

International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation

Volume 3, Issue 2, 2022

Un regard sur la répression de la complicité en territoire français d'une infraction commise à l'étranger : enjeux et nouveautés

DOI: 10.21608/IJDJL.2022.118745.1132

Pages 584-625

Ikram Chaer

Juge judiciaire rattachée au Ministère de la Justice de Beyrouth – Liban

Juge Membre du tribunal de première instance de Beyrouth - Spécialisé dans le
domaine foncier

Doctorante à L'Ecole Doctorale de droit privé de l'Université Paris II Panthéon –
Assas- spécialité « Droit pénal »

Correspondance: Ikram Chaer, Juge judiciaire rattachée au Ministère de la
Justice de Beyrouth – Liban, Juge Membre du tribunal de première instance de
Beyrouth - Spécialisé dans le domaine foncier, Doctorante à L'Ecole Doctorale
de droit privé de l'Université Paris II Panthéon – Assas- spécialité

E-mail: ikram_chaer@live.com

Received Date: 28 January 2022, **Accept Date :** 01 March 2022

Citation: Ikram Chaer, Un regard sur la répression de la complicité en
territoire français d'une infraction commise à l'étranger : enjeux et nouveautés,
International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 3, Issue 2,
2022, Pages (584-625)

المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع
المجلد ٣ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٢

نظرة إلى تجريم التدخل المرتكب على الأراضي الفرنسية في جريمة مرتكبة:
خارجها: تحديات وتحديثات

معرف الوثيقة الرقمية: 10.21608/IJDJL.2022.118745.1132

الصفحات ٥٨٤-٦٢٥

إكرام شاعر

قاضية في وزارة العدل اللبنانية

المراسلة: إكرام شاعر، قاضية في وزارة العدل اللبنانية.

البريد الإلكتروني: ikram_chaer@live.com

تاريخ الإرسال: ٢٨ يناير ٢٠٢٢، تاريخ القبول: ٠١ مارس ٢٠٢٢

نسق توثيق المقالة: إكرام شاعر، نظرة إلى تجريم التدخل المرتكب على الأراضي الفرنسية في جريمة مرتكبة خارجها: تحديات وتحديثات، المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠٢٢، صفحات (٥٨٤-٦٢٥)

Abstraite

La compétence de la loi pénale française pour la répression de la complicité en territoire français lorsque l'infraction principale est commise à l'étranger a toujours constitué un sujet épineux en droit pénal international mobilisé lorsqu'un élément d'extranéité se présente dans les faits litigieux qui entretiennent des liens de rattachement avec des systèmes juridiques multiples. La nature de cette compétence n'a pas cessé de poser des interrogations sur son caractère complémentaire par rapport aux compétences pénales extraterritoriales, comme sur son caractère subsidiaire du fait qu'elle est doublement conditionnée par l'initiative de la justice étrangère. La vérification de la double incrimination concernant l'infraction principale et sa constatation par une décision étrangère étant exigées dans cette dernière hypothèse, l'application de ses conditions n'est pas pourtant évidente. Conscient de ses difficultés, le déconditionnement de cette compétence est alors en marche. Il est intervenu avec le mouvement anti-corruptionniste de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 et est poursuivi avec l'ordonnance du 18 septembre 2019, et ne semble pas s'arrêter aux frontières de l'exigence de la protection des victimes de violences conjugales intervenues avec la loi n° 104 du 30 juillet 2020. Les divergences d'opinions quant au caractère de cette compétence ne se limitent pas à un simple luxe cognitif. Le jeu de la règle ne bis in idem, et le risque de la double condamnation et l'excès de répression qu'il introduit, en constitue un aspect d'application d'un haut degré de complexité auquel seule une réponse législative peut remédier.

Mots clés: Compétence; Complicité; Droit pénal international; Anti-corruption; Ne bis in idem.

الملخص

لطالما كانت صلاحية القانون الجزائري الفرنسي في تجريم التدخل المرتكب على الأراضي الفرنسية في جريمة مرتكبة خارجها موضوعاً إشكالياً في القانون الجزائري الدولي، في الحالات التي يتخلل فيها الأفعال المشكو منها عنصر أجنبي يجعلها مرتبطة بأنظمة قانونية متعددة.

إن تصنيف هذه الصلاحية يطرح تساؤلات عدة حول طبيعتها التكميلية لأنها تخضع إلى مبادرة العدالة الأجنبية لناحيتين. أما الأولى فتتعلق بضرورة التحقق من ازدواجية التجريم في ما يتعلق بالجريمة الأصلية المرتبط بها التدخل، وأما الثانية فتتمثل بوجود لحظ هذا الأمر بموجب حكم أجنبي. إذا كان التحقق من هذين الشرطين لا مناص منه، فإن وضعهما موضع التنفيذ أبعد ما يكون عن السهولة. انطلاقاً من الصعوبات التي تعترض التطبيق، فإن عملية التخلي عن هذين الشرطين جارية على قدم وساق. فهي قد بدأت مع حركة

مكافحة الفساد التي حمل لواءها القانون الصادر بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٩، ولا يبدو أنها ستتوقف عند حدود موجبات حماية ضحايا العنف الأسري، لا سيما الزوجي، مع القانون رقم ١٠٤ الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٧/٣٠. إن اختلاف وجهات النظر حول الطبيعة القانونية لهذه الصلاحية لا يدخل ضمن إطار البذخ الفكري الصرف. فتطبيق قاعدة عدم جواز الملاحقة مرتين والخطر المتأني عن امكانية تكرار التجريم، واحتمال الافراط في التجريم التي تترافق مع ذلك، تؤلف جوانب مهمة من الجوانب التي يلعب فيها تحديد الطبيعة القانونية لهذه الصلاحية دوراً محورياً.

الكلمات المفتاحية: الأختصاص القضائي، التدخل الإجرامي، القانون الجنائي الدولي، مكافحة الفساد، عدم جواز معاقبة الشخص عن ذات مرتين.

Aux termes de l'article 113-5 CPF dans sa rédaction initiale⁽¹⁾, la loi pénale française est « applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive étrangère ».

L'article régleme la question de la compétence de la loi française à l'égard de la complicité commise en territoire français lorsque l'infraction principale est commise à l'étranger. Évaluer la portée de cet article se fait au rythme de l'influence de l'élément d'extranéité, résultant de la localisation de l'infraction principale à l'étranger, sur le régime de la complicité, rythme qui oscille entre prise en charge et son absence. En effet, la compétence française ne peut être déclarée et la loi française, par conséquent, applicable à la complicité qu'en se conformant aux conditions que l'éloignement de l'infraction principale du territoire français commande. Comme la nuit pour les étoiles, la complicité, en tant que faits matériels commis en territoire français, existant ab initio, l'action de l'extranéité ne fait que la manifester en déterminant la méthode qui la rend punissable. De ce fait, sur ordre du législateur, et la pulsion de l'extranéité, cette compétence se trouve doublement conditionnée par l'initiative de l'action de la justice étrangère; la double incrimination et la décision étrangère s'imposent. Et pourtant, l'élément d'extranéité n'est pas toujours investi de la fonction de déclenchement, parfois, il est un dispositif de freinage.

De ce fait, et en présence d'opinions fort divergentes, une importante problématique se pose quant à savoir si, sous l'empire du nouveau Code, le jeu de la règle ne bis in idem reste

⁽¹⁾Un deuxième alinéa a été ajouté à l'article 113-5 CPF disposant que la loi pénale française « est également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus au livre II » (Modification apportée par l'article 24 de la Loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, JO, n°0187 du 31 juillet 2020).

possible. Ainsi, le degré de la conception territorialiste dont est teinte la répression de la complicité en vertu de l'article 113-5 CPF est constamment remis en cause du fait qu'une compétence territoriale est normalement dispensée de toute condition et ne peut être entravée par aucune. En traitant l'action pénale étrangère comme l'on traite un aîné, la compétence de l'article 113-5 CPF semble donner, dans ce contexte, toute place au savoir-être. Par deux attitudes, cette compétence témoigne son respect à l'ordre juridique étranger étant doublement soucieuse de ne pas le troubler : elle se montre patiente en attendant son initiative d'une part (Section 1), et lui cède le passage, d'autre part (Section 2).

Section 1: Souci de la loi compétence française de ne pas se montrer prioritaire

Si la compétence de l'article 113-5 CPF s'attèle, quant à sa mise en application, à la réaction de la justice étrangère, cette dépendance peut être comprise dans le cadre de la volonté de ne pas empiéter sur le champ d'application d'une autre loi pénale, soit la souveraineté d'une autre entité également indépendante. Le caractère subsidiaire de la compétence s'annonce (Paragraphe 1). Et pourtant, ce strict respect ne peut expliquer le recul de cette compétence devant les autres compétences françaises extraterritoriales, qui n'ont pas la même emprise et la même légitimité que la compétence territoriale du lieu où l'infraction a été commise, leur justifiant la revendication d'une quelconque priorité. S'impose alors le caractère complémentaire de l'article 113-5 CPF (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: Une compétence satellisée « en morceaux » à l'action répressive étrangère

L'article 113-5 CPF accentue le caractère subalterne de la compétence de la loi française à l'égard de la complicité territoriale d'une infraction commise à l'étranger en subordonnant sa mise en application à deux conditions : la double incrimination concernant l'infraction principale (B) et sa constatation par une décision étrangère (A). Les modifications successives dont ces conditions ont été objet, consistant à éliminer, pour certaines infractions, une de ses conditions voire les deux, connotent la volonté du législateur de s'orienter vers une plus grande autonomie en la matière.

A)- Une compétence conditionnée par l'achèvement de la procédure pénale étrangère

Le législateur français exige, pour appliquer la loi pénale française à la complicité commise en France, que l'infraction principale soit constatée par une décision définitive étrangère. Ainsi, dans le grand édifice de la compétence de l'article 113-5 CPF, la pièce la plus grande est celle de la salle d'attente, l'attente de la décision définitive étrangère. Aussi applaudie qu'elle soit du fait qu'elle prédétermine la manière dont doit être établie l'infraction principale, condition sine qua non de la réalisation de la complicité, cette condition maintient des zones d'ombres qu'il convient de clarifier, que ce soit dans le cadre formel qu'elle propose (a) ou concernant son aspect substantiel (b).

a)- Cadre formel préalable à la compétence française

Les termes généraux employés par le législateur nécessitent précision au niveau de la juridiction étrangère concernée (1), comme sur le plan des conditions relatives à la décision étrangère (2).

1)-L'identification du cadre organique

La formulation à laquelle le législateur a eu recours jette confusion quant à la précision de l'organe, la juridiction étrangère censée constater l'infraction principale. Est-ce la juridiction du lieu où cette dernière a été commise ou toute autre juridiction étrangère compétente?

En effet, cette condition ne touche pas seulement au fait de l'obligation de vérifier l'existence de l'infraction principale pour mettre en action la compétence de l'article 113-5 CPF concernant la complicité, cas permettant de se contenter d'une décision de n'importe quelle juridiction étrangère, mais elle révèle plutôt le caractère de la compétence de l'article 113-5 CPF qui ne vérifie qu'avec modération les fondements de la compétence territoriale,⁽²⁾ en annonçant ainsi «le légitime souci (du législateur français) de ne point empiéter arbitrairement sur la sphère de compétence de (...) l'État du lieu de commission du crime ou du délit principal»⁽³⁾, ce qui impose que la décision soit celle de la juridiction du lieu de la commission de l'infraction.

2)- Les conditions relatives à la décision étrangère

La décision étrangère doit être un jugement,⁽⁴⁾ donc ayant une juridiction⁽⁵⁾ comme source, mais elle peut parfois émaner du ministère public,⁽⁶⁾ lorsque celui-ci établit l'infraction principale sans l'intervention de la juridiction pénale à la procédure engagée.

Certains y ajoutent, bien que les textes ne le précisent pas, que la décision doit également avoir été prise à la suite d'une procédure respectueuse des droits de la défense tels qu'ils sont

⁽²⁾ Compétence d'« inspiration territoriale » : D.Thiel, Rep.internationale Dalloz, V. Compétence pénale, n° 68.

⁽³⁾ A. Fournier, Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises, Rev. crit. DIP 1981, p. 31, spéc. p. 56 ; du même auteur, La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international, RSC 2003, N° 1 p. 13 et s.

⁽⁴⁾ Il faut alors exclure le cas de classement sans suite effectué par le Parquet : C. Lombois, Droit pénal international, Dalloz, 2^e éd., 1979, n° 398 ; A. Huet et R. Koering- Joulin, Droit pénal international, PUF, 3^e éd., 2005, n° 154.

⁽⁵⁾ V. infra. sur la notion de « Tribunal » au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH, en ce qui concerne les sanctions administratives, note 59.

⁽⁶⁾ Lorsque le ministère public décide de faire éteindre l'action publique, sans intervention de la juridiction dans la procédure pénale, ayant recours à des procédures d'extinction de l'action publique après que le prévenu s'est confirmé à certaines obligations fixées par le parquet, notamment en payant une somme d'argent : Cass.crim., 11 févr.2003, D.2003, 1458, note Julien- La ferrière.

entendus en France,⁽⁷⁾ ou régulière au regard de la loi étrangère.⁽⁸⁾ D'autres considèrent cette condition, de principe, excessive.⁽⁹⁾

Enfin, il est nécessaire que la décision soit définitive, c'est-à-dire qu'elle ne puisse être frappée d'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire, ce caractère définitif ou « non provisoire » devant être apprécié selon la loi étrangère.⁽¹⁰⁾

b)- Aspect substantiel sujet à interprétation

L'application concrète (1) de la condition de la constatation de l'infraction principale par une décision étrangère est appréciée au regard de la fonction qui lui est attribuée (2).

1)- Une condition à la mise en œuvre de la compétence de la loi pénale française

Il est arrivé au législateur français d'imposer la prise en compte de l'élément d'extranéité relatif à la localisation à l'étranger de l'infraction au juge français⁽¹¹⁾, au sujet de la poursuite de la complicité commise en territoire français. Cet élément d'extranéité est une condition inévitable pour permettre l'exercice de sa compétence au juge pénal français.⁽¹²⁾ En cas d'absence de cet ordre du législateur, la complicité aurait recherché sa place parmi les infractions partiellement commises sur le territoire ; le juge français étant compétent à l'égard d'une infraction dès lors que l'un de ses faits constitutifs est localisé en France.⁽¹³⁾ Dans cette perspective, la doctrine réduit, autant que possible, l'influence de l'action de la justice étrangère⁽¹⁴⁾, dans le total déni de cette exigence en ce qu'elle n'exige pas l'achèvement de la procédure à l'État étranger et ne constitue pas une entrave à l'action de la justice française.

2)- L'impact défavorable de la fonction attribuée à la condition sur son application

Partant de la position sus-décrite, la mise en application de cette condition s'avère délicate. La difficulté, résidant dans sa vérification, est compensée par une certaine légèreté dans son application. La doctrine invite la sagesse qui tourne en ridicule un problème insolvable (i). En revanche, le législateur conscient de son embarras, a procédé, par des touches ponctuelles, à refaire son œuvre. Il déracine le mal en éliminant la condition (ii).

⁽⁷⁾H. Donnedieu de Vabres, Les principes modernes du droit pénal international, Sirey, 1928, reprise éd. Panthéon-Assas, 2004, p.317.

⁽⁸⁾M. Puech, Droit pénal général, Litec, 1988, n° 471.

⁽⁹⁾A. Huet et R. Koering- Joulin, Droit pénal international, opt.cit., n°154.

⁽¹⁰⁾A. Huet et R. Koering- Joulin, Droit pénal international, opt.cit., n°154.

⁽¹¹⁾Pour plus de détails sur l'indifférence de l'élément d'extranéité sur le régime des infractions conditionnées, dont fait partie la complicité v. P. Cazalbou, Etude de la catégorie des infractions de conséquence, Contribution à une théorie des infractions conditionnées, Pref. de Bertrand de Lamy, L.G.D.J, T.63, 2016, n° 597 et s.

⁽¹²⁾S. Fournier, Rep.Pen.Dalloz, Complicité, n° 58 ; L. Desessard, Application de la loi pénale dans l'espace - Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République, J.-Cl. Pénal Code, Art. 113-1 à 113-12, fasc. 10, 2011, n° 74.

⁽¹³⁾P. Cazalbou, Etude de la catégorie des infractions de conséquence, opt.cit., n° 604.

⁽¹⁴⁾P. Cazalbou nie tout effet direct au jugement rendu à l'étranger.

i)- Une condition d'application délicate

La doctrine⁽¹⁵⁾, pour ne pas faire de la condition un rocher insoulevable, prend parti pour une application allégée. Elle considère que l'existence du crime ou du délit principal, quant à sa matérialité, ainsi que la répression encourue sont appréciées in abstracto par la juridiction étrangère. Il suffit que le jugement étranger présente un caractère définitif et porte constat de la matérialité, peu importe l'éventuel acquittement de l'auteur principal⁽¹⁶⁾.

Et pourtant, une appréciation in abstracto de l'infraction principale risque de réduire à peu de chose la condition première, celle de la double incrimination. Si la décision étrangère est considérée comme la seule voie, choisie par le législateur français, afin de fonder l'infraction principale dans la réalité, son apport, purement narratif, va conduire effectivement à neutraliser l'application de la double incrimination puisque la constatation abstraite du fait « puni » sera satisfaisante par la réalisation de la seule seconde condition.

ii)-Un abandon de la condition

De telles difficultés ont abouti à un abandon de cette condition s'étendant sur plusieurs textes. Son application épineuse a poussé à la considérer comme « irréaliste »⁽¹⁷⁾ lors de l'adoption de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007⁽¹⁸⁾. C'est pourquoi, la loi Sapin II⁽¹⁹⁾ a procédé à son élimination en présence des infractions prévues aux articles 435-1 à 435-4 et aux articles 435-7 à 435-10 du Code pénal. Plus audacieuse encore l'ordonnance du 18 septembre 2019⁽²⁰⁾, en introduisant l'article 113-14 CPF, a procédé à l'élimination des deux

⁽¹⁵⁾C. Lombois, Droit pénal international, opt. cit., n° 267 ; F. Desportes et F. Le Guehec, Droit pénal général, Economica, 17^e éd., n° 394 ; D. Brach-Thiel, Compétence pénale, Rep.International Dalloz, n° 68 et Compétence internationale, Rep. pen., n° 255 ; cette condition est strictement vérifiée par la jurisprudence : Cass.crim., 29 janv.2008, Dr.pen.2008, comm.60, obs. M. Véron, RPDP 2008, p.378, obs. Ph. Bonfils, et Cass.crim., 10 sept.2008, Dr.pen.2009, comm.5, obs. M. Véron.

⁽¹⁶⁾C. Lombois, Droit pénal international, opt.cit., note 267 ; A. Fournier, Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises, art. précité, note 48. Cass.crim. 29 janv. 2008, n° 07-82.872, Dr. pénal 2008. Comm. 60, obs. M.Véron ; Cass. crim., 10 sept. 2008, n° 06-80.687 et n° 07-84.774 : JurisData n° 2008-045342 ; Dr. pén. 2009, comm. 5, obs. M. Véron.

⁽¹⁷⁾M. Segonds, Corruption - Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption, Dt.pénal, Févr.2017, Etude 4, n° 19.

⁽¹⁸⁾Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, JO, n°264 du 14 novembre 2007.

⁽¹⁹⁾Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JO, n°0287 du 10 décembre 2016.

⁽²⁰⁾Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal ; Pour plus de détails : M. Segonds, Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, RSC 2019, p.890.

conditions à la fois.⁽²¹⁾ Plus récemment encore⁽²²⁾, l'article 113-5 du code pénal a été complété d'un second alinéa selon lequel la loi pénale française est « également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus au livre II ».

Cet ajout vient supprimer les deux conditions, mais uniquement pour deux nouvelles sortes de faits. L'élimination touche la complicité du second alinéa de l'article 121-7 CPF, celle de l'alinéa 1^{er} en est alors exclue, et l'infraction principale visée ne concerne que les crimes du Livre II du Code pénal, soit les crimes contre la personne humaine.

Revenant aux autres infractions où cette condition a été maintenue, et partant de la remarque déjà faite quant à sa relation avec la réciprocité d'incrimination, il est nécessaire d'essayer de faire une interprétation de cette dernière pour la réhabiliter.

Longtemps éclipsée par la seconde condition, la doctrine⁽²³⁾ reléguait la double incrimination à un plan secondaire. Il est alors temps de lui restituer la place qu'elle mérite.

B)- Une compétence dépendante de la politique criminelle étrangère

Quelle que soit l'interprétation in abstracto (a) ou in concreto (b) dont la réciprocité d'in-

⁽²¹⁾L'article 113-14 dispose que : « Par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6, la loi pénale française est applicable en toutes circonstances, et la seconde phrase de l'article 113-8 n'est pas applicable, aux infractions suivantes commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français, lorsqu'elles portent atteinte aux recettes perçues, aux dépenses exposées ou aux avoirs qui relèvent du budget de l'Union européenne, des budgets des institutions, organes et organismes de l'Union européenne ou des budgets gérés et contrôlés directement par eux : 1° Délits d'escroquerie prévus à la section 1ère du chapitre III du titre Ier du livre III ; 2° Délits d'abus de confiance prévus à la section 1ère du chapitre IV du titre Ier du livre III ; 3° Délits de soustraction, détournement ou destruction de biens prévus aux articles 432-15 et 433-4; 4° Délits de corruption prévus aux articles 432-11 et 433-1, ainsi que, sans préjudice de l'article 435-11-2, aux articles 435-1 et 435-3; 5° Délits de contrebande, d'importation ou d'exportation frauduleuse prévus à l'article 414-2 du code des douanes ; 6° Délits de blanchiment prévus à la section 1ère du chapitre IV du titre II du livre III des délits mentionnés au présent article. Pour la poursuite de la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une infraction prévue aux 1° à 6° commise à l'étranger et portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne mentionnés au premier alinéa du présent article, les conditions prévues à l'article 113-5 ne sont pas applicables »

⁽²²⁾L'article 24 de la Loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, JO, n°0187 du 31 juillet 2020.

⁽²³⁾F. Desportes et F. Le Guehec, *opt. cit.* ; A. Fournier, La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international, art. préc., RSC 2003, n° 27 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international* ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.I, Cujas, 7^e éd.1997, n° 301 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, n° 218 ; D. Thiel, *Rep.internationale*, V. Compétence pénale, n° 68 ; Sous l'empire de l'ancien article 690 du Code de procédure pénale, la doctrine considérait que la réciprocité d'incrimination englobait tant l'infraction principale que les faits de complicité : C. Lombois invoqua même un argument de texte à l'appui, *Droit pénal international*, *opt.cit.*, note n° 267. Mais la rédaction suggérée par l'actuel article 113-5 ne semble pas exiger que la réciprocité touche à la fois la complicité et l'infraction principale, l'acte de complicité devant être incriminé par la seule loi pénale française : R. Koering-Joulin et A. Huet, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger*, J.-Cl. International, fasc.403-20, n°5.

crimination de l'infraction principale sera l'objet, la loi étrangère imposera au juge français que la poursuite de la complicité territoriale d'une infraction extraterritoriale soit, dans une certaine mesure, basée sur sa propre organisation de la réponse à la criminalité et ses limites entre le permis et l'interdit qui traduisent son propre système de valeurs et sont autant de choix politiques.

a)-Une fausse sous-estimation de la condition de la réciprocité d'incrimination due à la prise d'une de ses fonctions

L'article 113-5 CPF a subordonné la mise en application de la compétence de la loi pénale française au fait que « le crime » ou « délit » commis à l'étranger soit puni, à la fois, par la loi française et la loi étrangère. La doctrine continue toujours à ne pas prêter attention à l'examen minutieux de cette condition. Elle ne l'évoque d'habitude que sous le seul angle de l'innovation présentée par le nouveau code, qui s'allège dorénavant de son exigence pour la complicité, et la maintient pour la seule infraction principale, affirmant par là un certain territorialisme propre⁽²⁴⁾.

Les observations faites quant à la condition de la décision étrangère peuvent être reprises. On peut y ajouter que la doctrine considère que les divergences de qualification importent peu.⁽²⁵⁾ D'autres sont encore plus exigeants. Il ne suffit pas que le fait soit incriminé par l'État étranger, il convient encore qu'une peine soit encourue, la double répression s'ajoute à la double incrimination⁽²⁶⁾. Cependant, il importe peu que la punition soit assortie d'une certaine sévérité par la loi étrangère. En effet, il est sans effet que l'acte soit, par exemple, un délit selon la loi française et un délit, un crime, ou une contravention dans la loi étrangère⁽²⁷⁾, du moment que le fait est puni par la loi étrangère, on ne cherche « pas à savoir comment il l'est »⁽²⁸⁾.

La négligence de la vérification du contenu exact de cette condition est liée au rôle qui lui est assigné, celui de conditionner la compétence pénale française. De cette fonction aussi découle la dilution de la vérification. Dès lors que les conditions de la compétence sont satisfaites, le juge français doit normalement procéder à l'application de la seule loi française⁽²⁹⁾. Toute constatation approfondie de la réciprocité d'incrimination est alors considérée

⁽²⁴⁾D. Thiel, Rep.internationale Dalloz, V. Compétence pénale, n° 68.

⁽²⁵⁾D. Brach-Thiel, Rép. Pén. Dalloz, V. Compétence internationale, opt.cit., n° 163 ; L. Desessard, opt. cit., Fasc. 20, n° 29 ; E. Dreyer, Droit pénal général, LexisNexis, 6^e éd., 2021, n° 1864, p. 1251 ; F. Desportes et F. Le Guehec, Droit pénal général, 15^e éd., 2008, n° 400, p. 357 ; C. Lombois, Droit pénal international, 2^e éd., Dalloz, 1979, p. 485, n° 378 et s.

⁽²⁶⁾D. Rebut, Extradition, Rép. Internat., Dalloz, 2009, n° 116.

⁽²⁷⁾A.Huet et R. Koering-Joulin, opt. cit., n° 27.

⁽²⁸⁾C. Lombois, Droit pénal international, opt. cit., n° 378, p. 485.

⁽²⁹⁾C. Lombois, Droit pénal international, opt.cit., p.480 : « La réciprocité d'incrimination, à chercher dans la loi étrangère répressive, ne peut être qu'une condition d'application de la loi française, expressément exigée par celle-ci ».

comme une menace à l'exclusivité de l'application de la loi française risquant d'introduire les marques d'une loi étrangère.

Cette exclusivité particulièrement protégée conduit à une première constatation portant sur la classification posée pour l'infraction principale basée sur sa gravité et qui évince du champ d'application de la compétence de l'article 113-5 CPF l'hypothèse des contraventions. Une question se pose alors : la contravention écartée doit être appréciée en tant que telle selon la loi française ou étrangère ? Si un agent X est complice en France de l'auteur d'une infraction Y commise à l'étranger, l'application de l'article 113-5 CPF peut être écartée si Y est une contravention selon la loi française, ou si elle l'est eu selon la loi étrangère alors qu'elle est incriminée en tant que délit ou crime par la loi française ?

En effet, la mise en œuvre de poursuites pénales pour une infraction commise à l'étranger ne dépend pas de la simple courtoisie ; un État n'a pas pour but de protéger les intérêts d'autres États, qu'ils soient concernés ou non par l'infraction. Le juge n'applique que sa propre loi. C'est pourquoi l'État ne déclenche de poursuites pénales que si ce fait consiste à priori en une infraction au regard de la loi pénale interne. Ainsi, qualifier un fait de « délit » ou de « crime » au sens de l'article 113-5 CPF relève de la seule qualification française du fait reproché.

L'adoption de ce choix ne passe pas sans une certaine contradiction. Elle revient, en effet, à dépasser la législation pénale française en la matière en instaurant une méfiance absolue à l'égard de la répression de la complicité d'une contravention, alors qu'elle est acceptable pour la provocation et la fourniture d'instructions, et à établir une différenciation de traitement entre le complice d'une contravention établie à l'étranger (non acceptable) et celle commise sur le territoire (parfois admise), alors que la perturbation subie par l'ordre public du fait de la complicité territoriale est la même par rapport au territoire national, quel que soit le lieu où la contravention a été commise.

La seconde constatation, qui part du fait que le juge français est toujours dans l'obligation de démontrer l'infraction principale, et dans un second temps, la complicité selon les prescriptions de la loi pénale française, débouche sur une situation paradoxale selon laquelle la négligence évoquée de la norme étrangère « se retrouve alors dans les conditions même de sa démonstration »⁽³⁰⁾

Sur le plan pratique, tout le défi consiste, alors, à faire impliquer la législation étrangère mais sans la laisser prendre le dessus. Le Code est clair à cet égard : « La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger ».

⁽³⁰⁾P. Cazalbou, *opt.cit.*, n° 605.

Effectivement, le recours à la norme étrangère comme à la décision définitive étrangère se fait sans réel approfondissement de la dimension juridique que de telles notions présentent dans l'Etat étranger.⁽³¹⁾

L'exigence d'une identité de fait incriminé se trouve aussi allégée puisque « point n'est besoin, dans les deux lois, d'une identité de termes et, pas même, d'une identité de structure de l'infraction »⁽³²⁾. Si la condition de la décision étrangère tient au souci de vérifier l'existence du fait dans sa matérialité, la condition de la réciprocité d'incrimination l'investit d'élément légal.⁽³³⁾

En effet, l'exigence de la réciprocité d'incrimination rappellent, tout d'abord, la relation « fatale » et inévitable entre l'infraction principale et la complicité « dont la criminalité découle du fait principal auquel elle est associée »⁽³⁴⁾. Même si la répression en France d'une complicité territoriale d'une infraction extraterritoriale n'est plus étroitement tributaire d'un rattachement propre à l'infraction principale avec la loi pénale française, le lien de dépendance entre la complicité et l'infraction principale reste inévitable. Que ce soit par la double incrimination ou au moyen de la constatation de l'infraction principale par une décision étrangère, ces conditions s'imposent du fait que l'infraction principale reste, sans leur vérification, étrangère ou plutôt inexistante au regard du système répressif français du fait que se déroulant au-delà de son territoire, champ d'application de sa compétence territoriale, elle reste en dehors de la portée de la loi pénale française⁽³⁵⁾.

Au-delà de cette nécessité « d'identité » par rapport au système français, l'appréciation peu exigeante de la réciprocité de l'incrimination sus-décrite paraît être le chemin le plus simple et le plus court à des situations aberrantes comme celle de la poursuite en France d'une complicité qui y a été commise d'une infraction étrangère qui a été abrogée en cours de la procédure devant les tribunaux. Un examen abstrait de l'incrimination à l'étranger conduit à incriminer la complicité d'un fait qui est totalement licite. Ce qui nécessite de porter un regard différent sur la question.

b)- Un correctif source de nouvelles difficultés

En mobilisant la double incrimination, cette compétence fait intervenir la loi étrangère devant le juge pénal national. En effet, intervient dans ce cas implicitement la politique cri-

⁽³¹⁾P. Cazalbou, *opt.cit.*, n° 606.

⁽³²⁾C. Lombois, *Droit pénal international*, *opt.cit.*, n° 377.

⁽³³⁾A. Huet et R. Koring-Joulin, *Fasc. 403-20*, art. précité, n° 6 et n° 11 ; C. Lombois, *Droit pénal international*, *opt.cit.*, n° 267 ; A. Fournier, *Rep.pen.Dalloz*, V. *Compétence internationale*, n° 183.

⁽³⁴⁾D. Rebut, *Droit pénal international*, *Dalloz*, 3^e éd., 2019, n° 57.

⁽³⁵⁾La compétence territoriale suppose, dans son acception négative, que l'Etat se désintéresse de toute infraction commise hors de son territoire : H. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, *opt.cit.*, p.56.

minelle de l'État étranger qui présente un effet non négligeable parce qu'elle impose, en fin de compte, ses choix en matière d'incrimination et de répression comme autorisation pour mettre en place la compétence pénale de la loi française.

Dans ce contexte, la Cour de cassation a précisé que la condition de la double incrimination n'imposait pas au juge français d'appliquer la loi pénale étrangère. Pour la Cour, il s'agit, en effet, d'une simple « prise en considération » de cette loi⁽³⁶⁾, autrement dit « une simple consultation de la loi pénale étrangère »⁽³⁷⁾.

Pourtant, les supposées lignes directrices retracées par la Haute juridiction par les expressions « simple consultation » et « prise en considération » ne sont pas suffisantes et ne donnent pas une vision claire de la nature de cette consultation ni de ses limites, rendant dès lors nécessaire une analyse plus approfondie.

La référence à la loi pénale étrangère présente une oscillation hésitant entre la dualité in abstracto ou in concreto qui gouverne l'interprétation de ladite condition. Dans l'interprétation in abstracto, il suffit de vérifier que le fait est incriminé par la loi française et celle de l'État où l'infraction a été commise, alors que dans l'interprétation in concreto, une consultation plus minutieuse est nécessaire, en vérifiant tous les éléments constitutifs de l'infraction, le juge étant saisi afin de poursuivre et juger l'individu effectivement et non d'une manière hypothétique et, par conséquent, l'examen de la double incrimination exige de vérifier si le fait est puni selon la loi de l'État de commission in concreto.⁽³⁸⁾

Cette vérification soulève un nombre important de difficultés qui portent essentiellement sur le domaine de la prise en compte de la loi étrangère concernant les modalités (1) et les formes (2) d'incrimination ainsi que sur la complexité introduite par l'intervention d'une condition préalable (3). Déjà non négligeable, ces difficultés ont conduit le législateur à l'élimination encadrée de la condition (4).

1)- Les modalités d'incrimination

La référence faite à la consultation de la loi étrangère conduit à se demander sur le sens exact de la loi étrangère concernée. Se limite-t-elle à la loi pénale étrangère ou la dépasse-t-elle pour inclure d'autres lois non répressives (i) ? Les sanctions imposées par ces dernières acquièrent une importance croissante dans le monde d'aujourd'hui, compte tenu de la multiplicité des

⁽³⁶⁾Cass. crim., 12 nov. 1997, Bull. crim. 1997, n° 383.

⁽³⁷⁾A. Huet et R. Koering-Joulin, J.-Cl. International., Fasc.403-20, opt. cit., n° 23.

⁽³⁸⁾M. Altamimi, La condition de la double incrimination en droit pénal international, Thèse soutenue à l'Université de Poitiers, 2018, n° 646 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, J.-Cl. Droit international, Fasc.403-20, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger, n° 24 et s. : à propos de la réciprocité d'incrimination en matière de compétence personnelle active, mais rien n'empêche la transposition de la solution puisque dans les deux cas, la poursuite se fait d'une façon concrète et non hypothétique comme en matière d'extradition, par exemple.

autorités administratives compétentes en droit économique et financier dont l'influence est cruciale sur la réglementation et la sanction des activités des professionnels, ainsi que sur le crédit et même la vie des personnes morales (ii).

i)- Le sens de la « loi » concernée

La rédaction de l'article 113-5 CPF étant permissive puisqu'il vise la loi étrangère, dans une formulation large, il en résulte que la «consultation de la loi pénale étrangère » ne doit pas être entendue au sens littéral, l'incrimination recherchée pouvant se trouver dans le Code de commerce, le Code du travail, ou autres⁽³⁹⁾.

ii)- La nature de la sanction

L'interrogation se pose dans ce domaine sur le sens exact de l'infraction « punie » qu'avance l'article 113-5 CPF. Le qualificatif « puni » se limite-t-il aux seules sanctions prévues par le Code pénal et prononcées par une juridiction pénale, ou s'étend-il au domaine administratif ?⁽⁴⁰⁾ En effet, le régime juridique de la sanction administrative est le fruit d'un dialogue permanent entre juges administratif, constitutionnel et européen et les brefs développements qui suivent ne prétendent pas en épuiser la matière fort abondante, mais visent à éclairer le chemin du juge pénal par la lanterne des notions et critères déjà dégagés.

Assimilation de la sanction administrative à la sanction pénale

La jurisprudence étant jusque-là silencieuse sur la question en matière de la double incrimination, une partie de la doctrine⁽⁴¹⁾, soutient la position assimilant la sanction administrative à la sanction pénale à partir de son évaluation des principes et garanties gouvernant les sanctions administratives en droit interne.

Tout d'abord, l'infraction faisant l'objet d'une sanction administrative doit être définie de façon précise et complète. En ce sens, le Conseil constitutionnel prévoit que: « appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »⁽⁴²⁾. Le Conseil d'État affirme de son côté que : « le principe de légalité des délits et des peines s'applique

⁽³⁹⁾M. Altamimi, La condition de la double incrimination en droit pénal international, Thèse précitée, n°657.

⁽⁴⁰⁾Le Conseil d'État qui décrit la sanction administrative comme « une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogative de puissance publique et qui inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements » : Conseil d'État, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, (Étude du conseil d'État), Doc. Fr., 1995, P 35. Selon cette définition, il ressort qu'une sanction administrative suppose la réunion de deux critères : d'une part, Il s'agit d'une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique. D'autre part, cette décision doit avoir pour objet de réprimer une infraction, et non de prévenir de la commission de nouvelles infractions.

⁽⁴¹⁾M. Altamimi, La condition de la double incrimination en droit pénal international, Thèse précitée, n°658 et s.

⁽⁴²⁾C. const., 17 janv.1989, déc. n° 88-248 DC, et du 28 juillet 1989, déc. n° 89-260 DC.

aux sanctions administratives et implique que les éléments constitutifs des infractions soient définis de façon précise et complète », ⁽⁴³⁾ et que « les sanctions soient prévues et énumérées par un texte » ⁽⁴⁴⁾. Par ailleurs, que ce soit au niveau de l'infraction ou de la peine, le Conseil d'État ajoute que lorsqu'une sanction administrative est prononcée et appliquée par une autorité administrative, celle-ci ne peut faire application d'une sanction autre que celles expressément prévues ⁽⁴⁵⁾, et à la date où les faits reprochés ont été commis ⁽⁴⁶⁾. S'ajoutant à la non-rétroactivité, le principe de la proportionnalité des peines, découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, est également applicable aux sanctions administratives ; le juge administratif vérifie ainsi que la sanction demeure proportionnée à la faute ⁽⁴⁷⁾. Quant à la forme, les garanties entourant le prononcé des sanctions pénales s'appliquent également aux sanctions administratives. Le droit à un recours juridictionnel contre la sanction, qui constitue une garantie, accompagne également les sanctions administratives. ⁽⁴⁸⁾

Sans totalement contester ce rapide aperçu des garanties qui entourent les sanctions administratives, il est nécessaire de le tempérer.

Assimilation tempérée

Malgré la similitude de fonctions, la répression administrative étant, comme la répression pénale, une manifestation du droit de punir ⁽⁴⁹⁾ et le rapprochement de nature, essentiellement répressive, des deux matières, visant à maintenir l'ordre au sein d'une collectivité, ⁽⁵⁰⁾ d'importantes différences existent toujours. Les adeptes ⁽⁵¹⁾ de la thèse de l'antinomie entre poursuite pénale et d'autres para-pénales considèrent- quant au droit disciplinaire- que : « la répression disciplinaire vise l'aménagement du service public. La répression pénale a essen-

⁽⁴³⁾ CE, 9 oct. 1996, Sté Prigest, Rec., p. 690, 738.

⁽⁴⁴⁾ CE, 7 juillet 2004, Ministre de l'intérieur c/ Benkerrou, n° 255136, Rec., p. 297.

⁽⁴⁵⁾ CE, 24 nov. 1982, n° 32944.

⁽⁴⁶⁾ CE, 17 nov. 2006, Sté CNP Assurances, n° 276926.

⁽⁴⁷⁾ CE Ass., 1^{er} mars 1991, Le Cun, Rec., p. 70.

⁽⁴⁸⁾ Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé que : « toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet [...] d'un recours » : C.cons., 17 janvier 1989, précité.

⁽⁴⁹⁾ J. Ricol, « Les tendances du droit disciplinaire, droit disciplinaire et droit pénal », Thèse, Toulouse, 1908, p. 47.

⁽⁵⁰⁾ Rapprochement qui a conduit à une confusion en la matière par une grande partie de la doctrine : Pour A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, « le droit disciplinaire doit être considéré comme le droit pénal particulier des institutions ». cf. A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées », Sirey, Paris, 1938, p. 114 ; Pour J. Mourgeon, « il n'y pas lieu de distinguer répression pénale et répression disciplinaire. La répression pénale n'est que la répression disciplinaire propre à l'institution primaire ». cf. J. Mourgeon, « La répression administrative », LGDJ, Paris, 1967, p. 56. Plus récemment, en qualifiant le droit disciplinaire d'« infra-pénalité », M. Delmas Marty a souhaité mettre en lumière la parenté qui existe entre ces deux matières. En retenant que le droit disciplinaire est de même nature que le droit pénal, qu'il tend au même but, au moyen de sanctions répressives qui, comme celles du droit pénal, ont en vue la réprobation et l'intimidation : « Réflexion sur le pouvoir disciplinaire », RTDH, 1995, p. 155.

⁽⁵¹⁾ Concl. M. Genevois, sous C.E., 11 juillet 1984, « Subrini », D. 1985, p. 150.

tiellement pour objet la punition personnelle de l'agent public délinquant au nom de l'idée de justice ; l'idée d'exemplarité est secondaire ; la répression pénale des agents publics n'a pas pour but l'amélioration du service public »⁽⁵²⁾.

La différence essentielle tient à ce que le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas observé en matière disciplinaire⁽⁵³⁾. Elle a aussi le choix de la sanction et, même lorsqu'une échelle des peines a été établie par un texte, elle peut infliger celle qui lui paraît le mieux correspondre à la faute qui a été commise⁽⁵⁴⁾. Sur ce point, les fautes et les sanctions disciplinaires sont bien différentes des délits et des peines en droit pénal. Les fautes disciplinaires sont le plus souvent des actes de la vie privée, des faits contraires à l'honneur et des manquements aux devoirs professionnels qui ne sont pas qualifiés par la loi pénale⁽⁵⁵⁾. En effet, dans le domaine disciplinaire « il n'y a pas de détermination, ni d'énumération légale des fautes disciplinaires »⁽⁵⁶⁾. L'insuffisance ou l'imprécision du texte est palliée par l'« incrimination de type jurisprudentiel »⁽⁵⁷⁾. Les fautes disciplinaires ne sont définies ni par les lois ni par les règlements. Les textes relatifs aux obligations des fonctionnaires comportent une liste indicative et non exhaustive, ils laissent le soin de définir et de qualifier les comportements fautifs aux autorités disciplinaires compétentes.⁽⁵⁸⁾ Aussi, la différence tient à ce que la décision administrative n'émane pas d'une véritable juridiction⁽⁵⁹⁾ et la procédure mise en œuvre est loin d'avoir tous les caractères d'une véritable procédure contentieuse.⁽⁶⁰⁾

⁽⁵²⁾G. Jèze, « Les principes généraux du droit administratif », LGDJ, 3^e éd., Paris, 1926, p. 88.

⁽⁵³⁾J. Brethe de la Gressaye et A. Legal, V. « Discipline, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale », Dalloz, 1953, p. 800 ; J. Brethe de la Gressaye et A. Legal, V. « Discipline, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale », Dalloz, 1953, p. 800.

⁽⁵⁴⁾J. Brethe de la Gressaye et A. Legal, *opt.cit*, p.800.

⁽⁵⁵⁾Idem.

⁽⁵⁶⁾A. Plantey, « Traité pratique de la fonction publique », T. I, LGDJ, 2^e éd., Paris, 1963, p. 310.

⁽⁵⁷⁾J. Mourgeon, « La répression administrative », LGDJ, Paris, 1967, pp. 253 et s.

⁽⁵⁸⁾C.E., 16 janvier 1957, « Aveline », Rec., p. 36 ; En d'autres termes, lorsque le fonctionnaire respecte ces obligations et interdictions, il n'est pas pour autant à l'abri d'éventuelles sanctions disciplinaires si tant est que son comportement soit apprécié comme le justifiant. Par ex. en France les Art. 25, 26 et 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, loi dite loi le Pors, constitue le statut général des fonctionnaires civils en France ; Au Liban les Art. 14 et 15 du décret-loi n° 112 du 12 juin 1959 portant le statut général des fonctionnaires libanais.

⁽⁵⁹⁾La notion de « tribunal » au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été interprétée souplesment par le Conseil d'État qui, dans sa décision Didier, a jugé qu'alors même que l'autorité décisionnaire – en l'espèce le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire – n'était « pas une juridiction au regard du droit interne », le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 6 §1 était opérant à l'appui d'un recours formé contre une décision de sanction « eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme » : CE, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier, n° 207434, Rec ; La CEDH a, pour sa part, trouvé que la Commission bancaire infligeant la sanction de blâme à la société requérante vérifie la notion de « tribunal » : CEDH, Dubus S.A. c. France, 11 sept.2009, Req. n° 5242/04 ; V : l'arrêt Sramek c. Autriche, 22 oct. 1984, § 36, Série A, n° 84, et la jurisprudence abondante qui a suivi.

⁽⁶⁰⁾Idem.

Le cumul de sanctions administrative et pénale paraît être le domaine le plus riche en renseignements. Le refus d'appliquer la règle ne bis in idem entre l'administratif, en l'occurrence le disciplinaire, et le pénal⁽⁶¹⁾ est dû au fait que la sanction administrative ne peut pas être qualifiée de sanction à caractère pénale⁽⁶²⁾. De ce fait, il est possible d'infliger deux sanctions de nature différente à l'encontre de la même personne et concernant le même acte.⁽⁶³⁾ Mais la sanction formellement administrative, peut-elle revêtir une autre nature substantiellement ? La parenté entre les deux sanctions a été réintroduite et renouvelée.

Un rapprochement renouvelé par une évaluation substantielle de la sanction pénale

La Cour de Cassation criminelle affirme avec constance que la règle ne bis in idem, telle qu'énoncée par le protocole 7 additionnel à la CEDH, n'est applicable qu'en matière pénale et ne fait pas obstacle, notamment, au cumul des poursuites et des sanctions pénales, fiscales, douanières, administratives et disciplinaires.⁽⁶⁴⁾ Pour autant, il n'est pas certain que cette solution soit la plus pertinente.

La CEDH fait le procès de cette simplicité hâtive. Elle a déjà posé trois critères, les fameux «critères d'Engel », pour évaluer la présence « d'accusation de nature pénale», à savoir la qualification juridique de la mesure en droit interne, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé.⁽⁶⁵⁾ Mais l'application est loin d'être aisée. A cet égard, la jurisprudence française s'est appuyée sur la non vérification de la qualification d'infraction pénale pour écarter l'obstacle du ne bis in idem. En l'espèce, la

⁽⁶¹⁾C.Const., n°2013-341 QPC, 27 sept. 2013 et n°2014-423 QPC, 24 oct. 2014.

⁽⁶²⁾Le Conseil d'État a considéré, en revanche, que relevaient du champ pénal de l'article 6 §1 les pénalités fiscales (CE, avis, Section, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/ Auto-Industrie Méric*, n° 164008, Rec.), les sanctions pécuniaires prononcées par la Commission bancaire (CE, 29 novembre 1999, *Société Rivoli Exchange* n° 194721, Rec.), par le Conseil des marchés financiers (CE, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec.), par le Conseil de la discipline de la gestion financière (CE, 31 mars 2004, *Société Etna Finance et M. P.*, n° 243579, T.), par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (CE, 24 février 2005, *Société GSD gestions et M. G.*, n° 269001, Rec.) et par l'Office des migrations internationales (CE, Section, 28 juillet 1999, *GIE Mumm-Perriet-Jouet*, n° 188973, Rec.).

⁽⁶³⁾E. Ghazo, *Les relations entre les actions disciplinaires et pénales à l'encontre du fonctionnaire civil en France et au Liban*, Thèse soutenue à l'Université Rennes 1, 2017, p.296 et s. Par exemple, il ressort du statut général des fonctionnaires que « toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale » : Art. 29 du statut général des fonctionnaires en France

⁽⁶⁴⁾Cass. crim., 27 mars 1997, D. 98, p. 172, obs. J. Pradel ; et RSC 1997, p. 830, obs. B. Bouloc ; Cass. Crim, 7 sept. 2004, D. 2004, p. 2691. Le Conseil d'État a aussi précisé que rien n'empêche à ce qu'une sanction pénale et une sanction administrative ou professionnelle soient infligées à une même personne pour les mêmes faits, « dès lors que l'institution de chacun de ces types de sanctions repose sur un objet différent et tend à assurer la sauvegarde de valeurs ou d'intérêts qui ne se confondent pas » : CE, avis, sect. intérieur, 29 avr. 2004, n° 370136.

⁽⁶⁵⁾CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71 ; Plus récemment : CEDH 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie*, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; D. 2009. 2014, note J. Pradel ; RSC 2009. 675, obs. D. Roets

sanction par l'ancien Conseil des marchés financiers (CMF),⁽⁶⁶⁾ du fait de manquements des obligations professionnelles édictées par le règlement général du CMF, n'a pas empêché le tribunal correctionnel de condamner les intéressés du chef d'escroquerie. La Cour de cassation⁽⁶⁷⁾ a sanctionné la décision de la Cour d'appel ayant admis la règle *ne bis in idem* en décidant que bien que cette règle se trouve garantie par l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, le Gouvernement français avait émis une réserve tenant au fait que seules les infractions pénales relevant de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale en bénéficient, ce que n'était pas le CMF. Elle s'appuie également sur un critère organique en énonçant que le CMF n'était pas une juridiction pénale.

Et pourtant, la solution prétorienne ne se laisse guère saisir. La juridiction strasbourgeoise a censuré, dans une autre espèce, la réserve ci-dessus évoquée⁽⁶⁸⁾. En effet, elle a considéré que les faits de l'espèce, déjà poursuivis par la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB), régulateur italien des marchés financiers, ne pouvaient l'être de nouveau devant une juridiction pénale et que la règle « *ne bis in idem* » avait été méconnue.⁽⁶⁹⁾

En ce qui concerne le troisième critère du trio d'Engel, la jurisprudence considère que la sanction administrative peut être investie de caractère pénal lorsqu'elle a atteint un degré important de sévérité⁽⁷⁰⁾. En conséquence, une sanction pénale prononcée par une autre juridiction pénale ne peut pas lui être cumulée. Plus loin, si l'on adapte le territorialisme de la compétence de l'article 113-5⁽⁷¹⁾, une certaine contrariété peut surgir. Comment peut-on concilier l'admission d'une double condamnation que le territorialisme permet et l'impossibilité de cumul d'une sanction pénale d'une autre juridiction pénale ?

Cette difficulté n'est pas pourtant la seule. Une autre est due à la différence de nature entre

⁽⁶⁶⁾ Avant qu'il ne fusionne avec la Commission des opérations de bourse pour former l'Autorité des marchés financiers (L. n° 2003-706 du 1^{er} août 2003),

⁽⁶⁷⁾ Cass.crim., 13 sept.2017, n° 15-84.823; W. Azoulaye, *Ne bis in idem: la chambre criminelle fait de la résistance*, D.2017, 28 sept.2017.

⁽⁶⁸⁾ CEDH, 2^e sect., 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, n° 18640/10, D. 2015. 1506, obs. C. Mascala ; Rev. sociétés 2014. 675, note H. Matsopoulou ; RSC 2014. 110, obs. F. Stasiak ; ibid. 2015. 169, obs. J.-P. Marguénaud ; RTD eur. 2015. 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Voza.

⁽⁶⁹⁾ Le Gouvernement italien faisait valoir, en l'espèce, qu'il avait émis une réserve quant à l'application des articles 2 à 4 du Protocole n° 7 (§§ 204 à 206) et que la loi italienne ne qualifie pas de pénales les infractions sanctionnées par la CONSOB, les réserves de la CEDH concernait la réserve faite, celle-ci devant « comporter un bref exposé de la loi visée » (§ 207), ce qui n'était pas le cas (§ 210).

⁽⁷⁰⁾ CEDH, Guisset c. France, 26 sept.2000, Req. n° 33933/96, § 59; CEDH, Dubus S.A. c France, 11 sept.2009, Req. n° 5242/04: Plus loin encore, la Cour a rappelé, dans cette dernière espèce, que la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée (Engel et autres précité, § 82) et non à la gravité de la sanction finalement infligée.

⁽⁷¹⁾ V.infra. Section 2 de cette étude.

les sanctions administratives et celles proprement pénales. En effet, les sanctions administratives ne comportant pas seulement des mesures privatives de liberté ou de nature pécuniaire, la sanction de la complicité indexée à celle de l'infraction principale présente certainement un embarras incontournable.

En somme, une approche casuistique, quoiqu'introduisant un manque de prévisibilité des solutions, s'impose. L'appréciation organique portant sur la qualification du tribunal dont émane la sanction en question est mise en jeu, eu égard à la nature de l'organisme, à sa composition et à ses attributions. L'examen des compétences attribuées à l'organe in abstracto d'après son organisation propre (autorité de contrôle, agissant en matière de poursuites etc.), ainsi que celle qu'il exerce in concreto dans l'affaire en question est primordial. Il reste que les trois « critères Engel »⁽⁷²⁾, même si leur mise en application se fait avec beaucoup d'hésitations, présente un apport et un support inévitable en la matière.

Reconnaître que le champ de la double incrimination puisse s'élargir en s'appliquant aussi bien aux actes réprimés par des lois qui ne sont pas placées exclusivement dans le Code pénal -infractions assorties de sanctions pénales et de sanctions administratives- aboutit aussi à s'interroger sur la possibilité de l'élargir également en ce qui concerne la structuration de l'incrimination elle-même.

2)-Les formes d'incrimination

Pour que le fait soit considéré comme « puni » par la loi étrangère, il faut d'abord, qu'il soit incriminé par cette dernière. Il paraît, vu que le texte vise expressément « le crime et le délit », que le législateur exige la forme parfaite d'incrimination, soit celle de l'infraction pénale, et non juste les formes suffisantes. Les actes commis à l'étranger doivent être considérés comme « crime ou délit » selon la loi étrangère. En effet, il a été constaté qu'en matière de vérification de la double incrimination, dans l'hypothèse de la compétence personnelle active, l'acte à l'étranger peut être puni par la loi

étrangère en tant que complicité⁽⁷³⁾. La solution ne paraît pas être transmissible pour l'application de l'article 113-5 CPF, puisque l'article 113-6 CPF vise, pour sa part, « les faits » et non spécifiquement « le crime et le délit ». Des hypothèses difficilement saisissables peuvent aussi se poser, puisqu'elles peuvent être insérées dans le cadre des « faits » et non de « crime ou délit ». Imaginons, d'abord, la complicité en France d'une instigation commise au Liban d'une infraction effectivement commise dans un troisième État. Cette hypothèse peut-elle franchir la barrière de « crime et délit » retenue par l'article 113-5 CPF ? D'où l'importance

⁽⁷²⁾Pour plus de détails V. J. Pradel, Principe Ne bis in idem, poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme, D. 2009 p.2014.

⁽⁷³⁾T. corr. Montbéliard, 3 juill. 1964 ; D. 1965, p. 69, concl. Petit.

accordée à la nature juridique de l'instigation, qui est considérée dans certains systèmes juridiques, comme en droit libanais, une infraction distincte et non une forme de complicité comme en droit français.

Imaginons, ensuite, que la complicité de la complicité n'est pas admise en France. Ainsi, si la complicité est commise en France des actes incriminés comme complicité par la loi étrangère, la double incrimination sera-t-elle même interrogée, du point de vue de l'incrimination du complice en France, puisque la complicité indirecte n'y est pas admise ?

La situation au niveau de l'incrimination peut être compliquée davantage par le fait que l'existence de l'incrimination peut dépendre d'une situation préalable.

C'est pourquoi il convient d'étudier aussi la condition préalable d'une infraction commise à l'étranger au regard de la problématique de la double incrimination.

3)- La complication par une condition préalable

L'élément d'extranéité concernant l'infraction commise à l'étranger peut non seulement affecter la construction de celle-ci mais également ses conditions préalables. La fonction du juge pénal ne consiste pas dans la simple application de la loi pénale, mais il procède également à déterminer la loi selon laquelle la condition préalable doit être appréhendée⁽⁷⁴⁾. Il doit ainsi préciser à quelle loi privée (française ou étrangère) doit-on se référer afin de régler la question de la condition préalable. Les enjeux de cette interrogation ne sont pas aussi simples qu'ils paraissent.

En opposition à la position presque majoritaire qui caractérise la condition préalable par sa neutralité, il apparaît nécessaire de distinguer la condition préalable en tant qu'élément appartenant à une loi non répressive (i), de l'infraction préalable qui constitue l'un des éléments d'une infraction dite complexe, autrement dite la condition préalable appartenant à une loi répressive (ii).

i)-La condition préalable appartenant à une loi non répressive

De manière générale, le droit pénal vise d'une part à incriminer certains comportements et, d'autre part, à assurer la protection d'autres. Ainsi, Jacques Le Calvez a essayé de résoudre la problématique de la loi applicable à la condition préalable appartenant à une loi non répressive en distinguant entre les situations prévues uniquement dans le cadre du droit pénal, dites

« situations de fait », de celles qui sont également prévues par le droit civil, dites « situa-

⁽⁷⁴⁾C'est par un souci de catégorisation que le juge pénal français consulte la loi étrangère : « Pour faire entrer une situation organisée par un droit étranger dans ses propres catégories, le juge français doit en découvrir la nature, qui n'est révélée que par le régime qu'elle a dans le système juridique dont elle relève. La loi étrangère est donc la seule qui puisse être consultée pour procéder à l'identification », C. Lombois, *Droit pénal international*, opt.cit., n° 389.

tions de droit »⁽⁷⁵⁾.

L'appartenance de la condition préalable à une loi non répressive exige l'intervention des règles de conflit de lois prévues par le droit international privé français⁽⁷⁶⁾. Elle doit conduire le juge répressif français à franchir les étapes successives suivantes : au départ, une mise en œuvre de la règle de conflit de lois civiles du for (en mobilisant le droit international privé français) afin de déterminer, du point de vue français, la loi civile (étrangère ou française) compétente pour régler la question de la condition préalable. De cette loi civile peut ensuite être déduite une qualification au regard de la loi pénale française⁽⁷⁷⁾.

Les différentes illustrations peuvent être utiles pour donner une idée plus claire de la complexité que subit la structure de la complicité internationale.

La corruption passive d'un agent public international ou étranger

Le Code pénal français punit la corruption passive d'un agent public international ou étranger aux articles 435-1 et suivants⁽⁷⁸⁾. Au cas où le prévenu accomplit des actes de complicité en France d'une infraction dont la matérialité mérite une telle qualification par

⁽⁷⁵⁾J. Le Calvez, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (la remise en cause du principe selon lequel le juge n'applique que sa loi nationale) », RSC 1980, p. 344.

⁽⁷⁶⁾La Chambre criminelle a affirmé, à l'occasion d'un litige entre époux de nationalité marocaine s'opposant sur la destruction de biens mobiliers situés au domicile commun établi en France, que « les juges auraient dû rechercher, en effet, à défaut de désignation par les époux, quelle était la loi applicable à leur régime matrimonial », l'infraction de destruction des biens prévue à l'article 322-1 CPF, suppose de démontrer que le bien n'est pas la propriété exclusive du prévenu: Cass. crim., 5 septembre 2001, juris-Data n° 2001-011115 ; Bull. crim., n° 174 ; V. C. Castella et B. De Lamy, « Quelques interrogations sur l'application des règles du droit international privé par le juge pénal à propos de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 5 septembre 2001 », Dr. pénal, 2002, chronique 15. Dans ce cas, l'infraction dépendait de règles « extra-pénales » auxquelles le juge pénal ne pouvait que se référer, essentiellement dans un souci de cohérence, rien ne justifiant que le juge pénal se détourne des règles du droit international privé. La Cour de cassation a cassé la décision de relaxe favorable aux prétentions de l'époux qui excipe de la loi marocaine applicable à son mariage, le désignant comme propriétaire des biens en cause, au visa des principes généraux du droit international privé, en indiquant à la Cour de renvoi que la solution doit être recherchée dans la Convention de LaHaye du 14 février 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

⁽⁷⁷⁾A. Fournier, Aperçu critique du principe de double incrimination en droit pénal international, in Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc, Dalloz, 2007, p.665. La doctrine accentue l'application limitée de la loi pénale étrangère en considérant que : « (...) une fois résolue la question préalable (par une loi civile étrangère), les tribunaux répressifs définissent l'infraction commise en France et la sanctionnent en vertu de la loi pénale française (...) » : A. Huet, Pour une application limitée de la loi pénale étrangère, JDI 1982, p.639.

⁽⁷⁸⁾L'article 435-1 prévoit qu' « est puni (...), le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ». A noter que la loi Sapin II du 9 dec.2016 s'est contentée d'éliminer la condition de la décision définitive étrangère pour cette infraction sans toucher pourtant à la condition de la réciprocité d'incrimination ici en question.

la loi française mais commise à l'étranger, le juge répressif français est obligé d'examiner le statut de l'institution publique étrangère ou internationale à laquelle l'agent public ou international appartient, et ce dans le but de s'assurer que cet agent possède véritablement la qualité prévue par ledit article⁽⁷⁹⁾. Ainsi, ce n'est pas en application du droit administratif français qu'il se demande s'il s'agit d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public⁽⁸⁰⁾. Le point de départ est, certes, l'exigence -la qualité- imposée par la loi française mais l'appréciation de son contenu se fait à partir de la loi étrangère. C'est ainsi que l'arrêt du 24 février 2010⁽⁸¹⁾ a confirmé la condamnation d'un ministre d'un État étranger pour blanchiment en France d'actes de corruption de fonctionnaires commis à l'étranger. Le juge français a fait application de la norme d'incrimination française de la corruption de fonctionnaires nationaux à des actes commis à l'étranger et a dû alors être confronté à la problématique du statut de la personne corrompue à l'étranger et s'il correspond à la définition d'un individu dépositaire de l'autorité publique. La solution avancée par la Cour conduit au fait que si la caractérisation du statut en cause est une exigence de la loi française, sa validation nécessite pourtant l'examen des pouvoirs qui lui ont été effectivement conférés par l'ordre juridique étranger sans se contenter du seul titre de « Ministre du Pétrole ». Une appréciation in abstracto ne permet pas de satisfaire à un schéma pareil.

ii)-La condition préalable appartenant à une loi répressive

Deux exemples sont essentiellement riches en indications en la matière : soit les infractions de blanchiment et de recel. Défini à l'article 324-1 CPF⁽⁸²⁾, et quelle que soit sa forme (blanchiment du produit de proxénétisme, stupéfiants, armes, douanière ...etc.), le blanchiment d'argent implique l'existence d'un crime ou d'un délit principal appelé aussi « infraction sous-jacente ». La doctrine majoritaire considère cette infraction principale comme une condition préalable.⁽⁸³⁾ Une situation de fait met en évidence les difficultés engendrées par cette classification. En effet, les produits d'une infraction commise par X sur un territoire

⁽⁷⁹⁾M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », D.2008, n° 12 et s.

⁽⁸⁰⁾E. Dreyer, Droit pénal général, opt. cit., n° 217, p. 162

⁽⁸¹⁾Cass.crim., Bull.crim., n° 37 ; Dt.pénal 2010, Comm.42, obs. Veron; Gaz.Pal. 2010, p.2322, note Morel-Maroger ; RPDP 2010, p.447, note Segonds.

⁽⁸²⁾L'article 324-1 définit le blanchiment en tant que : « Le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect » ou comme « le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit ».

⁽⁸³⁾M. Veron, Droit pénal des affaires, 11^e éd., Dalloz, 2016, n° 146, p. 121 ; A. Lepage, P. Maistre Du Chambon et R. Salomon, Droit pénal des affaires, LexisNexis, 2008, n° 410, p. 129 ; W. Jeandider, Droit pénal des affaires, 6^e éd., Dalloz, 2005, n° 68, p. 93 ; M. Daury-Fauveau, Infraction générale de blanchiment, J.-Cl., Pén., art. 324-1 à 324-9, Fasc. 20, 2020, n° 10.

A peuvent être blanchis sur un territoire B et avoir des complices en France. Le fait que la France ne soit pas compétente vis-à-vis de l'infraction principale n'empêche pas qu'elle puisse punir le blanchiment puisque la complicité est commise en France. Le caractère autonome du blanchiment⁽⁸⁴⁾ a conduit la Haute juridiction à déclarer la compétence de la loi française sans imposer que l'infraction principale ait été commise sur le territoire national, ni que les juridictions françaises aient été déclarées compétentes pour la poursuivre.⁽⁸⁵⁾ Cette solution a été aussi adoptée par la Convention européenne relative au blanchiment de 1990, qui prévoit à l'article 6§ 2 que « le fait que l'infraction principale soit ou non de la compétence des juridictions pénales de la partie n'entre pas en ligne de compte »⁽⁸⁶⁾. De plus, il importe peu que des poursuites aient été mises en œuvre pour l'infraction principale ou que celle-ci ait été constatée par une quelconque décision.⁽⁸⁷⁾

Validée en droit interne, faut-il pour autant conclure qu'en matière de droit pénal international suffit-il que la double incrimination soit remplie uniquement concernant le blanchiment⁽⁸⁸⁾? Ou bien convient-il d'aller plus loin en exigeant la double incrimination même pour l'infraction principale ? La simplicité n'est pas la qualité première de la réponse. L'incrimination du blanchiment dépend inévitablement des faits constitutifs du blanchiment, et non de l'infraction principale. Par éléments, on entend l'élément matériel de l'infraction détaillé à l'article 324-1 qui prévoit, en premier lieu, que le blanchiment consiste « à faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect » et en second lieu, que constitue également un blanchiment « le fait d'apporter un concours à une opération de placement de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit ». L'incrimination de blanchiment d'argent présuppose aussi que les faits dont sont issus les avantages patrimoniaux (l'infraction principale) soient punissables en vertu de la législation du lieu de commission. Or, cette exigence de double incrimination ne doit pas être considérée comme une condition préalable à l'exercice de la compétence

⁽⁸⁴⁾La jurisprudence qualifie d'ailleurs le blanchiment d'argent comme une « infraction générale, distincte et autonome » : Cass. crim., 16 janv. 2013, n° 11-83.689, JurisData n° 2013-000284.

⁽⁸⁵⁾Cass.crim., 21 févr. 2010, JCP 2010. 1180 ; note C. Mascala, cité par M. Veron, opt. cit. p. 122.

⁽⁸⁶⁾Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 8 novembre 1990, STE n° 141.

⁽⁸⁷⁾M.Veron, opt. cit., p. 121.

⁽⁸⁸⁾Il est à noter que l'**ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019**, par l'article 113-14 CPF, a dispensé la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une infraction de blanchiment (comme cinq d'autres) à l'étranger et portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne des conditions prévues à l'article 113-5, soit la double incrimination et la décision étrangère.

de la loi française, mais découle du principe de légalité⁽⁸⁹⁾ et doit être vérifiée même si le blanchiment n'est affecté d'aucun élément d'extranéité⁽⁹⁰⁾. Pour revenir à notre exemple, si le comportement commis sur le territoire de l'État A ne constitue pas une infraction selon ses lois, alors la condition préalable de l'infraction de blanchiment fait défaut, et l'infraction de blanchiment ne sera pas constituée à l'État B, et par suite la loi française ne pourra pas être applicable à la complicité commise en France.

Par ailleurs, la complexité peut provenir du fait que l'infraction principale soit une infraction reconnue uniquement par certains États (comme c'est le cas pour l'infraction principale du blanchiment d'argent eu égard aux actes la régissant : U.S. Racketeer influenced corrupt and corrupt Organizations Act (RICO) Act, Continuing criminal Enterprise Statut act (CCE) et l'Associazione per delinquere et Associazione di tipo mafioso italienne). Le CCE précité fait, par exemple, reposer le trafic de stupéfiants sur plusieurs éléments : l'individu doit avoir commis l'une des infractions mentionnées au Titre 21 du Code des États-Unis ; l'infraction doit faire partie d'une série d'infractions de stupéfiants devant impliquer cinq individus ou plus ; l'individu mis en accusation doit être organisateur, contrôleur ou directeur, et avoir reçu une somme d'argent ou un avantage en contrepartie de cette participation⁽⁹¹⁾. On peut constater, alors, qu'il vaut mieux retenir l'interprétation in abstracto utilisée en matière d'extradition dans le cas de ces infractions complexes⁽⁹²⁾ sans aller plus loin, car l'infraction principale pourrait faire obstacle à la mise en œuvre de la compétence de la loi pénale française.

4)- Les suppressions ponctuelles de la condition

Il fallait attendre l'ordonnance du 18 septembre 2019⁽⁹³⁾ qui, en introduisant l'article 113-

⁽⁸⁹⁾G. Stessens, « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, la coopération internationale (compétence extraterritoriale, l'exécution de saisies et de confiscations, droit à un procès équitable) », RIDP, 1999, p. 381. p. 394.

⁽⁹⁰⁾Il faut que l'existence certaine d'une infraction préalable soit constatée par les juges du fond. Cette affirmation doit toutefois être nuancée : lorsque l'article 324-1-1 selon lequel « Pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus » est mobilisé, la Cour de cassation affirme que « la juridiction correctionnelle n'est pas tenue d'identifier ni a fortiori de caractériser le crime ou le délit qui a procuré le produit ayant fait l'objet d'une opération de placement, de dissimulation ou de conversion ». Les juges du fond peuvent donc valablement condamner le prévenu qui n'a pas été en mesure de justifier l'origine des sommes retrouvées dans plusieurs cachés aménagées de son véhicule (Cass. crim., 18 déc. 2019, n° 19-82496, inédit ; Cass. crim., 20 mars 2019, n° 17-85.664 : JurisData n° 2019-004093, Dr. pén. 2019, comm. 93, obs. J.-H. Robert ; JCP 2019, 457, note S. Detraz) ; Pour plus de détails sur la question V. M. Dauray-Fauveau, Infraction générale de blanchiment, J.-Cl., Pén., art. 324-1 à 324-9, Fasc. 20, 2020, n° 20 et s.).

⁽⁹¹⁾G. B. Richardson, « Double criminality and complex crimes », RIDP, 1991, p. 82.

⁽⁹²⁾R. A. Martin, « Dual criminality in organized crime cases », RIDP, 1991, p. 179.

⁽⁹³⁾Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers

14 CPF, a procédé à l'élimination de la condition de la double incrimination comme l'exigence de la décision étrangère;⁽⁹⁴⁾ la loi Sapin II s'est juste contentée de la suppression de la première. Plus récemment encore⁽⁹⁵⁾, l'article 113-5 du code pénal a fait l'objet d'un amendement dans le même sens. L'alinéa 2 ajouté concerne l'instigation de l'alinéa 2 de l'article 121-7 CPF, à condition que la complicité se rapporte uniquement aux crimes du Livre II du Code pénal. Se dégage, alors, l'idée motrice guidant l'œuvre du législateur, celle de faciliter la poursuite de la complicité territoriale de certaines infractions commises à l'étranger.⁽⁹⁶⁾ La politique mise en place peut, pourtant, intriguer. Le législateur procède à des modifications ponctuelles, au gré des circonstances. Ainsi, le choix des catégories sur lesquelles l'élimination est appliquée ressuscite un souci bien ancré d'extension de l'application de la loi pénale française.⁽⁹⁷⁾ D'autres lignes directrices, plus spécifiques, animent les suppressions catégorielles. Il est question, notamment, d'une plus grande efficacité dans la lutte contre la délinquance économique et financière pour l'ordonnance du 18 septembre 2019. Le mouvement d'anticorruption doté de plusieurs instruments de répression renforcée ne peut mettre la suppression des obstacles à l'application de la loi pénale en dehors de sa stratégie.

Dans le même cadre, la particulière gravité des crimes contre la personne humaine peuvent justifier l'amendement dernier, la condition ne figurant pas pour l'application de la compétence personnelle active, pour le même motif.

Ce travail à bâtons rompus, donnant lieu à des révisions disséminées, portant sur des domaines disparates, répondant à des nécessités saisonnières, distribuées sur plusieurs textes législatifs sous-tend la volonté du législateur d'achever le « déconditionnement »⁽⁹⁸⁾ définitif de la complicité commise en France. D'ici là, cette dispersion appelle une meilleure organisation du texte, par une concentration de ses manifestations sous l'égide du texte général régissant la question, souhait déjà formulé, par la réécriture⁽⁹⁹⁾ de l'article 113-5 CPF.

de l'Union européenne au moyen du droit pénal ; Pour plus de détails : M. Segonds, Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, RSC 2019, p.890.

⁽⁹⁴⁾V.Infra.

⁽⁹⁵⁾L'article 24 de la Loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, IO, n°0187 du 31 juillet 2020.

⁽⁹⁶⁾Rapport Sénat n° 482, p. 66

⁽⁹⁷⁾M. Segonds, Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, RSC 2019, p.890.

⁽⁹⁸⁾Expression employée par M. Segonds, Ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, RSC 2019, p.890.

⁽⁹⁹⁾M. Segonds, La nouvelle rédaction de l'article 113-5 du code pénal. À propos de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, RSC 2020 p.982

Paragraphe 2: Recul différencié devant les autres rattachements

Un autre aspect du caractère subordonné de la compétence de l'article 113-5 CPF consiste en son champ d'application. Le législateur a pris soin que cette compétence n'ait que les miettes qui tombent du festin des autres compétences extraterritoriales françaises (A). Quant à la compétence personnelle active, en semant la confusion sur son caractère spécifique, elle paraît extrêmement hasardeuse pour généraliser une solution concernant la complicité commise sur le territoire national (B).

A)- Une condition négative de la mise en application de la compétence de l'article 113-5

Perçant le silence d'antan, les réactions législatives en matière de complicité territoriale avaient pour but de réduire ou même d'éliminer les zones de non-droit lorsque l'infraction à l'étranger ne relève d'aucune compétence française (a). Leur apport a fini par cantonner le champ d'application de l'article 113-5 à un périmètre bien réduit et confiner sa fonction à un rôle complémentaire par rapport aux autres titres de rattachement des compétences extraterritoriales françaises (b).

a)-Réaction législative insuffisante

La jurisprudence intervenue sous l'empire du Code d'instruction criminelle avait dénié toute compétence française dans l'hypothèse de l'acte de complicité réalisé en France-⁽¹⁰⁰⁾ quand l'infraction principale était rattachée à une législation étrangère. L'application des théories de la criminalité d'emprunt lorsque la loi française pouvait connaître l'infraction principale, ainsi que de la connexité conduisaient à concentrer la localisation de tous les actes de participation principaux ou accessoires au lieu de commission des premiers⁽¹⁰¹⁾. Faire autrement aboutissait à empiéter sur la souveraineté d'un autre État⁽¹⁰²⁾. Cette méfiance rigide aboutissait à des impunités fâcheuses dont la plus dénoncée était le cas du complice français agissant en France qui, conjugué au principe de non extradition des nationaux, le plaçait à l'abri de toute poursuite par les autorités françaises et, que s'il ne quittait pas la France, rendait les autorités étrangères impuissantes. Cette hypothèse n'étant pas la seule ; le cas, pourtant surmontable par la possibilité de l'extradition, du complice étranger d'un auteur indifféremment français ou étranger en constitue une autre représentation.⁽¹⁰³⁾

⁽¹⁰⁰⁾ Cass. crim., 17 oct. 1834, S. 1835, 1, p. 33, pour le recel en France par un Français d'une chose volée à l'étranger par un étranger – du temps où le recel était encore une modalité d'acte de complicité ; Cass. crim., 19 avr. 1888, DP 1888, 1, p. 284, pour le recel en France par un étranger ; CA Lyon, 27 déc. 1892 : S. 1895, 2, p. 73 ; DP 1894, 2, p. 254 ; T. corr. Seine, 18 déc. 1901 : JDI 1902, p. 324, pour le complice français ayant agi en France.

⁽¹⁰¹⁾ M.-C. Fayard, La localisation internationale de l'infraction, RSC 1968, n° 27.

⁽¹⁰²⁾ M. Deprez, De la complicité au point de vue international, Thèse Paris, Pedone, 1913, p.38

⁽¹⁰³⁾ C. Lombois, Droit pénal international, 2^e éd. opt.cit., n° 266 ; Ph.Merle et A.Vitu, opt.cit., 3^e éd., n° 271 ; P Bouzat et J. Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, t. I – Droit pénal général, Dalloz, 3^e éd., 1975, n° 1707.

Dans cette même séquence logique, la localisation de la complicité au lieu de l'acte principal a conduit à deux résultats paradoxaux. Le premier est la compétence des tribunaux français pour juger un complice lorsqu'ils sont compétents pour juger l'auteur principal en vertu de la compétence territoriale. Le second est l'absence de toute compétence à l'égard de la complicité en France⁽¹⁰⁴⁾ d'une infraction commise à l'étranger si l'acte principal échappe lui-même à toute autre compétence judiciaire.⁽¹⁰⁵⁾

b)- Renforcement du caractère complémentaire de la compétence

De pareilles lacunes ont fait l'objet d'un essai de correctif de la part du législateur qui a introduit, en 1959, sous l'article 690 ancien C.proc.pen. une innovation qui présente la spécificité d'être consacrée à la complicité⁽¹⁰⁶⁾. Cet article disposait « Quiconque s'est, sur le territoire de la République, rendu complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises si le fait est puni à la fois par la loi étrangère et par la loi française, à la condition que le fait qualifié crime ou délit ait été constaté par une décision définitive étrangère », il est nécessaire de se demander sur sa réelle portée.

L'effet escompté de cet article ne s'est pourtant pas révélé satisfaisant. La doctrine⁽¹⁰⁷⁾ suivie de la jurisprudence⁽¹⁰⁸⁾ s'étaient accordées sur l'idée que ce texte révèle une compétence subsidiaire.⁽¹⁰⁹⁾ L'apport de la mise en œuvre de cette compétence s'est avéré réduit. Très vite a été souligné son caractère complémentaire ; elle s'ajoute aux autres compétences extraterritoriales⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁴⁾Cette incohérence peut avoir un effet sur la mise en œuvre de la double incrimination en matière d'extradition. C'est le cas lorsqu'un étranger est complice en France d'un acte principal commis à l'étranger, et que son pays a adressé à ce titre une demande d'extradition à la France. En effet, l'extradition devrait être refusée dans ce cas car la France ne possède pas de chef de compétence pour juger le complice d'une infraction commise à l'étranger.

⁽¹⁰⁵⁾A. Fournier, « Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises », *Rev. Crit. DIP.*, 1981, p. 31, n° 2.

⁽¹⁰⁶⁾La doctrine la qualifie dans cette perspective de compétence « propre » : D. Thiel, *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international*, Thèse dactyl. soutenue à l'Université de Metz, 2000, n° 222.

⁽¹⁰⁷⁾M.-C. Fayard, *La localisation internationale de l'infraction*, *opt.cit.*, n° 27.

⁽¹⁰⁸⁾Cass.crim., 2 mars 1954, *Bull.crim.*, n° 92 : La Cour de cassation a reconnu la possibilité d'extrader un apatride d'origine russe, complice depuis le territoire français d'infractions commises en Belgique, bien que ses actes étaient aussi des infractions à la loi française.

⁽¹⁰⁹⁾Cass.crim., 20 févr.1990, D.1991, n° 396. Dans cette espèce, on retrouve une association de malfaiteurs à l'échelle internationale doublée de vols aggravés qualifiés crimes et une complicité en France de vols aggravés commis à l'étranger. La Cour de cassation s'est déclarée compétente au titre de la territorialité pour réprimer l'action de chacun des protagonistes en reliant leurs activités les unes aux autres par les fils de la connexité, d'une part, puis par le lien d'indivisibilité avec l'infraction réalisée à l'étranger : A. Fournier, *Complicité internationale et compétences des juridictions répressives françaises*, *Rev.crit.DIP* 1981.31

⁽¹¹⁰⁾Le caractère complémentaire est déjà souligné par A. Huet, et R. Koering-Joulin, *Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française- Infractions commises à l'étranger* : Fasc.403-20 ; J.-Cl. *Droit international*, dernière mise à jour le 11 mars 2013, n° 7.

En effet, elle sera mise en échec par le rattachement propre au moyen des compétence universelle, réelle ou personnelle passive extensibles au complice, avec les nuances liées à la compétence personnelle active.⁽¹¹¹⁾ Dans cette dernière hypothèse, au seul cas où le complice est français⁽¹¹²⁾, il est poursuivi, depuis l'entrée en vigueur de l'article 689 C.proc.pén⁽¹¹³⁾, par les juridictions françaises⁽¹¹⁴⁾. Il en résultait aussi une application distributive des articles 689 pour l'auteur français de l'infraction principale à l'étranger d'une part et d'autre part, de l'article 690 pour son complice étranger ayant agi en France.⁽¹¹⁵⁾

En somme, la compétence instaurée par l'article 690 concernait le complice français ou étranger ayant commis ses actes en France, lorsque l'infraction principale ne relève d'aucun autre titre de compétence de la loi française⁽¹¹⁶⁾, et le complice étranger au cas où l'infraction principale relève de la compétence personnelle active. Le premier apport concernant le complice étranger n'était pas particulièrement important, puisque l'extradition du complice dans ce cas était toujours possible.⁽¹¹⁷⁾ En revanche, cette compétence est nécessaire à l'égard

⁽¹¹¹⁾D. Thiel, *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international*, Thèse dactyl. soutenue à l'Université de Metz, 2000, n° 217 ; A. Huet et R. Koering- Joulin, J.-Cl. Droit international, Fasc.403-20, n° 7 et 85.

⁽¹¹²⁾A remarquer que l'article 689 susvisé même s'il a recours à un terme large « tout citoyen » s'est contenté dans son alinéa 3 de mentionner l'auteur, comme s'il s'est aperçu avoir « trop dit » aux deux premiers alinéas.

⁽¹¹³⁾L'article 689 (Version en vigueur du 1^{er} janvier 1976 jusqu'au 1^{er} mars février 1994) disposait que : « Tout citoyen français qui en dehors du territoire de la République s'est rendu coupable d'un fait qualifié crime puni par la loi française peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises. Tout citoyen français qui en dehors du territoire de la République s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis. Les dispositions des alinéas 1^{er} et 2 sont applicables à l'auteur du fait qui n'a acquis la qualité de citoyen français que postérieurement au fait qui lui est imputé ».

⁽¹¹⁴⁾Cette solution se justifie par le fait que « si le complice emprunte la criminalité de l'auteur, il ne lui emprunte pas sa nationalité », il ne peut donc être jugé sur le fondement de la compétence personnelle active qui exige la nationalité française du prévenu : C. Lombois, *Droit pénal international*, opt.cit., n° 271.

⁽¹¹⁵⁾Même constatation pour l'application distributive des articles 113-5 et 113-6 CPF. Au cas de crime, seul l'auteur principal sera justiciable de la loi française en l'absence de réciprocité d'incrimination. L'observation de l'élément légal par rapport au système répressif français pour le même phénomène sera vérifiée chez un seul justiciable y participant à titre de complice, alors qu'il est totalement indifférent à sa vérification chez l'auteur. Une autre difficulté surgit. Le déroulement du procès qui exige la comparution simultanée de l'auteur et du complice sera retardée en attendant la satisfaction de la condition de la constatation du fait principal par une décision définitive de la juridiction étrangère, condition qui, en application de l'article 113-6 CPF n'affecte pas la répression de l'auteur principal, mais en pratique, y fera obstacle.

⁽¹¹⁶⁾Il est excessif d'affirmer, en son temps, que l'article 690 ancien C. proc. pén. réduisait son domaine au seul cas d'incompétence française pour connaître de l'infraction principale (Crim. 20 févr. 1990, préc.). Quoi qu'il en a été, cette portée est devenue plus résiduelle encore avec la loi du 11 juillet 1975 introduisant la compétence personnelle passive pour crime : la complicité en France de crime commis à l'étranger contre un Français relèvera désormais du nouvel article 689-1 du code de procédure pénale, encore que ni l'auteur ni le complice ne soient français (solution implicite, extensible en matière de compétence universelle; quant aux crimes et délits de nature réelle, l'article 694, alinéa 3, ancien C.proc. pén., issu de cette même loi du 11 juill. 1975, traitait expressément de la question, écartant l'article 690) : V. D. Thiel, *Compétence pénale*, Rep.international Dalloz, n° 67.

⁽¹¹⁷⁾D. Brach-Thiel, Rep.pén.Dalloz, V. Compétence internationale, n° 251. Dans le cas du complice étranger, cette compétence favorise une meilleure administration de la justice plutôt qu'elle ne comble une lacune ; elle offre un choix

du complice français non extradable qui n'est pas concerné, seul, par la compétence personnelle active. Alors que le second apport, en soustrayant le complice du champ d'application de la compétence personnelle active, le soumet aux conditions plus rigoureuses⁽¹¹⁸⁾ de cette nouvelle compétence, laissant le complice, seul français et alors non extradable, agissant à l'étranger en dehors de la compétence de la loi française.

Une condition peut, alors, s'ajouter pour mettre en œuvre cette compétence : éviter que l'auteur de l'infraction principale, ou l'un des coauteurs, soit éligible pour la compétence territoriale française ou l'une des compétences extraterritoriales réelle, personnelle passive et universelle. Le cas de la compétence personnelle active fera l'objet d'une observation plus précise.

A l'ère du nouveau Code pénal, l'article 113-5 CPF, vise, avec des termes similaires à ceux employés à l'article 690 C.proc.pen., la complicité en France de crime ou délit commis à l'étranger. Loin d'être à la hauteur des attentes, l'article 113-5 CPF « a repris l'air » de son antécédent en héritant ainsi les défauts que ce dernier présente. C'est pourquoi au lieu de reprendre la recherche déjà entreprise auparavant pour aboutir enfin au même champ d'application pour le nouvel article 113-5, il serait plus utile de se pencher sur les questions épineuses et non déjà abordées dans cette étude qu'engendre la compétence personnelle active.

B)- La vérification discutable de la condition pour la compétence personnelle active

Le champ d'intervention de la compétence personnelle active en matière de complicité territoriale fait l'objet d'hésitation. Du fait qu'il entretient avec les champs d'application d'autres compétences des relations d'intersection comme d'exclusion, l'évaluation des solutions qu'il propose présente d'indéniables marques de perturbation. Si la doctrine discute (a), la jurisprudence essaie de rechercher des solutions plus durables (b).

a)-Une doctrine hésitante

La question essentielle à laquelle doivent répondre ces quelques lignes consiste à savoir si la compétence personnelle active qui intervient auprès de l'auteur principal exclut la compétence de l'article 113-5 CPF.

Antérieurement à la réforme du code pénal, le domaine d'application de la compétence personnelle active englobait la complicité seulement si auteur et complice sont tous deux entre juger et extradater. Si le système répressif étranger a réagi à l'égard des auteurs mieux vaut extradater les complices pour que l'appareil étranger ait une vision globale de l'affaire. En revanche, si l'auteur est français et est de retour en France sans possibilité de lui opposer la chose jugée à l'étranger, sa non-extradition et sa poursuite en France rendent préférable la poursuite du complice étranger par les tribunaux français : A. Fournier, La répression de la complicité et ses avatars, art. préc., RSC 2003, n° 24.

⁽¹¹⁸⁾Le texte exige la réciprocité d'incrimination qui se transpose ici non seulement à la complicité de délit, mais encore à celle de crime : la loi étrangère doit sanctionner l'action principale elle-même, ainsi que la complicité : V. C. Lombois, opt. cit., note 267 ; A. Fournier, art. préc., Rev. crit. DIP 1981. 31, n°s 19 s. et note 48.

français ; elle disparaissait, par contre, à l'égard du complice étranger de l'auteur principal français.

Les difficultés naissent de l'absence de solution textuelle explicite pour trancher la question en cas de double rattachement territorial et personnel. S'offre alors un choix à deux axes. Une partie de la doctrine considère que la solution dépend de la nationalité du complice⁽¹¹⁹⁾. Si le complice est français et que l'infraction relève de la compétence personnelle active (auteur français), l'article 113-5 doit être écarté en faveur de l'article 113-6⁽¹²⁰⁾, la nationalité française du complice prend le relais sur la localisation des actes de complicité. Et pourtant, si la nationalité du complice paraît, dans cette hypothèse, prioritaire, elle n'est pas, à elle seule, génératrice de compétence personnelle active pour le complice français d'un auteur étranger agissant à l'étranger. Si, en revanche, le complice est étranger, l'article 113-5 joue son rôle supplétif et justifie la compétence française,⁽¹²¹⁾ alors que la poursuite de l'auteur français se fait toujours conformément à l'article 113-6 CPF.

Or face à une accumulation de rattachements, dans le cas où complice et auteur sont tous deux français, la compétence personnelle active s'étend de l'auteur au complice. Ce recours à la seule compétence personnelle active reste possible tant que la complicité est commise à l'étranger. Sa commission en France peut-elle pourtant remettre en question cette solution ?

Si la cohérence de privilégier la plus restrictive des deux compétences, soit la compétence de l'article 113-5⁽¹²²⁾, paraît contestée en doctrine,⁽¹²³⁾ il est important de signaler que les conditions qu'elle impose sont restrictives dans le sens où elles rendent plus pénible la tâche du ministère public à les prouver et de ce fait, plus avantageuses à la personne poursuivie, et

⁽¹¹⁹⁾A. Fournier, « Complicité internationale et compétence des juridictions répressives françaises », *opt. cit.*, p. 65. La même analyse a été déjà faite pour l'état des lieux avant 1992, C. Lombois a déjà fait la remarque que même si le législateur n'a pas fait cette distinction, elle s'impose (*Droit pénal international, opt.cit.*, 2^e éd., n° 266). La Cour d'appel de Lyon, pour sa part, a aussi procédé à cette différenciation : C.Appel Lyon, 27 déc. 1892, Sirey, 1895, II, p.73. Dans le même sens : M. Deprez, *De la complicité au point de vue international*, Thèse soutenue à l'Université de Paris, éd. Pedone, 1913, p.51. Dans cette hypothèse, l'article 690 C.proc.pen. devenait inapplicable (M.-C. Fayard, *art. précité*, n° 29). L'auteur considérant ainsi que l'article 690 est inapplicable, n'a pas conclu à la nécessité de l'application de l'article 689 C.Proc.pen. mais a juste considéré qu'il serait « préférable » de le faire.

⁽¹²⁰⁾Solution traditionnelle consacrée même sous l'empire du Code d'instruction criminelle : Crim. 22 juin 1882, S. 1884.1.456.

⁽¹²¹⁾R. Koering-Joulin, « L'application de la loi pénale française dans l'espace (Avant-projet de Code pénal, 1983) », RSC 1984, p. 266.

⁽¹²²⁾L'article 113-5 exige que l'infraction principale soit constatée par une décision de la juridiction étrangère, ainsi que la double incrimination pour le crime comme pour le délit, deux conditions que seule la seconde est exigée pour le délit à l'article 113-6, la décision à l'étranger laissant présumer une dénonciation officielle à la France, par les autorités locales du lieu de commission, faute éventuelle de plainte déposée par la victime. Par ailleurs, l'exigence de la dénonciation officielle de l'autorité étrangère présente bien évidemment beaucoup plus de souplesse par rapport à la lourde condition de la décision étrangère.

⁽¹²³⁾A. Fournier, *La répression de la complicité et ses avatars, art.prec.*, n° 18.

donc méritant application. Mais à supposer que les conditions de l'article 113-5 CPF soient remplies, de même que celles de l'article 113-6, alors que le complice désire évincer le jeu de la règle ne bis in idem – règle discutée pour l'article 113-5 mais consacrée pour l'article 113-6- l'application de la compétence 113-5 ne sera-t-elle moins douce à son égard ?

De ce fait, ces différentes hypothèses rendent aléatoire une compétence française assise sur un lien territorial et pourtant changeable en fonction de la célérité de l'appareil répressif étranger.

Pour sa part, une partie de la doctrine, empruntant la voie de la spécificité du texte, précisait que l'article 690 ancien du Code de procédure pénale (aujourd'hui l'article 113-5 du Code pénal) est une règle spéciale qui doit prévaloir sur la règle générale de compétence personnelle active, surtout en l'absence de toute distinction et réserve particulière.⁽¹²⁴⁾ Ce titre se serait affirmé prioritaire sur tout autre.

Une autre position, diamétralement opposée, n'accordant pas d'importance à la nationalité du complice, soutient, suite à la généralisation à laquelle elle a procédé en interprétant l'article 689 C.proc.pen.⁽¹²⁵⁾, que dès qu'une infraction principale commise à l'étranger relève de la loi française (ici de l'article 113-6), les tribunaux français sont compétents pour juger non seulement son auteur mais également son complice, quelle que soit la nationalité de celui-ci et le lieu de son action.⁽¹²⁶⁾ Partant de la généralité des termes employés, le texte ne distingue pas selon le titre de compétence extraterritorial retenu pour poursuivre l'infraction, ni selon que les faits de complicité se localisent en territoire étranger ou français.

Cette extension prête pourtant le flanc à une objection d'ordre dogmatique⁽¹²⁷⁾. La compétence personnelle active implique une saisine individuelle, autonome, dépendant de la qualité propre de chaque protagoniste. La dilatation de cette compétence vers un participant qui ne remplit pas cette condition revient à dénaturer la compétence dans son essence. Certes, le législateur est souverain et il peut décider d'ériger la nationalité de l'auteur en rattachement objectif extensible aux complices en quelque lieu qu'ils agissent, mais si c'était la véritable intention du législateur, pourquoi alors l'extension vers le coauteur étranger n'a pas été admise?⁽¹²⁸⁾

Après tant d'hésitations, quelle part de certitude en reste-t-il vraiment concernant l'ap-

⁽¹²⁴⁾C. Lombois, *opt. cit.*, n° 268, p. 322

⁽¹²⁵⁾V.infra. Paragraphe 2 de cette section quant à la généralisation de l'article 689 C.proc.pen.

⁽¹²⁶⁾A. Huet et R. Koering- Joulin, *Droit pénal international*, *opt.cit.*, p.228 et 229 ; Dans le même sens, D.Thiel, *Rep. international*. Dalloz, V. Compétence pénale, n° 71.

⁽¹²⁷⁾A. Fournier, *La répression de la complicité et de ses avatars*, art. précité, RSC 2003, n° 44.

⁽¹²⁸⁾Cette dernière extension est même condamnée en doctrine : A.Huet et R.Koering- Joulin, *J.-Cl. International*, *opt.cit.*, n° 14 et 20 ; C.Lombois, *opt.cit.*, n° 269.

port de l'article 113-5 CPF ? La jurisprudence prête alors la main.

b)-Tendance jurisprudentielle vers une individualisation de la détermination de la compétence

La Cour de cassation a, déjà eu l'occasion de délimiter le champ d'application de l'article 690 CPP ancien (équivalent à l'article 113-5) dans une affaire mettant en cause un complice français ayant agi en France en apportant aide à deux coauteurs français agissant à l'étranger. D'une part, la Cour a considéré que le texte ⁽¹²⁹⁾ « ne trouve son application que lorsque l'auteur du fait principal ne peut être jugé par les juridictions françaises ». ⁽¹³⁰⁾ Cette première conclusion a été jugée excessive, parce que cette compétence restait applicable même au cas où le complice est étranger alors que l'auteur est français et relevant de la compétence personnelle active. D'autre part, cet arrêt affirme que lorsque la complicité commise en France d'une infraction commise à l'étranger mais relevant de la compétence pénale française, le retour au rattachement traditionnel s'impose et la compétence pour juger l'auteur se proroge vers le complice (sauf si le rattachement est personnel et non objectif). L'article 113-5 n'est, alors, d'aucune utilité et les conditions qu'il impose ne sont pas applicables ⁽¹³¹⁾.

L'ambiguïté sur la persistance de la première solution vient d'être semée suite à un important arrêt rendu le 21 janvier 2009 par la chambre criminelle de la Cour de cassation ⁽¹³²⁾. La Haute juridiction a affirmé que « seules les dispositions de l'article 689-2 du code de procédure pénale, qui donnent compétences aux juridictions françaises pour poursuivre et juger, si elle se trouve en France, toute personne, auteur ou complice, française ou étrangère, qui s'est rendue coupable, hors du territoire de la République, de faits entrant dans le champ d'application de ladite Convention, étaient applicables » (il s'agissait, en l'espèce, de la Convention de New York réprimant les actes de torture et de barbarie). La principale nouveauté apportée par ce visa consiste dans le fait que l'universalité de la compétence française sur le fondement de l'article 689-2 du code de procédure pénale s'appliquerait directement aux complices français ayant agi à l'étranger, en se suffisant à elle-même, vu que l'infraction principale ne relevait pas de la compétence universelle. Le complice étant seul français, l'extranéité de l'auteur principal le soustrait au champ de la compétence personnelle active française et sa poursuite devant les tribunaux français aura à satisfaire aux conditions plus rigoureuses posées par le texte même de l'article 135 CPF ; la Haute juridiction ayant consta-

⁽¹²⁹⁾Cass.crim. 20 févr. 1990, Bull.crim., n° 84 ; D. 1991.39, note A. Fournier (A propos de l'ancien art. 690, c. pr. pén.).

⁽¹³⁰⁾Note A. Fournier, D.1991.395.

⁽¹³¹⁾M. Massé, art. précité, RSC 1995.856 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, J-Cl., Fasc. 403-20, opt.cit, n° 9, F. Desportes et F. Le Gunehec, opt.cit., n° 395 ; R. Merle et A. Vitu, opt.cit, p. 408, note 1.

⁽¹³²⁾Cass.crim. 21 janv.2009, n° 07-88.330, Bull. crim. n° 22; AJ pénal 2009. 184, obs. J. Lasserre Capdeville; RSC 2009.892, obs.Y.Mayaud, Dr. pénal.2009, étude 7, O. Beauvallet.

té que les conditions des deux articles 113-5 et 113-6 ne sont pas remplies. Ce cas représente parfaitement les failles que l'article 113-5 CPF a essayé de combler sans y parvenir vraiment, soit celui du complice français d'une infraction dont l'auteur ne relève d'aucun titre de compétence de la loi française. L'article 689-2 paraît, en conséquence, être le dernier refuge contre l'impunité d'un complice français auquel aucune extradition ne peut être opposée⁽¹³³⁾.

En guise d'appréciation, le recours à la solution témoigne de l'utilité de s'orienter vers une compétence déterminée en fonction du seul complice. Et pourtant, cette orientation paraît avoir une seule source, celle de la compétence instaurée à partir d'une convention internationale. Sa transposition au niveau de la compétence d'ordre interne devrait aboutir à l'application de la compétence personnelle active à l'égard des complices seuls français, vu que l'article 113-6 rédigé en termes généraux, comme l'article 689-2, vise aussi bien la commission par un français d'un crime constitutif d'un fait principal que d'un fait criminel de complicité⁽¹³⁴⁾. En effet, l'orientation vers la personnalisation de la détermination de la compétence a déjà été proposée par la doctrine qui était favorable à un système de compétence distinct en faisant soumettre le complice, seul français, d'un auteur étranger à la compétence personnelle.⁽¹³⁵⁾ La proposition puise sa légitimité dans le texte même de l'article 121-6 CPF selon lequel : « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction ». Aucun amendement des textes n'est alors exigé. Le complice relèverait alors dorénavant de la compétence personnelle active comme si lui-même était auteur.

Quant au suivi de l'évolution de la jurisprudence, la solution avancée par l'arrêt de 1990 paraît être reprise. Mais cette constatation ne s'adonne pas facilement. L'arrêt de 2009, en présentant des actes de complicité commis en France comme d'autres perpétrés à l'étranger, a capté la seule complicité à l'étranger pour déclarer la compétence des tribunaux français, tout en sachant que la loi française n'est pas compétente pour reconnaître l'infraction principale (comme l'hypothèse de l'arrêt de 1990). Le fait que la Cour n'ait pas déclaré sa compétence à l'égard des complices ayant agi en France (tout en ayant constaté la non satisfaction aux conditions de l'article 113-5 en ce qui concerne l'absence de la constatation de l'infraction par les juridictions de Cambodge) laisse légitimement penser qu'elle réservait leur sort à la compétence spécifique de la complicité, ce qui croise, en fin de compte, la solution de l'arrêt de 1990.

⁽¹³³⁾Un auteur, après avoir constaté le paradoxe de poursuivre un ressortissant français au moyen de la compétence universelle, considère que cet arrêt s'inscrit dans une jurisprudence permettant aux juridictions françaises (sous l'inspiration peut-être du principe de subsidiarité présidant à la Cour pénale internationale) de connaître des procédures instruites du chef de crimes contre l'humanité, perpétrés bien au-delà du territoire français : V. obs. Dr. pénal 2009, étude 7, O. Beauvallet.

⁽¹³⁴⁾La Cour n'a pas en effet répondu au moyen soulevé concernant la généralité des termes de l'article 113-6 CPF ; V. obs. AJ Pénal 2009.184, J. Lasserre-Capdeville.

⁽¹³⁵⁾A. Fournier, La répression de la complicité et ses avatars, RSC 2003, art.préc., n° 47.

Enfin, il paraît que le champ d'application inévitable de l'article 113-5 CPF se limite à l'hypothèse du complice étranger ayant agi en France d'un auteur lui-même étranger et ne relevant d'aucun titre de compétence de la loi française. Le lien, en quelque sorte relâché avec le système répressif français, peut justifier les conditions lourdes dont est assortie la poursuite de ce complice. Ces mêmes considérations doivent aboutir à ne pas exposer le complice étranger à une double répression. Logiquement, le législateur ne peut pas retirer au prévenu ce dont il l'a déjà doté.

Jouant le rôle d'interrupteur de par sa fonction de déclencher la compétence ou de la bloquer, l'extranéité subordonne la mise en action de l'article 113-5 à un double clic -celui de la double incrimination et la constatation de l'infraction principale par une décision étrangère- la question se pose alors s'il est doté de la puissance de l'empêcher d'un seul, celui de la décision étrangère concernant la complicité.

Section 2: Souci de la compétence française de ne pas rivaliser avec la compétence étrangère

Il est question de savoir dans cette section s'il faudrait que le complice poursuivi en France n'ait pas déjà été jugé définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, qu'il n'ait pas subi ou prescrit sa peine ? Le maintien de cette exigence (Paragraphe 1) qui révèle la préoccupation du législateur ne voulant pas que la compétence française entre en concurrence avec la compétence étrangère est, pourtant, discutée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: Souci récemment ranimé

Le souci de ne pas concurrencer la compétence étrangère en matière de complicité localisée sur le territoire en admettant la règle *ne bis in idem* a été réduit à zéro avant le nouveau code pénal (A). Et pourtant, l'interprétation littérale des nouvelles dispositions l'a ranimé (B).

A)- Souci jadis apaisé

Avant l'introduction de l'article 113-5 CPF, la question se posait si la compétence de la loi nationale introduite par l'article 690 est une autre forme de la territorialité de la répression lorsque l'infraction principale est commise à l'étranger.

Eu égard au fait que la complicité se localise en France, elle devrait logiquement relever de la compétence territoriale française. Or, en la matière, l'article 693 de l'ancien C.proc.pen⁽¹³⁶⁾. restait inapplicable car il ne visait que la commission d'un crime ou d'un délit, les actes de complicité ne formant pas une infraction autonome et ne répondant pas à ses exigences⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁶⁾ L'article 693 disposait que : « Est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France ».

⁽¹³⁷⁾ C. Lombois exige, en effet, que « l'acte de complicité ait été entièrement accompli en France, sans qu'on puisse faire

Deux hypothèses se présentaient. Si l'infraction principale commise à l'étranger relève de l'ordre juridique français, la complicité en France sera également réprimée à ce titre, sous réserve de la distinction à faire en matière de compétence personnelle active⁽¹³⁸⁾. La conséquence c'est que le complice, comme l'auteur principal, peut se prévaloir en France de l'autorité de la chose jugée à l'étranger car la compétence de la loi pénale française n'est que subsidiaire.

Bien différente est l'hypothèse de la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale lorsque l'article 690 de l'ancien C.proc.pen. avait la vocation à s'appliquer. Certains ont évoqué une version plus au moins « édulcorée »⁽¹³⁹⁾ de la compétence territoriale. D'autres, plus catégoriques, ont classé le problème de la complicité parmi les exceptions au principe de territorialité.⁽¹⁴⁰⁾

En effet, la réponse législative à l'article 692 de l'ancien C.proc.pen.fr. était claire⁽¹⁴¹⁾. L'article 690 C.proc.pen. n'édicte qu'une compétence subsidiaire qui s'efface devant la compétence du lieu de l'infraction principale.⁽¹⁴²⁾ Or la compétence territoriale en droit français ne s'efface devant aucune autre. Et si l'article 690 admet le jeu de la règle *ne bis in idem* par les prescriptions de l'article 692⁽¹⁴³⁾ (exception de l'autorité de la chose jugée à l'étranger), l'article 693 la réfute catégoriquement, second argument⁽¹⁴⁴⁾ pour exclure toute approche

intervenir la fiction de localisation de l'article 693. N'est pas réputée commise en France la complicité dont un seul acte caractéristique a été commis en France ». Il s'appuie sur deux arguments de texte : d'une part, l'article 690 exige qu'on se soit sur le territoire français rendu complice (ce qui est équivalent à l'expression de l'article 113-5 CPF), ce qui signifie qu'il est nécessaire de réunir en France tous les éléments propres à constituer la complicité. D'autre part, l'article 693 n'établit de fiction de localisation que pour l'infraction et non pour la complicité (Droit pénal international, opt.cit., n° 267). Cette situation est bien différente du cas où la complicité présente des manifestations identiques ou même différentes choisies parmi les modalités diversifiées dont chacune peut parfaitement faire l'objet d'une localisation qui lui est propre. C'est notamment le cas de celui d'une personne qui fournit des instructions en France puis apporte de l'aide à l'étranger. Elle sera en mesure de répondre à ses actes de complicité situés en France, et non de ceux situés à l'étranger (M.-C. Fayard, Art. prec., n° 22). Aucune extension de la compétence à l'égard des faits de complicité situés à l'étranger ne peut être envisagée.⁽¹³⁸⁾ V.B) – de ce paragraphe 1.

⁽¹³⁹⁾ Le terme est emprunté à R. Huet, opt.cit., n° 220, p.182.

⁽¹⁴⁰⁾ R. Legeais, in Mélanges Levasseur, Mélanges offerts à Georges Levasseur, Droit pénal, Droit européen, Litec, 1992, p.558.: « II. Les exceptions au principe de la territorialité (...) A. La complicité (n° 18). Il s'agit là de l'étude de l'article 690 ancien C.proc.pen. ».

⁽¹⁴¹⁾ L'article 692 disposait que : « Dans les cas visés aux articles précédents, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce ».

⁽¹⁴²⁾ A. Fournier, Rep.pen.Dalloz, V. Compétence internationale, opt.cit., n° 141.

⁽¹⁴³⁾ R. Legeais, opt.cit., n° 21 et s. L'auteur, après avoir craint que l'article 690 précité ne devienne « un nouveau signe d'une offensive impérialiste de notre pays en droit international », s'est rassuré ensuite car « l'article 692 permet ainsi de laver le soupçon d'impérialisme que pouvait faire peser sur le législateur l'article 690 ».

⁽¹⁴⁴⁾ D'autres ajoutent l'argument tiré du fait qu'aucun assouplissement de l'application de l'article 693 ancien C.proc.pen. propre à la territorialité de l'infraction ne peut être transposée à la complicité dans cette hypothèse ; l'article 690 ne vaut

territoriale⁽¹⁴⁵⁾.

Il faut aussi constater qu'avec l'entrée en vigueur de l'article 690 ancien CPP et l'admission de la règle *ne bis in idem* pour les faits de complicité, commis par un étranger, ou même par un français, et localisés sur le territoire français, dans le cas où l'infraction principale est commise à l'étranger, la solution n'est pas acceptée pour une infraction principale commise en France par un étranger. Le sort du complice d'une infraction commise à l'étranger est, donc, éminemment favorable à celui d'une infraction commise en France, même si les actes, en les prenant en compte en eux-mêmes, sont, dans les deux cas, identiques. L'explication consistant en ce qu'« on doit admettre que les faits de complicité dans une infraction perpétrée à l'étranger, qui se produisent en France, ne perturbent pas l'ordre public français et ne justifient, par conséquent, en aucune manière, notre droit de juridiction »⁽¹⁴⁶⁾ ne tient donc plus.

Si la mise en place de l'article 690 a réduit, autant qu'elle le pouvait, la zone du non-droit, elle présentait l'avantage de ne pas choisir « entre un conflit de compétence et un autre »⁽¹⁴⁷⁾. En tendant à rétrécir les conflits négatifs, elle a évité d'en créer d'autres positifs. Et pourtant, l'aboutissement de cet équilibre est délicat, puisque pour éviter les premiers tout en ne perdant pas les avantages présentés par les seconds, il faudrait que les autorités étrangères réagissent mais leur action ne devrait pas prendre sa plénitude. La décision définitive étrangère requise par l'article 690 ne doit pas toucher à la complicité commise en France de peur de se heurter à l'autorité négative du jugement étranger.

Et pourtant au cas où complices et auteurs sont poursuivis à l'étranger au titre de la territorialité, et si les complices ayant agi en France sont jugés à l'étranger, puis acquittés, ou si condamnés, ils ont exécuté intégralement leur peine, l'ont prescrite (ou ont, du temps, obtenu leur grâce), l'effet extinctif de la chose jugée à l'étranger constitue un obstacle à toute poursuite ultérieure en France. Si cette orientation aboutit à ce qu'il serait préférable⁽¹⁴⁸⁾ d'extrader les complices étrangers dans les cas où la poursuite des auteurs étrangers se fait à l'étranger, cette possibilité ne s'offre pas quant aux complices français, d'où la nécessité de

que si les actes de complicité sont entièrement localisés sur le territoire français : C. Lombois, *Droit pénal international*, opt.cit., n° 267.

⁽¹⁴⁵⁾D. Brach-Thiel, thèse précitée, n° 220 ; D. Brach-Thiel, *Rep.pen.Dalloz*, V.Compétence internationale, n° 256

⁽¹⁴⁶⁾M.- C. Fayard, *La localisation internationale de l'infraction*, RSC 1968.753, n° 26.

⁽¹⁴⁷⁾D. Brach-Thiel, *Thèse précitée*, n° 222.

⁽¹⁴⁸⁾Si la nouvelle compétence paraît en cette hypothèse comme complémentaire, elle n'est point dénuée de tout intérêt notamment lorsque l'extradition s'avère difficile ou aussi au cas de pluralité de complices, les uns étrangers, les autres français : la non extradition de ces derniers rend opportune la poursuite de l'ensemble en France : A. Fournier, *La répression de la complicité et de ses avatars en droit pénal international*, RSC 2003, p.13, note 31.

la consécration d'un rattachement territorial propre à la complicité.

B)- Un territorialisme textuellement appuyé

Se référant, en premier lieu, comme sous l'empire de l'article 690 C. proc.pén.fr., au fait qu'une localisation partielle de la complicité sur le territoire n'est pas suffisante, l'article 113-5 CPF évoquant la complicité proprement dite commise en territoire français, et affirmant, en second lieu, la primauté de l'initiative étrangère à l'égard de l'infraction principale pour déclencher la compétence de l'article 113-5, la doctrine a conclu à la subsidiarité de la compétence introduite par l'article indiqué. Mais ces indicateurs, quoique fort significatifs, ne relèvent-ils pas plutôt de la nature propre de la complicité qui est au cœur du débat, que de la nature même de la compétence mise en place ?

C'est plutôt de l'acceptation ou non de la règle ne bis in idem qu'il faudrait retenir s'il s'agit d'une territorialité en sous-ordre ou d'un vrai concept territorial, l'absence du jeu de la règle ne bis in idem étant le trait caractéristique de la compétence territoriale.⁽¹⁴⁹⁾

Le complice ayant agi en France et qui a déjà été poursuivi et jugé devant les tribunaux de l'État du lieu de commission du crime ou délit principal est-il recevable à opposer devant les tribunaux français l'effet extinctif du jugement étranger ?

Le point de départ aujourd'hui est l'article 113-9 CPF⁽¹⁵⁰⁾ qui a écarté le cas de la complicité commise en territoire français en édictant la règle de l'effet extinctif de la chose jugée à l'étranger et rétrécissant son domaine « aux cas prévus aux articles 113-6 et 113-7 », à savoir les compétences personnelles active et passive, a écarté ainsi le cas de la complicité territoriale. Le texte est clair et son étendue est restreinte : l'article 113-5 CPF se situe en dehors de sa sphère d'action.

Une lecture littérale du Code aboutit, comme conséquence directe et selon une interprétation par défaut, à rejeter la subsidiarité de la compétence de l'article 113-5 CPF face à la compétence de la loi pénale étrangère du lieu de commission⁽¹⁵¹⁾.

Mais, cette méconnaissance de la règle ne bis in idem ne paraît pas s'harmoniser avec l'exigence d'une décision étrangère concernant l'infraction principale. La doctrine se de-

⁽¹⁴⁹⁾ La Cour de cassation a maintes fois signalé l'incapacité de l'exception de la chose jugée de freiner l'exercice de la compétence territoriale : « L'exception de chose jugée à l'étranger prévue aux articles 113-9 CPF et 692 C.proc.pen. ne saurait faire obstacle à l'exercice de poursuites exercées sur le fondement de la compétence territoriale française » : Cass. crim., 8 juin 2005, Bull.crim., n° 174 ; 26 sept.2007, Bull.crim., n° 224 ; D.2008.1179, note D. Rebut ; Gaz.Pal.2008.1.285, note Pellier ; RSC 2008, p.69, obs. Fortis, et p.360, obs. Finielz.

⁽¹⁵⁰⁾ L'article 113-9 CPF dispose que : « Dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits, et en cas de condamnation que la peine a été subie ou prescrite ».

⁽¹⁵¹⁾ A. Fournier, Rep.International Dalloz, V Compétence pénale, n° 76, Version 1998, cité par D. Thiel, Thèse précitée, n° 230, note 374.

mande s'il est conciliable de priver cette décision étrangère de tout effet négatif alors qu'elle a déjà été dotée d'effet positif.⁽¹⁵²⁾

D'autres conséquences aussi importantes et donnant lieu à des situations iniques et caricaturales peuvent découler du rejet de la règle *ne bis in idem*.

Se conformer à cette interprétation aboutit à donner une solution différente à la complicité territoriale d'infraction extraterritoriale selon que le rattachement se fait «*in personam*» ou «*in rem*», à partir des articles 113-6 et 113-7 CPF, ou, au contraire, de façon propre, par le biais de l'article 113-5 CPF. Dans la première hypothèse, le complice bénéficiera du jeu de la règle *ne bis in idem* et ne se verra puni qu'une seule fois pour son comportement, alors que dans le second cas, le complice pourra être puni plusieurs fois pour l'accomplissement du même acte. La situation sera plus absurde encore dès lors qu'on constate que le rattachement «*in rem*» ou non peut être le fruit du hasard comme c'est d'ailleurs le cas fortuit de la présence d'une victime française.⁽¹⁵³⁾

D'autre part, la non acception du *ne bis in idem* peut apporter solution à certaines réserves que peut soulever l'éventuelle subsidiarité de la compétence française de l'article 113-5. Si les faits de complicité sont impunissables selon la loi étrangère, la double incrimination n'étant plus requise que pour le crime ou le délit principal, les autorités étrangères peuvent recourir à une manipulation pour parachever l'impunité du complice, qu'il relève de leur compétence ou de celle des tribunaux français⁽¹⁵⁴⁾. Désireuses de soustraire à toute répression en France le complice ayant agi sur le territoire français, peut-être dans le souci d'un traitement égal avec les «*complices*» impunissables qui auront œuvré sur leur territoire, les tribunaux étrangers exercent des poursuites de pure complaisance débouchant sur une incontournable relaxe qu'impose la licéité locale de l'acte de complicité, non sans avoir constaté l'existence de l'infraction principale, en satisfaisant aux conditions de l'article 113-5 (mais sans nécessairement prononcer une condamnation du ou des auteurs, éventuellement inconnus ou en fuite). Se réaliserait là, en quelque sorte, au moyen de l'autorité négative attachée à la chose jugée à l'étranger «*fabriquée*» par les intéressés, un détournement offensif au système français : seraient éludées, en amont, toutes poursuites nouvelles devant nos tribunaux du chef d'une complicité établie et caractérisée comme telle selon le territoire français et y est caractérisée. Une compétence exclusive des juridictions françaises apparaît alors comme la seule solution de nature à enrayer pareille manœuvre par laquelle les tribunaux étrangers ne «*veulent pas du complice mais ne le laissent pas aux autres*».

⁽¹⁵²⁾ A. Fournier, La répression de la complicité et de ses avatars, art.prec., RSC 2003, n° 30.

⁽¹⁵³⁾ D. Thiel, thèse précitée, n° 230.

⁽¹⁵⁴⁾ D. Thiel, Rep.International. Dalloz, V. Compétence pénale, n° 70.

Aussi, le sacrifice du *ne bis in idem* s'avère utile lorsqu'intervient la relaxe ou l'acquittement du complice par une décision des tribunaux étrangers, pour insuffisance des preuves, ce qui peut être normal vu la commission de la complicité en territoire français, ouvrant alors la possibilité à mener à bien un véritable procès, mais relançant le débat sur la nécessité de la coopération internationale plus efficace pour mettre fin à ce que des poursuites multiples se déroulent lorsqu'un même complexe de faits se répartit de part et d'autre des frontières. Elle l'est moins lorsque la relaxe est obtenue de la justice étrangère fautive, par cette dernière, de constatation du crime ou délit principal, condition *sine qua non* de la mise en application de l'article 113-5. Si cette décision étrangère fait obstacle à la mise en œuvre des compétences extraterritoriales françaises, lorsque les autres facteurs sont réunis, en invoquant l'exception de la chose jugée à l'étranger, elle le réalise également pour l'article 113-5 CPF, mais pour une autre raison, l'exception de l'incompétence.

La démonstration de ces quelques intérêts attribués au *bis in idem* peut – elle faire pencher la balance en sa faveur, en négligeant le risque de l'excès qu'il introduit ?

L'application de la mise en application du territorialisme prétendu de cette compétence s'étant avérée délicate, la doctrine s'est tournée ailleurs pour rechercher des réponses plus fines ailleurs.

Pour cela, certains auteurs⁽¹⁵⁵⁾ ne se contentent pas de la seule lecture du code pénal. Ils élaborent une interprétation de l'article 113-5 CPF par une analyse combinée des dispositions du code de procédure pénale et de celles du code pénal.

Paragraphe 2: Souci insistant : compétence non exclusive discutée

Si la solution fut jadis confirmée dans le sens du refus de l'admission de la règle *ne bis in idem* pour la complicité en France d'une infraction à l'étranger, elle s'expose à des interprétations fort divergentes allant de l'affirmation de la solution ancienne (A) à l'avis qui lui est diamétralement opposé (B).

A)-Généralisation de la règle *ne bis in idem*

En décelant le caractère à la fois excessif⁽¹⁵⁶⁾, limité –vu qu'un risque d'impunité demeure en cas d'inaction de la justice pénale étrangère- et contradictoire de l'article 113-5 qui introduit un élément de perturbation dans les solutions⁽¹⁵⁷⁾, diriger la boussole vers l'article

⁽¹⁵⁵⁾A. Fournier, Rep.International Dalloz, V. Compétence pénale, opt.cit., n° 76. Il déduit de la négation de la règle *ne bis in idem* qu'il s'agit « d'une authentique compétence territoriale française ».

⁽¹⁵⁶⁾S. Fernandez, Essai sur la distribution des compétences en droit pénal international, thèse précitée, n° 62. Et ceci du fait qu'il n'est pas possible de mettre en application la règle *ne bis in idem*, comme déjà expliqué.

⁽¹⁵⁷⁾Cette contradiction a été aussi détectée par ces termes : « est-il harmonieux de dénier à la décision définitive étrangère tout effet extinctif après l'avoir dotée d'un effet positif ? » A. Fournier, La répression de la complicité et ses avatars, RSC 2003, p.23.

692 du Code de procédure pénale⁽¹⁵⁸⁾ était une astuce envisageable. Et pourtant, inutilité sera l'impression première faite en constatant que l'article 692 est rédigé dans des termes semblables⁽¹⁵⁹⁾ à ceux de l'article 113-9 CPF. Mais à y regarder de près, il consacre, en effet, la règle ne bis in idem pour les cas prévus au chapitre précédent⁽¹⁶⁰⁾. En suivant les points sur la carte ainsi proposée par le législateur, il apparaît que les cas prévus au chapitre précédent (article 689 et suivants) qui figurent sous l'intitulé « De la compétence des juridictions françaises », se réfèrent de manière générale à l'ensemble des causes attributives de compétence à l'ordre répressif français, sans faire de distinction en fonction du titre qui affirme celle-ci. L'article 689 du Code de procédure pénale⁽¹⁶¹⁾, lui-même, renvoie au Livre Ier du Code pénal. La version de l'article 689 C.proc.pen.fr étant la plus récente, il est alors légitime de penser qu'elle représente la volonté du législateur en la matière. La déduction a contrario à partir de l'article 113-9 en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994, faute de précision dans les domaines autres que ceux des articles 113-6 et 113-7, est alors mise en échec par la généralisation introduite par l'innovation de l'article 689 modifié par la loi n° 99-515 du 13 juin 1999⁽¹⁶²⁾. Il devrait y avoir, en principe, une généralisation de la règle ne bis in idem pour tous les complices en France des infractions extraterritoriales.⁽¹⁶³⁾ Les auteurs considèrent alors que « de manière aussi simple qu'efficace, dès qu'une infraction principale commise à l'étranger relève de la loi française, les tribunaux français sont compétents pour juger non seulement son auteur mais aussi son complice, quelle que soit la nationalité et le lieu où il a agi ». ⁽¹⁶⁴⁾

B)- Généralisation critiquée

Très vite, la généralisation fut mal accueillie. La séquence des renvois ci-dessus s'est avérée inaboutie. Les dispositions du livre premier susvisé rassemblent les compétences territoriale,

⁽¹⁵⁸⁾ L'article 692 du Code de procédure pénale dispose que : « Dans les cas prévus au chapitre précédent, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ».

⁽¹⁵⁹⁾ D. Thiel, Thèse précitée, n° 232.

⁽¹⁶⁰⁾ A savoir le chapitre Ier « De la compétence des juridictions françaises » qui comprend les articles 689 à 689-12 C.proc. pen.fr.

⁽¹⁶¹⁾ L'article 689 C.proc.pen.fr dispose que : « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ». (Version en vigueur à partir du 10 décembre 2009).

⁽¹⁶²⁾ La version en vigueur aujourd'hui n'affecte pas l'objet de notre étude, mais introduit une simple touche à la matière en droit européen.

⁽¹⁶³⁾ A. Huet et R. Koering-Joulin, Droit pénal international, opt.cit, p.257 et 258; A. Huet et R. Koering-Joulin, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Infractions commises à l'étranger, J.-Cl. International, fasc.403.20, opt.cit., n°7.

⁽¹⁶⁴⁾ A. Huet et R. Koering-Joulin, Droit pénal international, opt.cit, p.257 et 258.

personnelle active et personnelle passive, réelle ainsi que quelques hypothèses de compétence universelle. De ce constat, ces mêmes auteurs se sont vite rendus compte de l'inadéquation de la plénitude de la généralisation qu'ils proposent, en constatant que certaines infractions commises à l'étranger ne donnent pas lieu à l'application du *ne bis in idem*,⁽¹⁶⁵⁾ en visant particulièrement les infractions que l'article 113-10 CPF soumet à la compétence réelle⁽¹⁶⁶⁾. La généralisation de la règle *ne bis in idem* ne peut que trahir la volonté du législateur.

Cette constatation, qui s'est présentée sous forme d'auto-critique, s'est aussi manifestée chez un autre auteur⁽¹⁶⁷⁾ qui, même au-delà de tout essai de la déduction de la volonté du législateur, a signalé, cette fois, « une erreur de rédaction de l'article 692 » qui se réfère à l'article 689 qui, pour sa part, n'exclut pas la compétence réelle, déduite d'une interprétation des deux articles 113-9 et 113-11, ce dernier excluant la compétence réelle. La seconde combinaison reflétant la position réelle du législateur (articles 113-9 et 113-11), rien ne peut justifier la situation paradoxale à laquelle aboutit la première combinaison qu'une erreur de rédaction (689 et 692).

Dans le même contexte, une autre réserve peut être signalée quant au contenu même de l'article 689. Le texte s'adresse aux « infractions commises hors du territoire de la République », tout en se référant « aux dispositions du Livre premier du Code pénal ». Les infractions commises sur le territoire entrent-elles dans le champ d'application de ce texte (sous cette catégorie l'article 113-5 est classé par le législateur lui-même) et relèvent-elles de l'article 692 nouveau ?⁽¹⁶⁸⁾ Il est permis d'en douter. Le législateur, une fois encore, ne peut, à tel point, se contredire.

Une autre erreur de rédaction a été signalée, mais, cette fois, en termes de proposition de correction⁽¹⁶⁹⁾. La doctrine suppose que l'article 113-9 CPF a fait l'objet d'une simple erreur de rédaction due à l'oubli par le législateur de viser à l'article 113-9 CPF l'article 113-5 CPF qui précède immédiatement les articles 113-6 et 113-7 qui ont été visés par l'article 113-9.⁽¹⁷⁰⁾

L'auteur avance à l'appui de l'erreur probable l'argument tiré de l'emplacement des articles

⁽¹⁶⁵⁾A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, opt.cit., spec.n° 153.

⁽¹⁶⁶⁾D'autres auteurs l'ont fait aussi en décelant les failles de cette généralisation qui présente « une consécration générale et systématique du principe *ne bis in idem* pour toute compétence extraterritoriale » ce qui semble peu en adéquation avec la volonté du législateur : A. Fournier, *Rep.pénal Dalloz*, V. Compétence internationale, version 1998, n° 192, cité par D. Thiel, Thèse précitée, n° 234, note 384.

⁽¹⁶⁷⁾Pour M. Massé : « Une erreur de rédaction jette toutefois un doute sur la portée de cette exception. Dans le code pénal, la place et le texte même de l'article 113-9 ainsi que le renvoi déjà signalé à cette disposition par l'article 113-11 excluent manifestement la compétence réelle (art.113-10) de son domaine d'application. Mais la rédaction de l'article 692 du code de procédure pénale est ambiguë en ce qu'elle énonce la règle pour l'ensemble des « cas prévus au chapitre précédent »

⁽¹⁶⁸⁾M.Massé, *La compétence française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du NCP*, RSC 199.856, n° 21.

⁽¹⁶⁹⁾D.Thiel, Thèse précitée, n° 234.

⁽¹⁷⁰⁾D.Thiel, Thèse précitée, n° 234.

113-9 et 113-8 respectivement qui a probablement conduit à une certaine reproduction hâtive et malencontreusement mécanique. En effet, les conditions d'exercice qu'exigent l'article 113-8 CPF, en termes de particularités procédurales,⁽¹⁷¹⁾ ont un domaine bien précis, celui des articles 113-6 et 113-7 et ne concernent pas celui de l'article 113-5 CPF⁽¹⁷²⁾. Il considère comme possible le manque de vigilance de la part du législateur qui n'avait pas pris le soin de ne pas reproduire le même raisonnement dans un domaine beaucoup plus sensible- celui de la chose jugée à l'étranger- pour les mêmes hypothèses (articles 113-6 et 113-7 CPF)- en laissant tomber l'article 113-5 qui est placé en contrebas. Une réaction du législateur pour se corriger à ce niveau est bien attendue.

⁽¹⁷¹⁾L'accès à la justice pénale est réduit dans les délits, tant pour la victime qui ne peut déclencher les poursuites que par le ministère public, que pour le parquet qui ne peut procéder que sur plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis.

⁽¹⁷²⁾A. Huet et R. Koering-Joulin, J.-Cl., Fasc.403-20, opt.cit., n° 8 ; A. Fournier, art.prec., RSC 2003, p. 23