



RAPPORT DE M. SEYS, CONSEILLER

Arrêt n° 655 du 4 juin 2021 – Chambre criminelle

Pourvoi n° 21-81.656

Décision attaquée : Cour de justice de la République, 4 mars 2021

M. C... Z...

C/

M. C... Z... a formé un pourvoi contre l'arrêt de la Cour de justice de la République, en date du 4 mars 2021, qui, pour complicité d'abus de biens sociaux, l'a condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis et à 100.000 euros d'amende.

Identification des points de droit à juger

premier moyen

La notification au prévenu comparaissant devant la Cour de justice de la République du droit de se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions, lorsqu'elle intervient après les débats sur un supplément d'information - demandé in limine litis par un co-prévenu - et la décision de joindre l'incident au fond prononcée à la suite, est-elle tardive et quelles en sont les conséquences ?

deuxième moyen

Le prévenu comparant devant la Cour de justice de la République peut-il se faire un grief de ne pas avoir été invité à prendre la parole après que le ministère public a renoncé à l'audition de certains témoins par lui cités - défaillants et excusés - avant que les juges passent outre à l'audition de ces mêmes témoins ?

troisième moyen

Quelles sont les conditions de recevabilité et la portée de l'exception de prescription de l'action publique présentée pour la première fois devant la Cour de cassation ?

Quels sont les conditions et critères de la dissimulation autorisant le report dans le temps du point de départ du délai de prescription de l'action publique du délit d'abus de biens sociaux ?

quatrième moyen

La Cour de justice de la République est-elle tenue de répondre à une allégation de dépassement du délai raisonnable tel que défini à l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, présentée au soutien d'une demande d'annulation de procédure formulée oralement au moment du débat au fond ?

cinquième moyen

La Cour de justice de la République, saisie de poursuites du chef de complicité d'abus de biens sociaux reprochée à un prévenu pour avoir été commis alors qu'il était ministre, peut-elle, sans méconnaître sa compétence, qualifier l'infraction principale à l'encontre de deux personnes dont la responsabilité pénale ne pouvait être mise en cause que devant les juridictions de droit commun et dont l'une est décédée avant l'engagement des poursuites contre le prévenu comparaissant devant cette Cour ?

sixième moyen

Quels sont les éléments constitutifs du délit de complicité d'abus de biens sociaux ?

septième moyen

Quelles sont les conditions exigées pour prononcer une peine d'amende contre un prévenu, en son principe et en son montant ?

Avertissement :

* Les éléments ci-dessous reprennent, sur certains aspects, ceux contenus dans le rapport de M. le conseiller Christian Guéry, devant la Cour de cassation (Ass. Plen., 13 mars 2020, pourvois n° 19-86.609, n° 18-80.162, n° 18-80.164 et n° 18-80.165) qui a été saisie notamment d'un pourvoi formé par M. X... contre l'arrêt de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

* Certaines pièces figurant au dossier de fond provenant d'autres procédures et ayant, à ce titre, fait l'objet d'une ou plusieurs cotations précédentes, seule est prise en compte, dans les développements qui suivent, la cotation « CJR ».

* Pour une plus grande facilité de lecture des développements qui suivent, le sigle CJR désigne la formation de jugement de la Cour de justice de la République et le sigle COMINS désigne la commission d'instruction de cette même Cour.

* Les surlignages en gras sont du rapporteur.

Plan du rapport

1. RAPPEL DES FAITS ET DES PROCÉDURES	p.5
A) LES DIVERSES PROCÉDURES INITIALES	p.5
B) ÉLÉMENTS DE COMPRÉHENSION	p.8
2. L'INFORMATION DEVANT LA COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE	p.10
3. LA SAISINE DE LA COUR DE CASSATION	p.13
4. EXPOSE DES MOYENS	p.14
5. DISCUSSION	p.22
PREMIER MOYEN : LA NOTIFICATION DU DROIT DE SE TAIRE	p.22
A) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :	p.22
1- les textes :	p.22
2- la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :	p.23
3- la jurisprudence du Conseil constitutionnel :	p.25
4- la jurisprudence de la chambre criminelle :	p.27
B) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :	p.31
C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :	p.33
> l'ouverture des débats :	p.33
> le supplément d'information :	p.33
> la notion de grief nécessaire :	p.34
> grief nécessaire et droit de se taire :	p.37
> observations complémentaires :	
DEUXIÈME MOYEN : LA DÉCISION DE PASSER OUTRE A L'AUDITION DES TÉMOINS	p.38
A) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :	p.38
1- La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :	p.38
2- La jurisprudence de la chambre criminelle :	p.39
B) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :	p.43
C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :	p.43
TROISIÈME MOYEN : LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE	p.46
A) SUR LA RECEVABILITÉ DU MOYEN :	p.46
1- les principes applicables :	p.46
2- l'autorité de chose jugée :	p.49
3- les conditions du débat devant la CJR :	p.50
4- l'examen des motifs des juges du fond :	p.50
a:) les énonciations pertinentes de l'arrêt attaqué :	p.50
b:) l'analyse de cette motivation	p.53
Selon la première branche,	p.53
Selon la deuxième branche,	p.54
Selon la troisième branche,	p.54
Selon la quatrième branche,	p.55
> éléments de compréhension :	p.55
> éléments d'analyse :	p.56
B) SUR LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE :	p.57

QUATRIÈME MOYEN : LA DURÉE DE LA PROCÉDURE	p.60
A) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :	p.60
B) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :	p.61
1- une requête en annulation de procédure :	p.61
2- au moment de la défense au fond :	p.62
3- un grief soumis aux règles de droit commun :	p.62
4- observations complémentaires :	p.63
C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :	p.64
 CINQUIÈME MOYEN : LA QUALIFICATION DE L'INFRACTION PRINCIPALE	 p.65
A) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :	p.65
1- les motifs concernant M. O... :	p.66
2- les motifs concernant M. P... :	p.66
3- le dispositif de l'arrêt attaqué :	p.67
B) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :	p.67
C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :	p.69
 SIXIÈME MOYEN : L'INFRACTION POURSUIVIE	 p.73
A) LES ABUS DE BIENS SOCIAUX AU PRÉJUDICE DES SOCIÉTÉS SOFRESA ET DCN-I	p.75
La première branche du moyen	p.75
> énonciations de l'arrêt attaqué : SOFRESA	p.75
> éléments d'analyse : SOFRESA :	p.77
> énonciations de l'arrêt attaqué : DCN-I :	p.78
> éléments d'analyse : DCN-I :	p.78
La deuxième branche du moyen	p.79
> énonciations de l'arrêt attaqué :	p.80
> éléments d'analyse :	p.80
La troisième branche du moyen	p.80
> énonciations de l'arrêt attaqué : SOFRESA :	p.81
> éléments d'analyse : SOFRESA :	p.81
> énonciations de l'arrêt attaqué : DCN-I :	p.82
> éléments d'analyse : DCN-I :	p.83
B) LES FAITS DE COMPLICITÉ IMPUTES A M. Z...	p.83
La quatrième branche du moyen	p.83
> énonciations de l'arrêt attaqué :	p.85
> éléments d'analyse :	p.86
La sixième branche du moyen	p.89
> énonciations de l'arrêt attaqué :	p.89
> éléments d'analyse :	p.90
Les cinquième et septième branches du moyen	p.90
> énonciations de l'arrêt attaqué :	p.90
> éléments d'analyse :	p.91
 SEPTIÈME MOYEN : LA PEINE D'AMENDE	 p.91
A) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :	p.91
1- la motivation de la peine d'amende :	p.91
2- la prise en compte du dépassement du délai raisonnable :	p.92
B) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :	p.94
C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :	p.95
La première branche du moyen	p.95
La seconde branche du moyen	p.95

1. RAPPEL DES FAITS ET DES PROCÉDURES

A) LES DIVERSES PROCÉDURES INITIALES

Les faits visés par la présente procédure ont pour origine les conditions dans lesquelles ont été organisées les négociations pour la conclusion de contrats de coopération et d'assistance militaires, entre l'Etat français et deux autres Etats, à savoir, d'une part, l'Arabie Saoudite, (contrats « Mouette » ou « Roh », « Shola » et « SLBS », signés le 31 janvier 1994, puis « Sawari II », signé le 19 novembre 1994, complété par un avenant du 25 mai 1997), d'autre part, le Pakistan (contrat « Agosta » signé le 21 septembre 1994).

En ce qui concerne les contrats avec l'Arabie Saoudite, ils ont été signés par la SOFRESA (Société française d'exportation de systèmes d'armement, ou, selon les appellations, de systèmes « avancés »), placée sous le contrôle de l'État et pour le compte de celui-ci. Cette société, investie d'un rôle de commissionnaire exportateur, s'est chargée de l'animation commerciale, de la négociation du contrat et de ses avenants. En particulier, elle a assuré les relations avec les intermédiaires recrutés pour parvenir à la signature du contrat ainsi que le versement de leurs commissions.

Les intermédiaires missionnés à l'origine pour ces quatre opérations, par le biais de contrats de « consulting », ont été les sociétés Pilny et Chesterfield, auxquelles se sont ajoutées, pour le contrat « Mouette », les sociétés Fricol et Jawara.

De manière générale, la rémunération de ces intermédiaires était assurée par la SOFRESA, au moyen de fonds qui étaient soit prélevés sur les paiements du client -dont une partie était attribuée à cette société -, soit virés par la société anonyme DCN-I (Direction des chantiers navals-International, société dont l'Etat est actionnaire).

S'agissant du contrat pakistanais, la DCN-I a assuré elle-même le paiement des commissions aux intermédiaires, notamment via une structure très comparable à la SOFRESA, qu'il s'agisse de son statut ou de sa mission, à savoir la SOFMA (Société française de matériel d'armement). Le contrat concerné, « Agosta », a été marqué par le recours, initialement, à un groupe d'intermédiaires, au nombre desquels, à titre principal, M. N..., proche des milieux du pouvoir au Pakistan et spécialement de la famille CA....

Les investigations effectuées dans divers cadres procéduraux ont mis en évidence l'intervention, pour tous ces contrats, de plusieurs autres intermédiaires, qui se sont ajoutés aux premiers. Ces personnes et les sociétés qu'ils contrôlaient, constituant ce qui s'est appelé le « **réseau K** », pour « king » (le recours à ce réseau étant présenté comme utile pour approcher le roi d'Arabie saoudite) **étaient notamment MM. D... AB..., F... J... et AD... H....**

L'utilité de l'intervention de ces derniers et des entités qu'ils contrôlaient, comme les conditions dans lesquelles les commissions leur ont été versées puis ensuite en partie « rétrocedées » pour alimenter la campagne électorale de M. A... X... en vue de l'élection présidentielle de 1995, ont finalement été mis en cause.

Les contrats de commission sont résumés dans un tableau joint à l'arrêt de renvoi de la commission d'instruction (D4059/47).

C'est dans le cadre de **l'instruction ouverte initialement le 27 mai 2002** au pôle anti-terroriste de Paris à la suite de **l'attentat de Karachi**, commis le 8 mai 2002, que les faits mis à jour par les investigations, dont le résultat a été corroboré par d'autres réalisées antérieurement ou parallèlement, ont permis de tenir pour vraisemblable l'existence d'infractions de nature financière en lien avec au moins l'un des contrats concernés et avec cet attentat.

Indépendamment de cette information, deux autres procédures au moins sont, indirectement, à l'origine de la saisine de la Cour de justice de la République.

La première est l'enquête initiée par le procureur de la République du tribunal de grande instance de Paris à la suite, notamment, de l'évocation, dans la presse, le 22 mai 2001, des déclarations de M. CB... G..., portant sur le paiement en espèces de prestations de sécurité organisées au cours de la campagne électorale de M. X....

Cette enquête a été clôturée par un classement sans suite ordonné le 12 juillet 2002.

La seconde est l'information ouverte au tribunal judiciaire de Paris le 25 février 2008, faisant suite à une procédure initiée en 2006, portant sur une mission d'enquête privée, dénommée « mission Nautilus », lancée par la Direction des constructions navales internationales (DCN-I) dans les suites de l'attentat de Karachi, sur fond, d'une part de soupçons de malversations dans les négociations des contrats ci-dessus, d'autre part, de remise en cause, par les services fiscaux français, des conditions de versement des commissions afférentes au contrat « Mouette », dont les montants étaient considérés comme excessifs.

À l'issue, six personnes ont été renvoyées, le 13 juin 2012, devant le tribunal correctionnel de Paris, du chef, notamment, de trafic d'influence. La procédure a, finalement, été renvoyée devant la cour d'appel de Paris, après cassation d'un précédent arrêt (Crim., 25 octobre 2017, pourvoi n° 16-83.724, B. n° 236) en ce qui concerne l'un des prévenus.

Deux informations sont, sur le plan procédural, directement à l'origine de la saisine de la COMINS.

La première est une instruction, ouverte le 7 septembre 2010, sur plainte avec constitution de partie civile, en date du 15 juin 2010, des victimes de l'attentat de Karachi, à la suite d'une transmission d'informations par les magistrats chargés du dossier « Nautilus » à leurs collègues chargés d'informer sur l'attentat de Karachi.

Cette plainte, qui porte sur le contrat « Agosta » et vise des faits d'entrave, corruption, abus de biens sociaux, faux témoignage et recel aggravé, a été déclarée recevable par la chambre criminelle (Crim., 4 avril 2012, pourvoi n°11-81.124, B. n°86).

La seconde est une instruction ouverte le 14 décembre 2010, au tribunal de grande instance de Paris, portant sur l'intervention du « réseau K » dans les contrats « Agosta » et « Sawari II ».

Une ordonnance de jonction est intervenue le 14 mai 2012 entre ces deux dernières procédures. La saisine des juges désignés, étendue en tant que de besoin au fil du temps,

a englobé finalement, outre les faits ci-dessus, notamment, les infractions en lien, d'une part, avec les trois autres contrats conclus avec l'Arabie saoudite, dénommés « Mouette », « Shola » et « SLBS » et, d'autre part, avec un possible financement frauduleux de la campagne électorale de M. X... en vue des élections présidentielles de 1995.

Par ordonnance du 6 février 2014 (D3), les magistrats instructeurs saisis de ces procédures jointes se sont déclarés incompétents pour connaître des faits susceptibles d'être imputés à MM. X... et Z..., compte tenu de leurs fonctions respectives au sein de l'exécutif au moment de leur commission.

Par ordonnance en date du 12 juin 2014 (D25), les juges d'instruction, après avoir prononcé un non-lieu partiel, ont renvoyé devant le tribunal correctionnel de Paris les personnes mises en cause dans ce qui a été dénommé « le volet non ministériel » de l'affaire, à savoir :

- M. CD... P..., président directeur général de la direction des chantiers navals-international de 1991 à 2001, pour abus de biens sociaux ;
- M. B... Y..., directeur de cabinet de M. X... (Premier ministre), et directeur de la campagne électorale de ce dernier, pour complicité d'abus de biens sociaux et recel ;
- MM. CE... Q..., CF... AE..., D... AB... et F... J..., pour complicité d'abus de biens sociaux, recel, le premier l'étant également du chef de fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale et organisation frauduleuse d'insolvabilité.

Sur renvoi de la chambre criminelle (Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-81.510), après une précédente cassation (Crim., 10 février 2016, pourvoi n° 15-84.152, B. n° 37) la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon (arrêt du 23 février 2018, D3969) a dit qu'il n'existait pas d'indices graves ou concordants justifiant la mise en examen de M. Y... de certains chefs. Cette décision est définitive.

Par jugement en date du 15 juin 2020, le tribunal correctionnel de Paris a notamment condamné :

- M. P..., du chef d'abus de biens sociaux en sa qualité de président directeur général de la SA DCN-I ;
- M. J..., des chefs de complicité d'abus de biens sociaux au préjudice de la SA DCN-I et de la SA SOFRESA et recel de délit commis eu préjudice des mêmes ;
- M. Y..., des mêmes chefs ;
- M. Q..., des mêmes chefs, ce dernier étant relaxé partiellement pour les faits de recel ;
- M. AB..., des chefs ci-dessus, outre pour faux témoignage, organisation frauduleuse d'insolvabilité, usage de faux, fraude fiscale, blanchiment et escroquerie ;
- M.AE..., des chefs de recel, après relaxe partielle pour des faits pareillement qualifiés.

Le tribunal a par ailleurs prononcé sur les intérêts civils.

Les six prévenus et certaines parties civiles ont relevé appel de cette décision.

B) ÉLÉMENTS DE COMPRÉHENSION

La Direction des constructions navales-international (DCN-I), créée en 1991 sous la forme d'une société anonyme à capitaux d'Etat, devenue DCNS le 1^{er} juin 2003, a été conçue par l'Etat français en vue de la commercialisation à l'étranger de bâtiments de guerre construits par la Direction des constructions navales. L'État est l'unique actionnaire de cette société de droit privé, qui ne dispose d'aucun actif industriel.

Comme indiqué précédemment, le recrutement des intermédiaires pour les contrats saoudiens, donc avant l'intervention du réseau « K », a été confié à la **Société française d'exportation de systèmes d'armement (SOFRESA)**, à laquelle a succédé en 2008 l'Office français d'exportation d'armement (ODAS).

Monsieur le conseiller Guéry décrit le fonctionnement de la SOFRESA (rapport précité pp 6 et 7) comme suit :

Cette société, créée en 1974, regroupait l'Etat et plusieurs industriels de l'armement pour assurer la promotion et la commercialisation de matériel militaire pour la zone géographique du Moyen-Orient. La SOFRESA est une société anonyme qui agit pour le compte de l'État titulaire du contrat. Par la suite, l'État rétrocède, par le biais de conventions, la responsabilité et l'exécution des contrats aux industriels concernés. En principe, les commissions versées par les entreprises d'armement françaises en Arabie Saoudite transitent par la SOFRESA, qui exerce un monopole. Il a pu cependant arriver qu'une partie des commissions soit directement versée par ces entreprises. L'Office français d'exportation d'armement (ODAS) a succédé à la SOFRESA en 2008.

Il appartenait à la SOFRESA, grâce aux fonds prélevés sur les paiements du client, de rémunérer les intermédiaires avec lesquels elle avait conclu des contrats de consulting lors des négociations. Les commissions versées à ce titre constituaient des frais commerciaux exceptionnels (FCE).

Le principe du versement de commissions avait été arrêté, du temps de M. CG..., président de la SOFRESA, au profit des sociétés Pilny et Chesterfield pour les quatre contrats saoudiens conclus en 1994 et visés par l'information ("Mouette", "Shola", "SLBS" et "Sawari II") (...).

S'agissant des quatre contrats avec l'Arabie saoudite, susvisés, il précise :

(...) c'est le 25 octobre 1993 que la SOFRESA, dont le nouveau président, M. CF... O..., venait de prendre ses fonctions, a conclu des accords avec les sociétés du réseau "K", portant sur tous les programmes de défense à venir avec l'Arabie Saoudite, et donc sur les quatre contrats précédemment cités, en sus des contrats Pilny et Chesterfield déjà mentionnés.

De même, concernant le Pakistan, l'intervention du nouveau réseau, fin mai ou début juin 1994, aurait été initiée par M. Q..., alors chargé de mission auprès du ministre de la défense, M. C... Z.... Le réseau "K" devait être également rémunéré aux termes d'un autre contrat conclu le 14 juin 1996, Cougar (ventes d'hélicoptères), mais le gel des commissions après l'arrivée du Président U... à l'Elysée, l'a aussitôt dépourvu de tout effet.

Selon l'arrêt de la commission d'instruction, dans les contrats de commissions au profit de MM. AB..., J... et H... pour l'Arabie Saoudite, les sommes en jeu, sur la base du cours moyen du franc et du dollar en 1995 (soit 1 dollar US pour 5,29 francs) sont donc susceptibles d'être arrêtées aux montants suivants :

- 229 millions de francs pour le contrat "Agosta" (...)
- 210 millions de francs pour le contrat "Mouette",
- 57,9 millions de dollars pour le contrat "Shola/SLBS",
- 1,4 milliard de francs pour le contrat "Sawari II".

Les investigations ont notamment mis en évidence ce qui suit (rapport de M. Guéry, précité, pp 13 et 14) :

(...) tant la [Direction des constructions navales internationales], en ce qui concerne le marché « Agosta », que la SOFRESA [société française d'exportation de systèmes d'armement], qui intervenait notamment pour le compte de la société Thomson dans les quatre autres marchés d'armement, avaient conclu des contrats d'intermédiation avec le réseau dit réseau « K » constitué de MM. H... AB... et J....

Ces contrats ne présentaient aucun intérêt pour la DCN-I et la SOFRESA dans la mesure où les différents marchés étaient acquis.

Les commissions représentant 6,2% du marché étaient déjà versées aux décideurs pakistanais par la société d'export de matériels militaires français en vertu d'un contrat du 21 septembre 1992. Les directions du budget s'étaient opposées à l'exécution du contrat « Sawari II » ainsi qu'à celle des trois autres, en raison des risques mais aussi du pourcentage des « frais commerciaux exceptionnels ». Le Premier ministre avait néanmoins validé ces contrats.

Les frais commerciaux exceptionnels sont, ainsi que le mentionne le rapport de la Cour des comptes (Cote CJR, D 1467). sur DCN-I, « les commissions destinées à des agents externes ayant contribué à la signature des contrats. DCN International les appelle "frais techniques externes" ».

Les sommes en cause ont transité par des circuits financiers opaques et sur des comptes ouverts à Genève, Vaduz ou Madrid.

Le président de la société SOFRESA était à l'époque CF... O..., homme politique, proche de C... Z... et nommé par ce dernier.

Selon MM. P... et C..., respectivement président et vice-président de la société DCN-I, le réseau AB... / J... leur avait été imposé sur instructions de M. Q..., directeur de cabinet du ministre de la Défense, M. Z....

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

2. L'INFORMATION DEVANT LA COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE

Le 24 mars 2014, le procureur général près la Cour de cassation (D1 sqq), faisant suite à l'ordonnance du 6 février 2014 (D3), a saisi pour avis la commission des requêtes de la Cour de justice de la République, en application des dispositions des articles 68-1 et 68-2 de la Constitution, 13 et 14 de la loi organique du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

Le 19 juin 2014, (D28) la commission des requêtes de la Cour de justice de la République a émis un avis favorable à la saisine de la COMINS.

Le 26 juin 2014, (D30) le procureur général près la Cour de cassation a donc requis la COMINS d'informer à l'égard de :

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

- M. C... Z..., en sa qualité de membre du Gouvernement, ministre d'Etat, ministre de la défense, sous les qualifications d'abus de biens sociaux, complicité et recel, délits prévus et réprimés par les articles L. 242-6 3°, L. 242-30 et L. 246-2 du Code de commerce, 121-6 et 121-7, 321-1, 321-3, 321-9, 321-10 du code pénal.

Les investigations menées par la COMINS par la suite ont eu notamment les objectifs suivants :

- vérifier les conditions dans lesquelles le réseau « K » a été mis en place et par qui ;
- examiner l'utilité du recours à ce réseau, qui est venu s'ajouter aux premiers intermédiaires désignés ;
- identifier les soutiens dont il avait pu bénéficier et les actes ayant permis ou facilité son intervention, son fonctionnement et la rémunération de ses membres ;
- retracer l'évolution chronologique des conditions de ces rémunérations ;
- découvrir les circuits réservés aux sommes perçues ;
- identifier les bénéficiaires intermédiaires et finaux ;
- vérifier l'existence de « rétro-commissions » ;
- déterminer si ces sommes avaient pu être utilisées dans le cadre de la campagne électorale de M. X..., selon quels procédés et par qui ;

- examiner, à l'issue, les charges qui pouvaient être retenues contre les deux personnes mises en examen.

M. Z... a été mis en examen le 4 juillet 2017 (D3642).

Il a été interrogé les 4 et 7 septembre 2017 (D3663 et D3664).

Par arrêt en date du 30 septembre 2019, (D4059), **la COMINS** a ordonné le renvoi de MM. X... et Z... devant la CJR.

En ce qui concerne M. Z..., la prévention a été arrêtée comme suit :

Dit qu'il résulte de l'information charges suffisantes contre :

(...)

M. C... Z... pour avoir, alors qu'il était ministre de la Défense :

concouru, au sens de l'article 121-7 du code pénal. à la préparation et à la réalisation des abus de biens ou du crédit commis au préjudice des sociétés DCN-I et SOFRESA, notamment :

> en limogeant, avant l'expiration de son mandat, M. CG..., fondateur et dirigeant de la SOFRESA, unanimement apprécié pour son professionnalisme, notamment par M.CH..., commissaire du gouvernement auprès de cette société ;

> par sa proximité avec les membres du « Réseau K » qu'il a personnellement contribué à introduire et à faire rémunérer alors que l'action dudit réseau a été très majoritairement décrite comme inutile ;

> par la mise en place d'un circuit opaque par lequel ont transité les commissions versées à ce réseau ;

> par le rapprochement qu'il est aisé de faire entre les montants et les dates des sommes en espèces prélevées à Genève et déposées sur le compte de campagne de M. X... ;

> par les instructions données par lui ou par M. Q... à M. P..., pour le marché pakistanais et à M O..., pour les marchés saoudiens, aux fins de signer des avenants anticipant le versement des commissions précitées :

* avenant consenti le 24 janvier 1995 par M. P... pour le contrat « Agosta », selon lequel 85% des commissions devaient être payées la même année, soit 135 MF en février, puis 32,4 MF et 21,5 MF fin juillet et fin décembre, ces deux dernières sommes ayant fait l'objet d'une cession de créance à l'Arab Bank de Madrid, un tel système n'ayant pu fonctionner que grâce aux garanties de l'Etat qu'il a contribué à mettre en place, comme en atteste sa lettre du 13 janvier 1995 à la DCN-I ;

* lettre signée le 10 juin 1994, pour les commissions versées à Rabor, au titre des contrats « Shola et SLBS », par la SOFRESA, représentée par M O...,

accélérant le paiement de ces commissions qui auraient été intégralement acquittées en 1995 si les délais avaient été respectés ;

* avenants signés les 20 et 30 mai 1994 par M. O... prévoyant, pour le contrat « Mouette (ou ROH) », le paiement de l'intégralité des commissions en 1995 alors que le contrat initial prévoyait un échelonnement sur 30 mois ;

* avenant du 17 février 1995, signé par M. O..., prévoyant, pour le contrat « Sawari II », le règlement total des commissions dues à MM. J... et AB... lorsque les règlements du client auraient atteint le seuil de 27%, au lieu du seuil de 66% prévu dans le contrat initial ;

> par ses interventions pour lever le blocage du contrat « Sawari II » dû au refus de la société Thomson de garantir les frais commerciaux non-couverts par la COFACE et plus particulièrement sa lettre et celle de M. Q... du 30 mars 1995, qui ont eu pour effet d'engager, pendant près de 10 mois, le crédit de la SOFRESA, contrainte de garantir deux cautions de bonne fin de la banque du client saoudien pour 768,65 et 68 MF, sans avoir reçu la contre garantie de l'Etat qu'il s'était engagé à obtenir ;

ces faits survenus de 1993 à 1995, en tout cas depuis temps non prescrit, répondant à la qualification de complicité d'abus des biens ou du crédit commis au préjudice des sociétés DCN-I et SOFRESA, infraction prévue et réprimée par les articles 121-6, 121-7 du code pénal et L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable.

On rappellera que M. X... a été renvoyé devant la CJR pour avoir, alors qu'il était Premier Ministre :

- d'une part, concouru au sens de l'article 121-7 du code pénal, à la préparation et à la réalisation des abus de biens ou du crédit des sociétés DCN-I et SOFRESA. en donnant, alors qu'il avait autorisé l'exportation de matériels de guerre vers le Pakistan et l'Arabie Saoudite, des instructions comme celles, notamment du 1er décembre 1994, tendant à ce que le ministre du Budget, qui s'est exécuté le 19 décembre suivant, consente à ce que l'État donne sa garantie à hauteur de 485 MF dans le contrat "Mouette (ou ROH)", déficitaire du fait des balourds versés, ou celles ayant conduit à l'arbitrage du 22 octobre 1994 qui a validé, sans que les directeurs du Trésor et du Budget n'aient été consultés, le sous-financement du contrat "Sawari II", le découvert garanti ayant été porté à 1,812 milliards de francs pour trois frégates ;

- d'autre part, bénéficié, au sens de l'article 321-1 du même code, des produits de ces délits, en particulier pour financer sa campagne électorale de 1995, d'espèces à hauteur de 10 250 000 francs ;

ces faits survenus de 1993 à 1995, en tout cas depuis temps non prescrit, répondant aux qualifications de complicité et recel d'abus des biens ou du crédit des sociétés susvisées, infractions prévues et réprimées par les articles 121-6, 121-7, 321-1 à 321-4, 321-9, 321-10, alinéa 1 du code pénal et L. 242-6, alinéa 1. 3° du code de commerce dans sa version alors applicable.

M. X... a formé un pourvoi contre cet arrêt, enregistré sous les références **G 19-86.609**.

Pour une bonne compréhension de la procédure, on doit mentionner **trois décisions, rendues le 21 décembre 2017** par la commission d'instruction contre lesquelles M. X... a également formé des pourvois, tous trois joints à celui formé visant l'arrêt de renvoi du 30 septembre 2019 :

- **l'arrêt n° 1 (D3771)** à l'origine du **pourvoi n° E 18-80.162**, par lequel la COMINS a fait partiellement droit à une requête en annulation de pièces de la procédure présentée par M. X... ;

- **l'arrêt n° 2 (D3775)** à l'origine du **pourvoi n° H 18-80.164**, rejetant notamment la requête de M. X... en annulation de mise en examen ;

- **l'arrêt n° 3 (D3789)** à l'origine du **pourvoi n° G 18-80.165**, rejetant la requête dont M. X... avait saisi la COMINS aux fins de constatation de la prescription de l'action publique.

