

Au prononcé de l'arrêt

Président : Mme Martine Ract Madoux.

M. Gilles Straehli, Mme Nicole Burkel, Mme Josette Durrieu, M. Philippe Houillon, M Jean-Luc Warsmann, M. Bernard Saugey, M. François-Noël Buffet, Mme Bariza Khiari, M. Yves Détraigne, M. Dominique Raimbourg, M. Jean-Yves Caullet, Mme Marie-Françoise Bechtel, M. François Pillet, Mme Nathalie Nieson, membres titulaires tous régulièrement désignés.

En présence de :

M. Alain Rodet, Mme Catherine Troendlé, Mme Françoise Descamps Crosnier, M. Alain Fouché, Mme Catherine Di Folco, M. Pierre Morel-A-L'Huissier, M. Jean-Pierre Sueur, membres suppléants tous régulièrement désignés.

Greffe : Lors des débats et du prononcé de l'arrêt, Mme Christine Lambert, directeur des services de greffe judiciaires.

Ministère public : représenté aux débats et au prononcé de l'arrêt par M. Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, et M. Philippe Lagauche, avocat général à la Cour de cassation.

La présente décision peut être consultée sur le site Internet de la Cour de cassation à partir de l'onglet « Hautes juridictions » - « Cour de justice de la République » à l'adresse suivante : https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/cour_justice_republique_616/decisions_7973/decembre_2016_35866.html

Rapport de Mme Durin-Karsenty

Conseiller rapporteur

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

Rappel des faits et de la procédure

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

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

1. - Le contexte de la procédure d'arbitrage

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

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

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

- la société Groupe Bernard Tapie (la société SNC GBT).

La première regroupait les différents actifs patrimoniaux[1] et la seconde société détenait la majorité du capital de la société anonyme Bernard Tapie Finance (la société BTF SA), laquelle avait été créée en 1989 en vue de l'introduction en bourse du groupe industriel.

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

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

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

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

Ce document prévoyait notamment :

- l'affectation de la totalité du prix de cession au paiement des sommes dues à la SDBO au titre des concours ayant permis de financer l'acquisition des participations Adidas ;

- la fusion des sociétés GBT, FIBT et BTF SA au sein d'une société unique, la société Newco, qui devait prendre en charge le remboursement de tous les autres concours précédemment accordés aux sociétés fusionnées et céder les entreprises commerciales et industrielles contrôlées jusque-là par la société BTF SA, le produit étant lui aussi affecté au remboursement des concours restant dus à la SDBO.

Le 16 décembre 1992, en application de ce mémorandum, aux termes d'une lettre qu'elles ont signée, les sociétés GBT et BTF SA se sont engagées de façon irrévocable à céder, au plus tard le 15 février 1993, à « *toutes sociétés désignées par la SDBO et à première demande de SDBO, la totalité de ses parts de capital de BTF*

---

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

GmbH représentant 78 % du capital ainsi qu'une action du capital de Adidas AG étant précisé que cette cession interviendra moyennant un prix, payable comptant au moment de la cession […] *de 2 085 000 000 francs pour la totalité de ces parts* ». À cette même date, la société BTF SA a donné à la SDBO le mandat irrévocable de rechercher des acquéreurs aux conditions énoncées dans la lettre d'engagement.

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

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

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

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

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

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

La loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'État dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs a institué l'Établissement public de financement et de restructuration (EPFR), assurant la mission de gérer le soutien financier apporté par l'État au Crédit Lyonnais dans le cadre du cantonnement et de veiller à ce que soient respectés les intérêts financiers de l'État. C'est en particulier l'avenant n° 13 du protocole susvisé qui a organisé la prise en charge, par l'EPFR, des pertes constatées par le CDR dans le cadre de son activité de gestion ou de vente des actifs transférés par le Crédit Lyonnais. Il a notamment instauré un mécanisme de garantie de l'EPFR vis-à-vis de sa filiale pour les risques considérés comme « non chiffrables ». Ce même article instaure un mécanisme de contrôle des sociétés de cantonnement par des agents habilités par le ministre de l'économie. Le ministre agrée leurs mandataires sociaux.

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

Les mécanismes de garantie et de financement

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

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

En réponse à des interrogations posées par les acteurs de ce mécanisme sur l'interprétation du protocole au regard de l'étendue de la prise en charge des risques contentieux, le ministre de l'économie et des finances de l'époque a signé le 17 mars 1999 une lettre adressée au Crédit Lyonnais et au CDR, qui énumère la liste des risques non chiffrables couverts par la garantie de l'État, parmi lesquels sont citées les conséquences financières éventuelles des actions engagées par les liquidateurs du groupe Tapie et un mandataire de CEDP au titre de la

cession de la société Adidas. Au sujet de ce risque, la lettre fait état de l'accord du Crédit Lyonnais au versement d'une contribution forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR, ou, si la condamnation était inférieure à cette somme, du montant de celle-ci, à titre de dédommagement au CDR.

Le fonctionnement du CDR et de l'EPFR

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

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

C. - Les procédures précédant le recours à l'arbitrage

Les procédures collectives

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

Le 17 mai suivant, ce protocole a été dénoncé par le Crédit Lyonnais pour défaut d'expertise dans le délai convenu et la banque a alors engagé des mesures d'exécution contre les sociétés du groupe[2].

Les sociétés GBT, FIBT et BTF SA ainsi que la société Bernard Tapie Gestion (la société BTG) et la société ACT ont été mises en redressement judiciaire le 23 novembre 1994 puis en liquidation judiciaire étendue à M et Mme Y…, les liquidations étant poursuivies sous patrimoine commun à l'exception de la société BTF SA[3]. Cette dernière a bénéficié d'un plan de continuation en devenant la Compagnie Européenne de Distribution et de Pesage (la société CEDP) et la SDBO, qui disposait d'un nantissement, s'est fait attribuer les actions de la société BTF SA par ordonnance du juge-commissaire, une part minoritaire restant détenue dans le public.

Les poursuites pénales

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

Les procédures en responsabilité civile

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

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

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

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

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

---

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

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

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

- sur le préjudice et sa réparation, l'arrêt a condamné le Crédit Lyonnais et le CDR Créances à payer aux liquidateurs la somme de 135 millions d'euros au titre du préjudice financier et un euro pour le préjudice moral. La réparation du préjudice matériel, représentant la perte de chance de réaliser le gain dont a été privé le groupe Tapie, résultait, selon l'arrêt, de la différence entre la somme de 3 milliards 498 millions de francs et le prix perçu en janvier 1993, dont le tiers serait revenu au groupe Tapie (438 millions de francs). Les juges ont réservé leur décision sur les questions relatives à la réparation du préjudice subi à raison des liquidations judiciaires et à l'incidence fiscale de sa décision[4].

Sur les pourvois du Crédit Lyonnais et du CDR Créances, par arrêts du 9 octobre 2006[5], l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée, en substance, de la façon suivante :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Un arrêt du 28 avril 2006 a rectifié une erreur matérielle dans le calcul de l'indemnisation, mais sans modifier les sommes allouées.
5 Assemblée plénière, 9 octobre 2006, pourvois nº 06-11.307 et nº 06-11.056, *Bull.* 2006, Ass. plén., nº 11 (cassation partielle).

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

La procédure d'arbitrage

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

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

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

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

Le Crédit Lyonnais, qui devait, aux termes de la lettre du ministre de l'économie et des finances du 17 mars 1999[6], honorer un engagement financier de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR, a fait état de ses réserves à l'arbitrage et indiqué, en septembre 2007, qu'il n'entendait pas subir de conséquences d'une procédure dans laquelle il avait été délibérément écarté par le CDR. Ce sont les liquidateurs qui ont proposé de constituer une franchise de paiement de la somme de 12 millions d'euros, acceptée par le ministère de l'économie sous la signature de M. G…, directeur de cabinet de Mme X…

Le compromis a évolué sur les plafonds retenus entre le vote par le conseil d'administration du CDR et la version définitive. Dans sa version définitive, il prévoyait que les demandes d'indemnisation seraient plafonnées à la somme de 295 millions d'euros, pour le préjudice matériel du groupe et en y incluant les époux Y…, majorés des intérêts à compter du 30 novembre 1994, et a introduit un plafond de réparation du préjudice moral de M. et Mme Y…, fixé à 50 millions d'euros, qui n'existait pas dans la version initiale : ce plafond concernant le préjudice moral, inscrit au point 2.2.2 du compromis, a été fixé postérieurement à la tenue du conseil d'administration du CDR. Les trois arbitres ont été choisis au stade du compromis, en accord entre les parties, chacun des arbitres ayant souscrit une déclaration d'indépendance.

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

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

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

Après s'être référée à la valeur de rachat de la société Adidas non au moment du rachat en décembre 1994 mais au moment de son introduction en bourse en novembre 1995, la sentence a condamné le CDR à verser aux mandataires judiciaires des sociétés du groupe Tapie la somme de 240 millions d'euros avec intérêts au taux légal. Sur le préjudice moral, elle a également alloué à ces mêmes mandataires, se substituant aux époux Y…, la somme de 45 millions d'euros au titre de ce préjudice, qualifié « *d'une très lourde gravité* ». Les principaux motifs de la réparation du préjudice moral résidaient dans « *les fautes commises par le CDR dans la procédure de mise en liquidation judiciaire* », « *l'exceptionnelle brutalité de la procédure suivie et des comportements de la banque qui l'ont accompagnée* », dans la « *violente campagne de presse conduite par la banque usant par tous moyens du nom de Y…* »[7].

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

L'appel ayant été exclu dans le compromis, la question se posait d'un éventuel recours en annulation de la sentence, se fondant sur un possible manquement des arbitres à leur obligation de se conformer à la mission qui leur était conférée au sens de l'article 1484, 3°, du code de procédure civile, en n'ayant pas respecté l'autorité de chose jugée des décisions définitives rendues, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005.

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

---

6 *Cf. supra*.

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

À la suite des avis demandés à Me Spinosi, Me Soltner, Me Martel[8], des notes de l'APE en faveur d'un recours en annulation, d'une réunion dans son bureau, en présence de son directeur de cabinet, de M. E… et de Me August, la ministre de l'économie a envoyé une note le 28 juillet 2008 aux administrateurs représentant l'État, au conseil d'administration de l'EPFR, leur demandant de s'exprimer en défaveur d'un recours en annulation de la sentence du 7 juillet 2008.

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

Le 28 juillet 2008, le président du CDR a sollicité de l'EPFR le premier appel en garantie de la somme attribuée au titre du seul préjudice matériel, à l'exclusion du préjudice moral, devant être assumé par le CDR seul, un tel préjudice résultant, selon le tribunal arbitral, des circonstances ayant entouré la mise en liquidation et non du dossier Adidas strictement entendu[9].

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

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

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

E. - Les suites de la procédure d'arbitrage

Le sort des procédures collectives et de la procédure pénale notamment pour banqueroute à la suite de la sentence arbitrale

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

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

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

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

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

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

Puis, entre les 6 et le 22 mai 2015, M. Y… a été mis en examen du chef de détournement de fonds publics, pour avoir, entre 2007 et 2009, détourné des fonds publics, en l'espèce la somme d'environ 403 millions d'euros octroyée indûment par le tribunal arbitral au terme d'un arbitrage frauduleux, faits prévus par l'article 433-4 du code pénal.

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

---

8 *Cf.* arrêt, pages 29 et 30.

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

Les procédures faisant suite aux sentences arbitrales

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

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

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

La procédure devant la Cour des comptes

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

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

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

A. - La procédure antérieure à la déclaration du présent pourvoi

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

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

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

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

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

Le 26 août 2014, Mme X… a été mise en examen pour, depuis le 19 juin 2007, alors qu'elle exerçait les fonctions de ministre chargé de l'économie, dépositaire de l'autorité publique, ne s'être pas, dans le contentieux entre le CDR, les liquidateurs et les époux Y…, opposée à l'arbitrage et n'avoir pas formé de recours contre la sentence arbitrale, en négligeant d'examiner préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage, de s'assurer du respect de l'ensemble des conditions le 10 octobre 2007 de recours à cette procédure par le conseil d'administration de l'EPFR et de vérifier la conformité des décisions prises aux dispositions de la loi du 28 novembre 1995 et des textes pris pour son application, ainsi qu'aux termes de la lettre du 17 mars 1999 du ministre de l'économie, relatifs à la garantie par l'État des risques non chiffrables, et pour avoir ainsi permis l'octroi indu de fonds publics aux liquidateurs du groupe Tapie et aux époux Y… par l'effet de la décision arbitrale et des décisions subséquentes, frauduleusement obtenues, faits prévus par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal.

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

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

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

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

Elle a retenu en substance :

- sur la requête en annulation de la procédure ayant conduit à l'ouverture de l'information, que la procédure avait été régulièrement engagée, à la suite d'une lettre de parlementaires, à l'initiative du procureur général, qui avait saisi la commission des requêtes en application de l'article 17 de la loi organique du 23 novembre 1993 ;

- sur la demande d'annulation de l'avis de la commission des requêtes, dans la composition ayant statué, que le grief qu'un membre se soit irrégulièrement déporté et aurait été irrégulièrement remplacé était infondé ;

- sur la requête en annulation de la mise en examen de Mme X…, que la mise en examen répondait aux exigences de l'article 80-1 du code de procédure pénale, prévoyant que le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont il est saisi.

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

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

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

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

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

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

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

La loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose en son article 24 que, dans les conditions et formes déterminées par le titre premier (Du pourvoi en cassation) du livre III (Des voies de recours extraordinaires) du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation, qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Un renvoi est ainsi opéré aux articles 567 à 621 du code de procédure pénale, relatifs au pourvoi en cassation.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le troisième moyen, constitué d'une seule branche, reproche à la commission d'instruction d'avoir ordonné le renvoi de Mme X… du chef précité, alors qu'elle n'a relevé aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux d'un arbitre, ayant seul pu conférer à l'exécution de la sentence le caractère d'un détournement, et qui ne constate pas non plus que ce comportement frauduleux aurait été prévisible lors de la décision de compromettre ou décelable lors de celle de ne pas former de recours. Le mémoire en conclut que l'arrêt n'a relevé aucune charge concernant cet élément indispensable à la constitution de l'infraction.

Identification des points de droit à juger

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

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

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

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

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

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

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

Discussion

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

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

1.2. À supposer le pourvoi recevable, les moyens sont-ils recevables sans restriction ?

1.1. Sur la recevabilité du pourvoi

La loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose en son article 24 que, dans les conditions et formes déterminées par le titre I (Du pourvoi en cassation) du livre III (Des voies de recours extraordinaires) du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation, qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Le titre I renvoie aux articles 567 à 621 du code de procédure pénale, relatifs au pourvoi en cassation.

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

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

1.1.1. La question de l'ouverture du pourvoi vue par les parlementaires

Les travaux parlementaires relatifs à la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 montrent des divergences de vue entre le Sénat et l'Assemblée nationale sur l'institution de voies de recours à l'encontre des arrêts de la Cour de justice de la République. Le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale s'était montré défavorable à l'idée même d'un pourvoi en cassation contre les décisions prises par la Cour de justice elle-même, ou un de ses organes, en soulignant que cette juridiction, « *même saisie selon une procédure de nature judiciaire, devait conserver un caractère de juridiction politique qu'elle perdrait, à l'évidence, si ses décisions tombaient sous le contrôle de la Cour de cassation* »[10].

En l'absence d'accord entre les deux Assemblées, la question des voies de recours contre les arrêts de la commission d'instruction et la Cour de justice de la République a été renvoyée à une loi organique. Le projet de loi organique[11] a prévu la possibilité d'un pourvoi en cassation des arrêts de la commission d'instruction et de la Cour de justice de la République, en s'inspirant des recommandations du comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, et des auditions de P. Drai et M. L. Gondre devant la commission de lois du Sénat, qui étaient à l'époque respectivement premier président de la Cour de cassation et président de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice[12].

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

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

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

1.1.2. Les références au code de procédure pénale

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

---

10 A. Fanton, rapport au nom de la commission des lois, 17 juin 1993, n° 356. Cité par B. Challe, rapport sous l'arrêt de l'assemblée plénière du 6 juin 2003 (pourvoi n° 01.87-092, *Bull. crim.* 2003, Ass. plén., n° 2), publié au *BICC* n° 582, du 1er août 2003.

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

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

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

1.1.2.1. Les articles généraux et ceux propres aux arrêts de renvoi

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

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

L'étendue du droit de critique de la personne mise en examen dépend donc de la nature de l'infraction, objet du renvoi, et, par voie de conséquence, de la juridiction de renvoi, cour d'assises ou juridiction correctionnelle et de police. Car la portée de la décision de renvoi n'est pas la même : à la différence du renvoi devant le tribunal correctionnel, qui est seulement indicatif de compétence, l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises est attributif de compétence : la compétence de la cour d'assises est invariablement fixée[14], de sorte qu'elle ne peut se déclarer incompétente[15].

Dans la présente espèce, la nature correctionnelle de l'infraction retenue fait obstacle à l'application des dispositions de l'article 574-1 du code de procédure pénale, qui imposent du reste à la Cour de cassation de se prononcer dans le délai de trois mois de la réception du dossier[16]. Ce dernier texte n'est évidemment pas applicable en l'espèce.

1.1.2.2. L'article 574 du code de procédure pénale et les conditions d'ouverture du pourvoi

Selon l'article 574 du code de procédure pénale, le pourvoi est en principe irrecevable, sauf si l'arrêt statue sur la compétence ou contient une disposition définitive que le tribunal, saisi de la poursuite, n'a pas le pouvoir de modifier. Une dernière exception, de droit prétorien, est prévue lorsque l'arrêt ne satisfait pas aux conditions essentielles de son existence légale[17].

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

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

L'ouverture du pourvoi dans des cas limitativement énumérés est compatible avec l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où l'accès au juge de cassation est ouvert lorsqu'est en cause une question de compétence, un grief tenant aux conditions essentielles de l'existence légale de l'arrêt ou une disposition définitive[18]. Dans toute autre hypothèse, les débats se tiennent dans le respect de la contradiction devant la juridiction de jugement, qui peut remettre en cause tous les motifs de l'arrêt de renvoi. C'est pourquoi la chambre criminelle a pu dire que l'article 574 du code de procédure pénale préserve les droits de la défense, le droit au procès équitable et le droit à un recours effectif[19].

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

- S'agissant de la compétence des juridictions françaises, en raison d'infractions commises hors du territoire de la République, telle qu'elle résulte de l'article 689 du code de procédure pénale[21].

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

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

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

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

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

Saisie du pourvoi formé contre un arrêt de renvoi d'un ministre pour un délit de presse, devant la Cour de justice de la République, l'assemblée plénière s'est prononcée le 23 décembre 1999[22]. Elle a considéré comme recevable le pourvoi, sans consacrer de motif à la question de la recevabilité, qui n'était pas contestée. Il faut se reporter aux conclusions de l'avocat général devant la Cour de cassation pour en trouver l'explication : se référant à l'article 574 du code de procédure pénale, il observait que la commission d'instruction, saisie d'un déclinatoire de compétence, avait statué sur ce point[23]. Sans aborder la question de la recevabilité du pourvoi, le rapporteur relevait, pour sa part, qu'en ordonnant le renvoi du ministre devant la Cour de justice de la République, à la fin de l'information, la commission d'instruction avait nécessairement prononcé sur la juridiction compétente pour connaître de l'affaire dont elle était saisie[24].

Les deux affaires postérieures se présentent tout autrement :

l'arrêt de l'assemblée plénière du 6 juin 2003[25] a été rendu dans le contexte suivant : un ministre, renvoyé devant la Cour de justice de la République, avait formé deux pourvois, le premier à l'encontre de l'arrêt de la commission d'instruction ayant statué sur sa requête en annulation de pièces de la procédure, le second, contre l'arrêt de renvoi devant la Cour de justice.

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

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

1.1.3.2. La portée des précédents

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

---

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

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

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

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

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

Sur le pourvoi formé contre un arrêt non définitif ayant rejeté une exception tirée de l'incompétence du juge judiciaire au profit de la Haute Cour de justice, c'est en raison de la nature constitutionnelle des dispositions en cause que la chambre criminelle a écarté les dispositions de l'article 570 du code de procédure pénale, prévoyant en principe que l'examen des pourvois contre les arrêts qui ne mettent pas fin à la procédure ne sont jugés qu'en même temps que l'arrêt au fond, par des motifs tirés de la norme constitutionnelle et de la qualité de l'auteur mis en cause[26].

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

Tout d'abord, rappelons que les dispositions de la loi organique sur la Cour de justice de la République ont été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 93-327 DC du Conseil constitutionnel du 19 novembre 1993.

Plus riche d'enseignement, la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999[27] portait sur la loi de ratification du Traité de Rome portant création de la Cour pénale internationale. L'article 27 du statut prévoyait que « *la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement… n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent statut* ».

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

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

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

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

I. - 2. Sur la recevabilité des moyens

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

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

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

1.2.1. Contrôle de la chambre criminelle saisie d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle

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

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

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

---

[26] Crim., 28 mai 1986, pourvoi n° 85-91.606, *Bull. crim.* 1986, n° 180 (cassation sans renvoi). « *Sur la recevabilité du pourvoi ; Attendu que l'arrêt attaqué concernant une poursuite délictuelle contre un membre du gouvernement, en obligeant celui-ci à se défendre sur le fond, pourrait conduire, dès cette phase de la procédure, à une violation des lois constitutionnelles ; que dès lors le rejet d'une exception prise de l'application des dispositions de la Constitution commande une décision immédiate et n'entre pas dans la classe des arrêts que visent les règles posées par les articles 570 et 571 du code de procédure pénale quant aux pourvois formés contre les décisions ne mettant pas fin à la procédure* ».
Cette décision, réservant un traitement différent à un membre du gouvernement, au regard de la portée constitutionnelle des dispositions de compétence, est à rapprocher de décisions plus anciennes, dans le même sens : Crim., 24 novembre 1949, *Bull. crim.* 1949, n° 317 et 318.

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

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

Dans le premier cas, sur le fondement de l'article 574-1 du code de procédure pénale et selon une jurisprudence constante et ancienne, « *La chambre d'accusation relève souverainement les faits sur lesquels repose l'accusation ; la Cour de cassation n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée justifie le renvoi de l'accusé devant la cour d'assises ; il ne lui appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la chambre d'accusation a affirmé l'existence à l'encontre de l'accusé* ».[29]

On peut encore lire : « *il appartient à la Cour de cassation de vérifier en droit le rapport que la chambre d'accusation a établi entre les faits par elle spécifiés et la qualification qu'elle leur attribue, mais les énonciations et appréciations de pur fait contenues dans l'arrêt ne comportent de sa part ni vérification ni contrôle* »[30].

Selon une formulation plus récente, la chambre criminelle énonce :

« *Attendu que les motifs de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, après avoir exposé les faits et répondu comme elle le devait aux articulations essentielles du mémoire dont elle était saisie, a relevé l'existence de charges qu'elle a estimé suffisantes contre X… pour ordonner son renvoi devant la cour d'assises sous l'accusation de* […].

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

Enfin, l'assemblée plénière s'est prononcée récemment, dans le cadre d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant une cour d'assises, sur un des griefs tiré de l'absence de caractérisation de la circonstance aggravante de préméditation[31].

Dans l'hypothèse d'un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle, la chambre criminelle reprend la distinction déjà évoquée au sujet du pourvoi, car, contrairement à l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises, qui est attributif de compétence, l'arrêt de renvoi devant une juridiction correctionnelle ou de police est seulement indicatif de compétence : sont seuls recevables les moyens qui attaquent une disposition sur la compétence ou une disposition définitive qui ne pourrait être remise en question par la juridiction de jugement, ou encore qui viserait les conditions essentielles de l'existence légale de l'arrêt[32].

En dehors de ces cas, et notamment lorsqu'il s'agit de discuter les charges, la chambre criminelle rappelle de façon constante qu'elle « *n'évalue pas les charges dont une juridiction affirme l'existence* […] *Tout moyen qui l'inviterait à le faire serait un moyen de pur fait* »[33]. De même, la qualification des faits par la juridiction à l'origine du renvoi échappe au contrôle de la Cour de cassation, dans la mesure où elle est provisoire, la juridiction de jugement pouvant la remettre en cause, tout comme sa compétence[34].

Ainsi, la chambre criminelle a jugé que la discussion sur les charges, la qualification et les éléments constitutifs de l'infraction échappe à son contrôle, à ce stade de la procédure[35]. Il en est de même du moyen contestant la faute et l'existence d'un lien de causalité[36], sauf s'il s'agit d'un moyen du procureur général[37]. La même solution est réservée à un moyen portant sur la caractérisation du fait principal par rapport à la prévention de complicité[38], au grief contestant l'intention dans le délit de non-assistance à personne en péril[39], ou le dol spécial dans le délit d'entrave à l'exercice de la justice par violation du secret professionnel[40]. La nature intentionnelle ou non de l'infraction ne saurait être discutée par une partie civile, le renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel étant, en toute hypothèse, acquis[41], et il en est de même du caractère direct du lien de causalité entre l'acte d'un chirurgien et le dommage subi[42].

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

---

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

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

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

32 Par exemple : « *Sur la recevabilité des pourvois :*
Attendu que l'arrêt attaqué, en ce qu'il a fait droit aux appels des parties civiles aussi bien sur l'action publique que sur l'action civile, constitue une décision définitive et en dernier ressort que le tribunal, saisi de la connaissance de l'affaire, ne saurait modifier ; qu'en conséquence, un tel arrêt entre dans la classe de ceux qui, par application de l'article 574 du code de procédure pénale, peuvent être attaqués devant la Cour de cassation » ;
Sur les moyens, elle retient, dans la même décision :
« *Attendu que les griefs se bornent à critiquer les énonciations de l'arrêt relatives à la régularité du réquisitoire introductif du procureur de la République au regard de l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881 ; que ces énonciations ne contiennent aucune disposition définitive que le tribunal n'aurait pas le pouvoir de modifier* » (Crim., 31 janvier 1978, pourvoi n° 78-93.250).
Est ainsi recevable le moyen portant sur la composition de la juridiction, la régularité de la procédure, les droits de la défense, la contestation de la constitution de partie civile.

33 Étude précitée.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2.2. Étendue du contrôle de l'assemblée plénière, à l'occasion de pourvois formés à différents stades de la procédure devant la Cour de justice de la République

En amont du renvoi devant la Cour de justice de la République, la Cour de cassation peut être saisie d'un pourvoi et exerce alors un contrôle de pleine juridiction en fait et en droit, lorsqu'elle est saisie de tous moyens de nullité, y compris celui qui viserait la nullité de la mise en examen, faute d'indices graves ou concordants au sens de l'article 80-1 du code de procédure pénale[43]. En l'espèce, la demanderesse a présenté une requête en nullité en ce sens et s'est désistée de son pourvoi, de sorte que l'arrêt qui a rejeté ladite requête est devenu irrévocable.

En aval de la décision de renvoi devant la juridiction de jugement, le pourvoi est ouvert contre les arrêts de la Cour de justice de la République, et la Cour de cassation est appelée, dans ce cadre, à exercer son contrôle sur les éléments constitutifs de l'infraction[44]. Et il faut rappeler que, selon l'article 34 de la loi organique du 23 novembre 1993, les dispositions du second alinéa de l'article L. 131-4 (devenu L. 431-4) du code de l'organisation judiciaire sont applicables dans le cas de l'annulation, par la Cour de cassation, d'un arrêt rendu par la Cour de justice de la République.

1.2.3. Précédents de l'assemblée plénière apportant un éclairage sur la recevabilité des moyens, au moins en droit de la presse

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

Sur le pourvoi contre la décision de la commission d'instruction portant renvoi d'un ministre pour infraction en matière de presse, l'assemblée plénière a examiné les exceptions de prescription[45] et d'irrégularité du réquisitoire au regard des articles 65 et 50 de la loi sur la liberté de la presse[46], ainsi que le moyen pris d'un excès de pouvoir de la commission, à laquelle il était fait grief d'avoir requalifié les faits en méconnaissance des règles en matière de presse. En revanche, l'arrêt a relevé que la discussion sur l'absence d'identification des victimes relevait du débat contradictoire et que, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, elle échappe à la compétence de la juridiction d'instruction. Enfin, la Cour de cassation a relevé un moyen d'office, pris de la violation de l'article 19 de la loi organique, en ce que la commission d'instruction avait excédé les limites de sa saisine, en renvoyant le prévenu pour des faits non visés dans le réquisitoire du procureur général.

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

I. - L'article 432-16 du code pénal : historique du texte

1.1. Antérieurement au code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994

L'article 432-16 prévoit : « *Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

L'article 432-15, auquel l'article 432-16 renvoie, dispose : « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de* [1 000 000 francs] *1 000 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction.*

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

Cet article a fait l'objet de deux questions prioritaires de constitutionnalité, que la chambre criminelle a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel[47].

Les dispositions précitées puisent leurs sources dans le droit romain et dans celui de l'Ancien régime réprimant le crime de *péculat*, soustraction ou détournement de fonds publics commis par les dépositaires de deniers ou de droits royaux. Si le code pénal de 1791 a introduit l'infraction de détournement de deniers par un dépositaire ou un comptable publics, celui de 1810 a opéré une distinction entre, d'une part, les articles 169 à 173 du code pénal, d'autre part, les articles 254 et 255 dudit code au sein d'un titre I intitulé « *Crimes et délits contre la chose publique* », qui, loin de clarifier les qualifications, a ajouté une complexité certaine à leur analyse[48].

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S'apparentant à un abus de confiance, ces infractions étaient réprimées en dehors du cadre général de l'article 408 de l'ancien code pénal[49], du fait de la qualité de l'auteur[50], élément constitutif de l'infraction prévue à l'article 169 précité, « *lorsque* [celui-ci] *détourne des deniers qui* [lui] *ont été remis en vertu de ses fonctions, par la volonté de la loi, en raison d'une confiance nécessaire* »[51]. L'auteur du détournement pouvait être un comptable de droit ou de fait[52] et les dépositaires publics devaient être investis de leurs fonctions par une décision de l'autorité publique[53]. La preuve du caractère frauduleux du détournement était souveraine[54] et la chambre criminelle admettait qu'il résultait de la simple affirmation que le coupable avait « *détourné ou soustrait* » des fonds remis.[55]

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

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

L'article 255 : « *Quiconque se sera rendu coupable des soustractions, enlèvements ou destructions mentionnés en l'article précédent, sera puni de la réclusion.*

Si le crime est l'ouvrage du dépositaire lui-même, il sera puni de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans ».

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

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

- toute autre personne coupable de soustraction ou destruction volontaire était punie de la réclusion[56].

La qualité de dépositaire public constituait donc une circonstance aggravante du délit de l'article 255[57]. Selon la formule de F. Hélie, « *c'est la violation du dépôt public, l'attentat commis envers l'autorité publique et non le dommage causé à autrui qui était puni* »[58]. Dans leur *Précis de droit pénal spécial*, MM. Rousselet et Patin relèvent qu'à la différence des articles 169 et 173, « *les articles 254 et 255 s'appliquent non seulement aux fonctionnaires, mais à toutes personnes, et les choses protégées ne sont pas seulement, comme dans le cas de l'article 169, des effets ayant une valeur estimative* »[59].

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

1.2. Les travaux parlementaires du code pénal

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

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

---

49 R. Vouin, *Précis de droit pénal spécial*, Librairie Dalloz, 1re édition, 1953, pages 387 et s.
50 Crim., 18 octobre 1924, *Bull. crim*. 1924, no 363.
51 Crim., 12 juillet 1938, *Bull. crim.* 1938, no 178.
52 Crim., 16 juillet 1908, *Bull. crim*. 1908, no 309.
53 Crim., 10 juillet 1951, *Bull. crim*. 1951, no 273 ; Crim., 24 juin 1987, pourvoi no 87-82.333, *Bull. crim.* 1987, no 267 (cassation).
54 Crim., 7 juillet 1916, *Bull. crim.* 1916, no 151 cité par A. Vitu, « Destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique », *in Juris-Classeur pénal*, articles 432-15 et 432-16, Fascicule 20.
55 Crim., 19 janvier 1960, *Bull. crim.* 1960, no 26 : selon le sommaire de l' arrêt, « *L'article 169 n'exige pas du juge du fond la constatation de l'intention frauduleuse de l'auteur du détournement. Constate suffisamment cette intention l'arrêt qui retient à la charge de l'accusé le fait d'avoir détourné ou soustrait des deniers publics* ». On peut penser que cette solution s'explique par la compétence de la cour d'assises, échappant à l'obligation de motiver ses décisions.
56 Pour une vue d'ensemble, R. Vouin, *Précis de droit pénal spécial*, Dalloz, 1re édition, 1953, page 387 et s.
57 Crim., 19 septembre 1872, *Bull. crim.* 1872, no 240, cité par F. Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, Librairie des Juris-Classeurs, édition 1928, pages 522 et s.
58 F. Hélie, *op. cit.*
59 M. Rousselet et M. Patin, *Précis de droit pénal spécial*, Librairie du recueil Sirey, 6e édition, 1950, pages 55 et s.
60 E. Garçon, *Code pénal annoté*, tome 1, 1901-1906, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, page 601.
61 Rapport de la commission des lois de l'Assemblée générale, F. Colcombet, exposé général, no 2244, pages 22 et s.

Comme le montrent les travaux parlementaires, ces nouvelles dispositions ont été examinées conjointement et la qualité de l'auteur auquel les biens ou objets sont remis en raison de ses fonctions est le critère de la division opérée, au sein du titre III, en deux chapitres distincts, selon que les personnes visées sont de simples particuliers ou des dépositaires de l'autorité publique[62].

Dans le chapitre II, visant « *Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* », au sein d'une section III relative aux « *Manquements au devoir de probité* », et du paragraphe 5, « *De la soustraction et du détournement de biens* », les articles 432-15 et 432-16 du code pénal incriminent l'acte intentionnel ou la négligence du dépositaire public. Comme le remarque un auteur, « *La double incrimination* […] *permet de souligner l'importance de la valeur protégée : il y va du crédit de l'administration à l'égard du public, qui risque de ne plus lui accorder sa confiance* »[63]. La définition des actes répréhensibles est plus large qu'autrefois, puisqu'aux détournements et soustractions, s'ajoute la destruction. Seules les dispositions du second alinéa de l'article 432-15 incriminent la tentative du délit. S'agissant de ce même article 432-15, à la qualification criminelle initialement soutenue par le Sénat lors de la discussion du projet de loi, a finalement été préférée une peine de dix ans, maximum de l'emprisonnement correctionnel, outre l'amende. Le comportement négligent, quant à lui, est puni d'un an d'emprisonnement, outre une amende et les peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code précité. Au titre de l'article 432-15 du code pénal, sont concernées, dans une définition plus large que celle prévue à l'article 169 ancien, les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public, ou leurs subordonnés auxquelles les biens ou objets ont été remis en raison de leurs fonctions[64]. L'article 432-16 reprend la même énumération, à l'exclusion des subordonnés, sur lesquels ne pèse pas la même obligation de surveillance[65].

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

La lecture des débats parlementaires montre que l'incrimination de la soustraction et du détournement de biens publics par des particuliers a été initialement omise. L'article 433-4 a été introduit à la suite d'un amendement du Sénat constatant cet oubli dans le projet de loi initial[66], au sein du même titre, dans un chapitre distinct intitulé « *les atteintes à l'administration publique commises par les particuliers* ». Au sein d'une section III, « *De la soustraction et du détournement de biens contenus dans un dépôt public* », l'article 433-4 du code pénal prévoit : « *Le fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés, est puni de sept ans d'emprisonnement et de* [100 000 francs] *100 000 euros d'amende. La tentative du délit prévu à l'alinéa précédent est punie des mêmes peines* ».

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

II. - Les moyens

Premier moyen

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

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

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

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

La définition des conditions préalables en droit pénal est très incertaine, à tel point que la commission de révision du code pénal avait relevé que cette notion désigne « *en réalité certains éléments constitutifs et* […] *elle n'apparaît pas suffisamment élaborée* »[67].

---

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

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

64 F. Colcombet, *op. cit.*

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

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

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

Elle est évoquée notamment en droit international, au regard de la localisation de l'infraction dans l'espace, ou par rapport à des normes extra-pénales préalables relevant par exemple du droit civil ou administratif pour envisager l'office du juge pénal et l'autonomie du droit pénal[68]. Certains auteurs ont tenté de cerner la notion.

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

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

Certains auteurs ont estimé que la division voulue par le législateur entre les faits imputables au dépositaire public et ceux commis par un particulier fonde une distinction entre conditions préalables et éléments constitutifs. Pour E. Dreyer, la qualité de la personne poursuivie et des objets protégés sont des préalables. Il relève que « *la question d'une atteinte aux biens au sens des articles 432-15 et 432-16 ne peut être posée que s'il a été vérifié, au préalable, que l'acte reproché a bien été accompli dans le périmètre commun défini par ces deux textes. En effet, ces infractions ne peuvent être reprochées qu'à certaines personnes au regard de certains objets* ». M. L. Rassat évoque également, en les qualifiant de conditions préalables, les objets visés et les personnes auxquelles ont été remis les biens[70]. A. Vitu distingue également deux conditions préalables que sont, selon lui, la qualité de l'agent et les biens sur lesquels portait l'obligation de surveillance ; c'est-à-dire les objets détruits, détournés ou soustraits[71].

On le voit, pour une partie de la doctrine, seule la remise des fonds et la qualité de l'auteur du délit constituent des conditions préalables[72]. Selon ces auteurs, l'incrimination suppose un résultat et, à ce titre, le détournement constitue une composante de l'infraction, qui a le caractère d'une infraction matérielle. Aussi, la simple impossibilité de représenter la chose confiée ne suffit pas à caractériser la négligence[73]. Pour certains de ces auteurs, « *un acte de destruction, détournement ou soustraction est bien accompli, mais il n'émane pas de l'auteur légal de l'infraction. Il émane d'un tiers. L'agent se voit tout au plus reprocher d'avoir laissé un tel acte s'accomplir. Tenu à une obligation de surveillance, l'agent aurait dû prévenir cet acte, ou, à tout le moins, l'empêcher. S'il s'est abstenu, il doit répondre de son défaut d'attention* »[74].

