

Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation

Chambre criminelle

Danièle Caron, Conseiller référendaires à la Cour de cassation

Sylvie Ménotti, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

1 - La requalification par la cour d'assises des faits visés par l'acte d'accusation

Le président de la cour d'assises qui envisage de poser, comme résultant des débats, une question spéciale portant sur une requalification des faits, objet de l'accusation, ou sur une circonstance aggravante non visée dans l'acte de renvoi, doit prévenir les parties, avant les plaidoiries et réquisitions, de son intention afin de permettre à l'accusé ou à son conseil de faire valoir toutes observations utiles à la défense. - Crim. 13 juin 2007, pourvoi n° 06-89.266, FS-P+F (cassation).

Le président de la cour d'assises, à condition qu'il en ait averti les parties avant les réquisitions et les plaidoiries, peut, sans altérer la substance du dispositif de l'arrêt de mise en accusation pour meurtre, poser la question spéciale d'usage d'une arme, dans l'hypothèse où seule la qualification de violences mortelles serait retenue par la cour et le jury, dès lors qu'il a mis l'accusé et la défense en mesure de s'expliquer sur les faits constitutifs de la circonstance aggravante. - Crim. 7 nov. 2007, pourvoi n° 06-88.461, non publié (rejet).

La jurisprudence de la Chambre criminelle sur les conditions d'une requalification des faits par la juridiction correctionnelle commence à être abondante. En matière correctionnelle, il est de principe que le juge, qui n'est pas lié par la qualification donnée à la prévention, a non seulement le droit mais également le devoir de restituer aux faits leur véritable qualification à la condition de ne rien y ajouter. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui prononce une relaxe sans que la juridiction ait vérifié au préalable que les faits dont elle a été saisie n'étaient constitutifs d'aucune infraction(1).

Cette obligation s'impose également à la cour d'assises. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 12 mai 1970(2), toujours d'actualité, a qualifié de principe fondamental l'obligation pour la juridiction criminelle de juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie. Elle en a déduit que les faits résultant de ces débats pouvaient faire l'objet d'une question subsidiaire lorsqu'ils ne constituaient qu'une circonstance de l'accusation, c'est-à-dire lorsqu'ils n'entraînaient que la modification, l'aggravation ou l'atténuation de celle-ci sans en changer la substance. Dans cette espèce, la question subsidiaire de complicité, modifiant la qualification du crime principal d'homicide volontaire avec préméditation, avait été posée par le président comme résultant des débats.

Ce principe étant posé, surgit une interrogation sur les conditions de sa mise en oeuvre au regard des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ses premier et troisième paragraphes. Cette obligation de requalification imposée au juge risque, en effet, d'entrer en conflit direct avec le droit de l'accusé à être informé de la qualification donnée aux faits mis à sa charge, et ce, de manière détaillée, d'autant plus lorsque la nécessité d'une modification peut n'apparaître qu'à l'issue des débats, voire en cours de délibéré.

En matière correctionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision de condamnation *Pélissier et Sassi c/ France* du 25 mars 1999(3), a fixé les limites de ce pouvoir de requalification en subordonnant son exercice à l'information préalable et complète du

prévenu sur l'éventualité d'une modification de la qualification initiale, associée au droit de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense sur celle ultérieurement envisagée. En l'espèce, la juridiction européenne s'est révélée particulièrement stricte, la requalification, à laquelle avaient procédé les juges correctionnels au cours de leur délibéré, ayant consisté à transformer le délit de banqueroute en complicité de banqueroute. Cependant, pour expliquer une telle rigueur, les juges ont considéré que la complicité n'était établie que par la réunion d'éléments spécifiques.

La doctrine de la Chambre criminelle a intégré les exigences posées par la Cour européenne en rappelant que, s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c'est impérativement à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée(4). Il convient d'ajouter, à ce propos, que la Cour européenne, dans sa décision précitée, a précisé que « *les dispositions de l'article 6 § 3, a) n'imposent aucune forme particulière quant à la manière dont le prévenu devait être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ». Il faut donc, mais il suffit, que l'arrêt de condamnation établisse expressément et de manière non équivoque que ce préalable nécessaire a été respecté.

Si la question du changement de qualification en matière correctionnelle est à présent clarifiée, tout au moins dans ses principaux aspects, des interrogations subsistaient s'agissant de la procédure d'assises, compte tenu de sa spécificité, notamment celle tenant au principe d'oralité gouvernant le procès criminel.

Les règles concernant la lecture à l'audience des questions posées au jury sont fixées par les articles 348 à 351 du code de procédure pénale : s'il résulte des débats que le fait comporte une qualification légale autre que celle donnée par la décision de mise en accusation, le président doit poser une ou plusieurs questions subsidiaires (art. 351). S'il s'agit d'une circonstance aggravante non visée dans l'acte d'accusation, le président pose une question spéciale (art. 350). Il résulte de l'article 348 qu'il est donné lecture des questions, sauf si l'accusé ou son défenseur y renonce.

La Chambre criminelle avait admis(5) que la seule lecture des questions mettait l'accusé et son défenseur en mesure de connaître la nouvelle qualification envisagée et de présenter le cas échéant des observations, sans même exiger que soit mentionné au procès-verbal des débats un avertissement donné par le président suivant lequel il entendait poser une question portant sur une requalification des faits ou même qu'il ait été spécialement procédé à la lecture de cette question.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Miroux c/ France* du 26 septembre 2006(6) conduit à l'abandon de cette jurisprudence. Cette affaire portait sur la requalification de faits de tentative de viol en viol, la question subsidiaire ayant été lue à l'issue des débats. La juridiction européenne, se référant expressément à son arrêt *Pélissier et Sassi* précité, a conclu à la violation de l'article 6, § 3 a) et b) de la Convention en énonçant « *qu'il incombait à la juridiction interne, faisant usage de son droit incontesté de requalifier les faits, de donner la possibilité au requérant d'exercer ses droits de la défense de manière concrète et effective, notamment en temps utile, en procédant par exemple au renvoi de l'affaire pour rouvrir les débats ou en sollicitant les observations du requérant* ». Elle a écarté l'argumentation selon laquelle la requalification ne modifiait ni le fondement juridique de la qualification pénale (art. 222-23 c. pén.), ni sa base factuelle et que la peine encourue était identique. Elle a, en effet, estimé qu'« *il existait une différence de degré de gravité entre les deux infractions, laquelle exerce sans aucun doute une influence sur l'appréciation des faits et la détermination de la peine par le jury...* » et que « *le changement de qualification... était susceptible d'entraîner une aggravation de la peine infligée au requérant...* ». Elle a pareillement réfuté l'autre argument tiré de la jurisprudence de la Chambre criminelle, selon lequel il appartenait au requérant d'élever un incident de procédure en demandant la réouverture des débats en application de l'article 352 du code de procédure pénale(7).

Dans l'espèce qui a conduit à l'arrêt de la Chambre criminelle du 13 juin 2007, il ne s'agissait pas à proprement parler d'une requalification mais d'une circonstance aggravante (usage ou

menace d'une arme), l'acte d'accusation n'ayant retenu qu'un viol simple (art. 222-23 c. pén.), puni d'une peine de quinze ans de réclusion criminelle, alors que l'ajout d'une telle circonstance portait la peine encourue à vingt ans (art. 222-24), sachant que l'accusé a finalement été condamné en appel à dix-huit ans de réclusion. Certes, le recours à une arme avait figuré dans le débat devant la cour d'assises puisque la discussion qui s'était instaurée à ce propos pendant l'instruction et, notamment, les explications fournies par la personne mise en examen lors de ses interrogatoires, figuraient dans l'acte d'accusation lu à l'audience. Toutefois, aucun élément ne permettait de savoir, dans une procédure reposant sur l'oralité, si l'accusé avait été en mesure de présenter une défense sur cet élément devant la cour d'assises.