Les trois pourvois ci-dessus et celui dirigé contre l'arrêt de renvoi de la COMINS, susvisé, ont été rejetés par la Cour de cassation par arrêt du 13 mars 2020 (Ass. Plen., 13 mars 2020, pourvois n° 19-86.609, n° 18-80.162, n° 18-80.164 et n° 18-80.165).

3. LA SAISINE DE LA COUR DE CASSATION

Par arrêt en date du 4 mars 2021, la CJR a :

- dit n'y avoir lieu au supplément d'information demandé par M. X... ;
- rejeté les conclusions de ce dernier aux fins de constatation de la prescription de l'action publique ;
- relaxé M. X... ;
- déclaré M. Z... coupable ;
- condamné ce dernier à deux ans d'emprisonnement avec sursis et à 100.000 euros d'amende.

C'est l'arrêt attaqué.

Par déclaration au greffe de la juridiction en date du 8 mars 2021, un avocat au barreau de Paris a formé un pourvoi en cassation pour M. Z....

Un mémoire a été déposé le 2 avril 2021 par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol.

Pourvoi et mémoire paraissent recevables en la forme.

4. EXPOSE DES MOYENS

Le mémoire propose sept moyens de cassation, dont certains en plusieurs branches.

Le premier moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir informé M. Z... de son droit de se taire postérieurement au débat sur les demandes de supplément d'information et la jonction de l'incident au fond, alors :

qu'en application de l'article 406 du code de procédure pénale le président, après avoir constaté son identité et donné connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal, informe le prévenu de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ; que la méconnaissance de l'obligation d'informer le prévenu du droit de se taire lui fait nécessairement grief ; que la protection des droits de la défense recherchée par ce texte n'est assurée que si le prévenu est informé de ce droit à l'ouverture de l'audience avant tout débat, y compris sur les demandes de supplément d'information soulevées *in limine litis* ; qu'il résulte en l'espèce des mentions de l'arrêt attaqué que M. Z..., qui a comparu à l'audience de la Cour de justice du 19 janvier 2021, n'a été informé du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire qu'après que les avocats de M. X... ont soutenu une demande de supplément d'information *in limine litis*, que le ministère public a présenté ses réquisitions sur cette demande et que la Cour a joint l'incident au fond après s'être retirée pour en délibérer ; qu'en statuant ainsi, alors que les débats avaient débuté dès l'examen de cette demande, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé.

Le deuxième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir décidé de passer outre à l'audition des témoins absents sans avoir même sollicité les observations de M. Z... sur ce point et sans en justifier, alors :

que tout accusé a droit à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; que la procédure dans son ensemble doit respecter les droits de la défense, le principe du contradictoire et le principe de l'égalité des armes ; qu'en décidant de passer outre l'audition des quatre témoins absents après avoir recueilli les observations du ministère public et du conseil de M. X..., sans avoir même sollicité les observations de M. Z... sur ce point, et sans avoir justifié sa décision au regard des circonstances de l'espèce, la Cour de justice a méconnu le droit à un procès équitable tel que garanti par les articles 6, § 1 et 6, § 3, d, de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 591 et 593 du code de procédure pénale, ensemble le principe de l'égalité des armes et le principe du contradictoire.

Le troisième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que les faits de complicité d'abus de biens sociaux prétendument commis de 1993 à 1995 n'étaient pas prescrits, alors :

1/ que la prescription de l'action publique du délit d'abus de biens sociaux court à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses ont été mises à la charge de la société ; que ce n'est qu'en cas de dissimulation que le point de départ de ce délai peut être reporté au jour où les faits sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ; qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que le versement des commissions rattachées aux contrats litigieux par les sociétés SOFRESA et DCN-I avait bien été inscrit dans la comptabilité sociale de 1995 et 1996 sous l'appellation de « frais techniques » et « avances sur commission » ; qu'en reportant néanmoins le point de départ de l'action publique, quand l'inscription du montant des commissions litigieuses dans les comptes sociaux des exercices concernés était nécessairement exclusive de toute dissimulation, peu important les modalités de leur versement, la Cour de justice n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui s'imposaient, en violation des articles, 8 du code de procédure pénale dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, 9-1, 593 du code de procédure pénale, et L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable ;

2/ qu'en cas de dissimulation, le point de départ du délai de prescription de l'action publique doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ; que pour écarter toute prescription nonobstant les très nombreux articles de presse parus dès juillet 1996 se faisant l'écho d'irrégularités concernant les contrats d'armement signés d'une part, avec le Pakistan et, d'autre part, avec l'Arabie Saoudite, et évoquant explicitement la mise en place d'un éventuel système de rétro-commissions en faveur de M. X..., la Cour de justice affirme que le « point de départ de la prescription ne saurait dépendre de la publication d'articles de presse peu circonstanciés, souvent rédigés au conditionnel et se limitant à émettre un soupçon ou envisager une hypothèse » ; qu'en se déterminant ainsi quand M. X... avait produit pas moins de douze articles de presse particulièrement détaillés sur le financement supposé de sa campagne par des rétrocommissions issues de contrats d'armement, publiés de 1998 à 2001, et invoqué, dans ses conclusions, les deux émissions « Le Vrai journal », diffusées sur Canal + les 6 et 20 septembre 1998 reprenant ces mêmes éléments, faisant clairement apparaître le délit dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, la Cour de justice n'a pas légalement justifié sa décision, en violation des articles, 8 du code de procédure pénale dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, 9-1, 593 du code de procédure pénale, et L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable ;

3/ qu'en cas de dissimulation, le point de départ du délai de prescription de l'action publique doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ; que pour écarter toute prescription nonobstant la connaissance avérée des faits visés à la présente prévention par les magistrats instructeurs et le ministère public dans l'affaire dite du Fondo dès 1998 et 1999, la Cour de justice se borne à l'affirmation péremptoire que « l'affaire du Fondo invoquée par M. X... est totalement étrangère aux faits de l'espèce » ; qu'il résulte pourtant de l'arrêt de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République (CJR D 4059 p. 224), que l'information judiciaire ouverte en 1997 dans le dossier du Fondo, portant sur un contrat de prêt de 5 millions de francs adossé à un dépôt d'espèces du même montant ayant bénéficié au Parti républicain en juin 1996, avait posé la question de l'origine des fonds et des liens possibles entre ces espèces et les contrats d'armement objet de la présente prévention, comme le

relève expressément l'arrêt précité du 30 septembre 2019 en affirmant que « cette piste était déjà apparue dans le dossier du Fondo » ; qu'il résulte par ailleurs des pièces extraites de la procédure du Fondo et jointes à la présente procédure, que M. CG... BA..., journaliste avait été interrogé par les magistrats instructeur le 28 octobre 1998 à la suite de la diffusion de ses reportages des 6 et 20 septembre 1998 sur Canal + dans l'émission « Le Vrai journal », sur l'origine possible des 5 millions d'espèces, au regard des deux témoignages reçus « de la part d'intermédiaires ayant eu un rôle à jouer, s'agissant de la rétrocession de commissions qui auraient été versées à l'occasion du marché d'armement conclu entre la France et l'Arabie Saoudite, sous le nom de Sawari II » (CJR D506/3) ; qu'il résulte enfin des pièces produites par M. X... à l'appui de ses conclusions, que dans ce dossier du Fondo, après avoir eu connaissance des faits rapportés par le journaliste de Canal +, le procureur de la République avait demandé aux magistrats instructeurs, dans un réquisitoire supplétif du 6 août 1999, de « continuer à informer sur des faits dont ils sont déjà saisis (...) et notamment aux fins de rechercher l'origine des 5 millions d'espèces déposées auprès du FSCE à l'American Express Bank au Luxembourg (demande de levée du secret défense) », demande qui avait été rejetée par les magistrats instructeurs comme par la chambre de l'instruction suite à l'appel du Parquet ; qu'en l'état de ces éléments objectifs et concordants de nature à établir que dès 1998, et au plus tard le 6 août 1999 dans l'information judiciaire dite du Fondo, le ministère public avait bien eu connaissance de l'existence possible de rétrocommissions liées aux contrats d'armement objet de la prévention, la Cour de justice ne pouvait, sans dénaturer les pièces de la procédure et les pièces produites aux débats, affirmer que l'affaire du Fondo était totalement étrangère aux faits de l'espèce ; qu'en prononçant ainsi, la Cour de justice a méconnu les articles, 8 dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce, 9-1 et 593 du code de procédure pénale, ensemble les articles L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable et l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant à tout accusé le droit à un procès équitable ;

4/ qu'en refusant ainsi de prendre en considération des pièces déterminantes issues du dossier du Fondo, fondamentales à l'exercice des droits de la défense, en ce qu'elles étaient de nature à établir de manière incontestable la prescription des faits visés à la présente prévention, et produites aux débats pour la première fois devant la Cour dans la mesure où elles avaient été délibérément dissimulées pendant toute la procédure d'instruction à l'ensemble des personnes mises en cause, qui se sont vu refuser, à plusieurs reprises, la communication de l'entier dossier du Fondo, pour n'avoir un accès contradictoire qu'à certaines pièces de ce dossier, soigneusement triées par le magistrat instructeur dans le but manifeste d'éviter que ne soit découverte l'acquisition de la prescription par la défense, la Cour de justice a méconnu le droit de M. Z... à un procès équitable, qui implique le respect du principe de l'égalité des armes et du droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure, ensemble le respect des droits de la défense, et a privé sa décision de toute base légale au regard des articles, préliminaire, 427 et 593 du code de procédure pénale, 6, § 1 et 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le quatrième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré M. Z... coupable de complicité d'abus de biens sociaux sans avoir statué sur les violations de son droit à un procès équitable et des droits de la défense, dues au délai déraisonnable écoulé entre les faits, le début des procédures, et son jugement par la Cour de justice de la République, alors :

que le droit à un procès équitable implique que toute personne contre laquelle une accusation pénale est portée ait droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable afin que les droits des parties soient préservés ; qu'il résulte en l'espèce des propres mentions de l'arrêt attaqué que M. Z... avait invoqué une violation de son droit à un « procès équitable due au délai déraisonnable écoulé entre les faits, le début des procédures et la présente audience » ; qu'en dépit de l'atteinte manifeste en résultant pour les droits de la défense, s'agissant d'un jugement portant sur des faits prétendument commis plus de 28 ans auparavant, en l'état de l'inévitable dépérissement des preuves dû notamment au décès non seulement du principal négociateur des contrats, mais encore de nombre des intervenants aux contrats litigieux, l'arrêt attaqué se borne à déclarer M. Z... coupable des faits qui lui sont reprochés sans qu'aucun motif ne vienne s'expliquer sur la durée manifestement déraisonnable de la procédure ; qu'en prononçant ainsi, la Cour de justice a méconnu les articles 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire et 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article L. 111-3 du code de l'organisation judiciaire.

Le cinquième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré M. Z... coupable de complicité d'abus de biens sociaux, après avoir statué sur la culpabilité de MM. O... et P... du chef d'abus de biens sociaux, en leurs qualités respectives de président directeur général des sociétés SOFRESA et DCN-I, alors :

1/ qu'aux termes de l'article 68-1 de la Constitution, la Cour de justice est compétente pour juger les membres du gouvernement pour les actes qualifiés de crimes ou les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'en déclarant MM. O... et P... coupables du délit d'abus de biens sociaux dont la complicité était reprochée à M. Z..., quand ces derniers, en leurs qualités respectives de dirigeants des sociétés SOFRESA et DCN-I, relevaient de la compétence des juridictions de droit commun, la Cour de justice de la République a statué au-delà de sa compétence en violation de l'article précité ;

2/ que pour déclarer M. Z... coupable de complicité des abus de biens sociaux prétendument commis par M. O... en sa qualité de président de la SOFRESA, l'arrêt attaqué déclare que ce dernier est « l'auteur » du délit d'abus de biens sociaux commis au préjudice de la SOFRESA en raison d'un usage des biens de la société contraire à l'intérêt social, commis dans son intérêt personnel ; qu'il est pourtant constant que l'action publique était éteinte à l'égard de M. O..., en raison de son décès survenu le 16 octobre 2011, sans qu'il n'ait jamais pu être entendu au cours de l'information judiciaire et sans que sa culpabilité n'ait jamais été établie par un tribunal de son vivant ; qu'en prononçant ainsi sur le fondement d'une déclaration de culpabilité post-mortem à l'origine de la mise en cause de M. Z... en qualité de complice, la Cour de justice a non seulement méconnu le droit à un procès équitable, lequel implique le respect de l'égalité des armes et d'un juste équilibre entre les parties, et suppose que le prévenu soit en mesure de défendre sa cause dans des conditions conformes au principe d'équité, mais encore le droit à la présomption d'innocence, en violation des articles 6, § 1 et 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le sixième moyen de cassation reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré M. C... Z... coupable de complicité des délits d'abus de biens sociaux prétendument commis au préjudice des sociétés SOFRESA et DCN-I, alors :

1/ qu'aucun abus de bien social ne peut être caractérisé en l'absence d'un acte d'usage des biens de la société contraire à l'intérêt social et commis dans l'intérêt personnel de son dirigeant ; qu'il résulte en l'espèce des propres constatations de l'arrêt attaqué que le contrat Agosta, comme les contrats saoudiens, dont les négociations avaient été engagées depuis de nombreuses années sans parvenir à aboutir, ont été « signés » postérieurement à l'intervention des intermédiaires du réseau K, pour des montants de plusieurs milliards de francs, et qu'ils ont été « bénéficiaires », nonobstant les avantages concédés au réseau K au travers des modalités de versement des commissions contractuellement fixées puis unilatéralement modifiées ; qu'aucun élément de l'arrêt attaqué ne démontre par ailleurs en quoi les dirigeants des sociétés SOFRESA et DCN-I auraient usé des biens de leur société à des fins personnelles par la signature de ces contrats ; qu'en retenant néanmoins la constitution des délits d'abus de biens sociaux au préjudice des sociétés SOFRESA et DCN-I, sans établir en quoi la signature de contrats d'armements s'étant avérés bénéficiaires, était contraire à l'intérêt social des sociétés en cause et révélatrice de la poursuite d'un intérêt personnel de leurs dirigeants, ni démontrer en quoi les montants des commissions versées aux intermédiaires étaient anormaux et susceptibles d'appauvrir les sociétés SOFRESA et DCN-I alors même que ces commissions étaient payées par les pays acheteurs, le prix du contrat étant augmenté d'autant, la Cour de justice n'a pas caractérisé l'existence d'un fait principal punissable d'abus de biens sociaux, indispensable à la condamnation de M. Z... en qualité de complice, en violation des articles, 121-6 et 121-7 du code pénal, L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable, et 593 du code de procédure pénale ;

2/ que toute contradiction de motifs équivaut à leur absence ; qu'il résulte en l'espèce des propres énonciations de l'arrêt attaqué qu'un éventuel abus de bien social ne peut « résulter que de l'établissement de l'anormalité des modalités de versement desdites commission et de leur inutilité au regard des perspectives de signatures des marchés » (p. 53 n°248) ; que la constitution du délit d'abus de biens sociaux au préjudice de la SOFRESA, est pourtant expressément retenue par l'arrêt attaqué « indépendamment de la question de l'utilité du réseau K » (p. 57, n°271) ; qu'en se déterminant ainsi par ces motifs contradictoires faisant dans le même temps de la preuve de l'inutilité du réseau un élément déterminant et un élément inopérant de la constitution du délit d'abus de biens sociaux, la Cour de justice n'a pas légalement justifié sa décision, en violation des articles, 121-6 et 121-7 du code pénal, L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable, et 593 du code de procédure pénale ;

3/ que la charge de la preuve appartient à la partie poursuivante et que le doute profite à l'accusé ; qu'il appartenait bien en l'espèce à la partie poursuivante, de démontrer l'inutilité de l'intervention du réseau K dans la signature des contrats, pour caractériser l'existence d'un abus de bien social ; que faute de pouvoir établir une telle preuve, quand l'ensemble des contrats litigieux ont précisément été signés après l'intervention du réseau K, la Cour de justice fonde la constitution du délit d'abus de biens sociaux sur les affirmations que « MM. AB... et J..., ont été incapables de préciser quelle pourrait être la contrepartie pour la société SOFRESA de tels avantages » (p. 56, n°267) et que « les investigations réalisées n'ont pas démontré que l'accélération intervenue en janvier 1995, quelques jours avant la date du versement du premier acompte, alors que le contrat Agosta était signé depuis quatre mois, pouvait trouver sa justification dans un événement ayant interféré sur l'issue des

négociations qui étaient déjà achevées ou sur le suivi de l'exécution du marché » (p. 58, n°277) ; qu'en justifiant ainsi la condamnation de M. Z... du chef de complicité d'abus de biens sociaux sur l'absence de preuve certaine apportée par les intermédiaires du réseau K de leur utilité dans la signature et l'exécution des contrats, là où il appartenait au contraire à la partie poursuivante de démontrer leur inutilité, la Cour de justice a inversé la charge de la preuve et méconnu le principe de la présomption d'innocence qui commande que le doute profite à l'accusé, en violation des articles, préliminaire, 427 et 593 du code de procédure pénale, et 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme ;

4/ que pour déclarer M. Z... coupable du chef de complicité d'abus de biens sociaux, l'arrêt retient à son encontre, à titre d'actes positifs, le fait « d'avoir procédé au remplacement de M. CG... à la présidence de la SOFRESA en désignant pour lui succéder CF... O... » (n°290), d'avoir « dès son arrivée au ministère de la Défense » « multiplié les contacts avec les autorités saoudiennes par le biais des réseaux mis en place par M. CG..., et plus particulièrement son homologue saoudien le prince Sultan, au sujet des contrats Mouette/Shola/Slbs et Sawari II en cours de négociation » (n°292), d'avoir « pris part » « aux différentes étapes de la négociation des contrats d'armement » (n°293), d'être « intervenu au sujet du contrat Agosta après un arbitrage du Premier ministre de juillet 1993 autorisant la prise en garantie de la totalité du projet à hauteur de 50% pour que soit accordée la garantie de l'Etat » (n°294), d'être « également intervenu à plusieurs reprises pour favoriser la conclusion des contrats saoudiens » (n°295), et enfin d'avoir donné son « accord » à l'intervention du réseau K (n°296) ; que l'ensemble de ces constatations mettant en évidence le rôle central et moteur de M. Z... dans la négociation et la signature de contrats d'armement avec l'Arabie Saoudite et le Pakistan dans l'intérêt de la France, en sa qualité de ministre de la Défense, ne caractérisent en rien un quelconque acte de complicité à l'égard des modifications unilatérales des modalités de versement des commissions, reconnues seules constitutives des délits d'abus de biens sociaux prétendument commis par MM. O... et P... au préjudice de la SOFRESA et de la DCN-I ; qu'en se déterminant ainsi, la Cour de justice n'a pas légalement justifié sa décision, en violation des articles, 121-6 et 121-7 du code pénal, L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable et 593 du code de procédure pénale ;

5/ que pour déclarer M. Z... coupable du chef de complicité d'abus de biens sociaux, l'arrêt affirme encore qu'il « est par ailleurs établi qu'il a été informé des différentes étapes de la négociation des contrats d'armement à laquelle il a pris part et de l'octroi par les sociétés SOFRESA et DCN-I d'avantages au réseau J.../AB... qu'il avait contribué à mettre en relation personnellement dans un premier temps avec la société SOFRESA » (n°293) ; que le simple fait d'avoir été informé de l'octroi d'avantages au réseau K, à le supposer avéré, ne saurait constituer un acte positif de complicité nécessairement exclusif de toute inaction ou abstention ; qu'il est par ailleurs contredit par les propres énonciations de l'arrêt attaqué selon lesquelles M. Z... a toujours « nié avoir été informé de la teneur des accords passés avec les intermédiaires, lesquels n'entraient pas dans ses préoccupations » (n°289), sans pour autant être étayé sur le moindre élément de preuve ; qu'en se déterminant ainsi, la Cour de justice n'a pas davantage justifié sa décision, en violation des articles, 121-6 et 121-7 du code pénal, L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable et 593 du code de procédure pénale ;

6/ qu'il appartenait aux juges d'apprécier les faits de complicité reprochés à M. Z... à la date à laquelle ils ont été commis ; que la simple constatation de l'accord de M. Z... à l'intervention du réseau K en vue d'obtenir la signature de contrats d'armement bénéfiques pour la France, ne saurait, sauf à méconnaître le principe de légalité précité, être interprété a posteriori comme un acte de complicité d'abus de biens sociaux résultant des avantages dont ont bénéficié les membres de ce réseau au travers des modifications des modalités de versement des commissions contractuellement fixées ; qu'en déduisant la constitution des faits reprochés de circonstances postérieures à l'accord de M. Z... à l'intervention du réseau K, sans nullement rechercher à analyser les faits à la lumière de la situation économique, juridique et politique de la France à l'époque des contrats incriminés, la Cour de justice n'a pas légalement justifié sa décision, en violation des articles, 112-1, et 121-7 du code pénal, L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable, 593 du code de procédure pénale et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

7/ que la complicité suppose que soit caractérisée une participation volontaire et consciente à l'infraction commise par l'auteur principal au moment où l'aide a été apportée ou les instructions données ; qu'après avoir elle-même relevé que M. Z... avait toujours nié avoir été informé de la teneur des accords passés avec les intermédiaires, la Cour de justice ne pouvait se contenter d'affirmer qu'il est établi que M. Z... a « joué un rôle central et moteur dans la préparation et la réalisation des abus de biens sociaux commis au préjudice des sociétés DNC-I et SOFRESA, dont il avait une parfaite connaissance », sans même expliquer les éléments de preuve sur lesquels elle s'était fondée pour procéder à cette affirmation péremptoire toujours fermement contestée par le prévenu ; qu'en prononçant ainsi, la Cour de justice n'a pas légalement caractérisé l'élément intentionnel du délit de complicité d'abus de biens sociaux, en violation des articles, 121-3, 121-6 et 121-7 du code pénal, L. 242-6 alinéa 1, 3° du code de commerce dans sa version alors applicable, 593 du code de procédure pénale, et 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le septième moyen de cassation reproche à l'arrêt attaqué d'avoir condamné M. Z... au paiement d'une amende de 100 000 euros, alors :

1/ qu'en matière correctionnelle, le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges ; que pour infliger à M. Z... le paiement d'une amende d'un montant de 100 000 euros, l'arrêt attaqué se borne à affirmer que les seuls éléments produits par l'intéressé étaient « vagues et non étayés par la production d'une quelconque pièce », sans pour autant à aucun moment remettre en cause la véracité des indications de M. Z..., selon lesquelles il ne disposait d'aucun patrimoine personnel à l'exception d'une voiture payée à crédit, était titulaire de deux comptes bancaires à découvert et bénéficiait de deux retraites, l'une de l'Assemblée nationale, l'autre de l'Inspection des finances ; qu'en prononçant ainsi, sans indiquer en quoi les éléments fournis par M. Z... étaient insuffisants, ni s'expliquer sur la situation personnelle de ce dernier et sur le montant de ses ressources comme de ses charges qu'elle devait prendre en considération pour fonder sa décision, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision en violation des articles 132-1, et 132-20, alinéa 2, du code pénal, ensemble les articles 485-1 et 593 du code de procédure pénale ;

2/ que la jurisprudence européenne admet que le caractère déraisonnable de la durée d'une procédure en violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme puisse avoir une influence sur la peine ; qu'en se bornant à fixer à 100 000 euros le montant de la peine d'amende prononcée à l'encontre de M. Z..., sans même prendre en considération les circonstances particulières de l'infraction et la situation personnelle de ce dernier, amené à répondre de faits prétendument commis plus de 28 ans auparavant, en violation de son droit à être jugé dans un délai raisonnable et au prix d'une impossibilité d'exercer efficacement ses droits de la défense, la cour d'appel a méconnu les articles 132-1, et 132-20, alinéa 2, du code pénal, 485-1 et 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme.

5. DISCUSSION

À titre liminaire, on rappellera que selon l'article 26 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, les règles fixées par le code de procédure pénale concernant les débats et les jugements en matière correctionnelle sont applicables devant la Cour de justice de la République, sauf dérogation expresse prévue par le chapitre II de cette même loi ; ce chapitre n'aménage aucune exception intéressant les divers aspects du présent pourvoi.

PREMIER MOYEN : LA NOTIFICATION DU DROIT DE SE TAIRE

Le premier moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir informé M. Z... de son droit de se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions, postérieurement au débat sur la demande de supplément d'information et la jonction de l'incident au fond, en violation de l'article 406 du code de procédure pénale, qui impose la notification de ce droit à l'ouverture des débats, omission qui lui fait nécessairement grief.

A) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :

1- les textes :

L'article 406 du code de procédure pénale dispose :

Le président ou l'un des assesseurs, par lui désigné, après avoir, s'il y a lieu, informé le prévenu de son droit d'être assisté par un interprète, constate son identité et donne connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal. Il informe le prévenu de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire. Il constate aussi s'il y

a lieu la présence ou l'absence de la personne civilement responsable, de la partie civile, des témoins, des experts et des interprètes.

Ce texte est issu de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Il était auparavant rédigé comme suit :

Le président ou l'un des assesseurs, par lui désigné, constate l'identité du prévenu et donne connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal. Il constate aussi s'il y a lieu la présence ou l'absence de la personne civilement responsable, de la partie civile, des témoins, des experts et des interprètes.

On relèvera que ce texte décline au cas du prévenu comparaisant devant le tribunal correctionnel un droit dont bénéficient également la personne gardée à vue ou entendue sous le régime de l'audition libre (articles 61-1 et 63-1 du même code), le témoin assisté ou la personne mise en examen devant le juge d'instruction (articles 113-4 et 116), la personne présentée au procureur de la République dans le cadre de la procédure de comparution immédiate (art. 393) ou l'accusé comparaisant devant la cour d'assises (article 328).

La Cour européenne des droits de l'homme a consacré ce droit, à la fois sur le fondement de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme comme une conséquence nécessaire du principe de la présomption d'innocence, stipulé au paragraphe deux de ce même texte.

En droit conventionnel, le droit au silence ou à ne pas s'auto-incriminer est également tiré de l'article 14, 3, g, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 7, § 1er de la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, qui prévoit :

Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies aient le droit de garder le silence en ce qui concerne l'infraction pénale qu'ils sont soupçonnés d'avoir commise ou au titre de laquelle ils sont poursuivis.

Les considérants 24 à 26 de cette directive précisent ce qui suit :

(24) Le droit de garder le silence constitue un aspect important de la présomption d'innocence et devrait servir de rempart contre l'auto-incrimination.

(25) Le droit de ne pas s'incriminer soi-même constitue également un aspect important de la présomption d'innocence. Les suspects et les personnes poursuivies ne devraient pas être forcés, lorsqu'il leur est demandé de faire des déclarations ou de répondre à des questions, de produire des preuves ou des documents ou de fournir des informations pouvant conduire à leur propre incrimination.

(26) Le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'incriminer soi-même devraient s'appliquer à propos de questions concernant l'infraction pénale qu'une personne est soupçonnée d'avoir commise ou au titre de laquelle elle est poursuivie et non, par exemple, à propos de questions relatives à l'identification du suspect ou de la personne poursuivie.

2- la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

Dans son rapport au pourvoi n° 20-85.841 QPC (Crim., 12 janvier 2021) Madame la conseillère Pascale Labrousse reprend en détail la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans les termes suivants :

La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé ce principe de façon prétorienne dans [l'arrêt Funke c. France du 25 février 1993](#) :

Dans cette décision, la Cour de Strasbourg juge que tout accusé « *au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme* » *c'est-à-dire indépendamment de la dénomination que le droit national lui attribue et de la norme qui le place dans cette position avait le droit "de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination" (§ 44)* ».

Dans [l'arrêt Murray c. Royaume-Uni du 8 février 1996](#), la Cour a précisé :

« qu'il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 ».

Dans [l'arrêt Saunders c. Royaume-Uni du 17 décembre 1996](#), la Cour a précisé le contenu du droit de se taire en ces termes :

« compte tenu de la notion d'équité consacrée par l'article 6, le droit pour l'accusé de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques le mettant directement en cause. Un témoignage obtenu sous la contrainte, qui semble de prime abord dépourvu de caractère incriminatoire – telles des remarques disculpant leur auteur ou de simples informations sur des questions de fait – peut par la suite être utilisé dans une procédure pénale à l'appui de la thèse de l'accusation, par exemple pour contredire ou jeter le doute sur d'autres déclarations de l'accusé ou ses dépositions au cours du procès, ou encore saper sa crédibilité. Dans le cas où celle-ci est soumise à l'appréciation d'un jury, le recours à semblables témoignages peut particulièrement nuire à leur auteur ».

avant de préciser que :

« en particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence, consacré à l'article 6 § 2 de la Convention ».

Elle en a déduit l'irrégularité des déclarations faites par un accusé lorsque celui-ci s'est trouvé dans l'obligation de déposer sous peine de sanction pénale.

Dans [l'arrêt JB c. Suisse du 3 mai 2001](#), la Cour a affirmé à nouveau que :

« le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé ». En mettant celui-ci à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6 ».

Dans [l'arrêt Jalloh c. Allemagne du 11 juillet 2006](#), la Cour, faisant le lien entre le droit de se taire et celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination, a dégagé les principes suivants :

« Pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner en particulier les éléments suivants : la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus. Toutefois, selon la jurisprudence constante de la Cour, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les ordres juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect (...) ».

Il résulte de cette décision que la Cour examine, pour se déterminer, quatre critères :

- la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve ;
- le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur ;
- l'existence de garanties appropriées dans la procédure ;
- l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus.