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

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

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

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

A. - 2. Jurisprudence

Le mémoire ampliatif propose un rapprochement avec l'infraction de recel, prévue à l'article 321-1 du code pénal, infraction de conséquence, qui est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit, ou encore

---

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

69 *Droit pénal général*, 7e édition, Armand Colin, no 302 et s.

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

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

72 A. Vitu, *op. cit.*

73 A. Vitu, *op. cit*

74 E. Breen, « Responsabilité pénale des agents publics », *in Juris-Classseur Fonctions publiques*, Fascicule 190.

75 M. L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, no 1109.

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

77 S. Corioland, « Responsabilité pénale des personnes publiques, infractions non intentionnelles », Dalloz, *in Répertoire de la puissance publique*, no 134 et s.

de bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit. Trois arrêts sont cités par le mémoire dans lesquels la chambre criminelle a censuré des décisions de juges du fond ayant retenu la culpabilité d'un demandeur pour recel, sans avoir caractérisé le crime ou le délit préalable[78].

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

A. - 2.1. Jurisprudence relative au recel

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

Selon la jurisprudence de la chambre criminelle[80], cette infraction ne peut être retenue si le fait qui a procuré la chose n'est pas susceptible de qualification pénale, ainsi d'une chose abandonnée, ou d'une infraction abrogée[81], ou lorsqu'il manque un élément constitutif de l'infraction originaire, ou encore en présence de faits justificatifs, ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime, légitime défense et état de nécessité[82]. Mais l'infraction de recel subsiste en cas de causes de non-imputabilité personnelles à l'auteur principal, telles que le trouble psychique[83].

Les éléments constitutifs de l'infraction d'origine doivent être relevés par les juges. Ainsi, ils ne peuvent se borner à affirmer que le prévenu détient des objets de provenance suspecte[84]. La Cour de cassation censure les décisions des juridictions de fond qui retiennent la culpabilité du receleur sans caractériser les éléments constitutifs[85].

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

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

Par ailleurs, les juges ne peuvent se fonder sur des circonstances indéterminées de l'infraction d'origine pour entrer en voie de relaxe. Dans un arrêt du 6 juin 1996[88], sur le pourvoi formé contre une décision ayant relaxé un prévenu de recel au motif que « *les circonstances de la disparition des bons demeurent indéterminées et que le détournement reproché* […] *n'est nullement établi* », la chambre criminelle a censuré cette décision ayant déduit « *l'inexistence du recel de l'indétermination des circonstances de l'infraction originaire* ».

Enfin, il est important de noter que la décision ayant prononcé sur l'infraction principale n'a pas autorité de chose jugée par rapport à la juridiction saisie des poursuites pour recel[89]. Mais cette juridiction ne peut condamner le prévenu pour recel sans constater les éléments de l'infraction d'origine[90].

A. - 2.2. Pertinence du rapprochement proposé entre le recel, infraction de conséquence, et le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal

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

- autrefois rangé dans les hypothèses de complicité de l'infraction principale[91], le recel, devenu autonome, reste analysé comme une infraction de conséquence compte tenu de la condition préalable de délit ou de crime qu'il présuppose. Ce lien étroit avec le délit principal est attesté par le fait qu'il constitue un cas légal de connexité avec l'infraction principale, prévu à l'article 203 du code de procédure pénale, permettant la saisine d'un même juge. La jurisprudence a même admis des cas d'indivisibilité entre le délit principal et le recel, au sens de l'article 382

---

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

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

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

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

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

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

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

85 Crim., 26 décembre 1918, *Bull. crim.* 1918, n° 247, au sujet de l'infraction principale d'escroquerie, dont les juges ont omis de préciser, dans un cas où pourtant la condamnation de l'auteur principal était passée en force de choses jugée, « *ni le faux nom, ni les fausses qualités dont le prévenu aurait fait usage, ni les manoeuvres frauduleuses qu'il aurait employées, ni les circonstances dans lesquelles ces faits se seraient produits* » ; Crim., 5 décembre 1946, précité : « *Attendu que l'infraction de recel n'existe qu'autant qu'il est juridiquement justifié d'une autre infraction à l'aide de laquelle les choses qui auraient été recelées ont été enlevées, détournées ou obtenues* » ; Crim., 23 mai 1962, précité : cassation d'un arrêt ayant omis d'établir le caractère frauduleux de la soustraction relevée ; Crim., 8 octobre 1998, pourvoi n° 97-83.293, cassation d'un arrêt ayant omis de caractériser l'abus de confiance, et notamment le contrat en cause ; Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11- 80.763 : cassation d'un arrêt ayant retenu la culpabilité d'une personne, en l'état de constatations « *qui ne caractérisent pas l'infraction originaire dont elle aurait bénéficié* ».

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

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

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

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

90 Même arrêt.

91 Avant la loi du 22 mai 1915.

du code pénal[92]. Tel n'est pas le cas de l'article 432-16 du même code, inséré dans le code pénal comme une infraction autonome, propre à certaines personnes en raison de leur qualité publique, et qui plus est, qui ne fait pas l'objet d'une disposition analogue en matière de connexité, de faculté de renvoi de compétence d'une juridiction à une autre ou de décisions ayant retenu une indivisibilité avec une autre infraction, au sens de l'article 382 du code de procédure pénale ;

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

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

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

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

A. - 3.1. L'arrêt de la commission d'instruction est provisoire et n'a pas autorité de chose jugée[93].

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

Dans une étude sur la contrariété de décisions pénales[94], un auteur observe que dans les cas de poursuites successives, telles que celle d'une infraction principale et d'un délit de recel, ou contre un auteur principal et son complice, une telle hypothèse de contrariété se pose pour la juridiction saisie en second lieu de ce qui a été jugé définitivement avant.

Rappelant l'autorité relative de la chose jugée, limitée aux parties figurant au procès, l'auteur remarque que le grief tiré d'une contrariété de décisions n'est pas admis en jurisprudence[95], sauf exceptions[96].

A. - 3.2. L'autonomie des procédures parallèles suivies concomitamment devant les juridictions judiciaires et la Cour de justice.

Cette autonomie, qui paraît répondre à la volonté du législateur, a été affirmée à l'occasion de précédents[97].

L'apport de l'arrêt de l'assemblée plénière du 23 juillet 2010[98] : un ministre avait été poursuivi des chefs de complicité d'abus de bien sociaux, recel d'abus de biens sociaux et corruption passive, tandis que les auteurs étaient par ailleurs poursuivis devant la juridiction judiciaire. Ce ministre ayant été relaxé du chef de corruption passive, le procureur général, auteur du pourvoi, faisait valoir que cette prévention ne pouvait pas être écartée en raison de la décision définitive de la juridiction judiciaire, ayant retenu la culpabilité d'autres auteurs du chef de corruption active. L'arrêt a rejeté le moyen au motif que « *la Cour de justice de la République, qui n'était pas tenue par les termes de l'arrêt, désormais définitif, du 18 septembre 2009, de la cour d'appel de Paris concernant d'autres parties, a justifié sa décision* ».

L'autonomie ainsi affirmée a pour corollaire la mise en place d'un mécanisme de versement de pièces d'une procédure à l'autre qui trouve notamment application dans le cas de poursuites parallèles. La demanderesse fait d'ailleurs état de sa demande en ce sens, restée sans réponse, tendant à obtenir des informations sur les poursuites engagées au tribunal de grande instance de Paris. Dans son arrêt du 8 avril 2010[99], sur des poursuites contre des auteurs devant le juge judiciaire, parallèlement à la saisine de la Cour de justice, la chambre criminelle a considéré que le versement de pièces de procédure d'une juridiction à l'autre relevait de l'appréciation souveraine des juges[100]. Allant plus loin encore dans une démarche favorable à l'autonomie des procédures, la chambre criminelle, sur les pourvois de M. Y… et d'autres mis en examen, a jugé que la chambre de l'instruction avait à bon droit relevé qu'il entrait dans ses pouvoirs d'apprécier la régularité d'actes accomplis par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, à laquelle il était reproché une saisine irrégulière[101].

---

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

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

94 Note MRMP précitée.

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

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

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

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

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

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

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

B. - La notion de détournement

B. - 1. Motivation de l'arrêt sur le détournement

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

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

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

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

Les observations récapitulatives aux fins de non-lieu n'exposaient pas que le détournement fût une condition préalable de l'infraction de l'article 432-16 du code pénal. Les observations déposées par Me Repiquet soutenaient qu'aucune négligence n'avait conduit à la fraude constatée au prix d'investigations ultérieures. Par ailleurs, comme le relève la commission d'instruction, aucune demande tendant à ce qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue des autres procédures, pénale et civile, suivies devant les juridiction de droit commun ne lui a été présentée[102].

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

« *Attendu que l'information suivie au tribunal de grande instance de Paris pour, notamment, escroquerie en bande organisée, détournement de fonds publics et complicité de ce délit, dans laquelle ont été mis en examen de ces chefs MM. Y…, I…, G…, C…, E… et H…, si elle n'est pas clôturée, a mis en évidence le caractère indu de l'octroi par le tribunal arbitral, dont les sentences ont été rétractées par l'arrêt du 17 février 2015 de la cour d'appel de Paris, d'une somme - évaluée à environ 403 millions d'euros - au bénéfice des liquidateurs du groupe Bernard Tapie et des époux Y… (cf.* supra*, 1.2.1.7 et 1.2.2.2) ; que la réalité du détournement de ces fonds publics, confirmée par les autres éléments du présent dossier, suffit à justifier qu'il soit mis fin à la présente information ; qu'en effet, le délit prévu par l'article 432-16 du code pénal, constitutif, comme le blanchiment, d'une infraction distincte et autonome, suppose seulement que soit constatée l'existence d'un fait punissable de détournement de fonds publics, lequel pourrait même ne pas avoir fait l'objet de poursuites (cf., pour la complicité, Crim., 28 novembre 2006, pourvoi n° 06- 81.060,* Bull. crim. *2006, n° 294 (rejet) ; pour le blanchiment, Crim., 20 février 2008, pourvoi n° 07-82.977,* Bull. crim. *2008, n° 43 (rejet) et Crim., 9 avril 2015, pourvoi n° 14-87.660,* Bull. crim. *2015, n° 76 - rejet) ;*

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

B. - 2. Références de jurisprudence en matière de détournement

B. - 2.1. Le détournement, élément commun à plusieurs infractions

Commun à de nombreuses infractions, le détournement est constitué notamment du fait d'un changement de destination de la chose remise à une fin précise[103], d'une dissipation du bien remis, d'un usage abusif s'il implique du possesseur la volonté de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de chose[104], d'un usage non conforme à la destination de fonds remis[105]. En matière d'abus de biens sociaux, le détournement est caractérisé à partir d'un acte contraire à l'intérêt de la société[106], tel que le paiement de dépenses étrangères au fonctionnement de ladite commune[107], l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins personnelles[108], l'utilisation, à des fins étrangères à celles prévues, des fonds publics ou

---

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

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

[104] *Cf.* article précité, n° 53 et suivants.

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

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

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

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

privés remis[109], l'affectation de personnel à des tâches non conformes aux emplois prévus[110]. Se rend coupable de détournement une personne dépositaire de l'autorité publique ayant la qualité d'ordonnateur d'un conseil général qui engage et liquide des dépenses à des fins étrangères à celles prévues pour le fonctionnement de la collectivité, peu important que l'intéressé n'ait pas eu la détention matérielle des fonds[111]. Il en est de même d'une personne publique ayant contribué personnellement à l'utilisation de fonds à des fins étrangères à celles destinées à l'insertion des personnes en difficulté[112]. Le détournement est également constitué par le fait, pour un maire, de mettre à la disposition d'un de ses amis, pendant plusieurs mois, un photocopieur loué et payé par la mairie[113] et le fait, pour un notaire, de se dessaisir d'un testament[114]. Et la circonstance d'une dissimulation de la fraude constitutive d'un détournement retarde le point de départ du délai de prescription, car il s'agit d'une infraction occulte[115].

B. - 2.2. La jurisprudence intervenue sous l'empire des anciens articles 169 et 254 du code pénal et de l'article 432-16 du code pénal

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

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

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

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

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

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

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

Dans un arrêt du 23 décembre 1965, commenté[119], la cour d'appel de Nancy s'est prononcée dans les circonstances suivantes : un secrétaire de mairie, également instituteur, détenait, en sa qualité de dépositaire, des registres de l'état civil dans le local de l'école où il résidait. À la suite d'un différend conjugal, il avait quitté son domicile et les registres étaient restés introuvables. Le dépositaire avait été poursuivi pour le délit précité et contestait les faits, exposant que sa femme cherchait à lui nuire. La cour a cependant écarté la contestation portant sur la soustraction en relevant seulement que « *le fait matériel de la soustraction des documents est constant* » et que l'intéressé « *n'a même pas eu le soin élémentaire de les mettre sous clé, alors qu'il aurait dû restituer* [les registres] ».

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

---

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

[110] Crim., 13 septembre 2006, pourvoi n° 05-84.111, *Bull. crim.* 2006, n° 220 (cassation partielle). La chambre criminelle a retenu « *que l'affectation, en connaissance de cause, des agents municipaux à des tâches non conformes aux emplois prévus implique le détournement de leur rémunération, opérée par prélèvement sur le budget de la commune* ».

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

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

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

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

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

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

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

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

[119] *JCP* 1967, éd. G, II, 14949.

La chambre criminelle s'est prononcée par arrêt du 26 novembre 1991[120] sur l'application de l'article 254 dudit code. Les circonstances étaient les suivantes : un greffier en chef d'une juridiction avait été condamné pour le délit prévu à l'article 254 précité, à la suite de la disparition de quarante-quatre scellés dérobés dans le coffre-fort ou dans la salle commune du greffe, pour un montant de 167 000 francs, dont les auteurs de la soustraction étaient restés inconnus.

Pour rejeter le pourvoi, la chambre criminelle a retenu « *que les juges relèvent que si l'information n'a pas identifié les auteurs de cette soustraction, celle-ci a été permise par la négligence de X…, auquel, selon les termes de l'article R. 812-3 du code de l'organisation judiciaire, la garde des scellés incombait ; qu'ils observent notamment que ce dernier n'avait pris aucune disposition pour assurer le contrôle et la sécurité des valeurs détenues ni donné des instructions au personnel placé sous son autorité* […] ;

Attendu qu'en l'état de ces constatations et énonciations, c'est par une appréciation souveraine, que les moyens reviennent à remettre en cause, des éléments de preuve réunis par l'information et contradictoirement discutés au cours des débats que la cour d'appel a, sans renversement de la charge de la preuve ni insuffisance ou contradiction, jugé qu'était constitué à l'égard de X… le délit poursuivi ».

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

Les arrêts faisant application de l'article 432-16 du code pénal sont aussi l'exception, preuve de la rareté des poursuites engagées à ce titre. Sur les douze arrêts recensés sur jurinet, seuls cinq concernent l'infraction précitée[121].

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

Dans un arrêt du 9 novembre 1998[122], un maire avait été poursuivi, comme complice de la secrétaire de mairie - ayant elle-même effectué des dépenses personnelles avec le budget de la mairie -, pour avoir signé des bons de commande et des factures sans rapport avec les besoins de la municipalité. La secrétaire de mairie a été condamnée pour le délit prévu par l'article 432-15 du code pénal. Pour rejeter le pourvoi de l'intéressé, qui soutenait notamment que cette qualification était fondée sur des faits distincts de ceux de la prévention et qu'ainsi, les droits de la défense avaient été violés, la chambre criminelle retient que « *le prévenu s'est expliqué devant la cour d'appel sur la requalification des faits poursuivis et que les juges ont puisé les éléments de leur décision dans les faits mêmes dont ils étaient saisis* »[123].

Dans un arrêt du 22 février 2006[124], la gérante d'une agence postale avait été initialement poursuivie, au côté d'un autre prévenu, pour avoir détourné des fonds en omettant de délivrer immédiatement un reçu des fonds remis et en dissimulant ces détournements. La cour d'appel a retenu qu'il n'était pas prouvé qu'elle fût l'auteur de tels détournements, mais qu'en omettant d'établir immédiatement un reçu après chaque dépôt, elle s'était rendue coupable de négligences en application de l'article 432-16 du code pénal. Sur le pourvoi de l'intéressée contestant une telle requalification, la chambre criminelle, reprenant la solution antérieure, a rejeté le pourvoi, en jugeant que la cour d'appel avait puisé dans les faits mêmes dont elle était saisie.

Deuxième moyen

A. - Les critiques du moyen

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

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

Quant aux deuxième et troisième branches, elles visent la renonciation à l'exercice d'une voie de recours et critiquent les motifs de l'arrêt, en ce sens que l'article L. 431-4, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire ne déroge pas à l'article 480, alinéa 1, du code de procédure civile et ne confère pas une autorité de chose jugée aux

---

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

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

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

123 Crim., 9 novembre 1998, précité.

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

motifs des arrêts rendus par l'assemblée plénière[125]. La demanderesse ajoute que la commission s'est contredite en relevant qu'elle avait été informée qu'il existait un moyen sérieux d'annulation de la sentence tout en retenant que les juristes consultés avaient estimé le contraire.

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

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

B. - 1. Les charges de négligences relevées

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

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

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

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

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

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

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

- sans étude préalable suffisante, Mme X… n'ayant :

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

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

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

- pas cherché à rencontrer Me Soltner, l'avocat du CDR devant l'assemblée plénière, pour qu'il lui expose le contenu de ses écrits des 17 et 23 juillet 2008, lesquels, selon elle, « n'étaient pas d'une lecture très facile » *;*

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

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

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

- de l'organisation de la réunion unanimiste du 20 juillet 2008 ;

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

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

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

La commission relève notamment : « *Il n'est pas contesté qu'au regard de l'article L. 131-4 du code de l'organisation judiciaire, les motifs de l'arrêt du 9 octobre 2006 s'analysent comme autant de «* points de droit jugés par » *l'assemblée plénière, auxquels doit ensuite se conformer le juge de renvoi : ainsi, l'autorité de la chose jugée s'étend, au-delà du dispositif, aux motifs des arrêts de l'assemblée plénière (3e Civ., 9 avril 1974, pourvoi no 71-14.289,* Bull. *1974, III, no 139 ; Soc. 4 février 1982, pourvoi no 81-60.388,* Bull. *1982, V, no 65 : 2e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi no 05-20.282,* Bull. *2006, II, no 363). Certes, comme le rappelle Me Spinosi dans sa consultation du 25 juillet 2008, le tribunal arbitral ne saurait être assimilé à une cour d'appel de renvoi, telle que visée par le texte ci-dessus rappelé ; néanmoins, ce tribunal devait statuer en droit et était, en application*

[125] Dans ce sens, le mémoire cite les précédents suivants :
2e Civ., 22 mai 2014, pourvoi no 13-19.500 : « *Qu'en statuant ainsi, en conférant aux motifs de l'arrêt du 21 octobre 2008 selon lesquels les stipulations de l'annexe litigieuse se rattachaient au contrat d'assurance en cause une autorité de chose jugée dont ils étaient dépourvus, eussent-ils été le soutien nécessaire du dispositif, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ;
Com., 9 décembre 2008, pourvoi no 07-22.021 : « *Attendu que les motifs d'un arrêt, fussent-ils le soutien nécessaire du dispositif, n'ont pas l'autorité de la chose jugée* ».
1re Civ., 22 novembre 2005, pourvoi no 02-20.122, *Bull.* 2005, I, no 425 (cassation) : « *Vu les articles 1351 du code civil et 480 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif* » ;
2e Civ., 5 avril 1991, pourvoi no 89-20.546, *Bull.* 1991, II, no 109 (cassation) : « *Vu l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 480 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif* ».

[126] Page 39 de l'arrêt.

de l›article 7-1 du compromis, « tenu par l'autorité de la chose jugée *[de]* l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 »*, de sorte qu'il devait se conformer à la jurisprudence ci-dessus rappelée et à la délimitation, par l'arrêt de l'assemblée plénière, du champ de l'action du groupe Bernard Tapie, réservée au préjudice susceptible de résulter de la violation du mandat de vente et du mémorandum, mais exclue pour les dommages par ricochet liés à sa seule qualité d'actionnaire* »[127].

L'arrêt poursuit ainsi, sur les éléments à charge : « *Attendu que, selon l'article 7-1 du compromis d'arbitrage, le tribunal arbitral était* « tenu par l'autorité de la chose jugée des décisions définitives rendues dans les contentieux, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005 » *; que caractérisent dès lors une violation manifeste de la délimitation du préjudice par l'assemblée plénière - qui avait exclu explicitement la perte de plus-value éprouvée par la société GBT en sa seule qualité d'actionnaire - les motifs de la sentence arbitrale selon lesquels :*

- les arbitres n'avaient pas à « se livrer à une interprétation des motivations de la Cour de cassation pour considérer que celles-ci viennent éclairer l'arrêt de la cour d'appel du 30 septembre 2005, voire en limiter la portée »*, dès lors que,* « le pourvoi étant rejeté, l'arrêt étant définitif, l'action des liquidateurs est recevable »*, cette recevabilité étant* « sans aucune limite » *;*

- la Cour de cassation, en spécifiant que les liquidateurs « n'avaient pas […] à demander la plus-value résultant de la vente dont ils auraient été privés »*, n'aurait pas, pour autant, interdit à ceux-ci* « de demander l'équivalent de la plus-value » ;

- « *la demande de réparation du préjudice ne peut être limitée à la seule exécution du mémorandum* » *;*

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

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

- ont été indemnisés pour des préjudices autres que ceux résultant directement de manquements aux conventions souscrites ;

- ont perçu une indemnisation d'un montant largement supérieur à la somme prévue par le mémorandum ;

Attendu que les arbitres, tenus de subordonner la recevabilité des liquidateurs à la démonstration que la société GBT avait subi personnellement des préjudices et d'exclure du périmètre de l'indemnisation l'absence de remontée de la plus-value qui aurait dû profiter à son ancienne filiale, ont fait exactement le contraire ; qu'en méconnaissant ainsi le droit et l'autorité de la chose jugée, ils ont assurément manqué à leur obligation de juger en droit et de « se conformer à la mission qui *[leur]* était confiée »*, au sens des articles 1484, 3°, du code de procédure civile précité et 7-1 du compromis d'arbitrage, exposant leur sentence à un risque d'annulation ; qu'il existait donc un moyen sérieux à faire valoir à l'appui d'un recours, comme l'avait relevé avec clarté et pertinence Me Soltner dans sa consultation du 23 juillet 2008 et comme l'avait alors confirmé Me Martel* »[128].

L'article L. 131-4 (devenu L. 431 4) du code de l'organisation judiciaire énonce, dans son second alinéa : « *lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci* ».

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

L'arrêt se réfère aux précédents suivants :

- 3e Civ., 9 avril 1974, pourvoi n° 71-14.289, *Bull.* 1974, III, n° 139 : rejet du pourvoi contre un arrêt qui, selon la Cour de cassation, « *n'a fait que se conformer à la décision de l'assemblée plénière rendue* […] *dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant de la même qualité* » ;

- Soc., 4 février 1982, pourvoi n° 81-60.388, *Bull.* 1982, V, n° 65 : rejet du pourvoi contre un arrêt, la Cour de cassation énonçant : « *Que la juridiction de renvoi n'est tenue de se conformer à la décision de l'assemblée plénière que sur les points de droit jugés par celle-ci et qu'elle reste libre de modifier les constatations et appréciations de fait contenues dans la décision cassée* » ;

- 2e Civ, 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.282, *Bull.* 2006, II, n° 363 : rejet du pourvoi contre un arrêt, la Cour de cassation retenant : « *Mais attendu que la cour de renvoi, saisie à la suite d'un arrêt de cassation totale n'émanant pas de l'assemblée plénière, était investie de la connaissance du litige dans tous ses aspects de fait et de droit au moment où elle statuait, sans être tenue de se conformer à l'arrêt de cassation l'ayant saisie qui avait adopté une solution au maintien de laquelle les emprunteurs n'avaient pas de droit acquis et qu'aucun principe n'imposait aux juges du fond de conserver* ».

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

---

[127] Page 29 de l'arrêt.
[128] Pages 51 et 52 de l'arrêt.
[129] *Répertoire de procédure civile*, n° 1005 et suivants.

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

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

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

- 2e Civ., 5 avril 1991, pourvoi n° 89-20.546, *Bull.* 1991, II, n° 9 (cassation) : « *Vu l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 480 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif* ».

C. - La faute de négligence vue par la doctrine

La faute de négligence constitue l'élément intellectuel de l'infraction visée à l'article 432-16 du code pénal. Les travaux parlementaires montrent que cette faute est intrinsèquement liée à la garde de la chose remise entre les mains du dépositaire public. Elle présuppose la remise de la chose, laquelle n'implique pas la détention matérielle[130].

Sur l'élément moral ou intellectuel des infractions involontaires, F. Desportes et C. Le Gunehec rappellent que le terrain des infractions non intentionnelles, assez restreint, tend à sauvegarder des valeurs qui font l'objet d'une « surprotection » : le respect de la vie et de l'intégrité de la personne (articles 221-6, 222-19 du code pénal), mais également d'autres valeurs telles que la protection des intérêts fondamentaux de la nation ou de l'autorité de l'État, en particulier la divulgation, par imprudence ou négligence, d'un secret de défense nationale (article 413-10, alinéa 3, du code pénal) ou bien la soustraction d'un bien confié à un dépositaire résultant de sa négligence (article 432-16 du code pénal).

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

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

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

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

E. Dreyer souligne, quant à lui, que « *l'agent se voit tout au plus reprocher d'avoir laissé un tel acte* [de détournement] *s'accomplir. Tenu à une obligation de surveillance, l'agent aurait dû prévenir cet acte ou, à tout le moins, l'empêcher. S'il s'est abstenu, il doit répondre de son défaut d'attention. Un tel comportement ne pouvant être puni au titre de la complicité, il a fallu l'incriminer à titre autonome* ». Il poursuit ainsi, sur la perception par l'agent de son acte : « *Au sens de l'article 432-16, la destruction, le détournement ou la soustraction accompli par un tiers résulte d'un défaut d'attention de l'agent. Le texte ne parle que de négligence mais cela suffit pour indiquer que l'agent ne doit pas s'être associé à l'acte de destruction, détournement ou soustraction. Auquel cas il pourrait sans doute être poursuivi comme son complice. Il s'agit de prévenir ici le sentiment d'insécurité que pourraient ressentir les citoyens en s'adressant à leur administration : ils ne doivent pas s'en méfier à raison de sa désorganisation et de l'incompétence de ceux qui doivent veiller à leur fonctionnement* »[133].

M. Véron souligne, de son côté, « *qu'il ne s'agit pas de sanctionner une forme de complicité qui suppose l'intention de s'associer à la commission de l'infraction, mais la simple négligence ou l'imprudence du dépositaire qui ne prend pas de précautions suffisantes pour protéger fonds, titres ou pièces dont il a la garde* »[134].

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

Sous l'empire de l'article 254 du code pénal, la cour d'appel de Nancy, par un arrêt déjà cité, a sanctionné un secrétaire de mairie négligent, auquel avait été confié des actes d'état civil, disparus dans des circonstances restées inconnues. L'arrêt a relevé que l'intéressé ne s'était pas soucié du sort des actes en cause et n'a pas pris le soin élémentaire de les mettre sous clé. L'arrêt retient le contexte matrimonial pouvant expliquer un geste malveillant de son épouse (qui n'est pas prouvé), cette circonstance ne permettant pas, selon l'arrêt, d'enlever

130 Ainsi, les ordonnateurs peuvent se voir appliquer le délit prévu à l'article 432-15 : Crim., 18 octobre 2000, pourvoi n° 99-88.139, *Bull. crim.* 2000, n° 301 (rejet).
131 A. Vitu et W. Jeandidier, *in Juris-Classeur pénal*, articles 432-15 et 432-16 du code pénal, fascicule 20, n° 69, cité par le mémoire ampliatif.
132 M. L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 7e édition, pages 1208 et s.
133 E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 2e édition, Ellipses, pages 598 et s.
134 M. Véron, *Droit pénal spécial*, 15e édition, Sirey, pages 430 et s.

au fait de l'auteur la qualification de négligence, mais seulement d'en faire une circonstance atténuante du point de vue de la peine prononcée. Le commentaire de la décision met en évidence, dans les faits de l'espèce, la désinvolture, la méconnaissance de ses devoirs par l'intéressé[135].

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

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

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

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

- dans l'arrêt déjà cité du 22 février 2006, la chambre criminelle a retenu que les fautes de négligences résultaient de ce que l'auteur omettait d'établir immédiatement un reçu après chaque dépôt d'argent à l'agence postale, qui avait été détourné par un tiers[137].

L'assemblée plénière est donc appelée à se prononcer sur le point de savoir si les griefs peuvent prospérer, au vu de la motivation de l'arrêt.

Troisième moyen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« *La relation directe entre les négligences et le dommage.*

Attendu que, s'agissant du délit spécifique de détournement de fonds publics qui résulte de la négligence de Mme X…, mais a été commis par un tiers, on ne saurait exclure tout lien direct entre la faute et le dommage au seul motif que ce détournement est imputé à des personnes distinctes de celle à laquelle est reprochée la négligence ;

---

135 Cour d'appel de Nancy, 23 décembre 1965 (*JCP* 1967, éd. G, II, 14949).
136 Crim., 9 novembre 1998, pourvoi n° 97-84.696, précité.
137 Crim., 22 février 2006, pourvoi n° 05-84.921, précité.

Attendu, en effet, que la relation à établir est celle susceptible d'exister entre, d'un côté, le détournement de fonds publics par une ou plusieurs autres personnes, actuellement mises en examen comme auteur ou complices de cette infraction dans le cadre de la procédure de droit commun (cf. supra*, 1.2.2), de l'autre, les négligences de la ministre qui viennent d'être rappelées ;*

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que Mme X…, comme elle l'admet elle-même, a pris, au travers des instructions données aux représentants de l'État, deux décisions, celle d'entrer en arbitrage et celle de ne pas faire exercer de recours en annulation de la sentence arbitrale ; que ces décisions, qui sont le produit des négligences multiples ci-dessus énumérées, ont eu pour effet direct d'exposer l'État au paiement de sommes indues, l'arbitrage ayant été insuffisamment encadré et n'ayant pu être annulé, faute de recours ; que, si la première de ces décisions n'avait pas été prise, la voie de l'arbitrage n'aurait pas été ouverte comme elle l'a été, de sorte qu'il n'y aurait pas pu y avoir de détournement ; que, s'il avait été décidé d'exercer un recours contre la sentence arbitrale, celle-ci aurait été remise en cause, avec une perspective sérieuse d'annulation, de sorte que la seconde décision de Mme X… a privé l'État d'une chance d'éviter que ses fonds ne soient détournés ; qu'il existe donc bien un lien « déterminant » entre les négligences fautives de la ministre et le dommage ayant consisté à rendre possible le détournement des fonds publics reproché à des tiers ;

[…] *Attendu, en effet, que la jurisprudence a adopté une conception extensive de la causalité directe entre la faute et le dommage, comme l'a noté notamment Mme Commaret en relevant qu'il suffisait que la négligence ait été «* la cause *[…]* déterminante de l'atteinte à l'intégrité de la personne » *(*GP*, 12-13 avril 2002, p. 4) ; qu'ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la qualité d'auteur direct pour un médecin qui n'avait pas pratiqué lui-même l'incision ayant entraîné l'hémorragie de la patiente (Crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-80.679,* Bull. crim. *2009, n° 33) ou pour des contrôleurs aériens qui avaient autorisé les manœuvres d'alignement sur la même piste, puis de décollage, à deux secondes d'intervalle, de deux aéronefs entrés ensuite en collision (Crim., 16 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.916,* Bull. crim. *2007, n° 245) ;*

Attendu que, comme le relève le ministère public dans ses réquisitions du 18 septembre 2015 sur les requêtes en nullité, il est reproché à Mme X… « d'avoir pris des décisions ayant directement conduit à cet éventuel détournement »*, de sorte que l'alinéa 4 de l'article 121-3 du code pénal n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce ; qu'il n'est toutefois pas inutile de rechercher si, à supposer même que cette disposition eût été applicable, les négligences de Mme X… ne constituent pas une faute caractérisée* ».

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

« 8.2.2 La qualification de « faute caractérisée ».

Attendu qu'il ne saurait être sérieusement soutenu, d'un côté, que l'article 121-3 du code pénal est applicable au délit poursuivi, de l'autre, que la qualification de faute caractérisée « renvoie nécessairement à l'existence d'un risque pour la santé, la vie ou la sécurité des personnes »*, de sorte qu'elle ne pourrait pas «* être retenue à l'occasion de dommages purement financiers » *; qu'il convient donc d'examiner la qualification que sont susceptibles de revêtir les fautes reprochées à Mme X… ;*

Attendu que, par leur multiplicité, leur gravité et leur conjonction, les négligences ci-dessus rappelées, dont il est permis de se demander si certaines - comme celles relatives à l'organisation du processus décisionnel - ne relèvent pas d'un comportement délibéré destiné à justifier des décisions déjà prises, constituent, à tout le moins, des fautes caractérisées exposant l'État à un risque considérable, qui s'est d'ailleurs réalisé, pour les finances publiques ;

Attendu, en conséquence, qu'au regard de l'article 121-3 du code pénal, les négligences reprochées à Mme X… apparaissent comme la cause directe du dommage et, surabondamment, revêtent la qualification, applicable en l'espèce, de fautes caractérisées ».

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

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

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

Lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi contre un arrêt retenant la culpabilité d'une personne du chef de délits non intentionnels, la chambre criminelle exige que l'existence d'un lien de causalité soit certaine et que les motifs de fait lui permettent d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision[139]. Dans un de ses arrêts, cité au rapport de la Cour de cassation, la chambre criminelle a même substitué à la qualification de lien de causalité directe,

---

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

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

retenue par les juges du fond, celle de causalité indirecte, déduite des constatations de l'arrêt[140]. Le contrôle du caractère certain, direct ou indirect du lien de causalité entre les manquements reprochés et la faute se place naturellement au stade du contrôle, par la Cour de cassation, de l'arrêt statuant au fond.

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

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

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

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

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

« *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.*

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

Ces dispositions sont issues de deux réformes successives.

La loi n° 96-383 du 13 mai 1996[143] relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence a modifié l'alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal. Issue d'une proposition de loi déposée par le sénateur P. Fauchon, ce texte, initialement inspiré par la mise en cause jugée excessive d'élus locaux, pour des infractions d'homicides et blessures involontaires et de pollution, visait à introduire une appréciation *in concreto* de la faute dans les infractions non intentionnelles, au regard des circonstances de l'espèce[144].

Relevant l'absence d'un véritable infléchissement de la jurisprudence née de cette réforme[145], le Sénat, à l'initiative de M. P. Fauchon, a déposé une nouvelle proposition de réforme, qui a abouti à la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2010, *« tendant à préciser la définition des délits non intentionnels* », adoptée à l'unanimité par le Parlement. Le législateur, rappelant le nombre réduit de délits non-intentionnels[146] mais celui, jugé préoccupant, des poursuites contre les élus locaux, a été inspiré par la volonté d'encadrer les conditions de la responsabilité pénale des principales infractions non intentionnelles, en particulier les homicides et les blessures involontaires, sans mettre en œuvre de régime spécifique pour les décideurs publics[147].

La loi a ainsi introduit un quatrième alinéa au sein de l'article 121-3, exigeant une faute qualifiée lorsque le comportement a été la cause indirecte du dommage. Comme le souligne un auteur, « *la faute qualifiée n'est pas différente de celle de la faute ordinaire,* […] *mais elle présente un degré de gravité supplémentaire* ». Il ajoute notamment : « *Cette gravité tient au risque dont l'auteur aurait dû avoir conscience et dont il aurait dû en conséquence prévenir la réalisation* »[148]. Cette disposition distingue donc deux fautes (simple[149] et qualifiée) de l'auteur, personne physique, dont l'intensité requise est fonction de la nature du lien de causalité, direct ou indirect[150]. La doctrine a ainsi pu écrire que la loi tendait à privilégier la théorie de la causalité adéquate et se démarquer du principe de l'équivalence des conditions[151]. Cette disposition a été jugée plus douce et donc d'application immédiate[152].

Parallèlement, en adoptant le nouvel article 4-1 du code de procédure pénale, le législateur a mis fin à l'identité des fautes civile et pénale[153], partant du principe que la responsabilité civile a pour objectif la réparation des dommages causés, tandis que la responsabilité pénale tend à protéger les valeurs ou les intérêts de la société[154].

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

150 F. Desportes et F. Le Gunehec, Économica, pages 404 et s.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le champ d'application de l'article 121-3 ne paraît pas devoir être limité aux infractions en matière d'atteintes à l'intégrité physique. L'article 121-3 précité figure dans les dispositions générales sur la responsabilité pénale, et les alinéas 3 et 4 visent la seule catégorie des délits[156].

Pour autant, si, selon la jurisprudence, ces dispositions ne sont pas limitées aux atteintes à l'intégrité physique et aux délits de pollution, elles ne s'appliquent pas à tous les délits de nature non intentionnelle, dès lors que le dommage doit être un élément constitutif du délit[157].

S'agissant en particulier de l'article 432-16 du code pénal, par arrêt du 9 novembre 1998[158], la Cour de cassation a visé l'article 121-3 du code pénal, en retenant que le prévenu n'avait pas accompli « *les diligences normales qui lui incombaient* ».

