

DOSSIER N° 2011/02333
N° PARQUET : P103299601/8

ARRÊT DU 7 NOVEMBRE 2011

Journal des minutes du Secrétariat Général
de la Cour d'Appel de Paris

COUR D'APPEL DE PARIS

**PÔLE 7
DEUXIÈME CHAMBRE DE L'INSTRUCTION**

APPEL D'UNE ORDONNANCE AUX FINS D'INFORMER

ARRÊT
(N° 686 , 8 pages)

Prononcé en chambre du conseil le **7 novembre 2011**.

Procédure introduite contre X des chefs de favoritisme.

SUR PLAINTÉ AVEC CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE :

ASSOCIATION ANTICOR, représentée par Jean-Pierre ROUX
Aant élu domicile chez son conseil
Ayant pour avocat Me KARSENTI, 2 avenue de la République - 94100 ST MAUR DES FOSSES

COMPOSITION DE LA COUR

Lors des débats :

M. MAGDELEINE, Président ;

M. FONTANAUD, Conseiller ;

M. GUIGUÉSSON, Conseiller ;

Tous trois désignés en application des dispositions de l'article 191 du Code de procédure pénale, et qui ont, à l'issue des débats, délibéré seuls conformément à l'article 200 dudit code.

Greffier : lors des débats et du prononcé : Mlle PONTONNIER

Ministère public : lors des débats : Mme PLANCHON et lors du prononcé : M. BARRAL, Avocats généraux

Lors du prononcé de l'arrêt : il a été donné lecture de l'arrêt par M. MAGDELEINE, Président.

DÉBATS

A l'audience, en chambre du conseil, le **10 octobre 2011**, ont été entendus :

M. MAGDELEINE, Président, en son rapport ;

Mme PLANCHON, Avocat général, en ses réquisitions ;

Me KARSENTI, avocat de la partie civile ;

A l'issue des débats, l'affaire a été mise en délibéré au 7 novembre 2011.

RAPPEL DE LA PROCÉDURE

Par ordonnance du 9 mars 2011, le juge d'instruction du Tribunal de Grande Instance de PARIS a dit y avoir lieu à informer.

Le même jour, ladite ordonnance a été notifiée à la partie civile, ainsi qu'à son avocat, conformément aux dispositions de l'article 183 alinéas 2, 3 et 4 du Code de procédure pénale.

Le 10 mars 2011, le vice-procureur de la République a interjeté appel de l'ordonnance de non informer du 9 mars 2011, au greffe du Tribunal de Grande Instance de PARIS.

Par acte d'appel rectificatif du 11 mars 2011, le vice-procureur de la République a précisé que l'ordonnance frappée d'appel était une ordonnance aux fins d'informer et non de refus d'informer.

La date à laquelle l'affaire serait appelée à l'audience a été notifiée par lettres recommandées du 1^{er} août 2011, à la partie civile (adresse déclarée), ainsi qu'à son avocat.

Le même jour, le dossier comprenant le réquisitoire écrit de M. le Procureur général en date du 15 juin 2011, a été déposé au greffe de la Chambre de l'instruction et tenu à la disposition de l'avocat de la partie civile.

Me KARSENTI, avocat de l'Association ANTICOR, partie civile, a adressé par fax, reçu le 7 octobre 2011, au greffe de la Chambre de l'instruction, un mémoire visé par le greffier, communiqué au Ministère public et classé au dossier.

DECISION

Prise après en avoir délibéré.

EN LA FORME

Considérant que ces appels, réguliers en la forme, ont été interjetés dans le délai de l'article 185 du Code de procédure pénale ; qu'ils sont donc recevables et seront joints dans l'intérêt d'une meilleure administration de la justice ;



Considérant qu'en application de l'article 199 alinéa 1 du Code de procédure pénale, la Cour a refusé de faire droit à la demande de publicité des débats présentée par le conseil de la partie civile ;

AU FOND

Le 22 novembre 2010, après le classement d'une plainte simple déposée le 10 février 2010, l'association ANTICOR a saisi le juge d'instruction de PARIS d'une plainte avec constitution de partie civile formulée contre X... du chef de favoritisme, visant les conditions de passation d'une convention en date du 1er juin 2007 entre la présidence de la République Française et la société PUBLIFACT, considérées comme contraires à la réglementation des marchés publics.