3- la jurisprudence du Conseil constitutionnel :

Le Conseil constitutionnel, qui déduit de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 « le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire », a rendu plusieurs décisions, qui font référence, mais qu'il n'est pas utile ici de reprendre dans leur intégralité (voir, par exemple, [Cons. const., 26 septembre 2014, décision n° 2014-416 QPC](#)).

Dans sa décision du 30 juillet 2010 ([Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC](#)), le Conseil constitutionnel relevait déjà que le régime de la garde à vue alors en vigueur ne respectait

pas le droit au silence, sans que cet aspect constitue alors l'essentiel de la déclaration d'inconstitutionnalité :

28. Considérant, d'autre part, que les dispositions combinées des articles 62 et 63 du même code autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue ; que son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence.

Après avoir étendu le bénéfice du droit au silence à tous les cas de garde à vue et à la retenue douanière ([Cons. const., décisions du 22 septembre 2010, n° 2010-31 QPC](#) et [n° 2010-32 QPC](#)) le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la possibilité de différer l'intervention de l'avocat en application de l'article 706-88 du code de procédure pénale dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, a justement retenu que ce texte n'était pas contraire aux principes constitutionnels en raison notamment du fait que la personne retenue bénéficiait du droit de se taire :

13. Considérant, en quatrième lieu, qu'en application des dispositions de l'article 63-1 du code de procédure pénale, même lorsqu'il est fait application des dispositions contestées, la personne placée en garde à vue est notamment informée, dès le début de la garde à vue, « de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ainsi que des motifs mentionnés aux 1 ° à 6 ° de l'article 62-2 justifiant son placement en garde à vue », « du droit de consulter, dans les meilleurs délais et au plus tard avant l'éventuelle prolongation de la garde à vue, les documents mentionnés à l'article 63-4-1 », ainsi que du droit « de se taire ».

Des nombreuses décisions rendues par le Conseil constitutionnel par la suite, on retiendra, d'une part, que le droit de se taire découle du « principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser » ([Cons. const., 4 novembre 2016, décisions n° 2016-594 QPC](#) et [30 mars 2018, décision n° 2018-696 QPC](#)), d'autre part, que l'obligation de notification du droit de se taire à la personne concernée est étroitement dépendante du caractère contraignant, ou non, des circonstances dans lesquelles ses déclarations sont recueillies ([Cons. const., 18 juin 2012, décision n° 2012 -257 QPC](#)).

Les arrêts les plus récents s'inscrivent dans la continuité de cette jurisprudence, qui généralise progressivement ce droit à toutes les hypothèses dans lesquelles une personne comparaît devant une juridiction dont l'office, peu ou prou, suppose une appréciation des charges retenues contre elle.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité ([Cons. const., 4 mars 2021, décision n° 2020-886 QPC](#)) visant l'article 396 du code de procédure pénale, applicable à la personne poursuivie selon la procédure de comparution immédiate qui comparaît devant le juge des libertés et de la détention, saisi par le ministère public aux fins de placement en détention provisoire, le Conseil constitutionnel a déclaré ce texte non conforme à la Constitution en énonçant notamment :

5. Selon l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Il en résulte le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire.

(...)

8. En second lieu, **lorsqu'il est invité par le juge des libertés et de la détention à présenter ses observations, le prévenu peut être amené à reconnaître les faits qui lui sont reprochés.** En outre, le fait même que le juge des libertés et de la détention invite le prévenu à présenter ses observations peut être de nature à lui laisser croire qu'il ne dispose pas du droit de se taire.

Or, si la décision du juge des libertés et de la détention est sans incidence sur l'étendue de la saisine du tribunal correctionnel, en particulier quant à la qualification des faits retenus, les observations du prévenu sont susceptibles d'être portées à la connaissance de ce tribunal lorsqu'elles sont consignées dans l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ou le procès-verbal de comparution.

Dans un arrêt plus récent, il a appliqué, au même visa de principe, cette solution au cas de certains débats devant la chambre de l'instruction, dont le régime est fixé par l'article 199 du code de procédure pénale ([Cons. const. du 9 avril 2021, décisions n° 2021- 895/901/902/903 QPC](#)) :

8. L'article 199 du code de procédure pénale définit les règles de procédure applicables aux audiences tenues par la chambre de l'instruction.

Les dispositions contestées permettent en particulier à la chambre de l'instruction d'ordonner la comparution personnelle des parties ou d'accepter la demande qu'elles forment de comparaître devant elle. En matière de détention provisoire, la comparution personnelle de la personne mise en examen est de droit.

9. En premier lieu, d'une part, lorsque la chambre de l'instruction est saisie d'une requête en nullité formée contre une décision de mise en examen ou d'un appel à l'encontre d'une ordonnance de placement en détention provisoire, il lui revient de s'assurer qu'il existe des indices graves et concordants rendant vraisemblable que les personnes mises en examen aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont elle est saisie.

10. D'autre part, lorsqu'elle est saisie du règlement d'un dossier d'information, soit dans le cadre d'un appel formé contre une ordonnance de règlement, soit à la suite d'un renvoi après cassation, la chambre de l'instruction doit apprécier si les charges pesant sur la personne mise en examen sont suffisantes pour justifier le renvoi du dossier devant une juridiction de jugement.

11. Ainsi, **l'office confié à la chambre de l'instruction par les dispositions contestées la conduit à porter une appréciation sur les faits retenus à titre de charges contre la personne mise en examen.**

12. En second lieu, **lorsque la personne mise en examen comparait devant la chambre de l'instruction, à sa demande ou à celle de la chambre, elle peut être amenée, en réponse aux questions qui lui sont posées, à reconnaître les faits qui lui sont reprochés.** En outre, le fait même que cette comparution puisse être ordonnée par la chambre de l'instruction peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire. Or, les déclarations ou les réponses apportées par la personne mise en examen aux questions de la chambre de l'instruction sont susceptibles d'être portées à la connaissance de la juridiction de jugement.

On relèvera que ces dernières décisions, sans référence aucune à la moindre notion de contrainte, retiennent avant tout, en lien avec l'office du juge, le risque « d'auto-incrimination » auquel les dispositions contestées exposent la personne poursuivie ou mise en examen.

4- la jurisprudence de la chambre criminelle :

> l'avis prévu à l'article 406 du code de procédure pénale n'a pas été délivré :

La Cour de cassation a tiré toutes les conséquences de l'article 406 du code précité en jugeant (Crim., 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-85.699, Bull. crim. 2015 n° 178) :

Vu les articles 406, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014, et 512 du code de procédure pénale ;

Attendu qu'en application du premier de ces textes, devant le tribunal correctionnel, le président ou l'un des assesseurs, par lui désigné, informe le prévenu de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ; que la méconnaissance de l'obligation d'informer le prévenu du droit de se taire lui fait nécessairement grief ;

Que, selon le second, ces dispositions sont applicables devant la chambre des appels correctionnels ;

Attendu qu'il ne résulte pas de l'arrêt attaqué que Mme KP..., qui a comparu à l'audience de la cour d'appel du 3 juillet 2014, en qualité de prévenue, ait été informée du droit de se taire au cours des débats.

Plusieurs arrêts sont ensuite cités dans le mémoire, qui ont appliqué la même solution :

- Crim., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-85.251 (arrêt de cassation diffusé) :

La chambre criminelle souligne qu'il ne ressort pas de l'arrêt de la cour d'appel que les prévenus « aient été informés du droit de se taire au cours des débats » et relève que la méconnaissance des dispositions de l'article 406 du code de procédure pénale « fait nécessairement grief ».

- Crim., 27 janvier 2016, pourvoi n° 15-80.339 (arrêt de cassation diffusé) :

La chambre criminelle applique ici encore le même raisonnement : l'arrêt ne faisant pas apparaître que le prévenu ait été informé « du droit de se taire au cours des débats » et le défaut de notification du droit silence fait nécessairement grief.

Les arrêts suivants, cités au mémoire ampliatif, ne font que reprendre la même solution que celle exposée ci-dessus :

- Crim., 1er mars 2016, pourvoi n° 14-87.693 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 4 mai 2016, pourvoi n° 15-80.231 (arrêt de cassation partielle diffusé) ;
- Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 15-82.384 (arrêt de cassation partielle diffusé) ;
- Crim., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-81.488 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 21 février 2017, pourvoi n° 15-86.661 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 3 mai 2018, pourvoi n° 17-83.687 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 11 septembre 2018, pourvoi n° 17-83.276 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 16 octobre 2018, pourvoi n° 17-85.405 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 6 mars 2019, pourvoi n° 18-83.098 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 25 juin 2019, pourvoi n° 18-83.476 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 24 septembre 2019, pourvoi n° 18-83.682 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 21 avril 2020, pourvoi n° 19-85.114 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim. 15 décembre 2020, pourvoi n° 20-81.073 (arrêt de cassation diffusé) ;
- Crim., 2 mars 2021, pourvoi n° 20-80.271 (arrêt de cassation diffusé).

On ajoutera que la chambre criminelle a conféré au « droit au silence » une très large portée, par exemple devant la chambre de l'instruction, alors même qu'aucun texte de droit interne ne prévoit la notification du droit de se taire, dans cette configuration, à la personne mise en examen.

Elle juge de manière générale désormais que dès lors que la chambre de l'instruction est saisie d'une question qui implique une appréciation des charges, la notification à la personne mise en examen qui comparaît de son droit de se taire est nécessaire.

Tel est notamment le cas :

- de l'accusé qui comparaît devant la chambre de l'instruction saisie d'un appel contre une ordonnance ordonnant son renvoi devant la cour d'assises (Crim., 14 mai 2019, pourvoi n° 19-81.408) ;

- de la personne qui est entendue par la chambre de l'instruction saisie d'une ordonnance de transmission de pièces pour cause de trouble mental en application de l'article 706-122 du code de procédure pénale (Crim., 8 juillet 2020, pourvoi n° 19-85.954).

On rappellera par ailleurs que la décision du Conseil constitutionnel précitée du 9 avril 2021 est venue confirmer cette jurisprudence s'agissant de certaines des hypothèses prévues par l'article 199 du code de procédure pénale. Elle a en outre étendu cette analyse au cas de la personne mise en examen, appelante d'une décision de placement en détention provisoire, qui comparaît devant la chambre de l'instruction.

On relèvera enfin que la première chambre civile, en matière de contentieux de la rétention des étrangers, distingue elle aussi entre les cas où le demandeur au pourvoi doit démontrer qu'une atteinte à ses intérêts résulte de l'irrégularité de ceux dans lesquels celle-ci fait nécessairement grief.

Il en est ainsi lorsque, par exemple, l'avocat choisi par l'étranger placé en rétention par un officier de police judiciaire n'est pas avisé par ce dernier de sa désignation (1^{re} Civ., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-25.107) :

Vu les articles 63-3-1 du code de procédure pénale et L. 552-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile :

4. Il résulte du premier de ces textes que l'officier de police judiciaire doit informer de sa désignation l'avocat choisi par la personne placée en garde à vue. **Le refus d'informer l'avocat choisi porte nécessairement atteinte aux droits de la personne concernée** au sens du second.

Dans son rapport à ce pourvoi, Madame la conseillère Feydeau-Thieffry rappelle notamment ce qui suit :

Dans le contentieux de la rétention administrative, le juge des libertés et de la détention peut être amené à statuer sur les irrégularités soulevées par l'étranger, relatives à la garde à vue ayant immédiatement précédé le placement en rétention.

Reprenant à l'identique les dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale, la loi no2011-672 du 16 juin 2011 a introduit dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile l'article L.552-13 qui dispose qu'«en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger.»

La jurisprudence qui s'est dégagée en la matière montre qu'à ce jour, il n'existe pas de nullité formelle dans le contentieux de la rétention et que les juges du fond doivent, pour considérer la procédure irrégulière et ordonner la remise en liberté de l'étranger, caractériser non seulement l'irrégularité mais également l'atteinte aux droits de la personne concernée.

> l'avis prévu à l'article 406 du code de procédure pénale a été délivré tardivement :

Plusieurs décisions se rapportent à un tel cas de figure.

La première est un arrêt du 16 octobre 2019 (Crim., 16 octobre 2019, pourvoi n° 18-86.614, arrêt de cassation P+B+I, en cours de publication).

Le pourvoi était formé par le prévenu contre un arrêt de condamnation rendu par la chambre des appels correctionnels.

En l'espèce, l'intéressé n'avait été informé du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions ou de se taire que postérieurement au débat relatif à une exception de nullité soulevée par son avocat.

La chambre criminelle casse l'arrêt attaqué, après avoir rappelé que les débats avaient commencé dès l'examen de la demande en nullité, reprend l'attendu de principe figurant déjà dans les arrêts ci-dessus et précise que « que la méconnaissance de l'obligation d'informer le prévenu du droit de se taire lui fait nécessairement grief ».

Les arrêts ultérieurs, cités au mémoire, confirment cette approche :

- Crim., 14 octobre 2020, pourvoi n° 19-86.893 (arrêt de cassation diffusé) :

Le pourvoi était formé par le prévenu contre un arrêt de condamnation d'une chambre des appels correctionnels.

L'arrêt de la cour d'appel est cassé, la chambre criminelle ayant constaté que le prévenu n'avait été « informé du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire qu'après que son avocat a soutenu une demande de nullité et que le ministère public et les parties ont présenté leurs observations sur cette demande ».

La chambre criminelle relève notamment que « **les débats avaient commencé dès l'examen de la demande de nullité sans que le prévenu n'ait reçu l'information lui permettant de bénéficier de manière effective de son droit de garder le silence** ».

- Crim., 20 janvier 2021, pourvoi n° 20-83.532 (arrêt de cassation diffusé) :

La configuration et la solution sont les mêmes que celles de l'arrêt du 14 octobre 2020.

Nous n'avons trouvé aucun arrêt concernant une hypothèse semblable au présent cas, à savoir la notification du droit au silence après les débats sur une demande de supplément d'information et la décision de joindre au fond. Nous n'avons par ailleurs pas trouvé non plus de précédent se rapportant à une notification du droit de se taire après une décision de passer outre à l'audition de témoins.

B) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :

Ces motifs figurent aux pages 8 à 10 :

DÉROULEMENT DES DÉBATS

Les débats ont été tenus en audience publique.

Audience du 19 janvier 2021, à 14 heures

Le président a rappelé la composition de la Cour de justice de la République.

(...)

Le président a constaté la présence et l'identité des prévenus.

Le président a procédé à l'appel des témoins et donné connaissance des motifs invoqués par les témoins absents, MM. (...)

En ce qui concerne ces derniers, le ministère public a indiqué que la Cour pouvait passer outre à leurs auditions.

Me BV..., avocat au barreau de Paris, conseil de M. X..., prévenu, a été entendu en ses observations et a indiqué n'avoir aucune difficulté sur les auditions des témoins.

Me VU..., avocat au barreau de Paris, conseil de M. Q..., témoin, a été entendu en ses observations sur l'état de santé du témoin et qu'il informerait la Cour de révolution de son état de santé.

(...) [suivent ensuite les avertissements donnés aux témoins présents ainsi que les dates et heures de leurs auditions respectives] (...)

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

Le président a constaté la présence des conseils de M. X..., prévenu.

Le président a visé les conclusions *in limine litis* déposées par les conseils de M. X..., prévenu

Le président a demandé à M. Z..., prévenu, s'il avait constitué avocat.

M, Z..., prévenu, a indiqué qu'il se défendra seul.

Le président a indiqué que M. Z..., prévenu, a adressé à la Cour une note versée au dossier de la procédure.

Me BV.... avocat au barreau de Paris, conseil de M. X..., prévenu, a été entendu en sa plaidoirie, après dépôt de conclusions *in limine litis* de supplément d'information.

Le ministère public a été entendu en ses réquisitions sur les conclusions *in limine litis*, Le président a donné la parole aux avocats de M. X... qui n'ont pas souhaité faire d'observations.

Le président a suspendu l'audience à 15 heures 15.

La Cour s'est retirée pour délibérer, hors la présence des membres suppléants, du ministère public et des greffières.

A la reprise de l'audience à 15 heures 50, la Cour a joint l'incident au fond.

Le président a notifié aux prévenus leur droit de se taire, de répondre aux questions ou de faire des déclarations, conformément aux dispositions de l'article 406 du code de procédure pénale.

Le président a procédé au rappel des faits dans un rapport préliminaire. (...).

C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :

> l'ouverture des débats :

Au-delà de la nature des questions soulevées avant les débats sur le fond, la question du moment où ces débats doivent être considérés « ouverts » revêt une certaine importance.

On rappellera que l'article 406 du code de procédure pénale ouvre la section intitulée des « débats », et fait immédiatement suivre, après la vérification d'identité et la lecture de la prévention, la notification au prévenu du droit de se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions.

Dans son rapport dans l'affaire jugée le 16 octobre 2019 (précitée) Monsieur le conseiller Christian Guéry indique également que, dans l'hypothèse soumise, soit celle d'une exception de nullité débattue avant que la notification du droit au silence ne soit intervenue, les dispositions de l'article 460 du code de procédure pénale sont applicables et qu'ainsi le prévenu peut être amené à prendre la parole.

On ajoutera que dans cette procédure, il ne résultait pas des mentions de l'arrêt attaqué que le prévenu avait pris la parole lui même au moment de la discussion de l'exception de nullité.

> le supplément d'information :

L'article 463 du code de procédure pénale dispose notamment :

S'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement un de ses membres qui dispose des pouvoirs prévus aux articles 151 à 155.

Ce supplément d'information obéit aux règles édictées par les articles 114, 119, 120 et 121.

La chambre criminelle juge de manière constante que « l'opportunité de demander un supplément d'information relève de l'appréciation souveraine des juges du fond » (Crim., 14 novembre 2001, pourvoi n° 01-81.238), ou, encore (Crim., 19 Juin 2019, pourvoi n° 18-84.069) :

« Attendu qu'en l'état de ces motifs dénués d'insuffisance et relevant de son appréciation souveraine, et dès lors que la nécessité d'ordonner un supplément d'information relève de la seule appréciation du juge du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation, la cour d'appel a justifié sa décision sans inverser la charge de la preuve ; »

Elle décide en outre que la cour d'appel qui motive au fond a nécessairement écarté la demande de supplément d'information (Crim., 22 mai 2002, pourvoi n° 01-85.685).

Il peut se déduire de cette jurisprudence que **l'appréciation de la nécessité d'un supplément d'information est liée à l'examen du fond de la procédure**. On relèvera d'ailleurs que si la chambre criminelle n'est pas exigeante en termes de motivation par les juges du fond, elle s'assure néanmoins du bien fondé de la décision rejetant la demande en contrôlant la motivation sur la culpabilité :

- en énumérant suffisamment les circonstances d'où sont déduites les preuves de culpabilité, un arrêt justifie par-là même l'inutilité du supplément d'information demandé (Cass. crim., 22 juill. 1971, pourvoi n° 70-91.270 : Bull. crim. 1971 n° 239) ;

- dès lors que les juges s'expliquent clairement sur les motifs ayant entraîné leur conviction sur la culpabilité, l'inutilité du supplément d'information est démontrée (Cass. crim., 26 mai 1976, pourvoi n° 75-93.264 : Bull. crim. n° 186)

Cette **relative souplesse dans la motivation** laissée aux juges du fond n'existe pas en matière d'exception de nullité.

Deux autres critères distinguent le supplément d'information de l'exception de nullité :

La liberté d'apprécier la nécessité d'un supplément d'information relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, ces derniers, même s'ils ne sont pas saisis par une partie d'une demande à cette fin, **peuvent en ordonner un d'office**, à la seule condition que cette décision soit précédée d'un débat contradictoire..

Enfin, à la différence de l'exception de nullité, qui doit être soulevée avant toute défense au fond, en application du dernier alinéa de l'article 385 du code de procédure pénale, **un supplément d'information peut être demandé à tout moment des débats** et pas seulement *in limine litis*, comme au cas présent.

> la notion de grief nécessaire :

Comme il est exposé ci-dessus, la chambre criminelle considère que l'absence de notification de l'avis prévu à l'article 406 du code de procédure pénale ou sa notification après des débats sur une exception de nullité, font nécessairement grief.

Cette solution renvoie d'abord à l'article 802 du code de procédure pénale, qui énonce dans les termes qui suivent le principe « pas de nullité sans grief » :

En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

Elle renvoie ensuite à la jurisprudence de la chambre criminelle, qui juge depuis longtemps que certaines irrégularités sont telles que la partie qui s'en prévaut est dispensée d'alléguer l'existence d'un grief.

Cette solution est appliquée de manière assez récurrente dans certains domaines, par exemple en matière de garde à vue. La chambre criminelle a ainsi jugé que portent nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée :

- le placement tardif en garde à vue d'une personne retenue sous contrainte (Crim., 6 mai 2003, pourvoi n° 02-87.567, Bull. crim. 2003, n° 93) ;
- la notification tardive de ses droits à la personne gardée à vue (Crim., 31 mai 2007, pourvoi n° 07-80.928, Bull. crim. 2007, n° 146) ;
- l'information tardive du procureur de la République ou du juge d'instruction (Crim., 2 février 2005, pourvoi n° 04-86.805, Bull. crim. 2005, n° 41) ;
- la prolongation de garde à vue sans décision écrite et motivée justifiant l'absence de présentation préalable (Crim., 9 mai 2001, pourvoi n° 01-82.104, Bull. crim. 2001, n° 115).

Cette liste n'est pas exhaustive et la notion de grief nécessaire est également appliquée, entre autres exemples, aux cas de :

- l'audition d'une personne mise en examen sous serment (Crim., 19 juin 1990, pourvoi n° 90-81.535, 90-81.535, Bull. crim. 1990 n° 252) ;
- la violation du principe de l'inviolabilité des correspondances entre la personne mise en examen et son avocat (Crim., 15 janvier 1997, pourvoi n° 96-83.753, Bull. crim. 1997, n° 14).

La doctrine a tenté de définir les contours de cette jurisprudence, en s'appuyant notamment sur la théorie des nullités d'ordre public, ou en distinguant entre les nullités textuelles, substantielles ou d'ordre privé, mais il apparaît que ces classifications ne rendent pas suffisamment compte de la complexité de la matière (voir par exemple : Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *traité de procédure pénale*, quatrième édition, Economica, § 2022 ; Gildas Roussel, *Procédure pénale*, sixième édition, Vuibert, §§ 888 sqq ; Serge Guinchard et CF... Buisson, *Procédure pénale*, douzième édition, Lexis Nexis, §§ 2355 sqq).

Les rapports sur les pourvois précédemment cités (Crim., 8 juillet 2015, rapport et Crim., 16 octobre 2019, rapport) n'apportent pas d'indications utiles à l'analyse de cet aspect du présent pourvoi s'agissant de la notion de grief nécessaire.

Dans son rapport précité (1^{ère} Civ., 20 novembre 2019, pourvoi n°18-25.107), Madame la conseillère Feydeau-Thieffry trace les contours de la jurisprudence de la chambre criminelle comme suit :

Commentant l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 21 octobre 2015, le professeur émérite de l'Université de Poitiers Jean Pradel (Recueil Dalloz 2016 p.1727 Procédure pénale juillet 2015 - juillet 2016) fait observer :

« *L'apport de cette décision est double :*

(...)

En second lieu, et c'est le plus important, se retrouve encore la question de la nature de la nullité. La cour d'appel était manifestement d'avis que la nullité était ici d'intérêt privé et donc susceptible d'être prononcée seulement sur preuve d'un grief.

La Cour de cassation ne partage pas cette opinion lorsqu'elle parle d'une « atteinte nécessaire aux intérêts de la personne concernée ». Cette expression, la chambre criminelle l'a créée et l'applique très souvent lorsqu'elle estime que sont en cause les droits de la défense (S. Fucini, Nullités : grief à prouver au grief présumé, Dalloz actualité, 7 déc. 2015). Le seul fait que le policier ait de lui-même tranché une difficulté pour laquelle il n'était pas compétent, en application de l'article 63-3-1 du code de procédure pénale, fait présumer une atteinte aux intérêts du gardé à vue. Les droits de la défense sont si importants que leur violation constitue une nullité d'ordre public en fait.

Pour conclure, il semble qu'aujourd'hui, du fait de cette jurisprudence, il existe deux sortes de nullités d'ordre public (sur grief) : celles qui sont traditionnelles et qui portent par exemple sur l'organisation, la composition et la compétence des juridictions, la prescription, l'absence de date et de signature d'un acte (J. Pradel, Procédure pénale, 18^e éd., 2015, Cujas, p. 754 ; S. Guinchard et J. Buisson, Procédure pénale, 10^e éd., 2014, LexisNexis, p. 1229) ; et celles qui sont relatives aux droits de la défense lorsque la loi a été méconnue, en sorte qu'il y a « atteinte seconde catégorie de nullités d'ordre public sans le dire, et sans devoir définir un critère de l'ordre public, ce qui est tellement difficile ! »

Citons également les développements de M. Fucini 2, qui a consacré un article aux nullités en matière de procédure pénale :

« S'il est certain que l'article 802 ne s'applique pas aux nullités d'ordre public, qu'il s'agisse de celles relatives à la compétence (V. Crim. 22 mai 1996, no 95-84.899, Bull. crim. no 212 ; D. 1996. 205) ou de celles relatives à la composition de la juridiction (V. Crim. 17 janv. 2006, no 05-86.326, Bull. crim. no 19 ; D. 2006. 531 ; ibid. 2007. 973, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2006. 175, obs. C. Girault), il est parfois affirmé qu'il ne s'applique pas aux violations des droits de la défense. C'est confondre la présomption de grief et l'absence d'exigence de grief. La chambre criminelle affirme de manière constante que la violation des dispositions visant à protéger les droits de la défense, notamment en matière de garde à vue, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée (V. Crim. 10 mai 2000, no 00-81.201, Bull. crim. no 182 ; 9 mai 2001, no 01-82.104, Bull. crim. no 115 ; D. 2001. 2000 ; 12 juin 2007, no 07-80.194, Bull. crim. no 155 ; D. 2007. 1960 ; AJ pénal 2007. 388). Cela ne signifie pas pour

autant que les nullités de garde à vue échappent aux dispositions de l'article 802 : la Cour de cassation exige en effet que la nullité soit demandée par la personne qui a subi l'atteinte à ses droits de la défense (V. Crim. 14 févr. 2012, no 11-84.694, Bull. crim. no 43 ; Dalloz actualité, 16 févr. 2012, obs. E. Allain ; D. 2012. 779 , note H. Matsopoulou ; ibid. 775, concl. D. Boccon-Gibod ; ibid. 2118, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2012. 159 , note C. Guéry ; RSC 2012. 394, obs. D. Boccon-Gibod). La présomption de grief n'empêche donc pas la chambre criminelle d'exiger le respect des autres conditions de l'article 802, à la différence des nullités d'ordre public. »

La chambre criminelle distingue donc trois sortes de nullités :

- les nullités qui sanctionnent des règles d'ordre public (touchant à la compétence, l'organisation ou la composition de la juridiction), qui échappent aux dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale et à l'exigence d'un grief,
- les nullités "d'intérêt privé", qui nécessitent la preuve d'un grief,
- les nullités qui sanctionnent une méconnaissance des droits de la défense pour lesquelles le grief est présumé.

> grief nécessaire et droit de se taire :

Il est un cas dans lequel la chambre criminelle considère que l'absence de notification du droit de se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions, si elle constitue bien une irrégularité, ne fait pas nécessairement grief : il s'agit du contentieux des mesures de sûreté.

La chambre criminelle, conférant un effet différé à l'irrégularité que constitue l'omission de notifier le droit de se taire à une personne comparissant devant le juge chargé du contentieux des mesures de sûreté, a en effet jugé ce qui suit (Crim., 24 février 2021, pourvoi 20-86.537, en cours de publication) :

Le droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire doit être porté à la connaissance de la personne qui comparait devant la chambre de l'instruction saisie du contentieux d'une mesure de sûreté.

Toutefois le défaut de notification de ce droit est sans incidence sur la régularité de la décision rendue en matière de mesure de sûreté ; il a pour seule conséquence qu'une juridiction prononçant le renvoi devant une juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité ne pourra tenir compte, à l'encontre de la personne poursuivie, des déclarations sur les faits ainsi recueillies.

La Cour de cassation appréciera si cette solution, à la lumière des développements qui précèdent, peut être utilement étendue au présent cas.

> observations complémentaires :

Il se déduit donc des énonciations de l'arrêt attaqué que ce n'est qu'après la jonction de l'incident au fond, à l'issue d'une première suspension d'audience pour délibérer sur la demande de supplément d'information, que M. Z... (comme M. X...) a été informé des droits qu'il tient de l'article 406 du code de procédure pénale.

M. Z... n'allègue, ni qu'il eût été nécessaire de recueillir ses observations sur le supplément d'information, ni qu'il aurait souhaité s'exprimer et en aurait été empêché, ni que l'arrêt aurait omis de mentionner une intervention de sa part, ni qu'il n'a pas été invité à s'exprimer.

M. Z... ne tire aucun grief du rejet du supplément d'information demandé par M. X... et ne conteste pas la motivation de l'arrêt attaqué sur ce point.

La Cour de cassation, pour examiner le premier moyen, devra répondre aux questions suivantes :

1. L'avis prévu à l'article 406 du code de procédure pénale relatif au droit de se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions, peut-il être notifié à un prévenu comparaissant devant la Cour de justice de la République après les débats sur une demande de supplément d'information présentée par un autre prévenu et la décision de joindre cet incident au fond ?
2. Dans la négative, le retard apporté dans la notification de ce droit fait-il nécessairement grief ?
3. Si tel n'est pas le cas, la notification tardive de l'avis ci-dessus à M. Z... lui fait-elle grief ?