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

Les précédents[159] déjà cités au rapport apportent un éclairage sur ce qui sépare les articles 432-15 et 432-16 du code pénal, dans leur dimension intellectuelle différente. La chambre criminelle, dans les espèces citées, a approuvé une cour d'appel d'avoir requalifié les faits initialement poursuivis comme infraction volontaire en infraction involontaire.

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

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

Selon la formule d'un autre auteur, l'incrimination de l'article 432-16 du code pénal apparaît dans ces deux précédents comme une « *qualification de repli* »[161], « *lorsque la participation de l'agent public aux détournements n'a pu être prouvée, mais qu'il a tout de même contribué, par sa négligence, à permettre la situation* ». « *Entre détournement effectif et simple négligence ayant permis le détournement, un glissement est toujours possible* »[162].

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

Ainsi, par arrêt du 30 mai 2001, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel qui avait retenu, sur des poursuites engagées sur le fondement de l'article 432-15 du code pénal, contre une personne publique ayant permis la rémunération d'un emploi fictif sur la dotation budgétaire de la collectivité dont elle était chargée, que

---

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

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

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

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

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

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

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

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

« *les délits commis ne sont pas la conséquence d'une simple imprudence de la part des prévenus, mais relèvent d'une volonté de rendre service et d'organiser, au préjudice de la collectivité nationale, une apparence de respect de la loi pour assurer le confort de M.* ».

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

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

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

« *Que l'arrêt énonce que celui-ci a mis à la disposition d'un de ses amis, pendant plusieurs mois, un photocopieur loué et payé par la mairie ;*

Attendu qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel a caractérisé, en tous ses éléments, le délit reproché »[164].

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

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

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

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

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

[163] Crim., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-84.102, *Bull. crim.* 2001, n° 137 (rejet), et commentaire de M. Véron, *Droit pénal*, novembre 2011, comm.126.
[164] Crim., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-87.354 (rejet).
[165] Crim., 19 juin 2002, pourvoi n° 01-84.397, *Bull. crim.* 2002, n° 140 (cassation).
[166] Crim., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-84.102, *Bull. crim.* 2001, n° 137.
[167] M. Véron, *Droit pénal*, novembre 2001, comm.126.

Avis de M. Cordier

Premier avocat général

I. - Présentation des faits et de leur contexte

- La cession de la participation dans la société Adidas par le Groupe Tapie et la mise en liquidation de celui-ci ainsi que des époux Y… :

La société en nom collectif Groupe Bernard Tapie (GBT), avec pour associés M. Bernard Y… et son épouse, Dominique J..., était actionnaire de la société anonyme Bernard Tapie Finance (BTF), société associée majoritaire de la société à responsabilité limitée de droit allemand BTF GmbH, par l'intermédiaire de laquelle elle avait acquis, en juillet 1990 et janvier 1991, 78 % du capital de la société Adidas pour le prix de 1 milliard 386 millions de francs. Cet achat avait été financé en totalité par les banques, dont 30 % par la Société de Banque Occidentale (SDBO), filiale du Crédit Lyonnais. Les prêts à court terme étaient remboursables en deux échéances, en août 1991 et décembre 1992.

À la suite d'une première opération de restructuration du groupe pour faire face aux échéances, puis d'une tentative avortée de vente de l'ensemble des participations dans la société Adidas à une société concurrente, le groupe britannique Pentland, qui renonçait finalement, suite à un audit mettant en évidence la dégradation continue des comptes d'Adidas, M. Y… prenait la décision de racheter, avec le soutien de la SDBO, les 20 % du capital de BTF GmbH qu'il avait précédemment cédés à cette dernière société. Son groupe se trouvait alors dans une situation de grande fragilité, les commissaires aux comptes ayant déclenché deux procédures d'alerte en 1992, respectivement en mars et novembre.

C'est dans ces conditions que Bernard Y..., qui, par ailleurs, avait été nommé ministre de la ville, une première fois en avril[1], puis en décembre 1992[2], décidait de la cession par la société de BTF SA de la totalité de ses parts, représentant 78 % de la société BTF GmbH. Un mémorandum était conclu le 10 décembre avec la SDBO qui actait le principe de cette cession, les modalités principales de restructuration du groupe Bernard Tapie et de son endettement après cette vente.

Le prix de la cession devait notamment être affecté au paiement des sommes dues à la société SDBO par les sociétés GBT et BTF SA au titre du concours de cette banque à l'achat des participations dans la société Adidas. Le mémorandum prévoyait également la fusion de l'ensemble des sociétés du groupe Tapie, la prise en charge par cette nouvelle entité des crédits précédemment consentis à celles-ci par la SDBO et, pour ce faire, la vente d'entreprises jusque-là contrôlées par BTF SA.

Le 16 décembre 2012, les sociétés GBT et BTF SA se sont irrévocablement engagées, en particulier, à céder au plus tard le 15 février 1993, et à première demande de la SDBO, la totalité des parts de capital de BTF GmbH, représentant 78 % du capital, ainsi qu'une action d'Adidas AG, cette cession devant intervenir au prix de 2 085 000 000 F. Le même jour, BTF SA consentait à la SDBO « un mandat irrévocable » d'agir en son nom et compte aux fins de solliciter les acquéreurs et de recevoir le prix. La SDBO acceptait ce mandat.

Le 12 février 1993, la participation dans la société Adidas était cédée à un groupe d'investisseurs financiers, dont la société Rice SA (contrôlée par M. Robert Z...), pour 15 %, la société Clinvest, filiale du Crédit Lyonnais, déjà propriétaire de 10 %, de sociétés contrôlées par le groupe AGF et de trois autres sociétés : Omega pour 19,9 %, Coatbridge pour 15 % et Matinvest pour 3 %. Un actionnaire minoritaire de BTF GmbH, la société EFC, propriétaire de 5 %, acquérait quant à lui 3 % des parts.

À l'exception de celles réalisées par les sociétés du groupe AGF, ces acquisitions étaient financées par des prêts à « recours limité » consentis par le Crédit Lyonnais au taux annuel de 0,5 % remboursables en une fois au plus tard le 31 décembre 1997. Les risques de l'opération étaient transférés au Crédit Lyonnais, qui, en cas de revente à perte, constatait l'extinction de l'obligation de remboursement, alors qu'en cas de bénéfice, le Crédit Lyonnais percevait 2/3 de la plus-value. Le financement d'une recapitalisation de la société Adidas à hauteur de 79 millions d'euros était également décidé.

Le jour même de la cession d'Adidas, cet ensemble d'investisseurs consentait à M. Z… une option d'achat valable jusqu'au 31 décembre 1994 portant sur la totalité des actions Adidas par l'ensemble des actionnaires pour un prix de 4 milliards 650 millions de francs, soit 3 milliards 498 millions de francs pour les 78 % que détenaient BTF SA dans Adidas.

M. Z...[3] levait l'option le 22 décembre 1994, le Crédit Lyonnais était remboursé et percevait, en rémunération de ses risques, sa part sur les plus-values réalisées.

Au cours de l'année 1994, les époux Y… et le groupe Crédit Lyonnais avaient décidé de mettre un terme à leurs relations et un protocole devait être signé le 13 mars qui, toutefois, était dénoncé par la banque dès le 17 mai suivant, faute pour les époux Y… d'avoir justifié en temps voulu de la valeur de leur mobilier et œuvres d'art.

---

1 Démission le 23 mai suivant.

2 Jusqu'au 28 mars 1993, date de fin de ce gouvernement.

3 L'acquisition était faite par l'intermédiaire de la société SOGEDIM, constituée par Robert Z... à cet effet et financée par un prêt du Crédit Lyonnais à hauteur de 1 110 000 000 DM et de 190 000 000 DM pour le solde par la société Phénix (arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005, page 14).

Vers la fin de l'année, l'ensemble des sociétés du groupe Tapie[4] ne pouvant faire face à leurs engagements était mis en règlement judiciaire puis en liquidation. Il en était de même des époux Y… La confusion des patrimoines était ordonnée le 31 mai 1995.

- Les actions judiciaires engagées par les mandataires judiciaires contre le Crédit Lyonnais et le Consortium de réalisation, en particulier, en ce qui concerne la cession de la participation, dans la société Adidas

Les mandataires judiciaires ont engagé plusieurs actions à l'encontre du Crédit Lyonnais, de la SDBO, de la société Clinvest, notamment, en responsabilité pour soutien abusif des sociétés du groupe Bernard Tapie, pour manquements lors de l'exécution du mandat qui avait été consenti à la société SDBO pour vendre la participation dans la société Adidas :

- manquement à l'obligation de conseil ;

- violation de l'interdiction de se porter contrepartie pour le mandataire ;

- accord conclu dès l'origine pour capter la plus-value de la cession.

Ces actions se sont poursuivies contre le Crédit Lyonnais mais aussi contre la société anonyme Consortium de réalisation (CDR) ou ses filiales mises en place afin d'organiser le cantonnement puis la défaisance des actifs douteux de cette banque.

En effet, à la suite de choix discutables et de financements hasardeux, le Crédit Lyonnais s'était retrouvé en difficulté à partir de 1993.

Le 5 avril 1995, un protocole avait été signé entre l'État et le Crédit Lyonnais relatif à la cession d'actifs douteux, suivi de plusieurs avenants qui comprenaient des dispositions spéciales quant « *aux risques non chiffrables* » résultant de l'issue de procédures contentieuses.

La défaisance des actifs et créances douteux du Crédit Lyonnais était organisée par la loi n° 5-1251 du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'État dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs, complétée par un décret d'application du 22 décembre 1995.

Le dispositif comprenait la mise en place d'un établissement public de financement et de restructuration (EPFR) et du consortium de réalisation (créances), société commerciale de droit privé.

Le CDR, société de cantonnement, a acquis, pour 135 milliards d'actifs nets composés, d'une part, d'actifs considérés comme compromis, d'autre part, du portefeuille à risque industriel et commercial du Crédit Lyonnais. Cette société était une filiale du Crédit Lyonnais jusqu'à sa privatisation en 1999. À compter de celle-ci, l'EFPR en est devenu l'actionnaire unique. Le CDR a été composé de plusieurs filiales selon les actifs à gérer, CDR créances, CDR participations, entreprises, immobilier, finance. Le CDR a pour objet de procéder à la liquidation dans les meilleures conditions de ces actifs.

Le financement du CDR a été réalisé par un prêt accordé par l'EPFR, qui s'est lui-même financé auprès du Crédit Lyonnais. Il perçoit des remboursements de la part du CDR résultant de la cession des actifs. L'État est le garant illimité des dettes de l'EPFR qui résultent des frais généraux du CDR et des moins-values sur les ventes réalisées par cette société.

On ajoutera que, lors de la privatisation de la banque en 1999, le ministre chargé de l'économie a fait savoir, tant au CDR qu'au Crédit Lyonnais, par un courrier du 17 mars 1999, que le « *contentieux Adidas* » s'inscrivait dans « *les risques non chiffrables* » évoqués ci-dessus, et relevait de la garantie de l'État. Toutefois, le Crédit Lyonnais avait accédé à la demande de l'État de garantir à hauteur de 12 millions d'euros une éventuelle condamnation.

Après qu'il a été sursis à statuer en raison de la procédure pénale en cours pour banqueroute frauduleuse, complicité et qu'une médiation a été tentée, les procédures engagées par les liquidateurs contre le Crédit Lyonnais et le CDR devaient aboutir dans un premier temps à l'arrêt de la troisième chambre de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005.

Cet arrêt avait notamment :

- déclaré les mandataires liquidateurs des sociétés GBT, ACT, FIBT et BTG recevables en leur action, non pour demander la plus-value résultant de la vente Adidas dont ils auraient été privés, mais à raison de l'exécution fautive du contrat de mandat du 16 décembre 2012 ainsi que du mémorandum du 10 décembre 2012 auquel le mandat de vente donné à la SDBO est lié de manière indissociable, cet acte stipulant que le prix de la vente devait être en priorité affecté au paiement des sommes dues à la banque par GBT et BTF, qui avaient contribué à l'acquisition d'Adidas ;

- jugé que les sociétés Crédit Lyonnais, Clinvest et la SDBO étaient toutes trois obligées par le contrat de mandat ;

- jugé que les conventions de prêt à recours limité consenties par le Crédit Lyonnais à la plupart des acquéreurs des parts d'Adidas constituaient une opération de portage et constaté, en outre, que la banque avait acquis, par personne interposée, au travers de sa filiale Clinvest, qui disposait déjà de 10 % des parts d'Adidas, 9,9 % supplémentaires ;

- dit que les banques avaient manqué à leur obligation de loyauté et de transparence en n'informant pas M. Y..., « *client bénéficiant d'une aide financière considérable et constante depuis 1977* », qu'un repreneur avait été contacté, prêt éventuellement à acheter à terme pour un montant de 4 485 000 000 F et que le Crédit Lyonnais agréait à soutenir cette opération à l'aide de prêts à recours limité.

---

[4] Les sociétés GTB, FIBT, BTF SA ainsi que Bernard Tapie Gestion mais aussi la société ACT. Seule la société BTF SA a pu bénéficier d'un plan de continuation et devenir la société Compagnie européenne de distribution et de pesage (CEDP).

La cour d'appel a estimé, ainsi que le soutenaient les mandataires liquidateurs, que les 78 % du capital d'Adidas auraient pu être cédés directement à Robert Z… en décembre 1994 si la banque avait respecté ses obligations de banquier mandataire en proposant le financement constitué par les prêts à recours limité au groupe Tapie, de sorte que la plus-value serait revenue pour 1/3 à celui-ci.

La cour d'appel estimait que la perte de chance était équivalente au tiers actualisé de la différence entre le prix d'acquisition par Robert Z… et celui de la cession par le groupe Tapie, soit 135 000 000 €.

La cour condamnait donc le Crédit Lyonnais et le CDR créances à acquitter cette somme aux mandataires liquidateurs, disait que le préjudice moral de Bernard Y… était également réparé par l'octroi de cette somme, les mandataires liquidateurs ayant limité leur demande à ce titre à 1 €. La cour réservait les demandes relatives au préjudice à raison de la liquidation judiciaire des entités représentées par les mandataires liquidateurs ainsi qu'à l'incidence fiscale.

Par un arrêt rectificatif du 28 avril 2006, la cour d'appel, si elle modifiait certains des chiffres figurant dans l'arrêt, ne faisait pas droit à la demande en rectification d'erreur matérielle des mandataires liquidateurs, qui estimaient que le mode de calcul retenu devait parvenir à un résultat de 145 171 213 €.

Sur pourvois tant du Crédit Lyonnais que de la société CDR créances, par arrêt du 9 octobre 2006, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que :

- les mandataires étaient recevables à solliciter la réparation du préjudice personnel, propre à la société GBT, distinct de son préjudice d'actionnaire de BTF et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites les 10 décembre 2012 - mémorandum qui prévoyait d'affecter une partie des fonds résultant de la cession d'Adidas à l'apurement des dettes de la société GBT - et 16 décembre 2012 - mise en œuvre de ce mémorandum en donnant mission à la SDBO de rechercher un acquéreur de ces parts. La cour estimait que dans cette mesure, et abstraction faite du bien-fondé de leurs prétentions, indifférentes à ce stade, les mandataires liquidateurs avaient un intérêt à agir contre les établissements de crédit ;

- les mandataires liquidateurs ayant agi sur le seul fondement de la responsabilité contractuelle, la cour, qui avait, pour retenir la responsabilité du Crédit Lyonnais, jugé que celui-ci était obligé par le mandat, n'avait pas donné de base légale à sa décision, dès lors, d'une part, qu'il était établi que la SDBO, seule société de crédit avec laquelle les sociétés GBT, FIBT et BTF SA avaient traité pour l'opération considérée de cession des parts d'Adidas, était une personne morale distincte, dont il n'était ni prétendu qu'elle aurait été fictive, ni que son patrimoine se serait confondu avec celui de sa maison mère, d'autre part, que les motifs qu'elle retenait étaient impropres à faire apparaître que l'immixtion du Crédit Lyonnais dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale avait été de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à leur permettre de croire légitimement que cet établissement était aussi leur cocontractant, ce dont elle aurait alors pu déduire que ce dernier était obligé par un mandat auquel il n'avait pas été partie ;

- la cour ne pouvait, sans violer les dispositions des articles 1134 et 1147 du code civil, retenir que le Crédit Lyonnais avait manqué à ses obligations de banquier mandataire en s'abstenant de proposer au groupe Tapie le financement constitué par des prêts à recours limité qu'il avait octroyés à certains des cessionnaires des participations, « *alors qu'il n'entre pas dans la mission du mandataire de financer l'opération pour laquelle il s'entremet et que, hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision, qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

On notera que la Cour de cassation avait, par ailleurs, pour déclarer inopérant les troisième et quatrième moyens réunis de cassation proposés par le CDR créances, souligné que, si la cour avait relevé que les banques avaient commis des fautes en se portant cessionnaires des parts qu'elles avaient mandat de céder et en manquant à l'obligation d'informer loyalement leur mandant, pour autant, elle n'avait retenu, pour caractériser l'existence et l'étendue du préjudice, que le défaut pour les banques d'avoir proposé au groupe Tapie le même mode de financement que celui accordé aux acquéreurs des parts de la société Adidas.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris était donc cassé et annulé, mais seulement du chef des condamnations prononcées contre le CDR créances et le Crédit Lyonnais. La procédure était renvoyée devant la cour d'appel de Paris autrement composée. La question d'un éventuel préjudice subi par le groupe Tapie et les époux Y… demeurait donc en suspens, mais dans le cadre des limites posées tant par les dispositions de l'arrêt de 2005 ayant autorité de la chose jugée que des motifs de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, en application de l'article 431-4 du code de l'organisation judiciaire.

- La décision de recourir à un arbitrage, sa mise en œuvre et son exécution

Le 20 décembre 2006, M. E..., proche de M. K..., alors directeur de cabinet du Président de la République, était nommé à la tête du CDR en remplacement de M. D… Il n'était pas le candidat de l'administration et avait déjà fait l'objet de sanctions par la cour de discipline budgétaire.

Dès le 30 janvier 2007, les mandataires liquidateurs, qui, ainsi que les époux Y..., n'avaient fait aucune offre de transaction après l'arrêt de la cour d'appel de 2005, proposaient, par un courrier adressé à M. E..., de recourir à un arbitrage afin de mettre un terme à ce litige, ainsi qu'aux procédures en dérivant.

À la différence de son prédécesseur, M. D..., qui avait toujours été hostile à l'arbitrage et n'avait envisagé de solution négociée qu'à la condition qu'elle ne procure aucun enrichissement aux époux Y… selon la règle qu'il avait intitulée « *ni riche, ni failli* », M. E… se montrait ouvert à une telle issue. Il engageait aux côtés de Me Martel, l'avocat de toujours du CDR, défavorable à toute solution autre que judiciaire et qui présentait l'avantage de connaître parfaitement tous les aspects de la vente des participations dans Adidas, Me August, spécialiste de l'arbitrage. Dès février 2007, celui-ci entamait des négociations avec les avocats des liquidateurs de M. Y… et

de ses sociétés, dont, notamment, Me I..., ce qui fait que les négociations sur un compromis d'arbitrage étaient très avancées[5] à l'automne 2007 alors même que les conseils des liquidateurs avaient déposé leurs conclusions devant la cour d'appel de renvoi réclamant des dommages-intérêts considérables.

Fin juillet 2007, au cours d'une réunion à l'Elysée à laquelle M. Y..., qui avait auparavant rencontré le Président de la République, M. L..., assistait au début, MM. K..., M… et N..., tous deux conseillers à la présidence de la République, avaient, selon M. E… et M. G..., directeur de cabinet de la ministre de l'économie, Mme X..., clairement manifesté leur soutien à la solution de l'arbitrage.

Le 11 septembre 2007, M. G..., qui gérait personnellement le dossier, faisait clairement savoir que le gouvernement avait décidé de réserver une suite favorable à la demande réitérée par les mandataires liquidateurs, le 1er août 2007, de régler au travers d'un arbitrage l'ensemble des litiges opposant les liquidateurs du groupe Tapie et des époux au CDR.

Le caractère opérationnel de cette réunion était souligné dans une note du 17 septembre 2007 par M. A..., qui, à la tête de l'Agence des placements de l'État (APE), n'avait cessé d'adresser aux différents ministres des finances et de l'économie qui se sont succédé, en dernier lieu à Mme X..., nommée le 18 juin 2007, des notes réitérées hostiles à une telle solution.

Le 15 septembre 2007, M. C… était nommé à la tête de l'EPFR. Cette nomination intervenait alors même que la ministre avait antérieurement fait part de son intention de prolonger le mandat de M. B..., qui avait atteint 65 ans, jusqu'à la fin du contrôle opéré par la Cour des comptes sur l'établissement public et que M. C… atteignait l'âge de la retraite en décembre de la même année. L'intéressé, qui s'était dit surpris de sa nomination, indiquait avoir clairement reçu pour mission de M. G… de faciliter un arbitrage entre les mandataires judiciaires du groupe Tapie et le CDR.

La ministre des finances adoptait, elle aussi, une position favorable à l'arbitrage, estimant qu'il présentait l'avantage de mettre rapidement un terme à l'ensemble des contentieux.

Le Crédit Lyonnais faisait savoir que n'étant pas partie à cet arbitrage, il n'honorerait pas la contribution forfaitaire de 12 millions d'euros qu'il avait consenti de verser en cas de condamnation.

Lorsque la question de l'arbitrage était, à nouveau, abordée devant le conseil d'administration du CDR, le 18 septembre 2007, les négociations antérieures ne lui étaient pas révélées.

Le conseil d'administration du CDR adoptait le principe du recours à l'arbitrage le 2 octobre 2007, au vu d'un compromis qui ne devait pas être exactement celui signé ultérieurement quant au plafond des sommes réclamées au titre, notamment, du préjudice moral des époux Y… Il était acté, à la demande d'administrateurs, que l'arbitrage devait se dérouler en droit et que les arbitres étaient liés par les décisions judiciaires antérieures ayant autorité de la chose jugée.

Le 10 octobre 2007, Mme X… donnait pour instruction aux deux représentants de l'État au conseil d'administration de l'EPFR de voter en faveur de la proposition soumise pour avis par le CDR d'entrer en arbitrage sous réserve qu'ait été obtenu l'accord du Crédit Lyonnais de verser sa contribution forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR dans l'affaire du rachat d'Adidas ou, à défaut, qu'un tel engagement ait été obtenu avant la signature du compromis d'arbitrage.

Le 10 octobre 2007, le conseil d'administration de l'EFPR souscrivait également au principe de l'arbitrage sous la réserve de la contribution forfaitaire du Crédit Lyonnais en cas de condamnation.

Une lettre du 23 octobre 2007 signée de la griffe de la ministre de l'économie par son directeur de cabinet précisait que l'accord du Crédit Lyonnais devait finalement être obtenu avant le prononcé de la sentence arbitrale.

Cet accord ne pouvant être obtenu face au refus du Crédit Lyonnais, qui n'était pas partie à l'arbitrage, M. G..., dans un courrier au président-directeur général du CDR, faisait savoir qu'il ne s'opposait pas à la proposition des liquidateurs de constituer au profit du CDR une franchise de paiement d'un montant de 12 millions d'euros.

Le compromis d'arbitrage finalement signé le 16 novembre 2007 stipulait que les liquidateurs des différentes sociétés du groupe Tapie et des époux Y… limitaient leurs demandes d'indemnisation d'un préjudice matériel à 295 millions d'euros et à 50 millions d'euros les demandes d'indemnisation du préjudice moral des époux Y… Il a été autorisé par ordonnance du juge-commissaire à la procédure de liquidation et le compromis a été homologué par le tribunal de commerce.

Les arbitres qui avaient été désignés d'un commun accord étaient M. H..., ancien premier président de la cour d'appel de Versailles, dont le nom avait été suggéré par Me I..., avocat de Bernard Y..., Me Denis O..., avocat, et M. P..., ancien président du Conseil constitutionnel, qui devait prendre la présidence du collège.

La sentence[6] a été rendue le 7 juillet 2008 à l'unanimité des arbitres. Le tribunal arbitral a retenu, à la charge du Crédit Lyonnais, une violation de l'obligation de loyauté ainsi que de l'interdiction de se porter contrepartie. Le CDR et sa filiale CDR créances ont été condamnés à verser aux mandataires judiciaires des sociétés du groupe Tapie la somme de 240 millions d'euros avec intérêts au taux légal et 45 millions d'euros au titre du préjudice moral des époux Y…

Cette ordonnance était revêtue de l'*exequatur* par ordonnance du 9 juillet suivant et signifiée le 16 juillet.

---

5 Et ce, alors même que, le 16 mars 2007, le conseil d'administration du CDR avait simplement été avisé qu'une réponse d'attente avait été faite aux liquidateurs quant à leur proposition de recourir à l'arbitrage.

6 Le processus arbitral devait en réalité prendre fin le 27 novembre 2008 par trois sentences complémentaires, dont deux en interprétation et l'une relative aux frais de liquidation.

À la suite de deux réunions tenues, l'une, à l'Élysée, où étaient présents MM. E… et August, hostiles à un recours en annulation, seul possible aux termes du compromis signé, l'autre, dans le cabinet de Mme X..., avec Me August et son directeur de cabinet, M. G..., la ministre, malgré les avis contraires de M. A… et de Me Martel, prenait la décision de ne pas former de recours.

Elle donnait pour instruction aux administrateurs représentant l'État au conseil d'administration de l'EPFR de s'exprimer en défaveur d'un recours en annulation de la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 lors de la séance du conseil d'administration du 28 juillet 2008.

Ce 28 juillet 2008, les conseils d'administration tant du CDR que de l'EPFR renonçaient à se pourvoir en annulation.

En exécution de l'arbitrage, le CDR devait finalement acquitter une somme de 403 millions d'euros, dont 240 au titre de la réparation des dommages, 105 au titre des intérêts, 13 au titre des frais de liquidation et 45 au titre du préjudice moral. Une fois la compensation réalisée avec les diverses créances du CDR, un montant net de 304 millions d'euros a été versé, dont 45 millions aux époux Y… au titre de leur préjudice moral.

Par arrêt en date du 17 février 2015, la première chambre du pôle 1 de la cour d'appel de Paris a considéré que les recours en révision de la sentence arbitrale formés les 28 juin et 1er juillet 2013 par le Consortium de réalisation étaient recevables car elle considérait que l'arbitrage était interne. La cour d'appel jugeait que l'un des arbitres avait exercé une influence déterminante et surpris par fraude la décision du tribunal arbitral. La cour ordonnait en conséquence la rétractation de l'ensemble des sentences rendues.

Cet arrêt a été frappé d'un pourvoi en cassation qui était pendant devant la Cour de cassation à la date de règlement de la procédure d'instruction devant la Cour de justice de la République.

- Les procédures pénales ouvertes à la suite de cet arbitrage

A. - La procédure suivie au pôle financier de Paris

À la suite du contrôle de la gestion et des comptes du CDR et de l'EPFR pour les exercices 2007 et 2008, le procureur général près la Cour des comptes portait, le 9 juin 2011, à la connaissance du procureur de la République de Paris des faits d'abus de pouvoir et recel de ce délit, susceptibles d'avoir été commis en 2007 par le président directeur général du CDR en n'informant pas le conseil d'administration de cette société des négociations en vue de l'établissement d'un compromis d'arbitrage, du contenu exact de ce document finalement signé ainsi que du refus du Crédit Lyonnais d'honorer le paiement de 12 millions d'euros qui lui incombait en cas de condamnation par la sentence arbitrale dans le litige avec les liquidateurs des sociétés Tapie quant à la cession de la participation dans la société Adidas.

Une enquête préliminaire était confiée à la brigade financière le 22 juin 2011, puis une information judiciaire était ouverte le 18 septembre 2012 des chefs d'usage abusif des pouvoirs sociaux et recel. Cette procédure devait se nourrir notamment de versements de la procédure qui était parallèlement en cours devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, qui recherchait quelle avait pu être l'éventuelle responsabilité pénale de Mme X… à l'occasion de la mise en œuvre de l'arbitrage et de l'absence de recours contre la sentence.

L'instruction était étendue aux faits de faux par dissimulation d'acte et de détournement de fonds puis d'escroquerie en bande organisée par réquisitions supplétives du 29 mai 2013.

Les documents découverts à l'occasion de multiples perquisitions devaient mettre en évidence les liens anciens entretenus par M. H… et les avocats de M. Y..., Me Q… et Me I…

Ces liens concrétisés, de surcroît, par une rencontre en 2006 entre M. H… et M. Y… avaient été soigneusement dissimulés, y compris lorsqu'était apparue une facture imputée par Me I… sur la liquidation du groupe Tapie mettant en évidence une consultation de M. H… dont on avait soutenu qu'elle avait été imputée à tort sur ce dossier. Il ressortait, en outre, des auditions de MM. O… et P… que M. H… avait pris une part essentielle dans l'élaboration de la sentence arbitrale, qu'il avait systématiquement orientée dans un sens favorable à M. Y… Il apparaissait aussi que le représentant des petits porteurs actionnaires minoritaires de la société CEDP, ex-Bernard Tapie Finance, réunis dans une association pour l'annulation de la vente Adidas, avait négocié une transaction avec le CDR qui laissait la voie ouverte à l'arbitrage pour résoudre les contentieux opposant les mandataires judiciaires du groupe et des époux Y… au CDR.

M. H… était mis en examen le 27 mai 2013 pour escroquerie en bande organisée puis, supplétivement, pour faux et usage de faux relativement à la déclaration d'indépendance qu'il avait signée et, enfin, de complicité de détournement de fonds publics. Il lui était reproché d'avoir participé à un simulacre d'arbitrage où il n'avait eu de cesse de favoriser les intérêts de M. Y… tout en taisant ses liens privilégiés, notamment, avec Me I…

M. E… était mis en examen le 12 juin 2013 pour escroquerie en bande organisée, abus de pouvoirs sociaux, et, le 21 mai 2015, pour complicité de détournement de fonds publics.

M. G… était mis en examen du chef escroquerie en bande organisée le 12 juin 2013 puis, supplétivement, de complicité de détournements de fonds publics. Il devait entre être de même de Me I..., de M. C… M. Bernard Y..., quant à lui, a été mis en examen pour détournement de fonds publics et escroquerie en bande organisée.

Cette instruction n'était pas achevée à la date de l'arrêt rendu par la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République.

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

Après réception, le 1er avril 2011, d'un courrier de divers parlementaires mettant en cause des fautes commises par Mme Christine X… dans l'exercice de ses fonctions de ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le procureur général près la Cour de cassation retraçait les faits, leur chronologie, les décisions et les analyses de la Cour des comptes et de la commission des finances de l'Assemblée nationale, qui avaient considéré que

la décision de recourir à l'arbitrage était une faute et que la renonciation à un recours en annulation contre la sentence arbitrale en constituait une autre. Il saisissait, pour avis, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République de faits qualifiés d'abus d'autorité, prévus et réprimés par les articles 432-1 et 432-2 du code pénal.

Le 4 août 2011, la commission des requêtes émettait un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République aux fins d'instruire contre Mme X..., ministre en exercice au moment des faits, des chefs de complicité de faux par simulation d'acte et complicité de détournement de fonds publics.

Cette commission relevait que la ministre semblait avoir personnellement concouru aux faits en donnant des instructions de vote aux représentants de l'État au conseil d'administration de l'EPFR, voire au président de cet établissement public. La commission des requêtes soulignait de nombreuses irrégularités ou anomalies qui lui paraissaient avoir entaché le processus aboutissant au prononcé de la sentence arbitrale ainsi qu'à la décision de ne pas exercer de recours en annulation contre celle-ci (*cf.* arrêt de renvoi, pages 11 à 13).

La commission des requêtes estimait que l'ensemble des décisions prises, systématiquement défavorables aux intérêts du CDR, de l'EPFR et de l'État, constituait autant d'indices graves et concordants faisant présumer que, sous l'apparente régularité d'une procédure d'arbitrage, se dissimulait, en réalité, une action concertée n'ayant d'autre finalité que d'octroyer aux époux Y… et aux sociétés détenues directement ou indirectement par ceux-ci des sommes qu'ils n'avaient pu jusqu'alors obtenir, ni lors de la médiation initiée en 2004, ni lors de la négociation conduite en 2006 après l'arrêt de la cour d'appel de Paris de 2005, qui n'avaient pas abouti par suite des prétentions jugées inacceptables de ceux-ci.

Le 16 août 2011, le procureur général près la Cour de cassation prenait un réquisitoire aux fins d'informer contre Mme X… sur le fondement des qualifications retenues par la commission des requêtes.

La commission d'instruction délivrait deux commissions rogatoires à la brigade financière, qui était le service de police judiciaire également saisi par les juges d'instruction parisiens, procédait, elle-même, à l'audition de plus de trente témoins, entendait Mme X… en qualité de témoin assisté à trois reprises avant de procéder à sa mise en examen le 26 août 2014. Il lui était reproché, alors qu'elle exerçait les fonctions de ministre chargé de l'économie, dépositaire de l'autorité publique, de ne pas s'être opposée à l'arbitrage et de n'avoir pas formé de recours contre la sentence arbitrale, en négligeant d'examiner préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage, de s'assurer du respect de l'ensemble des conditions posées, le 10 octobre 2007, au recours à cette procédure par le conseil d'administration de l'EPFR et de vérifier la conformité des décisions prises aux dispositions de la loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995, des textes pris en application et des termes de la lettre du 17 mars 1999 du ministre des finances, de l'économie et de l'industrie relative à la garantie de l'État des risques non chiffrables et pour avoir ainsi permis l'octroi indu de fonds publics aux liquidateurs du groupe Tapie et aux époux Y… par l'effet de la décision arbitrale et des décisions subséquentes frauduleusement obtenues, faits prévus et réprimés par l'article 432-16 du code pénal.

- L'arrêt rendu par la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République ordonnant le renvoi de Mme X… devant la Cour de justice de la République

Au terme de l'information, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a ordonné, par un arrêt du 17 décembre 2015, le renvoi de Mme Christine X… devant la Cour de justice de la République pour avoir :

« à Paris et sur le territoire national, en 2007 et 2008, en tout cas depuis temps non couvert par la prescription, étant dépositaire de l'autorité publique :

- d'une part, en septembre 2007, décidé de soumettre à l'arbitrage les contentieux opposant le CDR aux liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et des époux Y..., alors que cette procédure lui avait été déconseillée par des notes répétées de l'APE établies à son intention, et, notamment :

- sans vérifier préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage,

- en nommant M. C..., qui ne connaissait pas le dossier et allait atteindre la limite d'âge dans les semaines suivantes, à la tête de l'EPFR,

- sans se livrer à un examen approfondi des éléments du dossier, notamment sans s'informer de la tentative, courant 2004-2005, de parvenir à une médiation et des propositions qui ont alors été faites, des conditions posées le 22 décembre 2005 par le « comité des sages », *des prescriptions de l'article 2 de la loi du 28 novembre 1995 et des lettres interprétatives du 17 mars 1999 du ministre de l'économie relatives à la garantie, par l'État, des risques non chiffrables et à la contribution financière forfaitaire du Crédit Lyonnais,*

- sans s'assurer du respect des conditions posées dans ses instructions écrites du 10 octobre 2007 et reprises par le conseil d'administration de l'EPFR,

- sans consulter la direction juridique de son ministère,

- sans encadrer suffisamment l'arbitrage, notamment les demandes d'indemnisation,

- d'autre part, en juillet 2008, renoncé à l'exercice d'un recours contre la sentence arbitrale du 7 juillet 2008, alors qu'elle avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation, et, notamment :

- en ayant agi de manière précipitée, dix-neuf jours avant l'expiration du délai de recours,

- en ayant négligé de procéder à une étude suffisante des arguments juridiques susceptibles d'être invoqués au soutien d'une demande d'annulation ; qu'avant de prendre sa décision, elle n'a, en effet :

- pas pris connaissance de toutes les notes de l'APE qui lui étaient destinées, non plus que de l'avis de M. A..., qu'elle n'a jamais convié à lui exposer son point de vue,

« pas estimé utile d'aller, en ce qui concerne l'historique, au-delà de la lecture de l'arrêt de l'assemblée plénière », *comme elle l'a admis elle-même, tout en indiquant que les motifs avaient été de lecture difficile,*

- pas recherché à rencontrer Me Soltner, l'avocat du CDR devant l'assemblée plénière, pour qu'il lui expose le contenu de ses écrits des 17 et 23 juillet 2008, lesquels, selon elle, « n'étaient pas de lecture très facile »*,*

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

- en ayant mis en place un processus décisionnel unilatéral et refermé sur lui-même, tendant seulement à la conforter dans sa « position initiale, qui n'allait pas dans le sens d'un recours »*, qu'il s'agisse :*

- de l'organisation de la réunion unanimiste du 20 juillet 2008 avec M. E… et Me August, et dont ont été écartés les représentants de l'APE et les avocats favorables au recours, Me Soltner et Me Martel,

- des modalités de recueil des avis, dont certains pourraient avoir été demandés, comme le relève le ministère public dans son réquisitoire, « pour contrebalancer les avis précédemment émis, et qui se révélaient, pour partie, favorables au recours ».

Et d'avoir, du fait des fautes ci-dessus énumérées, constitutives d'autant de négligences graves, permis que soit détournée par des tiers la somme de 403 millions d'euros, versée par l'EPFR aux liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et aux époux Y… en exécution des sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008, faits prévus et réprimés par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal.

L'arrêt précisait qu'il n'y avait pas lieu de suivre contre Mme X… des autres chefs.

II. - Procédure

L'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République était signifié au cabinet de M. le bâtonnier Yves Repiquet, domicile élu de Mme Christine X..., le 18 décembre 2015.

Le jour même, par déclaration au greffe de la Cour de justice de la République, Me Repiquet, avocat de Mme X…, formait un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Le 18 mars 2016, la SCP Bénabent et Jéhannin a déposé un mémoire ampliatif au soutien du pourvoi formé par Mme Christine X… qui propose trois moyens de cassation.