Le raisonnement suivi par la Cour européenne dans son arrêt *Miroux*, alors même que la nouvelle qualification n'entraînait aucune aggravation de la peine encourue, contrairement à l'arrêt soumis à la Chambre criminelle, conduisait, dès lors, inéluctablement, à une cassation, au visa de l'article 6, § 3, a) et b) de la Convention, en raison de l'absence dans le procès-verbal des débats de mention établissant que le président ait prévenu les parties, avant les plaidoiries et réquisitions, qu'il envisageait de poser, comme résultant des débats, la question spéciale d'usage ou menace d'une arme, circonstance aggravante non retenue par la décision de renvoi et qui avait permis de porter la condamnation de l'intéressé à dix-huit ans de réclusion criminelle.

Il convient de noter que, par cet arrêt, la Chambre criminelle donne deux indications inédites et déterminantes sur la manière de procéder. Elle évoque, en premier lieu, un « avertissement » donné par le président sur la question envisagée, formalité qui n'est pas prévue par le code de procédure pénale et qui se distingue donc de la lecture de la question. Elle fixe, en outre, le moment de cette information qu'elle situe avant les plaidoiries et réquisitions. Il s'en déduit que dans les cas où cet avertissement intervient à leur issue, il devrait être indiqué que les parties n'ont formulé aucune objection sur la nouvelle qualification proposée. Une mention spécifique doit également constater la lecture effective de la question spéciale ou subsidiaire, si elle a été posée.

L'arrêt du 7 novembre dernier apporte des précisions complémentaires. En l'espèce, l'accusé avait été renvoyé devant la cour d'assises sous l'accusation de meurtre et condamné pour violences mortelles avec arme à quatorze ans de réclusion criminelle. Il résultait du procès-verbal des débats que le président de la cour d'assises, avant de donner la parole aux parties, avait indiqué, afin que chacune puisse en tenir compte dans ses plaidoiries, réquisitions et observations, qu'il envisageait de poser d'office la question spéciale d'usage d'une arme et les avait invitées à faire part de leurs observations et à conclure éventuellement sur ces questions. Le demandeur au pourvoi, en faisant valoir qu'en posant la question spéciale d'usage d'une arme le président aurait introduit un fait étranger à la saisine de la cour d'assises sur lequel il n'aurait pas été en mesure de se défendre, conduisait la Chambre criminelle à examiner la possibilité d'interroger la cour et le jury sur l'existence d'une circonstance aggravante inexistante ou plutôt dénuée d'objet en ce qui concerne le crime visé par l'accusation, mais susceptible d'exister après requalification de ce crime.

Il convient, au préalable, de constater, s'agissant du respect du principe du contradictoire, que le président de la cour d'assises s'est conformé tant aux exigences conventionnelles qu'aux indications données par la Chambre criminelle dans sa décision précédemment commentée. Reste le problème de l'étendue de la requalification à laquelle il a été procédé.

En l'espèce, l'accusé avait tué son épouse en utilisant une paire de ciseaux. L'usage de cette arme par destination ne constituait pas un élément nouveau puisqu'il apparaissait très clairement dans l'acte de renvoi. Le président avait décomposé l'accusation de meurtre en trois questions principales, la première portant sur la notion de violences, la deuxième sur le fait que celles-ci aient entraîné la mort, la dernière sur l'intention d'homicide, une réponse affirmative limitée aux seules deux premières questions permettant une requalification en violences mortelles, laquelle est licite(8).

Le code de procédure pénale ne précise pas si une question spéciale sur la circonstance

aggravante d'usage d'une arme, laquelle n'est concevable qu'en cas de requalification en coups mortels, peut être ainsi posée. Plus généralement, il ne fournit aucune indication sur la possibilité de poser des questions spéciales sur une nouvelle qualification résultant de questions subsidiaires.

La Chambre criminelle paraît répondre par l'affirmative. En admettant la régularité de la décomposition ainsi réalisée de la question de meurtre, elle a, en effet, considéré qu'en permettant ainsi à la cour d'assises de déterminer si les faits dont elle avait été saisie par l'arrêt de renvoi constituaient un meurtre ou des violences mortelles, le président pouvait, sans altérer la substance du dispositif de l'arrêt de mise en accusation, poser la question spéciale d'usage d'une arme, dans l'hypothèse où seule la qualification de violences mortelles serait retenue par la cour et le jury, et mettait ainsi l'accusé et la défense en mesure de s'expliquer sur les faits constitutifs de la circonstance aggravante.

2 - La portée de l'annulation par la juridiction administrative d'un acte administratif sur les poursuites pénales antérieurement engagées pour soustraction à l'exécution de cet acte
L'annulation par la juridiction administrative d'un acte administratif implique, en principe, que cet acte est réputé n'avoir jamais existé et prive de base légale la poursuite engagée sur le fondement de la violation du texte annulé. - **Crim. 21 nov. 2007, pourvoi n° 07-81.659, en cours de publication (cassation).**

L'intérêt juridique de la question qu'avait à trancher la Chambre criminelle est important dans la mesure où il s'agissait de préciser l'articulation entre une décision d'annulation d'un acte administratif par la juridiction administrative et les poursuites pénales qui ont été engagées devant la juridiction répressive pour soustraction à l'exécution de cet acte, infraction consommée antérieurement à ladite annulation. Elle emporte également des conséquences évidentes sur certains types de contentieux, comme, en l'espèce, celui de la circulation routière.

Le demandeur au pourvoi avait été poursuivi pour avoir, en octobre 2005, conduit un véhicule malgré l'invalidation de son permis de conduire résultant de la perte totale des points, le ministre de l'Intérieur, après avoir procédé au retrait de neuf points, ayant constaté la perte de validité du permis et injonction ayant été faite par le préfet à son titulaire de restituer ce document. Le prévenu était déclaré coupable de conduite d'un véhicule terrestre à moteur malgré l'invalidation du permis de conduire par perte totale des points, délit prévu par l'article L. 223-5, § 5, du code de la route, et condamné, le 16 décembre 2005, par le tribunal correctionnel. Or, le tribunal administratif, par jugement du 13 décembre 2006, non frappé de recours, annulait les décisions ministérielles et préfectorales précitées, le solde de points affecté au permis de conduire redevenant *ipso facto* positif.

La cour d'appel, saisie du recours du prévenu contre le jugement du tribunal correctionnel, écartait son argumentation selon laquelle l'élément matériel du délit avait été supprimé par l'effet de la décision de la juridiction administrative : elle retenait qu'au moment du contrôle routier dont l'intéressé avait fait l'objet, la décision ministérielle était en vigueur. La constatation faite par la cour d'appel était exacte, mais les conséquences qu'elle en a tirées pouvaient-elles être approuvées ? La Chambre criminelle répond par la négative.

Il convient, au préalable, de rappeler quelle est la portée donnée par la juridiction administrative à ses propres décisions d'annulation. Le principe est énoncé dans un arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 11 mai 2004(9) : l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu. Toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits que de l'intérêt général, il appartient au juge administratif d'apprécier dans sa décision s'il doit être dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses, et, dans l'affirmative, de prévoir que tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. Dans l'espèce commentée, le juge administratif n'avait pas décidé que sa

décision d'annulation des décisions ministérielles et préfectorale en cause n'aurait d'effet que pour l'avenir. Il s'en déduit que ces actes devaient donc être réputés comme n'ayant jamais existé. Il convient de préciser que l'autorité de la décision d'annulation prise par la juridiction administrative est absolue et que l'acte annulé cesse de produire ses effets à l'égard de toute personne(10).