DEUXIÈME MOYEN : LA DÉCISION DE PASSER OUTRE A L'AUDITION DES TÉMOINS

Le deuxième moyen reproche à l'arrêt d'avoir passé outre à l'audition des témoins absents, d'une part sans avoir même sollicité les observations de M. Z... sur ce point, d'autre part sans justifier cette décision au regard des circonstances de l'espèce.

A) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :

De nombreuses dispositions du code de procédure pénale s'appliquent aux témoins devant la juridiction correctionnelle, qu'il s'agisse :

- de leur citation à comparaître (article 435) ;
- de leur obligation de comparaître et des conditions de cette comparution (articles 436 à 440) ;
- du moment de leur audition au cours du procès (article 442) ;
- de l'ordre dans lequel ils doivent être entendus (article 444) ;
- du serment qu'ils doivent -ou ne sont pas tenus- de prêter (articles 446 à 450) ;
- des modalités de leur audition (articles 451 à 455).

En cette matière, les décisions de la chambre criminelle sont souvent rendues au visa, outre les textes de droit interne, de la Convention européenne des droits de l'homme.

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

L'article 6, paragraphe 3, d), de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que « tout accusé a droit notamment à [...] interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge [...] ».

La Cour de Strasbourg a déjà déduit de ce texte que ne bénéficiait pas d'un procès équitable l'accusé qui n'avait jamais eu, non plus que son conseil, une occasion suffisante d'interroger un témoin ([CEDH, arrêt du 19 décembre 1990, Delta c/ France, n° 11444/85](#)).

Cela ne signifie pour autant que l'accusé, au sens du droit conventionnel, bénéficie un droit illimité quant à la convocation ou l'audition des témoins.

Dans une autre décision, la grande chambre précise que « premièrement, l'absence d'un témoin doit être justifiée par un motif sérieux ; deuxièmement, lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats, les droits de la défense peuvent se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 » ([CEDH, arrêt du 15 décembre 2011, Al-Khawaja et Tahery c/ RU, n°33354/96, § 119](#)).

La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi admis le refus d'audition du témoin lorsqu'il était justifié par certaines circonstances et notamment lorsque, pourtant régulièrement cité, celui-ci ne comparait pas. La Cour exige toutefois que le refus d'audition soit motivé par le tribunal ([CEDH, 22 avril 1992, Vidal c/ Belgique, n° 12351/86](#)).

Selon MM. les conseillers Bruno Lavielle et Christian Guéry (*Le guide des audiences correctionnelles*, deuxième édition, 2018, Dalloz, § 223.13 sqq) :

Dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg indique que la Convention EDH laisse le soin aux Etats de juger de l'utilité d'une preuve par témoin ([CEDH, arrêt du 12 février 2004, Morel c. France, n°43284/85, §63](#)).

Il ne suffit pas que le requérant qui allègue la violation de l'article 6, § 3, de démontrer qu'il n'a pu interroger un témoin à charge. Encore faut-il qu'il rende vraisemblable que la convocation dudit témoin était nécessaire à la recherche de la vérité et que le refus de l'interroger a causé un préjudice aux droits de la défense (CEDH, arrêt du 12 février 2004, précité).

D'une manière plus générale, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie globalement la pertinence de l'allégation de violation des dispositions ci-dessus, notamment au regard de l'utilité de l'audition du témoin pour la partie qui sollicite sa comparution, des motifs invoqués pour justifier le refus, soit de le faire comparaître, soit de l'entendre, de l'importance de son témoignage par comparaison avec l'ensemble des charges retenues et, enfin, de l'intérêt porté par les juges au contenu de ses déclarations. Ainsi, il ne saurait y avoir violation de l'article 6, § 3, précité, si la condamnation ne repose pas sur les dires du ou des témoins concernés ([CEDH, arrêt du 19 décembre 1989, Kamasinski c. Autriche, n° 9783/82, §§ 89 sqq](#)).

À cet égard, le précédent visé au mémoire ([CEDH, arrêt du 23 avril 1997, Van Mechelen et a. c/ Pays-Bas, n° 21363/93, 21427/93, 21427/93 et 22056/93](#)) concerne avant tout le respect des droits de la défense face à une catégorie très spécifique de témoignage, à savoir le témoignage anonyme, ce qui n'est pas du tout notre hypothèse, de sorte qu'il ne paraît pas apporter d'élément utile à la présente discussion compte tenu des éléments exposés ci-dessus.

2- La jurisprudence de la chambre criminelle :

Il est acquis depuis longtemps que le tribunal correctionnel peut passer outre à l'audition de témoins (Crim., 9 février 1987, pourvoi n° 86-92.864, Bull. Crim. n° 61) :

Attendu qu'il appert du jugement confirmé par l'arrêt attaqué que des témoins cités par J. ne se sont pas présentés et se sont excusés ; que le tribunal a passé outre à leur audition ;

Attendu que pour écarter les conclusions de J. demandant acte du " refus de comparaître devant le tribunal correctionnel, malgré leurs citations comme témoins, de MM F., Premier ministre en exercice, R., sous-directeur des impôts, D., procureur de la République à Aix-en-Provence, et P., commissaire de police ", la cour d'appel énonce que l'audition de ces personnes n'était pas de nature à apporter davantage de lumière sur les infractions dont la Cour était saisie, que les prévenus ne sauraient tirer quelque argument que ce soit de leur défaut de comparution ;

Attendu qu'en cet état l'arrêt attaqué ne saurait encourir les griefs formulés au moyen ; qu'en effet le demandeur n'est pas fondé à invoquer une violation de l'article 6-3 paragraphe d de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'il lui ait été refusé de poser des questions à un témoin entendu au cours des débats ou de convoquer et d'interroger des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

Quelques décisions déclinent les motifs pour lesquels une décision de passer outre peut être prise par le tribunal correctionnel ; l'audition d'un témoin peut ainsi être écartée :

- en cas de risque de représailles (Crim., 8 février 1990, pourvoi n° 89-81.832, Bull. crim. 1990, N° 70) ;
- dans le cas où le témoignage sollicité est indifférent à l'appréciation des charges, suffisantes par ailleurs (Crim., 3 décembre 2003, pourvoi n° 02-87.139).

La chambre criminelle censure les arrêts des chambres correctionnelles qui écartent l'audition d'un témoin dont la comparution est sollicitée par la défense sans s'expliquer autrement :

- Crim., 27 juin 2001, pourvoi n° 00-87.414, Bull. Crim. n° 164 :

Attendu qu'en vertu du premier de ces textes, tout accusé a droit à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; qu'il en résulte que, sauf impossibilité dont il leur appartient de préciser les causes, les juges d'appel sont tenus, lorsqu'ils en sont légalement requis, d'ordonner l'audition contradictoire desdits témoins ;

- Crim., 20 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.314, Bull. crim. 2011, n° 183

Attendu qu'il résulte des mentions de l'arrêt attaqué qu'à l'ouverture des débats, l'avocat de M. T. a demandé le renvoi de l'affaire en exposant qu'il avait rencontré des difficultés pour faire citer un témoin ; que l'avocat de la partie civile s'est associé à sa demande ;

Attendu que, passant outre, les juges ont retenu l'affaire ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans s'en expliquer, alors que, selon le second des textes susvisés, tout "accusé" a le droit d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.

- Crim 4 mars 2014, pourvoi n° 13-81.916, Bull. Crim., N° 63 (sommaire) :

Les juges sont tenus de répondre à la requête tendant à l'audition d'un témoin, dès lors qu'elle a été formulée par conclusions régulièrement déposées en application de l'article 459 du code de procédure pénale.

Cette exigence de motivation connaît néanmoins certaines limites. Ainsi, la chambre criminelle a-t-elle jugé que l'arrêt de la cour d'appel, qui n'avait pas répondu à des conclusions aux fins d'audition d'un témoin, n'encourait pas la censure dès lors que la demande était formulée sans la moindre précision quant à l'utilité du témoignage attendu ([Crim., 27 octobre 1993, pourvoi n° 93-80.113, Bull. crim. 1993, N° 319](#)) :

NB : les identités des témoins concernés n'ont pas été anonymisées pour une exacte compréhension de la décision.

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que devant les juges du second degré, à l'audience du 17 novembre 1992, UP... DV... a sollicité par voie de conclusions l'audition de quatre témoins désignés dans une requête précédemment adressée à la cour d'appel, le 4 novembre 1992 ;

Que dans cette requête étaient exposés les motifs pour lesquels apparaissaient utiles à la manifestation de la vérité les auditions du docteur KG... et du professeur Jardin qui avaient joué un rôle important dans le déroulement des faits objet des poursuites, ainsi que celle de AE..., en sa qualité d'ancien patient traité par le docteur DV... à la même période que la partie civile CM... ; qu'au contraire, le quatrième témoin, le docteur DP..., n'était désigné que par son nom sans indication de l'objet de son témoignage sollicité pour la première fois en cause d'appel, ni des circonstances particulières de nature à conférer à ses déclarations un quelconque intérêt ; qu'à cet égard, les conclusions elles-mêmes, déposées par le prévenu, sont également taises ;

Attendu que la cour d'appel a procédé à l'audition des deux premiers témoins et a ordonné qu'il fût donné lecture publiquement du témoignage écrit de Robert AE..., daté du 27 octobre 1992, produit par le conseil du prévenu et ensuite versé au dossier ;
Attendu qu'en cet état, et dès lors qu'aucune observation n'a été formulée par la défense en ce qui concerne la suite donnée à la demande relative au témoin AE..., il est vainement fait grief à la cour d'appel de s'être abstenue de procéder à l'audition du docteur DP... sans énoncer les motifs de nature à justifier sa décision ;

Qu'en effet, s'il est vrai que les juges du fond sont tenus de répondre aux conclusions dont ils sont régulièrement saisis et notamment de s'expliquer sur toute demande de mesure d'instruction complémentaire c'est à la condition que l'indication de leur objet et de leur intérêt permette à la juridiction d'en apprécier le bien-fondé ; que ne répond pas à cette exigence la demande d'audition d'un témoin, désigné seulement par son nom, à l'exclusion de toute précision sur son éventuelle utilité pour la manifestation de la vérité ainsi que de toute explication sur les raisons pour lesquelles il n'a pas été fait usage devant les premiers juges du droit que confèrent aux parties les articles 435 et suivants du Code de procédure pénale de faire citer et entendre ledit témoin ; Que, dès lors, le moyen ne saurait être accueilli.

Dans la même logique, elle a tenu pour régulière une décision de passer outre, rendue après que les prévenus, quoique invités à le faire, n'aient élevé aucune contestation (Crim., 24 janvier 2018, pourvoi n° 17-80.940) :

Attendu que les demandeurs ne sauraient faire grief à la cour d'appel d'avoir poursuivi les débats sans se prononcer sur l'absence de ces témoins dès lors que, bien qu'ayant été invitée par la cour à formuler des observations, la défense n'a sollicité, ni verbalement, ni par voie de conclusions écrites, soit le prononcé d'une mesure aux fins de contraindre les témoins à comparaître immédiatement, soit le renvoi du procès.

Monsieur le conseiller Stéphane, dans son rapport sur l'affaire en cause, souligne que la question de la renonciation tacite à l'audition de témoins n'avait pas encore été posée s'agissant de la chambre correctionnelle de la cour d'appel à la différence de la Cour d'assises.

Il précise à cet égard que devant la cour d'assises, les règles en la matière sont assez souples puisqu'il est considéré, à défaut d'incident contentieux soulevé sur ce point, que la renonciation peut être tacite et cite un précédent (Crim., 11 mai 2011, pourvoi n° 09-88.336) dans lequel la chambre criminelle a jugé ce qui suit :

Attendu qu'il résulte du procès-verbal des débats qu'à l'appel des témoins, il a été constaté que le témoin M. G, qui n'avait pas été régulièrement cité, était absent ; qu'en passant outre aux débats le président a régulièrement procédé, dès lors que l'absence d'observation des parties lorsqu'est constatée l'absence d'un témoin vaut présomption qu'elles ont, d'un commun accord, renoncé tacitement à son audition, aucun texte de loi n'exigeant qu'une telle renonciation soit expressément mentionnée au procès verbal.

On relèvera néanmoins que les règles applicables devant le tribunal correctionnel diffèrent de celles qui gouvernent la comparution et l'audition des témoins devant la cour d'assises et si la comparaison peut être intéressante, elle a certaines limites.

Les décisions citées ci-dessus concernent pour la plupart les débats devant la chambre des appels correctionnels. Il semble néanmoins que les solutions dégagées ont vocation à s'appliquer devant la Cour de justice de la République.

La Cour de cassation appréciera, le cas échéant.

B) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :

Pour mémoire et pour une meilleure compréhension de la portée du moyen, on reprendra une partie des motifs de l'arrêt attaqué reproduits au précédent chapitre :

DÉROULEMENT DES DÉBATS

Les débats ont été tenus en audience publique.

Audience du 19 janvier 2021, à 14 heures

Le président a rappelé la composition de la Cour de justice de la République.

(...)

Le président a constaté la présence et l'identité des prévenus.

Le président a procédé à l'appel des témoins et donné connaissance des motifs invoqués par les témoins absents, MM. (...)

En ce qui concerne ces derniers, le ministère public a indiqué que la Cour pouvait passer outre à leurs auditions.

Me B..., avocat au barreau de Paris, conseil de M. X..., prévenu, a été entendu en ses observations et a indiqué n'avoir aucune difficulté sur les auditions des témoins.

Me V... avocat au barreau de Paris, conseil de M. Q..., témoin, a été entendu en ses observations sur l'état de santé du témoin et qu'il informerait la Cour de révolution de son état de santé. (...).

C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :

Selon les mentions de l'arrêt attaqué, le ministère public a fait citer les témoins suivants :

MM. DO... ..., B... Y..., CD... P..., CE... Q..., DW... S..., EO... EQ..., FK... AP... et Mme P... L....

À l'appel des témoins, le président a indiqué que quatre d'entre eux étaient absents, qui avaient fait valoir des motifs pour justifier leur carence, soit MM P..., EQ..., Y... et Q..., l'avocat de ce dernier étant présent et ayant présenté des observations.

Le président a donné connaissance des motifs invoqués par ces témoins aux parties présentes, dont M. Z....

Le ministère public a indiqué d'emblée qu'il renonçait à l'audition de ces témoins, après quoi l'avocat de M. X... a fait valoir qu'il n'avait aucune objection.

Au cours des débats, au moment de l'audition des témoins présents, le président a indiqué que M. Q... ne serait pas entendu, en raison de son état de santé.

La CJR a donc procédé à l'audition des personnes suivantes : M.C..., Mme L..., M. S... et M. AP....

Les déclarations de MM. P..., Q..., Y..., témoins défaillants, ont été lues à l'audience par le président. Il n'a pas été donné lecture de celles de M. EQ... (on relèvera que M. EQ... a été entendu dans divers cadres à plusieurs reprises, voir cotes D329, D1421, D1429, D3908).

Le président a en outre donné connaissance des déclarations des époux AE... et de M. AB....

Au cours des débats, M. Z..., qui avait déjà été entendu sur le fond, l'a été de nouveau à plusieurs reprises.

*** sur la parole donnée à M. Z... :**

Les énonciations de l'arrêt ne permettent pas de savoir si les explications des parties ou de leurs avocats sont intervenues spontanément ou sur invitation du président.

S'agissant de M. Z..., il ne ressort pas des mentions de l'arrêt qu'il a manifesté son souhait de s'exprimer sur les excuses formulées par les témoins défaillants, ce qu'il n'allègue pas, ni qu'il a été invité à le faire, ce qu'il dénonce.

Il s'est néanmoins exprimé à plusieurs reprises par la suite, sans que l'arrêt mentionne s'il était intervenu spontanément ou sur demande du président ou de telle partie.

M. Z... n'a formulé par ailleurs aucune observation après que le président a indiqué que le témoin M. Q... ne pouvait être entendu, pas plus qu'il n'en a présenté après la lecture de l'audition de ce dernier.

M. Z... n'a pas usé du droit dont il disposait de demander à tout moment au cours des débats, la lecture de tel procès verbal qui lui paraissait utile ou de présenter toute demande de supplément d'information, notamment aux fins de comparution de tel témoin.

*** sur le grief :**

M. Z... fait valoir qu'il ne résulte pas des mentions de l'arrêt qu'il a été invité à s'exprimer sur la renonciation, par le ministère public, à faire comparaître et entendre des témoins cités à la seule initiative du parquet, avant une décision de passer outre à l'audition de ces mêmes témoins.

M. Z... ne conteste pas en son principe la décision de passer outre : il n'allègue pas, par exemple, qu'il n'aurait pu interroger ou faire interroger les témoins concernés, à raison de tel ou tel aspect de leurs déclarations, comme il n'allègue pas de l'intérêt qu'aurait pu représenter pour lui la perspective d'une confrontation.

On ajoutera que les dépositions de tous les témoins susvisés figurent au dossier de la procédure.

Il ressort par ailleurs des mentions de l'arrêt que M. Z... n'a pas fait interroger les témoins présents, alors qu'il y a été invité, et qu'il n'a formulé aucune observation à la lecture des procès verbaux d'audition de ceux qui étaient absents.

*** sur la motivation :**

L'arrêt n'est pas exempt d'une motivation quant aux raisons pour lesquelles la CJR a décidé de passer outre à l'audition des témoins ainsi excusés.

On relèvera que tous les arrêts cités au moyen et au présent rapport concernent des hypothèses dans lesquelles les demandes aux fins de comparution ou d'audition d'un témoin ont été présentées par la personne poursuivie. Ce n'est pas la situation évoquée au présent cas, où le ministère public a d'emblée renoncé à l'audition de certains des témoins cités par lui, alors que ni M. Z..., ni M. X... n'ont eux mêmes fait citer le moindre témoin.

Nos recherches ne nous ont pas permis de trouver un précédent correspondant à ce cas de figure atypique.

La Cour de cassation appréciera.

La Cour de cassation, pour répondre au deuxième moyen, devra donc examiner quatre questions :

1. le ministère public ayant indiqué qu'il renonçait à l'audition des témoins défaillants cités à son initiative, dont les excuses ont été exposées à M. Z... par le président, la CJR était-elle tenue de recueillir les observations de ce dernier sur la renonciation à l'audition des témoins concernés ?
2. dans l'affirmative, cette omission fait-elle grief à M. Z... ?
3. la CJR a-t-elle suffisamment motivé sa décision au regard des droits que M. Z..., qui n'allègue aucun grief sinon de ne pas avoir été invité à s'exprimer, tient de l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme ?
4. si tel n'est pas le cas, quelles conséquences tirer de cette irrégularité ?

Selon les réponses que la Cour de cassation apportera aux questions ci-dessus et selon l'analyse qu'elle fera de l'économie générale du pourvoi, elle pourra s'interroger, dans l'hypothèse où elle considère que la CJR avait l'obligation de donner la parole à M. Z... sur la renonciation à l'audition des témoins cités par le ministère public, au vu des éléments de réflexion qui lui sont proposés dans l'examen du premier moyen, sur l'éventuelle nécessité de notifier à l'intéressé dès ce moment son droit de se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions et sur les conséquences qu'il convient d'en tirer, le cas échéant.

TROISIÈME MOYEN : LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE

Le troisième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que les faits de complicité d'abus de biens sociaux prétendument commis de 1993 à 1995 n'étaient pas prescrits.

La Cour de cassation devra, avant tout examen plus approfondi du moyen, s'interroger sur sa recevabilité, dès lors que M. Z... n'a pas invoqué la prescription de l'action publique devant la CJR.

A) SUR LA RECEVABILITÉ DU MOYEN :

1- les principes applicables :

Comme il est rappelé au mémoire, l'exception de prescription a un caractère d'ordre public (voir par exemple: Crim., 26 mai 1977, n°76-92.121, Bull. crim., n°196 : « (...) la prescription de l'action publique constitue une exception péremptoire et d'ordre public qui doit être relevée d'office par le juge »).

Ce moyen peut être soulevé à tout moment, y compris pour la première fois en cause d'appel comme devant la Cour de cassation (Cass. crim., 22 févr. 1955 : Bull. crim. n° 116 ; Crim., 20 octobre 1992, n°91-86.924, Bull. crim., n°330, cité au moyen).

Il n'est recevable qu'à la condition de ne pas se heurter au principe de l'autorité de la chose jugée (C. Courtin, Prescription de l'action publique : Rép. pén. Dalloz, 2015, n° 139, qui renvoie à Crim., 28 juillet 1882, DP 1883, 1, 42).

Lorsqu'il est invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, « c'est à la condition que cette Cour trouve dans les constatations des juges du fond des éléments nécessaires pour en apprécier la valeur » (Crim., 20 octobre 1992, n°91-86.924, Bull. crim. 1992, n°330, cité au moyen).

Ainsi que l'écrit le professeur Evan Raschel (Fascicule 20, Action publique-prescription, JurisClasseur procédure pénale, MAJ 5 Novembre 2020, Lexis Nexis) :

L'exception de prescription peut être soulevée même pour la première fois devant la Cour de cassation, mais à la condition que cette Cour trouve dans les constatations des juges du fond les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur (Cass. crim., 5 nov. 1970, n° 69-91.154 : Bull. crim. n° 291), à défaut, le moyen fondé sur la prescription serait mélangé de fait et de droit et, comme tel, nouveau et irrecevable (V. par ex. : Cass. crim., 16 janv. 2002, n° 01-84.667. – Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.530. – Cass. crim., 25 juin 2013, n° 11-88.037 : Bull. crim. n° 153. – Cass. crim., 27 juin 2018, n° 16-86.256 : JurisData n° 2018-011238 – Cass. crim., 12 sept. 2018, n° 17-82.265 (...).

Ces règles ont encore été appliquées par la chambre criminelle dans une espèce plus récente (Crim., 12 septembre 2018, pourvoi n° 17-82.265) au rapport de Monsieur le conseiller Patrick Wyon :

Attendu qu'il ne résulte d'aucune énonciation de l'arrêt attaqué, ni d'aucune conclusions, que la demanderesse ait excipé de la prescription de l'action publique devant les juges du fond ;

Attendu que si cette exception peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation, c'est à la condition que cette Cour trouve dans les constatations des juges du fond les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur ;

Qu'en l'espèce, à défaut de telles constatations, le moyen, mélangé de fait, est nouveau et, comme tel, irrecevable.

Dans son rapport, Monsieur le conseiller Wyon retient notamment ce qui suit :

Certes, la prescription constitue une exception péremptoire et d'ordre public, qui peut être soulevée et doit être relevée d'office par les juges du fond, en tout état de la procédure et même pour la première fois devant la Cour de cassation.

Mais après avoir déduit de ce principe que la prescription devait être relevée par les juges "sans qu'il y ait lieu d'en aviser les parties" (voir par exemple Crim., 6 mai 2003, pourvoi n° 02- 84.348), la chambre criminelle juge désormais qu'il résulte des articles de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale que "les juges ne peuvent prononcer d'office la prescription de

l'action publique sans avoir permis aux parties d'en débattre" (Crim., 23 juin 2015, pourvoi n° 14-83.836 ; Crim., 17 oct. 2017, n° 16-85.193).

Nous jugeons que la Cour de cassation ne peut se prononcer sur ce point que si la décision attaquée comporte des éléments nécessaires pour en apprécier la valeur, faute de quoi le moyen est nouveau et comme tel, irrecevable (Crim 3 mai 1990 Bull. n°168 ; Crim., 9 mars 2010, n° 09-86.361).

Le moyen, pour prospérer, doit pouvoir s'appuyer sur des éléments contenus dans la décision attaquée, voire dans les conclusions des parties, auxquelles il appartenait de provoquer ces constatations (Crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-86.361 ; Crim., 19 avril 2017, pourvoi n° 16-81.095).

Cette réserve afférente à l'omission, par le demandeur au pourvoi, de soumettre au préalable aux juges du fond les éléments propres à provoquer une décision sur l'exception de prescription est elle même ancienne et constante :

Crim., 3 mai 1990, pourvoi n° 89-81.370, Bull. crim. 1990, n° 168

Attendu que si l'exception de prescription est d'ordre public et peut, à ce titre, être invoquée pour la première fois devant la Cour de Cassation, c'est à la condition que se trouvent, dans les constatations des juges du fond, les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur ; qu'à défaut de telles constatations, qui manquent en l'espèce et qu'il appartenait au demandeur de provoquer, le moyen, mélangé de fait et de droit, ne peut qu'être écarté.

Crim., 25 juin 2013, pourvoi n° 11-88.037, Bull. crim. 2013, n° 153

Attendu qu'il ne résulte d'aucune énonciation du jugement attaqué ni d'aucunes conclusions que le demandeur ait excipé de la prescription de l'action publique devant la cour d'appel ;

Attendu que, si l'exception de prescription est d'ordre public, et peut, à ce titre, être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation, c'est à la condition que se trouvent, dans les constatations du juge du fond, les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur ; que ces constatations, qu'il appartenait au demandeur de provoquer, font défaut en l'espèce.

À l'inverse, lorsque la chambre criminelle trouve dans les énonciations de l'arrêt attaqué les éléments nécessaires pour apprécier la pertinence de l'exception de prescription, elle en tire les conséquences (à titre d'exemples : Crim., 30 octobre 1989, pourvoi n° 88-84.421, Bull. crim. 1989 N° 388 ; Crim., 5 juillet 1995, pourvoi n° 93-82.665, Bull. n° 249).

Les principes ci-dessus sont applicables aux autres hypothèses d'exception d'ordre public (pour l'autorité de chose jugée, voir par exemple : Crim., 13 novembre 1989, pourvoi n° 88-80.801, Bull. crim. 1989 N° 408 ; pour la règle non bis in idem : Crim., 3 juin 1997, pourvoi n° 96-83.653, Bull. crim. 1997, n° 217).

2- l'autorité de chose jugée :

La chambre criminelle a dégagé deux solutions utiles au présent cas :

- elle juge en effet que, quoiqu'un arrêt de la chambre de l'instruction a déjà tranché sur l'absence de prescription de l'action publique et malgré la forclusion de l'article 175 du code de procédure pénale, le prévenu reste recevable à soulever l'exception de prescription de l'action publique devant la juridiction de jugement (Crim., 8 septembre 2010, pourvoi n° 09-87.009) ;

- elle décide par ailleurs que le caractère définitif d'une décision d'une juridiction d'instruction disant l'action publique non prescrite n'empêche pas une autre partie de soulever une exception de prescription de l'action publique : Crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-80.473 « aucune autorité de chose jugée ne s'attache aux décisions des juridictions d'instruction déclarant l'action publique non prescrite ».

Dans la présente procédure, plusieurs décisions ont été rendues portant en tout ou partie sur le problème de la prescription de l'action publique :

- par un **arrêt du 28 septembre 2016 (D3402) la COMINS**, saisie par le ministère public, a, d'une part, constaté l'extinction de l'action publique par la prescription en ce qui concerne un éventuel versement en espèces de 5,5 millions de francs au titre de prestations de sécurité susceptibles d'avoir été effectuées durant la campagne électorale de M. X..., d'autre part, dit qu'aucun des autres faits dont est saisie la COMINS sous les qualifications d'abus de biens sociaux, complicité et recel, détournement de fonds publics, complicité et recel n'est prescrit ;

- par un autre **arrêt, n°3, du 21 décembre 2017 (D3789) la COMINS** a rejeté la requête en constatation de prescription de l'action publique déposée par M. X... ;

- dans son **arrêt de renvoi du 30 septembre 2019 (D4059), la COMINS** a considéré que l'action publique n'était pas prescrite ;

- saisie de pourvois formés par M. X... notamment contre ces deux dernières décisions, la **Cour de cassation (Ass. Plen., 13 mars 2020, précité)** a jugé que les faits n'étaient pas prescrits.

La Cour de cassation appréciera si l'autorité de chose jugée qui s'attache à ces décisions est de nature à faire obstacle à une exception de prescription de l'action publique soulevée par M. Z..., pour la première fois, devant elle, étant observé que le sens des décisions précitées est qu'une décision disant l'action publique non prescrite n'est pas de nature à rendre irrecevable une nouvelle demande présentée sur le même fondement au cours de la même procédure.

Dans la négative, elle devra examiner les conditions de l'éventuel débat sur ce point devant les juges du fond et les motifs de la décision attaquée.

3- les conditions du débat devant la CJR :

M. Z... n'a pas saisi la CJR de conclusions aux fins de constatation de la prescription de l'action publique ; ni lui, ni son défenseur, n'ont invoqué ce moyen au oralement au cours des débats. Il s'en déduit que M. Z..., a priori, n'a pas « provoqué » les constatations sur lesquelles il sollicite la censure de la Cour de cassation.

Au soutien de cette exception invoquée par lui pour la première fois devant la Cour de cassation, l'intéressé produit diverses pièces, numérotées 1 à 46, référencées de manière aléatoire.

Les pièces 1a et 1b sont des articles relativement récents ; leur origine n'est pas précisée. La pièce 2 est un exemplaire des conclusions de M. X... devant la CJR traitant de la question de la prescription de l'action publique.

Les pièces 3 à 6, 8 et 9, 13 à 15, 17, 23, 24, sont des documents visés dans ces mêmes conclusions.

La pièce 25 est un livre dont le contenu est repris en partie aux cotes D37 et D368 et qui est annexé au dossier en intégralité cote D3850.

Les pièces 26 à 31 puis 35 et 36 sont issues de la procédure.

Les pièces 32 à 34 sont extraites d'une autre procédure (dite du « Fondo », *cf infra*).

Les pièces 7, 10, 11, 12, 16, 18 et 22 ne figurent ni au nombre de celles produites par M. X..., ni à l'inventaire de la procédure et semblent nouvelles.