Le pourvoi formé contre cet arrêt est recevable dans la mesure où, d'une part, l'article 24 de la loi organique no 93-1252 du 23 novembre 1995 sur la Cour de justice de la République dispose que les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République peuvent faire l'objet de pourvois qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation et, d'autre part, il a été régulièrement formé par déclaration au greffe de la juridiction ayant rendu la décision dans les délais prévus à l'article 568 du code de procédure pénale.

Il est toutefois nécessaire de s'interroger au préalable si, de par le renvoi opéré par l'article 24 de la loi organique no 93-1252 aux deux premiers chapitres du titre I du livre III du code de procédure pénale, les articles 574 et/ou 574-1 du code de procédure pénale, qui régissent les pourvois contre les arrêts de renvoi de la chambre de l'instruction respectivement devant le tribunal correctionnel et la cour d'assises, sont applicables en l'espèce. De la réponse à cette question, dépend la recevabilité des moyens proposés au soutien du pourvoi formé par Mme X…

III. - Sur la recevabilité des moyens proposés au soutien du pourvoi

La question de la recevabilité du pourvoi formé par Mme X… contre l'arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, qui a ordonné son renvoi devant cette juridiction pour y répondre du délit de détournement de fonds publics par suite de la négligence d'un dépositaire de l'autorité publique, prévu par l'article 432-16 du code pénal, doit être examinée.

La loi organique no 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose, en son article 24, que « *Dans les conditions et formes déterminées par le titre I du livre III du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation* ».

La loi organique renvoie à l'ensemble des dispositions qui sont contenues dans le livre III du code de procédure pénale - *« Des voies de recours extraordinaires »,* en son titre I, qui est consacré au *« Pourvoi en cassation ».*

Plus précisément, lorsque le texte mentionne que les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République peuvent faire l'objet de pourvois en cassation, il indique que cette voie de recours doit être exercée « *dans les conditions et formes* » du titre précité. L'article 24 de la loi organique renvoie expressément aux deux premiers chapitres du titre I du livre III du code de procédure pénale, consacrés au *pourvoi en cassation,* à savoir :

- chapitre I : Des décisions susceptibles d'être attaquées et des conditions du pourvoi, soient les articles 567 à 574-2 du code de procédure pénale ;

- chapitre II : Des formes du pourvoi, soient les articles 576 à 590 du code de procédure pénale.

Les conditions de forme d'un pourvoi contre une décision d'une juridiction de droit commun sont aisément transposables à un pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Il en est ainsi de :

- la forme du pourvoi par déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée (article 576 du code de procédure pénale) ;

- de la notification du pourvoi au ministère public (article 578 du code de procédure pénale) ;

- de la possibilité pour le demandeur de déposer un mémoire personnel dans les dix jours du pourvoi, au greffe de la CJR (article 584 du code de procédure pénale) ;

- de la faculté de constituer un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (article 588 du code de procédure pénale) ;

- des règles relatives au dépôt du mémoire ampliatif.

Il est aussi certain que le législateur a entendu renvoyer aux conditions de délai du pourvoi posées par l'article 568 du code de procédure pénale, qui fixe celui-ci à cinq jours. Au-delà, il est plus difficile de déterminer si c'est à cette seule condition du chapitre I du titre I du livre troisième du code de procédure pénale que le législateur a entendu assujettir le pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Ce qui pourrait laisser à penser que le renvoi opéré par la loi organique s'étend au-delà des conditions de délai, c'est que l'article 24 de la loi organique n'a pas restreint le renvoi à cet unique article ou encore aux seules « *conditions de délai* ».

Pour autant, nombre de dispositions de ce chapitre ne peuvent manifestement pas trouver à s'appliquer à un tel pourvoi. Il en est ainsi notamment des articles 567-1, 567-1-1, 570 du code de procédure pénale.

Il en va, néanmoins, différemment de deux articles qui sont relatifs aux pourvois contre les arrêts de chambre de l'instruction portant renvoi devant le tribunal correctionnel (article 574 du code de procédure pénale) ou portant mise en accusation devant la cour d'assises (article 574-1 du code de procédure pénale).

Ce dernier texte ouvre sans restriction le pourvoi contre un arrêt de mise en accusation, tandis que le premier ne permet de se pourvoir contre un arrêt de renvoi devant le tribunal correctionnel que lorsque cet arrêt a statué d'office ou sur déclinatoire des parties sur la compétence ou qu'il présente des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n'a pas le pouvoir de modifier.

Le renvoi de Mme X… ayant été ordonné pour des faits de nature délictuelle, la question se pose, en l'espèce, de l'applicabilité de l'article 574 du code de procédure pénale.

De même que l'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel est en principe prohibé[7], le législateur a entendu, au travers de l'article 574 du code de procédure pénale, limiter dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice les hypothèses où le mis en examen pouvait former un pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction ayant ordonné son renvoi devant le tribunal correctionnel.

L'article 574 du code de procédure pénale est la reprise de l'article 416 du code d'instruction criminelle modifié par le décret-loi du 6 août 1935 qui avait traduit la jurisprudence constante de la chambre criminelle[8].

La loi envisage deux situations ouvrant le droit à se pourvoir, auxquelles la jurisprudence a ajouté une circonstance :

- l'arrêt de renvoi a statué, d'office ou sur déclinatoire des parties sur la compétence (Crim., 25 juillet 1961, pourvoi n° 92.624/61, *Bull. crim.* 1961, n° 357 ; Crim., 18 juin 1959, *Bull. crim.* 1959, n° 321 ; Crim., 26 novembre 1985, pourvoi n° 85-92.882, *Bull. crim.* 1985, n° 374 ; Crim., 26 novembre 1990, pourvoi n° 90-81.484, *Bull. crim.* 1990, n° 400) ;

- l'arrêt présente des dispositions définitives que le tribunal saisi de la prévention n'a pas le pouvoir de modifier : l'hypothèse la plus fréquente est celle où la chambre de l'instruction a ordonné le renvoi du mis en examen devant le tribunal correctionnel sur appel de la partie civile. Dans ce cas, par son appel, la partie civile a fait revivre l'action publique, que la décision de non-lieu avait éteinte en l'absence d'appel du ministère public, et le tribunal correctionnel n'aura d'autre choix que de statuer sur celle-ci, dont il est irrévocablement saisi, quand bien même la partie civile s'avérerait irrecevable. « *Est recevable le pourvoi en cassation formé par un prévenu contre l'arrêt de la chambre d'accusation qui, sur le seul appel de la partie civile contre l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction et après avoir fait procéder à son inculpation* [à sa mise en examen]*, l'a renvoyé devant le tribunal correctionnel. En effet, en ce cas, l'appel de la partie civile met en jeu à nouveau l'action publique, alors même que cette partie serait sans qualité pour agir* » (Crim., 13 janvier 1988, pourvoi n° 84-95.047, *Bull. crim.* 1988, n° 18). Le pourvoi est également recevable lorsque l'arrêt de la chambre de l'instruction a aussi statué sur la régularité de la procédure, le tribunal correctionnel ne pouvant plus apprécier celle-ci[9], ou que l'arrêt de renvoi devant la juridiction correctionnelle a statué même implicitement sur la recevabilité de la constitution de partie civile qui est contestée (assemblée plénière, 24 mai 1996, pourvoi n° 95-80.666, *Bull. crim.* 1996, Ass. plén., n° 216).

En dehors de ces deux hypothèses prévues par la loi, la chambre criminelle a admis la recevabilité de pourvois contre des arrêts ordonnant le renvoi devant le tribunal correctionnel lorsque l'arrêt ne répond pas aux conditions essentielles de son existence légale. Il en est notamment ainsi lorsque la composition de la chambre de l'instruction était irrégulière, que les droits de la défense ont été méconnus ou, encore, que la chambre de l'instruction a omis de se prononcer sur une demande de l'une des parties.

L'interprétation même extensive de l'article 574 du code de procédure pénale par la chambre criminelle réduit très sensiblement les cas d'ouverture à cassation d'un arrêt de renvoi devant le tribunal correctionnel, mais aussi des moyens qui peuvent être proposés au soutien d'un tel pourvoi. C'est ainsi que ne pourront pas être considérés comme recevables les moyens du pourvoi qui critiquent des dispositions qui ne lieraient pas les juges du fond, telles celles sur les charges ou sur la qualification.

De tels moyens ne peuvent être considérés que comme irrecevables et, partant, le pourvoi également (chambre criminelle, 5 décembre 1978, *Dalloz-Sirey* 1979, p. 52).

---

7 Sauf ordonnance complexe, ordonnance ayant prononcé sur la compétence (article 186, alinéa 3, du code de procédure pénale), correctionnalisation ou absence de signature de l'un des juges cosaisis (article 186-3 du code de procédure pénale).

8 Chambre criminelle, 14 juin 1851, *Bull. crim.* 1851, n° 223, cité par Pierre Chambon au *Dalloz-Sirey jurisprudence* 1979, pages 51/52.

9 Voir Crim., 20 janvier 1977, pourvoi n° 75-91.351, *Bull. crim.* 1977, n° 28.

À l'aune de l'article 574 du code de procédure pénale, les trois moyens proposés au soutien du pourvoi formé par Mme X..., qui ne critiquent aucune disposition que la Cour de justice de la République n'aurait le pouvoir de remettre en cause, ne pourraient pas être considérés comme recevables et, par voie de conséquence, le pourvoi non plus.

Cette interprétation ne paraît pas devoir être retenue.

On concevrait difficilement que le législateur ait dévolu à la formation la plus solennelle de la Cour de cassation, l'assemblée plénière, les pourvois contre les arrêts de la commission d'instruction pour ensuite en restreindre drastiquement la recevabilité.

Lorsque l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République énonce que les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République peuvent faire l'objet de pourvois en cassation, il ne pose aucune condition ou restriction à l'admission de ces pourvois, y compris en ce qui concerne les arrêts de cette commission ordonnant le renvoi devant la Cour de justice de la République.

Le renvoi de l'article 24 précité aux conditions et formes du titre I du livre III du code de procédure pénale, relatif au pourvoi en cassation, doit se comprendre comme le renvoi aux conditions de forme posées par le chapitre II du titre I du livre III (articles 576 à 590 du code de procédure pénale) et au seul article 568 du code de procédure pénale, qui, au sein du chapitre I du titre I du livre III du code de procédure pénale, intitulé « *Des décisions susceptibles d'être attaquées et des conditions du pourvoi* », régit, *stricto sensu*, les conditions de délai du pourvoi si l'on veut bien écarter l'article 568-1 du même code, qui fixe le délai de pourvoi contre les arrêts ayant statué sur mandat d'arrêt européen.

Les articles 574 et 574-1 du code de procédure pénale concernent spécifiquement les arrêts de renvoi de la chambre de l'instruction respectivement devant le tribunal correctionnel et la cour d'assises. Or, la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République procède toujours au renvoi devant la même juridiction : la Cour de justice de la République, qui, en application de l'article 68-1 de la Constitution, a une compétence pour juger tant les crimes que les délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions.

En outre, la procédure d'instruction devant la Cour de justice diffère de celle de droit commun dans la mesure où les ordonnances de la commission d'instruction ne peuvent être frappées d'appel mais, uniquement, attaquées, en droit, devant la Cour de cassation.

L'ensemble de ces observations commande que le pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction renvoyant un ministre devant la Cour de justice de la République pour y être jugé soit considéré comme recevable.

Une telle interprétation est renforcée par l'article 27 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, qui dispose que le président de cette juridiction fixe la date d'ouverture des débats « *dès que l'arrêt est définitif* », ce qui implique bien que le pourvoi était recevable et a été examiné, de même que les dispositions de l'article 25 de la même loi organique prévoient la possibilité de renvoi devant la commission d'instruction autrement composée après cassation.

Enfin, une telle interprétation semble pouvoir se déduire des travaux parlementaires. Dans son rapport devant la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République[10], M. André Fanton soulignait que les arrêts de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice n'étaient pas susceptibles de pourvoi en cassation, de même que les arrêts de cette juridiction, susceptibles uniquement de recours en révision. Il estimait que l'introduction de ce recours ne s'imposait pas, à aucun des stades de la procédure, et qu'en toute hypothèse, il ne résultait pas des travaux d'élaboration de la loi constitutionnelle.

Toutefois, ce député écrivait :

« *Cette institution* [la Cour de justice de la République]*, composée majoritairement de parlementaires, donc émanant principalement, à ce titre, d'une autorité politique, a certes reçu une mission juridictionnelle. Mais elle est appelée à l'exercer exclusivement à l'égard de responsables politiques et, qui plus est, seulement pour les crimes et délits qu'ils seraient susceptibles d'avoir commis dans l'exercice de leurs fonctions. La nature politique de la Cour de justice de la République l'emporte incontestablement sur les aspects juridictionnels de sa fonction.*

Le législateur, en l'absence d'intention contraire du constituant, nous paraît donc totalement fondé à ne pas soumettre la Cour de justice de la République au droit commun de la procédure et même aux principes généraux qui s'imposent aux juridictions ordinaires, dès lors que ceux-ci lui semblent incompatibles avec la nature politique de la Cour » [...][11].

[...] « *Sans aller plus avant dans la présentation de ces arguments, il faut reconnaître qu'ils s'imposent avec moins de force à l'introduction d'un pourvoi en cassation limité aux seuls arrêts de la commission d'instruction, institution composée exclusivement de magistrats, et appelée à prendre des décisions dont le caractère strictement juridictionnel n'est pas contestable.*

Il apparaît même au rapporteur qu'une solution consistant à admettre ce pourvoi au stade de la commission de l'instruction et à l'exclure à celui du jugement prononcé par la Cour de justice de la République est sans doute la plus équilibrée en terme d'opportunité. [...]

Concernant les conditions et formes que les pourvois devront respecter, le texte renvoie au droit commun, en l'occurrence aux dispositions du titre premier du livre troisième du code de procédure pénale. Ce point n'appelle pas d'observations particulières [...].

---

10 Rapport n° 550 déposé le 13 septembre 2013 par M. André Fanton, page 49.

11 Rapport page 58, à propos des articles 32 et 33, qui introduisaient dans le projet de loi du gouvernement un recours en cassation contre les arrêts de la CJR.

La question se pose ensuite de savoir quelles décisions de la commission d'instruction pourront faire l'objet de pourvois en cassation. En l'absence de toute précision dans le texte, qui se réfère indistinctement à la notion d'arrêts, on peut penser que des pourvois en cassation pourront être formés au premier chef contre les ordonnances de clôture rendues par la commission - ordonnances de non-lieu ou de renvoi devant la Cour de justice de la République ; mais rien n'exclut que soient aussi recevables des pourvois formés contre ses autres décisions à caractère juridictionnel ».[12]

Si le rapport n'est guère explicite sur la portée du renvoi fait par le texte de l'article 24 de la loi organique aux dispositions du titre I du livre III du code de procédure pénale, il ressort néanmoins clairement du rapport précité que l'ouverture du pourvoi en cassation contre les arrêts de la commission d'instruction ne s'accompagne d'aucune restriction.

Par ailleurs, lors des discussions qui ont précédé le vote de la loi au Sénat, le rapporteur du texte, le sénateur Jolibois, s'est expressément félicité de l'introduction d'un recours en cassation contre les arrêts de la commission d'instruction[13].

L'analyse du texte de la loi organique et des travaux préparatoires qui ont précédé son adoption permettent de conclure que les pourvois contre les arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne sont soumis à aucune condition ou restriction autre que le délai de cinq jours pour former ce recours et les conditions entourant le dépôt du mémoire ampliatif.

Telle a été, au demeurant, la position retenue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation[14], au moins lorsqu'elle a été saisie du pourvoi formé par Mme Ségolène X… contre l'arrêt qui l'avait renvoyée devant la Cour de justice de la République. En effet, la Cour a examiné le moyen tiré de la prescription de l'action publique, qui n'aurait pas été considéré comme recevable si elle avait appliqué les dispositions de l'article 574-1 du code de procédure pénale.

De plus, l'assemblée plénière a contrôlé la régularité de la procédure et, d'office, relevé un moyen de cassation pris de la violation de l'article 19 de la loi organique, la commission de l'instruction ayant renvoyé Mme Ségolène X… pour diffamation publique à raison de propos dont elle n'avait pas été saisie par le procureur général près la cour de cassation.

De même, lorsque l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie des trois pourvois formés par Charles X… contre les arrêts de renvoi la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République, l'assemblée plénière, en l'absence de mémoire exposant les moyens de cassation, a néanmoins vérifié la régularité de la procédure et la compétence de la juridiction de renvoi pour connaître des faits, ce qui établit la recevabilité des recours formés[15].

IV. - Étendue du contrôle par l'assemblée plénière de la Cour de cassation

Une fois établie la recevabilité du pourvoi en cassation formé par Mme X..., il convient de déterminer quelle est l'étendue du contrôle que peut exercer l'assemblée plénière de la Cour de cassation sur l'arrêt de renvoi devant la Cour de justice de la République.

Aux termes de l'article 23 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, une fois l'information terminée, la Cour de justice peut, « *si elle estime que les faits reprochés aux membres du gouvernement constituent un crime ou un délit, ordonner le renvoi de l'affaire devant la Cour de justice de la République* ».

La loi organique ne précise pas comment doit être motivé cet arrêt. Il convient donc de se référer aux règles de procédure pénale qui sont applicables par l'effet de l'article 18 de la loi organique précitée dans la mesure où il n'y est pas dérogé. En application de l'article 184 du code de procédure pénale, les ordonnances rendues par les juges d'instruction en fin d'information, que ce soit de renvoi devant la juridiction correctionnelle ou de saisine de la cour d'assises et de mise en accusation, doivent mentionner la qualification légale du fait imputé à la personne mise en examen « *et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre elle des charges suffisantes* ». La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a ajouté que cette motivation est prise au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d'instruction en application de l'article 175 du code de procédure pénale, en précisant les éléments à charge et à décharge pour chacune des personnes mises en examen.

L'ordonnance de renvoi devant une juridiction de jugement constitue le document par lequel le juge d'instruction recense, au travers de l'examen des faits et circonstances établis au cours de l'instruction, les charges qui ont pu être rassemblées à l'encontre d'un mis en examen. Si les preuves recueillies sont suffisantes et l'emportent sur les éléments à décharge, si elles viennent caractériser des éléments rendant hautement vraisemblable que la personne a participé à la ou les infractions pour lesquelles elle a été préalablement mise en examen, celle-ci fera l'objet d'une ordonnance de renvoi.

Un auteur a pu écrire que *« les charges se différencient des indices par leur intensité, elles doivent permettre de caractériser précisément les éléments constitutifs de l'infraction, l'imputabilité au mis en examen »*[16].

La culpabilité sera, elle, décidée par la juridiction de jugement, qui aura apprécié souverainement les éléments de preuve qui auront été débattus contradictoirement devant elle.

---

12 Même rapport que note 11, pages 50 et 51.
13 Sénat, séance du 20 octobre 1993, *JO*, page 3287.
14 23 décembre 1999, pourvoi n° 99-86.298, *Bull. crim.* 1999, n° 312.
15 Arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 17 juillet 2009, pourvois n° 09-82.690, n° 09-82.691 et n° 09-82.692, *Bull. crim.* 2009, Ass. plén., n° 2, 3 et 4.
16 On se reportera sur ce point à l'article de Jacques Le Calvez, professeur à l'université de Paris X, *Dalloz* 2002, pages 2277 et s.

L'ordonnance de renvoi contient essentiellement une appréciation factuelle des éléments de preuve rassemblés, qui doivent pouvoir être corrélés à la ou les qualification(s) pénale(s) donnée(s) aux faits reprochés au mis en examen.

D'une telle présentation, il résulte nécessairement que le contrôle de la Cour de cassation ne peut qu'être restreint. Celui-ci ne saurait porter sur l'appréciation des faits par les juges du fond.

L'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire dispose, en effet, que « *la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire* ». Le contrôle ne peut s'opérer qu'au regard des articles 591 et 593 du code de procédure pénale, soit pour violation de la loi, soit pour insuffisance ou contradiction de motifs, ou encore défaut de réponse aux conclusions.

L'absence d'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance de renvoi milite également pour un contrôle limité : la juridiction de jugement, comme le soulignent Frédéric Desportes et Laurence Lazerge-Cousquer dans leur traité de procédure pénale, « *est totalement libre de sa décision sur l'action publique. Elle peut bien évidemment décider que la preuve des faits n'est pas rapportée, retenir une cause d'extinction de l'action publique ou une cause d'irresponsabilité écartée par le juge d'instruction ou encore donner aux faits une qualification différente* »[17].

On pourra, à cet égard, se reporter à des arrêts de la chambre criminelle des 2 décembre 1969[18], 4 et 20 octobre 1977[19], 31 janvier 1978[20], 25 avril 1979[21].

Le nombre restreint de pourvois contre des arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne permet pas de disposer d'une jurisprudence bien établie quant à l'étendue du contrôle exercé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la commission d'instruction de la CJR.

À défaut, il semble que l'on puisse se référer, au moins pour partie, à la jurisprudence élaborée par la chambre criminelle sur le fondement de l'article 574-1 du code de procédure pénale, relatif aux pourvois contre les arrêts de la chambre de l'instruction qui ordonnent la mise en accusation devant la cour d'assises.

L'article 574-1 du code de procédure pénale ouvre sans restriction la voie du pourvoi contre ces arrêts, à la différence, comme on l'a vu, ci-dessus, de l'article 574 du même code, qui ne permet le pourvoi en cassation contre des arrêts de la chambre de l'instruction ayant ordonné le renvoi du mis en examen devant la juridiction correctionnelle que dans des cas exceptionnels[22].

La doctrine est peu diserte sur l'étendue du contrôle. Jacques et Louis Boré rappellent que « *la chambre de l'instruction, en statuant sur les charges de culpabilité, apprécie souverainement au point de vue des faits tous les éléments constitutifs des crimes* »[23].

Olivier Bouillane de Lacoste, après avoir souligné que la Cour de cassation est juge du droit et non du fait, énonce que constituent un moyen de pur fait « *les trop nombreux moyens qui se bornent à discuter les charges retenues par la chambre de l'instruction au soutien de sa décision de renvoi de l'affaire devant la cour d'assises* »[24].

Dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation* de l'année 2012[25], il était noté que « *la chambre criminelle abandonne à l'appréciation des juges du fond la constatation même des faits : elle n'en recherche aucun dans les pièces de la procédure qui ne figurerait pas dans la décision attaquée ; tout moyen de cassation qui l'inviterait à le faire serait nouveau et mélangé de droit et de fait.*

Identiquement, la chambre criminelle n'évalue pas les charges dont une juridiction affirme l'existence (Crim., 5 avril 1965, pourvoi n° 64-93.432, Bull. crim. *1965, n° 112) ; tout moyen de cassation qui l'inviterait à le faire serait un moyen de pur fait, auquel il serait répondu par une formule lapidaire (les prémisses sont fixées par Crim., 12 juillet 1994,* JCP *1994, IV, 2434)* ».

L'examen de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation permet de relever que, dans la très grande majorité des cas, les pourvois formés contre des arrêts de la chambre d'accusation, puis d'instruction, ayant ordonné la mise en accusation devant la cour d'assises ont été rejetés au motif suivant :

« *Les chambres d'accusation, en statuant sur les charges de culpabilité, apprécient souverainement au point de vue du fait tous les éléments constitutifs des crimes et la Cour de cassation n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qu'elles ont donnée à ces faits justifie le renvoi du prévenu devant la cour d'assises.* »

Cette formulation ancienne, que l'on trouve déjà dans un arrêt du 5 avril 1965[26], a été très souvent reprise : Crim., 8 mai 1969, pourvoi n° 92-873.68, *Bull. crim.* 1969, n° 160 ; 5 novembre 1985, pourvoi n° 85-94.640, *Bull. crim.* 1985, n° 340 ; 20 août 1986, pourvoi n° 86-92.877, *Bull. crim.* 1986, n° 244 ; 5 octobre 1994, pourvoi n° 94-83.635, *Bull. crim.* 1994, n° 318 ; 11 juillet 1995, pourvoi n° 94-85.917, *Bull. crim.* 1995, n° 254 ;

---

17 *Traité de procédure pénale,* édition 2015, n° 1985.
18 Pourvoi n° 91.953/68, *Bull. crim.* 1969, n° 319.
19 Pourvoi n° 75-93.200, *Bull. crim.* 1977, n° 283, et pourvoi n° 76-90.927, *Bull. crim.* 1977, n° 314.
20 Pourvoi n° 76-93.250, *Bull. crim.* 1978, n° 38.
21 Pourvoi n° 77-93.221, *Bull. crim.* 1979, n° 144.
22 Ce qui a pour conséquence que seuls certains moyens de cassation sont recevables, excluant ceux par lequel le prévenu discute l'insuffisance des charges motivant le renvoi, les éléments de fait de l'arrêt et même le bien-fondé de la qualification retenue, l'appréciation de ces éléments relevant de la juridiction de jugement (Crim., 20 octobre 1977, pourvoi n° 76-90.927, *Bull. crim.* 1977, n° 314 ; 21 octobre 1997, pourvoi n° 96-85.907, *Bull. crim.* 1997, n° 342), *cf.* Jacques et Louis Boré, *La cassation en matière pénale*, édition 2004/2005, n° 22.61.
23 Jacques et Louis Boré, *La cassation en matière pénale*, édition 2004/2005, n° 22.08.
24 *Juris-Classeur de procédure pénale*, pourvoi en cassation, articles 591 à 600, causes d'irrecevabilité ou d'inefficacité des moyens de cassation, fasc. 30, par Olivier Bouillane de Lacoste.
25 La Documentation française, « La preuve », page 133.
26 Pourvoi n° 93.432/64, *Bull. crim.* 1965, n° 112.

4 juin 2002, pourvoi nº 02-82.205 ; 28 octobre 2009, pourvoi nº 09-85.293 ; 7 décembre 2011, pourvoi nº 11-86.922 ; 11 juin 2013, pourvoi nº 13-82.229 ; 9 octobre 2013, pourvoi nº 13-85.228 ; 27 janvier 2016, pourvoi nº 15-86.604 ; 9 février 2016, pourvoi nº 15-86.687.

Elle a connu quelques variantes : « *la chambre d'accusation relève souverainement les faits sur lesquels repose l'accusation et notamment tous les éléments constitutifs du crime* » (Crim., 26 mars 1968, *Bull. crim.* 1968, nº 104). Cet arrêt comme celui du 26 juillet 1966[27] affirment « *qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation d'apprécier la valeur des charges dont la chambre d'accusation a affirmé l'existence* », de même que les arrêts des 20 mai 1969[28], 11 juin 1970[29] et 10 avril 1975[30].

Un arrêt du 24 août 1981 fera état « *des faits* [...] *que la Cour n'a pas qualité pour vérifier et contrôler... des constatations dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'existence ou de contrôler la valeur* » (pourvoi nº 81-93.182, *Bull. crim.* 1981, nº 248).

L'ensemble de ces arrêts rappelle clairement la limite du contrôle de la chambre criminelle : il ne s'étend pas à la vérification des faits tels qu'ils ont été retenus à charge par la chambre de l'instruction.

De même, la chambre criminelle n'a qu'un contrôle distant sur la qualification donnée aux faits. En ce qui concerne les arrêts de mise en accusation, ce regard est limité dans la mesure où la chambre se borne à vérifier que la qualification (criminelle) justifie la saisine de la cour d'assises : « *La Cour de cassation n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification donnée à ces faits justifie le renvoi devant la cour d'assises* »[31]. Par ailleurs, l'allégation de mauvaise qualification ne peut être retenue dès lors que l'un des faits, au moins, demeure de nature criminelle et qu'il « *appartient à la cour d'assises, qui n'est pas liée par la qualification, de caractériser, d'après la déclaration de culpabilité, les faits affirmés par cette dernière* » (Crim., 13 mars 1984, pourvoi nº 84-90.218, *Bull. crim.* 1984, nº 107 ; 16 novembre 2004, pourvoi nº 04-85.318, *Bull. crim.* 2004, nº 286).

La chambre criminelle a ainsi affirmé que les juridictions d'instruction appréciaient souverainement au point de vue des faits les éléments constitutifs des crimes qui leur sont déférés, notamment quant à la caractérisation de l'élément intentionnel (17 février 2016, pourvoi nº 15-86.887).

Il n'en demeure pas moins que la chambre criminelle vérifie si la chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction[32].

Sont donc censurés les arrêts qui reposent sur des « *motifs hypothétiques* » (Crim., 27 décembre 1960, pourvoi nº 97-560.60, *Bull. crim.* 1960, nº 624), sur « *des motifs dubitatifs et hypothétiques* » (Crim., 6 juin 2012, pourvoi nº 12-82.037), sur « *des considérations générales, vagues et imprécises* » (Crim., 9 novembre 1982, pourvoi nº 82-90.709, *Bull. crim.* 1982, nº 247), « *sur des motifs contradictoires* » (Crim., 28 novembre 1995, pourvoi nº 95-84.590, *Bull. crim.* 1995, nº 359 ; 19 février 1997, pourvoi nº 96-85.873 ; 10 octobre 2007, pourvoi nº 07-84.859).

Un arrêt de la chambre criminelle a précisé qu'il convenait que les chambres de l'instruction ne se bornent pas à énumérer les déclarations des uns et des autres, mais précise de quels éléments en particulier elle déduit l'existence de charges.

La chambre criminelle a été amenée à censurer des énonciations qui ne permettaient pas la qualification retenue par la cour d'appel.

Ainsi pour une chambre de l'instruction qui avait estimé les charges de viol suffisantes alors que l'arrêt n'avait relevé « *aucun élément de contrainte ou de surprise, ni de violence concomitante aux actes de pénétration sexuelles* ». La chambre criminelle a relevé l'absence de base légale de la décision (Crim., 17 septembre 1997, pourvoi nº 97-83.614, *Bull. crim.* 1997, nº 302).

De même pour des chambres de l'instruction qui n'avaient pas caractérisé la circonstance aggravante de particulière vulnérabilité de la victime, circonstance aggravante du viol, en se bornant à retenir l'âge de la victime sans préciser en quoi l'âge de celle-ci la mettait dans une situation de particulière vulnérabilité (Crim., 8 juin 2010, pourvoi nº 10-82.039, *Bull. crim.* 2010, nº 102).

Dans un arrêt du 23 janvier 1990[33], la chambre criminelle a censuré un arrêt dont les énonciations, qui ne caractérisaient pas de façon certaine la volonté délibérée de porter des coups ou d'exercer des violences sur une personne, ne permettaient pas à la chambre de l'instruction de considérer, sans se contredire, qu'il y avait des charges suffisantes contre le mis en examen d'avoir commis le crime prévu par l'article 311 du code pénal. La chambre de l'instruction n'avait ainsi pas donné de base légale à sa décision.

Elle valide, au contraire, des arrêts de mise en accusation devant la cour d'assises qui ont suffisamment caractérisé les éléments de la complicité[34] : « *Caractérise tous les éléments constitutifs du crime de complicité d'assassinat, par instructions données, l'arrêt d'une chambre d'accusation qui, renvoyant l'accusé devant la cour d 'assises, expose que cet accusé a été l'instigateur du crime et que les renseignements et directives donnés par lui ont abouti à la commission de l'infraction, alors même que le crime aurait été perpétré en son absence et suivant un mode d'exécution qu'il n'avait pas prévu* » (Crim., 31 janvier 1974, pourvoi nº 73-92.681, *Bull. crim.* 1974, nº 50).

---

27 Pourvoi nº 92-061.66, *Bull. crim.* 1966, nº 211.
28 Pourvoi nº 68-92.825, *Bull. crim.* 1969, nº 178.
29 Pourvoi nº 70-90.400, *Bull. crim.* 1970, nº 199.
30 Pourvoi nº 74-92.978, *Bull. crim.* 1975, nº 90.
31 Crim., 5 avril 1965, pourvoi nº 64-93.432, *Bull. crim.* 1965, nº 112 ; 1er septembre 2011, pourvoi nº 11-84.623 ; 17 février 2016, pourvoi nº 15-86.887.
32 Crim., 4 juin 1998, pourvoi nº 96-85.871, *Bull. crim.* 1998, nº 183 ; 17 février 2016, pourvoi nº 15-86.887 précité.
33 Pourvoi nº 89-86.182.
34 Voir aussi Crim., 30 mai 1989, pourvoi nº 89-81.578, *Bull. crim.* 1989, nº 222.

La chambre criminelle rejette aussi le pourvoi contre un arrêt qui a bien établi la circonstance aggravante de port d'arme : « *la chambre de l'instruction a considéré à bon droit que le port constaté, en l'espèce, d'un pistolet d'alarme devait être regardé indépendamment de l'usage qui en a été fait comme constitutif de la circonstance aggravante de port d'arme prévu par l'article 381, alinéa 1, du code pénal* » (Crim., 20 juin 1978, pourvoi n° 78-91.367, *Bull. crim.* 1978, n° 203, ou pour une arme factice, 5 août 1992, pourvoi n° 92-82.717, *Bull. crim.* 1992, n° 228).

Elle censure, en revanche, les arrêts de chambre de l'instruction qui, au travers des constatations opérées, permettent de retenir le crime ou le délit écarté par une décision de non-lieu, ainsi pour un crime contre l'humanité ou un recel de biens spoliés[35].

Ce panorama met en évidence que les chambres de l'instruction apprécient souverainement du point de vue des faits les éléments constitutifs des crimes qui leurs sont déférés. Elles sont seules juges de l'appréciation des charges qu'elles retiennent. Le contrôle tant des faits que des charges, qui ne sont que l'évaluation de ceux-ci au regard de leur valeur probatoire de nature ou non à permettre un renvoi devant la juridiction de jugement, échappe à la Cour de cassation.

Il en est de même en matière correctionnelle, où, en application de l'article 574 du code de procédure pénale, les moyens contestant les charges sont, de plus, irrecevables. On se référera entre autres à un arrêt de la chambre criminelle du 2 mars 1994[36] : « *Attendu que ces moyens ne sont dirigés ni contre une disposition de l'arrêt touchant à la compétence, ni contre une disposition définitive que le tribunal saisi de la prévention n'aurait pas le pouvoir de modifier ;*

Que, sous le couvert d'insuffisance de motifs ou de contradiction, les demandeurs se bornent à critiquer les énonciations de l'arrêt relatives aux charges que la chambre d'accusation, qui a répondu comme elle le devait aux articulations des mémoires dont elle était saisie, a, par une appréciation en l'état souveraine, retenues contre eux pour les renvoyer devant le tribunal correctionnel, devant lequel leurs droits de défense demeurent entiers ; d'où il suit que ces moyens sont irrecevables. »

La Cour de cassation se doit de vérifier si, en donnant la qualification aux faits qu'elle a retenus comme constants, la chambre de l'instruction a donné une base légale à sa décision. Elle ne peut que vérifier si la qualification peut se déduire des constatations de faits opérées par la chambre de l'instruction.

C'est ce que la chambre criminelle a très clairement énoncé dans un arrêt du 9 mai 1968[37] au regard du contrôle de la nature criminelle des faits justifiant le renvoi devant la cour d'assises, qu'il nous apparaît utile de reproduire ici intégralement :

« *Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 169 du code pénal, 593 du code de procédure pénale et 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale : "*en ce que la chambre d'accusation a renvoyé un lieutenant d'administration du service de santé des troupes coloniales en cour d'assises pour détournement de deniers publics par un comptable public, au motif qu'en tant que gestionnaire d'un hôpital mixte, il gérait des deniers de l'autorité civile et avait donc la qualité de comptable public, alors, d'une part, qu'un militaire qui gère accidentellement des deniers civils n'a pas à leur égard la qualité de comptable public, puisqu'il n'en a pas la gestion et ne les reçoit pas en vertu de ses fonctions militaires et, alors, d'autre part, que l'infraction est intentionnelle et que la chambre d'accusation ne constate pas qu'il ait agi avec intention délictueuse" *;*

Attendu qu'après avoir constaté que B..., gestionnaire d'un hôpital dépendant d'une autorité civile, avait la qualité de comptable public, l'arrêt attaqué expose que l'inculpé aurait détourné ou dissipé des fonds qu'il aurait reçus en cette qualité ;

Que ledit arrêt précise à cet égard que B… n'inscrivait pas en comptabilité les sommes qui lui étaient remises et ne les reversait pas au Trésor public et qu'il prélevait frauduleusement, grâce à des inscriptions de dépenses fictives, des sommes d'argent dans la caisse de l'hôpital ;

Attendu que, ***s'il appartient à la Cour de cassation de vérifier en droit, au point de vue de la compétence, le rapport que la chambre d'accusation a établi entre les faits par elle spécifiés et la qualification légale qu'elle leur a attribuée, les énonciations et appréciations de pur fait contenues dans l'arrêt ne comportent de sa part ni vérification ni contrôle ;***

Attendu que les faits ci-dessus énoncés, à les supposer établis, réunissent tous les caractères du crime prévu et réprimé par l'article 169 du code pénal, et notamment l'intention frauduleuse ;

Que dès lors le moyen ne saurait être accueilli. »

C'est à l'aune des principes ainsi établis que devra s'effectuer l'analyse des trois moyens de cassation proposés au soutien du pourvoi formé par Mme X… : absence de contrôle des énonciations ou appréciations de pur fait relatives aux charges mais vérification en droit du rapport suffisant existant entre les faits et la qualification retenue. Ce contrôle demeure toutefois restreint dans la mesure où, au stade de la chambre de l'instruction, comme de la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République, rien n'est définitif : la qualification n'a qu'un caractère provisoire que la juridiction de jugement peut remettre en cause[38], la recension des charges ne lie en aucune façon la juridiction de jugement quant à sa décision sur la culpabilité. Ce contrôle limité doit être effectué en gardant présent à l'esprit qu'au stade du renvoi devant la juridiction de jugement, il n'est question que de charges et non de culpabilité.