La jurisprudence de la Chambre criminelle, s'agissant de l'incidence de l'annulation d'un acte administratif sur les poursuites engagées devant la juridiction répressive, a été analysée en 2002, par Mme l'avocat général Commaret dans des conclusions(11) qui exposent très complètement et clairement les règles de droit public et de droit pénal en cause. Dans le cas, écrivait ce magistrat, « *de la disparition de l'acte administratif sur lequel se fondent les poursuites avant que la condamnation ne soit passée en force de chose jugée, dans ce cas et dans ce cas seulement, l'autorité immédiate de la chose jugée par le juge administratif ajoutée à la perte du fondement légal lato sensu, impose la relaxe tout comme l'abrogation de la loi, ou, par l'extinction de l'action publique, le décès ou l'amnistie* ».

Dès l'arrêt *Darsy* du 25 mars 1882(12), confirmé par les arrêts des 29 décembre 1971(13) et 5 juillet 1976(14), la Chambre criminelle a retenu que l'annulation d'une décision administrative avait pour effet de priver de toute base légale les poursuites engagées du chef de sa violation. Dans l'hypothèse qui a donné lieu à l'arrêt du 21 novembre dernier, la condamnation prononcée par la juridiction répressive du premier degré n'était pas définitive en raison de l'appel interjeté par le prévenu lorsqu'est intervenue la décision, devenue définitive, du tribunal administratif annulant l'acte dont la violation fondait les poursuites. Les principes énoncés ci-dessus trouvaient donc à s'appliquer et la cour d'appel devait en tirer les conséquences. L'acte administratif étant réputé n'avoir jamais existé, la poursuite en cours visant sa violation perdait tout fondement légal. La cassation sans renvoi de l'arrêt de condamnation intervient au visa du principe de l'autorité de la chose jugée par la juridiction administrative. Une question demeure sur la position qui sera adoptée par la Cour de cassation lorsque l'annulation, devenue définitive, de l'acte administratif par le juge administratif se produira pendant l'instruction du pourvoi formé contre l'arrêt de condamnation rendu par les juges du fond. Le caractère non définitif de la condamnation pourrait-il contraindre la Chambre criminelle à prononcer une annulation de la décision attaquée ?

Il convient de préciser que cette situation est radicalement distincte de celle d'une condamnation pénale définitive dont il serait demandé la révision en raison de l'annulation ultérieure par le juge administratif de l'acte administratif qui avait fondé les poursuites. L'autorité de chose jugée attachée à une décision pénale définitive revêt un caractère absolu. Selon la Cour de révision(15), la compétence du juge répressif pour apprécier, en application de l'article 111-5 du code pénal, la légalité de l'acte administratif lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal, exclut que l'annulation ultérieure de cet acte, prononcée par la juridiction administrative, puisse constituer un fait nouveau.

3 - Procédure applicable aux infractions de droit commun commises à l'étranger à bord d'un bateau de croisière fluvial français au préjudice d'une victime de nationalité française
Les dispositions de l'article 113-3 du code pénal, qui prévoient que la loi française est applicable aux infractions commises à bord des navires battant un pavillon français ou à l'encontre de tels navires, en quelque lieu où ils se trouvent, ne sauraient être étendues aux bateaux de navigation fluviale. - **Crim. 18 sept. 2007, pourvoi n° 07-82.504, F-P+F+I (cassation)**.

Cette décision résout une question d'application de la loi française dans l'espace s'agissant de la procédure applicable à une infraction de droit commun, en l'espèce un vol commis par un auteur inconnu au préjudice d'une victime française, à bord d'un bateau de navigation fluviale immatriculé en France, appartenant à une société française ayant son siège à Strasbourg, alors qu'il était amarré en Allemagne, sur le Rhin. La société exploitante avait porté plainte avec constitution de partie civile auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Strasbourg qui la déclarait irrecevable au motif que ce délit commis à

l'étranger relevait des seules dispositions de l'article 113-8 du code pénal, lequel subordonne la poursuite à une requête déposée par le ministère public. Statuant sur l'appel de la société plaignante, la chambre de l'instruction infirmait l'ordonnance du juge d'instruction en estimant qu'il devait être fait application de l'article 113-3 du code précité prévoyant, sans condition, une compétence générale des juridictions françaises pour connaître des infractions commises à bord des navires battant un pavillon français. La Chambre criminelle, saisie du pourvoi du procureur général près la cour d'appel, a tranché cette question d'application de la loi française dans l'espace en refusant d'étendre aux bateaux de navigation fluviale des dispositions qui sont réservées, en conséquence, aux seuls bâtiments de navigation maritime.

Il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 113-8 du code précité, la poursuite des délits prévus aux articles 113-6 (ceux commis par un Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis) et 113-7 (ceux commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction) ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public et doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle de l'autorité du pays où ils ont été commis. Ces règles sont impératives(16).

L'article 113-3 apporte une dérogation en matière d'infractions commises à bord des navires battant un pavillon français, lesquels sont réputés parcelle de territoire français. Cette disposition est, d'ailleurs, insérée dans la section du code pénal consacré aux infractions commises ou réputées commises sur territoire de la République.

Une distinction, qui n'est pas seulement sémantique, est constamment opérée, selon leur type de navigation, entre le « navire », bâtiment circulant exclusivement sur le domaine maritime, et le bateau dont « *le service le laisse sur les fleuves, rivières et canaux* »(17). Cette distinction résulterait de la distinction générale entre droit maritime et droit fluvial et serait simplifiée par le système de l'immatriculation. « *Les engins maritimes sont francisés et immatriculés auprès de l'administration maritime comme navires. La très grande majorité des engins non maritimes sont immatriculés comme engins fluviaux auprès de l'administration de l'équipement* »(18). Les deux types de navigation sont régis par des droits distincts : le droit maritime pour les navires et le code du domaine public fluvial et de la navigation qui s'applique aux « bateaux », bâtiments naviguant sur le domaine fluvial. Enfin, la fiction que constitue le fait de considérer les navires battant un pavillon français comme une portion détachée du territoire de la République trouve sa justification dans le fait de pouvoir ainsi retenir une compétence pour le jugement des infractions commises en haute mer. En revanche, aucune raison ne permet d'étendre aux engins fluviaux une disposition d'exception qui doit, comme telle, être d'interprétation stricte.

4 - La responsabilité pénale de l'adjoint au maire dans l'exercice d'une fonction déléguée
Un adjoint au maire, auquel ce dernier a délégué par arrêté les actes afférents aux fêtes et cérémonies, et qui dispose de la compétence, des pouvoirs et des moyens nécessaires pour remplir les fonctions de contrôle et de surveillance des manifestations qu'il organise, peut être déclaré pénalement responsable des nuisances sonores provoquées par l'une de ces manifestations. - Crim. 4 sept. 2007, pourvoi n° 07-80.072, F-P+F (rejet).

Un maire avait délégué, par arrêté, à l'un de ses adjoints l'organisation des fêtes et manifestations dans la commune. Cet adjoint a été poursuivi et condamné pour tapage nocturne en raison des nuisances sonores provoquées par la soirée « techno » qu'il avait organisée comme chaque été et dont il avait surveillé les émissions acoustiques. Le demandeur au pourvoi invoquait les dispositions de l'article L. 2122-18 du code général des collectivités territoriales dont il déduisait que le maire, seul chargé de l'administration de la commune, ne pouvait déléguer des fonctions à des adjoints que sous sa surveillance et sa responsabilité et ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité pénale. La question inédite posée par ce pourvoi était celle de savoir si la responsabilité pénale d'un adjoint au maire peut être engagée à raison d'infractions commises à l'occasion d'actes accomplis ou de décisions prises dans l'exercice de fonctions qui lui ont été déléguées par le maire.