Aucun de ces documents ne figure par ailleurs dans la liste de ceux visés aux conclusions déposées devant le tribunal correctionnel pour la défense de M. Q..., que son avocat a remises à la CJR, pour information, alors que l'intéressé était cité comme témoin.

La Cour de cassation devra s'interroger, le cas échéant, sur le point de savoir si M. Z..., qui n'est pas poursuivi pour les mêmes faits que M. X..., peut se prévaloir des griefs et pièces présentés par ce dernier devant la CJR et portant sur la prescription de l'action publique.

Dans l'affirmative, elle devra examiner la procédure, notamment à la lumière de l'ensemble des pièces produites par l'intéressé ; dans la négative, elle devra dire si elle trouve dans les seuls motifs de la décision attaquée des éléments propres à lui permettre de constater la prescription de l'action publique des délits reprochés à M. Z....

4- l'examen des motifs des juges du fond :

a:) les énonciations pertinentes de l'arrêt attaqué :

Une partie entière de l'arrêt attaqué est dédiée à la question de la prescription de l'action publique, M. X... ayant déposé des conclusions sur ce point.

Les avocats de M. X..., ont résumé leurs moyens visant à la constatation de la prescription de l'action publique comme suit (conclusions, p. 20) :

Il résulte de tout ce qui précède que les faits sur lesquels s'appuient les accusations formulées à tort contre M. X... dans la présente procédure, sont totalement prescrits, et ce à plusieurs titres :

- Premièrement, pour n'avoir fait l'objet d'aucune dissimulation dans les comptes des sociétés prétendument abusées ; le point de départ de la prescription a donc commencé à courir à compter de la publication des comptes sociaux dans lesquels figuraient les opérations litigieuses, publication qui est intervenue au plus tard au cours des années 1995 et 1996 ;

- Deuxièmement, l'Etat, actionnaire des sociétés prétendument abusées, a eu connaissance en la personne de ses plus hautes autorités politiques et administratives - le Président CF... U..., son secrétaire général M. AT..., le Ministre de la défense M. ER... -, des faits aujourd'hui dénoncés, puisqu'il avait alors exprimé la volonté de mettre un terme aux commissions dues au réseau K dès 1996 ; l'Etat était donc nécessairement en mesure de mettre en mouvement l'action publique, et ne l'a pas fait ;

- Troisièmement, en ce que les prétendues victimes des abus de bien sociaux allégués, étaient en tout état de cause en mesure de mettre en mouvement l'action publique, puisque

1/ leurs dirigeants en poste à l'époque des faits, qui auraient pu être impliqués dans une hypothétique infraction, avaient changé en décembre 1995 pour SOFRESA, en juillet 2001 pour DCN-I , et

2/ il est établi que ces nouveaux dirigeants étaient informés des faits présentés comme délictueux dans la présente affaire ;

- Quatrièmement, la totalité des éléments présentés dans les rapports Nautilus, qui en feraient le document « clé » de la mise en oeuvre de l'action publique, avaient en réalité déjà fait l'objet de très nombreux articles et reportages dans la presse nationale, précis et circonstanciés, entre 1996 et 2002 ; la procédure dite du Fondo a établi que les magistrats instructeurs avaient d'ailleurs bien eu accès aux médias concernés ;

- Cinquièmement, il est incontestablement établi que les autorités judiciaires ont eu connaissance des soupçons relatifs à l'existence d'éventuelles rétrocommissions sur les contrats SAWARI II et AGOSTA, notamment à l'occasion de la procédure du Fondo, et du lien qui était fait à tort avec le financement de la campagne de M. X..., et ont sciemment décidé de ne pas enquêter sur ces faits.

Pour écarter l'exception de prescription de l'action publique soulevée par M. X..., l'arrêt attaqué énonce ce qui suit :

II - Sur les conclusions aux fins de voir constater la prescription de l'action publique

244. Les faits reprochés à MM. Z... et X... visés par l'ordonnance de renvoi se sont échelonnés de 1993 à 1995.

245. En matière d'abus de biens sociaux, de complicité et de recel d'abus de biens sociaux, le délai de prescription est d'une durée de trois ans et court, en application d'une jurisprudence ancienne et constante, à compter du jour « où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (Crim., 25 avril 1995, n° 94-82.562).

246. En l'espèce, le point de départ du délai de prescription a été fixé au 21 septembre 2006, date à laquelle a été saisi, dans le cadre d'une enquête ouverte début 2006, le dossier Nautilus, lequel comportait une note du 11 septembre 2002 faisant état d'un lien entre l'attentat de Karachi du 8 mai 2002 et le système de rétributions occultes intervenu à l'occasion de la passation de marchés de vente d'armes, ayant permis le financement de la campagne électorale de M. X.... La commission d'instruction a relevé, à cet égard, que ce rapport Nautilus était « resté secret jusqu'à sa saisie en 2006 et n'a été connu des médias et du public que bien plus tard » (arrêt p.12).

247. M. X... invoque la prescription des faits en soutenant, d'abord, que le versement des commissions rattachées aux contrats litigieux par les sociétés SOFRESA et DCN-I n'était pas dissimulé puisque figurant dans les comptes sociaux de 1995 et 1996, de sorte que la prescription s'est trouvée acquise en 1998 et 1999 (conclusions 2.1), les successeurs de CF... O... et de M. P... à la tête desdites sociétés n'ayant eux-mêmes pas cru devoir porter plainte du chef d'abus de bien social (conclusions 2.3).

248. Toutefois, on relèvera :

- d'une part, que le versement des sommes litigieuses était, en réalité, inscrit dans la comptabilité sociale sous la seule appellation de « frais techniques » ou « d'avances sur commission » ne permettant pas l'identification de la nature des dépenses ;

- d'autre part, que la seule mention de tels versements ne permettait évidemment pas de détecter un éventuel abus de bien social, lequel ne pouvait résulter que de l'établissement de l'anormalité des modalités de versement desdites commissions et de leur inutilité au regard des perspectives de signatures des marchés. .

249. Par ailleurs, M. X... fait valoir que le versement de rétrocommissions au profit du réseau K était connu de tous, à savoir des plus hautes autorités de l'Etat dès le 2e semestre 1995 (conclusions 2.2), de la presse qui en a rendu compte dans de nombreux articles (conclusions 2.4) et des autorités judiciaires elles-mêmes du fait de l'affaire du Fondo concernant le Parti Républicain et du rapport Porchier du 23 avril 1998 ayant servi de base à la saisine du procureur général près la Cour des comptes (conclusions 2.5).

250. Mais ainsi que l'a rappelé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 13 mars 2020, qui a rejeté les moyens invoqués par M. X... au soutien de la prescription, le point de départ de cette prescription a été fixé, par la commission d'instruction, à la date « à laquelle les infractions dissimulées étaient apparues dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (arrêt de l'Assemblée plénière, p.6). Il en résulte qu'il importe peu que certaines autorités publiques aient pu avoir connaissance de faits susceptibles de constituer des infractions dès lors que ces

informations n'ont pas été portées à la connaissance du ministère public, lequel peut seul exercer l'action publique en application des articles 31, 40, alinéa 1^{er}, et 41 du code de procédure pénale.

251. De même, le point de départ de la prescription ne saurait dépendre de la publication d'articles de presse peu circonstanciés, souvent rédigés au conditionnel et se limitant à émettre un soupçon ou à envisager une hypothèse. En effet, le ministère public ne saurait, par principe, accorder foi à des allégations dont l'inspiration peut avoir de multiples objets, ni ordonner systématiquement des enquêtes sur ces allégations, sous peine de se voir opposer la prescription quand des éléments postérieurs renforçant leur crédit lui seraient parvenus.

252. Enfin, il ne peut être soutenu que les autorités judiciaires avaient connaissance de l'existence de rétrocommissions payées au réseau K dans le cadre des contrats litigieux dès lors que :

- d'une part, l'affaire du Fondo invoquée par M. X... est totalement étrangère aux faits de l'espèce ;
- d'autre part, le rapport de M. Porchier en date du 23 avril 1998 n'a pas été porté à la connaissance du procureur de la République avant son dépôt dans le cadre de l'information conduite par les juges d'instruction de droit commun.

253. En conséquence, il conviendra de rejeter l'argumentation de M. X... tendant à voir constater la prescription.

b:) l'analyse de cette motivation

Le troisième moyen de cassation proposé par M. Z... se divise en quatre branches.

Selon la première branche, la prescription de l'action publique du délit d'abus de biens sociaux court à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses ont été mises à la charge de la société concernée. Il est soutenu qu'au présent cas, les versements des commissions litigieuses ont été inscrits dans la comptabilité des sociétés concernées (SOFRESA et DCN-I) sous l'appellation « frais techniques » et « avances sur commission », dès 1995 et 1996, dans des conditions exclusives de toute dissimulation.

Ces griefs correspondent à ceux formulés pour la défense de M. X... au premierement ci-dessus ; ils sont repris en partie par M. Z..., et, en toute hypothèse, un seul d'entre eux vise précisément les motifs de l'arrêt attaqué, dans les termes suivants :

Il était donc établi et non contesté que non seulement les commissions litigieuses étaient inscrites dans les comptes sociaux, mais encore que ces versements étaient bien déclarés en tant que commissions, puisque figurant dans les DAS 2.

Ces faits ne sont pas contestés par l'arrêt attaqué qui constate effectivement que le versement des sommes litigieuses était "bien inscrit dans la comptabilité sociale" sous

la seule appellation de "frais techniques" ou "d'avances sur commissions" (arrêt p. 53, n°246).

La CJR s'est expliquée sur cet aspect de la question aux paragraphes 244 à 248 de l'arrêt attaqué, spécialement dans ce dernier paragraphe.

Selon la deuxième branche, si, en cas de dissimulation, le délai de prescription ne court qu'à compter du jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, tel n'est pas le cas. Il est allégué que de nombreux articles de presse et d'émissions diffusés dans le public ont, en effet, dès 1998, fait état de manière circonstanciée de l'existence de rétro commissions en lien avec des contrats d'armement, ayant permis de financer la campagne électorale de M. X....

Les griefs énoncés à la deuxième branche, qui correspondent en partie à ceux formulés pour la défense de M. X... aux deuxièmement à quatrièmement ci-dessus, ne relèvent aucune insuffisance ou contradiction dans les motifs de l'arrêt attaqué.

On relèvera que la CJR a répondu aux arguments de M. X... aux paragraphes 249 à 251 de l'arrêt attaqué.

Selon la troisième branche, les autorités publiques étaient en mesure d'ordonner toute investigation dès l'année 1998, dans la mesure où la vraisemblance de ces faits ressortait des investigations ordonnées dans une autre information, portant sur l'affaire dite du « Fondo ».

Ces griefs, qui correspondent en grande partie à ceux formulés pour la défense de M. X... aux quatrièmement et cinquièmement ci-dessus, reprochent à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que l'affaire dite du « Fondo » était étrangère à la présente procédure, dans les termes suivants :

En se contentant d'affirmer que l'affaire du Fondo est totalement étrangère aux faits de l'espèce, nonobstant l'ensemble des éléments de procédure démontrant l'inverse, sans même s'expliquer sur le réquisitoire supplétif du Parquet du 6 août 1999 produit aux débats, permettant d'établir sans contestation possible que le ministère public avait bien eu connaissance de suspicions de rétrocommissions possiblement liées aux contrats d'armement objet de la présente procédure, la Cour de justice a privé sa décision de toute base légale.

Cette argumentation renvoie à un grief de dénaturation de certaines pièces de la procédure (D506, audition de M. BA..., journaliste ; D507 procès verbal d'exploitation d'émission de télévision) et du document n° 23 produit par M. X... (un réquisitoire supplétif du 6 août 1999, qui serait extrait de la procédure dite du « Fondo »). Elle ne vise aucun autre motif de l'arrêt attaqué.

La CJR aborde cette question au paragraphe 252 de l'arrêt attaqué.

Selon la quatrième branche, en faisant le choix de refuser la communication de l'ensemble des pièces du dossier du « Fondo » et leur versement dans le cadre de la présente procédure, pour n'en extraire que quelques documents choisis dans le dessein de ne pas laisser

apparaître la prescription de l'action publique, le magistrat instructeur, suivi en cela par la Cour de justice de la République, a violé les principes fondamentaux de la procédure et du procès pénal.

Le grief ci-dessus, s'il est formulé au soutien d'un moyen tendant à faire constater la prescription de l'action publique, vise avant tout à remettre en cause les conditions dans lesquelles certaines investigations ont été réalisées pendant la phase de l'instruction.

Son examen appelle les précisions qui suivent.

> éléments de compréhension :

Pour une meilleure compréhension de cet aspect du moyen, dans lequel le dossier dit du « Fondo » est évoqué, on rappellera que M. Z... a été ministre de la Défense dans le gouvernement de M X..., M. Q... étant alors son principal conseiller. Lorsqu'il a quitté ses fonctions de ministre de la Défense, M. Z... a été nommé président du Parti Républicain le 18 juin 1995 (D508 et D1271, p.5). M. Q... est devenu son directeur de cabinet (D505).

Les investigations effectuées dans deux informations, distinctes de celles ayant conduit à la saisine de la Cour de justice de la République, ont montré que le Parti Républicain, alors présidé par M. Z..., avait été financé par des remises d'espèces, courant 1995 et 1996 ; deux sommes ont été pour l'essentiel identifiées :

- 2.400.000 francs en espèces saisis au siège du Parti Républicain le 20 juillet 1995 ;
- 5 millions de francs en espèces déposés dans une banque luxembourgeoise le 10 juin 1996.

Le taux d'endettement de l'association Parti Républicain (PR), à cette époque, a justifié des refus de prêts de la part des établissements bancaires sollicités.

Il a alors été décidé de recourir à un établissement financier implanté à l'étranger, la banque italienne « Fondo Sociale Di Cooperazione Europea », dite le « Fondo », qui a, suivant acte du 6 juin 1996, consenti un faux prêt de 5 000 000 francs à l'association Parti Républicain et Républicain Indépendant (D500, p.7 et s.), précédé du versement au bénéfice du « Fondo » d'une somme équivalente en espèces, dont disposait M. Z....

Ce dernier et M. Q..., avec d'autres personnes, ont donc été mis en cause pour avoir utilisé le « Fondo » à des fins de blanchiment d'espèces. Ces faits ont fait l'objet d'une information en 1997, dite « dossier du Fondo ».

Des procès-verbaux extraits de cette procédure figurent aux cotes D498 à D511 (procès verbal d'annexion de pièces du 17 février 2011) D864 et suivants, D2408 à D2430 (procès verbal de jonction de pièces du 20 juin 2012).

Par jugement, devenu définitif, en date 16 février 2004, le tribunal correctionnel de Paris a notamment déclaré MM. Z... et Q... coupables de financement illicite d'un parti politique et blanchiment (D4037).

Un tableau descriptif des circuits de financement via le « Fondo » figure en page 223 de l'arrêt de renvoi de la COMINS (D4059).

Pour de plus amples précisions, on renverra à l'arrêt de renvoi de la COMINS en date du 30 septembre 2019 (D4059), pages 221 et suivantes.

> éléments d'analyse :

Les décisions de jonction ou d'annexion de pièces (voir notamment D498 et D2408) dont M. Z... allègue qu'elles ont été faites dans un souci de faire obstruction à un constat de prescription sont antérieures à la saisine de la COMINS, puisque datées des 17 février 2011 et 20 juin 2012. D'autres pièces ou cotes provenant du dossier du « Fondo » figurent au dossier.

Dès le moment de sa mise en examen, M. Z... a bénéficié de l'ensemble des droits attachés à cette qualité, notamment :

- le droit de demander des actes utiles à la manifestation de la vérité, dans les conditions prévues à l'article 81, alinéa 9, et 82-1 du code de procédure pénale, spécialement l'annexion de pièces d'une autre information ;
- le droit de contester, le cas échéant, les décisions rendues en réponse à ces demandes devant la Cour de cassation, comme il est prévu à l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République ;
- la faculté de demander la récusation d'un ou plusieurs des membres de la COMINS, s'il considérait que leur démarche procédait du même parti-pris qu'il impute aux précédents magistrats instructeurs, dans les conditions prévues aux articles 4, premier alinéa, de la loi organique précitée et 668 du code de procédure pénale ;
- le droit de réitérer certaines demandes, au moment du règlement du dossier, dans les conditions fixées par l'article 175 de ce même code ;
- la possibilité de contester l'arrêt de règlement de la COMINS devant la Cour de cassation (article 24 de la loi organique précitée) ;
- la faculté de saisir la CJR, au moment de l'audience sur le fond, de toute demande de supplément d'information, en application de l'article 463 du code de procédure pénale.

M. Z... n'a exercé aucun de ces droits et recours, sans alléguer qu'il en eût été empêché ; il n'a saisi la CJR d'aucune demande de supplément d'information, pas plus qu'il n'a contesté devant elle la teneur des investigations réalisées, afférentes au versement, dans la présente information, de pièces extraites de la procédure du « Fondo », notamment pour critiquer l'insuffisance ou le caractère partiel et partial de ces mêmes investigations.

B) SUR LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE :

Les règles applicables en matière de prescription ont été modifiées par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 qui, en matière délictuelle, a doublé le délai de prescription prévu par **l'article 8 du code de procédure pénale**, qui est passé de trois ans à six ans.

L'article 4 de cette loi prévoit que : « la présente loi ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur, avaient valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise » (Crim., 9 janvier 2019, n°17-83.587, NP).

Si le délai en vigueur au moment des faits et des investigations était de trois ans, la Cour de cassation (*cf infra*) a consacré depuis longtemps le principe selon lequel le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique.

Ce principe a été repris par le législateur qui, par la loi n° 2018-703 du 3 août 2018, a notamment créé l'article 9-1 du code de procédure pénale, qui érige cette solution jurisprudentielle en règle législative, dans la limite de douze années à compter de la commission de l'infraction.

L'essentiel de l'argumentation de M. Z... consiste à alléguer que les faits n'ayant pas été dissimulés, le délai de prescription a commencé à courir au jour où les délits qui lui sont reprochés, qui sont des infractions instantanées, ont été commis. Il fait valoir en outre que si ces mêmes faits devaient être considérés comme ayant été dissimulés, ils ont été mis au grand jour, donc dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, bien avant la date retenue (21 septembre 2006) en raison de la connaissance qu'avaient les autorités constituées, la presse et les autorités judiciaires de leur existence.

Devant la CJR, M. X... a développé une argumentation similaire.

Ces moyens renvoient, comme indiqué précédemment, notamment à une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon laquelle la prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Elle a notamment été appliquée en matière d'abus de biens sociaux (Crim. 10 août 1981, n° 80-93.092, Bull. Crim. n° 244 ; Crim. 5 mai 1997, n° 96-81.482, Bull. Crim. n° 159), de recel d'abus de biens sociaux (Crim. 6 février 1997, n° 96-80.615, Bull. Crim. n° 48), de détournements de fonds publics (Crim. 2 décembre 2009, n° 09-81.967, Bull. Crim. n° 204).

Cette jurisprudence est toujours d'actualité, par exemple :

- en matière d'abus de confiance (Crim. 5 avril 2018, n° 17-83.166, P) ;
- en matière de détournement de fonds par une personne chargée d'une mission de service public (Crim. 20 avril 2017, n° 16-80.091, P) ;
- en matière de détournement de fonds publics et par application de l'article 203 du code de procédure pénale qui définit la connexité (Crim. 28 février 2017, n° 15-81.969, P).

La question de la prescription a été discutée dès la première phase des investigations, les dates envisagées comme pouvant constituer autant de points de départ possibles du délai de prescription de l'action publique étant nombreuses, selon l'approche qui pouvait être retenue.

Une tentative de synthèse des hypothèses envisageables, qui ne contient d'ailleurs pas celle qui a été finalement retenue, figure dans un tableau cote D3764.

Les décisions rendues ultérieurement dans le cadre de la présente information ont toutes retenu que la prescription n'était pas acquise.

Par souci de ne pas alourdir le présent rapport, on renverra aux arrêts concernés :

- l'arrêt rendu par la COMINS le 28 septembre 2016 (D3402), par lequel, après un constat d'acquisition de la prescription pour un fait précis, cette dernière a décidé qu'aucun des autres faits dont est saisie la commission d'instruction sous les qualifications d'abus de biens sociaux, complicité et recel, détournement de fonds publics, complicité et recel n'est prescrit ;

- l'arrêt n°3, en date du 21 décembre 2017 (D3789) de la COMINS, qui a rejeté la requête en constatation de prescription de l'action publique déposée par M. X... et notamment fixé **le point de départ du délai de prescription des faits poursuivis devant elle au 21 septembre 2006**, date de la saisie du rapport "Nautilus" dans le cadre de l'enquête préliminaire conduite par le parquet de Paris (procédure n°P06027.920 1/2), qualifiée de connexe à la présente, date avant laquelle les faits n'étaient pas connus dans des conditions permettant l'exercice de poursuites ;

- l'arrêt de renvoi du 30 septembre 2019 (D4059, pp 250 sqq), qui a notamment repris la solution ci-dessus ;

- l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2020 (Assemblée plénière, précité, §§ 39 à 44) qui a notamment rejeté le moyen tiré de la prescription de l'action publique.

On rappellera enfin, s'agissant de la connexité, comme il est énoncé dans l'arrêt n° 3 de la COMINS du 31 décembre 2017, déjà cité, que :

(...) la chambre criminelle a déjà jugé que :

- un acte interruptif de prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard de l'autre, même si ces procédures n'ont pas été jointes (Crim. 1er déc. 2004, n° 03-87.883, Bull. Crim. n° 304, D. 2005, 797, hypothèse des infractions de détournement de fonds publics et d'abus de biens sociaux) ;

- lorsque des infractions sont connexes, tout acte interruptif de prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard des autres, et ce, même en cas de poursuites exercées séparément. Tel est le cas du recel, connexe selon l'article 203 du code de procédure pénale, aux délits originaires (Crim. 19 déc.1995, n°95-80.850, Bull. Crim. n°390) ;

- en matière d'abus de biens sociaux et de recel de ce délit, le caractère non limitatif de l'énumération de l'article 203 relatif à la connexité ;

- en cas d'infractions connexes, un acte interruptif de la prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard de l'autre (Crim. 28 mai 2003, n° 02-85.185, Bull. crim. n° 108 ; Crim. 19 septembre 2006, n° 05-83.536, Bull. crim., n° 228), ce qui justifie qu'en raison du lien de connexité démontré entre les infractions objet de l'information ouverte le 25 février 2008, celles poursuivies dans le cadre de l'instruction référencée P 10167. 96027 et celles concernées par la présente procédure, les actes interruptifs de la prescription concernant les premiers délits ont eu le même effet à l'égard des autres.

Pour mémoire, on rappellera que cette notion de connexité est déjà à l'origine de la décision rendue par la Cour de cassation (Crim. 4 avril 2012, n°11-81.124, Bull. Crim., n° 86) qui, saisie d'un pourvoi par les victimes de l'attentat de Karachi, a cassé la décision de la chambre de l'instruction déclarant irrecevable leur constitution de partie civile initiale du chef d'infractions financières sur le fondement d'éléments qui étaient apparus dans l'instruction d'origine. La procédure qui a suivi cette plainte avec constitution de partie civile est, avec d'autres, indirectement (comme il a été précisé supra, partie 1., A) à l'origine de la présente.

La Cour de cassation, pour examiner le troisième moyen, devra dire si M. Z... a soumis à la CJR les éléments propres à conduire celle-ci à se prononcer sur le grief de prescription et, si tel n'est pas le cas, le moyen étant de ce fait nouveau comme mélangé de droit et de fait, elle devra rechercher dans les seuls motifs de l'arrêt attaqué les constatations permettant de conclure à la prescription de l'action publique.

Si la Cour considère que le débat a bien été initié par M. Z... devant les juges du fond, elle devra examiner, à la lumière des griefs formulés devant la CJR, l'ensemble de la procédure.

Dans ce second cas, elle devra examiner le caractère nouveau des griefs exposés à la quatrième branche du moyen.

Proposition du rapporteur :

La Cour de cassation, pour l'examen du troisième moyen, devra donc répondre aux questions suivantes :

- M. Z... a-t-il provoqué devant la CJR les constatations sur lesquelles il sollicite la censure de la Cour de cassation ?
- dans la négative, résulte-t-il des énonciations de l'arrêt attaqué que la prescription de l'action publique de l'infraction poursuivie est acquise ?
- dans l'affirmative, les griefs exposés à la quatrième branche sont-ils nouveaux ?
- dans l'affirmative, résulte-t-il de la procédure que cette prescription est acquise ?

QUATRIÈME MOYEN : LA DURÉE DE LA PROCÉDURE

Le quatrième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré M. Z... coupable de complicité d'abus de biens sociaux sans avoir statué sur les violations de son droit à un procès équitable et des droits de la défense, dues au délai déraisonnable écoulé entre les faits, le début des procédures, et son jugement par la Cour de justice de la République, alors que :

le droit à un procès équitable implique que toute personne contre laquelle une accusation pénale est portée ait droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable afin que les droits des parties soient préservés ; qu'il résulte en l'espèce des propres mentions de l'arrêt attaqué que M. Z... avait invoqué une violation de son droit à un « procès équitable due au délai déraisonnable écoulé entre les faits, le début des procédures et la présente audience », ce en raison notamment du dépérissement des preuves - dû notamment au décès du principal négociateur des contrats comme de nombre des personnes concernées par les contrats litigieux.

A) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :

Pour comprendre la portée de ce moyen, les énonciations de l'arrêt attaqué doivent être reprises au préalable :

B - La défense de M. Z...

235. Constitué à l'audience du 3 février 2021, le conseil de M. Z... a sollicité oralement à titre principal la relaxe du prévenu faute de démonstration à son encontre d'un acte de complicité d'un délit d'abus de biens sociaux au demeurant inexistant, et, subsidiairement, **l'annulation de l'intégralité de la procédure pour absence de procès équitable due au délai déraisonnable écoulé entre les faits, le début des procédures et la présente audience.**

B) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :

Le moyen, outre l'article 593 du code de procédure pénale, vise trois textes :

L'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui stipule notamment :

Article 6 – Droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

L'article L. 111-3 du code de l'organisation judiciaire, qui dispose :

Les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable.

L'article préliminaire du code de procédure pénale, III, enfin, qui prévoit dans ses alinéas 1 et 5 :

Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. (...).

Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.

On rappellera que les premier et sixième alinéas de l'article 385 du même code sont ainsi rédigés :

Le tribunal correctionnel a qualité pour constater les nullités des procédures qui lui sont soumises sauf lorsqu'il est saisi par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction.

(...)

Dans tous les cas, les exceptions de nullité doivent être présentées avant toute défense au fond.

On observera enfin que la question de la forclusion prévue au dernier alinéa de l'article 179 du code de procédure pénale est sans intérêt ici.

1- le dépassement du délai raisonnable, fondement d'une requête en annulation de procédure :

Le dépassement du délai raisonnable peut justifier, lorsqu'il est invoqué devant les juridictions nationales :

- lorsque la personne est détenue, sa mise en liberté (même dans le cas où l'article 5, § 3, de la Convention susvisée n'est plus applicable : [Crim., 17 juin 2015, pourvoi n° 15-82.206](#)) ;
- une demande d'indemnisation sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, à raison du fonctionnement defectueux du service public de la justice ;
- une action contre les personnes qui, par leur négligence fautive, ont concouru au dépassement de ce délai (procédure disciplinaire contre les officiers de police judiciaire,

plainte pour déni de justice contre les magistrats en application de l'article 434-7-1 du code pénal).

En revanche, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le dépassement du délai raisonnable est sans incidence sur la validité des procédures et ne saurait être utilisé comme fondement d'une requête en annulation de cette procédure, sans considération pour le fait que la demande d'annulation ait été précédée d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme constatant la violation de l'article 6, § 3, susvisé ([Crim., 3 février 1993, pourvoi n° 92-83.443, Bull. crim. 1993 n° 57](#)) ou qu'elle ait été présentée en cours de procédure avant toute décision mettant fin à la procédure et de ce fait avant toute saisine de cette même Cour ([Crim., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-82.863, Bull. crim. 2013, n° 100](#)).

2- le dépassement du délai raisonnable, fondement d'une requête en annulation de procédure présentée au moment de la défense au fond :

Les exceptions de nullités, en application du dernier alinéa de l'article 385 du code de procédure pénale, doivent être présentées avant toute défense au fond. À défaut, l'exception est irrecevable (voir, par exemple : [Crim. 4 avril 2013, pourvoi n° 12-85.067, Bull. crim. 2013, n°79](#)).

La chambre criminelle estime que la règle édictée par l'article 385 du code de procédure pénale, selon laquelle les exceptions tirées soit de la citation, soit de la procédure antérieure, doivent, à peine de forclusion, être présentées avant toute défense au fond, s'applique à toutes les nullités ainsi visées, même substantielles et d'ordre public, sous la seule réserve de celles affectant la compétence juridictionnelle ([Crim. 14 mars 2012, pourvoi n° 11-85.827, Bull. crim. 2012 n° 73](#)).

« Avant toute défense au fond » signifie que l'exception doit être soulevée avant l'interrogatoire au fond du prévenu, c'est-à-dire immédiatement après l'interrogatoire d'identité et la lecture des chefs de prévention.

3- le dépassement du délai raisonnable, un grief soumis aux règles de droit commun :

Lorsque les conclusions ont été régulièrement déposées, dans les formes de l'article 459 du code de procédure pénale, le tribunal « est tenu de répondre ». La chambre criminelle, de façon constante, estime que la juridiction doit répondre aux chefs péremptoires des conclusions dont elle est saisie et que constitue un chef péremptoire tout chef de demande spécifié dans le dispositif des conclusions ([Crim., 11 octobre 1972, pourvoi n° 70-92.568, Bull. Crim. 1972, n°281](#) ; [Crim., 17 juin 1976, pourvoi n° 76-90.888](#)), y compris par lequel le prévenu soulève une exception de nullité. En revanche, les juges ne sont pas tenus de répondre à une argumentation dénuée de portée, ni d'entrer dans le détail des explications fournies.

Selon MM. Jacques et Louis Boré (*La cassation en matière pénale*, 4^{ème} édition, Dalloz, § 82.42) :

« Le moyen péremptoire est celui qui est de nature à influencer sur la solution du litige ou de l'incident à trancher, qu'il s'agisse de la compétence ou du fond. »

4- observations complémentaires :

> première observation :

Si en matière d'exception préjudicielle (article 386 du code de procédure pénale) la chambre criminelle admet que les moyens puissent être présentés oralement devant les juges du fond, à la condition qu'il résulte des mentions de la décision elle-même que les juges ont été saisis oralement de l'exception, encore celle-ci doit-elle être présentée avant toute défense au fond ([Crim., 29 mars 1995, pourvoi n° 94-82.320, Bull. crim. 1995, n° 137](#)).

> seconde observation :

Même dans les cas où les parties peuvent soulever des exceptions de nullité oralement devant le juge du fond, ce qui est le cas devant le juge de proximité, l'exigence de motivation du grief s'applique.

Deux arrêts rendus à la même date rendent exactement compte des exigences de la chambre criminelle en ce domaine.

- absence de motivation du grief :

[Crim., 26 avril 2017, pourvoi n° 16-82.742, Bull. crim., 2017, n° 129](#) (sommaire) :

Les exceptions de nullité peuvent être soulevées oralement à l'audience de la juridiction de proximité, et le juge est tenu d'y répondre. Toutefois, le jugement qui n'y répond pas n'encourt pas la censure dès lors que la Cour de cassation ne pourrait exercer son contrôle sur les réponses apportées en l'absence de conclusions écrites.

- grief motivé :

[Crim., 26 avril 2017, pourvoi n° 15-85.909, Bull. crim. 2017, n° 130](#) (sommaire) :

Encourt la cassation le jugement d'une juridiction de proximité qui omet de répondre aux exceptions de nullité qui, bien que proposées oralement par la défense, sont explicitement reprises dans la décision attaquée, ce qui met la Cour de cassation en mesure d'en connaître la teneur exacte et de vérifier qu'il y a été répondu, comme l'imposent les articles 385 et 522 du code de procédure pénale.

Dans cette espèce, qui concerne une infraction aux règles de police municipale en matière de stationnement, l'arrêt énonce que le demandeur au pourvoi avait présenté oralement devant le juge du fond une argumentation, reprise dans les motifs de la décision attaquée, en faisant valoir :

d'une part, que cet arrêté municipal édictait illicitement une interdiction générale de stationner non conforme aux dispositions de l'article R. 417-10 du code de la route, d'autre part, que cette interdiction ne faisait l'objet, à la date d'établissement du procès-verbal, d'aucune signalisation par panneau ou marquage au sol (...).

C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :

Il ne ressort pas des motifs de l'arrêt attaqué que la CJR a répondu à un grief pris du dépassement du délai raisonnable, énoncé aux textes visés au moyen.

Au rebours de ce qui est énoncé au mémoire ampliatif, les conclusions déposées par M. Z..., sous forme d'un mémoire manuscrit adressé à la CJR, ne font pas référence à la notion de délai raisonnable.

Si l'intéressé évoque la durée de la procédure en page 2, encore est-ce en termes généraux, sans en décliner la moindre conséquence ni renvoyer à un quelconque principe ou texte :

Il y a plusieurs sortes d'aveuglements. Le premier aveuglement est simple : un procès dont l'instruction se poursuit pendant plusieurs dizaines d'années est un procès qui se corrompt lui-même. D'abord parce que s'il ne peut faire parler les morts, il les utilise, ou les ignore (a). Ensuite parce que certains éclairages changent la nature même de la vérité (b). Enfin parce que des éléments nouveaux bouleversent les affirmations du dossier (c).

Au cours des débats, le dépassement du délai raisonnable a été évoqué sans autre explication, selon les énonciations de l'arrêt attaqué, dont il n'est pas allégué qu'elles auraient minoré ou dénaturé les explications présentées oralement pour la défense de M. Z..., au moment du débat sur le fond.

Proposition du rapporteur :

La Cour de cassation, pour l'examen du quatrième moyen, devra répondre à quatre questions :

- l'exception de nullité a-t-elle été soulevée avant toute défense au fond ?
- le moyen avancé est-il de nature à entraîner une annulation de procédure ?
- les conditions dans lesquelles le grief était formulé imposaient-elles à la CJR d'y répondre ?
- dans l'affirmative, quelles conséquences tirer de cette omission ?

CINQUIÈME MOYEN : LA QUALIFICATION DE L'INFRACTION PRINCIPALE

Le cinquième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré M. Z... coupable de complicité d'abus de biens sociaux, après avoir statué sur la culpabilité de MM. O... et P... du chef d'abus de biens sociaux, en leurs qualités respectives de président directeur général des sociétés SOFRESA et DCN-I, alors que :

Selon la première branche, la déclaration de culpabilité de MM O... et P... relevait de la compétence des juridictions de droit commun ;

Selon la seconde branche, une telle déclaration de culpabilité était impossible en raison de l'extinction de l'action publique à l'égard de M. O..., décédé le [...] 2011.

Au soutien de son argumentation, M. Z... évoque un précédent de la Cour européenne des droits de l'homme ([CEDH, arrêt du 12 avril 2012, NS... c/ France, n°18851/07](#), cf. infra).

A) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRÊT ATTAQUE :

L'arrêt attaqué comporte une introduction, une première partie dédiée à l'exposé des faits et de la procédure, une deuxième consacrée aux motifs de la décision et une dernière contenant le dispositif.

La deuxième partie est divisée en quatre sections, dont la troisième porte sur la culpabilité. La première subdivision (A) traite de la complicité d'abus de biens sociaux.

Le paragraphe 1- traite du délit d'abus de biens sociaux au préjudice de la société SOFRESA (§§ 257 à 271) ; il y est notamment question de l'intervention de M. O..., dirigeant de la SOFRESA, qui, contrairement à M. P..., n'a pas été poursuivi car il est décédé avant le déclenchement des poursuites.

Le paragraphe 2- évoque les abus de biens sociaux au préjudice de la société DCN-I (§§ 272 à 288) il y est question du rôle de M. P..., dirigeant de DCN-I.

Pour examiner les charges retenues contre M. Z..., l'arrêt attaqué énonce (p. 54) qu'il est reproché à ce dernier « (...) d'avoir concouru à la préparation et la réalisation des abus des biens ou du crédit des sociétés DCN-I et SOFRESA ».

Il est précisé ensuite :

255. La complicité suppose que soit démontrée l'existence d'un fait principal punissable.

1- les motifs concernant M. O... :

Les juges précisent dans les paragraphes 257 et suivants qui suivent que trois des quatre contrats saoudiens concernés étaient finalisés dès 1993, alors que M. AB..., qui dirigeait la station de ski d'Isola 2000, située sur la circonscription du député C... Z..., a été sollicité dès après la nomination de M. O... à la tête de la SOFRESA. Ils relèvent que M. O... a ensuite signé, entre fin 1993 et début 1994, d'une part des contrats de consultance avec le réseau de M. AB..., d'autre part divers avenants et autres conventions concédant au réseau ou aux sociétés qui en dépendaient des avantages financiers exorbitants des usages en vigueur. Ils ajoutent que ces avantages ont été, dès 1996, considérés comme inacceptables (procédé dit des « balourds ») par les organes de gestion et de contrôle de la société SOFRESA.

La CJR en déduit (§ 271) :

Indépendamment de la question de l'utilité du réseau K, il se déduit de l'ensemble de ces éléments, la preuve d'un usage des biens de la société SOFRESA contraire à l'intérêt social et dont M. CF... O... s'est rendu l'auteur dans son intérêt personnel. Le fait que les contrats saoudiens aient été finalement signés, voire aient pu être bénéficiaires, ne saurait justifier les avantages concédés au réseau K dans la fixation et la modification unilatérale des modalités de versement des commissions, sans contrepartie pour la société SOFRESA, et l'ayant exposée à un sous-financement en trésorerie.

2- les motifs concernant M. P... :

L'arrêt précise en premier lieu ce qui suit :

« 272. Les négociations relatives au contrat Agosta entre la France et le Pakistan, débutées en 1992, étaient en voie de finalisation lorsque, en mai-juin 1994, MM AB... et J... sont entrés en contact avec la société DCN-I qui, jusque-là, disposait d'un réseau mis en place antérieurement et rémunéré par l'intermédiaire de la société SOFMA ».

Il énonce ensuite que l'intervention de MM. AB... et J..., dont l'utilité n'a jamais été démontrée, a été marquée par divers contrats et avenants signés du fait de M. P... avec les intéressés, concédant à ces derniers, d'une part, des commissions substantielles, d'autre part, des conditions inhabituelles de perception anticipée d'un pourcentage important de ces mêmes commissions. Les juges précisent que le recours au réseau de MM AB... et J... est dû à une intervention de M. Q..., alors chargé de mission du Ministre de la défense, M. Z.... Ils ajoutent que les intermédiaires habituels désignés dans cette affaire ont été rémunérés dans des conditions usuelles, soit notamment par des paiements échelonnés sur le moyen ou long terme.

La CJR relève enfin que par un artifice juridique (cession de créance à une banque espagnole) la société du réseau K concernée s'est dégagée de tout engagement alors que le

contrat n'en était qu'à ses premiers mois d'exécution, sans pour autant que la société DCN-I réagisse ou engage la moindre procédure.

La CJR en déduit ce qui suit (§§ 287 et 288) :

287. Il apparaît clairement que M. P... a fait des biens de la société DCN-I un usage qu'il savait contraire à l'intérêt social et dans son intérêt personnel, préservant ainsi son mandat social et sa rémunération de dirigeant de la société. Le fait que le contrat Agosta ait été signé deux mois après la conclusion de l'accord avec la société Mercor, et qu'il ait pu se révéler bénéficiaire à terme ne saurait constituer la justification des avantages concédés au travers des modalités de versement des commissions contractuellement fixées puis modifiées sans contrepartie immédiate pour la société DCN-I, exposée à un sous-financement en trésorerie du contrat d'armement

288. De tels agissements imputables au président-directeur général de la société DCN-I sont constitutifs du délit d'abus de biens sociaux.

3- le dispositif de l'arrêt attaqué :

Le dispositif ne contient aucune déclaration de culpabilité à l'égard de M. O... ou de M. P....

B) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :

L'article 121-6 du code pénal prévoit que le complice de l'infraction est puni comme l'auteur de celle-ci.

L'article 121-7 du code pénal définit la complicité comme suit :

Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.

S'agissant du fait principal punissable, Monsieur le professeur Yves Mayaud (*Droit pénal général*, 5^{ème} édition mise à jour, collection droit fondamental, P.U.F, §§ 382 sqq) expose en substance ce qui suit :

* Le complice emprunte la criminalité d'autrui (...)

la complicité vient se greffer sur une action principalement menée par un autre, et selon des modalités qui s'en distinguent

* le fait principal punissable est une référence objective. Il renvoie exclusivement à ce qui peut être réprimé sur le plan pénal (...)

pour être punissable, le fait principal :

- doit correspondre à une infraction légalement incriminée (...)
- peut être un crime, un délit (...)
- doit recouper le seuil matériel de la répression. C'est bien sûr le cas lorsque l'infraction est juridiquement consommée, c'est-à-dire réalisée dans ce qui en caractérise la matérialité complète. (...)

* (...) cette matérialité est encore suffisante dans son principe, n'ayant pas à être complétée par une référence à la psychologie de son auteur (...)

([Crim., 8 janvier 2003, pourvoi n° 01-88.065, Bull. crim. 2003, n° 5](#) : la relaxe en faveur du prévenu principal pour défaut d'intention coupable n'exclut pas la culpabilité d'un complice).

En ce qui concerne la situation de l'auteur principal, ce même auteur précise notamment ce qui suit :

L'autonomie des poursuites :

Il est indifférent que le complice soit poursuivi alors que l'auteur de l'infraction ne le serait pas. La complicité ne tient pas à une égalité de principe à ce titre, mais à l'existence établie d'un fait principal objectivement punissable, peu importe que l'action publique soit ou non mise en mouvement à l'encontre de son auteur ([Crim., 28 novembre 2006, pourvoi n° 06-81.060, Bull. crim. 2006, n° 294](#)), lequel peut être décédé, inconnu ([Crim., 18 novembre 1976, pourvoi n° 75-92.805, Bull. Crim. 332](#) ; [Crim., 28 mai 1990, pourvoi n° 89-83.826, Bull. crim. 1990 N° 214](#)) ou en fuite (...).

Le sommaire du dernier précédent cité ci-dessus du 28 mai 1990 énonce ce qui suit :

La complicité légale n'existant que si le fait principal est punissable, les éléments de ce fait doivent être constatés (1)..

La culpabilité du complice est indépendante de celle de l'auteur principal ; la condamnation est suffisamment justifiée à son égard si la décision qui la prononce constate l'existence du délit et en relève les éléments constitutifs (2).

La circonstance que l'auteur du délit n'a pu être encore poursuivi ne saurait exonérer le complice de sa responsabilité pénale, dès lors que les constatations souveraines des juges du fond établissent l'existence d'un fait principal punissable (3).

L'analyse de Monsieur le professeur Mayaud est partagée par la doctrine dans son ensemble, même si elle est formulée en des termes différents, (pour des références classiques : Robert Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel*, tome 1, quatrième édition, 1981, Cujas, §§ 493 sqq ; Jean Pradel, *Droit pénal général*, huitième édition, 1992, Cujas, §§ 372 sqq, ; pour une référence contemporaine : CF...-Henri Robert, *Complicité*, JurisClasseur pénal, fascicule 20, mise à jour 22 avril 2020, Lexis Nexis). Monsieur le professeur Robert cite, entre autres, le cas de poursuites contre un complice alors que l'auteur principal était décédé ([Cass. crim., 28 octobre 1886, Bull. crim. n° 358](#)).

C) ELEMENTS D'ANALYSE :

Il se déduit de ce qui précède que pour examiner le délit de complicité d'abus de biens sociaux reproché à M. Z..., la CJR avait l'obligation de vérifier au préalable l'existence d'une infraction principale punissable, à savoir un abus des biens ou du crédit d'une société, tel que défini par l'article L. 242-6, alinéa 1, 3° du code de commerce qui érige en délit le fait, pour :

3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

Cette définition du délit concerné était déjà en vigueur au moment des faits poursuivis.

Selon Monsieur le professeur Wilfrid Jeandidier (*Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, fascicule 50, JurisClasseur pénal des affaires, mise à jour 22 juillet 2020, Lexis Nexis) le délit d'abus de biens sociaux se décompose en :

- une condition préalable, soit l'objet de l'abus considéré, qui doit être un bien social, la jurisprudence ayant une conception très large de la notion :

(...) le mot « biens » ne peut qu'être entendu de la manière la plus extensive. Aucune limite ici n'existe, contrairement à ce qui est prévu en matière d'abus de confiance. Les biens sociaux englobent par conséquent tous les éléments mobiliers ou immobiliers du patrimoine social.

(...) Et l'abus de biens sociaux peut aussi porter sur un fonds de commerce,

(...) L'abus peut aussi porter sur un immeuble social (terrain, bâtiment).

13. – Notion de crédit social – L'abus peut avoir aussi pour objet le crédit de la société, c'est-à-dire « la renommée commerciale de la société, née de la bonne marche de l'entreprise, de son capital, du volume et de la nature de ses affaires » (A. Vitu, V.n° 8, spéc. n° 984). Ici encore, on le voit, le mot doit revêtir une acception large. Le cas le plus fréquent est celui où le dirigeant engage la signature sociale par l'acceptation d'effets de complaisance ou le tirage de traites sans contrepartie ([Cass. crim., 21 déc. 1954 : Bull. crim. n° 422.](#) – [Cass. crim., 24 mars 1969, n° 67-93.577 : Bull. crim. n° 30.](#) – [Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-90.226 : Bull. crim. n° 107.](#) – [Cass. crim., 8 déc. 1971, n° 70-93.020 : Bull. crim. n° 346 ; JCP G 1972, II, 17125](#)). Dans une affaire plus récente, un chèque de 7,5 millions de francs avait été tiré sur le compte d'une société par son président mais il n'avait pas été encaissé par le tiers bénéficiaire, effrayé par les représentations du commissaire aux comptes et une dénonciation au procureur de la République ([Cass. crim., 5 déc. 2001, n° 01-83.514](#) : JurisData n° 2001-012611 ; Dr. pén. 2002, comm. 42, obs. J.-H. Robert). On peut également citer l'hypothèse où l'intéressé se fait consentir des garanties hypothécaires pour obtenir le paiement, soit de

créances fictives, soit de créances réelles mais simplement chirographaires qu'il détient sur les sociétés qu'il administre, alors que connaissant les graves difficultés financières de ces sociétés et désireux d'y échapper, il a décidé de s'en retirer ([Cass. crim., 12 juin 1978, n° 76-90.886 : JurisData n° 1978-096189 ; Bull. crim. n° 189](#)). Autre exemple, récent, fourni par la célèbre affaire Elf-Aquitaine : réalise un abus du crédit social le fait pour le prévenu de faire garantir par sa société, aux termes d'un acte de cautionnement, le financement par l'obtention d'un prêt, d'actions acquises par une autre société, actions dont le prix a été majoré pour financer des commissions frauduleuses ([Cass. crim., 31 janv. 2007](#). – V. n° 5 et not., note B. Bouloc, § 5 c).

- un usage, qui peut se réduire à « la simple utilisation, le simple acte d'administration » voire une simple omission d'agir ;

24. – Commission – Il faut avant tout noter ici que le terme d'« usage » est extrêmement large, et que les rédacteurs du décret-loi du 8 août 1935 n'ont pas commis l'erreur de ceux de la proposition votée un an plus tôt par le Sénat, qui frappait les seuls « prélèvements » opérés par les administrateurs. L'usage, c'est bien entendu tout d'abord l'appropriation ou la dissipation (...)

Mais l'usage, et voilà l'essentiel, n'implique pas forcément que l'auteur de l'infraction ait procédé à une interversion de la possession : la simple utilisation, le simple acte d'administration suffiront et ici, les délits d'abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix s'éloignent sensiblement de l'abus de confiance (...)

(...) un arrêt de la chambre criminelle du 8 mars 1967 ([Cass. crim., 8 mars 1967, n° 65-93.757 : Bull. crim. n° 94 ; D. 1967, jurispr. p. 586, note A. Dalsace](#)) déclare ainsi que la simple utilisation abusive des biens « suffit à caractériser l'infraction, en dehors de toute volonté d'appropriation définitive » ; et un autre arrêt, du 11 janvier 1968 ([Cass. crim., 11 janv. 1968, n° 66-93.771 : Bull. crim. n° 11](#)) énonce que « la loi réprime non seulement l'appropriation des biens sociaux par les administrateurs des sociétés anonymes, mais aussi leur simple usage abusif ».

(...)

L'usage est traditionnellement analysé comme un acte instantané, la prise de la décision illicite consommant cet usage. Mais le concept est si vague qu'il a conduit la jurisprudence parfois à transformer le délit en une infraction continuée, voire d'habitude. Elle peut être ainsi réitérée à chaque acte d'exécution de la décision initiale. C'est par exemple le cas pour le versement d'un salaire rémunérant un emploi fictif ([Cass. crim., 28 mai 2003, n° 02-83.544 : Bull. crim. n° 209 ; Rev. sociétés 2003, p. 906, note B. Bouloc](#)) ou pour la mise à la charge de deux sociétés de dépenses abusives procédant d'une convention d'assistance initiale ([Cass. crim., 8 oct. 2003, n° 02-81.471, aff. NS... : JurisData n° 2003-020589 ; Bull. crim. n° 184 ; Dr. sociétés 2004, comm. 68 ; JCP G 2004, II, 10028, note S. Jacopin ; Dr. pén. 2003, comm. 147, obs. J.-H. Robert ; D. 2003, p. 2695, note A. Lienhard ; Rev. sociétés 2004, p. 155, note B. Bouloc](#)). Ainsi chaque nouvelle ponction opérée sur la société, en exécution d'un acte décisionnel antérieur, réalise un usage.

- un usage nocif pour la société, étant précisé que « l'acte d'usage contraire à l'intérêt social est défini de façon très large par la jurisprudence » ;

Mais les tribunaux vont beaucoup plus loin, car ils regardent comme délictueux tout acte qui fait courir un risque anormal au patrimoine social. La formule qu'emploie à cet égard la Cour de cassation est sévère pour les dirigeants : pour que le délit puisse être retenu, l'actif social doit avoir connu « un risque auquel il ne devait pas être exposé » ([Cass. crim., 10 nov. 1964, n° 64-90.071 : JCP G 1965, II, 14146– Cass. crim., 3 mai 1967, n° 66-92.965 : Bull. crim. n° 350. – Cass. crim., 24 mars 1969, n° 67-93.577 : Bull. crim. n° 130. – Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-90.226 : Bull. crim. n° 107. – Cass. crim., 8 déc. 1971, n° 70-93.020 : Bull. crim. n° 346. – Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91.045 : Bull. crim. n° 279 ; JCP G 1976, II, 18476, note M. Delmas-Marty](#)).

L'auteur cite ainsi un précédent dont certains aspects sont comparables à la présente procédure :

Enfin doit être signalé le procédé dit des rétro-commissions, illustré notamment par la célèbre affaire de la SOFREMI. En l'occurrence, un dirigeant de droit et un dirigeant de fait de cette société, ayant pour objet de promouvoir les exportations de matériels et de systèmes français, destinés à la police, à la défense ou à la sécurité, et faisant du négoce avec de nombreux États étrangers, avaient mis en œuvre un circuit de financement occulte pour satisfaire leur ministre de tutelle. Le mécanisme reposait sur un intermédiaire, par lequel transitaient de nombreuses commissions, dont une large part, après de complexes cheminements financiers, était reversée à des personnes diverses sans justification sérieuse. Il en est résulté un véritable pillage de la société victime ([Cass. crim., 8 avr. 2010, n° 09-85.520 : JurisData n° 2010-003379 ; Rev. sociétés 2010, p. 400, note B. Bouloc ; Dr. pén. 2010, comm. 82, obs. J.-H. Robert](#)). On peut encore signaler qu'une autre affaire fameuse, celle d'Elf-Aquitaine, a été aussi le théâtre d'importantes rétro-commissions ([Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 02-85.089 et 05-82.671 : JurisData n° 2007-037386 ; Dr. sociétés 2007, comm. 83 ; Rev. sociétés 2007, p. 379, note B. Bouloc. – Cass. crim., 19 nov. 2008, n° 08-80.581 : JurisData n° 2008-046420](#)).

- un élément moral, qui suppose la réunion d'un dol général, à savoir la conscience d'agir contre les intérêts de la société, et d'un dol spécial, à savoir la volonté de poursuivre un intérêt personnel, soit directement, soit en favorisant une entreprise dans laquelle l'auteur a un intérêt, la notion d'intérêt étant largement entendue et interprétée par la jurisprudence.

Il revenait donc à la CJR de vérifier la nature des faits mis à jour à l'encontre de MM. O... et P..., d'en établir le lien avec les fonctions exercées par ces deux personnes, d'en examiner la pertinence au regard de l'intérêt de chacune des deux sociétés concernées et d'analyser la mauvaise foi des mis en cause, afin de constater « l'existence d'un fait principal punissable ».

S'agissant de l'affaire dite « NS... », citée au moyen, on relèvera que la solution dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme dans le précédent cité au moyen ([CEDH, arrêt du 12 avril 2012, NS... c. France, n° 18851/07](#)), est étrangère au présent cas.

Cette décision est notamment évoquée dans la [Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n° 151, avril 2012, page 15](#). Les faits y sont résumés comme suit :

En fait – En décembre 1992, une société déposa plainte avec constitution de partie civile pour abus de biens sociaux contre PR... NS..., père du requérant. En juin 1999, le père fut renvoyé devant le tribunal correctionnel, qui déclara l'action publique éteinte par prescription. En janvier 2002, la cour d'appel confirma le jugement dans toutes ses dispositions. La société se pourvut alors en cassation. En mars 2003, PR... NS... décéda. En octobre 2003, la Cour de cassation, après avoir constaté l'extinction de l'action publique en raison du décès du prévenu, cassa et annula l'arrêt de la cour d'appel dans toutes ses dispositions civiles, fixant le point de départ de la prescription à une date plus tardive. La cour d'appel de renvoi conclut que les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux étaient caractérisés et condamna les héritiers de PR... NS... en leur qualité d'ayant droit à verser environ 14 millions d'euros à la partie civile. Le requérant se pourvut en cassation, dénonçant la violation de l'article 6 de la Convention en raison de l'incompétence de la juridiction pénale à statuer alors que son père était décédé. La Cour de cassation rejeta le pourvoi du requérant.

En droit – Article 6 § 1 : Le requérant se plaint d'avoir été condamné, en sa qualité d'ayant droit, à payer des dommages-intérêts en raison de la culpabilité pénale de son père constatée pour la première fois après le décès de ce dernier par la cour d'appel de renvoi statuant sur l'action civile.

La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à une violation de l'article 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme en retenant ([même Note](#)) :

En premier lieu la condamnation civile du requérant à verser une indemnité visait principalement, contrairement à une reconnaissance de responsabilité pénale, à compenser le préjudice subi par les victimes. Il paraît clair que ni le but de l'indemnité ni son montant n'ont conféré à cette mesure, en soi, le caractère d'une sanction pénale aux fins de l'article 6 § 2. Dans ces conditions, l'introduction de la demande en réparation n'équivalait pas à la formulation d'une autre « accusation en matière pénale » contre le père du requérant.

En second lieu, il est constaté que le prévenu est décédé avant que sa culpabilité ait été légalement établie par un « tribunal » et, partant, qu'il était présumé innocent de son vivant. L'action civile n'étant que l'accessoire de l'action publique, la cour d'appel de renvoi a néanmoins entrepris la démonstration préalable de la commission de l'infraction par le prévenu décédé et du bénéfice réalisé par lui, pour ensuite être en mesure de statuer sur l'action civile et condamner le requérant à payer des dommages-intérêts. Il est donc estimé qu'un tel lien entre la procédure pénale et la procédure en réparation justifie d'étendre à cette dernière le champ d'application de l'article 6 § 2. Par ailleurs, il est jugé que, tant par le langage utilisé que par son raisonnement, la cour d'appel de renvoi a déclaré le père du requérant coupable des faits reprochés, alors même que l'action publique était éteinte du fait de son décès et que sa culpabilité n'avait jamais été établie par un tribunal de son vivant. Elle a donc porté atteinte à son droit à la présomption d'innocence.

La condition sine qua non de l'obligation à réparation des ayants droit de M. NS... était, selon les règles alors en vigueur, une déclaration de culpabilité de ce dernier à raison d'une infraction pénale de nature à justifier la mise en cause de sa responsabilité civile, seule circonstance autorisant la mise en cause de ses héritiers.

M. Z... est poursuivi pour une infraction autonome, sans considération pour celles dont MM. O... et P... auraient - ou n'auraient pas - été déclarés coupables.

Il n'est pas poursuivi à raison des conséquences d'une déclaration de culpabilité qui aurait concerné l'un ou l'autre des deux intéressés.

On ajoutera que la CJR, saisie « *in rem et in personam* » selon la formule consacrée, n'était de ce fait pas saisie de poursuites contre MM. O... et P..., sur la culpabilité desquels elle n'avait pas à se prononcer. Elle ne l'a d'ailleurs pas fait.

Proposition du rapporteur :

La Cour de cassation appréciera si la motivation de l'arrêt attaqué est pertinente ou si elle encourt la censure.

SIXIÈME MOYEN : L'INFRACTION POURSUIVIE

Le **sixième moyen** de cassation reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré M. C... Z... coupable de complicité des délits d'abus de biens sociaux prétendument commis au préjudice des sociétés SOFRESA et DCN-I, alors que :

Liminaire : le contrôle Cour de cassation en matière pénale :

Selon les auteurs MM. Jacques et Louis Boré (*La cassation en matière pénale*, quatrième édition, Dalloz, pp.313 sqq), la Cour de cassation :

* d'une part « est incompétente pour constater elle-même aucun fait autre que ceux de la procédure de cassation (...) » et « (...) conformément à la règle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux en cassation, elle refuse également d'examiner les pièces nouvelles qui n'ont pas été soumises aux juges du fond »;

* d'autre part, « (...) n'est pas d'avantage admise à contrôler les constatations de fait des juges du fond (... ».

Ce principe de souveraineté des juges du fond n'est pas sans limite, ces derniers étant tenus de respecter quelques règles en matière de preuve et de motiver leurs décisions.

Les jugements et arrêts ne peuvent être cassés que pour violation de la loi ou pour absence, insuffisance ou contradiction de motifs ou encore lorsqu'il n'a pas été répondu à une demande, conformément aux articles 591, 593 du code de procédure pénale.

Comme le mentionne Monsieur le conseiller Guéry dans son rapport précité :

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.

(in *Preuve du fait et étendue du contrôle 292 de la Cour de cassation*, rapport annuel de la Cour de cassation, 2012, section 8, droit pénal, pp. 131 sqq.)

Si l'appréciation des faits par les juges du fond relève ainsi de leur pouvoir souverain d'appréciation, notamment en raison du principe de liberté de la preuve énoncé à l'article 427 du code de procédure pénale ([Crim., 7 juin 1988, pourvoi n° 87-90.833, Bull. crim. 1988 N° 259](#) ; [Crim., 31 octobre 2006, pourvoi n° 06-81.809, Bull. crim. 2006, n° 265](#)), avec certaines limites (preuves prohibées, obtenues de manière déloyale ou en violation des règles gouvernant la charge de la preuve, non soumises au débat contradictoire, ou réglementées), la qualification des éléments intentionnel et matériel de l'infraction est soumise à son contrôle, tout comme le respect du principe de légalité.

On renverra, pour de plus amples précisions, aux précédents cités par MM. Jacques et Louis Boré dans leur ouvrage précité (pp. 321 et 322), dont l'énumération n'est pas utile ici.

Avertissements :

Les trois premières branches du moyen critiquent la motivation retenue par la CJR pour caractériser l'infraction principale, l'abus de biens sociaux.

Les quatre suivantes visent les énonciations de l'arrêt attaqué relatives aux faits de complicité reprochés à M. Z....

Les développements qui suivent sont consacrés à la reprise des motifs de la décision attaquée, suivis en tant que de besoin de l'exposé des griefs formulés aux trois premières branches du moyen (A) puis aux quatre suivantes (B) et des éléments d'analyse proposés, pour chacune des branches.

A) LES ABUS DE BIENS SOCIAUX AU PRÉJUDICE DES SOCIÉTÉS SOFRESA ET DCN-I

Liminaire : éléments de compréhension :

Les poursuites reposent notamment sur le fait que les personnes et sociétés du « réseau K » ont été sollicités pour des prestations dont l'utilité a été remise en cause ou considérée comme inexistante et dans des conditions anormalement avantageuses, qu'il s'agisse du montant des commissions mais aussi des modalités de leur versement, dont les échelonnements ont été réduits dans leur durée, anticipés ou consenti sous forme de « balourds ».

Selon les énonciations de l'arrêt de renvoi de la COMINS du 30 septembre 2019 (D4059, p. 74) :

En matière financière, on dénomme habituellement "balourd", dans le cas d'un crédit remboursable par échéances inégales, l'écart entre le montant d'une échéance dudit crédit et celui d'une échéance d'un crédit semblable mais qui serait amortissable par échéances égales.

Les "balourds" évoqués dans le présent dossier s'entendront en réalité d'avantages injustifiés accompagnant l'exécution des contrats de vente d'armement précédemment évoqués.

En page 75 de cet arrêt figure un tableau descriptif du mécanisme des « balourds » mis en évidence à l'issue des investigations.

SELON LA PREMIÈRE BRANCHE DU MOYEN, aucun abus de bien social ne peut être caractérisé en l'absence d'un acte d'usage des biens de la société contraire à l'intérêt social et commis dans l'intérêt personnel de son dirigeant.

> énonciations de l'arrêt attaqué : SOFRESA

1 - Sur la constitution des délits d'abus de biens sociaux au préjudice de la société SOFRESA :

257. Les contrats Mouette, Shola et Slbs se sont inscrits dans la continuité du contrat Sawari I par lequel la France a livré à la marine saoudienne divers bâtiments qu'il s'agissait d'entretenir ou d'équiper, ce qui limitait considérablement le risque d'un échec des négociations. Ce n'était pas le cas de Sawari II lequel, par son ampleur, était directement soumis aux aléas d'une négociation centrée sur la question du financement au regard des capacités financières de l'Arabie Saoudite.

258. S'agissant des perspectives de vente d'armement vers l'Arabie Saoudite, on notera :

- que, dans une note du 17 août 1993 adressée au Premier ministre, CF... O..., à l'issue de son premier mois d'exercice à la présidence de la société SOFRESA, présentait l'Arabie Saoudite comme le « premier marché potentiel de la France » avec « quelque 35 milliards de francs de contrats prêts ou à un stade d'élaboration très avancé » ;

- que, dans une note du 5 janvier 1994, M. NV..., conseiller technique au cabinet du Premier ministre, mentionnait que les négociations des contrats Shola et Slbs étaient achevées ;

- que, selon M. AB..., CF... O..., à son retour d'Arabie Saoudite, lui a confié que « désormais SOFRESA maîtrisait tout ».

259. Or, c'est en mai 1993, que M.AB... s'est manifesté auprès de M. Z... dont il avait fait la connaissance auparavant alors qu'il dirigeait la station de ski Isola 2000 située sur le ressort de la circonscription de Fréjus dont M. Z... était député. Il disait agir au nom de M. J..., homme d'affaire libanais, et de PT... H..., proche du roi VA..., ayant rang de ministre. M. Z... a immédiatement introduit M. AB... auprès de M. Q... puis de CF... O..., celui-ci ayant en charge la négociation des contrats d'armement d'Etat à Etat avec les autorités saoudiennes dans le prolongement du contrat Sawari I et en prévision du projet de vente de frégates Sawari II.

260. M. FM..., directeur général de la société SOFRESA, a déclaré avoir été surpris de l'arrivée d'un nouveau réseau apporté par CF... O... récemment nommé par le ministre de la défense à la tête de la société SOFRESA. Les dépositions des dirigeants de la société THOMSON, maître d'oeuvre des contrats, convergent pour considérer que l'intervention du réseau K n'était pas souhaitable et que PT... H... était déjà intervenu en 1992, ce qu'a confirmé son associé de l'époque, M. UV....

261. Il apparaît cependant que CF... O..., en sa qualité de président de la société SOFRESA, a signé l'ensemble des contrats de consultance passés en marge des contrats précités d'Etat à Etat conclus par la France avec les autorités saoudiennes. Il est également l'auteur des lettres par lesquelles la société SOFRESA a, de façon unilatérale, modifié les clauses de ces contrats en faveur du réseau K

262. C'est ainsi que la société SOFRESA a conclu le 25 octobre 1993 avec les sociétés ESTAR et TESMAR, en marge du contrat Mouette, lui-même signé le 30 janvier 1994, un contrat prévoyant une rémunération de 160 millions de francs pour la société ESTAR, représentant les intérêts de Ali H..., et de 50 millions de francs pour la société TESMAR dont M. J... était l'ayant droit économique. Ajouté aux réseaux préexistants (prince Sultan et prince AV...) le commissionnement de ce nouveau réseau portait le pourcentage des commissions (FCE) sur ce marché à 18,24 %.

263. De surcroît, CF... O... a signé au nom de la société SOFRESA, le 20 mai 1994, soit quatre mois après la signature du contrat Mouette, un écrit aux termes duquel la commission due à la société TESMAR, initialement prévue pour s'échelonner sur une durée de trente mois, devait désormais être intégralement acquittée sur l'année 1995, année de la mise en vigueur du contrat d'armement.

264. De même, en marge des contrats Shola, Slbs et Sawari II, la société SOFRESA était liée à la société ESTAR aux termes d'un contrat en date du 17 décembre 1993 et à la société RABOR, dont l'ayant droit économique était M. J..., par un contrat du 6 janvier 1994, ces conventions attribuant à chacune de ces sociétés prestataires un taux de commission égal à 4 % du coût des contrats d'armement.

265. Concernant les contrats Shola et Slbs, les commissions étaient payables, à la société ESTAR, au prorata des règlements du client et, à la société RABOR, à hauteur

de 20 % lors de la perception du premier acompte versé par le client, étant précisé que l'intégralité des commissions devait être acquittée lorsque les paiements du client atteignaient 66 % du marché principal. Ce seuil a été ramené à 22,6 % par lettre de la société SOFRESA du 10 juin 1994, sous la signature de CF... O...

266. Concernant le contrat Sawari II, conclu le 19 novembre 1994 pour un montant de 18,4 milliards de francs payable en cent quarante-et-une mensualités, les modalités de paiement des commissions étaient modifiées de la même façon par avenant du 17 février 1995, abaissant le seuil précité de 66 % à 27 %, alors que le premier acompte du client était limité à 10 millions de francs et que les échéances les plus significatives pour le client commençaient au vingt-quatrième mois d'exécution du contrat.

> éléments d'analyse : SOFRESA :

On rappellera que (cf chapitre 1. , B) ci-dessus) que le rôle de la société SOFRESA était limité à la promotion et la commercialisation de matériel militaire, en vue de la signature de contrats dont l'Etat est titulaire, incluant la conclusion de conventions avec des intermédiaires, l'Etat rétrocédant ensuite, dans un cadre contractuel, la responsabilité et l'exécution des contrats aux industriels concernés. Il revenait ensuite à la SOFRESA, grâce aux fonds prélevés sur les paiements échelonnés du client, de rémunérer les intermédiaires avec lesquels elle avait conclu des contrats de consulting lors des négociations.

On relèvera, que les échéances versées par les clients étaient virées sur un compte bancaire, contrôlé par l'Etat français, à partir duquel les fonds perçus étaient ventilés, au fil des paiements échelonnés, notamment entre la SOFRESA et les industriels concernés.

Il se déduit des énonciations qui précèdent, que les abus de biens sociaux poursuivis n'ont pas, au rebours de ce qui est allégué à la première branche du moyen, pour origine les contrats d'armement en eux-mêmes, mais les conditions de rémunération de ces conventions de « consulting » conclues avec des intermédiaires, à savoir ceux choisis initialement, auxquels sont venus s'ajouter les intermédiaires du « réseau K ».

On ajoutera que, comme l'énoncent plusieurs précédentes décisions rendues dans cette procédure, la question de l'utilité du « réseau K », si elle a son importance, n'est pas le fondement des poursuites : à supposer que le recours à ce réseau ait été indispensable, la question du caractère très anormal des conditions de sa rémunération, au regard des chefs de prévention, aurait été justifiée. Il reste que les éléments de fait tenant au moment de l'intervention de ce réseau comme à la teneur de celle-ci, à l'identité de ses membres, à leur proximité avec d'autres personnes mises en cause et les circonstances dans lesquelles le réseau a été dégagé, par divers procédés, de ses engagements en matière de « bonne fin » sont autant de circonstances qui viennent influencer sur l'appréciation globale des faits poursuivis.

La CJR, dans les paragraphes 262 à 266 ci-dessus, a exposé les conditions de paiement, qu'elle a considérées comme anormales, des personnes et sociétés du « réseau K », notamment les sociétés Estar et Rabor. L'arrêt de renvoi de la COMINS (D4059, pp. 107 et 108) énonce que M. H... contrôlait la société Estar, dont M. J... possédait un tiers des parts alors que la société Rabor avait été créée par ce dernier, qui partageait avec M. AB... les commissions perçues par cette dernière.

Il ne résulte par ailleurs, ni des énonciations de l'arrêt, ni des arguments développés au soutien de la première branche du moyen, que le montant global réclamé aux clients a été augmenté à proportion des commissions concédées au « réseau K ».

> énonciations de l'arrêt attaqué : DCN-I :

2 - Sur la constitution des délits d'abus de biens sociaux au préjudice de DCN-I :

272. Les négociations relatives au contrat Agosta entre la France et le Pakistan, débutées en 1992, étaient en voie de finalisation lorsque, en mai-juin 1994, MM AB... et J... sont entrés en contact avec la société DCN-I qui, jusque-là, disposait d'un réseau mis en place antérieurement et rémunéré par l'intermédiaire de la société SOFMA.

273. Les négociations avec le Pakistan semblaient alors buter sur des obstacles techniques et financiers sur lesquels MM. J... et AB... ne pouvaient avoir aucune influence.

274. C'est dans ce contexte, que par contrat du 12 juillet 1994, la société DCN-I consentait à verser à MM. J... et AB..., par le biais de la société panaméenne MERCOR FINANCE, une rémunération représentant 4 % du marché Agosta finalement signé le 21 septembre 1994 pour un montant de 5,4 milliards de francs.

275. - La convention de consultance prévoyait le versement à la société MERCOR FINANCE de la moitié de la commission lors du paiement par le pays acheteur du premier acompte correspondant à 10 % du marché. Or, par avenant en date du 25 janvier 1995, ce montant a été porté à 60 %, la société DCN-I s'obligeant en outre à verser le quart des commissions à deux échéances avant la fin de l'année 1995, seul un solde de 15 % restant payable au prorata des paiements du client échelonnés sur une dizaine d'années.

276. C'est ainsi que MM. J... et AB... ont effectivement perçu 60 % des commissions dues, soit 135 millions de francs prélevés sur le premier acompte de 540 millions de francs payé par le Pakistan, ce qui représentait 25 % de cet acompte et portait à 257 millions de francs le montant global des commissions correspondant sur cet acompte à un taux de prélèvement de 47,48 % (D884).

> éléments d'analyse : DCN-I :

Sans qu'il soit nécessaire de reprendre les précisions ci-dessus concernant la SOFRESA, on rappellera que la société DCN-I (cf chapitre 1., B) ci-dessus), d'une part, a parfois versé des fonds à la SOFRESA en vue du paiement des intermédiaires, d'autre part et surtout, a signé les conventions de consulting et assuré les paiements qui en découlaient pour le contrat « Agosta » signé avec le Pakistan.

S'agissant de la société panaméenne Mercor Finance, utilisée par MM J... et AB..., l'arrêt de renvoi de la COMINS contient des explications utiles (D4059, p.78) :

Ces conditions de paiement privilégiées, MM. AB... et J... les ont obtenues grâce aux interventions de M. Q... auprès de M. P... qui les a imposées à ses collaborateurs en charge de la négociation du contrat DCN-I / Mercor.

Le contrat Mercor signé le 12 juillet 1994 prévoyait un balourd de 50% lors de l'entrée en vigueur du contrat (prévue en 1995), alors que le Pakistan ne versait qu'un acompte de 10%. Si le solde des commissions était payable de façon différée, 35% devaient être également versés en 1995.

Aux termes d'un avenant, consenti unilatéralement par M. P... le 24 janvier 1995 (CJR, D487, p.14) et signé par C... après la signature du marché et sans aucune contrepartie, les commissions devaient être encore accélérées et versées désormais selon l'échéancier suivant - 60% (au lieu de 50%) lors de la mise en vigueur du contrat (donc aussitôt), - 15% au 31 juillet 1995, - 10% au 31 décembre 1995, - 15% au prorata des encaissements.

Ainsi était-il prévu que 85% des commissions seraient payées en 1995, alors que les recettes du contrat étaient étalées jusqu'en 2008. Cet avenant a été accordé en janvier 1995, soit au début de la campagne électorale, au moment de l'annonce officielle de la candidature de M. X....

AB... me l'a demandé et (.) j'ai eu ordre de CD... P... d'accepter et de rédiger un avenant', a expliqué M. C.... "C'était tout-à -fait inhabituel Mon président ne m'a pas laissé le choix" (CJR, 01707, p.10).

Le premier acompte de 60% est exorbitant. Du fait de l'avenant, ce premier acompte est en effet porté de 50 à 60%, ce qui représente une augmentation de plus de 20 millions de francs. DCN-I versera à ce titre, en février 1995, 135 millions de francs via HI... à Mercor, alors que le Pakistan ne venait de verser que 10% du montant du marché (540 millions de francs). Or l'avenant ne précède que de deux semaines ce paiement. Autrement dit, sans aucune contrepartie, DCN-I accepte de verser les 10% supplémentaires juste avant le premier règlement.

Les commissions prévues pour le réseau N... étaient étalées dans le temps et l'essentiel des sommes était destiné à M. AH... et à des militaires. C'est exactement l'inverse pour la commission prévue pour MM. AB... et J... puisqu'ils vont obtenir 60% dès le premier paiement du client. De surcroît, nous verrons que la part de MM. AB... et J... par rapport à celle versée à M. AH... est nettement plus importante (cf. infra, Titre IV Les commissions)

L'accélération du versement des commissions prévues pour Mercor (marché pakistanais), est parfaitement analogue à celle consentie par M. O... pour les contrats Rabor (marchés saoudiens) (cf. infra).

SELON LA DEUXIÈME BRANCHE DU MOYEN, il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué qu'un éventuel abus de bien social ne peut « résulter que de l'établissement de l'anormalité des modalités de versement des dites commissions et de leur inutilité

au regard des perspectives de signatures des marchés » (p. 53 n°248) alors que la constitution du délit d'abus de biens sociaux au préjudice de la SOFRESA, est pourtant expressément retenue par l'arrêt attaqué « indépendamment de la question de l'utilité du « réseau K » (p. 57, n° 271), motifs qui sont contradictoires en faisant dans le même temps de la preuve de l'inutilité du réseau un élément déterminant et un élément inopérant de la constitution du délit d'abus de biens sociaux.

> énonciations de l'arrêt attaqué :

Le paragraphe 248 susvisé est inclus dans la partie des motifs dédiée à l'analyse de la prescription de l'action publique en réponse aux conclusions de M. X... ; il y est précisé ce qui suit :

248. Toutefois, on relèvera :

- d'une part, que le versement des sommes litigieuses était, en réalité, inscrit dans la comptabilité sociale sous la seule appellation de « frais techniques » ou « d'avances sur commission » ne permettant pas l'identification de la nature des dépenses ;
- d'autre part, que la seule mention de tels versements ne permettait évidemment pas de détecter un éventuel abus de bien social, lequel ne pouvait résulter que de l'établissement de l'anormalité des modalités de versement desdites commissions et de leur inutilité au regard des perspectives de signatures des marchés.

Le paragraphe 271 vient conclure les motifs de l'arrêt attaqué relatifs aux abus de biens sociaux commis au préjudice de la société SOFRESA, il y est énoncé :

271. Indépendamment de la question de l'utilité du réseau K, il se déduit de l'ensemble de ces éléments, la preuve d'un usage des biens de la société SOFRESA contraire à l'intérêt social et dont CF... O... s'est rendu l'auteur dans son intérêt personnel. Le fait que (les contrats saoudiens aient été finalement signés, voire aient pu être bénéficiaires, ne saurait justifier les avantages concédés au réseau K dans la fixation et la modification unilatérale des modalités de versement des commissions, sans contrepartie pour la société SOFRESA et l'ayant exposée à un sous-financement en trésorerie.

> éléments d'analyse :

La Cour de cassation appréciera si ces deux paragraphes procèdent d'une même approche de la notion d'abus de bien social ou s'ils sont contradictoires entre eux.

SELON LA TROISIÈME BRANCHE DU MOYEN, l'inutilité de l'intervention du « réseau K » dans la signature des contrats, pour caractériser l'existence d'un abus de

bien social, n'est pas démontrée, dès lors que l'ensemble des contrats litigieux ont été signés après l'intervention du « réseau K », la CJR ayant fondé la condamnation de M. Z... en l'absence de preuve certaine en retenant que « MM. AB... et J..., ont été incapables de préciser quelle pourrait être la contrepartie pour la société SOFRESA de tels avantages » (p. 56, n° 267) et que « les investigations réalisées n'ont pas démontré que l'accélération intervenue en janvier 1995, quelques jours avant la date du versement du premier acompte, alors que le contrat *Agosta* était signé depuis quatre mois, pouvait trouver sa justification dans un événement ayant interféré sur l'issue des négociations qui étaient déjà achevées ou sur le suivi de l'exécution du marché » (p. 58, n° 277).

> énonciations de l'arrêt attaqué : SOFRESA :

Le paragraphe 267 visé au moyen contient une analyse globale de la situation, s'agissant de la société SOFRESA, analyse développée dans les paragraphes qui lui font immédiatement suite :

267. Force est de constater que MM. AB... et J..., entendus au cours de l'information, ont été incapables de préciser quelle pouvait être la contrepartie pour la société SOFRESA de tels avantages, dans un contexte où le roi VA disait à ses interlocuteurs officiels, MM. MM... et TV..., qu'il voulait écarter tout intermédiaire et alors que la moitié des commissions versées à la société ESTAR, censée rémunérer Ali H... présenté comme l'homme proche du souverain, a systématiquement donné lieu à reversement à M. J... via la société RABOR.

268. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que ces avantages, qualifiés de « balourds », ont été consentis par la société SOFRESA à la société RABOR moins d'un mois avant la conclusion des contrats Shola et Slbs, et à la société ESTAR moins de deux mois avant, soit très tardivement dans un processus de négociation manifestement déjà bien engagé. Ils ont été de plus accentués de façon unilatérale dans l'intérêt exclusif de ce même réseau K en juin 1994 et février 1995 sans qu'aucun élément ne vienne justifier une telle évolution, alors que les contrats d'armement avaient été signés depuis plusieurs mois et que les autres intermédiaires étaient toujours payés au prorata des paiements du pays acquéreur.

269. De plus, le paiement intégral des commissions à la société ESTAR dès le premier acompte du client et à la société TESMAR à la fin de l'année 1995 exposait la société SOFRESA et l'industriel maître d'oeuvre à un risque de démobilitation des membres du réseau chargés d'accompagner la suite de l'exécution du contrat Mouette.

270. Au sein de la société SOFRESA, le principe même des balourds était qualifié dans une note interne datée du 21 octobre 1996 d'« inacceptable » en raison de l'importance du sous-financement en trésorerie des contrats qu'ils provoquaient, plaçant les sociétés industrielles, dont la société SOFRESA était le mandataire, dans une « position de risque très élevée », ce que ne pouvait ignorer CF... O....

> éléments d'analyse : SOFRESA :

La Cour de cassation appréciera, à la lumière des indications contenues par ailleurs dans les paragraphes 257 à 260 de la décision attaquée, si le grief est fondé.

> énonciations de l'arrêt attaqué : DCN-I :

Le paragraphe 277 visé au moyen contient une analyse globale de la situation, s'agissant de la société DCN-I, analyse, qui est développée dans les paragraphes qui lui font immédiatement suite :

277. Les investigations réalisées n'ont pas démontré que l'accélération intervenue en janvier 1995, quelques jours avant la date du versement du premier acompte alors que le contrat Agosta était signé depuis quatre mois, pouvait trouver sa justification dans un événement ayant interféré sur l'issue des négociations qui étaient déjà achevées ou sur le suivi de l'exécution du marché.

278. M. P..., président de la société DCN-I, s'est trouvé dans l'incapacité, tant devant les enquêteurs que devant les juges d'instruction et le tribunal correctionnel, d'expliquer ce que le réseau J.../AB... était susceptible de proposer, se bornant à indiquer que le ministre et son cabinet étaient en relation directe avec Mme CA... et disposaient d'informations privilégiées.

279. Si C..., chargé de négocier les conditions de rémunération des intermédiaires, a rapporté que, selon M. AB..., l'intervention de son réseau se justifiait par l'arrivée en force de l'Allemagne dans la négociation et surtout par le fait que le niveau politique pakistanais n'était pas couvert, il convient de relever que la société SOFMA chapeautait un réseau animé par M. N... lequel couvrait l'ensemble des niveaux de négociations soit le "working level" et le "political level", notamment M. AH..., conjoint de la Première ministre.

280. Si l'analyse des comptes bancaires de M. J... établit que M. AH... a perçu une somme de 55 millions de francs, il sera relevé qu'une partie de ces transferts est intervenue en août 1994 (1,3 million de dollars) alors que le contrat Agosta n'était pas encore signé et qu'a fortiori aucun acompte n'avait été versé à la société MERCOR. Par ailleurs, M. VB, déchargé du dossier après avoir refusé de satisfaire les exigences de M. AB..., a indiqué que, s'étant rendu au Pakistan, il avait rencontré Mme CA... et son conjoint qui avaient manifesté leur désapprobation de voir intervenir un second réseau.

281. Il ressort des déclarations de MM. P... et C..., corroborées par celles de MM. JL... et W..., que l'un et l'autre se sont conformés aux instructions données par le ministère de la défense en la personne de M. Q..., chargé de mission auprès du ministre, M. Z..., de recourir au réseau de MM. J... et AB....

282. M. P... a, par la suite, systématiquement validé les calculs faits par C... puis M. W... des commissions devant revenir à la société MERCOR, cette dernière étant payée par le biais d'un circuit opaque composé de deux niveaux de sociétés offshore mis en place en novembre 1994, circuit également utilisé par la société DCN-I pour payer les commissions afférentes au contrat Mouette.

283. Dans le même temps, la société SOFMA rémunérait ses intermédiaires pour le compte de la société DCN-I sans recourir à des sociétés écran, tout en appliquant la règle du prorata des paiements du client.

284. L'absence de justification de l'intérêt de la société DCN-I à consentir à la société MERCOR des commissions dérogeant aux usages explique que M. AB..., d'ordinaire si prompt à réclamer son dû au moindre retard de paiement, ne s'est pas manifesté lors de l'arrêt, en juillet 1996, des versements de commissions dont la société DCN-I restait lui devoir 12 %.

285. S'il ressort des témoignages de MM. JL... et C... que la société DCN-I a accepté de satisfaire aux demandes de rémunération du réseau J.../AB..., formulées initialement à hauteur de 8 % avant d'être réduites de moitié, de telles rémunérations étaient jugées anormales et suspectes par le directeur financier de la société DCN-I, M. W....

286. Force est de constater qu'en s'abstenant, en dépit d'un tel jugement porté sur ces prétentions, de toute réaction lors de l'annonce, le 8 juin 1995, de la cession de créance de la société MERCOR à la Banco Arab Espanol de Madrid, alors que le réseau était, de ce fait, libéré de toute obligation dans le suivi du contrat d'armement qui n'en était encore qu'à ses premiers mois d'exécution, les dirigeants de la société DCN-I ont fait preuve d'une complaisance coupable à l'égard du réseau de MM. J... et AB....

> éléments d'analyse : DCN-I :

La Cour de cassation, à la lecture de ce qui précède, appréciera si le grief est fondé.

B) LES FAITS DE COMPLICITÉ IMPUTES A M. LEOTARD

SELON LA QUATRIÈME BRANCHE DU MOYEN, d'une part, les agissements énumérés aux paragraphes 290, 292, 293, 294, 295 et 296 et imputés à M. Z..., ne peuvent s'analyser comme des actes positifs caractérisant la matérialité des faits de complicité qui lui sont reprochés, d'autre part, ne permettent pas de lui attribuer le « rôle moteur » dans les termes retenus par l'arrêt attaqué.

Les actes retenus par la COMINS contre M. Z... au titre de la complicité peuvent être résumés comme suit :

> l'éviction, avant l'expiration de son mandat, de M. CG..., fondateur et dirigeant de la SOFRESA ;

> une proximité avec les membres du « Réseau K » qu'il a personnellement contribué à introduire et à faire rémunérer ;

- > la mise en place d'un circuit opaque par lequel ont transité les commissions versées à ce réseau ;
- > les dates et montant des prélèvements en espèces à Genève, déposés sur le compte de campagne de M. X..., comparativement aux dates et montants des commissions perçues ;
- > les instructions données par lui ou par M. Q... à M. P..., pour le marché pakistanais et à M. O..., pour les marchés saoudiens, aux fins de signer des avenants anticipant le versement des commissions précitées :
(NB : pour une liste exhaustive, on renverra à la lecture de la prévention, supra pp 9 et 10) ;
- > ses interventions pour lever le blocage du contrat « Sawari II » dû au refus de la société Thomson de garantir les frais commerciaux non-couverts par la COFACE et plus particulièrement sa lettre et celle de M. Q... du 30 mars 1995.

Devant la CJR, M. Z... a fait valoir les arguments suivants (§§ 230 à 236) :

B - La défense de M. Z...

230. A l'audience, M. Z..., reprenant les arguments développés dans la note adressée à la Cour, contestait les faits de complicité d'abus de biens sociaux, ne voyant pas dans quelle mesure le versement des commissions au réseau K au titre tant des contrats saoudiens que du contrat Agosta, légal en lui-même, pouvait constituer un abus des biens des sociétés.

231. Il admettait s'être personnellement impliqué dans l'aboutissement de ces contrats, autant que ses multiples charges le lui permettaient, avec le constant souci de défendre l'industrie française de l'armement et l'emploi au sein des arsenaux. Il faisait valoir que les pertes alléguées et non démontrées étaient bien inférieures au coût engendré par la baisse d'activité qui serait résulté d'un échec des négociations. Il invoquait le fait que les contrats avaient finalement tous été signés après l'intervention du réseau K, ce qui suffisait à démontrer son utilité.

232. Quant au remplacement de M. CG..., il estimait que cette décision relevait de son autorité et qu'il avait une totale confiance dans la compétence et la probité de CF... O... Sur le mode de fonctionnement au sein de son cabinet et surtout sur la circulation de l'information en la matière, il précisait que M. Q... avait au premier chef supervisé ce dossier sous son autorité au sein du ministère de la défense.

233. Il soutenait ne pas avoir été informé dans le détail des modalités de versement des commissions et encore moins d'éventuelles rétrocommissions. Il confessait toutefois qu'il ne parvenait pas à comprendre ce qui avait déterminé CF... O... à consentir au réseau K les avantages sous la forme de balourds et à l'accélération des paiements, il niait avoir donné des instructions à ce sujet.

234. Concernant son intervention afin de débloquer la situation en vue de la mise en vigueur du contrat Sawari II face au blocage de la société THOMSON en mars 1995, par l'envoi d'une lettre de garantie de la société SOFRESA, alors que les saoudiens

s'apprêtaient à verser le premier acompte de 10 millions de francs, il réitérait sa conviction d'avoir agi dans l'intérêt des industriels et de l'Etat français.

235. Constitué à l'audience du 3 février 2021, le conseil de M. Z... a sollicité oralement à titre principal la relaxe du prévenu faute de démonstration à son encontre d'un acte de complicité d'un délit d'abus de biens sociaux au demeurant inexistant, et, subsidiairement, l'annulation de l'intégralité de la procédure pour absence de procès équitable due au délai déraisonnable écoulé entre les faits, le début des procédures et la présente audience.

236. Il a soutenu oralement que le réseau K s'est révélé non seulement utile mais indispensable, que le choix avait pour support les renseignements des services de la DGSE, que l'efficacité de CF... O... est démontrée par les résultats obtenus sous sa présidence, que les contrats ont été conclus en parfaite transparence avec l'ensemble des administrations et ministères concernés, que le paiement accéléré des commissions n'avait pas été considéré comme anormal au sein des différents ministères, dès lors que la pression des acheteurs avait pour cause l'insécurité politique au Pakistan, en Arabie la maladie du roi VA et, en France, l'instabilité politique en période de cohabitation.

> les énonciations de l'arrêt attaqué :

Les faits de complicité reprochés à M. Z... sont évoqués aux paragraphes 289 à 298 de la décision attaquée, comme suit :

3 - sur les faits de complicité d'abus de biens sociaux reprochés à M. Z...

289. M. Z... conteste les faits de complicité, estimant que, du fait des relations affichées avec le roi VA et la Première ministre du Pakistan, le réseau K s'est avéré utile à la conclusion des contrats d'armement, lesquels se sont révélés bénéficiaires, déniaient avoir été informé de la teneur des accords passés avec les intermédiaires, lesquels n'entraient pas dans ses préoccupations.

290. Il ressort toutefois des pièces du dossier d'information et des débats que M. Z..., nommé ministre d'Etat, ministre de la défense en mars 1993 au sein du gouvernement de M. X..., a composé son cabinet en nommant son plus proche collaborateur, M. Q..., en qualité de chargé de mission et a procédé au remplacement de M. CG... à la présidence de SOFRESA en désignant pour lui succéder CF... O....

291. Il convient de relever que :

- les contrats d'armement Agosta, Mouette, Shola, Slbs et Sawari II, dont M. Z... a souligné l'enjeu important sur les plans diplomatique, militaire, industriel et social, ont fait l'objet de négociations qui, débutées sous l'autorité du précédent gouvernement, approchaient de la phase conclusive lors de l'alternance politique ;

- en marge de ces négociations, les réseaux d'intermédiaires, mis en place antérieurement, continuaient d'être actifs et rémunérés selon des modalités de paiement conformes à l'usage les conditionnant à l'effectivité des paiements du client pendant toute la durée du contrat.

292. Or, dès son arrivée au ministère de la défense, M. Z... a multiplié les contacts avec les autorités saoudiennes par le biais des réseaux mis en place par M. CG..., et

plus particulièrement son homologue saoudien le prince Sultan, au sujet des contrats Mouette, Shola/Slbs et Sawari II en cours de négociation.

293. Il est par ailleurs établi qu'il a été informé des différentes étapes de la négociation des contrats d'armement à laquelle il a pris part et de l'octroi par les sociétés SOFRESA et DCN-I d'avantages au réseau J.../AB... qu'il avait contribué à mettre en relation personnellement dans un premier temps avec la société SOFRESA et, par la suite, par l'intermédiaire de son chargé de mission, M. Q..., avec la société DCN-I.

294. M. Z... est intervenu au sujet du contrat Agosta après un arbitrage du Premier ministre de juillet 1993 autorisant la prise en garantie de la totalité du projet à hauteur de 50 %, pour que soit accordée la garantie de l'Etat. Le 13 janvier 1995, quelques jours avant l'entrée en vigueur de ce contrat, il accordait la garantie de l'Etat à la société DCN-I et à la société SOFRANTEM en complément de la couverture COFACE.

295. Il est également intervenu à plusieurs reprises pour favoriser la conclusion des contrats saoudiens, notamment en mars 1995, en sollicitant à cette fin la société SOFRESA, lorsque la société THOMSON, face aux difficultés de financement et à la part de risque qu'il lui était demandé de garantir, s'opposait à l'exécution du contrat Sawari II, ce qui a conduit la société SOFRESA à rémunérer les intermédiaires par avance sur sa propre trésorerie.

296. Force est de constater que l'intervention du réseau K n'a été rendue possible qu'avec l'accord du ministre de la défense et de M. Q.... Ce dernier ne s'est pas borné à mettre en relation CF... O... et M P... avec M. AB..., mais a multiplié les contacts avec ce dernier, se rendant à son domicile et nouant avec lui une relation d'amitié.

297. Compte tenu de sa relation de confiance avec M.Z... et de l'importance que celui-ci accordait à la conclusion des contrats d'armement, M. Q... n'avait aucune raison de conserver pour lui les informations qu'il détenait pouvant affecter ces contrats et de s'abstenir de rendre compte à son ministre de l'exécution, par les sociétés placées sous sa tutelle, des instructions émanant du ministère. M. Q... a d'ailleurs précisé devant le juge d'instruction qu'il n'avait pas agi seul et qu'il était le subordonné de M. Z... lequel « était au courant de tout en temps réel » (D3043). Il a indiqué devant le tribunal correctionnel que, n'ayant, à titre personnel, aucune autorité ni fonctionnelle ni naturelle sur les présidents des sociétés SOFRESA et DCN-I. il a toujours agi sous l'autorité de son ministre (jugement du 15 juin 2020 p.293), ce qui n'a pas été démenti par M. Z....

298. Il s'en déduit que, contrairement à ce que M. Z... a constamment soutenu, il a par ses multiples interventions en sa qualité de ministre de la défense, joué un rôle central et moteur dans la préparation et la réalisation des abus de biens sociaux commis au préjudice des sociétés DCN-I et SOFRESA, dont il avait une parfaite connaissance. Il sera observé, à cet égard, que M. ER... a déclaré que, lors de la passation de pouvoir, M. Z... l'avait essentiellement entretenu du sort des contrats d'armement (D321). Dès lors, le délit de complicité d'abus de biens sociaux étant constitué à son encontre dans ses éléments tant matériels qu'intentionnels, M. Z... sera retenu dans les liens de la prévention.

> éléments d'analyse :

On rappellera que l'article 121-7 du code pénal incrimine deux types de complicité : la complicité par aide ou assistance, en vue de faciliter la préparation de l'infraction ou sa consommation, et la complicité par « don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir » pour provoquer une infraction ou par « instructions pour la commettre » dénommée complicité par instigation ou complicité par provocation ou fourniture d'instruction.

Pour reprendre l'analyse de Monsieur le professeur Mayaud (ouvrage cité page 43 ci-dessus, §§ 386 à 388), on retiendra ce qui suit :

Il n'est pas nécessaire que le soutien apporté rejoigne la réalisation complète de l'infraction reprochée à l'auteur principal (Crim., 22 janvier 1991, pourvoi n° 90-83.362, Bull. crim. 1991, n° 36).

Le sommaire de cette décision précise « la complicité est punissable dès lors que les faits incriminés entrent dans les prévisions de l'article 60 du code pénal sans que, de surcroît, il soit besoin d'établir qu'ils étaient indispensables à la commission de l'infraction reprochée à l'auteur principal ».

L'auteur poursuit ainsi :

Toute forme d'aide ou d'assistance est donc à prendre en compte, dès lors que l'action principale est elle-même parvenue à maturité répressive, c'est à dire correspond à une infraction tentée ou consommée.

Il cite à cet égard un précédent (Crim., 15 décembre 2004, pourvoi n° 04-81.684, Bull. crim. 2004, n° 322) dont le sommaire indique « l'aide ou l'assistance apportée en connaissance de cause à l'auteur du délit, même par l'intermédiaire d'un autre complice, constitue la complicité incriminée par l'article 121-7 du code pénal. »

Monsieur le professeur Mayaud commente cette décision dans les termes suivants :

C'est dire que les complices peuvent se servir mutuellement de relais dans le soutien qu'ils apportent à l'auteur de l'infraction, sans qu'il y ait pour autant *complicité de complicité*, dès lors que leur participation reste en relation étroite avec le fait principal punissable.

On relèvera que M. Q..., décrit comme le collaborateur direct de M. Z..., et M. Y..., ont été notamment poursuivis des mêmes chefs de complicité des abus de biens sociaux commis au préjudice des sociétés DCN-I et SOFRESA par leurs dirigeants respectifs dans ce qui a été dénommé « le volet non ministériel » de la présente affaire (*cf supra*, pp. 5 et 6).

L'auteur précité expose encore :

L'aide ou l'assistance est un acte antérieur ou concomitant à l'action principale. Les actes postérieurs sont donc exclus. Mais ce principe d'antériorité ou de concomitance n'est pas sans quelques assouplissements, dictés par le souci de ne pas laisser dans l'impunité des hypothèses relevant d'une chronologie indivisible. C'est ainsi que l'aide ou l'assistance postérieure au délit, mais résultant d'un accord antérieur, constitue un acte de complicité ([Crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-84.773](#)), tel le fait de faciliter la fuite des auteurs d'un vol, bien qu'intervenant après le délit, si les

juges du fond constatent que cette protection a été assurée par une entente préalable à l'infraction.

(...)

De même, il n'est pas interdit au juge de retenir, à titre de présomption, des faits postérieurs à la perpétration du crime ou du délit et d'en déduire la preuve de l'existence d'actes antérieurs, constitutifs de la complicité ([Crim., 4 décembre 1947, Bull. crim. 1947, n°239](#)).

Enfin, Monsieur le Professeur Mayaud écrit ce qui suit :

L'aide ou l'assistance est un acte positif.

(...)

Mais là encore, des assouplissements existent. Toute inaction se présentant sous les traits d'un encouragement à l'action est volontiers considérée comme perdant de son caractère passif, pour finalement revêtir une portée positive. C'est le cas lorsqu'elle est le fait de personnes d'autorité, qui exercent des fonctions leur permettant de s'opposer à la réalisation de l'infraction ou dont le statut les soumet à un devoir évident d'intervention.

L'auteur cite divers exemples :

- expert-comptable qui n'observe pas son obligation de professionnelle d'organiser, vérifier, apprécier et redresser la comptabilité de son client poursuivi pour fraude fiscale ([Crim., 15 janvier 1979, pourvoi n° 77-90.394, Bull. crim. n° 21](#))
- membre du directoire d'une société ayant connaissance des abus des biens sociaux auxquels se livrait son président ([Crim., 28 mai 1980, pourvoi n° 79-92.004, Bull. crim. n° 160](#))
- président de chambre du tribunal de commerce et juge commissaire, qui ne s'est pas opposé à la reprise des actifs d'une société en redressement judiciaire et de ses filiales par une société à laquelle était intéressé un juge consulaire, auteur principal du délit de malversation ([Crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 97-85.764, Bull. crim. 1999, n° 175](#))

S'agissant de l'élément intentionnel, Monsieur le professeur Mayaud rappelle que les juges doivent caractériser l'intention. Il précise ensuite :

Il est vrai que le jurisprudence en simplifie la preuve, admettant que, si la complicité ne peut résulter que d'actes antérieurs ou concomitants au fait principal, la preuve de l'intention frauduleuse peut se déduire de comportements ultérieurs ([Crim., 4 novembre 1991, pourvoi n° 89-87.051, 89-87.051, Bull. crim. 1991 N° 391](#)).

Dans son article au JurisClasseur pénal, (fascicule 20, *Complicité*, mise à jour 7 décembre 2020, Lexis Nexis) Monsieur le professeur CF... Henri Robert cite d'autres exemples :

14. – Les exemples de complicité apportée par une prestation physique ou intellectuelle sont encore plus nombreux et variés.

(...)

C'est une aide de nature intellectuelle qu'un commissaire aux comptes apporte à un dirigeant de société dont il certifie les comptes qu'il sait fictifs et qui ont servi à une escroquerie à la TVA ([Cass. crim., 31 janv. 2007, pourvoi n° 05-85.886](#) et [Cass. crim., 31 janv. 2007, pourvoi n° 06-81.258](#), deux arrêts) ; le maire qui délivre un permis de construire contraire à un règlement d'urbanisme est complice du bénéficiaire de ce permis ([Cass. crim., 14 juin 2005, pourvoi n° 05-80.916](#)) ; figure dans le même catégorie de complices, la personne qui donne à un journaliste des informations diffamatoires, sachant qu'elles seraient publiées ([Cass. crim., 5 oct. 1999 : Bull. crim. n° 91](#)) ; et l'avocat qui sert d'intermédiaire entre un travailleur illégal par dissimulation d'activité et la personne qui a recours à ses services ([Cass. crim., 3 avr. 2013, pourvoi n° 12-83.373](#)). La complicité d'organisation frauduleuse d'insolvabilité a été aussi observée : elle a ainsi été imputée à un notaire qui avait prêté son ministère à la rédaction d'actes de dispositions conclues par un assassin pour se soustraire au paiement de dommages et intérêts dus par lui aux parents de sa victime ([Cass. crim., 4 mai 2016, pourvoi n° 14-87.284](#)) ; un père qui simulait l'insolvabilité de son fils, débiteur d'une pension alimentaire à son ancienne épouse, a subi le même sort ([Cass. crim., 29 juin 2016, pourvoi n° 14-87.037](#)).

Un maire a été déclaré complice du délit de prise illégale d'intérêt commis par son adjoint chargé de l'urbanisme, au motif qu'il avait participé à une modification du plan local d'urbanisme avantageuse pour cet adjoint ([Cass. crim., 15 juin 2016, n° 15-81.124, Bull. crim. n° 183](#)). Les dirigeants d'une entreprise qui rédigeaient des argumentaires commerciaux mensongers utilisés par employés d'une autre société, chargée de démarcher la clientèle, furent condamnés comme complices du délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur ([Cass. crim., 19 avr. 2017, n° 16-81.372](#)).

Dans l'affaire du harcèlement moral des employés de France Télécom, des cadres supérieurs non dirigeants ont été mis en examen pour complicité de ce délit après qu'ils eurent contribué à la préparation d'un plan de licenciements massifs « qui a créé un climat d'insécurité permanent pour tout le personnel » ([Cass. crim., 5 juin 2018, pourvoi n° 17-87.524](#), [qui rejette le pourvoi contre un arrêt de chambre de l'instruction disant n'y avoir lieu à annulation de mises en examen du chef de complicité de harcèlement moral]).

On ajoutera que selon les énonciations de l'arrêt attaqué, les faits se sont étalés sur une période de deux ans, alors que, d'une part, les intermédiaires initialement choisis continuaient à intervenir et à être eux-mêmes rémunérés, d'autre part, les versements consentis aux membres du « réseau K » et les entités qu'ils contrôlaient se sont étalés sur la même période, chaque versement caractérisant en soi un abus de bien sociaux, à s'en tenir aux termes de la prévention et aux motifs de la décision.

SELON LA SIXIÈME BRANCHE DU MOYEN, la simple constatation de l'accord de M. Z... à l'intervention du réseau K en vue d'obtenir la signature de contrats d'armement bénéfiques pour la France, ne saurait être interprété a posteriori comme un acte de complicité d'abus de biens sociaux résultant des avantages dont ont bénéficié les membres de ce réseau au travers des modifications des modalités de versement des commissions contractuellement fixées, sans analyser les faits à la lumière de la situation économique, juridique et politique de la France à l'époque des contrats incriminés.

> les énonciations de l'arrêt attaqué :

Elles ont déjà été reprises page 49 du présent rapport, pour ce qui concerne les abus de biens sociaux commis au préjudice de SOFRESA (§§ 257 et 258)

S'agissant du contrat Agosta, divers éléments de contexte sont exposés aux paragraphes 67 à 72 et 75 à 77.

> éléments d'analyse :

On relèvera que la procédure porte notamment sur deux types de conventions : celles liant l'Etat français à l'Arabie saoudite et au Pakistan, d'une part, celles conclues entre les sociétés DCN-I ou SOFRESA et les intermédiaires, d'autre part.

L'arrêt attaqué évoque à plusieurs reprises l'économie globale des premières, dont l'équilibre a été remis en cause par l'intervention d'un second réseau d'intermédiaires, ou dont la rentabilité s'est trouvée affectée de ce fait. La discussion qui doit retenir l'attention de la Cour de cassation n'est néanmoins pas celle de l'intérêt global de ces premiers contrats.

Seule est utile l'analyse des accords passés avec les intermédiaires, en vue de vérifier l'existence de l'infraction principale d'abus de biens sociaux.

Dans son article précité (cf supra, p. 45), Monsieur le professeur Wilfried Jeandidier explique que le caractère abusif de l'usage des biens sociaux, seul réprimé par l'article L. 242-6, alinéa 1, 3°, doit se faire notamment à l'aune des données sociales, économiques, commerciales, ... au moment où les faits ont été commis.

Les motifs de l'arrêt attaqué rendent compte de la prise en compte par la CJR de ces éléments (cf supra).

Mais cette exigence ne s'impose pas pour l'analyse des faits de complicité, seuls discutés ici, sauf à envisager l'examen de ce qu'il est convenu d'appeler « les mobiles » des actes de M. Z....

L'arrêt attaqué aborde néanmoins cet aspect des faits, comme indiqué ci-dessus.

SELON LES CINQUIÈME ET SEPTIÈME BRANCHES DU MOYEN,

> le simple fait d'avoir été informé de l'octroi d'avantages au « réseau K » (§ 293 de l'arrêt attaqué), à le supposer avéré, ne saurait constituer un acte positif de complicité nécessairement exclusif de toute inaction ou abstention, d'autant que l'arrêt attaqué contient des énonciations contradictoires, en ce qu'il retient que M. Z... a toujours « nié avoir été informé de la teneur des accords passés avec les intermédiaires, lesquels n'entraient pas dans ses préoccupations » (n° 289), sans pour autant être étayé sur le moindre élément de preuve (cinquième branche) ;

> après avoir elle-même relevé que M. Z... avait toujours nié avoir été informé de la teneur des accords passés avec les intermédiaires, la Cour de justice ne pouvait se contenter d'affirmer qu'il est établi que M. Z... a « joué un rôle central et moteur dans la préparation et la réalisation des abus de biens sociaux commis au préjudice des sociétés DNC-I et SOFRESA, dont il avait une parfaite connaissance », sans même expliquer les éléments de preuve sur lesquels elle s'était fondée pour procéder à cette affirmation péremptoire toujours fermement contestée par le prévenu (septième branche).

> les énonciations de l'arrêt attaqué :

Le paragraphe 293 de l'arrêt attaqué est inclus dans une partie de la décision dédiée à l'examen des faits de complicité, reprise aux pages 58 et 59 ci-dessus. Il ne rend compte que de l'un des éléments retenus par les juges pour décrire l'implication de M. Z... dans les faits qui lui sont reprochés et pour démontrer l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction poursuivie.

Ce paragraphe doit donc être examiné à la lumière des motifs qui le précèdent et lui font suite.

Le paragraphe 298, dont est extrait le passage visé au moyen, contient l'ultime étape du raisonnement suivi par la CJR pour établir la culpabilité de M. Z..., à l'issue d'une analyse déclinée dans les précédents, susvisés.

> éléments d'analyse :

La Cour de cassation appréciera, à la lumière des développements qui précèdent et à la lecture des passages concernés de l'arrêt attaqué, la pertinence des motifs contestés.

Proposition du rapporteur :

La Cour de cassation appréciera si la motivation de l'arrêt attaqué est pertinente ou si elle encourt la censure.

SEPTIÈME MOYEN : LA PEINE D'AMENDE

Le septième moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir condamné M. Z... au paiement d'une amende de 100.000 euros.

A) TEXTES ET PRINCIPES APPLICABLES :

1- la motivation de la peine d'amende :

Par l'effet de l'article 121-6 du code pénal, les peines applicables à M. Z... sont celles prévues à l'article L. 242-6 du code de commerce, soit un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375.000 euros.

Les conditions du prononcé d'une peine d'amende sont définies notamment aux articles 132-1 alinéas 2 et 3 et 132-22 du code pénal, qui disposent :

Les deuxième et troisième alinéas de l'article 132-1 du code pénal encadrent l'office du juge dans les termes suivants :

Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée.

Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1.

Pour permettre une individualisation optimale de la peine d'amende, l'article 132-22 du même code prévoit :

Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret.

Les exigences du législateur et de la Cour de cassation en matière de motivation de la peine se sont considérablement accrues au cours des quinze dernières années.

Ainsi, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a consacré l'obligation de motivation dégagée par les décisions de la chambre criminelle (voir ci-dessous), dans un article 485-1 du code de procédure pénale, ainsi rédigé :

En cas de condamnation, sans préjudice des dispositions prévoyant la motivation spéciale de certaines peines, notamment des peines non aménagées d'emprisonnement ferme, la motivation doit également porter sur le choix de la peine au regard des dispositions des articles 132-1 et 132-20 du code pénal, sauf s'il s'agit d'une peine obligatoire ou de la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction. Les obligations particulières du sursis probatoire n'ont pas à être motivées.

L'évolution ci-dessus évoquée de la jurisprudence de la Cour de cassation a été notamment marquée par trois arrêts de la chambre criminelle du 1^{er} février 2017 ([Cass. crim., 1^{er} février 2017, pourvoi n° 15-84.511 Bull. crim. n° 30](#) ; [Cass. crim., 1^{er} février 2017, pourvoi n° 15-85.199](#) ; [Cass. crim., 1^{er} février 2017, pourvoi n° 15-83.984](#)).

Dans la première de ces décisions, la chambre criminelle a notamment jugé :

Attendu que, pour confirmer le jugement entrepris, l'arrêt retient que les faits ont été commis par un homme politique, maire de la commune de Roquebrune-sur-Argens depuis treize ans, dont la mission est avant tout d'assurer la sécurité de l'ensemble des personnes sur sa commune ; que les juges ajoutent que, compte tenu de la personnalité du prévenu et de la gravité des faits qui lui sont reprochés, une peine complémentaire d'inéligibilité pour une durée d'un an lui est infligée ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs procédant de son appréciation souveraine, qui, d'une part, répondent à l'exigence, résultant des articles 132-1 du code pénal et 485 du code de procédure pénale, selon laquelle en matière correctionnelle toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle, et dont il se déduit, d'autre part, que les juges ont apprécié le caractère proportionné de l'atteinte portée au principe de la liberté d'expression défini par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour européenne, la cour d'appel a justifié sa décision ; (...).

Dans le troisième, saisie d'un pourvoi contre une décision ayant prononcé une amende, elle a décidé ce qui suit :

Vu l'article 132-20, alinéa 2, du code pénal, ensemble l'article 132-1 du même code et les articles 485, 512 et 593 du code de procédure pénale ;

Attendu qu'en matière correctionnelle, le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu que, pour infirmer le jugement et porter le montant des amendes prononcées à l'encontre de Mmes B. et A. de 5 000 euros aux sommes respectives de 50 000 et 30 000 euros, la cour d'appel, qui a également confirmé la peine d'un an d'emprisonnement avec sursis, énonce que Mme B., en sa qualité de conjointe de M. A., a reçu un bénéfice quotidien, sur de nombreuses années, des pratiques des faits d'extorsion ; que les juges retiennent que les faits commis par Mme A. revêtent une particulière gravité, non seulement en raison de la criminalité qu'elle a empruntée à ses frères mais encore de la complaisance qu'elle a manifestée à l'égard de leurs agissements ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans s'expliquer sur les ressources et les charges des prévenues qu'elle devait prendre en considération pour fonder sa décision, la cour d'appel ne l'a pas justifiée ; (...).

Les solutions dégagées sont d'application constante depuis lors ([Crim., 20 octobre 2020, pourvoi n° 19-87.656](#)).

Cette jurisprudence a été étendue aux diverses hypothèses de peines de nature patrimoniales :

- l'amende contraventionnelle ([Cass. crim., 10 nov. 2020, n° 19-86.896](#)) ;
- la confiscation ([Crim., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-86.581, Bull. crim., n° 14](#)) ;
- l'amende civile ([Cass. crim., 5 septembre 2018, pourvoi n° 17-84.980](#)).

2- la prise en compte du dépassement du délai raisonnable :

Selon une jurisprudence constante, le moyen pris du dépassement de la durée raisonnable de la détention provisoire ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation ([Crim., 10 avril 2019, pourvoi n° 19-80.468](#) ; [Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-82.536](#) ; [Crim., 11 juin 2014, pourvoi n° 14-81.885](#)) sans considération pour le texte auquel le moyen renvoie, qu'il s'agisse des articles 5, § 3, et 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme ou préliminaire du code de procédure pénale.

B) MOTIFS PERTINENTS DE L'ARRET ATTAQUE :

L'arrêt attaqué énonce ce qui suit :

IV - Sur la peine à l'encontre de M. Z...

317. Les faits de complicité d'abus de biens sociaux, prévus par l'article L. 242-6 du code de commerce, font encourir à M. Z... une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende

318. Agé de 78 ans, marié, père d'un enfant, M. Z..., a intégré l'ENA par le concours interne en 1971. Il a exercé plusieurs mandats politiques et occupé divers postes

ministériels. Il s'est retiré progressivement de la vie politique, quittant la mairie de Fréjus en 1997, l'Assemblée nationale en 2001 puis le conseil régional de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur en 2004.

319. Il doit être tenu compte, dans l'appréciation de la peine, de la gravité des faits Or, par ses agissements à la tête du ministère de la défense, dans un secteur de l'action gouvernementale mettant en jeu les intérêts supérieurs de l'Etat et relevant d'une compétence partagée avec le Président de la République, M. Z... a, délibérément et de façon répétée, fait bénéficier des intermédiaires, qu'il a contribué à recruter maigre l'existence de réseaux d'intermédiaires encore actifs, d'une rémunération dont les modalités de versement se sont révélées exorbitantes et ont systématiquement évolué au mépris des intérêts financiers immédiats des sociétés, propriété de l'Etat, placées sous la tutelle de son ministère, rendant illusoire l'une des missions de ces intermédiaires qui était d'accompagner la bonne exécution de ces contrats jusqu'à leur terme. Ce faisant, il a agi au mépris de l'intérêt général dont il avait également la charge dans un contexte politique marqué notamment par l'approche d'échéances électorales majeures. A ce titre, il convient de prononcer une peine d'emprisonnement de deux ans qui, eu égard à l'ancienneté des faits, et à l'absence d'antécédents à l'époque de leur commission, pourra être assortie d'un sursis total.

320. Par ailleurs et dès lors que les faits portent sur un délit à caractère financier, il importe de prononcer également une peine d'amende.

321. Invité par la Cour à fournir des informations sur l'importance de ses ressources et de ses charges, M. Z... a indiqué, par courrier du 1^{er} février 2021 versé aux débats :

- qu'il ne dispose d'aucun patrimoine immobilier dès lors qu'il vit dans une propriété située à Fréjus appartenant à son épouse, avec laquelle il est marié sous le régime de la séparation de biens, et que l'appartement situé à Paris est la propriété de son fils ;

- qu'il dispose de deux comptes bancaires qu'il prétend être « à découvert » ;

- qu'il bénéficie de deux retraites, l'une de l'Assemblée nationale, l'autre de l'Inspection générale des finances, dont il n'a pas indiqué les montants, sans faire état de ses retraites d'élu local, alors même qu'il a cru devoir préciser disposer de quatre moutons et d'une voiture payée à crédit.

322. De surcroît, il n'a accompagné ses affirmations d'aucun justificatif.

323. Ainsi et au vu des seuls éléments produits par l'intéressé, très vagues et non étayés par la production d'une quelconque pièce, tant par lui-même que par son avocat, la Cour estime devoir fixer la peine d'amende à la somme de 100.000 euros.

C) ÉLÉMENTS D'ANALYSE :

SELON LA PREMIÈRE BRANCHE DU MOYEN, le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges, prononçant ainsi, alors que la CJR s'est prononcée sans indiquer en quoi les éléments fournis par M. Z... étaient insuffisants, ni s'expliquer sur la situation personnelle de ce dernier et sur le montant de ses ressources comme de ses charges ;

Invité à fournir à la juridiction tous éléments utiles quant à sa situation personnelle et patrimoniale, M. Z... a remis une lettre manuscrite rédigée comme suit :

Madame la Secrétaire Générale

01.0212021

Voici la réponse à ce qui m'a été demandé concernant mon patrimoine :

a) Une maison à Fréjus, où j'habite, dont mon épouse est propriétaire (madame HC... Z...). Séparation de biens. Notaire : Me HJ... à Fréjus.

*b) un studio à Paris dont mon fils est propriétaire rue.... Emprunt au Crédit foncier. Reste à payer 2.000 euros par mois jusqu'en 2026 (UT... Z...)
C'est à dire : patrimoine personnel = 0 euro;*

Deux comptes bancaires :

a) BRED :

b) CIC :

tous deux à découvert

Deux retraites :

Assemblée Nationale

Inspection Gale des Finances

Dans le jardin : 4 moutons

Devant la maison : 1 voiture Toyota (à crédit)

Je vous serais très reconnaissant si vous pouviez transmettre ce document à TOUS les magistrats qui seront amenés (juges et parlementaires) à me juger.

Avec mes sentiments respectueux, ce lundi 1^{er} février 2021.

C... Z...

Il ne ressort, ni des énonciations de l'arrêt attaqué, ni des allégations du moyen, que M. Z... a fourni d'autres indications ou documents.

SELON LA SECONDE BRANCHE DU MOYEN, la jurisprudence européenne admet que le caractère déraisonnable de la durée d'une procédure en violation de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme puisse avoir une influence sur la peine, alors que la CJR n'a pas pris en considération les circonstances particulières de l'infraction et la

situation personnelle de ce dernier, amené à répondre de faits prétendument commis plus de 28 ans auparavant, en violation de son droit à être jugé dans un délai raisonnable et au prix d'une impossibilité d'exercer efficacement ses droits de la défense.

L'argument tiré de la nécessité de réduire le montant de la peine en raison du délai déraisonnable de la procédure n'a pas été, à la lecture des motifs de l'arrêt attaqué, invoqué devant la CJR comme moyen de fond. M. Z... n'a pas plus invoqué devant les juges le respect du principe de proportionnalité.

Proposition du rapporteur :

La Cour de cassation appréciera si la motivation de l'arrêt attaqué est pertinente ou si elle encourt la censure.