---

35 27 novembre 1992, pourvoi n° 92-82.409, *Bull. crim.* 1992, n° 394 ; 4 juin 1998, pourvoi n° 96-85.871, *Bull. crim.* 1998, n° 183.
36 Pourvoi n° 93-82.580, *Bull. crim.* 1994, n° 85.
37 Pourvoi n° 67-92.752, *Bull. crim.* 1968, n° 149.
38 30 novembre 1965, pourvoi n° 65-90.646, *Bull. crim.* 1965, n° 255.

Les charges se différencient des indices par leur intensité, elles doivent permettre de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction, l'imputabilité au mis en examen. La culpabilité sera, elle, décidée par la juridiction de jugement, qui aura apprécié souverainement les éléments de preuve débattus devant elle. Au stade du pourvoi contre un arrêt de renvoi, la Cour de cassation doit être à même de s'assurer qu'à supposer les faits établis, ils pourraient, sans erreur manifeste d'appréciation, constituer le délit retenu.

Au stade du pourvoi, l'assemblée plénière se doit également de s'assurer qu'à les supposer établis, les faits relèvent de la compétence de la Cour de justice de la République, à savoir qu'ils sont susceptibles de constituer un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions, ainsi qu'en dispose l'article 68-1 de la Constitution.

Ce point n'étant pas discuté et ne posant pas question, il n'y sera pas revenu.

V. - Sur le premier moyen de cassation

Pris de la violation notamment des articles 432-16, 432-17, 433-4 et 121-3 du code pénal, le premier moyen de cassation critique l'arrêt en ce que l'arrêt n'aurait pas caractérisé l'existence d'un détournement de fonds.

La première branche du moyen fait valoir que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal a pour condition préalable l'existence d'un détournement de fonds. La commission de l'instruction ne pouvait se borner, pour renvoyer Mme X… devant la Cour de justice de la République, à relever le caractère « indu » de l'octroi des condamnations par le tribunal arbitral, le paiement des sommes allouées par une sentence arbitrale, fût-elle erronée ou infondée, ne pouvant constituer en soi un détournement de fonds alors qu'elle avait constaté que des poursuites étaient en cours aux fins de déterminer si la décision du tribunal arbitral était la résultante d'un processus frauduleux.

La seconde branche du moyen rappelle que l'article 432-16 du code pénal ne rend punissable que la négligence dont *« il résulte »* un détournement ; l'exigence de ce lien de causalité commande que le constat préalable du détournement porte non seulement sur l'existence de la fraude mais aussi sur les manœuvres constitutives de celle-ci, pour permettre d'apprécier si les manœuvres résultent ou non d'une négligence du dépositaire de l'autorité publique. En l'absence d'un tel constat, la demanderesse estime que son renvoi devant la Cour de justice de la République est dépourvu de base légale.

L'argumentation développée par le mémoire ampliatif :

pour la demanderesse, l'existence d'un détournement constitue le préalable de la caractérisation du délit de l'article 432-16 du code pénal, ainsi que cela ressort des décisions de la Cour de cassation. Lorsque le détournement procède d'un acte par nature licite, le juge répressif se doit de caractériser les manœuvres constitutives de la fraude et, donc, de caractériser l'intention frauduleuse requise pour que soit constitué le détournement de fonds publics réprimé par l'article 433-4 du code pénal. Selon le mémoire ampliatif, l'exécution d'une sentence arbitrale ne peut constituer un détournement de fonds publics. Dès lors qu'une juridiction est saisie de poursuites aux fins de rechercher si le processus d'élaboration de la décision et les condamnations prononcées sont susceptibles de revêtir une qualification pénale, il ne serait pas possible de renvoyer Mme X… devant la Cour de justice de la République tant que les poursuites n'ont pas abouti, à peine de faire naître un risque de contrariété de décisions. De plus, en l'état de l'incertitude sur la qualification retenue à l'encontre des mis en examen, il ne serait pas possible de savoir si les agissements de ceux-ci sont la résultante des négligences reprochées à la demanderesse.

À l'évidence, il ne saurait être question, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, de reprocher implicitement à la commission d'instruction de ne pas avoir sursis à statuer dans l'attente d'une décision définitive sur la procédure encore instruite au tribunal de grande instance de Paris. La poursuite du délit prévu à l'article 432-16 du code pénal, infraction autonome, ne suppose pas que le ou les tiers, auteurs de la destruction, du détournement ou de la soustraction aient été identifiés et même poursuivis. Par ailleurs, les procédures suivies devant la Cour de justice de la République et les juridictions de droit commun sont indépendantes. Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation l'a expressément jugé qui, pour rejeter le pourvoi du procureur général arguant de ce qu'un ministre ne pouvait être relaxé des faits de corruption passive et recel d'abus de biens sociaux commis dans l'exercice de ses fonctions quand les auteurs avaient été définitivement condamnés par la juridiction de droit commun, a énoncé que « *la Cour de justice de la République, qui n'était pas tenue par les termes de l'arrêt, désormais définitif, du 18 septembre 2009 de la cour d'appel de Paris concernant d'autres parties, a justifié sa décision* [...] »[39].

Cette demande n'a, au demeurant, pas été formulée devant la commission d'instruction. Si tel est le sens du moyen, il ne peut qu'être rejeté comme nouveau.

Si le moyen, comme nous le croyons, fait grief à la commission de l'instruction de ne pas avoir suffisamment caractérisé le détournement de fonds publics et les manœuvres qui y ont contribué, il appelle les observations qui suivent.

Le délit de l'article 432-16 du code pénal est libellé ainsi que suit :

« *Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 du code pénal résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »

---

[39] Assemblée plénière, 23 juillet 2010, pourvoi n° 10-85.505, *Bull. crim.* 2010, Ass. plén., n° 2.

L'article 432-16 du code pénal prolonge et complète les dispositions de l'article 432-15 du même code, qui incriminent le détournement volontaire de biens par un dépositaire de l'autorité publique :

« *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* » (texte dans sa version applicable à l'époque des faits).

Il permet de poursuivre un dépositaire de l'autorité publique qui, dans ce cas, n'est pas l'auteur ou le complice du détournement, mais dont les négligences ont « permis » à un tiers de commettre le délit de soustraction ou détournement de biens dans un dépôt public, prévu et réprimé par l'article 433-4 du code pénal :

« *Le fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* ».

Si le texte de l'article 432-16 du code pénal ne procède à aucun renvoi exprès aux dispositions de l'article 433-4 du même code, il se réfère, néanmoins, explicitement aux agissements incriminés par ce texte : « *la destruction, le détournement, la soustraction des biens visés à l'article 432-15 du code pénal* », à savoir « *un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés* ».

Le délit de l'article 432-16 du code pénal incrimine l'agent pour avoir laissé un détournement, une soustraction s'opérer par sa faute. Ainsi que le souligne Emmanuel Dreyer[40], « *Tenu à une obligation de surveillance, l'agent aurait dû prévenir cet acte ou à tout le moins l'empêcher. S'il s'est abstenu, il doit répondre de son défaut d'attention. Un tel comportement ne pouvant être puni au titre de la complicité, il a fallu l'incriminer à titre autonome.* [...] *Cette qualification est, en réalité, une qualification de repli par rapport à la précédente* [celle de l'article 432-15 du code pénal]*. Elle est utilisée lorsque la participation de l'agent public aux détournements n'a pu être prouvée mais qu'il a tout de même contribué, par sa négligence, à permettre leur réalisation.* [...] *Il s'agit ici de prévenir le sentiment d'insécurité que pourraient ressentir les concitoyens en s'adressant à leur administration : ils ne doivent pas s'en méfier à raison de sa désorganisation et de l'incompétence de ceux qui doivent veiller à son bon fonctionnement* ».

Tant Mme Michèle-Laure Rassat[41] que M. Michel Véron[42] soulignent que c'est la négligence ou l'imprudence du dépositaire qui ne prend pas les précautions suffisantes pour protéger les fonds confiés à sa garde ou dont il a la disposition qui est sanctionnée. Le fondement de l'infraction est l'atteinte à la confiance que l'on doit pouvoir avoir dans les pouvoirs publics.

Les négligences imputables au dépositaire de l'autorité publique comme à l'ensemble des personnes énumérées par le texte de l'article 432-16 du code pénal, chargés de mission de service public, comptables publics, dépositaires publics, ne sont répréhensibles pénalement que si elles ont « facilité » une destruction, un détournement, une soustraction commis par un tiers de l'un des biens énumérés à l'article 432-15 du code pénal.

On observera, d'ores et déjà, que la destruction, la soustraction ou le détournement par un tiers de fonds publics ne constitue pas le préalable du délit, comme l'indique le mémoire ampliatif, mais la conséquence des négligences.

Si des auteurs ont pu évoquer la notion de « *conditions préalables* » aux délits des articles 432-15 et 432-16 du code pénal, c'est uniquement pour qualifier les conditions tenant à la qualité de la personne poursuivie : dépositaire de l'autorité, comptable public… et à la nature des biens protégés qui ont été remis à la personne en raison de ses fonctions ou de sa mission[43].

Selon Wilfried Jeandidier[44], commentant les dispositions des articles 432-15 et 432-16 du code pénal, « *Le mot détournement évoque le délit d'abus de confiance pour lequel le même mot est employé par l'article 314-1 et le rapprochement n'est pas fortuit : on peut en effet dire, du délit ici analysé, qu'il est une sorte d'abus de confiance aggravé, car il est imputé à des personnes tenues par leur position officielle d'une obligation de probité particulièrement exigeante. De cette parenté entre les deux articles 432-15 et 314-1, il suit que le mot* "détournement" *employé par l'un et l'autre texte doit être interprété d'une façon uniforme. On dira donc que le détournement consiste à se comporter sur la chose reçue comme le ferait un véritable propriétaire : détourner, c'est substituer à la possession précaire dont on est investi une possession* animo domini *excluant ou contredisant les prérogatives que le véritable propriétaire a sur cette chose* ».

Ce même auteur, évoquant plus spécifiquement le détournement par un tiers visé à l'article 432-16 du code pénal, explique : « *Le détournement suppose que le tiers coupable avait reçu communication de la chose : celle-ci lui avait été provisoirement confiée par la personne qui en avait la garde ou la surveillance. Il y aura détournement, par exemple, de la part d'un avocat qui retirerait une pièce d'un dossier qui lui a été communiqué par le juge*

---

40 Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial*, 2e édition, éditions Ellipses, p. 598 et s.

41 Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal spécial*, 7e édition, Dalloz.

42 Michel Véron, *Droit pénal spécial*, 15e édition, Sirey.

43 Voir *Juris-Classeur*, fascicule 20, « Destruction ou détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique », par André Vitu, actualisé par Wilfried Jeandidier. Voir aussi Emmanuel Dreyer, « *Cours magistral de droit pénal spécial* », éditions Ellipses, no 1329 et s.

44 *Juris-Classeur*, articles 432-15 et 432-16, fascicule 20, « Destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique ».

d'instruction, ou de la part d'un fonctionnaire qui s'emparerait de certains documents contenus dans son dossier personnel dont il a eu communication dans le cadre d'une poursuite disciplinaire ; détournement encore de la part du lecteur qui, ayant emprunté un ouvrage dans une bibliothèque publique, en arracherait des pages ou refuserait de le restituer. »

Selon Michel Redon, au *Répertoire de droit pénal*[45], « *le détournement suppose que l'objet existe, mais a été approprié à un moment donné par l'auteur. C'est à l'évidence le cas pour les fonds ou deniers retrouvés entre les mains de l'auteur, ou les actes, titres, effets objets entrés illicitement en sa possession, ou encore pour le livre d'une bibliothèque publique ou le document d'archive publique que celui à qui il a été confié refuse de restituer* ».

Dans l'infraction de l'article 432-16 du code pénal, le fait matériel n'est pas commis par la personne poursuivie, dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, mais par un tiers. André Vitu souligne que « *l'article 432-16 du code pénal ne se préoccupe pas de la répression des actes imputés aux tiers ; il ne concerne que les personnes officiellement chargées d'une fonction publique. Les tiers, eux, relèvent d'un texte différent, l'article 433-4 du code pénal* [...]. *Les faits du tiers étant intentionnels, la négligence du dépositaire de l'autorité publique n'est pas punissable si la disparition a elle-même pour origine une faute non intentionnelle du tiers* ».

Michèle-Laure Rassat ajoute que « *l'infraction ne comporte aucun élément matériel, celui-ci étant accompli par un tiers et défini comme dans l'infraction de celui-ci* »[46] (article 433-4 du code pénal).

La répression de l'infraction de l'article 432-16 du code pénal n'implique nullement que l'auteur des faits de destruction, détournement ou soustraction ait été identifié ou que l'ensemble des circonstances de la disparition de l'objet ou des fonds confiés à la garde ou mis à la disposition du dépositaire de l'autorité publique à raison de ses fonctions soit déterminé. Il suppose toutefois que le fait matériel de « *soustraction, détournement, ou destruction* » réponde à un agissement volontaire d'un tiers.

La présente procédure met en cause le paiement de sommes par le CDR aux liquidateurs des époux Y… et des sociétés de celui-ci, suite à une décision arbitrale.

Il ne saurait donc être question de « *destruction* » ou de « *soustraction* » au sens de l'article 432-16. Seul le détournement de fonds publics apparaît envisageable.

On ne trouve pas dans la jurisprudence, rare, tant de la Cour de cassation que des cours d'appel pour ce texte d'usage peu fréquent, des exemples qui pourraient se rapprocher de la présente procédure[47].

Il a ainsi été fait application du texte :

- à un instituteur, également secrétaire de trois mairies, qui avait entreposé les registres d'état civil dans l'école où il enseignait dans un tiroir qu'il n'avait pas fermé à clé. Lorsqu'il a quitté ses fonctions, il ne s'est pas préoccupé des registres, dont l'un d'entre eux a disparu ;

il a été condamné pour sa négligence ayant permis la soustraction de ladite pièce d'un dépôt public (CA Nancy, 23 décembre 1965, *JCP* 1967, II, 1949) ;

- à un greffier qui n'avait pris aucune disposition pour assurer le contrôle et la sécurité des valeurs détenues, ni donné d'instructions au personnel placé sous son autorité. Au cours des années 1985, 1986 et 1987, quarante-quatre scellés contenant des sommes d'argent totalisant 167 094 francs avaient été soustraits soit dans le coffre-fort, soit dans la salle commune du greffe du tribunal (Crim., 26 novembre 1991, pourvoi n° 91-81.795) ;

- à la responsable d'un bureau de poste qui ne procédait pas immédiatement au comptage des sommes déposées en espèces par la régie de stationnement de la commune et omettait de remettre immédiatement un reçu, ce qui avait permis la disparition de 18 931 euros (Crim., 22 février 2006, pourvoi n° 05-84.921) ;

- à un maire qui, sans opérer les contrôles et vérifications nécessaires, avait signé les bons de commande préparés par la secrétaire de mairie et qui permettaient l'acquisition au profit de celle-ci d'objets ménagers divers et de livres (Crim., 9 novembre 1998, pourvoi n° 97-84.696).

Au regard de la présente procédure, le seul intérêt de ces arrêts est, certes au stade du jugement, d'avoir pris soin de constater expressément « *la disparition* » d'objets confiés à la garde, ou de fonds dont le dépositaire de l'autorité publique ou chargé de mission de service public avait, sinon la garde, la disposition. On remarquera que c'est un fait objectif de détournement par un tiers qui a été constaté par l'ensemble de ces arrêts, sans que les circonstances en aient été précisément caractérisées, dans la mesure où, dans la plupart des cas, elles sont demeurées inconnues.

L'ensemble de ces exemples met également en évidence que les objets, les fonds à la garde de l'agent, ne sont plus à sa disposition alors que, sans sa négligence, ils devraient encore l'être.

Si l'on examine la jurisprudence de la Cour de cassation sur le fondement de l'article 432-15 du code pénal mais aussi de l'article 311-4, qui incrimine l'abus de confiance, on constate que le détournement consiste à donner aux fonds utilisés une autre affectation que celle à laquelle ils étaient destinés. Alors que le dépositaire de l'autorité publique, l'élu, la personne chargée d'une mission de service public, n'a la disposition des fonds que pour satisfaire l'intérêt public, l'intérêt de la collectivité publique, il en fait un usage autre. Il se comporte comme le propriétaire des fonds.

---

45 Rubrique « Détournement de pièces dans les dépôts publics », n° 13.
46 Marie-Laure Rassat, *Droit pénal spécial*, précis Dalloz, n° 1108.
47 De plus, aucun arrêt ne concerne le stade du renvoi devant la juridiction de jugement.

Cette objectivation du détournement ressort de la formule retenue par un arrêt de la chambre criminelle du 4 mai 2006[48] : « *les crédits destinés à des actions déterminées ont été utilisés à d'autres fins que celles autorisées* ».

On peut également se reporter à un arrêt de la chambre criminelle du 12 novembre 2015[49] : « *L'utilisation de subventions, obtenues en vue de la réalisation d'un projet déterminé, pour le règlement d'heures de travail consacrées à une autre activité, quelle qu'elle soit, constitue un détournement de fonds publics.* »

On peut aussi citer la condamnation d'un maire pour détournement de fonds publics pour avoir détourné des subventions de l'Union européenne et du conseil général des Alpes-Maritimes attribuées à la commune pour l'exécution d'un programme interrégional franco-italien dont l'objet était la promotion de la lecture chez les enfants et dont il était le coordinateur français, pour les avoir affectées à des actions communales déjà engagées et, notamment, l'édition d'un ouvrage pour le centenaire de la commune[50].

De même, le fait pour le « *président et directeur de l'association pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence d'affecter les subventions publiques qui lui ont été versées, notamment, par la direction des affaires sanitaires et sociales, la protection judiciaire de la jeunesse, à des établissements relevant du secteur privé de cette association constitue un détournement de fonds publics* » (Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 09-81.192).

Dans de nombreux cas, l'usage des fonds contraire à leur destination est réalisé sous le couvert de contrats de travail qui ne correspondent pas à la réalité : la chambre criminelle a jugé par un arrêt du 13 septembre 2006[51] que « *l'affectation, en connaissance de cause, des agents municipaux à des tâches non conformes aux emplois prévus implique le détournement de leur rémunération, opérée par prélèvement sur le budget de la commune* ».

On pourrait aussi se reporter à de nombreux arrêts qui sanctionnent, sous couvert de contrats, l'embauche de personnes travaillant en réalité pour des partis politiques ou syndicats, les dépenses ainsi supportées par les collectivités territoriales étant étrangères à celles-ci. On se reportera entre autres aux arrêts des 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-85.142, 3 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.614, 2 octobre 2013, pourvoi n° 12-85.606, 23 juillet 2014, pourvoi n° 13-82.193, *Bull. crim.* 2014, n° 173.

Ces arrêts mettent en évidence des personnes avec qui la collectivité territoriale a conclu un contrat de travail, qui sont employées à toute autre fin que l'intérêt de la collectivité. Il y a là un habillage juridique intentionnellement frauduleux pour masquer une situation qui caractérise un détournement des fonds.

Le mécanisme utilisé se rapproche de la présente procédure dans la mesure où c'est, là, sous couvert d'un acte juridique, ici, d'une décision juridique, que le détournement, l'appropriation de l'argent public, est opéré.

Le fait dans la présente procédure qui constituerait et permettrait à la fois le détournement de fonds serait la mise à disposition des liquidateurs des époux Y… et des sociétés de Bernard Y… d'une somme de 403 millions suite à un arbitrage dont la sentence aurait été frauduleusement biaisée.

Il est certain que le terme « détournement » doit être entendu au sens large et qu'il peut prendre des aspects différents. Il doit être entendu au sens d'appropriation frauduleuse par un tiers des fonds dont le dépositaire de l'autorité publique a la disposition. Le détournement implique qu'à un moment, le tiers a pu prendre frauduleusement possession des fonds auxquels il a eu accès.

Pour ordonner le renvoi de Mme X..., la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a estimé qu'il suffisait que soit constaté « *un fait punissable* » de détournement de fonds publics, lequel pourrait même ne pas avoir donné lieu à poursuite, dont la réalité était, selon elle, confirmée par les autres éléments du dossier.

La commission, considérant que le délit de l'article 432-16 du code pénal étant, comme le blanchiment, une infraction distincte et autonome, s'est expressément référée à la jurisprudence née de cette infraction. L'arrêt du 20 février 2008[52], cité par la commission, rappelle, comme celui du 9 avril 2015[53], que « *le délit de blanchiment est une infraction générale, autonome et distincte* » et approuve la cour d'appel qui, pour entrer en voie de condamnation de blanchiment de fraude fiscale, a énoncé que « *l'article 324-1 du code pénal n'impose pas que des poursuites aient été préalablement engagées ni qu'une condamnation ait été prononcée du chef du crime ou du délit ayant permis d'obtenir les sommes d'argent blanchies mais qu'il suffit que soient établis les éléments constitutifs de l'infraction principale ayant procuré les sommes litigieuses ; qu'ils retiennent qu'en l'espèce, le délit de fraude fiscale résulte de la dissimulation de sommes sujettes à l'impôt, notamment par l'omission de déclaration de ressources ou la perception de recettes occultes, ces dissimulations excédant la somme de 153 euros, et que l'intention coupable se déduit de l'abstention réitérée de déclaration, de l'importance des sommes dissimulées et de la volonté de soustraire des revenus à l'administration fiscale* ».

À l'instar de la commission de la Cour de justice de la République, on peut, sans doute, toute proportion gardée, faire le rapprochement avec la caractérisation de l'infraction préalable dans les délits de blanchiment ou encore de recel, avec cette réserve que le détournement de l'article 432-16 est « la conséquence » des négligences.

La jurisprudence admet qu'il importe peu que l'ensemble des circonstances de l'infraction originaire n'aient pas été déterminées[54]. Ainsi, pour un recel de vol dès lors que l'auteur du recel a conscience de l'origine délictueuse de la chose recelée (à propos d'un recel de vol, *cf.* Crim., 24 avril 2001, pourvoi n° 00-86.325). La Cour de cassation a également jugé que l'indétermination des circonstances de l'infraction originaire ne permet pas de déduire l'inexistence du recel (Crim., 6 juin 1996, pourvoi n° 95-82.832). Il n'est pas nécessaire que l'auteur

---

48 Pourvoi n° 05-81.151, *Bull. crim.* 2006, n° 119.
49 Pourvoi n° 14-82.819.
50 Crim., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-88.190, *Bull. crim.* 2012, n° 283.
51 Pourvoi n° 05-84.111, *Bull. crim.* 2006, n° 220.
52 Pourvoi n° 07-82.977, *Bull. crim.* 2008, n° 43.
53 Pourvoi n° 14-87.660, *Bull. crim.* 2015, n° 76.
54 Voir, sur ce point, Marie-Paule Lucas de Leyssac et Alexis Mihman, *Droit pénal des affaires*, éditions Économica, p. 136.

de l'infraction originaire ait été identifié, poursuivi ou condamné. Toutefois, si le délit préalable suppose que la personne soit soumise à un secret professionnel, il est indispensable d'établir que le document recelé n'a pu être obtenu par le receleur que d'une telle personne (Crim., 30 octobre 2006, pourvoi n° 06-85.693, *Bull. crim.* 2006, n° 258).

Il n'en demeure pas moins, comme le souligne Mme Daury-Fauveau, maître de conférences à l'université d'Amiens, au *Juris-Classeur pénal*[55], qu'« *en droit positif français, l'exigence conduit à établir de manière précise l'existence d'une action qualifiée crime ou délit et d'en relever les éléments constitutifs* ».

C'est ainsi que la Cour de cassation censure les arrêts qui ont retenu, comme fait originaire punissable, une soustraction sans la qualifier de frauduleuse[56], une non-restitution d'objet sans caractériser l'abus de confiance[57], une escroquerie sans en développer les éléments constitutifs[58]. En matière de recel de violation de secret professionnel ou de l'instruction, la chambre criminelle s'est montrée dans ce domaine particulier plus exigeante[59], notamment en raison des exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme récemment.

L'obligation faite aux juges de caractériser l'infraction originaire et d'en relever les éléments constitutifs est soulignée par la doctrine. Dans leur ouvrage sur le droit pénal des affaires, Philippe Maistre du Chambon, Agathe Lepage et Renaud Salomon[60] rappellent que les juges ne peuvent se contenter de souligner que les objets recelés ont une origine suspecte sans encourir la censure de la Cour de cassation. On se reportera, pour un arrêt récent, à la décision rendue le 7 mars 2012 par la chambre criminelle de la Cour de cassation ayant cassé un arrêt qui avait reconnu une prévenue coupable de recel de banqueroute au seul motif qu'elle reconnaissait les faits, sans caractériser le délit initial[61]. La commission de l'instruction de la Cour de justice de la République se devait donc de relever, au stade de la clôture de l'instruction, des éléments sérieux de nature à accréditer l'existence d'un détournement volontaire commis par un tiers, dont elle n'avait pas à préciser, au regard de l'autonomie de l'incrimination, l'ensemble des circonstances.

Il convient de rechercher au sein de l'arrêt quels sont les éléments retenus par la commission d'instruction pour caractériser le détournement de fonds publics par un tiers, exigé par l'article 432-16 comme « résultant » des négligences, notamment du dépositaire de l'autorité publique incriminées par ce texte.

Le tribunal arbitral a, *in fine*, alloué aux liquidateurs des époux Y… les 4/5e des sommes réclamées au titre du préjudice matériel et 45 millions d'euros au titre du préjudice moral des époux Y..., somme extrêmement élevée au regard de ce qui est jugé habituellement[62]. On rappellera également que, lors de l'instance devant la cour d'appel de Paris, les mandataires liquidateurs avaient sollicité un euro à ce titre[63].

Pour considérer qu'il existait des charges suffisantes de détournement par un tiers, détournement qui pouvait résulter de négligences de la ministre de l'économie, de l'industrie et des finances, la commission de l'instruction a tout d'abord relevé que le tribunal arbitral s'était affranchi des conditions dans lesquelles il devait exercer sa mission : aux termes de l'article 7-1 du compromis d'arbitrage, le tribunal arbitral était « *tenu par l'autorité de la chose jugée des décisions définitives rendues dans les contentieux, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005* ».

Ainsi, le tribunal arbitral avait ignoré l'arrêt de la cour d'appel qui :

« *avait dénié toute qualité aux liquidateurs de la société GBT à demander la plus-value de la vente dont ils auraient été privés en raison du statut d'actionnaire du groupe Bernard Tapie dans la société BTF*" (...) ;

avait indiqué que les liquidateurs de la société GBT avaient qualité pour agir sur le fondement du mémorandum intervenu le 10 décembre 1992 à l'occasion de la cession, par la SDBO, de la participation dans BTF de GBT et réservant à cette dernière société une partie du prix de vente, de l'ordre de 200 millions de francs, qui devait être affecté au paiement de ces dettes à l'égard de la banque (arrêt, pages 28 et 29).

La commission d'instruction a de plus analysé l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui, à son sens, renforçait la solution dégagée par la cour au moins sur ce point de droit :

pour demander une indemnisation, les mandataires liquidateurs étaient recevables à solliciter la réparation du préjudice subi par la société GBT pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes, ce dommage étant propre à celle-ci, distinct du préjudice d'actionnaire et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites.

En revanche, les mandataires liquidateurs étaient irrecevables à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par GBT « *en sa qualité d'actionnaire de la société BTF* » (arrêt, page 29).

La commission de l'instruction concluait que « *les arbitres étaient donc tenus de subordonner la recevabilité des liquidateurs à la démonstration que GBT avait subi personnellement des préjudices et d'exclure du périmètre de*

---

55 *Juris-Classeur pénal*, articles 321-1 à 321-5.

56 Crim., 23 mai 1962, pourvoi n° 94-303.61, *Bull. crim.* 1962, n° 204.

57 Crim., 16 mars 1988, pourvoi n° 87-81.306, *Bull crim.* 1988, n° 131 : « *Attendu que le délit de recel n'est légalement constitué que s'il est constaté que les choses recelées ont été enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ;*
Attendu que, pour le condamner du chef de recel, l'arrêt attaqué se borne à constater "qu'il est acquis qu'en toute connaissance de cause X... a utilisé ledit véhicule alors que celui-ci aurait dû être restitué depuis plusieurs jours" *;*
Mais attendu qu'en s'abstenant de caractériser les éléments constitutifs du délit d'où proviendrait la chose recelée, la Cour a méconnu le principe ci-dessus rappelé et n'a pas donné une base légale à sa décision ».

58 Crim., 26 décembre 1918, *Bull. crim.* 1918, n° 247.

59 Crim., 6 mars 2012, pourvoi n° 11-80.801, *Bull. crim.* 2012, n° 61.

60 *Lexis-Nexis*, 4e édition, n° 378.

61 Crim., 7 mars 2012 , pourvoi n° 11-80.763.

62 *Cf.* réquisitoire de monsieur le procureur général.

63 La cour d'appel avait estimé que le préjudice était réparé par les dommages-intérêts alloués au titre de la réparation du dommage causé par les fautes contractuelles de la banque.

l'indemnisation l'absence de remontée de la plus-value qui aurait dû profiter à son ancienne filiale ; or ils ont fait exactement le contraire, de sorte que la question s'est posée de savoir s'ils avaient manqué à leur obligation de « se conformer à la mission qui leur était conférée, au sens de l'article 1484, 3°, du code de procédure civile en vigueur à l'époque des faits et, par là-même, fragilisé leur décision » (voir aussi arrêt, page 52).

La commission a, par ailleurs, constaté que le compromis d'arbitrage qui a été finalement signé par le Consortium de réalisation n'était pas celui qui avait été soumis au conseil d'administration de cette société en ce sens qu'il permettait expressément l'attribution d'un préjudice moral aux époux Y… à hauteur de 50 millions d'euros, alors même qu'il n'était pas évident que ce risque non chiffrable soit pris en charge par l'État, qui devait assumer uniquement le risque du contentieux portant sur la vente proprement dite des actions de la société Adidas.

En outre, les sentences arbitrales, et notamment celle du 8 juillet 2008, ont été rétractées par arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2015 qui a constaté la fréquence et l'ancienneté des liens de l'un des arbitres, M. H…, avec Me I..., conseil de Bernard Y… La commission de l'instruction notait également que le nom de Pierre H… avait été suggéré par Me I… à Me August, conseil du CDR, qui avait été substitué à Me Martel, très défavorable à un arbitrage (arrêt, pages 24 et 25).

Enfin, la commission de l'instruction a constaté qu'une information judiciaire était en cours au tribunal de grande instance de Paris. Les juges d'instruction ont tout d'abord mis en examen MM. Y..., C..., G..., E..., I… et H… des chefs d'escroquerie en bande organisée et, pour ce dernier, de faux en écriture privée et, par la suite, les 6 mai et 29 juin 2015, mis supplétivement en examen :

- M. Y..., du chef de détournement de fonds publics, pour avoir, à Paris entre 2007 et 2009, détourné des fonds publics, en l'espèce la somme d'environ 403 millions d'euros octroyée indûment par le tribunal arbitral aux liquidateurs du groupe Tapie et aux époux Y…, au terme d'un arbitrage frauduleux ;

- M. C..., en sa qualité de président de l'EPFR, M. G..., en sa qualité de directeur de cabinet de la ministre de l'économie et des finances, M. E..., en sa qualité de président du CDR, M. H..., en sa qualité de membre du tribunal arbitral, et Me I..., en sa qualité d'avocat de M. et Mme Y..., du chef de complicité de détournement de fonds publics reproché à M. Y…

La commission d'instruction de la CJR a conclu ainsi : « *L'information suivie au tribunal de grande instance de Paris pour, notamment, escroquerie en bande organisée, détournement de fonds publics et complicité de ce délit, dans laquelle ont été mis en examen de ces chefs MM. G..., C..., E… et H..., si elle n'est pas clôturée, a mis en évidence le caractère indu de l'octroi par le tribunal arbitral, dont les sentences ont été rétractées par l'arrêt du 17 février 2015 de la cour d'appel de Paris, d'une somme - évaluée à environ 403 millions d'euros - au bénéfice des liquidateurs du groupe Tapie et des époux Y… ; que la réalité du détournement de ces fonds publics, confirmée par les autres éléments du présent dossier, suffit à justifier qu'il soit mis fin à la présente information ; qu'en effet, le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal, constitutif, comme le blanchiment, d'une infraction distincte et autonome, suppose seulement qu'il soit constaté l'existence d'un fait punissable de détournement de fonds publics, lequel pourrait ne pas avoir fait l'objet de poursuites* [...] » (arrêt, page 64).

La cour a ainsi caractérisé, à ce stade de la procédure, l'existence d'éléments permettant de retenir un détournement de fonds publics, à savoir le détournement de fonds publics au travers, notamment, d'un arbitrage. Le paiement des sommes aux liquidateurs des sociétés de Bernard Y… et des époux Y… n'avait pas pour finalité de mettre un terme à plusieurs contentieux mais l'enrichissement des époux Y..., le versement à ceux-ci de sommes qu'ils n'auraient pu espérer par la voie judiciaire. L'affectation des sommes était détournée de son objet. Le mécanisme utilisé n'est pas sans rappeler le détournement des moyens mis à sa disposition par M. X… pour se faire remettre des fonds[64] ou encore, dans un tout autre domaine, l'abus de confiance commis par un buraliste qui se sert du terminal mis à sa disposition pour opérer des détournements au préjudice de La Française des jeux en ne payant pas ses paris[65].

Le moyen, qui critique les charges retenues par la commission d'instruction pour caractériser, à ce stade de la procédure, les éléments de nature à établir un détournement au sens de l'article 432-16 du code pénal, ne tend en définitive qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des charges par les juges du fond, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation dès lors que la motivation est exempte d'insuffisance et de contradiction.

Le moyen ne peut qu'être écarté.

VI. - Sur le deuxième moyen de cassation

Pris de la violation des articles 432-16, 432-17 et 121-3 du code pénal, 1 de la loi des 16 et 24 août 1790, L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire, 480 du code de procédure civile, 591 et 593 du code de procédure pénale, la deuxième branche du moyen soutient que l'arrêt de la commission d'instruction n'a pas caractérisé les négligences imputées à Mme X… ;

La première branche du moyen souligne que la décision de soumettre le contentieux litigieux à la voie procédurale de l'arbitrage, voie reconnue, organisée et contrôlée par le code de procédure civile, constitue un mode normal de règlement des litiges commerciaux. En l'absence de toute circonstance

---

64 Crim., 19 mars 2014, pourvoi n° 12-87.416, *Bull. crim.* 2014, n° 86 : « *Commet le délit d'abus de confiance le salarié d'une banque chargé des fonctions d'opérateur de marché qui, en prenant, à l'insu de son employeur, des positions spéculatives au mépris de son mandat et au-delà de la limite autorisée, détourne de l'usage auquel ils étaient destinés les fonds et les moyens techniques qui lui étaient confiés* ».

65 Crim., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-86.241, *Bull. crim.* 2013, n° 191 : « *Commet un abus de confiance le titulaire d'un contrat d'agrément avec la société La Française des jeux qui, ne réglant pas les mises personnelles qu'il enregistre sur le terminal de jeux, utilise cet appareil à des fins autres que celles pour lesquelles il lui avait été confié et détourne le montant des sommes qu'il aurait dû verser.*
Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt qui, pour relaxer le prévenu de ce chef, énonce qu'il ne peut lui être reproché d'avoir détourné à son profit ni les mises d'autres joueurs ni la machine à enregistrer les paris, utilisées dans ce seul but ».

anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres, ou aux modalités de leur désignation, le choix de ce mode de règlement d'un litige ne présente pas d'aléas différents de ceux courus devant la juridiction étatique et ne peut, quel qu'en soit le processus, caractériser une négligence de son auteur, dépositaire ou non de l'autorité publique.

Les deuxième, troisième et quatrième branches du moyen critiquent l'arrêt de la commission d'instruction en ce qu'il n'a pas caractérisé des charges suffisantes de négligences au sens de l'article 432-16 du code pénal au stade de la renonciation à l'exercice d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale.

Selon la deuxième branche du moyen, la commission de l'instruction ne pouvait considérer que Mme X… avait commis une négligence en renonçant à exercer un recours en annulation de la sentence arbitrale au motif qu'il existait « *un moyen sérieux d'annulation* », la méconnaissance par le collège des arbitres « *de l'autorité de la chose jugée* [des] *motifs de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation* », alors que, si l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire revêt les décisions de cassation rendues en assemblée plénière d'une force obligatoire à l'égard de la juridiction de renvoi sur les points de droit ayant abouti à la cassation, il ne déroge pas à l'article 480 du code de procédure civile et ne confère aucune autorité de la chose jugée aux motifs de ces décisions.

Selon la troisième branche du moyen, l'arrêt se serait contredit en concluant à la négligence de la ministre, « *qui avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation* », alors que la commission d'instruction avait relevé « *la formulation d'avis divergents des différents juristes consultés* ».

La quatrième branche du moyen relève, au surplus, que la commission d'instruction ne pouvait, sans se contredire, qualifier de négligence pénalement punissable la décision de la ministre de renoncer à l'exercice d'un recours après avoir énoncé que, compte tenu notamment de l'existence d'une contrepartie à cette renonciation et des avis divergents précités, cette décision constituait « *l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle* », ne pouvant *« être appréciée par le juge pénal du point de vue de l'opportunité politique » (p. 51).*

Les arguments au soutien du pourvoi formé par Mme X… :

le mémoire ampliatif rappelle que l'arbitrage est défini par l'article 1442 du code de procédure civile et constitue un mode de règlement normal des litiges commerciaux. Le juge arbitral exerce une mission très similaire à celle du juge étatique, il tranche le litige en droit (article 1474 ancien du code de procédure civile en vigueur à l'époque de l'arbitrage) et rend une décision assortie de l'autorité de la chose jugée (article 1476 ancien du code de procédure civile). De plus, le recours à l'arbitrage permet de réunir plusieurs procédures, ce que le traitement judiciaire ne permet pas, et de limiter les prétentions des parties. En l'espèce, les prétentions des liquidateurs des sociétés du groupe Tapie et des époux Y… étaient bien inférieures aux prétentions de ceux-ci devant la cour d'appel.