Le droit administratif(19) distingue deux types de délégation de compétence : la délégation de pouvoir est accordée à une autorité désignée es qualités, elle n'est pas affectée par un changement dans la personne du délégant ou dans celle qui exerce la délégation et ses effets se poursuivent tant qu'elle n'y est pas mis fin par le délégant. Elle emporte transfert juridique de la compétence, le délégant étant dessaisi des compétences déléguées et les décisions prises sont juridiquement celles du délégataire. La délégation de signature est nominative, elle cesse en cas de changement dans la personne du délégant ou du délégataire. Le délégant est toujours habilité à prendre des décisions. Celles prises par le délégataire demeurent des décisions du délégant.

La délégation consentie par un maire à un adjoint est d'une nature particulière. Aux termes de l'article L. 2122-18 du code général des collectivités territoriales, le maire est seul chargé de l'administration de la commune. Selon ce texte, il peut consentir par arrêté une « délégation de fonction » à un ou plusieurs adjoints et, en cas d'empêchement, à des conseillers municipaux, laquelle s'exerce sous la « *surveillance et la responsabilité* » du maire. La spécificité de cette délégation, notamment le contrôle permanent sur l'accomplissement de la mission déléguée, exercée au nom du maire, la caducité de la délégation en cas de changement dans la personne du délégataire ou du maire, conduisent le doctrine à estimer qu'il s'agirait plutôt d'une forme particulière de délégation de signature(20).

La Chambre criminelle a depuis longtemps admis la validité de la délégation de pouvoirs(21). C'est en statuant principalement sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise qu'elle a admis le caractère exonératoire de la délégation de pouvoirs dont elle a fixé le domaine et les conditions. Elle exclut les délégations générales et exige que la délégation soit certaine, que le délégataire soit une personne dotée de la compétence et de l'autorités nécessaires, ce qui implique qu'il dispose des aptitudes techniques, d'une autonomie et des moyens adaptés à l'exercice de la mission déléguée(22). Le principe constamment posé est le suivant : le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il prouve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires(23). S'il ne peut y avoir cumul de responsabilité en raison des mêmes manquements(24), la responsabilité pénale du délégant et du délégataire peuvent être simultanément engagées en raison de fautes distinctes(25).

Cette jurisprudence était-elle transposable à la délégation consentie par un maire à son adjoint ? Le Conseil d'Etat n'y a pas vu d'obstacle de principe(26). La seule décision de la Chambre criminelle dans laquelle une discussion sur cette question avait été ébauchée mérite d'être évoquée, même si elle n'a pas été publiée(27). Le pourvoi était formé par le maire d'une commune, condamné pour des déboisements qui avaient été effectués sans autorisation dans le but de créer une voie communale. Pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, le prévenu avait invoqué, devant les juges du fond, la délégation qu'il avait consentie en matière de travaux de voirie à l'un de ses adjoints. La Chambre criminelle, devant laquelle le demandeur invoquait une violation de l'article 122-11 du code des communes (devenu art. L. 2122-18 CGCT), s'agissant de la portée donnée par la cour d'appel à la délégation, approuvait les énonciations de l'arrêt attaqué selon lesquelles, d'une part, les pouvoirs ainsi conférés à l'adjoint en matière de voirie n'impliquaient nullement que le délégataire ait reçu compétence ou ait disposé d'un pouvoir de décision en matière de création de voies et d'abattages d'arbres, d'autre part, il était établi que l'exécution des travaux reprochés avait été décidée personnellement par le maire. Implicitement, cette décision paraissait admettre la possibilité d'imputer, sous certaines conditions, à un adjoint la responsabilité pénale d'une infraction commise dans le cadre de l'exécution d'une fonction déléguée.

L'arrêt commenté du 4 septembre 2007, mettant fin à une incertitude, admet donc qu'un maire, à l'instar d'un chef d'entreprise, puisse s'exonérer de sa responsabilité pénale en rapportant la preuve de la réunion des conditions suivantes : les attributions déléguées doivent être déterminées de manière certaine, le délégataire doit disposer de la compétence, des pouvoirs et des moyens nécessaires pour remplir les fonctions de contrôle et de surveillance des opérations qu'il organise. Il reste à savoir, telle n'étant pas la question

soumise aux juges dans la présente espèce, l'appréciation qui sera portée sur l'éventuelle participation personnelle du maire à une infraction commise à l'occasion d'une fonction déléguée.

5 - Opposition par avocat et représentation à l'audience : article 489 et 494 du code de procédure pénale

Est recevable l'opposition formée par le prévenu par l'intermédiaire d'un mandataire muni d'un pouvoir spécial. - **Crim. 11 sept. 2007, pourvoi n° 06-87.864, FS-P+F+I (cassation)** : D. 2007. Jur. 2942, concl. Boccon-Gibod.

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 11 septembre 2007 prend, *pour la première fois, une position très explicite sur la recevabilité de l'opposition formée par un mandataire muni d'un pouvoir spécial.*

Les faits de la cause étaient les suivants : la prévenue, condamnée par défaut à 3 ans d'emprisonnement et 5 000 euros d'amende pour infraction à la législation sur les stupéfiants, objet d'un mandat d'arrêt, avait donné mandat spécial à son avocat pour former opposition au jugement et la représenter à l'audience. Le tribunal avait déclaré cette opposition irrecevable, faute d'avoir été formée par l'intéressée elle-même. Cette décision avait été confirmée par la cour, qui avait relevé que le « *droit d'un prévenu à l'organisation d'un juste procès [...] ne peut faire oublier que le prévenu lui-même a le devoir de participer loyalement à ce procès en comparaisant personnellement lors de son opposition et en déclarant un domicile ou une résidence réels où il puisse être joint* ».

C'est cette position qui a été censurée par la Chambre criminelle, au visa de l'article 489 du code de procédure pénale, la Cour de cassation déclarant très clairement « *qu'est recevable l'opposition formée par le prévenu par l'intermédiaire d'un mandataire muni d'un pouvoir spécial* ».

Si la principale question posée par le pourvoi porte donc sur la faculté de faire opposition par l'intermédiaire d'un avocat muni d'un pouvoir spécial, l'arrêt attaqué invite aussi à examiner la possibilité, pour la personne ayant fait opposition, de se faire représenter à l'audience au cours de laquelle sera examinée son opposition, par un avocat muni d'un pouvoir spécial.

Sur la recevabilité de l'opposition formée par un mandataire muni d'un pouvoir spécial
On sait que la loi autorise le mandataire spécial à intervenir pour interjeter appel (art. 502, al. 2, c. pr. pén.) et pour former un pourvoi en cassation (art. 576, al. 2, c. pr. pén.). En revanche, pour ce qui concerne l'opposition, l'article 489, alinéa 1er, du code de procédure pénale se contente d'indiquer que « *le jugement prononcé par défaut est non avenue dans toutes ses dispositions, si le prévenu forme opposition à son exécution* » ; il est donc muet sur cette question.

L'article 489 a ainsi donné lieu à une abondante jurisprudence, différenciant le régime de l'opposition de l'exercice des autres voies de recours : la Chambre criminelle a, en effet, estimé, pendant des années, que l'opposition devait émaner de l'intéressé lui-même, sans possibilité de mandater un avocat à cette fin (Crim. 13 juin 1988, n° 87-84.970, Bull. crim. n° 268 ; 20 sept. 1994, n° 91-83.264, Bull. crim. n° 299), même si cet avocat était muni d'un pouvoir spécial (Crim. 21 juin 1990, n° 89-83.316, Bull. crim. n° 255).

Cette exigence procédait d'une double considération :

- d'une part, l'opposition formée par l'intéressé lui-même permettait de s'assurer qu'il avait bien eu connaissance de la date de réexamen de son affaire, écartant ainsi le risque d'un itératif défaut ;

- d'autre part, cela obligeait le prévenu en fuite, condamné à une peine d'emprisonnement et sous le coup d'un mandat d'arrêt, à se présenter et « à se mettre en état » (selon la formule

consacrée).

Sur ce dernier point, on notera que la Cour de cassation avait jugé, le 13 mai 1985 (n° 84-95.278, Bull. crim. n° 180), « *qu'une voie de recours [...] ne peut être déclarée irrecevable que si le prévenu, en ne déférant pas à un mandat décerné contre lui, se dérobe à l'exécution de la décision de justice* », de sorte qu'elle avait cassé un arrêt déclarant irrecevable l'opposition formée par un prévenu, objet d'un mandat d'arrêt, qui avait mentionné son adresse réelle dans sa déclaration d'opposition. Dans cette même logique, la Chambre criminelle a déclaré irrecevable le pourvoi formé par un avocat représentant un requérant en fuite faisant l'objet d'un mandat d'arrêt (Crim. 8 mars 1995, n° 94-85.990, Bull. crim. n° 94).

On mesure donc le chemin parcouru depuis lors, sous l'impulsion de la Cour européenne qui a censuré cette obligation de « mise en état ». Cette dernière n'est plus exigée par la Chambre criminelle :

- ni pour la recevabilité de l'appel (Crim. 24 nov. 1999, n° 97-85.694, Bull. crim. n° 273, qui a cassé un arrêt de cour d'appel ayant déclaré irrecevable l'appel d'un prévenu qui ne s'était pas soumis à l'exécution du mandat d'arrêt, en rappelant qu'aux termes de l'article 502 du code de procédure pénale, la déclaration d'appel « *doit être signée par le greffier et par l'appelant lui-même, ou par un avoué près la juridiction qui a statué ou par un avocat ou par un fondé de pouvoir spécial* ») ;

- ni pour celle du pourvoi (Crim. 30 juin 1999, n° 98-80.923, Bull. crim. n° 167, qui a déclaré recevable le pourvoi fait par l'intermédiaire d'un avoué, au nom d'une personne visée par un mandat d'arrêt, « *en l'absence de dispositions expresses de la loi dérogeant, en cas de délivrance d'un mandat de justice, à l'application des conditions de forme prévues par l'article 576 du code de procédure pénale* »).

De même et s'agissant de la recevabilité d'une opposition par le biais d'un mandataire muni d'un pouvoir spécial, on notera qu'un arrêt du 30 octobre 2002 (n° 02-80.189, Bull. crim. n° 198) avait « amorcé » la position prise aujourd'hui, puisque la chambre avait alors approuvé les juges d'appel d'avoir débouté un prévenu non comparant, après avoir déclaré son opposition recevable, en relevant qu'« *ayant formé opposition par un mandataire muni d'un pouvoir spécial, le prévenu ne saurait se faire un grief de ce que la date d'audience a été notifiée à ce mandataire et non à sa personne* ».

Il reste néanmoins à savoir si, une fois cette opposition régulièrement formée par un mandataire muni d'un pouvoir spécial, l'opposant peut se faire représenter à l'audience et se dispenser de toute comparution.

Sur la représentation de l'opposant à l'audience

L'article 494, alinéa 1er, du code de procédure pénale prévoit que « *l'opposition est non avenue si l'opposant ne comparait pas à la date qui lui est fixée soit par la notification à lui faite verbalement et constatée par procès-verbal au moment où l'opposition a été formée, soit par une nouvelle citation, délivrée à la personne de l'intéressé...* ».

On sait, là encore, que les textes et la jurisprudence ont beaucoup évolués concernant le jugement des personnes absentes, sous l'empire de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

En matière correctionnelle, l'article 412 du code de procédure pénale, modifié par la loi du 4 mars 2004, prévoit, dans son alinéa 2, que, lorsqu'un avocat se présente pour un prévenu absent, il doit être entendu dans tous les cas. Le mandat spécial donné par le client à l'avocat pour le représenter à l'audience a pour effet de rendre la décision contradictoire. En ce qui concerne les crimes, la procédure de contumace a été supprimée par la même loi et remplacée par le défaut criminel des articles 379-2 et suivants dudit code, qui prévoit également la possibilité d'intervention d'un avocat en l'absence de l'accusé.

La Chambre criminelle n'a pas été en reste :

- un arrêt du 19 février 2003 (n° 01-88.361, Bull. crim. n° 45) a, en effet, cassé une décision de cour d'appel qui avait considéré que « *ni la présence de l'avocat du prévenu à l'audience, ni les écritures déposées par lui ne permettent d'écarter les dispositions de l'article 494, alinéa 1er, du code de procédure pénale* » ; la Chambre criminelle, après avoir visé l'article 6 de la Convention européenne, a jugé que la cour d'appel « *ne pouvait refuser d'entendre l'avocat chargé de représenter le prévenu* » ;

- une autre décision du 2 septembre 2003 (n° 02-86.538, Bull. crim. n° 149) a cassé, pour violation de l'article 494 du code de procédure pénale, un arrêt de cour d'appel ayant déclaré non avenue l'opposition d'un prévenu qui n'avait pas comparu en personne et avait mandaté un avocat pour le représenter, en indiquant que « *la comparution exigée par l'article 494, alinéa 1er, du code de procédure pénale s'entend soit de celle de l'opposant lui-même, soit de celle de son avocat* ».

Désormais, il faut donc admettre qu'un avocat, muni d'un pouvoir spécial, puisse, après avoir fait opposition au nom de son client, le représenter à l'audience. Notons que, dans cette configuration, c'est à l'avocat opposant que sera notifiée la date d'audience. On peut donc penser que la décision rendue sera réputée contradictoire, même en l'absence du prévenu, et non pas « contradictoire à signifier », ce qui, d'ailleurs, poserait d'insurmontables problèmes dans tous les cas où l'on reste dans l'ignorance de l'adresse du prévenu.

Certaines voix s'élèveront peut-être pour regretter une telle position en matière d'opposition : on sait, en effet, que s'agissant de l'appel, l'article 411 du code de procédure pénale donne à la juridiction la possibilité d'ordonner la comparution personnelle de l'intéressé, ce qui n'est pas prévu pour l'opposition. Mais, en ce domaine comme en d'autres, on ne peut méconnaître les lames de fond en provenance de la Cour européenne des droits de l'homme.

6 - Constitution de partie civile d'associations : article 2-1 du code de procédure pénale
Cassation de l'arrêt de la chambre de l'instruction qui déclare l'association MRAP recevable à se constituer partie civile dans l'information ouverte, à la suite du décès de la victime, contre les mis en examen, des chefs notamment de meurtre avec préméditation commis en raison de l'appartenance ou de la non appartenance à une ethnie, une nation ou une religion, alors que l'accord de la victime, seule titulaire de ce droit, qui s'éteint à son décès, n'a pu être recueilli.
- Crim. 25 sept. 2007, pourvoi n° 05-88.324, FS-P+F (cassation).

Quelques éléments factuels pour comprendre cette espèce : on se souvient du décès d'Ilan H..., jeune majeur, ayant donné lieu à l'ouverture d'une information pour meurtre à caractère racial. Devant le juge d'instruction, plusieurs membres de la famille de la victime se sont constitués partie civile, ainsi que des associations, parmi lesquelles le MRAP, malgré l'opposition manifestée sur ce point par la famille d'Ilan H... Le juge d'instruction a déclaré irrecevables les constitutions de partie civile des associations en l'absence d'accord de la victime. Sur appel du MRAP, la chambre de l'instruction a infirmé cette décision, considérant que l'accord de la victime n'est exigé que dans le cas où celui-ci peut être recueilli, que la circonstance que la victime soit décédée ne peut être opposée à l'association et que l'opposition de membres de la famille ne peut avoir d'effet juridique.

Au soutien de leur pourvoi, les consorts H... soutenaient :

- que la victime n'avait pu donner son accord ;

- que ses ayants droit pouvaient s'opposer à la constitution de partie civile de l'association, dès lors qu'ils constituent « la personne intéressée » et la victime au sens de l'article 2 du code de procédure civile lorsque la personne considérée individuellement est décédée.

La Chambre criminelle a donc été conduite à se prononcer sur l'application de l'article 2-1 du code de procédure pénale qui autorise la constitution de partie civile d'associations pour ce type d'infractions mais précise, dans son alinéa 2, que « *toutefois, lorsque l'infraction aura été commise envers une personne considérée individuellement, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la personne intéressée ou, si celle-ci est mineur, l'accord du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal, lorsque cet accord peut être recueilli* ».

Ce pourvoi conduisait à examiner deux types de questions :

- les ayants-droit de la victime avaient-ils recueilli, du fait du décès de leur auteur, le droit de donner ou de refuser cet accord ?
- si tel n'était pas le cas, l'association pouvait-elle se constituer partie civile sans l'accord de la victime qui ne pouvait être donné du fait de son décès ?

Sur la qualité des ayants-droit à donner ou à refuser leur accord

A titre préliminaire, on notera que la notion de « *personne intéressée* » ne peut s'entendre des héritiers, et renvoie à la victime de l'infraction (qui peut d'ailleurs ne pas s'être constituée partie civile) : en effet, la mention de cette personne « *intéressée* » fait immédiatement suite à l'évocation de « *l'infraction commise envers une personne considérée individuellement* ». Cette interprétation est d'ailleurs confirmée, tant par le rapport de la commission des lois (Jean-Luc Warsmann), que par celui du sénateur François Zocchetto lors du vote de la loi du 9 mars 2004 qui a ajouté cette condition.

Reste à savoir si le droit de donner ou de refuser son accord, qui appartient à la victime, s'est éteint avec lui, ou, au contraire, s'est transmis à ses héritiers. Vient alors immédiatement à l'esprit la distinction classique entre droit patrimonial, que peut recueillir la succession, et droit extra-patrimonial, personnel, moral qui ne se transmet pas.

Dans leur introduction générale du *Traité de droit civil*, Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeau rappellent que les droits patrimoniaux sont ceux qui sont évaluables en argent, que les autres droits, rebelles à cette conversion, sont hors du patrimoine. C'est ainsi que, dans le droit de l'auteur ou de l'artiste sur son oeuvre, une distinction doit être opérée : si le droit d'exploiter est patrimonial, le droit moral permettant au créateur de surveiller la fidélité de la reproduction de son oeuvre est extra-patrimonial.

Ne sommes-nous pas, ici, en présence d'un droit moral, qui n'est pas détachable de la personne, la victime ayant la faculté de donner son accord ou de le refuser, de préférer une association plutôt qu'une autre, sans avoir à s'en expliquer ? Et ne peut-on pas le rapprocher du droit au respect de la vie privée prévu par l'article 9 du code civil qui, selon une jurisprudence constante, s'éteint au décès de la personne (Civ. 1re, 14 déc. 1999, n° 97-15.756, Bull. civ. I, n° 345) ? Toutes ces considérations ont conduit à estimer que les parents d'Ilan H... n'étaient pas, en qualité d'ayants droit, devenus titulaires de ce « droit d'accord ».

Il fallait donc tirer les conséquences juridiques de l'impossibilité de recueillir un quelconque accord de la victime.

Sur les conséquences d'un accord impossible à recueillir

Lors du vote de la loi du 9 mars 2004, qui a intégré cette condition de l'accord de la victime, le législateur s'est reporté :

- aux articles 2-2, 2-3 et 2-6 du code de procédure pénale ;
- à l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 qui prévoit que les associations ne peuvent

exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne la diffamation qu'avec l'accord de la victime.

Si l'on reprend les débats et les rapports existant sur l'article 2-6 du code de procédure pénale, et notamment le rapport du sénateur Franck Sérusclat (loi du 2 novembre 1992), l'accord de la personne intéressée est ainsi motivé : « *il convient de laisser à la victime la liberté de ne pas agir en justice si elle ne souhaite pas le faire et, de l'autre côté, si elle le souhaite, de lui permettre d'être soutenue dans son action en justice par des associations dont c'est le rôle* ». Par ailleurs, et en ce qui concerne l'article 48-1 de la loi sur la presse (loi du 1er juillet 1972), le législateur a mis l'accent sur le respect de la volonté de la victime et le danger d'aboutir à des poursuites contre la volonté de la victime. On observera toutefois que, si l'exigence de l'accord de la victime (ou du représentant légal de la victime mineur ou majeur protégé) se retrouve dans les articles 2-2, 2-6, 2-8, 2-10, 2-12, 2-18 et 2-20 du code de procédure pénale, aucun de ces articles ne comporte la précision figurant, *in fine* dans l'article 2-1, qui précise « *lorsque cet accord peut être recueilli* ».

Comment donc interpréter cette mention supplémentaire ? Fallait-il considérer que la mention « *lorsque cet accord peut être recueilli* » signifie, *a contrario*, que cet accord n'est pas nécessaire lorsque la victime est décédée ? Ou devait-on, au contraire, considérer qu'il s'agit d'une simple formule de style sans réelle incidence, puisque totalement inexplicitée par les travaux parlementaires ?

A ce stade du raisonnement, on ne peut être indifférent à certaines considérations. On peut d'abord souligner que les associations défendent un intérêt qui est distinct de celui de la victime, et que cet intérêt, bien que « collectif », a vocation à se rapprocher de l'intérêt général défendu par le ministère public dont il renforce l'action. Par ailleurs, on notera qu'au plan historique, la Cour de cassation a, dès un arrêt du 18 octobre 1913 (S. 1920. 1. 321), marqué son hostilité à l'encontre de la recevabilité de l'action civile des associations, à la différence des syndicats légalement investis d'une mission de représentation d'une profession (Cass., ch. réun., 15 juin 1923, DP 1924. 1. 153).

Certes, le législateur a eu le souci d'infléchir cette jurisprudence et d'ouvrir cette action à des associations de plus en plus nombreuses. Mais cette multiplication du droit d'agir des associations est critiquée par une partie importante de la doctrine qui dénonce le dévoiement de l'intérêt général, l'éclatement de la société, le fait que l'action publique passe aux mains de groupements privés et le danger que cela représente pour les libertés individuelles.

Dépasant ce débat de nature sociologique, on retiendra que, pour l'application des articles 2, 2-1 et suivants du code de procédure pénale, la Chambre criminelle rappelle, avec insistance, que l'exercice de l'action civile devant les juridictions pénales est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement enfermé dans les limites fixées par le code de procédure pénale.

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments que la Cour de cassation a tranché la question qui lui était soumise, en privilégiant l'esprit des textes relatifs aux constitutions de partie civile, plutôt que la lettre de l'article 2-1, et sa légère différence de rédaction avec les textes suivants, différence qui n'est pas apparue déterminante puisque non explicitée : elle a considéré que *l'accord de la victime (ou de son représentant légal) est nécessaire dans tous les cas*, de sorte que, lorsqu'il ne peut être recueilli, la constitution de partie civile des associations est impossible. Le législateur aura, de toute façon, le dernier mot si une telle interprétation ne lui convient pas....

7 - Prescription du délit d'abus de biens sociaux par emplois fictifs

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour écarter la prescription de l'action publique en matière d'abus de biens sociaux résultant de l'emploi fictif d'un salarié, énonce que l'absence de prestation de travail correspondant aux rémunérations perçues par le prévenu n'est apparue et n'a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique qu'en 2001, soit moins de trois ans avant le premier acte interruptif de prescription.

- Crim. 14 nov. 2007, pourvoi n° 06-87.378, F-P+F (rejet).