La plainte s'appuie sur des éléments contenus dans une note adressée le 15 juillet 2009 par le premier président de la Cour des comptes au Président de la République. Ce dernier avait, par lettre du 14 mai 2008, demandé que la Cour des comptes réalise un contrôle des comptes et de la gestion de la présidence de la République.

Dans cette note, le premier président de la Cour de comptes tient, au préalable à souligner que, répondant aux directives du chef de l'Etat, son directeur de cabinet s'est attaché à remplir les objectifs d'économie, d'efficacité et d'efficacités qui lui ont été assignés et qui se veulent exemplaires de la gestion de l'Etat et, rappelant le caractère novateur de cette démarche et soulignant la qualité de la contribution apportée par les services financiers et le personnel de la présidence de la République, note que des progrès restaient possibles quant à la régularité des procédures. Il mentionnait notamment la convention incriminée.

Cette convention prévoit deux types de prestations à fournir par la société PUBLIFACT et son animateur Patrick BUISSON, *"au regard de leurs compétences en matière d'enquêtes d'opinion, d'analyse de l'état et de l'évolution de l'opinion et de leur capacités de conseils et de préconisations"* :

- d'une part, une activité de conseil effectuée sous forme verbale ou écrite auprès du seul Président de la République,
- d'autre part, l'exécution de sondages d'opinion à l'initiative de la société, sondages dont la mise en oeuvre pourra être commandée à des instituts spécialisés de son choix.

Le document est signé par Emmanuelle MIGNON, qui était à l'époque la directrice de cabinet du Président de la République.

Parmi les sondages réalisés et pour lesquels des factures ont été émises, il convient de citer : la situation des banlieues, la loi sur la rétention de sûreté, l'envoi de troupes supplémentaires en Afghanistan, le bilan de la présidence de Nicolas SARKOZY un an après son élection, la construction européenne trois ans après le rejet du traité constitutionnel...

Le Premier Président de la Cour des Comptes souligne que la Cour avait noté que cette convention était passée pour un coût qui aurait impliqué le recours à une procédure de mise en concurrence. Elle avait constaté en outre son caractère exorbitant au regard des règles de l'exécution de la dépense publique, en raison de la liberté qu'elle laissait à l'entreprise cocontractante. Enfin, elle s'était interrogée sur le bien fondé de la dépense, compte tenu de la disponibilité dans la presse du résultat de certains des sondages effectués.

Après versement de la consignation, le procureur de la République a pris des réquisitions de non-informer en soutenant que le signataire de la convention, directeur de cabinet du Président de la République, n'a pas de pouvoir propre ou personnel. Ainsi à l'instar de la solution admise pour les directeurs de cabinets ministériels qui sont réputés agir au nom du ministre dont ils relèvent, la convention incriminée lui paraît émaner de la présidence de la République.

Dans ces conditions, il considère que la situation doit être examinée au regard des dispositions de l'article 67 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il conclut que l'irresponsabilité permanente, absolue et réelle reconnue au Président de la République pour les actes accomplis en cette qualité doit s'étendre à la convention litigieuse, de telle sorte que les faits dénoncés par la partie civile ne peuvent faire l'objet d'une quelconque poursuite judiciaire.

Dans l'ordonnance entreprise, le magistrat instructeur soutient au contraire que les dispositions de l'article 67 de la Constitution concernent le Président de la République, c'est à dire sa personne seule, et non l'ensemble des services qui lui sont rattachés. Ainsi l'immunité, d'interprétation stricte, ne peut bénéficier de manière automatique à des tiers, collaborateurs du chef de l'Etat, susceptibles d'avoir participé aux infractions dénoncées par la partie civile.

Il ajoute qu'il ne peut être affirmé a priori et préalablement à toute mesure d'investigation, qu'une décision prise au nom de la présidence de la République, par un collaborateur du chef de l'Etat, l'a nécessairement été sur ordre ou à la demande de celui-ci.

Le Procureur général requiert l'infirmité de cette décision au motif que l'immunité politique prévue par l'article 67 de la Constitution pour les actes accomplis par le Président de la République en cette qualité est une cause objective d'irresponsabilité pénale qui, sauf à en limiter de manière non réaliste la portée, doit prendre en compte l'intervention possible de collaborateurs de cabinet pour l'accomplissement des tâches de la fonction présidentielle.

Par mémoire confirmatif, l'association ANTICOR indique, à titre préliminaire, que la réalité de l'infraction reprochée n'est pas discutée par le ministère public et la partie civile s'estimant fondée à considérer l'infraction caractérisée, demande à la Cour de donner acte au ministère public de ce qu'il partage l'analyse juridique de l'infraction de favoritisme faite par l'association ANTICOR. Selon la partie civile, la responsabilité pénale impose la recherche de responsabilités individuelles que seules des mesures d'investigations seront susceptibles de démontrer ou démentir. Ainsi Mme MIGNON, directrice de cabinet de Nicolas SARKOZY a-t-elle agi sur ordre du chef de l'Etat ou de sa propre initiative ? M. BUISSON et la société PUBLIFACT, bénéficiaires de la convention, sont susceptibles d'être poursuivis pour recel de favoritisme. Les investigations souhaitées par le juge d'instruction sont donc indispensables pour permettre d'identifier la chaîne décisionnelle et l'identification des responsabilités.

La partie civile rappelle que le procureur de la République soutient qu'un directeur de cabinet n'a aucun pouvoir propre ou personnel, même en cas de délégation de signature et que le procureur général nuance cette analyse en l'intégrant au principe d'une immunité présidentielle qui s'étendrait aux services de l'Elysée. Le directeur de cabinet n'agirait que comme le bras armé de son chef, sans aucun libre arbitre, y compris pour participer à des infractions comme le détournement de fonds publics. La partie civile rappelle que des anciens directeurs de cabinet de la Mairie de Paris ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel. La responsabilité personnelle du directeur de cabinet est engagée à raison de sa connaissance évidente de la loi et de l'intentionnalité qui découle de son non respect.



Sur l'immunité présidentielle, l'association ANTICOR fait valoir que celle dont bénéficie le chef de l'Etat qui est une exception au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, est nécessairement d'interprétation stricte. La Cour de Cassation par un arrêt du 10 octobre 2001 relatif à la mise en cause de Jacques CHIRAC a estimé que *"les juges d'instruction sont néanmoins compétents pour instruire les faits à l'égard de toute autre personne, auteur ou complice"*. L'avis du parquet repose sur une fiction juridique qui revient à déplacer l'immunité pénale dont bénéficie la personne du Président aux actes passés en son nom, sans même que les personnes signataires de l'acte n'aient été interrogées et que la question de leur responsabilité ne soit posée. Cette immunité ne peut pas protéger tous les collaborateurs de l'Elysée de tous les actes illégaux et pourquoi pas tous les services centraux de l'Etat.

La partie civile ajoute que cette immunité votée en 2007, protège le chef de l'Etat de toutes les actions pénales, mais aussi, civiles et commerciales, afin de le protéger du harcèlement judiciaire de certains justiciables destiné à déstabiliser le fonctionnement des institutions de la République. Mais cette immunité ne peut avoir de sens que parce qu'elle est attachée à la personne même du Président. Enfin, selon la partie civile, dans l'hypothèse inverse l'Elysée deviendrait une sorte d'Etat bénéficiant d'un régime extraordinaire de droit, violant le principe constitutionnel de l'égalité de tous les citoyens devant la loi. En définitive, la partie civile considère que la responsabilité de la directrice de cabinet et de toute personne ayant participé à la passation des marchés litigieux pourra en conséquence être recherchée.

SUR CE, LA COUR,

Considérant que l'examen du moyen tiré de l'irrecevabilité doit précéder celui du fond du contentieux qu'il est susceptible de rendre sans objet, étant observé que le procureur de la République ayant requis l'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile, ne s'est pas prononcé sur les éléments constitutifs du délit de favoritisme ;

Considérant que depuis la loi constitutionnelle du 23 février 2007, le titre 9 de la Constitution comporte deux articles rédigés comme suit :

"article 67 : Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.