La première branche du moyen soutient que la commission d'instruction de la Cour de justice de la République ne pouvait retenir comme négligence la décision d'entrer en voie d'arbitrage, étant précisé que si l'ensemble des diligences exigées par la commission avaient été respectées, la ministre aurait pu, pour des considérations d'opportunité, qu'il lui appartenait d'apprécier, décider de la même manière de recourir à l'arbitrage. La commission ne pouvait retenir comme négligence une telle décision, la qualifiant de « *juridiquement malvenue* » (arrêt, page 58, dernier paragraphe).

La deuxième branche du moyen fait valoir que la commission d'instruction ne pouvait retenir comme négligence, de la part de Mme X..., le fait qu'elle a renoncé à un recours en annulation alors qu'existait un moyen de droit sérieux, à savoir le non-respect par la sentence arbitrale de l'autorité de la chose jugée qui s'attachait aux motifs de l'arrêt rendu par la Cour de cassation en assemblée plénière, le 9 octobre 2006, dans le contentieux opposant les liquidateurs des sociétés de Bernard Y… et des époux Y… au Consortium de réalisation créances, alors que seul le dispositif de cet arrêt avait autorité de la chose jugée, et non ses motifs. Le mémoire ampliatif rappelle que l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire ne constitue qu'une simple règle d'organisation judiciaire, qui n'a d'autre fin que de permettre à la Cour de cassation d'assurer sa mission de cour régulatrice : il s'agit de revêtir de force obligatoire, à l'égard de la juridiction de renvoi, les décisions rendues par l'assemblée plénière sur les points de droit ayant abouti à la cassation. L'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire ne fait, en revanche, pas référence à une quelconque autorité de la chose jugée des motifs retenus par l'assemblée plénière (mémoire ampliatif, pages 33 et 34).

La troisième branche du moyen souligne que la commission d'instruction ne pouvait considérer que Mme X… avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la sentence arbitrale. Elle avait, en effet, relevé que Me Spinosi, consulté, était d'un avis contraire (arrêt, pages 29 et 30), que Me Soltner avait dans un premier temps émis des réserves sur les perspectives d'un recours en annulation pour ne modifier sa position que quelques jours plus tard, que Me Martel ne s'était pas prononcé lui-même, se fiant à la position finalement adoptée par Me Soltner, et que Me August avait indiqué qu'un recours en annulation avait peu de chances de prospérer. Ayant, de plus, retenu à décharge les avis divergents reçus par Mme X..., la commission ne pouvait, sans se contredire, retenir à charge, selon le mémoire, que celle-ci connaissait l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la décision arbitrale.

Enfin, la commission ne pouvait regarder comme une faute pénale une décision qu'elle avait elle-même considérée comme étant l'expression d'une décision politique : « *les instructions données le 28 juillet 2008 en défaveur d'un recours peuvent être revendiquées comme l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle et ne peuvent être appréciées par le juge pénal du point de vue de l'opportunité politique* » (arrêt attaqué, p. 51, § 2).

La commission de l'instruction de la Cour de justice de la République a retenu à l'encontre de Mme X..., comme constituant des charges de négligence au sens de l'article 432-16 du code pénal, les circonstances ayant entouré la manière dont la ministre a approuvé la décision d'entrer en arbitrage.

André Vitu souligne que, « *pour caractériser l'élément moral de l'infraction qu'il réprime, l'article 432-16 du code pénal emploie le seul mot de négligence, qui est censé englober toute sorte de faute non intentionnelle : la négligence proprement dite, l'inattention, le défaut de surveillance, l'imprudence dans la garde et la surveillance des objets confiés, l'inobservation des règlements dont le respect méticuleux empêcherait la destruction ou le détournement par des tiers* »[66]. Pour Michèle-Laure Rassat, l'élément moral de l'infraction se définit tout entier par un défaut de surveillance[67].

Quant à Emmanuel Dreyer[68], il évoque un défaut d'attention de l'agent. « *Le texte ne parle que de négligence mais cela suffit pour indiquer que l'agent ne doit pas s'être associé à l'acte de destruction, détournement ou soustraction. Auquel cas, il pourrait sans doute être poursuivi comme complice. Il s'agit ici de prévenir le sentiment d'insécurité que pourraient ressentir les citoyens en s'adressant à leur administration : ils ne doivent pas s'en méfier à raison de sa désorganisation et de l'incompétence de ceux qui doivent veiller à son bon fonctionnement* ».

Agathe Lepage et Haritini Matsopoulou[69] soulignent que le texte tend à « *sanctionner les agents publics dont la négligence, l'inattention, le défaut de précaution ou le manque de vigilance a permis l'accomplissement de ces actes. Dans cette hypothèse, les auteurs se voient, en réalité, opposer une faute d'abstention ou d'omission, à savoir un défaut de surveillance ayant contribué à la réalisation des faits délictueux par un tiers* ».

La commission d'instruction a considéré que la décision de la ministre n'avait pas été correctement préparée et avait été mal encadrée. Cette décision intervenait dans un contexte pouvant aussi apparaître fautif au regard de l'arrêt rendu le 9 octobre 2006 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, qui avait précisé les conditions dans lesquelles les prétentions des liquidateurs des sociétés de Bernard Y… et des époux Y… pouvaient prospérer devant la cour de renvoi. De plus, la position de la ministre venait se heurter à l'avis contraire et répété de l'Agence pour les participations de l'État (APE) et à l'hostilité de la Caisse des dépôts et consignations, qui, en conséquence, avait décidé de ne plus apporter son appui au CDR pour le traitement du dossier Adidas.

La commission d'instruction a également relevé, à charge de Mme X..., la nomination de M. C… à la tête de l'EPFR à quelques jours de décisions importantes. Celui-ci ne connaissait rien au contentieux issu de la vente de la société Adidas. Rien n'expliquait le choix de nommer cet homme à quelques mois de sa retraite alors qu'il avait été envisagé, dans un premier temps, de proroger le mandat de M. B…

Enfin, est considéré comme constituant une négligence le fait de ne pas s'être assurée, avant que ne soit signé le compromis d'arbitrage, conformément à ses instructions du 10 octobre 2017, que le Crédit Lyonnais avait accepté de garantir, ainsi qu'il s'y était engagé, à hauteur de 12 millions d'euros, une éventuelle condamnation du CDR dans l'affaire Y… De plus, ses instructions du 23 octobre 2007, données directement au président de l'EPFR, d'interpréter ses précédentes directives comme exigeant que l'accord du Crédit Lyonnais soit obtenu avant le prononcé de la sentence faisaient courir un risque accru pour les finances publiques et revenaient sur un accord de la banque qui avait été consacré par son prédécesseur le 17 mars 1999.

La commission a considéré que l'ensemble de ces agissements a constitué autant de négligences qui n'ont pas permis de mesurer exactement les conséquences de la décision d'entrer en arbitrage et les risques encourus par les finances publiques. Les négligences imputées à Mme X… qui ont entouré sa décision d'entrer en arbitrage faisaient peser sur les finances publiques un risque important qui aurait pu être évité.

La première branche du moyen se limite, donc, à contester la pertinence et la portée des charges retenues au stade de la prise de décision de recourir à un tribunal arbitral telles qu'elles ont été appréciées souverainement par les conseillers de la commission d'instruction et qui seront discutées contradictoirement devant la Cour de justice de la République.

De même, les trois dernières branches du moyen critiquent les charges relevées par la commission de l'instruction de la Cour de justice de la République au stade de la décision de ne pas exercer un recours en annulation contre la sentence arbitrale.

Deuxième branche du moyen : sur la portée de l'arrêt de l'assemblée plénière du 9 octobre 2006 :

la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a rappelé qu'aux termes de l'article 7-1 du compromis d'arbitrage, le tribunal arbitral était tenu par l'autorité de la chose jugée des décisions définitives rendues dans les contentieux, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005. La cour d'appel avait considéré que les liquidateurs n'avaient qualité pour agir que sur le fondement du mémorandum intervenu le 10 décembre 1992 à l'occasion de la cession par la SDBO de la participation dans BTF de GBT et réservant à cette dernière société une partie du prix de vente de l'ordre de 200 millions d'euros qui devait être affectée au paiement de ses dettes à l'égard de la banque. Les liquidateurs n'avaient ainsi aucune qualité « *à demander la plus-value résultant de la vente dont ils auraient été privés* », le statut d'actionnaire du groupe Bernard Tapie dans la société BTF ayant pris fin avec l'attribution des actions à la SDBO (arrêt, page 28).

L'assemblée plénière de la Cour de cassation saisie du pourvoi contre cet arrêt ayant validé cette solution, les liquidateurs ne pouvaient réclamer que le préjudice subi par la société GBT elle-même « *pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes, ce dommage étant propre à la société GBT, distinct de son préjudice d'actionnaire et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites. Les liquidateurs étaient en revanche irrecevables à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par GBT* "en sa qualité d'actionnaire" *de la société BTF* » (arrêt de la commission, pages 28, 29, 51 et 52).

---

66 *Juris-Classeur pénal*, articles 432-15 et 432-16 du code pénal, fascicule 20, n° 69.
67 Précis Dalloz, *Droit pénal spécial*, page 1213.
68 *Cours de droit pénal*, éditions Ellipses, n° 1344.
69 *Droit pénal spécial*, Thémis, PUF, 1re édition, juillet 2015, n° 1103.

La commission d'instruction a estimé que les arbitres avaient adopté dans leur décision des motifs en contradiction avec les points de droit tranchés par l'arrêt du 9 octobre 2006. Elle en conclut qu'il existait un moyen sérieux d'annulation de la sentence justifiant qu'un recours soit exercé.

Pour critiquer cette motivation, le moyen soutient que seul le dispositif de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation a autorité de la chose jugée et la commission d'instruction, en conférant aux motifs de l'arrêt une autorité de la chose jugée, aurait méconnu tant l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire que l'article 480 du code de procédure civile.

L'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire dispose que :

« *En cas de cassation, l'affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l'article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats.*

Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci. »

Dans leur ouvrage sur la cassation en matière civile, MM. Boré[70] rappellent que « *sur tous les points tranchés par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, la cour de renvoi est strictement tenue de se conformer à la doctrine juridique de l'arrêt* ». Ces deux auteurs soulignent que « *cette obligation est particulièrement impérative et qu'il n'est pas douteux que l'arrêt repoussant la doctrine de l'assemblée plénière pourrait être frappé d'un nouveau pourvoi et annulé pour excès de pouvoir* ». Cette solution s'impose, depuis la loi n° 79-9 du 3 janvier 1979, dès la première cassation. MM. Boré[71] soulignent que la Cour de cassation a ainsi la possibilité de trancher beaucoup plus rapidement une question de principe par un arrêt solennel, qui mettra fin à une controverse entre elle et les juridictions de renvoi. Le droit sera ainsi fixé plus vite et plus clairement.

L'assemblée plénière a, par son arrêt du 6 octobre 2006[72], statué sur la recevabilité à agir des liquidateurs des sociétés de Bernard Y… et des époux Y… contre le CDR et le Crédit Lyonnais et rejeté le moyen proposé par le CDR créances. La doctrine de l'assemblée plénière s'impose sur ce point à la Cour de renvoi. Elle est énoncée dans l'attendu suivant :

« *Attendu, en second lieu, que l'arrêt relève que les mandataires liquidateurs ne se bornaient pas à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par la société GBT en sa qualité d'actionnaire de la société BTF SA mais qu'invoquant des manquements à la convention du 16 décembre 1992 par laquelle cette dernière société avait, en exécution du mémorandum du 10 décembre 1992 dont cette convention constituait la mise en œuvre, chargé la SDBO de la cession de sa participation, ils sollicitaient en outre la réparation du préjudice subi par la société GBT pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes ; qu'en l'état de ces constatations dont il résulte que les mandataires liquidateurs, qui se prévalaient d'un préjudice propre à la société GBT, distinct de son préjudice d'actionnaire et susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites, avaient ainsi, dans cette mesure et abstraction faite du bien-fondé de leurs prétentions, indifférent à ce stade, un intérêt à agir en responsabilité contre les établissements de crédit, la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs articulés par les première, deuxième, troisième, huitième, neuvième et douzième branches, a exactement décidé que l'action, en tant qu'elle tendait à la réparation de ce préjudice personnel, était recevable* ».

La commission de l'instruction ne s'est donc nullement méprise sur la portée d'une telle décision et n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire.

- Les contradictions alléguées par les troisième et quatrième branches du moyen : la troisième branche du moyen soutient que la commission de l'instruction ne pouvait considérer, sans se contredire, que Mme X… avait été avisée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la sentence arbitrale alors qu'elle avait fait état de la formulation d'avis divergents. La commission d'instruction, après avoir souligné à la décharge de Mme X… que celle-ci avait été destinataire d'avis qui étaient défavorables à un recours en annulation de l'arbitrage, ceux de M. E..., de Me August et de Me Spinosi, a exposé en quoi il lui semblait qu'il y avait un motif sérieux d'annulation qu'à son sens, Mme X… connaissait, et en quoi cette position soutenue par des personnes qui avaient suivi le dossier de longue date lui paraissait s'imposer. Il n'y a là aucune contradiction.

De même, la quatrième branche du moyen ne saurait davantage prospérer. Il convient de souligner qu'après la phrase critiquée à la quatrième branche du moyen, la commission d'instruction a énoncé : « *La décision de Mme X… doit être examinée sous le seul angle des fautes - notamment de négligence - dont elle pourrait procéder ; il convient donc de rechercher si elle a été précédée des diligences nécessaires et fondée sur des éléments suffisamment pertinents* » (arrêt, page 51). C'est la démarche qu'a suivi la commission d'instruction, en rassemblant les charges de négligence qu'elle considérait comme suffisantes tant au stade de la prise de la décision de l'arbitrage qu'à celui de la renonciation d'exercer un recours en annulation.

En conclusion, le deuxième moyen de cassation proposé se borne à remettre en cause l'appréciation souveraine des charges par les juges du fond, dont il n'appartient pas à la Cour de cassation de vérifier l'existence ou d'apprécier la valeur. L'arrêt sur ce point ne tranche définitivement aucune question et l'ensemble des éléments ainsi retenus pourra être discuté contradictoirement devant la Cour de justice de la République.

Il nous paraît donc que le moyen ne peut qu'être rejeté.

---

70 Éditions Dalloz, *Pratique de la cassation en matière civile*, n° 133.91 et suivants.
71 *Répertoire de droit civil* - Cour de cassation, n° 169 et s.
72 Cote D.

VII. - Sur le troisième moyen de cassation

Pris de la violation des mêmes articles 432-16, 432-17, 121-3 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale, le troisième moyen de cassation critique l'arrêt pour avoir considéré que les négligences qu'il retenait à l'encontre de Mme X… avaient permis que soit détournée la somme de 403 millions d'euros versée aux liquidateurs des époux Y… et à ceux-ci ;

Alors que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal ne peut être constituée que si le détournement résulte de la négligence imputée au dépositaire de l'autorité publique ; que lorsque le détournement procède de l'exécution d'une fraude, seules les négligences qui sont à l'origine de celle-ci peuvent être punissables ; que la commission d'instruction, qui ne relève aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux d'un des arbitres, ayant seul pu conférer à l'exécution de la sentence le caractère d'un détournement, et qui ne constate pas, non plus, que ce comportement frauduleux aurait été prévisible lors de la décision de compromettre ou décelable lors de celle de ne pas former un recours en annulation, n'a ainsi relevé aucune charge relative à cet élément indispensable à la constitution de l'infraction.

Les arguments développés dans le mémoire ampliatif :

la SCP Alain Bénabent et Marielle Jehannin souligne que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal suppose, pour être constituée, que le détournement constaté « *résulte* » d'une négligence du dépositaire de l'autorité publique.

S'agissant d'un détournement procédant de l'exécution d'une sentence arbitrale, la caractérisation de l'infraction implique que les négligences retenues soient en lien avec le comportement frauduleux des arbitres ou que ce comportement frauduleux ait été prévisible au moment où celles-ci ont été commises.

Or, la commission d'instruction n'a établi de lien de causalité qu'entre les décisions de la ministre, d'une part, d'entrer en arbitrage et l'ouverture de cette procédure, d'autre part, entre la décision de ne pas exercer de recours contre cet arbitrage et l'absence d'annulation de la sentence arbitrale.

La commission de l'instruction de la Cour de justice de la République n'a constaté aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux des arbitres, d'une part, elle n'a pas non plus établi que ce comportement frauduleux était prévisible lors de la décision de compromettre, ni décelable lors de celle de ne pas former un recours en annulation, d'autre part.

Le mémoire ampliatif souligne qu'en l'absence d'achèvement de l'instruction en cours d'instruction à Paris, la commission se trouvait dans l'impossibilité d'établir et la fraude et les manœuvres la caractérisant ainsi qu'un lien de causalité avec les éventuelles négligences de Mme X…

Il a été souligné, dans les développements consacrés au premier moyen de cassation, que la commission de l'instruction avait, à ce stade de l'instruction, c'est-à-dire du renvoi devant la Cour de justice de la République, retenu des charges suffisantes pour considérer que le paiement des sommes mises à la charge du Consortium de Réalisation créances, auquel l'EPFR apportait sa garantie et, au travers cet établissement public, l'État, par la décision d'arbitrage, constituait un détournement au sens de l'article 432-16 du code pénal.

La commission a souverainement apprécié qu'il y avait des raisons sérieuses de considérer que les sommes mises à la charge du CDR étaient indues en ce sens qu'elles ne venaient pas clore le litige entre cet organisme et le Crédit Lyonnais, d'une part, les liquidateurs des sociétés de Bernard Y… et des époux Y..., d'autre part, mais, en réalité, et sous couvert d'une apparence d'arbitrage, mettre à la charge du CDR des sommes indues que les liquidateurs ne pouvaient escompter obtenir par la voie judiciaire. C'est tout un processus décisionnel longuement décrit par la commission qui a conduit au versement de ces sommes.

La demanderesse ne saurait être suivie dans son argumentation lorsqu'elle soutient que les négligences qui lui sont imputées devraient être en relation de causalité avec les manœuvres frauduleuses qui auraient été commises par l'un des arbitres. Il ne saurait être soutenu, comme le développe le mémoire ampliatif, que la commission d'instruction aurait dû établir que les négligences relevées à l'encontre de Mme X… soient ou en lien avec le comportement des arbitres, ou que ce comportement frauduleux ait été prévisible au moment où les négligences ont été commises.

Le lien de causalité qui est requis par l'article 432-16 du code pénal est celui qui doit relier les négligences et le dommage. Le dommage est constitué par la mise à la charge *in fine* de l'État de sommes qu'il ne devait pas exposer et le paiement de celles-ci.

C'est le seul lien de causalité qui est exigé par l'incrimination. L'infraction autonome et distincte de l'article 432-16 du code pénal ne suppose pas que l'ensemble des circonstances entourant le détournement était connu. Il suffit sur ce point de se reporter à la jurisprudence déjà citée.

Le délit de l'article 432-16 suppose simplement que les négligences ont facilité, permis ce détournement. Sans elles, ce détournement n'aurait pas pu avoir lieu, il aurait pu être prévenu. Les négligences doivent revêtir un degré de gravité certain qui s'apparente à celui de la faute caractérisée.

À l'évidence, l'entrée en arbitrage et le fait de ne pas exercer de voie de recours en annulation ne sont pas sans lien de causalité avec le paiement des sommes allouées par le tribunal arbitral.

Au niveau des charges, il s'impose seulement d'examiner si la commission d'instruction a caractérisé des négligences, tant au stade de l'entrée en arbitrage que de la renonciation à un recours en annulation, qui ont permis ou facilité le paiement des sommes mises à la charge du CDR, résultant d'un détournement qui aurait pu être évité.

La commission a souligné que le dossier concernant le litige opposant le CDR et le Crédit Lyonnais aux liquidateurs des sociétés de Bernard Y… et des époux Y… était géré au niveau du cabinet de la ministre, par le directeur de cabinet en personne et elle-même. Les conseils de l'Agence des participations de l'État ont été très largement ignorés ou délaissés.

La commission d'instruction a relevé, à juste titre, que les plafonds retenus par le compromis d'arbitrage ne tenaient aucun compte des recommandations qui avaient pu être faites dans ce litige, dans un premier temps par le procureur général près la Cour de cassation, M. Burgelin, chargé d'une mission de médiation, puis par la note élaborée par MM. Cieutat, Coulon et Rouvillois. Ceux-ci avaient conclu à la nécessité de ne pas allouer aux liquidateurs du Groupe Tapie une somme supérieure à celle allouée par la cour d'appel de Paris par arrêt du 30 septembre 2005 (135 millions d'euros) et, en tout état de cause, de n'allouer aucun versement en numéraire aux époux Y…

De plus, les termes du compromis d'arbitrage qui a été soumis au conseil d'administration du 2 octobre 2007 étaient très sensiblement différents de celui qui devait être signé le 16 novembre 2007. Ce dernier officialisait la prise en compte d'un préjudice moral des époux Y..., dont il n'est pas certain qu'il entrait dans le champ des risques non recouvrables garantis par l'État à la suite du protocole signé avec le Crédit Lyonnais et les lettres interprétatives de 1999 du ministre de l'économie, même si, à l'époque, l'APE n'avait pas de doute sur ce point et contestera les observations de la Cour des comptes intervenues en 2011. Le risque garanti était, en effet, limité : celui entourant la vente de la société Adidas[73]. Ces points, selon la commission, pourtant essentiels pour limiter les risques de l'État, ont été très largement ignorés de Mme X…

La décision d'entrer en arbitrage était prise alors même que l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait strictement encadré la nature du préjudice qui pouvait être allégué par les liquidateurs du Groupe Tapie et alors que les conclusions déposées par ceux-ci n'avançaient aucun élément nouveau à l'appui de leur thèse. L'Agence des participations de l'État avait fait valoir, par plusieurs notes formelles, que la décision d'arbitrage faisait courir un risque substantiel pour le CDR et, au travers lui, les finances de l'État.

Sur les conditions d'entrée en arbitrage, la commission d'instruction de la Cour de justice de la République a notamment noté que, par instruction en date du 10 octobre 2007, Mme X… avait subordonné le vote des représentants de l'État au sein du conseil d'administration de l'EPFR au respect de l'accord donné antérieurement, en 1999, par le Crédit Lyonnais d'assumer une somme forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR. Cet accord avait été acté par le prédécesseur de la ministre dans deux courriers datés du 17 mars 1999, adressés tant au Crédit Lyonnais qu'au président du CDR.

La banque ne devait pour autant pas revenir sur sa décision de ne pas honorer cet engagement pour le cas où serait mis en œuvre un arbitrage l'écartant. C'est dans ces conditions que la commission reproche à Mme X… d'avoir accepté que soit signée de sa griffe une dépêche adressée au président de l'EPFR préparée par son directeur de cabinet, M. G..., et M. E… indiquant que ces précédentes instructions devaient être interprétées comme signifiant que l'accord de la banque devait être trouvé avant le prononcé de la sentence arbitrale.

La commission a retenu à l'encontre de Mme X… d'avoir permis l'entrée en arbitrage en méconnaissance des accords antérieurs et faisant courir des risques accrus à l'État puisque le principal intéressé au litige, le Crédit Lyonnais, en était écarté.

De plus, la commission de l'instruction a retenu que Mme X… avait nommé, à compter du 15 septembre 2007, M. C… à la tête de l'EPFR à un moment où des décisions importantes devaient être prises et que l'intéressé devait être admis par limite d'âge à la retraite en décembre 2007. Mme X… avait pourtant dans un premier temps, par une lettre du 6 août 2007, accepté que le président de l'EPFR, qui était admis à faire valoir ses droits à la retraite, serait prolongé au moins jusqu'à la fin de l'année. Un homme favorable à l'arbitrage succédait à un président qui y était hostile.

La commission de l'instruction a, par ailleurs, retenu des charges de négligence au stade de la renonciation à un recours en annulation. Il ressortait des analyses de l'APE, de la lecture de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ainsi que de l'arrêt de la cour d'appel de septembre 2005 que les liquidateurs du Groupe Tapie ne pouvaient fonder leurs demandes que sur le mémorandum qui avait été conclu entre GBT, Bernard Y… et la SDBO quant à l'affectation d'une partie du prix de la cession de la société Adidas à l'apurement des dettes du groupe à l'égard de la banque. Les liquidateurs n'étaient pas fondés à solliciter la remontée de la plus-value, qui aurait dû profiter à son ancienne filiale. La commission de l'instruction retient que le tribunal arbitral a fait exactement l'inverse. En outre, au regard de l'importance des sommes allouées, un recours s'avérait sans risque réel.

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République, rejoignant sur ce point les réquisitions de M. le procureur général, a estimé que ces fautes étaient dans un lien de causalité directe avec le dommage dans la mesure où elles étaient déterminantes.

Comme le souligne Jean-Yves Maréchal, maître de conférences à l'université de Lille[74], « *la jurisprudence a adopté une conception plus large de la causalité directe que celle de la causalité immédiate. Elle a ainsi retenu que le fait reproché à l'auteur avait seulement déclenché le processus causal conduisant au résultat ou encore joué un rôle important dans celui-ci* ».

Dominique Guihal et Thierry Fossier, au *Juris-Classeur pénal*, relèvent que la cause essentielle et déterminante permet d'étendre le domaine de la causalité directe à des hypothèses dans lesquelles il est reproché au prévenu de ne pas avoir, au sens de l'article 121-3 du code pénal, pris les mesures permettant d'éviter le dommage. La cause médiate peut donc être retenue lorsqu'elle est adéquate.

---

73 Ce devait être également la position initiale du CDR, puisqu'après l'arbitrage et dans un premier temps, celui-ci ne demandera pas la garantie de l'EPFR, le CDR convenant seul assumer le paiement des 45 millions d'euros alloués au titre du préjudice moral aux époux Y...

74 Synthèse Lexis-Nexis, sur le délit d'homicide volontaire.

La chambre criminelle a retenu la notion de « *cause déterminante* » dans deux arrêts de 2002, notamment dans l'un[75] où la responsabilité d'un médecin était recherchée après le décès d'une patiente ayant subi une intervention chirurgicale à des fins esthétiques, suite à une embolie pulmonaire massive survenue cinq jours après l'opération dont la décision de la réaliser, cause déterminante, n'avait pas été entourée de toutes les précautions voulues au regard de l'état de santé de la patiente.

De même, par un arrêt du 16 octobre 2007[76], la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé la condamnation de deux contrôleurs chargés de guider des avions sur les pistes de l'aéroport dont les fautes avaient conduit à faire s'aligner, sur la même piste d'envol, deux avions, dont l'un des pilotes décollant était aller heurter l'autre avion. La cour a jugé « *que les dommages ont été directement causés par les fautes commises simultanément par les personnes chargées du contrôle des mouvements des aéronefs, la cour d'appel a justifié sa décision* ».

Commentant un arrêt qui a retenu la responsabilité pénale pour homicide involontaire du conducteur d'un véhicule qui, roulant à une vitesse excessive, avait percuté un sanglier et, après avoir perdu le contrôle de son véhicule, était venu heurter de plein fouet une voiture circulant en sens inverse, tuant le conducteur de celle-ci, le professeur Mayaud[77] a pu énoncer : « *Il faut en déduire que la cause directe ne se confond pas avec l'origine première de l'accident, ou l'événement physique qui l'a déclenché. Elle est compatible avec d'autres données, qui dépassent ou qui surpassent ce qui correspond au premier maillon d'une chaîne qui en compte plusieurs. Elle peut être le produit d'une relation moins flagrante, tout en participant d'un lien de proximité avec le dommage, ce qui ne la prive pas de cette nature immédiate, et n'en fait pas un simple élément de* « contribution » *à sa réalisation au sens indirect du terme. Un événement d'apparence secondaire, par opposition à ce qui est premier, peut donc être directement causal, dès lors que ce paramètre est déterminant* [...] *La cause directe s'apprécie de manière globale, afin d'en restituer à la fois le point d'impact et les ondes de choc. Tout ce qui s'inscrit dans la logique d'un enchaînement interrompu a ainsi vocation à être direct, même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une cause chronologiquement première* ».

La décision d'entrer en voie d'arbitrage

- nonobstant l'absence de la garantie du Crédit Lyonnais à hauteur de 12 millions d'euros,

- en se privant de la connaissance du dossier par la banque pour l'avoir écartée de l'arbitrage,

- en ne contrôlant pas suffisamment les plafonds retenus par le compromis d'arbitrage,

- en ne prenant pas en compte les recommandations émises antérieurement par d'éminentes personnalités, notamment, lors d'une tentative antérieure de médiation,

- en ignorant la position favorable qui résultait de la doctrine de l'assemblée plénière de la Cour de cassation,

a, de manière déterminante, ouvert la voie à un arbitrage qui comportait des risques et l'absence de recours, supprimé toute chance d'échapper au paiement des condamnations litigieuses.

Par-delà la causalité directe qu'elle a privilégiée, la commission de l'instruction a évoqué que l'ensemble des fautes qu'elle avait retenues était susceptible de constituer, de par leur importance et leur multiplicité, une faute caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal.

Les comportements retenus à charge contre Mme X… ne sont pas sans évoquer une faute caractérisée commise par une personne ayant créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, qui exposait les finances publiques à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer. L'article 121-3 du code pénal étant général, même s'il a été conçu pour les infractions à l'intégrité corporelle, doit également s'appliquer, en raison de sa généralité, à une infraction de négligence contre les intérêts financiers de l'État[78].

Cette faute constitue « *une défaillance inadmissible* [dans une] *situation qui mérite une attention soutenue, en raison des dangers ou des risques qu'elle génère* »[79].

« *La faute caractérisée emprunte sa substance à un manquement non délibéré dans son principe, ce qui en fait une faute classique, tout en étant revêtue d'une certaine importance pour ce qu'elle représente de défaillance inadmissible, par la connaissance effective ou requise, de la dangerosité des circonstances à l'origine du dommage. La faute caractérisée trahit une indifférence intolérable à des risques évidents* »[80].

Il résulte, comme le soulignent Francis Legunéhec et Frédéric Desportes dans leur ouvrage *Droit pénal général*, des travaux parlementaires que la faute caractérisée « *doit présenter une plus grande gravité que la faute d'imprudence ordinaire, mais que cette gravité n'a pas besoin d'être exceptionnelle* ». Ces auteurs soulignaient que, lors des débats parlementaires, il avait été fait état du caractère « *affirmé* », « *d'une particulière évidence* », « *d'une particulière intensité* » de cette faute[81].

---

75 Pourvoi n° 01-87.374, *Bull. crim.* 2002, n° 196.
76 Pourvoi n° 07-81.916, *Bull. crim.* 2007, n° 245.
77 *RSC* 2002.
78 Etant précisé que la destruction, le détournement, la soustraction, commis par un tiers est un élément constitutif du délit et que la jurisprudence de la chambre criminelle du 26 juin 2001 (pourvoi n° 00-87.717, *Bull. crim.* 2001, n° 160) ne saurait trouver application en l'espèce.
79 Yves Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal » *Dalloz* 2000, chron. p. 603, cité par Bruno Cotte, article précité, note 13.
80 Ces formules sont du professeur Yves Mayaud dans une chronique « La loi Fauchon : quel bilan ? », *AJ Pénal*, avril 2006, pages 146 et s.
81 Francis Legunéhec et Frédéric Desportes, *Droit pénal général*, édition mise à jour au 1er septembre 2009, n° 498-2.

La chambre criminelle a admis qu'une faute caractérisée puisse résulter d'une multiplicité d'imprudences ou de négligences. On se reportera sur ce point à un arrêt du 5 décembre 2000[82] dont le titrage au *Bulletin* est ainsi rédigé : « *Justifie sa décision la cour d'appel qui déclare le chef d'une entreprise sous-traitante coupable d'homicide involontaire à la suite du décès d'un salarié dont la tête a été prise entre les tampons de deux wagons, après avoir relevé, d'une part, que les wagons étaient propulsés vers la victime, chargée de les arrimer, selon un procédé très dangereux, d'autre part, que le chef de manœuvre ne pouvait contrôler la position de celle-ci et le dégagement des voies et, enfin, que le salarié, pourtant isolé, et le chef de manœuvre ne disposaient d'aucun moyen efficace leur permettant de communiquer entre eux, le klaxon destiné à annoncer l'arrivée des wagons ne fonctionnant plus depuis plusieurs années. Est également justifiée la déclaration de culpabilité du chef de l'entreprise ayant sous-traité l'exploitation du chantier, auquel il est reproché de n'avoir pas transmis au sous-traitant les consignes de sécurité élaborées par le maître de l'ouvrage et de n'avoir pas veillé à l'entretien des équipements de sécurité dont ladite entreprise avait conservé la charge. Il résulte en effet de l'ensemble de ces éléments que les prévenus ont causé indirectement le décès de la victime en ne prenant pas les mesures qui eussent permis d'éviter le dommage et qu'ils ont commis une faute caractérisée, distincte de l'infraction à la réglementation du travail dont ils ont été relaxés, et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'ils ne pouvaient ignorer, de sorte qu'a été établi à leur encontre, en tous ses éléments constitutifs, le délit d'homicide involontaire, tant au regard des articles 121-3 et 221-6 du code pénal, dans leur rédaction issue de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, qu'au regard des textes antérieurement applicables* ».

C'est l'application de ce principe qui a été retenue également par la chambre criminelle dans une procédure suivie contre une enseignante ayant, d'une part, introduit des boissons alcoolisées dans un établissement scolaire puis n'ayant pas, d'autre part, sans raison valable, surveillé le déroulement du repas dont l'un des étudiants, parti, ivre, au volant de son véhicule, s'était tué[83].

On observera, toute comparaison gardée, le détournement visé à l'article 432-16 du code pénal étant volontaire, que la Cour de cassation a eu l'occasion d'approuver des situations où ont été poursuivies concurremment des fautes ayant directement causé le dommage et des fautes ayant indirectement été à l'origine de ce même dommage. On se reportera, notamment, à un arrêt du 8 mars 2005[84] qui, à la suite d'un accident de chasse, a vu la condamnation pour homicide involontaire tant de l'auteur immédiat, le chasseur, que du président de la société de chasse qui n'avait pas procédé au placement des chasseurs, vérifié les angles de tir et rappelé les règles de sécurité. De même, est condamné pour avoir renversé un plaisancier le conducteur d'un scooter des mers dépourvu du permis adéquat mais, aussi, le loueur de l'engin qui le lui avait confié, sachant qu'il ne disposait pas de ce permis (Crim., 5 octobre 2004, pourvoi n° 04-81.024, *Bull. crim.* 2004, n° 236).

À ce stade de la procédure, la commission de l'instruction a retenu des éléments sérieux de nature à caractériser les charges d'un lien de causalité certain entre les fautes directes ou indirectes qu'elle a relevées à l'encontre de Mme X… et le paiement de sommes qu'elle a considéré comme indu. On se reportera notamment à la motivation de la commission d'instruction, qui a expressément envisagé « *la relation directe entre les négligences et le dommage* » et qui, de surcroît, n'a pas écarté « *la qualification de faute caractérisée* » :

« *Attendu que, s'agissant du délit spécifique de détournement de fonds publics qui résulte de la négligence de Mme X..., mais a été commis par un tiers, on ne saurait exclure tout lien direct entre la faute et le dommage au seul motif que ce détournement est imputé à des personnes distinctes de celles à laquelle est reprochée la négligence ;*

Attendu, en effet, que la relation à établir est celle susceptible d'exister entre, d'un côté, le détournement de fonds publics par une ou plusieurs autres personnes actuellement mises en examen comme auteurs ou comme complices de cette infraction dans le cadre la procédure de droit commun (cf. supra, *1.2.2), de l'autre, les négligences de la ministre qui viennent d'être rappelées ;*

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que Mme X..., comme elle l'admet elle-même, a pris, au travers des instructions données aux représentants de l'État, deux décisions, celle d'entrer en arbitrage et celle de ne pas faire exercer de recours en annulation contre la sentence arbitrale ; que ces décisions, qui sont le produit de négligences multiples ci-dessus énumérées, ont eu pour effet direct d'exposer l'État au paiement de sommes indues, l'arbitrage ayant été insuffisamment encadré et n'ayant pu être annulé faute de recours ; que, si la première de ces décisions n'avait pas été prise, la voie de l'arbitrage n'aurait pas été ouverte comme elle l'a été, de sorte qu'il n'y aurait pas pu y avoir de détournement ; que s'il avait été décidé d'exercer un recours contre la sentence arbitrale, celle-ci aurait été remise en cause, avec une perspective sérieuse d'annulation, de sorte que la seconde décision de Mme X… a privé l'État d'une chance d'éviter que ses fonds ne soient détournés ; qu'il existe bien un lien « déterminant » *entre les négligences fautives de la ministre et le dommage, ayant consisté à rendre possible le détournement des fonds publics reproché à des tiers ;*

Attendu, en effet, que la jurisprudence a adopté une conception extensive de la causalité directe entre la faute et le dommage, comme l'a noté notamment Mme Commaret en relevant qu'il suffisait que la négligence ait été « la cause déterminante de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne » *(*Gaz. Pal., *12-13 avril 2002, p. 4), qu'ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la qualité d'auteur direct pour un médecin qui n'avait pas pratiqué lui-même l'incision ayant entraîné l'hémorragie de la patiente (10 février 2009, pourvoi n° 08-80.679,* Bull. crim. *2009, n° 33) ou pour les contrôleurs aériens qui avaient autorisé la manœuvre d'alignement sur la même piste, puis le décollage, à deux secondes d'intervalle de deux aéronefs entrés ensuite en collision (16 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.916,* Bull. crim. *2007, n° 245) ;*

---

82 Pourvoi n° 00-82.108, *Bull. crim.* 2000, n° 363.
83 Crim., 12 janvier 2010, pourvoi n° 09-81.799, *Bull. crim.* 2010, n° 5.
84 Pourvoi n° 04-86.208, *Bull. crim.* 2005, n° 80.