L'arrêt commenté ayant eu à trancher une question de prescription, il est important de rappeler brièvement la chronologie de l'affaire :

- X... avait été embauché par la société Y..., du 1er mars 1991 au 19 juin 1995, sous deux présidents successifs, le premier jusqu'au 30 avril 1993 et le second à compter du 1er mai 1993 ;
- le caractère fictif de cet emploi avait été révélé lors d'auditions effectuées au cours d'une information judiciaire distincte, en 2001 ;
- le procureur de la République avait formé une demande d'enquête (constituant le premier acte interruptif) le 6 mai 2003.

Etaient poursuivis, devant le tribunal correctionnel, d'une part, les deux présidents successifs de la société Y..., pour abus de biens sociaux, ainsi que X..., pour recel. Il convenait donc de déterminer à compter de quelle date avait couru la prescription.

Les prévenus soutenaient, en effet :

- que le respect de ses obligations déclaratives par une société constitue la révélation d'une embauche, et met les organes de direction et de contrôle en mesure d'en vérifier la réalité et la pertinence ;
- que l'embauche avait été faite ouvertement, ce qui permettait à tout intéressé et, notamment aux organes de contrôle, d'apprécier, dès la conclusion du contrat, la réalité, la pertinence et l'utilité de l'engagement de X...

En matière d'abus de biens sociaux, la jurisprudence a apporté des exceptions au principe, énoncé par les articles 7 et 8 du code de procédure pénale, selon lequel le point de départ de la prescription se situe à la date de commission des faits, en considérant que cette infraction est, par nature, dissimulée. C'est ainsi que la Chambre criminelle a, pour la première fois, dans un arrêt du 7 décembre 1967 (n° 66-91.972, Bull. crim. n° 321), posé le principe, maintes fois rappelé par la suite : « *en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté (dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique)* ».

S'est ensuite posé le problème de savoir si cette constatation du délit pouvait résulter de la présentation des comptes annuels dans lesquels figuraient les dépenses litigieuses. Par un arrêt du 5 mai 1997 (n° 96-81.482, Bull. crim. n° 159), la Cour a répondu que le point de départ de la prescription était « *la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société* » tout en prévoyant une exception en cas de « *dissimulation* ».

Dans deux arrêts des 13 octobre (n° 96-83.874, Bull. crim. n° 219) et 10 novembre 1999 (n° 98-85.477), la Chambre criminelle a ainsi censuré des décisions ayant estimé les faits non prescrits, sans répondre aux conclusions qui faisaient valoir que les salaires ou honoraires injustifiés figuraient bien dans les comptes (ou le bilan) de l'exercice concerné.

Par la suite, il a été jugé que constituent une dissimulation :

- l'omission de la délibération du conseil d'administration d'une société d'économie mixte sur une convention conclue par son directeur général avec différentes sociétés, ainsi que l'absence de présentation d'une autre convention dans le rapport spécial du commissaire aux comptes (Crim. 10 avr. 2002, n° 01-80.090, Bull. crim. n° 85) ;
- le défaut d'enregistrement des dépenses litigieuses en comptabilité (Crim. 14 mai 2003, n° 02-81.217, Bull. crim. n° 97) ;

- la fausse imputation de dépenses ou leur imputation sur la base de factures comportant de fausses indications sur le redevable des sommes et sur leur objet (même arrêt) ;

- le paiement de dépenses par deux sociétés pour le compte d'un élu par interposition d'une troisième société (Crim. 28 mai 2003, n° 02-85.185, Bull. crim. n° 108). A noter que, dans ce dernier arrêt, la Cour a précisé que le délit d'abus de biens sociaux résultant du versement de salaires rémunérant un emploi fictif est une infraction instantanée, consommée lors de chaque paiement indu.

En approuvant ou censurant les arrêts des cours d'appel sur le report du point de départ de la prescription en cas de dissimulation, la Chambre criminelle a, positivement ou négativement, défini cette notion notamment en cas d'emplois fictifs. Et, si la cour qualifie souvent cette appréciation de « souveraine », elle exerce un contrôle sur la suffisance des motifs caractérisant ladite dissimulation.

C'est ainsi qu'en matière d'emplois fictifs, la Chambre criminelle a approuvé des cours d'appel en ce qu'elles avaient « souverainement » reporté le point de départ du délai de prescription :

- à la date de dénonciation des faits par un contrôleur des impôts ayant procédé à une vérification de comptabilité au procureur de la République (Crim. 8 mars 2006, n° 04-86.648) ;

- à la date des investigations effectuées sur commission rogatoire (Crim. 28 juin 2006, n° 05-85.350) ;

- à la date de découverte de l'absence de prestation de service en contrepartie de versements, au cours de l'information judiciaire (Crim. 25 oct. 2006, n° 04-81.502) ;

- après les vérifications fiscale et sociale, les compléments de rémunération du gérant ayant été exclus des comptes (Crim. 25 oct. 2006, n° 05-86.993 et n° 05-85.508, Bull. crim. n° 253).

A l'inverse, ont été censurés des arrêts qui n'ont pas caractérisé la dissimulation des opérations litigieuses (Crim. 14 juin 2006, n° 05-85.912). Par cet arrêt du 14 novembre 2007, la jurisprudence apporte donc une nouvelle pierre à l'édifice.

8 - Composition pénale : article 41-2 du code de procédure pénale

*Dès lors qu'est signé le procès-verbal de proposition de composition pénale prévoyant les mesures décidées, le procureur de la République doit saisir le président du tribunal aux fins de validation de la composition, et ne recouvre la possibilité de mettre en mouvement l'action publique que si ce magistrat refuse de valider la composition ou si, une fois la validation intervenue, l'intéressé n'exécute pas intégralement les mesures décidées. - **Crim. 20 nov. 2007, pourvoi n° 07-82.808, F-P+F+I (rejet).***

Cet arrêt, rendu sur le pourvoi du procureur général de Paris, présente l'intérêt de préciser la marge de manoeuvre dont dispose le parquet qui opte pour la mise en oeuvre d'une composition pénale.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : à la suite de l'interpellation d'un individu pour rébellion et outrage envers des personnes dépositaires de l'autorité publique, le substitut en charge du dossier proposait à celui-ci une composition pénale. Ce n'est qu'après la signature, par l'intéressé, du procès-verbal de composition pénale que le parquet, déplorant l'attitude insolente du prévenu, décidait de changer de voie procédurale, en omettant de saisir le président du tribunal aux fins de validation de la composition pénale et en faisant délivrer à l'intéressé une citation directe devant le tribunal correctionnel. Le tribunal condamnait le prévenu mais, saisie de l'appel de celui-ci, la cour prononçait, sur les réquisitions du ministère public ayant relevé l'irrégularité de la procédure, l'annulation du jugement et la nullité de la

citation ayant saisi la juridiction.

Dans le mémoire produit au soutien de son pourvoi, le procureur général de Paris invoquait un moyen unique de cassation fondé sur le fait que « *la composition pénale, procédure alternative aux poursuites sans mise en mouvement de l'action publique, relève du seul pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites conféré par la loi au procureur de la République* ».

Cet argument n'a pas convaincu la Chambre criminelle qui a, au contraire, estimé que le ministère public ne pouvait ainsi changer de voie procédurale.

Rappelons que la composition pénale est prévue par l'article 41-2 du code de procédure pénale qui prévoit :

- que « *le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans...* » ;
- que, « *lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition* » ;
- que, « *si la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau...* ».

Commentant ces dispositions, la circulaire du 11 juillet 2001 (Crim. 01.14F1) indique que le procureur de la République est libre à tout moment de modifier l'orientation de la procédure, y compris après la validation de la composition pénale. Le garde des sceaux précise : « *toutefois, il convient de considérer qu'en pratique, le procureur de la République qui propose une composition pénale s'engage à ne pas mettre en mouvement l'action publique tant que cette procédure est en cours, sauf échec de celle-ci découlant du refus de la personne d'accepter les mesures, du refus par le président du tribunal de valider les mesures acceptées ou de la non-exécution des mesures validées* ».

On observera, pourtant, qu'une lecture littérale de l'article 41-2 conduisait plutôt à l'interprétation inverse, dès lors :

- qu'il est indiqué que le procureur de la République « *saisit* » le président du tribunal (et non pas « *peut saisir* ») ;
- qu'il n'est prévu une mise en mouvement de l'action publique que dans l'hypothèse où la personne n'accepte pas la composition pénale que lui a proposée le parquet ou si, après l'avoir acceptée, elle ne respecte pas ses engagements.

Il n'est pas inutile, à ce sujet, d'établir un comparatif entre plusieurs types de procédures alternatives :

- la composition pénale se distingue du classement sous condition de l'article 41-1 du code de procédure pénale, en ce qu'elle se présente comme une véritable transaction entre le parquet et l'auteur de l'infraction, alors que le classement sous condition, est, comme son nom l'indique, un « simple » classement susceptible de faire l'objet d'un « déclassement » tant que la prescription de l'infraction n'est pas intervenue ;
- elle se rapproche, par contre, de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) applicable depuis le 1er octobre 2004 en vertu des articles 495-7 et suivants du code de procédure pénale ; certes, il existe des différences : l'intéressé et son avocat sont

entendus dans le cadre de la CRPC, mais pas dans l'hypothèse d'une composition pénale ; la « CRPC » a lieu au tribunal, alors que la « composition pénale » peut se faire dans un commissariat... ; mais toutes deux doivent être homologuées par un juge du siège. A cet égard, il n'est pas indifférent de noter que, d'une part, l'article 495-9 du code de procédure pénale, relatif à la CRPC, prévoit que « *lorsque, en présence de son avocat, la personne accepte la ou les peines proposées, elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation* » et que, d'autre part, l'article 495-12 dudit code dispose que « *lorsque la personne déclare ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal de grande instance ou son délégué rend une ordonnance de refus d'homologation, le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel selon l'une des procédures prévues par l'article 388 ou requiert l'ouverture d'une information* ».

Ainsi donc, lorsque le ministère public s'est engagé sur le terrain procédural de la composition pénale, il ne lui reste plus, s'il change d'avis, que la possibilité de requérir, devant le président du tribunal, un défaut de validation de ladite composition pénale, qui seul lui permettra de retrouver sa liberté d'agir. Sur ce point, on ne peut considérer, comme le soutenait le procureur général de Paris, que cette analyse est en contradiction avec le principe de libre appréciation de l'opportunité des poursuites par le ministère public, dès lors que cette proposition de composition pénale dépend du seul procureur qui est totalement libre de ne pas s'engager dans cette voie.

Cette décision s'inscrit dans le prolongement d'un autre arrêt, rendu par la Chambre criminelle le 4 octobre 2006 (n° 05-87.435, Bull. crim. n° 244 ; D. 2007. Jur. 58, note P.-J. Delage), relatif à la procédure de comparution volontaire sur reconnaissance de culpabilité. La chambre a, en effet, jugé qu'il est interdit au procureur de la République de délivrer, dans le même temps, une citation à comparaître devant la juridiction de jugement à l'encontre de la personne ayant accepté une CRPC. Là encore, la Chambre criminelle s'est démarquée de la circulaire d'application du 2 septembre 2004 (Crim-04-12-E8-02.09.04) qui, à l'époque, estimait possible de recourir à la double procédure de CRPC et de convocation par procès-verbal.

Précisons enfin que ce ne sont pas les seuls cas dans lesquels il a déjà été jugé que la voie procédurale choisie par le parquet l'engage de manière irrévocable. On peut citer un arrêt récent de la Chambre criminelle du 20 février 2007 (n° 06-89.229, Bull. crim. n° 52) qui a jugé que « *lorsque le procureur de la République saisit le tribunal correctionnel en traduisant sur le champ le prévenu devant cette juridiction selon la procédure de comparution immédiate prévue aux articles 394 à 396 du code de procédure pénale, il ne peut requérir d'office l'ouverture d'une information sur ces mêmes faits* », dès lors que « *la saisine du tribunal était irrévocable, en application de l'article 388 du code de procédure pénale et qu'ainsi, le réquisitoire introductif et la procédure d'information subséquente auraient dû être annulés* ».

Mots clés :

CASSATION * Jurisprudence de la Cour de cassation * Chronique de jurisprudence 2007 *
Chambre criminelle

(1) Crim. 11 mai 2006, Bull. crim. n° 131 ; 28 mars 2000, Bull. crim. n° 138 et les arrêts cités.

(2) Bull. crim. n° 158.

(3) Rec. CEDH-II ; D. 2000, Jur. 357, note Roets ; RTDH 2000. 281, obs. Flécheux et Massis.

(4) Crim. 16 mai 2007, Bull. crim. n° 129 ; 3 mars 2004, Bull. crim. n° 56 ; 28 janv. 2004, Bull. crim. n° 22 ; 4 nov. 2003, Bull. crim. n° 208 ; 5 mars 2003, Bull. crim. n° 60 ; 12 sept. 2001, Bull. crim. n° 177.

- (5) Crim. 6 déc. 1972, Bull. crim. n° 380.
- (6) Req n° 73529 /01.
- (7) Crim. 22 juin 1985, Bull. crim. n° 198.
- (8) rim. 8 janv. 1991, Bull. crim. n° 14 ; 4 mars 1998, Bull. crim. n° 83.
- (9) *Association ACI*, n° 255886, Lebon. 197.
- (10) Cf. F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 2005, n° 283.
- (11) Crim. 12 déc. 2002, Bull. crim. n° 226, concl. publiées *in* *Annonces de la Seine*, 5 mai 2003, n°28.
- (12) Bull. crim. n° 87.
- (13) Bull. crim. n° 370.
- (14) Bull. crim. n° 248.
- (15) V. note 11.
- (16) Crim. 19 mai 1971, Bull. crim. n° 164 ; 4 janv. 1996, Bull. crim. n° 4.
- (17) R. Rodière, *Traité général de droit maritime*, T. II, Dalloz, 1980.
- (18) P. Bonassies et C. Scapel, *Droit maritime*, LGDJ, 2006.
- (19) R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, Montchrestien, n° 1293 s.
- (20) J.-M. Auby, LPA 23 févr. 1998.
- (21) Crim. 28 juin 1902, Bull. crim. n° 237.
- (22) Crim. 17 nov. 1987, Bull. crim. n° 416 ; 16 janv. 1990, Bull. crim. n° 28 ; 26 mai 1994, Bull. crim. n°208.
- (23) En matière de sécurité du travail : Crim. 16 juin 1997, Bull. crim. n°237 ; 30 juin 1996, Bull. crim. n° 389 ; 4 janv. 1984, Bull. crim. n° 5. Dans le domaine économique et financier : 19 sept. 2007, pourvoi n° 06-85. 899 (en cours de publication) ; 16 janv. 2002, Bull. crim. n° 6 ; 11 mai 1993, Bull. crim. n° 112 (5 arrêts) ; 17 janv. 1994, Bull. crim. n° 22.
- (24) Crim. 14 mars 2006, Bull. crim. n° 75 ; 22 janv. 1986, Bull. crim. n° 30.
- (25) Pour un homicide ou des blessures involontaires, cf. Crim. 16 mai 2006, Bull. crim. n° 136 ; 3 déc. 2002, Bull. crim. n° 219.
- (26) La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non-intentionnelles : Etude du Conseil d'Etat, Doc. fr. 1996.
- (27) Crim. 15 juin 1999, pourvoi n° 96-86.670 inédit ; JCP 2000. 10292, note D.Guihal.