Il ne peut durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française être requis de témoigner ou non plus faire l'objet d'une action , d'un acte d'information ou de poursuite.

Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions .

article 68 : Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour..." ;

Qu'avant la réforme de 2007, les articles 67 et 68 de la Constitution concernaient exclusivement la Haute Cour de Justice, compétente pour les actes accomplis par le Président de la République dans l'exercice de ses fonctions, en cas de haute trahison ; que la notion d'inviolabilité du Président de la République qui n'avait pas été envisagée, a été dégagée par l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 10 octobre 2001 ;

Considérant que pour le juge d'instruction et la partie civile, l'immunité définie par l'article 67 de la Constitution, est strictement limitée à la personne du chef de l'Etat alors que pour le ministère public, cette immunité est attachée à la fonction présidentielle et doit prendre en compte l'intervention possible de proches collaborateurs ;

Mais considérant que l'article 67 comporte deux alinéas ;

Que le premier alinéa institue une "irresponsabilité" totale et définitive pour les actes accomplis par le Président de la République en cette qualité ;

Que le deuxième alinéa organise "l'inviolabilité" de la personne du chef de l'Etat qui est limitée dans le temps et qui interdit que le Président de la République soit requis de témoigner ou fasse l'objet d'une action, d'un acte d'information ou de poursuite, devant toute juridiction ou autorité administrative française ;

Considérant que la loi constitutionnelle du 23 février 2007 visant à séparer les procédures pénale et politique susceptibles de concerner le Président de la République, s'inspire directement des travaux de la commission présidée par M. Pierre AVRIL, dont le professeur de droit public Guy CARCASSONNE, cité par la partie civile dans son mémoire, était membre ;

Considérant que la commission AVRIL, dans son rapport remis le 12 décembre 2002 au Président de la République, a expliqué sa démarche qui s'est développée en quatre étapes à savoir la nécessité d'une protection spécifique, qui soit proportionnée aux exigences de la fonction, qui évite de confondre la logique judiciaire et la logique politique et qui soit compatible avec les obligations internationales de la France ;

Que la commission AVRIL a mis en avant la continuité de l'Etat et la séparation des pouvoirs, en se situant dans une perspective historique, rappelant en particulier la rédaction ambiguë de l'article 68 de la Constitution alors applicable qui a conduit à l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation du 10 octobre 2001 concluant "*qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat, le Président de la République bénéficie en matière pénale et durant son mandat de l'inviolabilité qu'exige l'exercice de ce mandat*" ;

Que la commission AVRIL a estimé que le Président de la République devait être soustrait aux intimidations ou pressions qui s'exerceraient sur sa personne ainsi qu'aux mesures coercitives qui l'empêcheraient de remplir sa fonction, et à préconisé la suspension des procédures de droit commun, ajoutant "que l'irresponsabilité pour les actes du mandat est permanente et absolue, alors que la dérogation au droit commun que constitue l'inviolabilité n'est que temporaire et relative" ; que le fondement des immunités attribuées au Président de la République n'est pas contestable mais que la protection n'est pas absolue ni générale ;

Considérant que la commission AVRIL a dégagé deux situations différentes ; que la première concerne les actes du chef de l'Etat accomplis en cette qualité qui est traditionnelle et quasi-absolue et ne doit pas se limiter au champ pénal ; que la seconde situation concerne tous les autres actes, ceux qui peuvent être détachés des fonctions, soit parce qu'ils lui sont antérieurs, soit parce qu'ils lui sont extérieurs ; que la frontière n'est pas toujours aisément tracée dans la réalité ; que cette inviolabilité, contrairement à l'irresponsabilité, n'est pas absolue et se trouve limitée à la durée du mandat ; que l'inviolabilité exclut expressément toute action, quels qu'en soient l'objet ou la finalité, devant toute juridiction, quelle qu'en soit la nature ; que cette inviolabilité ne concerne que les autorités françaises afin que la Cour pénale internationale en demeure exclue ; qu'enfin la

commission AVRIL a estimé que la protection devait être élevée sans être infranchissable, par la mise en place d'une procédure exceptionnelle, exigeante et solennelle, d'une "soupape de sûreté" de nature politique qui donne au seul Parlement siégeant en Haute Cour, le pouvoir d'apprécier le comportement du Président de la République et de prononcer sa destitution ;

Considérant que ces principes ci-dessus résumés et adoptés d'abord par le Président de la République puis par le Congrès, sont à l'origine des deux alinéas de l'article 67 et de l'article 68 qui renforcent la protection du chef de l'Etat par rapport à ce qui a été retenu le 10 octobre 2001 par l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation ;


Considérant que la protection ainsi définie du chef de l'Etat, ne peut pas s'étendre à l'ensemble des actes et faits commis par les services et personnels de la Présidence de la République ; que, pour déterminer si le juge d'instruction peut procéder constitutionnellement à des investigations en l'espèce, il convient d'analyser, la convention litigieuse pour déterminer si celle-ci, prise au nom de la Présidence de la République ;

Considérant que la convention a été signée le 1^{er} juin 2007 d'une part, au nom de la Présidence de la République, par la directrice de cabinet du Président de la République et non par un employé d'un service administratif ou périphérique de l'Elysée, et, d'autre part, par M. Patrick BUISSON au nom de la société PUBLIFACT, lequel était également un proche conseiller du chef de l'Etat pour les affaires politiques ;

Que la convention imposait à M. BUISSON de rendre compte, "sous forme verbale ou écrite, au seul Président de la République" et que les sondages portaient sur des thèmes politiques en lien direct avec les décisions que le Président de la République avait prises ou devait prendre ;

Qu'il apparaît ainsi que le contrat litigieux est susceptible d'avoir été signé à la demande ou, à tout le moins, avec l'accord du chef de l'Etat et pour les besoins de son action politique ;

Considérant que l'ouverture d'une information judiciaire aurait pour conséquence de permettre à un juge d'instruction qui tient de l'article 81 du Code de procédure pénale le droit de procéder à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité, de réaliser éventuellement une perquisition au cabinet du Président de la République pour saisir les archives concernant la signature et l'exécution du contrat du 1^{er} juin 2007 ainsi que des auditions qui auraient pour but d'établir si le contrat a été conclu et exécuté à l'initiative exclusive de Mme MIGNON ou à la demande personnelle du Président de la République, ce qui reviendrait à ce que ce dernier "fasse l'objet d'une action, d'un acte d'information ou de poursuite" mettant en cause ou atteignant la personne du chef de l'Etat, ce qui conduirait à porter atteinte au principe constitutionnel de l'inviolabilité du Président de la République ; que la volonté de la partie civile et du juge d'instruction d'établir si la décision prise au nom du chef de l'Etat, l'a été sur son ordre ou à sa demande, d'identifier la chaîne décisionnelle et l'identification des responsabilités, conduirait à exercer une action ou à réaliser des actes d'information pouvant mettre en cause la responsabilité du chef de l'Etat ; que l'inviolabilité prévue au deuxième alinéa de l'article 67 de la Constitution, doit permettre au Président de la République de mener sa mission avec la sérénité nécessaire, ce qui ne serait pas le cas si ses collaborateurs proches pouvaient être l'objet d'investigations sur des actes liés directement aux actions du Chef de l'Etat ;



Considérant enfin que la plainte avec constitution de partie civile visait exclusivement le délit de favoritisme ; que le recel de ce délit qui est une infraction autonome n'entre pas dans la saisine de la chambre de l'instruction ;

Considérant en conséquence que l'ordonnance entreprise est infirmée, la Cour estimant qu'il n'y a pas lieu à informer ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Vu les articles 85, 86, 87, 185, 186, 194 et suivants du Code de procédure pénale,

EN LA FORME

DÉCLARE LES APPELS RECEVABLES

ORDONNE leur jonction

AU FOND

LES DIT BIEN FONDÉS

INFIRME L'ORDONNANCE ENTREPRISE

ORDONNE que le présent arrêt sera exécuté à la diligence de M. le Procureur général.

M. MAGDELEINE, Président de la Chambre de l'instruction et Mlle PONTONNIER, greffier, ont signé la minute du présent arrêt.

LE GREFFIER

Pontonnier

LE PRÉSIDENT

[Signature]



LEUR ECRIE CERTIFIÉE CONFORME
Le Greffier

[Signature]