Attendu que, comme le relève le ministère public dans ses réquisitions du 18 septembre 2015 sur les requêtes en nullité, il est reproché à Mme X… « d'avoir pris des décisions ayant directement conduit à cet éventuel détournement », *de sorte que l'alinéa 4 de l'article 121-3 du code pénal n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce ; qu'il n'est toutefois pas inutile de rechercher si, à supposer même que cette disposition eût été applicable, les négligences de Mme X… ne constituent pas une faute caractérisée ;*

8.2.2. La qualification de « faute caractérisée ».

Attendu qu'il ne saurait être sérieusement soutenu, d'un côté, que l'article 121-3 du code pénal est applicable au délit poursuivi, de l'autre, que la qualification de faute caractérisée « renvoie nécessairement à l'existence d'un risque pour la santé, la vie ou la sécurité des personnes », *de sorte qu'elle ne pourrait pas* « être retenue à l'occasion de dommages purement financiers » *; qu'il convient donc d'examiner la qualification que sont susceptibles de revêtir les fautes reprochées à Mme X… ;*

Attendu que, par leur multiplicité, leur gravité et leur conjonction, les négligences ci-dessus rappelées, dont il est permis de se demander si certaines - comme celles relatives à l'organisation du processus décisionnel - ne relèvent pas d'un comportement délibéré, destiné à justifier des décisions déjà prises, constituent, à tout le moins, des fautes caractérisées exposant l'État à un risque considérable qui s'est d'ailleurs réalisé pour les finances publiques.

Attendu, en conséquence, qu'au regard de l'article 121-3 du code pénal, les négligences reprochées à Mme X… apparaissent comme la cause directe du dommage et surabondamment relèvent de la qualification, applicable en l'espèce, de fautes caractérisées ».

Au stade de l'ordonnance de renvoi devant la juridiction, qui n'est que celui des charges et non de la culpabilité, la commission d'instruction de la Cour de justice a retenu des éléments à charge caractérisant des fautes de négligence dont elle a établi le lien de causalité avec le dommage. La commission de l'instruction a donc caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction à partir des éléments factuels qu'elle a souverainement appréciés.

La chambre criminelle considère que l'appréciation du lien de causalité, comme de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction qui font partie des charges retenues, échappe à son contrôle[85], sauf contradiction majeure ou insuffisance de motivation, ce qui n'est pas le cas dans l'arrêt soumis à l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Les droits de Mme X… demeurent entiers devant la juridiction de jugement.

Le moyen se borne donc à remettre en cause les charges souverainement appréciées, par des motifs exempts de contradiction ou d'insuffisance, qui seront discutées contradictoirement devant la juridiction de jugement, l'arrêt critiqué ne tranchant définitivement aucune question.

Le moyen nous paraît donc devoir être écarté.

En conclusion, les trois moyens proposés au soutien du pourvoi ne pouvant prospérer, il nous apparaît que celui-ci doit être rejeté.

AVIS de rejet du pourvoi.

[85] Voir notamment Crim., 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-82.477, 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-82.496, 22 février 1988, pourvoi n° 86-95.630, *Bull. crim.* 1988, n° 84, 17 novembre 2015, pourvoi n° 12-85.854.

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 34

Question prioritaire de constitutionnalité

Action publique. - Code pénal. - Articles 313-1, 313-7 et 313-8. - Code de la santé publique. - Article L. 4124-6. - Code de la sécurité sociale. - Article L. 145-2. - Principe de nécessité des délits et des peines. - Précision de la version en vigueur applicable à la procédure. - Déclaration préalable de constitutionnalité. - Changement de circonstances de droit. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

1. Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« *En ce qu'elles n'excluent pas qu'une personne puisse faire l'objet, pour les mêmes faits, de poursuites et de sanctions à la fois devant les juridictions pénales, devant les chambres disciplinaires de première instance et la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes ainsi que devant les sections des assurances sociales des chambres disciplinaires de première instance et du conseil national de l'ordre, les dispositions des articles 313-1, 313-7 et 313-8 du code pénal, L. 4124-6 du code de la santé publique et L. 145-2 du code de la sécurité sociale méconnaissent-elles le principe de la nécessité des délits et des peines et son corollaire, le principe* non bis in idem ?» ;

2. Attendu que, dans leurs versions successives en vigueur pendant la période où les faits se sont déroulés, les dispositions des articles 313-1, 313-7 et 313-8 du code pénal servent de fondement aux poursuites pour escroquerie exercées contre Mme X…, épouse Y…, et déterminent les peines applicables aux personnes physiques ; que celle-ci a également fait l'objet, en partie pour les mêmes faits, de sanctions prononcées, en application des dispositions des articles L. 4124-6 du code de la santé publique et L. 145-2 du code de la sécurité sociale, par une chambre disciplinaire de première instance et la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes ainsi que devant des sections des assurances sociales de ces chambres, de sorte que les dispositions législatives sont applicables à la procédure ;

3. Attendu que, si l'article L. 145-2 du code de la sécurité sociale a été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, l'article L. 4124-6 du code de la santé publique ne figure que dans les motifs de la décision et qu'en outre les décisions 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, 2016-445 QPC et 2016-446 QPC du 24 juin 2016, en ce qu'elles ont jugé que le cumul de l'application de dispositions instituant des sanctions, lorsque celles-ci sont infligées à l'issue de poursuites différentes en application de corps de règles distincts, peut méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, si certaines circonstances sont réunies, constituent un changement des circonstances de droit ;

4. Attendu que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

5. Attendu qu'en vertu des textes déférés, appartenant à des corps de règles distincts, un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme peut, pour les mêmes faits, faire l'objet de poursuites devant deux juridictions ordinales différentes, en vue du prononcé de sanctions disciplinaires, ainsi que de poursuites pénales lorsque les faits commis ont eu pour objet de tromper, par des manœuvres frauduleuses, des organismes d'assurance maladie pour en obtenir des sommes indues ;

6. Attendu qu'en vertu des décisions du 24 juin 2016 précitées du Conseil constitutionnel, le principe de nécessité des délits et des peines implique, en tout état de cause, qu'une même personne ne puisse faire l'objet de poursuites différentes conduisant à des sanctions de même nature pour les mêmes faits, en application de corps de règles protégeant les mêmes intérêts sociaux ;

7. Attendu que, sur ce dernier point, il résulte de la décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013 que, d'une part, l'ordre des médecins, en vertu du premier alinéa de l'article L. 4121-2 du code de la santé publique, « *veille au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine* » et à « *l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels ainsi que des règles édictées par le code de déontologie* », dont la méconnaissance est sanctionnée, par l'autorité disciplinaire compétente, en vertu de l'article L. 4124-6 du même code ; que, d'autre part, dans le cadre du contentieux du contrôle technique, visant la recherche et le redressement de tout abus professionnel commis au préjudice de la sécurité sociale, l'article L. 145-1 du code de la sécurité sociale prévoit que les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins, à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux, sont soumis aux sections des assurances sociales des chambres disciplinaires de première instance et de la chambre nationale de l'ordre des médecins ; que ces dispositions ne protègent donc pas les mêmes intérêts sociaux ;

8. Attendu que le délit d'escroquerie, classé par le législateur dans la catégorie des atteintes frauduleuses aux biens, est susceptible d'être commis par toute personne et non pas seulement par des professionnels de santé, au préjudice de personnes physiques ou morales quelles qu'elles soient ; que les intérêts protégés par cette infraction ne sont pas non plus identiques aux précédents ;

9. Attendu que le cumul des poursuites n'étant dès lors pas susceptible de porter atteinte au principe de nécessité des délits et des peines au sens où l'entend le Conseil constitutionnel, la question posée ne présente pas un caractère sérieux ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Crim. - 27 juillet 2016.
NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 16-80.694. - CA Montpellier, 11 janvier 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal *2016, comm. 150, note Virginie Peltier.*

N° 35

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de l'urbanisme. - Article L. 211-5, alinéa 2. - Liberté contractuelle. - Transmission partielle de la question. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que, saisie d'un appel dirigé contre un jugement du 4 juin 2015 ayant fixé, en application de l'article L. 211-5 du code de l'urbanisme, le prix d'un bien appartenant à la SCI Bounouh des Roses, la cour d'appel de Paris a transmis une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée :

« *Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 211-5 du code de l'urbanisme sont-elles conformes à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* » ;

Attendu que le juge peut, par une décision motivée, ne transmettre qu'une partie de la question posée ;

Attendu que, par une décision motivée, la cour d'appel n'a pas transmis la question de la conformité de l'alinéa 2 de l'article L. 211-5 à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

Attendu que l'alinéa 2 de l'article L. 211-5 précité est applicable au litige ;

Qu'il n'a pas déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu, d'une part, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux, en ce que le droit de délaissement au profit des propriétaires de biens situés dans le périmètre d'un droit de préemption urbain, qui résulte de l'article L. 211-5 précité, n'impliquant l'existence préalable d'aucune promesse de vente entre le propriétaire et un tiers acquéreur, n'est pas susceptible de porter atteinte à la liberté contractuelle ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ;

3e Civ. - 13 juillet 2016.
NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 16-40.215. - CA Paris, 26 mai 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Lesourd, SCP Foussard et Froger, Av.

N° 36

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de l'urbanisme. - Articles L. 314-1 et L. 314-2. - Code de la construction et de l'habitation. - Article L. 521-1. - Droit de propriété. - Refus de transmission d'une QPC. - Irrecevabilité. - Caractère sérieux. - Renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la Société de requalification des quartiers anciens (SOREQA), propriétaire d'un hôtel meublé qu'elle a acquis de la Ville de Paris, qui l'avait précédemment préempté, a saisi le juge de l'expropriation d'une demande d'expulsion des occupants de cet immeuble ;

Sur la recevabilité des deux questions prioritaires de constitutionnalité dont la cour d'appel a refusé la transmission, examinée d'office, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile :

Attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 23-2, alinéa 6, et 23-5, alinéa 1, de l'ordonnance du 7 novembre 1958 que le refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité ne peut faire l'objet que d'une contestation, laquelle doit être présentée devant la juridiction saisie de tout ou partie du litige, sous forme d'un écrit distinct et motivé posant de nouveau la question ; que le mémoire est donc irrecevable en tant qu'il conteste le refus de transmission par la cour d'appel de deux des trois questions prioritaires de constitutionnalité ;

Sur la question prioritaire de constitutionnalité transmise par la cour d'appel :

Attendu que la cour d'appel a transmis, comme n'étant pas dépourvue de sérieux, la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

« *Les articles L. 314-1 et L. 314-2 du code de l'urbanisme, ensemble l'article L. 521-1 du code de la construction et de l'habitation, tels qu'interprétés par la Cour de cassation, en tant qu'ils imposent le relogement des occupants de bonne foi se trouvant en situation irrégulière sur le territoire français, sont-ils contraires au droit de propriété, consacré aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, dès lors que le propriétaire d'un immeuble acquis dans le cadre d'une opération d'aménagement, et donc dans un but d'intérêt général, ne pourra pas user, jouir et disposer normalement de ce bien tant qu'il ne se sera pas acquitté de l'obligation de relogement, obligation pourtant impossible à mettre en œuvre légalement et opérationnellement ?* » ;

Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Que la question posée présente un caractère sérieux en ce que, en imposant au propriétaire d'un immeuble acquis en vue d'une opération d'aménagement dans un but d'intérêt général de reloger les occupants de bonne foi sans égard à la régularité de leur situation administrative sur le territoire français, ces dispositions sont susceptibles de porter aux conditions d'exercice du droit de propriété une atteinte disproportionnée au regard du but recherché dès lors que la mise en œuvre de cette obligation n'est pas possible légalement dans le secteur social et pratiquement dans le secteur privé ;

D'où il suit qu'il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ;

Par ces motifs :

Déclare irrecevable le mémoire en tant qu'il conteste le refus de transmission de deux questions prioritaires de constitutionnalité ;

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

3e Civ. - 13 juillet 2016
RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 16-40.214. - CA Paris, 12 mai 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Maunand, Rap. - M. Bailly, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, Av.

N° 37

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de procédure pénale. - Articles 135-2 et 145. - Liberté individuelle. - Droits de la défense. - Principe d'égalité devant la justice. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« *Les dispositions de l'article 135-2 du code de procédure pénale combinées à celles de l'article 145 du même code, qui prévoient que la personne présentée au juge des libertés et de la détention peut, sur les réquisitions du procureur de la République, être placée sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire jusqu'à sa comparution devant la juridiction de jugement sans bénéficier d'un débat contradictoire lui permettant ainsi qu'à son conseil d'accéder aux pièces du dossier, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et plus précisément au principe de la liberté individuelle, aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la justice, consacrés par les articles 66 de la Constitution, 1, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ?* » ;

Attendu que les dispositions législatives contestées sont applicables à la procédure et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux ;

Qu'en effet il se déduit des dispositions de l'article 144 du code de procédure pénale, auxquelles renvoie l'article 135-2 du même code, que le juge des libertés et de la détention, saisi de réquisitions aux fins de placement en détention provisoire de la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt et découverte après le règlement de l'information, statue après un débat contradictoire au cours duquel cette personne est nécessairement assistée par un avocat, si elle en formule la demande ; que, de même que le juge des libertés et de la détention accède, dans les conditions qu'il lui revient d'apprécier, à l'entier dossier de la procédure détenu au greffe de la juridiction de jugement, aux fins de décider d'un éventuel placement en détention au regard des éléments précis et circonstanciés visés à l'article 144 du code de procédure pénale, le droit de consulter ce même dossier audit greffe est nécessairement ouvert à l'avocat qui estime utile, pour défendre son client, d'en prendre une connaissance exhaustive ; que ce dernier, assisté de son avocat, peut, en application de l'article 145 susvisé, solliciter, lors de sa présentation devant le juge, un délai pour préparer sa défense, de nature à permettre, notamment, la mise en œuvre de cette consultation ;

Attendu qu'est ainsi assurée la nécessaire conciliation entre les droits de la défense et l'objectif à valeur constitutionnelle de la bonne administration de la justice et qu'aucune atteinte n'est portée par les dispositions critiquées aux droits et libertés garantis par la Constitution invoqués ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de transmettre la question au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Crim. - 10 août 2016.
NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 16-83.318. - CA Lyon, 3 mai 2016.

M. Straehli, Pt (f.f.). - M. Ascensi, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 38

1° Question prioritaire de constitutionnalité

Code du travail. - Article L. 1235-3, alinéa 2. - Incompétence négative du législateur. - Égalité devant la loi. - Liberté d'entreprendre. - Disposition déjà déclarée conforme. - Changement de circonstances. - Caractère sérieux. - Renvoi au Conseil constitutionnel.

2° Question prioritaire de constitutionnalité

Code du travail. - Articles L. 1233-1 et L. 1233-3 à L. 1233-7. - Incompétence négative du législateur. - Égalité devant la loi. - Liberté d'entreprendre. - Dispositions déjà déclarées conformes. - Changement de circonstances. - Défaut. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Sur la première question prioritaire de constitutionnalité :

Attendu que la première question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« *L'article L. 1235-3, alinéa 2, du code du travail, visant à octroyer au salarié, licencié pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, lorsque le licenciement est opéré dans une entreprise employant habituellement au moins onze salariés, porte-t-il atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe d'égalité devant la loi et à la liberté d'entreprendre ?* » ;

Attendu que les dispositions législatives critiquées sont applicables au litige ;

Attendu que la disposition contestée a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2007-561 DC rendue le 17 janvier 2008 par le Conseil constitutionnel ; que, cependant, la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-715 DC du 5 août 2015 constitue un changement des circonstances de droit qui justifie le réexamen de la disposition législative critiquée ;

Et attendu que la question posée présente un caractère sérieux, en ce que le traitement différencié des entreprises selon leur taille pour l'indemnisation du préjudice subi par leurs salariés, qui résulte de l'article L. 1235-3 du code du travail, est susceptible de méconnaître le principe d'égalité devant la loi ;

D'où il suit qu'il y a lieu de renvoyer la première question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ;

Sur la seconde question prioritaire de constitutionnalité :

Attendu que la seconde question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« *Les articles L. 1233-1 et L. 1233-3 à L. 1233-7 du code du travail portent-ils atteinte, dans leur ensemble, aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment à l'article 34 de la Constitution, à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle ?* » ;

Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige ;

Mais attendu, d'abord, que les articles L. 1233-3 à L. 1233-7 du code du travail ont déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision nº 2001-455 DC rendue le 12 janvier 2002 par le Conseil constitutionnel pour ce qui concerne l'article L. 321-1, modifié par l'article 108 de la loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 et recodifié aux articles L. 1233-3 à L. 1233-4, et dans les motifs et le dispositif de la décision nº 89-257 DC rendue le 25 juillet 1989 par le Conseil constitutionnel pour ce qui concerne l'article L. 321-1-1, modifié par l'article 25-II de la loi nº 89-549 du 2 août 1989 et recodifié aux articles L. 1233-5 à L. 1233-7 ; qu'aucun changement dans les circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée des articles L. 1233-3 à L. 1233-7 critiqués, en justifierait le réexamen ;

Attendu, ensuite, que les dispositions de l'article L. 1233-1 du code du travail, dont l'objet se borne à définir les employeurs auxquels sont applicables les dispositions relatives au licenciement économique, et celles de l'article L. 1233-4-1, dont l'objet est de garantir l'effectivité du droit au reclassement du salarié, lequel découle de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté pour partie hors du territoire national, ne heurtent aucun des principes constitutionnels invoqués ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la seconde question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

RENVOIE au Conseil constitutionnel la première question prioritaire de constitutionnalité ;

DIT N'Y AVOIR LIEU DE LUI RENVOYER la seconde question prioritaire de constitutionnalité.

Soc. - 13 juillet 2016.
RENVOI ET NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Nº 16-40.209. - CPH Amiens, 28 avril 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. soc. *2016, p. 864, note Jean Mouly.*

Nº 39

Question prioritaire de constitutionnalité

Loi du 15 juillet 1845. - Article 23. - Interprétation jurisprudentielle constante. - Principe de laïcité. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que Mme X..., par mémoire distinct, a présenté une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée :

« *L'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 tel qu'interprété par la cour d'appel de Paris, en ce qu'il prévoit que seuls les agents agréés par l'administration et ayant prêté serment devant le tribunal de grande instance de leur domicile peuvent constater certaines infractions à la police des chemins de fer, n'est-il pas contraire au principe constitutionnel de laïcité dès lors qu'il n'autorise pas que l'agent, plutôt que de procéder au serment habituel, effectue une affirmation solennelle de même contenu ?* » ;

Mais attendu, d'une part, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente ; qu'il n'existe pas d'interprétation jurisprudentielle constante de la Cour de cassation selon laquelle le serment prévu à l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer ne pourrait être prêté au moyen d'une promesse solennelle ou suivant les formes en usage dans la religion de l'agent ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Soc. - 13 juillet 2016.
NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Nº 16-10.459. - CA Paris, 21 janvier 2015.

M. Frouin, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Boulloche, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

Nº 40

Question prioritaire de constitutionnalité

Règles de procédure relatives à l'instance principale. - Défaut. - Impossibilité de vérifier que la question a été transmise par une juridiction compétente. - Irrecevabilité.

Vu l'article R. 49-25 du code de procédure pénale ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que la juridiction qui statue sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité le fait selon les règles de procédure qui lui sont applicables ;

Attendu que la décision de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité a été prise au seul visa du président du tribunal correctionnel, sans mention des membres composant ledit tribunal, de l'indication des parties et du ministère public ;

Attendu qu'en conséquence, la question prioritaire de constitutionnalité est irrecevable dès lors que ni le jugement, qui ne fait pas mention d'une participation au délibéré des deux juges assesseurs quand la nature des délits poursuivis obligeait le tribunal correctionnel à statuer en formation collégiale tant sur la poursuite que, préalablement, sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, ni les autres pièces de procédure ne mettent la Cour de cassation en mesure de vérifier que la question a été transmise par une juridiction compétente ;

Par ces motifs :

DÉCLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité.

Crim. - 10 août 2016.
IRRECEVABILITÉ

Nº 16-90.015. - TGI Montpellier, 1er juin 2016.

M. Straehli, Pt (f.f.). - M. Moreau, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal *2016, comm. 148, note Albert Maron et Marion Haas.*

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 41

Arbitrage

Convention d'arbitrage. - Inapplicabilité manifeste. - Caractérisation. - Défaut. - Cas. - Impossibilité alléguée de faire face au coût de la procédure d'arbitrage.

L'inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage ne peut être déduite de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire d'une société liée par cette clause de faire face au coût de la procédure d'arbitrage.

1re Civ. - 13 juillet 2016.
REJET

N° 15-19.389. - CA Paris, 7 avril 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Hascher, Rap. - M. Bernard de la Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJDA *2016, n° 833.*

N° 42

Architecte entrepreneur

Réception de l'ouvrage. - Définition. - Réception tacite. - Prise de possession des lieux. - Volonté non équivoque de recevoir. - Paiement de la quasi-totalité du marché. - Caractère suffisant.

Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui, après avoir relevé que les maîtres de l'ouvrage avaient pris possession des lieux à une date à laquelle ils avaient réglé la quasi-totalité du marché, retient, par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser une volonté non équivoque de ne pas recevoir l'ouvrage, que la réception tacite ne peut pas être constatée.

3e Civ. - 13 juillet 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-17.208. - CA Pau, 25 février 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Nivôse, Rap. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Ann. loyers*, octobre 2016, p. 110, note Julien et Michel Zavaro.*

Note sous 3e Civ., 13 juillet 2016, n° 42 ci-dessus

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis la possibilité d'une réception tacite, qui n'était pas prévue par la loi (3e Civ., 16 juillet 1987, pourvoi n° 86-11.455, *Bull.* 1987, III, n° 143), et a, au fur et à mesure de ses décisions, précisé les conditions d'une telle réception.

Partant des conditions posées par l'article 1792-6 du code civil, selon lequel la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage, contradictoirement, la doctrine de la troisième chambre civile a d'abord admis la réception tacite, lorsque le maître de l'ouvrage a pris possession de l'ouvrage et l'a accepté sans réserves, même s'il en a contesté le prix. Il est certain cependant qu'il ne peut y avoir de réception tacite dès lors que le maître de l'ouvrage exprime un désaccord immédiat sur la qualité des travaux réalisés et le montant du prix (3e Civ., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-12.663). Le fait qu'une entreprise succède à une autre ne suffit pas à caractériser l'existence d'une réception tacite (3e Civ., 19 mai 2016, pourvoi n° 15-17.129, en cours de publication).

Les juges du fond doivent rechercher, dans les éléments de fait, ceux qui caractérisent la manifestation de volonté non équivoque du maître d'accepter l'ouvrage :

- la constatation de l'entrée dans les lieux, la prise de possession, n'est pas suffisante à elle seule (3e Civ., 3 mai 1990, pourvoi n° 88-19.301, *Bull.* 1990, III, n° 104) ; la déclaration d'achèvement des travaux n'établit pas la volonté de recevoir (3e Civ., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-12.663) ; de même, une clause contractuelle ne peut pas prévoir que toute prise de possession ou emménagement avant la rédaction contradictoire du procès-verbal de réception vaut réception tacite et sans réserve (3e Civ., 6 mai 2015, pourvoi n° 13-24.947, *Bull.* 2015, III, n° 41) ; si un maître de l'ouvrage a pris possession de l'ouvrage sans jamais régler le solde des travaux et a manifesté son refus de réceptionner, la cour d'appel peut en déduire l'absence de réception tacite (3e Civ., 12 septembre 2012, pourvoi n° 09-71.189, *Bull.* 2012, III, n° 117) ;

- le paiement des travaux est aussi un indice de la volonté de recevoir (3e Civ., 23 mai 2012, pourvoi n° 11-10.502, *Bull.* 2012, III, n° 76 : en l'absence de contestation sur le règlement des travaux, il convenait de constater que le maître de l'ouvrage avait réceptionné tacitement l'ouvrage lors de la prise de possession, sauf si le maître de l'ouvrage avait toujours contesté la qualité des travaux ; 3e Civ., 24 mars 2016, pourvoi n° 15-14.830, en cours de publication). Mais le paiement à lui seul est insuffisant (3e Civ., 30 septembre 1998, pourvoi n° 96-17.014, *Bull.* 1998, III, n° 175 ; 3e Civ., 16 février 2005, pourvoi n° 03-16.880, *Bull.* 2005, III, n° 36) ;

- l'achèvement des travaux n'est pas une condition de la réception tacite (3e Civ., 11 février 1998, pourvoi n° 96-13.142, *Bull.* 1998, III, n° 28).

La Cour de cassation semble admettre de façon constante que la prise de possession accompagnée d'un paiement permet de

constater la volonté de recevoir du maître de l'ouvrage (3e Civ., 4 juin 1998, pourvoi no 95-16.452 ; 1re Civ., 15 décembre 1999, pourvoi no 97-18.733 ; 3e Civ., 14 mars 2001, pourvoi no 99-17.365 ; 3e Civ., 28 mars 2001, pourvoi no 99-16.051 ; 3e Civ., 25 septembre 2002, pourvoi no 00-22.173 ; 3e Civ., 6 mai 2003, pourvoi no 02-11.410 ; 3e Civ., 8 novembre 2006, pourvoi no 04-18.145, *Bull.* 2006, III, no 218).

À l'inverse, le maître de l'ouvrage qui n'établit pas avoir pris possession des lieux ne justifie pas du paiement intégral du prix et s'est plaint de désordres ne manifeste pas de façon non équivoque sa volonté d'accepter l'ouvrage (3e Civ., 22 mai 1997, pourvoi no 95-14.969, *Bull.* 1997, III, no 107).

Dans l'affaire ici commentée, la cour d'appel avait constaté que les maîtres de l'ouvrage avaient indiqué que leur installation dans les lieux ne pouvait plus être différée compte tenu de leurs impératifs financiers, qu'ils avaient retenu le solde du marché dans l'attente de l'exécution de ses engagements par l'entreprise, avaient exprimé des réserves et faisaient état de risques de désordres structurels, et les juges du fond en avaient déduit que la preuve de la volonté non équivoque des maîtres d'ouvrage d'accepter l'ouvrage, même avec des réserves, n'était pas rapportée. La Cour de cassation censure cette décision car, les juges d'appel ayant relevé que les maîtres de l'ouvrage avaient pris possession des lieux le 1er juin 1999 et qu'à cette date ils avaient réglé la quasi-totalité du marché de travaux, la troisième chambre civile de la Cour de cassation estime que la cour d'appel n'a pas suffisamment caractérisé la volonté non équivoque des maîtres de ne pas recevoir l'ouvrage.

Cet arrêt, publié au *Bulletin* et au *Rapport*, semble établir que la prise de possession de l'ouvrage accompagnée d'un paiement de la quasi-totalité du prix permet de supposer que le maître avait la volonté de recevoir l'ouvrage ; dans cette hypothèse, il convenait alors pour les juges du fond d'exposer ce qui empêchait d'admettre la volonté supposée du maître de recevoir l'ouvrage pour refuser de constater la réception tacite.

La solution n'est pas nouvelle, mais la lecture du second moyen permet de percevoir une évolution de la doctrine de la troisième chambre civile de la Cour de cassation sur la preuve de la réception tacite.

N° 43

Assurance (règles générales)

Prescription. - Prescription décennale. - Exclusion. - Cas. - Action en nullité d'un contrat d'assurance sur la vie engagée par les héritiers du souscripteur pour insanité d'esprit de celui-ci.

L'action en nullité d'un contrat d'assurance sur la vie, fondée sur l'article 489 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 5 mars 2007, engagée par des héritiers du souscripteur, en raison de l'insanité d'esprit de celui-ci, ne dérive pas de ce contrat.

En conséquence, elle est soumise à la prescription de cinq ans prévue par l'article 1304 du code civil.

1re Civ. - 13 juillet 2016.
CASSATION

No 14-27.148. - CA Versailles, 18 septembre 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Mouty-Tardieu, Rap. - M. Bernard de la Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Bénabent et Jéhannin, SCP Gaschignard, Me Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. fam. *2016, comm. 215, note Ingrid Maria. Voir également la revue* AJ Famille *2016, p. 496, note Jérôme Casey, et la* RD bancaire et financier *2016, comm. 203, note Jamel Djoudi.*

N° 44

Assurance dommages

Recours contre le tiers responsable. - Subrogation légale. - Action de l'assureur. - Demande. - Réparation. - Étendue. - Désordres. - Nature. - Détermination.

Le recours subrogatoire de l'assureur dommages-ouvrage, qui a indemnisé son assuré après interdiction, à titre de sanction pour inobservation du délai légal de soixante jours, d'opposer un refus de garantie, n'est pas limité à la réparation des seuls désordres de nature décennale.

3e Civ. - 13 juillet 2016.
REJET

No 15-22.961. - CA Amiens, 4 juin 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Maunand, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RGDA *2016, p. 422, note Jean-Pierre Karila.*

N° 45

Chambre de l'instruction

Appel des ordonnances du juge d'instruction. - Appel du ministère public. - Ordonnance refusant de saisir le juge des libertés et de la détention. - Effet dévolutif de l'appel. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Fait l'exacte application de l'article 185 du code de procédure pénale, qui lui impose de statuer sur toutes les questions lui étant dévolues par l'appel du ministère public, la chambre de l'instruction qui, saisie d'un appel contre une ordonnance du juge d'instruction de refus de saisine du juge des libertés et de la détention, infirme ladite ordonnance, statue sur la mise en examen, liée au contentieux de la détention, et ordonne le placement du mis en examen sous contrôle judiciaire.

Crim. - 27 juillet 2016.
REJET

No 16-83.024. - CA Paris, 21 avril 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - Mme Ingall-Montagnier, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

N° 46

Chambre de l'instruction

Détention provisoire. - Appel d'une décision de prolongation. - Première prolongation. - Chambre de l'instruction saisie sur renvoi après cassation. - Examen plus de huit mois après le placement en détention provisoire. - Motifs. - Indications particulières (non).

La juridiction, saisie du contentieux de la première prolongation et statuant sur renvoi après cassation plus de huit mois après le placement en détention provisoire de la personne mise en examen, n'est pas soumise à l'obligation de motivation spéciale prévue par l'article 145-3 du code de procédure pénale.

Crim. - 27 juillet 2016.
REJET

No 16-82.990. - CA Caen, 26 avril 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - Mme Planchon, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 47

Chambre de l'instruction

Majeur protégé. - Détention provisoire. - Prolongation de la détention. - Débat contradictoire. - Avis au curateur ou au tuteur. - Nécessité.

Le tuteur d'une personne majeure protégée doit être avisé de la date de toute audience concernant celle-ci.

Encourt la censure l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui confirme l'ordonnance du juge des libertés et de la détention prolongeant la détention provisoire d'une personne mise en examen sans que le tuteur de cette dernière ait été avisé de la date de l'audience.

Crim. - 12 juillet 2016.
CASSATION

N° 16-82.714. - CA Colmar, 10 mars 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Chaubon, Rap. - M. Wallon, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1652. Voir également la* Gaz. Pal. *2016, n° 34, p. 60, note François Fourment.*

N° 48

Chambre de l'instruction

Pouvoirs. - Détention provisoire. - Ordonnance de mise en liberté du juge d'instruction. - Appel du ministère public. - Prolongation de la détention provisoire par la chambre de l'instruction. - Méconnaissance du double degré de juridiction.

Il résulte des articles 82, 137, 145-2, 181 et 186 du code de procédure pénale que lorsque le juge d'instruction est saisi d'une information, la chambre de l'instruction ne peut statuer sur la prolongation de la détention provisoire d'un mis en examen qu'après que le juge du premier degré a prononcé sur cette mesure.

Viole ces dispositions la chambre de l'instruction qui, saisie du seul appel de l'ordonnance mettant en liberté la personne mise en examen, prononce la prolongation de sa détention alors que cette mesure de prolongation n'avait pas été soumise à l'appréciation d'une juridiction du premier degré.

Crim. - 12 juillet 2016.
CASSATION SANS RENVOI

N° 16-82.700. - CA Aix-en-Provence, 8 avril 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Chauchis, Rap. - M. Wallon, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 49

Circulation routière

Stationnement. - Stationnement réglementé. - Stationnement à durée limitée. - Stationnement payant. - Dérogations. - Titulaire d'une carte de stationnement pour personne handicapée.

L'article L. 241-3-2 du code de l'action sociale et de l'aide aux familles, entré en vigueur le 18 mai 2015, qui institue la gratuité du stationnement pour les personnes handicapées titulaires d'une carte de stationnement, n'établit, en dehors de l'alinéa 5 de ce texte, inapplicable en l'espèce, aucune restriction, ni sur le type de place ouverte au public, ni sur la durée de stationnement, sauf pour l'autorité compétente à fixer la durée maximale de stationnement, qui ne peut être inférieure à douze heures.

Crim. - 12 juillet 2016.
REJET

N° 16-80.001. - Juridiction de proximité de Cahors, 15 décembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Bellenger, Rap. - Mme Caby, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. *2016, n° 34, p. 44, note Stéphane Detraz. Voir également la revue* Dr. pénal *2016, comm. 142, note Jacques-Henri Robert.*

N° 50

Comparution immédiate

Procédure. - Conditions. - Recueil du consentement du prévenu. - Modalités. - Détermination.

Il résulte de l'article 397 du code de procédure pénale qu'en cas de comparution immédiate, le président doit recueillir le consentement du prévenu, en présence de son avocat, à être jugé séance tenante et que mention en est faite dans les notes d'audience.

Encourt la censure l'arrêt qui, pour annuler le jugement, retient qu'il n'est pas mentionné dans les notes d'audience du tribunal que le prévenu ait été averti de la nécessité de recueillir son accord pour être jugé immédiatement, alors qu'il résulte des énonciations du jugement, qui a valeur d'acte authentique, que les formalités prévues par l'article 397, alinéa 1, du code susvisé ont été accomplies.

Crim. - 12 avril 2016.
CASSATION

N° 16-81.015. - CA Douai, 29 décembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Ascensi, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures *2016, comm. 210, note Anne-Sophie Chavent-Leclère.*

N° 51

1° Conflit collectif du travail

Grève. - Définition. - Cessation du travail. - Cessation limitée à une obligation particulière du contrat de travail. - Caractère illicite. - Détermination. - Portée.

2° Syndicat professionnel

Responsabilité civile. - Faute. - Caractérisation. - Actes illicites commis sur incitation d'un syndicat. - Portée.

1° La grève, qui est la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles, ne peut être limitée à une obligation particulière du contrat de travail.

Dès lors, ne peut constituer un mouvement de grève licite l'inexécution par des salariés de leur seule obligation de signer des bons de travail.

2° Ayant constaté qu'un syndicat avait, par la diffusion de tracts, appelé à la généralisation d'un mouvement illicite et incité les salariés à l'accomplissement d'actes fautifs, les juges du fond ont justement retenu la responsabilité de ce syndicat dans la réalisation du préjudice qui en est résulté pour l'employeur.

Soc. - 11 juillet 2016.
REJET

N° 14-14.226. - CA Paris, 12 décembre 2013.

M. Frouin, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS *2016, nº 653. Voir également le* JCP *2016, éd. S, II, 1332, note François Duquesne, et la* Gaz. Pal. *2016, nº 35, p. 47, note Alexis Bugada.*

Nº **52**

Crédit-bail

Crédit-bail immobilier. - Nullité. - Action en nullité. - Prescription. - Délai. - Point de départ. - Signature d'un avenant au contrat d'origine. - Absence d'influence.

Une cour d'appel qui retient que les conditions financières de la résiliation anticipée fixées par un contrat de crédit-bail n'ont pas été modifiées par un avenant, de sorte que cet avenant est dépourvu d'effet novatoire, et qu'il n'est pas démontré que cet avenant ait une incidence sur le fait que la résiliation anticipée du contrat soit plus ou moins onéreuse que sa poursuite peut en déduire qu'en dépit de la stipulation prévoyant que le contrat et l'avenant forment un tout indivisible, le délai de prescription commence à courir à compter du contrat d'origine.

3e Civ. - 13 juillet 2016.
REJET

Nº 15-18.924. - CA Paris, 17 mars 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Pronier, Rap. - SCP Delaporte et Briard, SCP Rousseau et Tapie, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. *2016, nº 33, p. 66, note Sophie Moreil. Voir également la* RJDA *2016, nº 725, et la revue* Ann. loyers*, octobre 2016, p. 79, note Bastien Brignon.*

Nº **53**

Détention provisoire

Décision de mise en détention provisoire. - Personne exerçant l'autorité parentale à titre exclusif sur un mineur de seize ans au plus. - Enquête préalable. - Enquête rapide d'orientation pénale. - Éléments suffisants. - Appréciation souveraine des juges du fond.

L'enquête rapide d'orientation pénale diligentée avant le placement en détention provisoire de la personne mise en examen, qui exerce à titre exclusif l'autorité parentale sur un mineur de seize ans au plus ayant chez elle sa résidence, peut constituer l'enquête prévue par l'article 145-5 du code de procédure pénale.

Les juges appelés à statuer sur le placement en détention provisoire apprécient souverainement l'ensemble des éléments soumis à leur examen, dont fait partie l'enquête ordonnée en application de l'article susvisé.

Crim. - 27 juillet 2016.
REJET

Nº 16-83.271. - CA Fort-de-France, 26 avril 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - Mme Pichon, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén.

Nº **54**

Entreprise en difficulté

Ouverture. - Procédure. - Demande. - Délai d'un an à compter de la radiation. - Point de départ. - Publication de la clôture des opérations de liquidation amiable.

Le délai d'un an à compter de la radiation, ouvert par l'article L. 621-15 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, applicable en Polynésie française à tout créancier pour assigner en redressement ou en liquidation judiciaires toute personne radiée du registre du commerce et des sociétés, ne court que si cette radiation est consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation amiable.

Com. - 12 juillet 2016.
CASSATION

Nº 14-19.694. - CA Papeete, 19 décembre 2013.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vallansan, Rap. - Mme Beaudonnet, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1645. Voir également la* Gaz. Pal. *2016, nº 36, p. 48, note Florence Reille, la* Rev. proc. coll. *2016, étude 14, spéc. nº 3, note Florence Petit, et la* RJDA *2016, nº 801.*

Nº **55**

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Organes. - Administrateur judiciaire. - Rémunération. - Droit proportionnel. - Assiette. - Charges ayant eu une influence directe sur la diminution du passif et sur l'appréciation de l'offre de reprise (non).

Viole l'article R. 663-11 du code de commerce, dans sa rédaction issue du décret du 23 décembre 2006, le premier président d'une cour d'appel qui, pour fixer l'assiette du droit proportionnel dû à l'administrateur judiciaire en cas de plan de cession, ajoute au prix de cession hors taxe le montant d'une créance nantie et le montant des congés payés et du treizième mois de salariés repris par le cessionnaire, au motif qu'il s'agit de charges qui ont eu une influence directe sur la diminution du passif et sur l'appréciation de l'offre de reprise, alors que, si les créances reprises constituent des charges supplémentaires pour le repreneur, elles ne peuvent être assimilées à des éléments d'actif cédés au sens du texte précité.

Com. - 12 juillet 2016.
CASSATION

Nº 15-50.008. - CA Reims, 16 février 2015.

Mme Mouillard, Pt. - M. Zanoto, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - SCP Rousseau et Tapie, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1646. Voir également la* RJDA *2016, nº 705, et la* Rev. proc. coll. *2016, étude 14, spéc. nº 14, note Florence Petit.*

Nº **56**

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Prévention des difficultés. - Procédure de conciliation. - Conditions. - Absence de procédure de sauvegarde concernant la société mère (non).

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'une société qui bénéficiait, avec sa filiale, d'une procédure de conciliation ouverte en application de l'article L. 611-5 du code de commerce n'interdit pas la poursuite de cette procédure de conciliation au bénéfice de sa filiale.

Com. - 12 juillet 2016.
REJET

Nº 14-27.983. - CA Paris, 25 septembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1645. Voir également la* Rev. sociétés *2016, p. 553, note Laurence Caroline Henry, la* RJDA *2016, nº 704, la* RLDAff. *2016, nº 6015, la* Gaz. Pal. *2016, nº 36, p. 47, note Florence Reille, la*

RD bancaire et financier *2016, comm. 212, note Caroline Houin-Bressand, et la* Rev. proc. coll. *2016, étude 14, spéc. nº 4, note Florence Petit.*

Nº 57

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Jugement. - Créanciers postérieurs. - Régime de faveur. - Domaine d'application. - Créance née pour les besoins du déroulement de la procédure. - Exclusion. - Indemnité due au titre de la révocation d'un dirigeant décidée après le jugement d'ouverture.

L'indemnité due au titre de la révocation du président-directeur général d'une société, décidée après la mise en redressement judiciaire de cette dernière par le conseil d'administration, est une indemnité de résiliation d'un contrat en cours qui est exclue du bénéfice du paiement préférentiel en vertu de l'article L. 622-17, III, 2º, du code de commerce et qui, en conséquence, doit être déclarée.

Com. - 12 juillet 2016.
REJET

Nº 14-23.668. - CA Montpellier, 24 juin 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1644. Voir également la* Rev. sociétés *2016, p. 549, note Laurence Caroline Henry, la* RJDA *2016, nº 708, la* Gaz. Pal. *2016, nº 36, p. 54, note Diane Boustani, nº 38, p. 72, note Bruno Dondero, et la* Rev. proc. coll. *2016, étude 14, spéc. nº 8, note Florence Petit.*

Nº 58

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Redressement judiciaire. - Plan. - Jugement l'arrêtant. - Personne tenue. - Cessionnaire. - Faculté de substitution. - Portée.

Si l'auteur d'une offre retenue par le tribunal, autorisé à se substituer à un tiers cessionnaire, reste garant solidairement de l'exécution des engagements qu'il a souscrits dans sa proposition de reprise, parmi lesquels ceux relatifs à la poursuite des contrats qui y figurent en application de l'article L. 642-2, II, 1º, du code de commerce et dont la cession a été ordonnée par le jugement arrêtant le plan, cet engagement de poursuivre ces contrats ne s'étend pas à la garantie, envers les cocontractants cédés, de la bonne exécution des obligations en résultant par le cessionnaire substitué.

Com. - 12 juillet 2016.
REJET

Nº 15-16.389. - CA Douai, 12 février 2015.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vaissette, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - SCP Lévis, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1559, note Alain Lienhard. Voir également la* Rev. sociétés *2016, p. 554, note Laurence Caroline Henry, le* JCP *2016, éd. G, II, 1002, note Maximilien de Fontmichel, le* JCP *2016, éd. E, II, 1519, note Bastien Brignon, la revue* Procédures *2016, comm. 289, note Laura Weiller, la* Gaz. Pal. *2016, nº 36, p. 59, note Denis Voinot, la* Rev. proc. coll. *2016, étude 14, spéc. nº 9, note Florence Petit, et la* RJDA *2016, nº 802.*

Nº 59

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Responsabilités et sanctions. - Responsabilité des créanciers. - Conditions. - Concours fautif et cas d'ouverture. - Compétence. - Tribunal de la procédure collective.

Viole l'article R. 662-3 du code de commerce, ensemble l'article L. 650-1 du même code, la cour d'appel qui retient que l'action en responsabilité engagée sur le fondement du second de ces textes relève de la compétence du tribunal de la procédure collective, alors que la responsabilité d'un créancier, à raison des concours qu'il a consentis à un débiteur, peut être engagée en dehors d'une procédure collective de ce dernier et que l'article L. 650-1 du code de commerce se borne à limiter la mise en œuvre de cette responsabilité, lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, en posant des conditions qui ne sont pas propres à cette procédure, de sorte que cette action n'est pas née de la procédure collective ou soumise à son influence juridique.

Com. - 12 juillet 2016.
CASSATION

Nº 14-29.429. - CA Lyon, 30 octobre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - SCP Bénabent et Jéhannin, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJDA *2016, nº 711. Voir également la revue* Ann. loyers*, octobre 2016, p. 83, note Bastien Brignon, la revue* Procédures *2016, comm. 297, note Blandine Rolland, la* RLDAff. *2016, nº 6016, la* Gaz. Pal. *2016, nº 36, p. 64, note Jérôme Lasserre Capdeville, et la* Rev. proc. coll. *2016, étude 14, spéc. nº 12, note Florence Petit.*

Nº 60

1º Étranger

Contrôles. - Contrôle d'identité sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 6. - Conditions. - Constat préalable d'éléments objectifs, déduits de circonstances extérieures à la personne, de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger (non).

2º Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Placement en rétention. - Notification du placement en rétention. - Conditions. - Irrégularité de la situation de l'étranger apparue dès le contrôle des titres de séjour. - Absence de privation de liberté intervenue avant le placement en rétention. - Effets. - Nécessité d'une mesure d'enquête ou de vérification (non).

1º Un contrôle d'identité réalisé sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 6, du code de procédure pénale peut être effectué sans constat préalable d'éléments objectifs, déduits des circonstances extérieures à la personne, de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger.

Un tel constat, qui peut résulter du contrôle d'identité, doit seulement précéder le contrôle des titres de séjour intervenu sur le fondement de l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

2º Une personne en situation irrégulière, invitée à suivre les policiers, qui a accepté de les accompagner dans un local de police pour y recevoir notification d'une décision de placement en rétention, ne doit pas nécessairement être placée en retenue

ou entendue sur le fondement des articles L. 611-1-1 du code d'entrée et du séjour des étranger et du droit d'asile ou 62 du code de procédure pénale.

Dès lors qu'aucune mesure d'enquête ou de vérification n'était nécessaire, puisque l'irrégularité de la situation de l'intéressé était apparue dès le contrôle des titres de séjour et qu'aucune privation de liberté n'était intervenue avant le placement en rétention, dès lors que l'étranger avait été invité à suivre les policiers pour recevoir la notification de ses droits, intervenue trois heures après le contrôle initial, le premier président n'a pu qu'en déduire que la procédure était régulière.

1re Civ. - 13 juillet 2016.
REJET

N° 15-22.854. - CA Paris, 16 décembre 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoullaud, Rap. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 61

Filiation

Dispositions générales. - Modes d'établissement. - Expertise biologique. - Obligation d'y procéder. - Exception. - Motif légitime. - Intérêt supérieur de l'enfant. - Motif en soi insuffisant.

L'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas en soi un motif légitime de refus de l'expertise biologique, de droit en matière de filiation.

1re Civ. - 13 juillet 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-22.848. - CA Metz, 2 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Me Blondel, SCP Didier et Pinet, SCP Ohl et Vexliard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP *2016, éd. G, chron., 992, spéc. n° 16, note Pierre Murat. Voir également la revue* AJ Famille *2016, p. 495, note Caroline Siffrein-Blanc, et la* Gaz. Pal. *2016, n° 36, p. 14, note Patrice Le Maigat.*

N° 62

Instruction

Détention provisoire. - Décision de prolongation. - Compétence. - Compétence de la chambre de l'instruction saisie du seul appel de l'ordonnance mettant en liberté la personne mise en examen (non).

Il résulte des articles 82, 137, 145-1 et 186 du code de procédure pénale que lorsque le juge d'instruction est saisi d'une information, la chambre de l'instruction ne peut statuer sur la prolongation de la détention provisoire d'un mis en examen qu'après que le juge du premier degré a prononcé sur cette mesure.

Méconnaît ces dispositions la chambre de l'instruction qui, saisie du seul appel de l'ordonnance mettant en liberté la personne mise en examen, prononce la prolongation de sa détention alors que cette mesure de prolongation n'avait pas été soumise à l'appréciation d'une juridiction du premier degré.

Crim. - 27 juillet 2016.
CASSATION SANS RENVOI

N° 16-83.026. - CA Paris, 29 avril 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - M. Ricard, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 63

Instruction

Détention provisoire. - Demande de mise en liberté. - Communication préalable au demandeur de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public. - Nature. - Notification (non). - Portée.

La communication préalable, au demandeur ou à son avocat, du réquisitoire du ministère public et de l'ordonnance du juge d'instruction saisissant le juge des libertés et de la détention d'une demande de mise en liberté, pris en application de l'article 148 du code de procédure pénale, ne constitue pas une notification au sens de l'article 115 du même code.

Crim. - 27 juillet 2016.
REJET

N° 16-83.020. - CA Paris, 5 avril 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - Mme Pichon, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 64

1° Instruction

Mise en examen. - Conditions. - Indices graves ou concordants. - Mise en examen supplétive. - Éléments nouveaux depuis la mise en examen initiale (non).

2° Terrorisme

Infractions en relation avec une entreprise ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. - Participation à un groupement ou une entente terroriste. - Éléments constitutifs. - Objet. - Préparation d'un ou de plusieurs crimes d'atteintes aux personnes. - Participation à la préparation desdits crimes (non).

1° Ajoute à l'article 80-1 du code de procédure pénale une condition qu'il ne prévoit pas l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à mise en examen supplétive des chefs requis par le procureur de la République, retient qu'aucun élément nouveau n'est intervenu dans l'information depuis la mise en examen initiale, alors que peut seul faire obstacle à une mise en examen le défaut, au dossier de la procédure, d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable que la personne concernée ait pu participer à la commission des infractions dont est saisi le juge d'instruction.

2° Il résulte des articles 421-2-1 et 421-6 du code pénal que l'association de malfaiteurs en vue de commettre certains crimes à caractère terroriste constitue une infraction indépendante, tant des crimes préparés ou commis par certains de ses membres que des infractions caractérisées par certains des faits qui la concrétisent.

Méconnaît ce principe la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à mise en examen du chef de participation à un groupement ou une entente terroriste ayant pour objet la préparation d'un ou de plusieurs crimes d'atteintes aux personnes, relève que les éléments de la procédure n'apportent pas la démonstration de la participation des intéressés à la préparation desdits crimes ou à la commission du crime de destructions par substances explosives ou incendiaires de nature à causer la mort d'une ou de plusieurs personnes.

Crim. - 12 juillet 2016.
CASSATION

N° 16-82.692. - CA Paris, 15 avril 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Ricard, Rap. - M. Lagauche, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. *2016, nº 34, p. 53, note Stéphane Detraz. Voir également la revue* AJ *Pénal 2016, p. 492, note Jean-Baptiste Thierry.*

Nº 65

1º Jugements et arrêts

Fondement. - Pièces du dossier de procédure. - Conditions d'accès pour le juge. - Critique. - Recevabilité (non).

2º Droits de la défense

Instruction. - Règlement de l'instruction. - Mandat d'arrêt. - Exécution. - Procédure. - Juge des libertés et de la détention. - Dossier de la procédure. - Mise à disposition des avocats des parties. - Modalités.

3º Juridictions correctionnelles

Impartialité. - Juge des libertés et de la détention. - Magistrat ayant prononcé une décision d'incarcération provisoire et une ordonnance de placement en détention provisoire. - Compatibilité.

1º Est irrecevable la prétention d'un prévenu à vérifier dans quelles conditions le juge prend connaissance des pièces du dossier de la procédure nécessaires pour fonder sa décision.

2º En vue d'un débat contradictoire nécessité par l'exécution d'un mandat d'arrêt ramené à exécution postérieurement au règlement de l'information, la personne présentée au juge des libertés et de la détention est en droit d'accéder à l'ensemble des pièces du dossier de la procédure au greffe de la juridiction de jugement.

Il appartient cependant à l'avocat de l'intéressé, dans le délai qui lui est accordé pour préparer la défense, de présenter une telle demande s'il estime utile de consulter le dossier pour défendre son client.

3º Le défaut d'impartialité du juge des libertés et de la détention ne saurait se déduire du seul fait que ce magistrat a rendu successivement à l'encontre de la personne qui lui est présentée une décision d'incarcération provisoire en vue de lui permettre de préparer sa défense dans le délai qu'elle a sollicité, puis une ordonnance de placement en détention provisoire.

Crim. - 10 août 2016.
REJET

Nº 16-83.318. - C.A. Lyon, 3 mai 2016.

M. Straehli, Pt (f.f.). - M. Ascensi, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

Nº 66

Lois et règlements

Principe de légalité. - Conditions. - Prévisibilité et accessibilité. - Cas. - Loi étrangère. - *Common law*.

En matière de mandat européen et de contrôle de la double incrimination, la *common law* constitue une source de droit répondant aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité de la loi d'incrimination et des peines.

Crim. - 27 juillet 2016.
REJET

Nº 16-84.592. - CA Paris, 29 juin 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - Mme Planchon, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Nº 67

Mandat d'arrêt européen

Exécution. - Procédure. - Chambre de l'instruction. - Demande de mise en liberté. - Ordre d'incarcération provisoire. - Effets. - Durée. - Détermination. - Portée.

En application des articles 695-28, 695-31, 695-34, 695-37 et 695-39 du code de procédure pénale, les effets d'un ordre d'incarcération en vertu duquel une personne, recherchée en exécution d'un mandat d'arrêt européen, a comparu détenue devant la chambre de l'instruction qui a autorisé sa remise et différé celle-ci jusqu'à l'exécution d'une peine prononcée en France sont prolongés tant que ladite chambre n'a pas ordonné sa mise en liberté.

Encourt la censure l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour déclarer irrecevable la demande de mise en liberté d'une personne dans une telle situation, retient que les effets de l'ordre d'incarcération provisoire délivré par le premier président ont cessé au jour où l'arrêt de la chambre de l'instruction prononçant sur la remise avait acquis un caractère définitif.

Crim. - 27 juillet 2016.
CASSATION

Nº 16-82.830. - CA Nancy, 22 mars 2016.

M. Pers, Pt (f.f.). - M. Ricard, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Nº 68

Mandat d'arrêt européen

Exécution. - Procédure. - Chambre de l'instruction. - Pouvoirs. - Demande d'information complémentaire à l'État d'émission. - Nécessité. - Cas. - Mandat d'arrêt européen pour l'exécution d'une peine privative de liberté. - Exécution sur le territoire français des condamnations prononcées par les juridictions des autres États membres. - Conditions. - Condamnation exécutoire sur le territoire français. - Demande de l'autorité compétente de l'État membre. - Sollicitation. - Compétence. - Procureur de la République du lieu de résidence. - Défaillance.

Lorsque le condamné recherché sur mandat d'arrêt européen demande que sa peine soit exécutée en France et qu'elle estime réunies les conditions de résidence de l'alinéa 2 de l'article 695-24 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction doit vérifier si l'État requérant envisage de formuler une demande aux fins de reconnaissance et d'exécution de la condamnation sur le territoire français ou si le procureur de la République entend susciter une telle demande en application de l'article 728-34 du même code.

Il appartient à la chambre de l'instruction qui estime que les informations communiquées par un État d'émission d'un mandat d'arrêt européen sont insuffisantes pour lui permettre de statuer sur la remise de demander elle-même à l'autorité judiciaire dudit État la fourniture des informations complémentaires nécessaires.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour ordonner la remise d'un condamné aux autorités portugaises, se contente de relever que le procureur de la République du lieu de résidence en France n'a pas mis en œuvre la procédure d'exécution du reliquat de la peine prononcée au Portugal, de sorte qu'il ne peut être considéré que la décision de condamnation est exécutoire sur le territoire français, et ordonne en conséquence la remise aux autorités mandantes.

Crim. - 10 août 2016.
CASSATION

Nº 16-84.723. - CA Riom, 1er juillet 2016.

M. Straehli, Pt (f.f.). - M. Fossier, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén. - SCP Gaschignard, Av.

N° 69

1° Mandat d'arrêt européen

Exécution. - Remise. - Refus. - Cas. - Articles 695-22 à 695-24 du code de procédure pénale. - Énumération limitative. - Portée.

2° Mandat d'arrêt européen

Exécution. - Remise. - Principe d'automaticité. - Exception. - Existence de défaillances systémiques ou généralisées touchant soit certains groupes de personnes, soit certains centres de détention. - Défaut. - Risque réel de traitement inhumain ou dégradant (non).

1° L'octroi du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ainsi que du Protocole du 31 janvier 1967, par un État membre de l'Union européenne, au bénéfice du ressortissant d'un État devenu membre de l'Union européenne entre la date d'octroi dudit statut et la date de délivrance du mandat d'arrêt européen dont l'exécution est sollicitée, ne constitue pas, en tant que tel, un obstacle à l'exécution de ce dernier.

Justifie ainsi sa décision la chambre de l'instruction qui retient que la décision de la Suède d'accorder à un ressortissant roumain le statut de réfugié politique, à une date où la Roumanie n'était pas membre de l'Union européenne, n'a pas pour effet de lui imposer de refuser la remise de l'intéressé aux autorités judiciaires roumaines, au titre des dispositions de la Convention de Genève sur les réfugiés, dans la mesure où un tel refus contreviendrait à l'interdiction, mise à la charge de l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution, de refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen pour un autre motif que ceux exhaustivement énumérés de non-exécution obligatoire ou de non-exécution facultative prévus par la décision-cadre du 13 juin 2002, dont la liste est reprise aux articles 695-22, 695-23 et 695-24 du code de procédure pénale.

2° Justifie sa décision d'ordonner la remise d'une personne en exécution d'un mandat d'arrêt européen la chambre de l'instruction qui, après s'être assurée, en premier lieu, de ce que les droits de la défense de l'intéressé ont été respectés lors du déroulement de son procès en Roumanie, écarte, en second lieu, le risque réel et concret de traitement inhumain ou dégradant encouru par l'intéressé en considérant que n'était pas démontrée, au vu de l'insuffisance des preuves versées au dossier, l'existence de défaillances, soit systémiques ou généralisées, touchant soit certains groupes de personnes, soit certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, de nature à faire exception, en raison d'une insuffisance de la protection des droits fondamentaux dans ce dernier, au régime général d'automaticité des remises du mandat d'arrêt européen.

Crim. - 12 juillet 2016.
REJET

N° 16-84.000. - CA Paris, 8 juin 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Chauchis, Rap. - M. Wallon, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 70

Mineur

Assistance éducative. - Procédure. - Débats. - Audition des parents. - Comparution personnelle. - Défaut. - Cas. - Demande de renvoi fondée sur des motifs professionnels.

Il résulte des articles 931, 1189 et 1192 du code de procédure civile qu'en matière d'assistance éducative, les parties se défendent elles-mêmes et le juge se prononce après audition, notamment, des parents.

Dès lors, méconnaît l'exigence de ces textes la cour d'appel qui retient que le parent, appelant, n'a pas comparu à l'audience, de sorte que son appel doit être considéré comme non soutenu, sans s'expliquer sur les demandes de renvoi, fondées sur des motifs professionnels, qu'il a formées.

1re Civ. - 13 juillet 2016.
CASSATION SANS RENVOI

N° 15-23.253. - CA Besançon, 10 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoullaud, Rap. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures *2016, comm. 291, note Mélina Douchy-Oudot. Voir également la revue* Dr. fam. *2016, comm. 214, note Ingrid Maria.*

N° 71

Pouvoirs des juges

Excès de pouvoir. - Définition. - Cas. - Cour d'appel statuant en appel d'une ordonnance de protection sur une demande de dommages-intérêts.

Saisie de l'appel d'une ordonnance de protection, la cour d'appel ne peut statuer que dans la limite des pouvoirs attribués au juge aux affaires familiales à l'article 515-11 du code civil.

Excède ainsi ses pouvoirs la cour d'appel qui, saisie de l'appel d'une ordonnance de protection rendue par le juge aux affaires familiales, condamne le mari à verser des dommages-intérêts à son épouse pour avoir provoqué de façon abusive son hospitalisation sous contrainte.

1re Civ. - 13 juillet 2016.
CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 14-26.203. - CA Versailles, 16 octobre 2014.

Mme Batut, Pt. - M. Vigneau, Rap. - SCP Foussard et Froger, Me Carbonnier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP *2016, éd. G, chron., 992, spéc. n° 5, note Adeline Gouttenoire et Marie Lamarche. Voir également la* Gaz. Pal. *2016, n° 37, p. 82, note Niamh ni Ghairbhia.*

N° 72

Prescription

Action publique. - Point de départ. - Organisation frauduleuse d'insolvabilité. - Caractère occulte de certains éléments constitutifs de l'infraction. - Report possible (non).

La fixation d'un point de départ spécifique de la prescription du délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité par l'article 314-8, alinéa 3, du code pénal exclut son report en raison du caractère occulte d'éléments constitutifs du délit.

Par ailleurs, une procédure d'*exequatur* rendue nécessaire pour la saisie d'un bien à l'étranger ne modifie pas la date de la condamnation définitive, point de départ de la prescription.

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour retenir la prescription de faits d'organisation frauduleuse d'insolvabilité, énonce que ce délit est une infraction instantanée, que le point de départ de la prescription, fixé au jour de la condamnation devenue définitive, ne peut être retardé par l'*exequatur* de cette décision et par la prise en compte de décisions rendues par les juridictions civiles dans le cadre de procédures en recouvrement de la créance principale, dont n'était pas saisi le juge d'instruction.

Crim. - 12 juillet 2016.
CASSATION

N° 15-80.923. - CA Bastia, 21 janvier 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme de la Lance, Rap. - M. Cuny, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. *2016, nº 34, p. 57, note François Fourment.*

Nº 73

Prescription civile

Interruption. - Causes. - Citation en justice. - Déclaration des créances. - Portée. - Créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble est inopposable.

Un créancier inscrit, à qui est inopposable la déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble appartenant à son débiteur, peut faire procéder à la vente sur saisie de cet immeuble.

Si l'effet interruptif de prescription d'une déclaration de créance s'étend aux poursuites de saisie immobilière qui tendent au même but, soit le recouvrement de la créance, ce créancier, lorsqu'il a déclaré sa créance, ne peut, dès lors qu'il n'est pas dans l'impossibilité d'agir sur l'immeuble, au sens de l'article 2234 du code civil, bénéficier de la prolongation de l'effet interruptif de prescription de sa déclaration jusqu'à la clôture de la procédure collective, cet effet prenant fin à la date de la décision ayant statué sur la demande d'admission.

Com. - 12 juillet 2016.
REJET

Nº 15-17.321. - CA Lyon, 26 février 2015.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Schmidt, Rap. - Mme Beaudonnet, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1558, note Alain Lienhard, et pan., p. 1896, note Pierre-Michel Le Corre. Voir également la* Rev. sociétés *2016, p. 547, note Philippe Roussel Galle, la* RJDA *2016, nº 710, la revue* Procédures *2016, comm. 285, note Christian Laporte, et la* Rev. proc. coll. *2016, étude 14, spéc. nº 13, note Florence Petit.*

Nº 74

Presse

Procédure. - Compétence territoriale. - Diffusion sur le réseau internet. - Mise en ligne sur un site étranger. - Auteur étranger. - Victime étrangère. - Accessibilité depuis le territoire de la République. - Acte de publication (non). - Portée. - Compétence des lois et juridictions françaises (non).

En l'absence de tout critère rattachant au territoire de la République des propos incriminés sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, la circonstance que ceux-ci, du fait de leur diffusion sur le réseau internet, aient été accessibles depuis ledit territoire ne caractérise pas, à elle seule, un acte de publication sur ce territoire rendant le juge français compétent pour en connaître.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour confirmer l'incompétence des juridictions françaises, constate, notamment, que les propos poursuivis sous la qualification de diffamation publique envers des particuliers, rédigés en langue anglaise, ont été mis en ligne sur un site internet américain par une personne de nationalité sud-africaine ne résidant pas en France, visent des personnes de nationalité japonaise et/ou américaine domiciliées au Japon et portent sur des événements qui se sont déroulés dans ce pays.

Crim. - 12 juillet 2016.
REJET

Nº 15-86.645. - CA Poitiers, 29 octobre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Bonnal, Rap. - M. Lagauche, Av. Gén. - Me Rémy-Corlay, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, p. 1848, note Emmanuel Dreyer. Voir également la* Gaz. Pal. *2016, nº 34, p. 45, note Stéphane Detraz, et nº 38, p. 35, note François Fourment, la revue* Contrats, conc. consom. *2016, comm. nº 83, note Agathe Lepage, et la revue* Légipresse*, octobre 2015, p. 532, note Stéphane Detraz.*

Nº 75

Prêt

Prêt à usage. - Usage de la chose. - Dépenses faites par l'emprunteur. - Dépenses soumises à répétition (non).

Selon l'article 1890 du code civil, seules peuvent être répétées les dépenses extraordinaires, nécessaires et tellement urgentes que l'emprunteur n'a pu en prévenir le prêteur, tandis que, selon l'article 1886 du même code, toutes autres dépenses que ferait l'emprunteur, y compris pour user de la chose, ne sont pas soumises à répétition.

Méconnaît ces dispositions la cour d'appel qui condamne le prêteur à usage à rembourser à l'emprunteur les travaux exécutés dans l'immeuble litigieux, au motif que les dépenses extraordinaires doivent être supportées par le prêteur dès lors que l'immeuble continue de lui appartenir et d'être à ses risques, et que leur charge ferait disparaître la gratuité du prêt, élément essentiel du contrat.

1re Civ. - 13 juillet 2016.
CASSATION PARTIELLE

Nº 15-10.474. - CA Nîmes, 23 octobre 2014.

Mme Batut, Pt. - M. Vitse, Rap. - M. Cailliau, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Ann. loyers*, octobre 2016, p. 107, note Bruno Pays. Voir également la revue* Contrats, conc. consom. *2016, comm. nº 228, note Laurent Leveneur.*

Nº 76

Représentation des salariés

Règles communes. - Contrat de travail. - Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Prise d'acte prononcée aux torts de l'employeur. - Effets. - Réintégration. - Possibilité (non). - Portée.

La réintégration d'un salarié protégé en exécution d'une décision judiciaire n'a pas pour effet de créer de nouvelles relations contractuelles entre les parties.

Il s'ensuit que l'annulation de cette décision par la Cour de cassation autorise l'employeur à mettre fin aux fonctions du salarié sans qu'il soit besoin d'une procédure de licenciement.

Soc. - 11 juillet 2016.
REJET

Nº 14-29.094. - CA Versailles, 27 mai 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Slove, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP *2016, éd. S, Act., nº 300, et II, 1373, note Jean-Yves Kerbourc'h. Voir également la* RJS *2016, nº 642, et la revue* Procédures *2016, comm. 296, note Alexis Bugada.*

N° 77

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords particuliers. - Accord national interprofessionnel du 10 février 1969. - Commission paritaire de l'emploi. - Saisine. - Obligation de l'employeur. - Défaut. - Cas. - Absence d'accord collectif particulier le prévoyant.

La cour d'appel qui relève que l'article 3 de l'accord du 30 avril 2003 relatif à la mise en place d'une commission paritaire de l'emploi et de la formation professionnelle, applicable à l'ensemble des entreprises comprises dans le champ d'application de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985, bien que se référant à l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, n'attribuait pas de missions à cette commission en matière de reclassement externe en déduit exactement qu'aucune obligation de saisine préalable de la commission paritaire de l'emploi destinée à favoriser un reclassement à l'extérieur de l'entreprise, avant tout licenciement pour motif économique de plus de dix salariés, n'était applicable.

Soc. - 11 juillet 2016.
REJET

N° 15-12.752. - CA Douai, 28 mars 2014.

M. Frouin, Pt. - M. Déglise, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - Me Ricard, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1572. Voir également le* JCP *2016, éd. G, Act., 925, note Gilles Dedessus-Le-Moustier, la* RJS *2016, n° 626, la* Rev. dr. tr.*, octobre 2016, chron., p. 619, note Marguerite Kocher, et la* Rev. proc. coll. *2016, commentaire 141, note David Jacotot.*

Note sous Soc., 11 juillet 2016, n° 77, ci dessus

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation met fin aux hésitations et aux interrogations que sa jurisprudence avait pu susciter en ce qui concerne une éventuelle application autonome de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, qui avait prévu *« l'institution de commissions paritaires de l'emploi par branches professionnelles »* (préambule), ayant notamment pour mission *« d'examiner les conditions de mise en œuvre des moyens de reclassement et de réadaptation et de participer, si nécessaire, à cette mise en œuvre » (article 5) et « d'élaborer un plan comportant des propositions de reclassement ou de formation en vue d'un reclassement à terme »* en cas de licenciements collectifs pour motif économique (article 15).

Dans certaines branches, où de telles commissions ont été mises en place, la convention collective applicable ou un accord collectif met effectivement en œuvre l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 précité. Ainsi en est il de l'article 28, alinéa 6, de l'accord national sur les problèmes généraux de l'emploi du 12 juin 1987 dans la métallurgie : *« si toutefois* [l'entreprise conduite à réduire ou cesser son activité] *est amenée à envisager un licenciement collectif d'ordre économique, elle doit :* […] *rechercher les possibilités de reclassement à l'extérieur de l'entreprise en particulier dans le cadre des industries des métaux, en faisant appel à la commission territoriale de l'emploi ».* La chambre sociale en déduit que l'absence de saisine, par l'employeur, lors d'un licenciement économique collectif, de *« ces commissions territoriales de l'emploi »* rend les licenciements sans cause réelle et sérieuse, dès lors qu'il s'agit d'une extension conventionnelle de l'obligation légale de reclassement (Soc., 28 mai 2008, pourvoi n° 06-46.009, *Bull.* 2008, V, n° 116 ; Soc., 10 février 2009, pourvoi n° 08-40.057 ; Soc., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-21.873 ; Soc., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-10.065 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 10-24.104).

Mais, dans un arrêt plus récent, s'agissant de l'article 54 de la convention collective nationale de l'industrie textile du 1er février 1951, qui renvoie à l'article 22 de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 précité, mais n'ajoute rien aux obligations légales de reclassement interne à l'entreprise, et indique que *« les organisations patronales locales prendront les dispositions nécessaires pour faciliter le reclassement du personnel intéressé dans les autres entreprises »,* la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, sur le seul fondement des articles 5 et 15 de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969, sans mention d'un autre texte, que l'obligation de saisir les commissions territoriales de l'emploi existait (Soc., 30 septembre 2013, pourvoi n° 12-15.941, *Bull.* 2013, V, n° 223). Même si une partie de la doctrine a interprété cette décision comme consacrant une application autonome de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 (voir M. Morand, « Licenciements économiques et commissions paritaires de l'emploi », *Les cahiers du DRH,* n° 207, 1er mars 2014), on pouvait considérer que la question était alors seulement de savoir si les articles 5 et 15 de l'accord national interprofessionnel instauraient une obligation ou une simple faculté pour les employeurs et que toute autre était la question de savoir si l'accord national interprofessionnel précité s'appliquait de manière autonome en l'absence de tout renvoi par une convention collective.

Une décision postérieure relevait toutefois que la convention collective nationale de la fabrication de l'ameublement du 14 janvier 1986, applicable, renvoyait aux articles 5, 14 et 15 de l'accord national interprofessionnel précité avant d'en déduire l'existence de l'obligation de saisine de ces commissions (Soc., 8 juillet 2014, pourvoi n° 13-14.611, *Bull.* 2014, V, n° 181), ce qui pouvait accréditer l'idée d'une application autonome de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 11 juillet 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation était confrontée à l'accord du 30 avril 2003 relatif à la création d'une commission paritaire de l'emploi et de la formation professionnelle (CPNEFP), applicable à l'ensemble des entreprises comprises dans le champ d'application de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité, qui, bien que se référant de façon générale à l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, n'attribuait pas de missions à cette commission en matière de reclassement externe.

En l'état de ces dispositions, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé qu'aucune obligation de saisine préalable de la commission paritaire de l'emploi destinée à favoriser un reclassement à l'extérieur de l'entreprise, avant tout licenciement pour motif économique de plus de dix salariés, n'était applicable.

Par cette décision de principe, il est clair désormais que l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 précité n'a qu'un caractère programmatique et qu'il appartient donc aux partenaires sociaux de décider ou non de créer ces commissions de l'emploi et de leur confier ou non une mission d'aide aux reclassements externes en cas de licenciements économiques collectifs. S'ils ne l'ont pas fait, l'employeur n'est pas tenu à une quelconque obligation sur le seul fondement de l'accord national interprofessionnel.

Mais, dès lors que ces commissions ont été instituées par voie d'accord collectif ou de convention collective et que les partenaires sociaux leur ont confié expressément cette mission, alors l'employeur a l'obligation de les saisir avant tout licenciement économique collectif, ce qui est le sens qu'il convient de donner à l'arrêt précité du 30 septembre 2013. Le renvoi à tel ou tel article de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 par l'accord collectif ou la convention collective, dans la branche professionnelle considérée, n'est plus un critère pertinent ; seule l'instauration d'une commission territoriale de l'emploi ou d'une commission paritaire nationale de l'emploi avec la mission expresse d'aider au reclassement externe détermine l'existence de l'obligation de saisine pour les employeurs.

N° 78

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Métallurgie. - Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972. - Article 27, alinéa 2. - Licenciement. - Formalités préalables. - Audition du salarié sur sa demande. - Garantie de fond. - Exclusion. - Portée.

L'article 27, alinéa 2, de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972, prévoyant la faculté pour le salarié d'être entendu, sur sa demande, par l'employeur avant que son licenciement ne lui soit confirmé par écrit, n'institue pas une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, qui a institué l'obligation pour l'employeur envisageant de licencier un salarié de le convoquer, avant toute décision, à un entretien préalable.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui retient que l'employeur devait mentionner, dans la lettre de convocation à un entretien préalable à licenciement, la faculté pour le salarié d'être entendu, sur sa demande, en application de l'article 27, alinéa 2, de la convention collective applicable, de sorte que le non-respect de cette garantie de fond privait le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Soc. - 11 juillet 2016.
CASSATION

N° 14-22.651. - CA Reims, 18 juin 2014.

M. Frouin, Pt. - M. Déglise, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJS *2016, n° 625. Voir également le* JCP *2016, éd. S, II, 1363, note Thibault Lahalle.*

N° 79

Vente

Résolution. - Effets. - Restitutions. - Étendue. - Détermination.

En raison de l'effet rétroactif de la résolution de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation.

3e Civ. - 13 juillet 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-26.958. - CA Pau, 23 septembre 2014.

M. Chauvin, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. *2016, somm., p. 1647. Voir également la revue* Ann. loyers*, octobre 2016, p. 90, note Christelle Coutant-Lapalus, et la revue* Contrats, conc. consom. *2016, comm. n° 230, note Laurent Leveneur.*

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner[1] :

❒ Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **155,30 €**[2]

❒ Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande

❒ Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société : .....

Civilité - Nom - Prénom : .....

Complément de nom : .....

Adresse : .....

Complément d'adresse : .....

Code postal : .....

Ville : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Adresse électronique : .....

Numéro d'abonné *(si déjà abonné à une autre édition)* : .....

Numéro de payeur : .....

Date : ..... Signature : .....

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

[1] Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

[2] Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2017, frais de port inclus.

IMPRIM'VERT®

PEFC™ 10-31-2190 / PEFC recyclé

191178550-010217

Imprimerie de la Direction de l'information légale et administrative, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de chambre à la Cour de cassation, directeur du service de documentation, d'études et du rapport : Jean-Paul Jean

Reproduction sans autorisation interdite - Copyright Service de documentation et d'études

Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur le site internet de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ▪ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice

Consultez le site intranet de la Cour de cassation.
Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.

Prix TTC : 9,40 €
ISSN 0750-3865

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Premier ministre
Direction de l'information légale et administrative

Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des ***Journaux officiels***
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr