



COMMISSION D'INSTRUCTION

DE LA

COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE

ARRÊT

portant renvoi devant la Cour de justice de la République

Prononcé au siège de la Cour de justice de la République, 21 rue de Constantine, à Paris 7^{ème}, en chambre du conseil, le 17 décembre 2015 ;

Dans l'information suivie à l'égard de :

LAGARDE Née LALLOUETTE Christine, Madeleine, Odette

Née le 1^{er} janvier 1956 à Paris (9^{ème})

Directrice générale du Fonds monétaire international

Ancien membre du Gouvernement

Demeurant : En France : ~~120 rue de la Harpe, 75013 PARIS~~

Aux États-Unis : 1 ~~770 Avenue de la République, 10014 WASHINGTON D.C. (USA)~~

Et ayant déclaré son adresse chez M^r Yves REPIQUET, ~~87 rue de~~
Kléber - 75016 PARIS

Ayant pour avocat, M^r Yves REPIQUET, M^r Bernard GRELON et
M^r Grégoire BERTROU,

Mise en examen le 26 août 2014 pour détournement de fonds publics
résultant de sa négligence et commis par un tiers,

Faits prévus et réprimés par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal ;

Réquisitoire introductif du 16 août 2011 (D77) ;

Interrogatoire de première comparution du 23 mai 2013 (D945) ;

COMPOSITION DE LA COMMISSION

Lors des débats, du délibéré et du prononcé de l'arrêt : **Mme Claude NOCQUET**, président, **M. Jean-Pierre ZANOTO** et **Mme Janine DRAI**, membres titulaires, tous trois désignés conformément à l'article 11 de la loi organique du 23 novembre 1993 ;

GREFFIER :

lors des débats et du prononcé de l'arrêt : **Mme Annick BAILLOT**, adjoint administratif principal faisant fonction de greffier ;

MINISTÈRE PUBLIC :

lors des débats et du prononcé de l'arrêt : **M. Philippe LAGAUCHE**, avocat général ;

DÉBATS :

A l'audience tenue en chambre du conseil, le 27 novembre 2015, à 13 heures 30, ont été entendus :

Mme Claude NOCQUET, président de la commission d'instruction, en son rapport,
M. Philippe LAGAUCHE, avocat général, ministère public, en ses réquisitions,
M^r Bernard GRELON et **M^r Yves REPIQUET**, avocats, en leurs observations ;

Les avocats de la personne mise en examen ayant eu la parole en dernier ;

L'affaire a été mise en délibéré, l'arrêt devant être rendu le 17 décembre 2015, date à laquelle le président en a donné lecture ;

Plan**I Le contexte de l'affaire****1.1 L'achat et la revente d'Adidas par B. Tapie****1.2 Les contentieux judiciaires en découlant****1.2.1 Les procédures civiles et commerciales**

- 1.2.1.1 *Une procédure en exécution forcée du protocole*
- 1.2.1.2 *La mise en liquidation judiciaire du groupe Tapie et de M. et Mme Tapie*
- 1.2.1.3 *Une procédure en responsabilité civile dirigée contre le Crédit lyonnais*
- 1.2.1.4 *Une procédure en responsabilité civile à l'initiative de la société CEDP*
- 1.2.1.5 *L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005*
- 1.2.1.6 *L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 octobre 2006*
- 1.2.1.7 *L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2015 ordonnant la rétractation des sentences arbitrales*

1.2.2 Les procédures pénales

- 1.2.2.1 *La procédure consécutive à l'ouverture des liquidations judiciaires*
- 1.2.2.2 *La procédure relative à l'arbitrage*

1.3 La mise en place de structures de cantonnement**1.3.1 l'EPFR****1.3.2 Le CDR****II La recherche d'une solution négociée****2.1 Une tentative de médiation en octobre 2004****2.2 La consultation d'un comité des sages en 2005**

III Le recours à l'arbitrage**3.1 Les prémices**

3.1.1 *Le changement de président à la tête du CDR et de l'EPFR*

3.1.2 *Le remplacement de Me Martel par Me August*

3.1.3 *La première proposition d'arbitrage des liquidateurs du 30 janvier 2007*

3.1.4 *La réunion du 30 juillet 2007 à l'Élysée*

3.1.5 *La seconde proposition d'arbitrage des liquidateurs du 1^{er} août 2007*

3.2 La décision d'entrer en arbitrage

3.2.1 *La réunion du 11 septembre 2007 dans le bureau de M. Richard*

3.2.2 *L'évolution du contenu du compromis d'arbitrage à propos du préjudice moral des époux Tapie*

3.3 Le choix et la désignation des arbitres**IV La mise à l'écart du Crédit lyonnais de la procédure d'arbitrage**

4.1 *L'opposition des liquidateurs et du CDR à la participation du Crédit lyonnais à la procédure d'arbitrage*

4.2 *Les conséquences de l'exclusion du Crédit lyonnais*

4.3 *La condition de la contribution forfaitaire du Crédit lyonnais*

V La renonciation à l'exercice d'un recours en annulation de la sentence arbitrale

5.1 *Les éléments sur la faisabilité et les perspectives d'un recours en annulation*

5.2 *Les circonstances dans lesquelles la ministre a décidé de ne pas faire exercer de recours en annulation*

VI Un bilan nettement déséquilibré**6.1 Un coût total élevé pour l'État****6.2 Un traitement fiscal avantageux pour B. Tapie****6.2.1 Des annonces prometteuses****6.2.2 Une réalité tout autre****6.3 L'abandon des poursuites pénales pour banqueroute à la suite de la révision des décisions ouvrant les procédures collectives de M. Tapie et de ses sociétés****VII L'appréciation de la responsabilité de Mme Lagarde****7.1 Sur l'entrée en arbitrage****7.1.1 Les éléments à décharge**

7.1.1.1 *Une nomination en qualité de ministre postérieure à un certain nombre d'événements préparant l'arbitrage*

7.1.1.2 *Une absence de relations personnelles avec les acteurs du dossier*

7.1.1.3 *Une absence d'intervention dans le choix des arbitres*

7.1.2 Les éléments à charge

7.1.2.1 *Les circonstances dans lesquelles a été prise la décision d'entrer en arbitrage*

Une décision mal préparée

Une décision mal encadrée

Une décision malvenue

L'avis contraire et répété de l'APE

7.1.2.2 *La nomination de M. Scemama*

7.1.2.3 *Un dossier sensible, conduit directement par le ministre et le directeur de cabinet*

7.1.2.4 Les instructions écrites données par Mme Lagarde

* L'instruction du 10 octobre 2007

* L'instruction du 23 octobre 2007

7.2 Sur la renonciation à l'exercice d'un recours en annulation de la sentence arbitrale**7.2.1 Les éléments à décharge**

7.2.1.1 Une culture différente

7.2.1.2 L'existence d'une contrepartie

7.2.1.3 La formulation d'avis divergents

7.2.2 Les éléments à charge

7.2.2.1 L'existence d'un moyen sérieux d'annulation

7.2.2.2 Une décision précipitée

7.2.2.3 Une étude préalable insuffisante

7.2.2.4 Un processus décisionnel unilatéral et refermé sur lui-même

*La réunion du 20 juillet 2008

*Les modalités de recueil des avis

*La confirmation du choix initial

VIII La qualification pénale des faits reprochés à Mme Lagarde**8.1 Sur la disposition des fonds****8.2 Sur les fautes de négligence**

8.2.1 La relation directe entre les négligences et le dommage

8.2.2 La qualification de "faute caractérisée"

IX Le renvoi de Mme Lagarde devant la Cour de justice de la République

I Le contexte de l'affaire

1.1 L'achat et la revente d'Adidas par M. Tapie

Il résulte des éléments de la procédure que M. Tapie et son épouse ont organisé leurs activités professionnelles et leur patrimoine autour de deux sociétés en nom collectif dont ils étaient les seuls associés :

- la société Financière et Immobilière Bernard Tapie (la société FIBT), regroupant les actifs patrimoniaux des époux Tapie,

- la société Groupe Bernard Tapie (la société GBT), actionnaire majoritaire de la société anonyme Bernard Tapie Finance (la société BTF), société alors cotée au second marché, elle-même détentrice des participations industrielles du groupe.

La société BTF a détenu, de juillet 1990 à février 1993, par l'intermédiaire de la société de droit allemand BTF GmbH, la majorité du capital de la société Adidas. Cette acquisition, effectuée au prix de 1,386 milliard de francs (211 millions d'euros), sans aucun apport de fonds propres de la part des sociétés du groupe Tapie, a été entièrement financée par des crédits bancaires, dont 30 % octroyés par la SDBO, filiale du Crédit lyonnais. Il s'agissait de prêts à court terme, remboursables en deux échéances fixées en août 1991 et décembre 1992 et garantis par le nantissement des titres Adidas acquis par la société BTF GmbH.

Au moment de son rachat, la société Adidas rencontrait des difficultés qui rendaient nécessaire pour sa survie une restructuration significative, raison pour laquelle M. Tapie avait annoncé publiquement sa volonté d'y investir un milliard de francs (150 millions d'euros), promesse qui n'a pas été tenue.

A l'approche de la première échéance de remboursement du prêt, prévue en août 1991, et pour y faire face, M. Tapie a procédé, en accord avec ses créanciers, à la restructuration du capital de la société BTF GmbH : une partie de celui-ci a été cédée, d'une part, à un consortium composé de Clinvest (filiale du Crédit lyonnais), des AGF et de l'UAP, à hauteur de 19,95 %, d'autre part, au groupe britannique Pentland, concurrent d'Adidas, à hauteur de 20,05 %.

Les mauvais résultats de la société BTF pour l'exercice 1991 ont conduit ses commissaires aux comptes à déclencher, le 30 mars 1992, une première procédure d'alerte, et M. Tapie à rechercher un repreneur pour tout ou partie de sa participation dans la société Adidas. Un accord a été signé avec la société Pentland début juillet 1992, sous réserve d'un audit des comptes de la société Adidas, qui continuaient de se dégrader. Les résultats de cet audit ont amené la société Pentland à renoncer à l'acquisition en octobre 1992, ce qui a entraîné l'engagement, le 4 novembre 1992, par les commissaires aux comptes de la société BTF, d'une seconde procédure d'alerte.

C'est dans ce contexte de grande fragilisation des sociétés BTF et Adidas que M. Tapie a pris la décision de racheter, fin novembre 1992, grâce à un nouveau prêt

de la SDBO, la participation de la société Pentland dans la société BTF GmbH, pour un montant de 502 millions de francs (95,7 millions d'euros), ce qui valorisait Adidas à 2,78 milliards de francs (423 millions d'euros).

Ne pouvant rembourser la seconde échéance de décembre 1992, M. Tapie a, le 16 décembre 1992, donné mandat à la SDBO de céder sa participation dans la société BTF GmbH, avant le 15 février 1993, pour le prix de 2,085 milliards de francs (318 millions d'euros). Ce prix, fixé par M. Tapie pour 78 % du capital, valorisait la société Adidas à 2,673 milliards de francs, soit un montant comparable à ceux retenus dans les négociations entre les sociétés Pentland et BTF au cours de l'été 1992 et lors du rachat, fin novembre 1992, par la société BTF des 20,05 % détenus par la société Pentland dans la société BTF GmbH.

La vente d'Adidas est intervenue le 12 février 1993, pour le prix convenu, au profit d'un groupe d'investisseurs financiers comprenant notamment la société Clinvest, déjà actionnaire d'Adidas à hauteur de 10 % et la société Rice SA, contrôlée par M. Louis-Dreyfus. Le financement du rachat d'Adidas a été assuré par le Crédit lyonnais à l'aide de prêts dits à "recours limités" remboursables au 31 décembre 1997. Dans ce type de contrats de prêt, le prêteur supporte les risques de l'opération s'il n'y a pas de remboursement de la part de l'emprunteur. En contrepartie, il est intéressé aux plus-values en cas de succès.

Le jour du rachat d'Adidas, les actionnaires ont consenti à la société Rice une promesse unilatérale de vente de leurs participations, valable jusqu'au 31 décembre 1994. Le prix correspondant à cette option d'achat que la société Rice était libre d'exercer ou non en fonction des résultats d'Adidas a été fixé à la somme de 3,67 milliards de francs (573 millions d'euros), correspondant à une valorisation d'Adidas de 4,65 milliards de francs (709 millions d'euros). Enfin, dans le même temps, l'ensemble des nouveaux actionnaires d'Adidas ont décidé d'une augmentation du capital de la société pour une valeur de 520 millions de francs (79 millions d'euros).

M. Louis-Dreyfus a pris le contrôle d'Adidas le 22 décembre 1994 en levant l'option et le Crédit lyonnais a été remboursé des prêts consentis puis a perçu, en outre, en rémunération des risques pris, sa part sur les plus-values réalisées.

1.2 Les contentieux judiciaires en découlant

1.2.1 Les procédures civiles et commerciales

Le 13 mars 1994, les époux Tapie ont conclu avec le Crédit lyonnais, lui-même se portant fort pour la SDBO, un protocole ayant pour objet de mettre fin à leurs relations bancaires en soldant les comptes : la banque s'est engagée à effacer le passif des époux Tapie à son égard en contrepartie de l'apport, par eux, de tous les actifs qu'ils détenaient.

Ce protocole, qui accordait à M. Tapie un délai de quatre ans pour vendre les actifs industriels de son groupe, a été conclu notamment sous la condition suspensive que la valeur du mobilier que les époux Tapie donnaient en gage à la banque fût confirmée par une expertise. Cette expertise n'ayant pas été produite, il a été dénoncé

par le Crédit lyonnais le 17 mai 1994 et la banque a exigé le remboursement de l'ensemble des prêts accordés au groupe.

A partir de là, plusieurs actions judiciaires ont été engagées.

1.2.1.1 *Une procédure en exécution forcée du protocole*

Une procédure en exécution forcée du protocole a été engagée le 30 mai 1994 par les époux Tapie et leurs sociétés contre le Crédit lyonnais et la SDBO.

Par jugement du 23 novembre 1994, le tribunal de grande instance de Paris a constaté la caducité du protocole, faute de réalisation de la condition suspensive à laquelle il était subordonné, et condamné solidairement la société GBT et les époux Tapie à payer à la SDBO diverses sommes représentant le montant exigible de prêts consentis à la société GBT, soit 237 et 67 millions de francs (36 et 10 millions d'euros) (D129).

Par arrêt du 23 janvier 1998, la cour d'appel de Paris a déclaré l'appel des époux Tapie irrecevable et renvoyé, pour le surplus, l'affaire à la mise en état pour conclusions des parties. Puis, par arrêt du 19 février 1999, elle a confirmé la décision du 23 novembre 1994, en ce qu'elle avait constaté la caducité du protocole.

1.2.1.2 *La mise en liquidation judiciaire du groupe Tapie et de M. et Mme Tapie*

Compte tenu de leur impossibilité à faire face à leurs engagements, les sociétés du groupe Tapie ont été mises en redressement judiciaire le 30 novembre 1994, puis en liquidation judiciaire. Seule BTF, devenue la Compagnie Européenne de Distribution et de Pesage (CEDP), a fait l'objet d'un plan de continuation, dans le cadre duquel la SDBO s'est fait attribuer préférentiellement les actions de cette société, sur lesquelles elle disposait d'un nantissement.

M. et Mme Tapie ont eux-mêmes été mis en liquidation judiciaire le 23 janvier 1995.

La confusion des patrimoines des différentes entités mises en liquidation judiciaire a été ordonnée le 31 mai 1995.

A la suite des sentences du tribunal arbitral des 7 juillet et 27 novembre 2008, le tribunal de commerce de Paris a, par jugements des 6 mai et 2 décembre 2009, prononcé la révision des jugements d'ouverture de redressement judiciaire des sociétés du groupe Tapie et des époux Tapie.

1.2.1.3 *Une procédure en responsabilité civile dirigée contre le Crédit lyonnais*

Une procédure en responsabilité civile a été engagée en mars 1996 par les liquidateurs des sociétés du groupe Tapie contre le Crédit lyonnais, la SDBO et la société Clinvest. Les liquidateurs invoquaient un soutien abusif des banques et faisaient valoir qu'un "accord secret de revente au double" avait été frauduleusement conclu dès

CJR cote D3248/10

le mois de décembre 1992 entre le Crédit lyonnais et M. Louis-Dreyfus pour organiser la captation de la plus-value procurée par l'opération Adidas, outre des fautes commises dans l'exécution du mandat de vente du 16 décembre 1992.

Par jugement du 7 novembre 1996, le tribunal de commerce de Paris a notamment :

- estimé que la SDBO avait eu un comportement condamnable en prenant pour elle-même et les créanciers du groupe Tapie des risques excessifs,
- sursis à statuer dans l'attente de procédures pénales en cours,
- condamné la SDBO à payer aux liquidateurs, à titre de provision, une somme de 600 millions de francs,
- ordonné une mesure d'expertise aux fins de déterminer le rôle des banques, notamment, dans la cession de la société Adidas (D130).

Par arrêt du 23 janvier 1998, la cour d'appel a :

- confirmé le jugement en ce qu'il avait déclaré les liquidateurs recevables à agir en responsabilité contre les trois établissements de crédit "sous réserve de l'examen, à l'occasion des questions de fond, de leur droit de demander une indemnisation fondée sur le comportement des banques à l'égard de la SNC GBT en tant que société mère de la société BTF",
- sursis à statuer sur leurs diverses demandes jusqu'à l'issue des procédures pénales en cours,
- infirmé la mesure d'expertise, jugée inutile en l'état des éléments de preuve figurant déjà à la procédure pénale.

Par deux arrêts des 25 juin 1999 et 28 juin 2002, la cour d'appel a maintenu le sursis à statuer jusqu'au prononcé d'une décision pénale définitive.

Puis, par arrêt du 12 novembre 2004, elle a ordonné une médiation, confiée au procureur général honoraire près la Cour de cassation, M. Burgelin, laquelle a échoué.

1.2.1.4 Une procédure en responsabilité civile à l'initiative de la société CEDP

Parallèlement, une procédure en responsabilité civile a été introduite par le mandataire ad hoc de la société CEDP, désigné à cet effet à la demande des actionnaires minoritaires, contre le CDR Créances, venant aux droits de la SDBO, la société CDR Participations, venant aux droits de la société Clinvest, et le Crédit lyonnais.

Par jugement du 22 juin 1999, le tribunal de commerce de Paris a accueilli l'exception de connexité et renvoyé la cause devant la cour d'appel de Paris saisie de l'appel des autres jugements.

1.2.1.5 *L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005*

A la suite de l'échec de la médiation, la cour d'appel a, par arrêt du 30 septembre 2005, notamment jugé que les sociétés du groupe Crédit lyonnais avaient failli à leurs obligations de mandataires en se portant acquéreurs, par personnes interposées, des participations qu'elles étaient chargées de vendre et avaient manqué de loyauté envers leur mandant en ne l'informant pas des négociations en cours avec M. Louis-Dreyfus et en ne lui proposant pas les prêts à recours limités octroyés aux cessionnaires, fautes qui avaient fait perdre au groupe Tapie une chance de réaliser un gain.

Appréciant ce préjudice au regard des conditions des prêts à recours limités, la cour d'appel a condamné la SDBO et le Crédit lyonnais à payer aux liquidateurs une indemnité de 135 millions d'euros égale, selon son calcul, au tiers de la différence existant entre le prix qui aurait pu être obtenu en décembre 1994 et celui perçu en février 1993, réservant sa décision quant à la réparation éventuelle du préjudice consécutif à la mise en liquidation judiciaire des entités du groupe Tapie et à l'incidence fiscale de sa décision, et fixant la réparation du préjudice moral à la somme de un euro (D8-5, D111). Cette décision a fait l'objet d'un arrêt rectificatif d'erreurs matérielles, prononcé le 28 avril 2006, ayant eu notamment pour effet de porter à 145 millions d'euros l'indemnité initialement fixée à 135 millions d'euros.

Les deux arrêts ont fait l'objet de pourvois en cassation de la part du CDR et du Crédit lyonnais.

1.2.1.6 *L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 octobre 2006*

Par arrêt rendu en Assemblée plénière le 9 octobre 2006, la Cour de cassation a partiellement cassé l'arrêt du 30 septembre 2005 et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris, jugeant notamment :

"Vu les articles 1134 et 1165 du code civil ;

Attendu que pour retenir la responsabilité du Crédit lyonnais, l'arrêt retient que, bien qu'il n'ait pas été signataire du mandat ni d'aucune des conventions souscrites avec les sociétés GBT, FIBT et BTF SA en décembre 1992, cet établissement, qui s'était activement impliqué dans la conception et l'exécution de ces accords, notamment en consentant et en organisant les financements nécessaires au montage imaginé avec les coacquéreurs des participations Adidas, et qui avait même accepté de rendre compte de son action devant la presse et la commission d'enquête parlementaire chargée d'analyser l'opération, était obligé par le mandat ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que les mandataires liquidateurs, qui fondaient leur action sur des manquements aux articles 1116, 1134, 1596, 1991 et 1992 du code civil, avaient choisi d'agir sur le seul terrain contractuel, que les sociétés GBT, FIBT et BTF SA n'avaient traité, pour l'opération considérée, qu'avec la seule SDBO, personne morale distincte dont il n'était prétendu ni qu'elle aurait été fictive ni que son patrimoine se serait confondu avec celui de sa maison mère, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à faire

apparaître que l'immixtion du Crédit lyonnais dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale avait été de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à leur permettre de croire légitimement que cet établissement était aussi leur cocontractant, ce dont elle aurait alors pu déduire que ce dernier était obligé par un mandat auquel il n'avait pas été partie, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Vu les articles 1134 et 1147 du code civil ;

Attendu que pour retenir la responsabilité du CDR créances et du Crédit lyonnais, l'arrêt retient que le groupe Crédit lyonnais avait manqué à ses obligations de banquier mandataire en s'abstenant de proposer au groupe Tapie le financement constitué par les prêts à recours limité qu'il avait octroyés à certains des cessionnaires des participations litigieuses ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il n'entre pas dans la mission du mandataire de financer l'opération pour laquelle il s'entremet et que, hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire, la cour d'appel a violé les textes susvisés..." (D17-7).

1.2.1.7 L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2015 ordonnant la rétractation des sentences arbitrales

Par arrêt du 17 février 2015, la cour d'appel de Paris a accueilli le recours en révision introduit par le CDR, considérant qu'il s'agissait d'un arbitrage interne. Elle a ordonné la rétractation des sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008 en raison de la fraude qui les entachait.

Un pourvoi en cassation a été formé contre cette décision, mais, celui-ci n'étant pas suspensif, la cour d'appel a examiné le fond du litige à l'audience du 29 septembre 2015.

1.2.2 Les procédures pénales

1.2.2.1 La procédure consécutive à l'ouverture des liquidations judiciaires

Les poursuites pénales qui ont retardé le cours des procédures civiles sont celles engagées contre M. Tapie et les directeurs généraux successifs de la SDBO des chefs de banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds et par augmentation frauduleuse du passif du débiteur, ainsi que de complicité de ces délits. L'information judiciaire a été clôturée le 20 mars 2003 par une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel de Paris.

Par jugement du 2 avril 2010, M. Tapie et les autres personnes poursuivies ont été relaxés dans les conditions précisées ci-dessous (6.3).

1.2.2.2 La procédure relative à l'arbitrage

Une information judiciaire est en cours au tribunal de grande instance de Paris. Sur réquisitoires introductif en date du 18 septembre 2012, des chefs d'usage abusif de pouvoirs sociaux et recel, supplétif du 23 janvier 2013, des chefs de faux par simulation d'acte, détournement de fonds public, complicité et recel, supplétif du 29 mai 2013 du chef d'escroquerie en bande organisée, les juges d'instruction, après avoir mis en examen MM.Tapie, Scemama, Richard, Rocchi, Lantourne et Estoup des chefs d'escroquerie en bande organisée et, pour ce dernier, de faux en écriture privée, ont, du 6 mai au 29 juin 2015, mis en examen supplétivement :

- M.Tapie du chef de détournement de fonds publics pour avoir à Paris, entre 2007 et 2009, détourné des fonds publics, en l'espèce la somme d'environ 403 millions d'euros octroyée indûment par le tribunal arbitral aux liquidateurs du groupe Tapie et aux époux Tapie au terme d'un arbitrage frauduleux,

- M.Scemama, en sa qualité de président de l'EPFR, M.Richard, en sa qualité de directeur de cabinet de la ministre de l'économie et des finances, M.Rocchi, en sa qualité de président du CDR, M.Estoup en sa qualité de membre du tribunal arbitral et Me Lantourne, en sa qualité d'avocat de M.et Mme Tapie, du chef de complicité du détournement de fonds publics reproché à M.Tapie.

1.3 La mise en place de structures de cantonnement

A la suite des difficultés financières rencontrées par le Crédit lyonnais au début des années 1990, une opération de cantonnement de ses actifs à risque ou compromis, dite de "défaillance", a été organisée par un protocole signé le 5 avril 1995 entre l'État et la banque, complété par la loi du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'État dans le redressement du Crédit lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs et par son décret d'application du 22 décembre 1995.

Ce dispositif a prévu la mise en place de deux organismes : l'Établissement public de financement et de restructuration (EPFR) et le Consortium de réalisation (CDR).

1.3.1 L'EPFR

Il s'agit d'un établissement public administratif national, dont la mission est de veiller au respect des intérêts de l'État dans le cadre du plan de redressement du Crédit lyonnais. Il est placé sous la tutelle du ministre de l'économie et des finances et administré par un conseil de cinq membres : un président nommé par décret et désigné "en raison de sa compétence économique et financière", deux représentants de l'État issus des services du Trésor et du Budget et deux parlementaires désignés par chacune des Assemblées.

Grâce au prêt qu'il a souscrit auprès du Crédit lyonnais, l'EPFR assure le financement du CDR. Il est remboursé par ce dernier après réalisation des actifs repris au Crédit lyonnais et sous réserve des bénéfices réalisés.

Entre 2007 et 2008, deux présidents se sont succédé à la tête de l'établissement, MM. Schneider et Scemama. Les autres membres du conseil d'administration étaient :

- en qualité de représentants de l'État, en 2007, M. Wendling et M. Leclercq, ce dernier ayant été remplacé par M. Aubouin à partir de juin 2008,
- en qualité de parlementaires, MM. de Courson et du Luart.

1.3.2 Le CDR

Le CDR est une société commerciale de droit privé, créée sous la forme d'une société par action simplifiée, n'ayant qu'un seul associé. Il a été une filiale du Crédit lyonnais jusqu'à la privatisation de la banque intervenue en 1999. A partir de cette date, l'EPFR est devenu l'unique actionnaire de la société de cantonnement.

Entre 2007 et 2009, le CDR a été organisé autour d'une holding et de trois filiales : CDR créances, CDR immobilier et CDR entreprises. CDR créances a notamment été constitué à partir de la SDBO.

L'objet du CDR est de liquider les actifs et passifs compromis cédés par le Crédit lyonnais. En outre, un protocole du 5 avril 1995 a prévu que le CDR donnerait des garanties au Crédit lyonnais, couvrant les conséquences pouvant découler des participations que celui-ci a cédées au CDR, ainsi que les coûts futurs et les conséquences éventuelles de certaines procédures contentieuses liées aux actifs ou aux créances garantis par le CDR, identifiés sous l'appellation de "risques non chiffrables" ou RNC. Parmi ces risques, figure le dossier Adidas.

Lors de la privatisation du Crédit lyonnais, le ministre de l'économie et des finances a, par lettres du 17 mars 1999, précisé à propos du dossier Adidas que le CDR assumerait la charge des conséquences financières éventuelles des actions engagées par les liquidateurs du groupe Tapie, sous réserve de la contribution forfaitaire que le Crédit lyonnais avait accepté d'apporter au titre du dédommagement du CDR en cas de condamnation, à concurrence de 12 millions d'euros, ou, si celle-ci était inférieure, d'un montant équivalent.

En application du contrat d'assistance signé le 8 avril 2005, la Caisse des dépôts et consignations assure la gestion administrative et opérationnelle du CDR, celui-ci conservant la maîtrise des dossiers de contentieux majeurs, parmi lesquels la procédure d'arbitrage des litiges relatifs au dossier Tapie-Adidas.

Entre 2007 et 2009, deux présidents se sont succédé à la tête de la société, MM. Aubert et Rocchi. Les membres du conseil d'administration étaient le président de l'EPFR, M. Floquet, M. Gavois et, jusqu'au 28 juillet 2008, M. Peugeot.

II La recherche d'une solution négociée

Le prolongement des procédures civiles opposant les époux Tapie et les sociétés de leur groupe au Crédit lyonnais, à la SDBO et au CDR, rendu nécessaire, comme on vient de le voir (1.2.2), par l'existence de poursuites pénales parallèles dont l'issue pouvait éclairer le juge civil, a conduit M. Tapie à rechercher une solution négociée mettant un terme à l'ensemble des contentieux.

CJR cote D3248/15

Deux tentatives ont ainsi vu le jour en 2004 et 2005.

2.1 Une tentative de médiation en octobre 2004

A une date indéterminée se situant au début de l'été 2004, M. Nadal, à l'époque procureur général près la cour d'appel de Paris, a été sollicité pour établir une synthèse de la procédure commerciale pendante devant la cour d'appel tout en évaluant la faisabilité et l'opportunité d'une médiation judiciaire concernant les différents contentieux judiciaires en cours, si celle-ci venait à être proposée par les parties (D2959, D3025).

C'est dans ces conditions que Mme Houlette, alors substitut général, a rédigé la note, datée du 11 juillet 2004, dans laquelle elle écrivait notamment qu'une *"solution négociée offrirait indubitablement à l'État l'avantage d'une maîtrise des risques, en termes financiers et d'image"*, tout en précisant que *"le recours à un processus amiable suppose l'établissement de règles du jeu extrêmement claires et leur respect par les parties en cause"*. Elle s'interrogeait également sur le devenir des poursuites pénales en cours concernant M. Tapie, observant, d'une part, que leur caractère d'ordre public était difficilement compatible avec la notion de justice négociée, d'autre part, qu'il pouvait apparaître critiquable que M. Tapie, bénéficiaire des dérives du Crédit lyonnais, échappât, par la voie de la médiation, à toute condamnation pénale quand les dirigeants de la banque nationalisée avaient été condamnés (D2958).

Ce rapport et une note synthétique rédigée par le procureur général ont été transmis à M. Guéant, alors directeur de cabinet de M. Sarkozy, ministre de l'économie et des finances. M. Guéant a indiqué, lors de son audition, ne pas exclure que ce soit lui qui ait directement sollicité ces documents auprès de M. Nadal (D3025). D'après ce dernier, sa note aurait été élaborée, selon sa première version, à la demande d'un conseiller technique du cabinet du Garde des sceaux, puis, selon sa seconde version, à la demande du directeur de ce cabinet, qui lui aurait ensuite dit de la remettre également à M. Guéant. Toutefois, les membres du cabinet du ministre de la justice désignés par M. Nadal ont l'un et l'autre affirmé ne lui avoir rien demandé et n'avoir rien reçu. Cette note n'a été retrouvée ni au parquet général de Paris ni à la Chancellerie ni au ministère de l'économie et des finances. Seul, le rapport de Mme Houlette a pu être versé au dossier (D2957, D2962 et D2967).

M. Aubert, président du CDR de novembre 2001 à décembre 2006, a indiqué avoir été convoqué, dans le courant de l'été 2004, au ministère des finances par M. Guéant, lequel lui avait demandé de rechercher un accord amiable dans les contentieux opposant le CDR aux époux Tapie et à leurs sociétés. Il a fait état d'une seconde convocation à Bercy, courant septembre 2004, au cours de laquelle M. Sarkozy en personne lui a demandé, en présence de MM. Guéant et Pérol, de mettre en oeuvre une médiation (D209).

M. Guéant a confirmé ces deux rencontres avec M. Aubert, expliquant que l'évaluation que le ministre et son cabinet faisaient de la situation, confortés qu'ils étaient par la note du parquet général de Paris, les conduisait, dans l'intérêt des finances publiques, à une sortie du conflit qui ne soit pas judiciaire (D3023).

Les notes à l'attention du ministre de l'économie et des finances établies par l'Agence des participations de l'État (APE), entre avril et octobre 2004, comme l'audition de M. Bezard, qui fut plus tard le directeur général de cette agence, montrent qu'en réalité, c'était surtout M. Tapie qui était demandeur d'une médiation. Toutes ces notes recommandaient au ministre de ne pas opter en faveur d'une telle solution. Celles datées des 14 septembre et 7 octobre 2004 soulignaient que *"le souhait de M. Tapie d'obtenir une médiation semblait avant tout motivé par le fait qu'elle lui permettrait d'éviter le procès pénal prévu en mars 2005 et donc la condamnation pour banqueroute"* (D243, p. 9, D246 et D247).

Le 2 septembre 2004, M. Tapie a écrit à M. Guéant pour lui présenter, ainsi qu'au ministre, *"un calendrier qui permettrait d'aboutir au résultat escompté"* (D1711-8), c'est-à-dire obtenir rapidement une solution au litige l'opposant au CDR, selon M. Guéant (D3023/7).

C'est dans ce contexte que les parties ont sollicité de la cour d'appel de Paris une médiation, laquelle a été confiée à M. Burgelin, procureur général honoraire près la Cour de cassation, par arrêt du 12 novembre 2004 (D10).

Le projet de protocole d'accord, daté du 8 avril 2005, prévoyait que le Crédit lyonnais et le CDR s'engageaient à renoncer à l'intégralité de leur créance sur la liquidation judiciaire de M. et Mme Tapie, à régler la somme de 2 millions de francs aux actionnaires minoritaires de la société CEDP, tandis que les époux Tapie prenaient l'engagement, de leur côté, de vendre sans délai leur hôtel particulier, y compris les meubles qui avaient été inventoriés en 1993. Les sommes ainsi acquises devaient servir au règlement des dettes fiscales et sociales ainsi que des dettes nées postérieurement à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, l'éventuel surplus devant revenir au Crédit lyonnais et au CDR. Le projet de protocole n'aboutissait à aucun enrichissement des époux Tapie. Il devait finalement être rejeté par ceux-ci.

Pour autant, M. Tapie n'a pas renoncé à obtenir une solution négociée, comme le montrent les courriers qu'il a continué à adresser, courant 2005, à M. Guéant en sa qualité de directeur de cabinet de M. Sarkozy, d'abord au conseil général des Hauts-de-Seine, puis au ministère de l'intérieur, alors que le contentieux l'opposant au CDR ne concernait plus le destinataire de ces lettres (D844, D1711-18, D1711-29).

A la lecture de la missive que Me Martel, avocat du CDR, a écrite, le 13 avril 2005, à M. Aubert, ce dernier semble également s'être interrogé, à l'époque, sur un recours à l'arbitrage. La réponse du conseil est claire : *"dans une situation aussi complexe, et indépendamment des considérations d'opportunité, il ne m'apparaît pas qu'un arbitrage puisse permettre d'atteindre l'objectif qui a vainement été recherché par la voie de la médiation, à savoir mettre un terme complet et définitif à tous les contentieux et risques de contentieux auxquels le CDR est exposé dans cette affaire"* (D606).

2.2 La consultation d'un comité des sages en 2005

A la suite de la condamnation du Crédit lyonnais et de la société CDR créances, venant aux droits de la SDBO, par arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005, M. Breton, alors ministre de l'économie et des finances, a consulté M. Cieutat, ancien président de chambre à la Cour des Comptes, M. Coulon, ancien

CJR cote 03248 17

premier président de la cour d'appel de Paris, et M. Rouvillois, inspecteur général honoraire des finances, pour être éclairé sur la suite à donner aux contentieux opposant le CDR aux liquidateurs du groupe Tapie.

Ces trois personnalités ont remis au ministre, le 22 décembre 2005, une note commune concluant que, compte tenu des aléas de la voie judiciaire, une transaction était envisageable à trois conditions : *"qu'elle permette d'éteindre tous les contentieux liés directement ou indirectement à cette affaire (y compris les actions engagées par les actionnaires minoritaires de CEDP), qu'elle permette de clore la liquidation sans pour autant entraîner de versement en numéraire à M. Bernard Tapie et que, en tout état de cause, le montant des sommes abandonnées ou versées à la liquidation pour solde de tous comptes, net de la fiscalité sur la transaction, reste en deçà du montant de la condamnation en principal fixée par l'arrêt du 30 septembre 2005"* (scellé n° 23 de la pièce cotée D816).

Dès le 23 décembre 2005, M. Breton a écrit au président de l'EPFR pour lui annoncer que l'État acceptait un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris et préciser qu'il relevait de la responsabilité du CDR, compte tenu des intérêts publics dont il avait la charge, d'examiner toute proposition de transaction qui serait faite par la partie adverse (scellé n° 23 de la pièce cotée D816). Celle-ci ne devait pas en formuler.

Le 12 janvier 2006, un communiqué de presse du ministère de l'économie et des finances a annoncé que l'État était favorable à un pourvoi (D1988). M. Breton a expliqué que si M. Tapie et ses conseils étaient revenus vers le CDR, avant la formalisation du pourvoi, pour proposer une transaction, il était entendu que l'État l'aurait soutenue, à condition que celle-ci entrât dans le cadre défini par le comité des sages (D1986/13). Le CDR a formé le pourvoi le 30 janvier 2006, suivi quelques jours plus tard par le Crédit lyonnais.

III Le recours à l'arbitrage

3.1 Les prémices

3.1.1 Le changement de président à la tête du CDR et de l'EPFR

Le 20 décembre 2006, M. Rocchi a été nommé président du CDR en remplacement de M. Aubert.

Quant à M. Scemama, il a succédé à M. Schneiter à la tête de l'EPFR le 15 septembre 2007, M. Schneiter ayant atteint la limite d'âge de 65 ans le 21 juillet 2007.

Ces deux nominations ont soulevé à l'époque des questions, dont la presse s'était fait l'écho. Ainsi, dans un article publié le 19 septembre 2007, le Canard Enchaîné écrivait :

"Bernard Tapie, qui a appelé à voter Sarkozy, ne devrait pas tarder à recevoir le prix de ce ralliement. Depuis quelques semaines, des proches de l'ancien ministre de Mitterrand et ancien président de l'OM assurent que ses affaires avec le CDR et l'EPFR, les structures chargées de liquider feu le Crédit lyonnais, sont en passe de s'arranger. L'ancien

président du CDR Jean-Pierre Aubert avait refusé de transiger avec Tapie et choisi la voie de la justice dans l'interminable affaire Adidas. La Cour de cassation avait fini par lui donner raison et avait renvoyé le dossier devant la cour d'appel. Aubert est parti à la retraite. Son successeur aurait dû être un haut fonctionnaire de la Caisse des dépôts nommé Gérard Barbot, mais à la dernière minute, c'est un certain Jean-François Rocchi qui y a été bombardé. Quant à la présidence de l'EPFR, son président, Bertrand Schneider, qui s'attendait à être renouvelé par Bercy s'est vu remplacer le 17 septembre, là encore à la dernière minute, par un autre haut fonctionnaire, Bertrand Scemama. Des nominations approuvées par l'Élysée qui annoncent un arrangement possible avec Tapie. Du coup, comme l'explique un avocat d'affaires qui connaît bien le dossier : "vous allez voir, bientôt les nouveaux dirigeants du CDR et l'EPFR vont expliquer qu'il vaut mieux un arrangement avec Tapie quo de se retourner une nouvelle fois vers la justice. Et Tapie, une fois ses créanciers indemnisés - notamment le fisc - va finir par récupérer une pincée de millions d'euros"..." (D837).

Les interrogations d'hier demeurent au regard des circonstances qui ont entouré ces deux nominations.

M. Rocchi n'était pas le candidat de l'administration qui avait envisagé de proposer M. Barbot, inspecteur général des finances. M. Richard a déclaré que M. Rocchi était proche de M. Guéant et que les deux hommes se tutoyaient. Ces derniers ont confirmé se connaître, M. Guéant précisant toutefois qu'il n'était pas intervenu dans le processus de remplacement du président du CDR (D2098, D2214, D2418).

M. Scemama s'est lui-même déclaré, lors de ses auditions et dans une interview qu'il a donnée, le 6 août 2011, dans le journal Le Monde, surpris par le choix, qu'il a qualifié de "farfelu", de son nom pour assurer la présidence de l'EPFR. Il a indiqué n'avoir rien demandé et avoir été sollicité, fin août/début septembre 2007, alors qu'il était en vacances (D184, D2808). Il a également fait part de sa surprise d'avoir été nommé dans une lettre qu'il a adressée à la Cour des comptes (D12-11). Sa nomination est d'autant plus surprenante que M. Scemama allait lui-même avoir 65 ans en décembre 2007 et que Mme Lagarde, devenue ministre de l'économie et des finances, avait accepté, par lettre du 6 août 2007, de prolonger le mandat de M. Schneider. Cette décision suivait la recommandation faite par l'APE, dans sa note du 20 juillet 2007, de poursuivre, à titre intérimaire, le mandat de M. Schneider jusqu'à l'issue du contrôle de la Cour des comptes qui devait s'achever à la fin de l'année 2007 et compte tenu de sa connaissance approfondie des dossiers les plus lourds gérés par l'EPFR (D17-22).

En outre, MM. Rocchi et Scemama avaient, tous les deux, fait l'objet d'une sanction de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) dans le cadre de précédentes fonctions (D184).

M. Bezard, directeur général de l'APE, et son collaborateur, M. Leclercq, ont déclaré qu'ils n'avaient pas été associés au choix de MM. Rocchi et Scemama (D243, p. 5 et 12, D250, p. 6).

Contrairement à leurs prédécesseurs, qui étaient hostiles à l'arbitrage et n'avaient envisagé une issue extra-judiciaire que sous la condition qu'elle n'enrichisse pas les époux Tapie (application de la règle "ni riche ni failli"), MM. Rocchi et Scemama s'y sont montrés d'emblée favorables.

CJR cote 03248/19

En effet, à peine nommé et alors qu'il ignorait tout du contentieux Adidas, M. Rocchi a demandé, début janvier 2007, une note à Me Martel sur l'arbitrage. Dans cette note, datée du 26 janvier 2007, ce dernier a, une nouvelle fois, déconseillé le recours à une telle solution (D2839). Le fait que M. Rocchi ait consulté l'avocat du CDR sur l'arbitrage, avant qu'il fût saisi d'une demande émanant des liquidateurs de M. Tapie et de ses sociétés, tend à montrer qu'il envisageait déjà cette solution à son arrivée à la tête du CDR.

Quant à M. Scemama, il s'est prononcé en faveur de l'arbitrage lors du conseil d'administration du CDR tenu le 18 septembre 2007, trois jours après sa nomination, sans avoir connaissance du dossier.

3.1.2 Le remplacement de Me Martel par Me August

Dès janvier 2007, M. Rocchi a procédé au recrutement d'un avocat spécialisé en matière d'arbitrage, Me August, ce qui revenait à écarter Me Martel, avocat du CDR depuis l'origine, qui était peu favorable, comme le montrent sa lettre du 13 avril 2005 et sa note du 26 janvier 2007 évoquées plus haut, au recours à l'arbitrage. A partir de février 2007, Me August a conduit seul les négociations avec les conseils des liquidateurs de M. Tapie et de ses sociétés, dont, à titre principal, Me Lantourne, avocat de M. Tapie.

Les investigations ont mis en évidence les liens d'amitié existant de longue date entre Me August et M. Richard.

3.1.3 La première proposition d'arbitrage des liquidateurs en date du 30 janvier 2007

Le 30 janvier 2007, les liquidateurs de M. Tapie et de ses sociétés ont écrit au CDR, à l'attention de M. Rocchi, pour lui proposer de mettre un terme à tous les contentieux en recourant à un arbitrage (D19-2). Celui-ci a accusé réception du courrier le 9 février 2007 en indiquant qu'il ne pouvait pas répondre sur le fond avant d'avoir consulté son conseil d'administration (D19-3). Néanmoins, il a, sans attendre et sans être mandaté par ce dernier, entamé des discussions avec la partie adverse, alors que s'élaboraient les conclusions du CDR devant la cour d'appel de renvoi saisie par l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 octobre 2006.

Le procès-verbal du conseil d'administration du CDR du 16 mars 2007 qui a suivi la réception du courrier des liquidateurs mentionne seulement "qu'un courrier a été reçu des mandataires liquidateurs proposant l'organisation d'un arbitrage, une réponse d'attente a été faite" (D18-19). Il ne fait état d'aucun débat sur cette question, qui n'a plus été évoquée jusqu'au 12 septembre 2007.

MM. Schneider, Peugeot et Gavois, administrateurs du CDR, ont confirmé le caractère minimal de l'information qui leur avait été donnée à ce propos (D211, D528 et D531), M. Floquet, également administrateur, déclarant, quant à lui, n'avoir gardé aucun souvenir de la lettre précitée (D539). Celle-ci leur paraissait présenter une importance limitée, la préoccupation du conseil étant alors de préparer les conclusions que le CDR devait soutenir devant la cour d'appel de renvoi. Ainsi, selon M. Schneider, il avait été

"convenu de ne pas donner suite à ce courrier dans la mesure où nous étions dans la phase de préparation des conclusions devant la cour d'appel" (D211).

Or, les éléments découverts lors de la perquisition dans le cabinet de Me August montrent que, dès le 13 février 2007, se sont engagés des échanges entre ce cabinet et les avocats des liquidateurs, qui ont abouti à des projets de compromis très avancés (D844, August/Deux, 4^e document, D945/26).

Dans le cadre de ces négociations officieuses, Me August a non seulement été en relation régulière avec les avocats des liquidateurs, mais aussi rencontré M. Tapie, le 27 février 2007. Des mails qu'il a adressés à M. Rocchi, courant février 2007, il ressort que celui-ci n'a rien ignoré des négociations en cours entre avocats. Il a pourtant prétendu que les contacts entre ceux-ci n'avaient commencé qu'à la fin du mois de juin 2007, après son premier rendez-vous avec M. Richard.

L'avancée de ces négociations a permis, dès avril 2007, de conclure une transaction avec les actionnaires minoritaires de la société CEDP, sans laquelle l'arbitrage n'aurait pas été possible. Par cet accord, le CDR a racheté les parts des petits porteurs au prix de 37 euros par action, ce qui valorisait la société CEDP à 260 millions d'euros. Par note au ministre du 26 mars 2007, le directeur général de l'APE a rappelé que cette démarche s'inscrivait dans le contexte de la proposition d'arbitrage des liquidateurs du groupe Tapie, soulignant les liens qui unissaient les minoritaires de la société CEDP à M. Tapie (D17-15). Il a renouvelé ses réserves sur cette opération dans un note du 30 mars 2007, allant jusqu'à proposer au ministre de convoquer un conseil d'administration de l'EPFR afin de s'opposer à la transaction (D17-16).

Les négociations étaient suffisamment avancées pour permettre l'élaboration des premières versions du compromis d'arbitrage à partir du mois de juillet 2007.

Il ressort également de la procédure que, courant juin 2007, M. Borloo, à l'occasion du court passage qu'il a fait à la tête du ministère de l'économie et des finances, a organisé une réunion avec M. Richard, son directeur de cabinet, et M. Tapie (D1435, p 3, D2098, p 13, D2223/7)¹.

3.1.4 La réunion du 30 juillet 2007 à l'Élysée

Le 30 juillet 2007 après-midi, s'est tenue à l'Élysée, dans le bureau de M. Guéant et sous sa présidence, une réunion à laquelle participaient M. Pérol, secrétaire général adjoint, M. Quart, conseiller du Président de la République pour la justice, M. Rocchi, M. Richard et, durant un premier temps, M. Tapie, qui a exposé sa volonté de voir engager un arbitrage. Le matin même, M. Tapie avait rencontré M. Sarkozy.

Selon MM. Richard et Rocchi, les conseillers de l'Élysée, sans donner d'instruction formelle, ont alors manifesté une opinion très favorable à l'arbitrage (D2098, p. 21 et 22, D2223, p 8 et 9). MM. Guéant et Pérol ont déclaré, pour leur part, ne pas avoir gardé le souvenir de cette réunion, sans pour autant la remettre en cause. Pour eux, il ne pouvait s'agir d'une réunion décisionnelle, la décision relevant du ministre de l'économie et des finances, sous l'autorité du Premier ministre (D1504 et D3023/10).

¹ M. Borloo a été ministre de l'économie et des finances du 18 mai au 19 juin 2007.

Toujours est-il que, dès le 1^{er} août 2007, les liquidateurs ont renouvelé par courrier leur proposition aux fins d'arbitrage (D19-4).

3.1.5 La seconde proposition d'arbitrage des liquidateurs en date du 1^{er} août 2007

Dans ce courrier, les liquidateurs ont rappelé leur lettre du 30 janvier précédent et regretté que la situation n'ait pas évolué depuis, passant sous silence les négociations en cours depuis la mi-février et les avancées déjà réalisées. Après avoir insisté sur le temps écoulé et le droit des époux Tapie d'être jugés dans un délai raisonnable, ils ont conclu en renouvelant leur proposition de parvenir à un compromis en vue d'un arbitrage.

3.2 La décision d'entrer en arbitrage

3.2.1 La réunion du 11 septembre 2007 dans le bureau de M. Richard

Il ressort de l'information que la réunion, tenue le 11 septembre 2007 dans le bureau de M. Richard entre celui-ci, M. Bezard et M. Rocchi, a été déterminante pour l'orientation du dossier. Ces deux derniers ont, en effet, déclaré, de manière constante et claire, avoir reçu ce jour-là l'instruction de mettre en oeuvre sans délai un arbitrage pour régler l'ensemble des procédures judiciaires opposant les liquidateurs des époux Tapie au CDR (D146, p. 6, D158, p 7, D1452). M. Rocchi a confirmé ses déclarations lors de sa confrontation avec M. Richard (D3019/3).

La note pour le ministre, rédigée par M. Bezard le 17 septembre 2007, confirme le caractère opérationnel de cette réunion :

"Lors d'une réunion qui s'est tenue le 11 septembre 2007 au cabinet du Ministre, en présence du PDG du CDR, M. Rocchi, j'ai été informé de l'intention de ce dernier de proposer de réserver une suite positive à la demande exprimée par les liquidateurs des époux Tapie... d'engager une procédure d'arbitrage visant à régler, dans la mesure du possible, l'ensemble des procédures judiciaires les opposant au CDR, et de la décision définitivement prise par le Gouvernement de donner son accord de principe, à travers le conseil de l'EPFR lorsqu'il en serait saisi, à l'ouverture d'une telle procédure" (D12-52).

Bien que M. Richard voie dans cette réunion seulement un échange technique, force est de constater qu'à partir du 11 septembre 2007, le processus s'est accéléré :

- le 12 septembre, le conseil d'administration du CDR a été informé de la proposition des liquidateurs de transiger, formalisée par la lettre du 1^{er} août 2007 (D18-26),

- le 14 septembre, une réunion s'est tenue entre l'APE, M. Rocchi et Me August au sujet de l'arbitrage (D12-52, D243, p 12, 14 et 15),

- le 18 septembre, le conseil d'administration du CDR, après une présentation de l'arbitrage faite par Me August, a accepté que s'engagent des négociations entre avocats en vue de la conclusion d'un compromis d'arbitrage (D12-53),

C.JR coté D3248/22

- le 2 octobre 2007, le conseil d'administration du CDR a arrêté la décision de recourir à l'arbitrage au vu d'un projet de compromis (D12-56),

- le 10 octobre 2007, la ministre a donné par écrit, aux représentants de l'État au sein de l'EPFR, l'instruction de ne pas s'opposer à la décision du CDR de privilégier un arbitrage (D17-9),

- le 10 octobre 2007, le conseil d'administration de l'EPFR s'est déclaré favorable à l'arbitrage à la condition que le CDR obtienne du Crédit lyonnais la confirmation écrite de son engagement de prendre en charge le versement d'une somme forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation (D18-8),

- le 23 octobre 2007, la ministre a adressé une lettre à M. Scemama pour modifier ses instructions précédentes, en précisant que *"la confirmation écrite de l'accord du Crédit lyonnais pour dédommager le CDR à hauteur de 12 millions d'euros du montant de la condamnation éventuelle par le tribunal devra avoir été obtenue au plus tard au moment du prononcé de la sentence"* (D18-92)

- le 7 novembre 2007, M. Richard a reçu M. Tapie dans son bureau (D2223/32),

- le 9 novembre 2007, M. Richard a signé une note par laquelle il acceptait la proposition des liquidateurs de prendre en charge la franchise de 12 millions d'euros compte tenu du refus du Crédit lyonnais de verser cette somme,

- le 16 novembre 2007, le compromis d'arbitrage a été signé (D12-71, D95),

- le 18 décembre 2007, le tribunal de commerce a homologué le compromis (D12-76).

Ce compromis a donc été officiellement élaboré en l'espace de deux mois seulement entre des parties qu'un contentieux particulièrement lourd opposait pourtant de manière passionnée depuis seize ans. M. Bezard a fait état de son étonnement à propos de *"l'extrême rapidité du déroulement du processus à l'issue de la réunion du 11 septembre 2007"* (D243, p15). Cette conclusion rapide ne peut s'expliquer que par le travail officieux réalisé par les conseils des parties entre février et septembre 2007.

A la rapidité avec laquelle un accord est intervenu, s'ajoute une autre anomalie, encore plus troublante : le texte du compromis définitif est différent, sur un point important, du projet soumis aux administrateurs du CDR et à l'APE.

3.2.2 L'évolution du contenu du compromis d'arbitrage à propos du préjudice moral des époux Tapie

S'il est normal que le contenu d'un accord évolue au fil des négociations, il est plus surprenant de constater que le projet soumis au conseil d'administration du CDR n'ait pas correspondu à la version définitive ouvrant la possibilité d'indemniser le préjudice moral des époux Tapie.

Les administrateurs du CDR se sont prononcés, le 2 octobre 2007, sur un texte, remis en séance et restitué en fin de réunion, ainsi rédigé :

- "2.3.1 En leur qualité de liquidateurs des sociétés GBT, ACRT, FIBT et BTG, les parties B limitent le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation à 295 M€, majorés des intérêts au taux légal à compter (...) 1994 ;
- 2.3.2 En leur qualité de liquidateurs des époux Tapie, les parties B limitent le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation à 50 M€". (D844, August/Deux, 19^e document, D945/44).

Cette version, datée du 28 septembre 2007, est différente de celle qui a été signée le 16 novembre 2007 et, ensuite, homologuée par le tribunal de commerce :

- "2.2.1 En leur qualité de liquidateurs des sociétés GBT, ACRT, FIBT, BTG et des époux Tapie, les parties B limitent le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation d'un préjudice matériel à 295 M€, majorés des intérêts au taux légal à compter du 30 novembre 1994 ;
- 2.2.2 En leur qualité de liquidateurs des époux Tapie, les parties B limitent le montant de l'ensemble de leurs demandes d'indemnisation d'un préjudice moral à 50 M€" (D12-71).

Ainsi, il apparaît que la version finale, d'une part, inclut les époux Tapie dans le champ d'indemnisation du préjudice matériel, d'autre part, prévoit leur indemnisation spécifique au titre du préjudice moral. Or, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005 n'avait condamné le CDR et le Crédit lyonnais qu'à un euro au titre du préjudice moral (1.2.1.5).

Il ressort de la lecture du procès-verbal du conseil d'administration du CDR du 2 octobre 2007 que les administrateurs ne souhaitent pas une indemnisation du préjudice personnel de M. Tapie, ce qui avait toujours été jusqu'ici la ligne du CDR, selon la formule "ni riche, ni failli". M. Peugeot a "fait part de ses interrogations sur une rédaction du compromis qui pourrait emporter une reconnaissance d'un préjudice personnel de M. Tapie et, in fine, aboutir à son indemnisation. Il insiste sur la position acquise après l'arrêt de la Cour de cassation". Ses interrogations ont été partagées par MM. Floquet et Gavois (D12-56).

Le conseil d'administration du CDR n'a pas été tenu informé de cette modification substantielle de l'équilibre du compromis intervenue après qu'il se fut prononcé. La question du compromis n'a plus été évoquée, alors que ce conseil d'administration s'est réuni à nouveau le 24 octobre 2007.

M. Peugeot a indiqué que M. Rocchi ne lui avait jamais transmis la version définitive du compromis d'arbitrage et affirmé que celui-ci ne respectait pas les conditions posées par le conseil d'administration du CDR (D528, p. 11 et 12). Selon lui, le conseil était contre l'indemnisation du préjudice moral des époux Tapie (D528, p. 7). MM. Floquet et Gavois ont nuancé ces propos en précisant que, pour eux, la discussion n'avait pas exclu toute indemnisation d'un préjudice personnel, mais avait visé à sa limitation (D 531 et D539).

CJR cote D3248/24

M. Bezard a rapporté qu'à aucun moment son équipe ou lui-même n'avait été sollicité, sous une forme ou une autre, sur la question d'un éventuel préjudice moral pour les époux Tapie. Il a ajouté que cette disposition semblait avoir été introduite au dernier moment dans le compromis d'arbitrage final (D146, p. 10 à 12, D243, p. 17). Au demeurant, la note qu'il a rédigée pour le ministre, le 10 octobre 2007, pour commenter le projet de compromis fait état seulement d'un préjudice des époux Tapie limité à hauteur de 50 millions d'euros. Nulle part, il n'est fait mention d'un préjudice moral (D17-28, D 65). Son collaborateur, M. Leclercq, qui était par ailleurs administrateur de l'EPFR, a confirmé que l'APE avait travaillé sur un projet de compromis daté du 26 septembre 2007 et que postérieurement au 10 octobre suivant, jour de la tenue du conseil d'administration de l'EPFR, l'APE n'avait plus été associée aux discussions concernant l'arbitrage. Il n'a gardé aucun souvenir d'avoir été consulté sur un préjudice moral (D250, p. 6 et 13).

Lors du conseil d'administration de l'EPFR du 10 octobre 2007, le projet de compromis n'a pas été distribué. Les administrateurs se sont prononcés sur la base d'une lettre du président du CDR, en date du 2 octobre 2007, qui ne fait pas état d'une demande d'indemnisation des époux Tapie au titre d'un préjudice moral.

Dans une note adressée à la Cour des comptes, M. Rocchi a soutenu que le texte définitif du compromis ne contenait aucun ajout concernant le préjudice moral. Selon lui, le projet de compromis discuté par le conseil d'administration du CDR le 2 octobre 2007 autorisait déjà les époux Tapie à présenter une demande d'indemnisation de leur préjudice moral dans la limite de 50 millions d'euros. Il s'agirait, prétend-il, d'une précision apportée au texte du projet et non d'une novation (D208).

Cette explication n'emporte pas l'adhésion, dans la mesure où l'ultime rédaction du compromis a permis aux époux Tapie de faire valoir à la fois un préjudice matériel et moral, là où la rédaction initialement soumise au conseil d'administration du CDR et à l'APE limitait leur préjudice personnel, toutes causes confondues, à 50 millions d'euros.

3.3 Le choix et la désignation des arbitres

MM. Bredin, Estoup et Mazeaud ont été choisis comme arbitres au stade du compromis, M. Mazeaud étant désigné comme président. Il ressort du procès-verbal du conseil d'administration du CDR du 3 novembre 2008 que ces désignations ont été faites en accord entre les parties (D18-40). La Cour des comptes a relevé que ce procédé ne relevait pas de la pratique courante : de manière habituelle, chaque partie choisit un arbitre, puis les deux désignés proposent, d'un commun accord, un président (D29).

Chacun des arbitres désignés a souscrit une déclaration d'indépendance comprenant une obligation de révélation étendue.

M. Estoup a déclaré avoir été contacté par Me August fin octobre 2007 (D734, D1302). Me August a indiqué, pour sa part, que le nom de M. Estoup lui avait été suggéré par Me Lantourne, ce que ce dernier a admis (D1281, p. 11). C'est après le prononcé de la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 qu'est apparu, dans le cadre de l'audit des frais de liquidation, un doute sur les liens préexistants entre Me Lantourne et M. Estoup. L'ancienneté de ces liens et leur fréquence sont à l'origine de la décision de

la cour d'appel de Paris du 17 février 2015 de rétracter la sentence arbitrale et les trois sentences de novembre 2008 qui en sont la conséquence.

IV La mise à l'écart du Crédit lyonnais de la procédure d'arbitrage

4.1 L'opposition des liquidateurs et du CDR à la participation du Crédit lyonnais à la procédure d'arbitrage

Le 24 septembre 2007, le président du CDR a écrit au président et au directeur général du Crédit lyonnais pour l'*"informer que le CDR et le CDR créances ont été sollicités par les liquidateurs du groupe Tapie et des époux Tapie afin d'étudier la possibilité de recourir à une procédure d'arbitrage"*. Tout en indiquant que le CDR serait favorable à cette solution, M. Rocchi a invité les dirigeants du Crédit lyonnais à lui faire part de leur avis dans un délai expirant le 28 septembre 2007 (D12-54).

Dans sa réponse, datée du 28 septembre 2007, le Crédit lyonnais a, d'abord, fait part de sa réserve sur le principe même de l'arbitrage compte tenu de l'arrêt rendu, le 9 octobre 2006, par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, renforçant sa position. Ensuite, il a conclu que, n'étant pas partie à la procédure d'arbitrage et ne pouvant faire valoir ses arguments, il ne *"saurait légitimement subir la moindre conséquence, de quelque nature que ce soit, dans l'hypothèse d'une éventuelle condamnation du CDR par le tribunal arbitral"* (D12-55).

Par courriers des 29 octobre 2007 et 13 février 2008, le président du CDR a essayé d'obtenir du Crédit lyonnais qu'il honorât son engagement financier de supporter une contribution forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR (D12-66 et D18-108). Mais cette banque, dans ses réponses des 18 décembre 2007 et 20 février 2008, est restée inflexible, rappelant la difficulté qui était la sienne à admettre que le Crédit lyonnais puisse *"subir les conséquences d'une procédure dans laquelle [il a] été délibérément écarté par le CDR"* (D12-74, D18-109).

La volonté du CDR de laisser le Crédit lyonnais à l'extérieur de la procédure d'arbitrage ne fait pas de doute malgré les termes prudents employés par M. Rocchi dans son courrier du 24 septembre 2008. Elle ressort en effet clairement de la présentation de l'arbitrage lors du conseil d'administration du CDR qui s'est tenu le 18 septembre 2007 : il a alors été indiqué que les parties à l'arbitrage seraient le CDR, les liquidateurs, les époux Tapie et le mandataire ad hoc des sociétés GBT, FIBT et BTG. Il n'a nullement été question du Crédit lyonnais (D12-53).

La mise à l'écart du Crédit lyonnais est, par ailleurs, confirmée par la note de l'APE du 1^{er} octobre 2007 au ministre, selon laquelle, *"s'agissant du rôle du Crédit lyonnais, le PDG du CDR a informé mes services de son intention de lui proposer de ne pas participer à l'arbitrage, la partie adverse ayant exprimé son hostilité à la participation du Crédit lyonnais à cette procédure"* (D17-28).

4.2 Les conséquences de l'exclusion du Crédit lyonnais

Comme le souligne le rapport de la Cour des comptes, l'absence du Crédit lyonnais dans la procédure d'arbitrage a affaibli la défense du CDR qui s'est privé de la

connaissance et de l'expertise des dossiers que pouvaient lui apporter la banque et ses conseils (D29, p. 39). C'était, en effet, prendre un risque, alors même qu'ils étaient constitués devant les juridictions judiciaires, de les exclure de ces procédures complexes et anciennes et de confier celles-ci à trois arbitres qui ne connaissaient pas les dossiers et auxquels il était demandé, en outre, de trancher dans un délai court. Le risque était d'autant plus grand que le CDR avait déjà écarté son propre avocat, Me Martel, qui suivait ces procédures depuis l'origine.

La présence du Crédit lyonnais aurait, par ailleurs, rétabli l'équilibre devant le tribunal arbitral, qui a seulement entendu M. Tapie, et jamais un représentant de la banque.

4.3 La condition de la contribution forfaitaire du Crédit lyonnais

Comme indiqué plus haut (1.3.2), lors de la privatisation du Crédit lyonnais, deux lettres du ministre de l'économie et des finances du 17 mars 1999, adressées aux présidents de la banque et du CDR, ont précisé que le dossier Adidas faisait partie des dossiers couverts par la garantie (D12-42). Ces courriers mentionnaient, en ce qui concerne le dossier Adidas, l'acceptation par le Crédit lyonnais d'une contribution forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR.

C'est cet engagement financier :

- qu'a cherché à obtenir du Crédit lyonnais le président du CDR dans ses courriers des 24 septembre 2007, 29 octobre 2007 et 13 février 2008 évoqués plus haut,

- que la ministre a posé comme condition à l'entrée en arbitrage dans ses instructions écrites du 10 octobre 2007 et que le conseil d'administration de l'EPFR du même jour a repris (D12-60).

Devant le refus persistant du Crédit lyonnais, dès lors qu'il était écarté de la procédure, de respecter cet engagement, la ministre a écrit, le 23 octobre 2007, au président de l'EPFR pour lui demander de *"bien vouloir interpréter les instructions que je vous ai données préalablement [au conseil du 10 octobre 2007] de la manière suivante : la confirmation écrite du Crédit lyonnais pour dédommager le CDR à hauteur de 12 M€ du montant de la condamnation éventuelle par le tribunal devra avoir été obtenue, au plus tard, au moment du prononcé de la sentence"* (D18-92). Cette lettre permettait, en l'absence de garantie préalable donnée par le Crédit lyonnais, de recourir néanmoins à l'arbitrage et de poursuivre l'élaboration du compromis sans attendre l'issue des négociations avec la banque.

Si M. Scemama a aussitôt informé par écrit le président du CDR de ces nouvelles instructions ministérielles, il s'est bien gardé de les porter à la connaissance des administrateurs de l'EPFR, alors qu'elles constituaient une modification substantielle de la résolution votée lors du conseil d'administration du 10 octobre 2007 (D12-64). On observera que :

- la lecture du procès-verbal du conseil d'administration suivant, tenu le 19 décembre 2007, ne fait apparaître aucune information sur ce point, la question de l'arbitrage n'étant même pas à l'ordre du jour (D18-9),

CJR cote D3248/27

- le contenu du procès-verbal du conseil du 10 octobre 2007 n'a été adopté que le 18 juin 2008, soit huit mois plus tard (D18-10)².

M. Rocchi n'a pas davantage informé son conseil d'administration. En revanche, il a aussitôt écrit aux liquidateurs, lesquels se sont inquiétés d'une telle condition suspensive et ont immédiatement proposé de constituer, au profit du CDR, une franchise de paiement de 12 millions d'euros sur le montant des condamnations éventuelles. M. Rocchi s'est alors rapproché de M. Richard qui a donné son accord en acceptant de signer le courrier, daté du 9 novembre 2007 et préparé par M. Rocchi, précisant qu'il appartenait au CDR de continuer à rechercher *"la confirmation par le Crédit lyonnais de la contribution de 12 M€ qu'il a accepté de verser en cas de condamnation dans le dossier Adidas, comme le prescrit le courrier du ministre daté du 23 octobre 2007, l'engagement des liquidateurs n'étant appelé qu'en second rang"*.

Pour en terminer sur ce point, peut être rappelé le témoignage de Mme Zeidan, directrice des affaires juridiques du Crédit lyonnais, qui a indiqué que, fin septembre 2007, c'est-à-dire au moment où se mettait en place le compromis d'arbitrage, M. Pérol, directeur de cabinet adjoint de M. Sarkozy, avait téléphoné au directeur général de la banque pour lui demander de ne pas mentionner son refus de payer la contribution forfaitaire de 12 millions d'euros, tout en l'assurant que le paiement de cette somme ne serait pas recherché (D854).

V La renonciation à l'exercice d'un recours en annulation de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale du 7 juillet 2008, signifiée au CDR dix jours plus tard, a retenu, à l'encontre de la SDBO et de Clinvest, d'une part, un manquement au devoir de loyauté, la preuve n'ayant pas été rapportée que les banques avaient informé leur mandant de l'option d'achat consentie à M. Louis-Dreyfus, d'autre part, la violation de l'interdiction faite au groupe Crédit lyonnais de se porter contrepartie ; elle a déclaré la société GBT, représentée par les liquidateurs, recevable en sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'exécution du mandat de vente.

Après s'être référés à la valeur de la société Adidas, non lors de son achat en décembre 1994 par M. Louis-Dreyfus, mais lors de son introduction en bourse en novembre 1995, et avoir relevé que la société BTF, filiale du groupe Bernard Tapie, détenait 78% du capital d'Adidas, les juges ont alloué à ce dernier, au titre du préjudice matériel, 240 millions d'euros hors les intérêts légaux - ultérieurement évalués à 105 millions d'euros. Comme l'observe le ministère public dans son réquisitoire aux fins de non-lieu (p. 78-79), d'une part, cette somme de 240 millions représentait près des quatre cinquièmes du gain dont le groupe estimait avoir été privé lors du rachat d'Adidas par M. Louis-Dreyfus, d'autre part, en indemnisant les liquidateurs en raison d'un préjudice indirect, tenant à leur qualité d'actionnaires de la société BTF, la sentence arbitrale a élargi l'intérêt à agir de la société GBT, en contradiction avec l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 ayant déclaré cette société irrecevable à revendiquer un préjudice qu'elle n'avait pas subi en propre.

² Il n'y a pas eu de conseil d'administration de l'EPFR entre le 19 décembre 2007 et le 18 juin 2008.

Les arbitres ont en outre condamné le CDR à verser aux époux Tapie une indemnité de 45 millions d'euros en réparation d'un préjudice moral " d'une très lourde gravité" alors que, comme le relève le ministère public (ibid), les montants les plus élevés accordés au titre d'un tel préjudice "ne dépassent guère le seuil du million d'euros".

C'est dans ces circonstances que, le 28 juillet 2008, Mme Lagarde a adressé des instructions aux représentants de l'État au conseil d'administration de l'EPFR leur demandant de s'exprimer, lors de la séance du même jour, " en défaveur d'un recours en annulation de la sentence arbitrale".

Il convient, d'abord, d'examiner la faisabilité et les perspectives d'un tel recours (5.1), puis de retracer le cheminement ayant conduit la ministre à demander de ne pas l'exercer (5.2).

5.1 Les éléments sur la faisabilité et les perspectives d'un recours en annulation

S'il résulte du compromis d'arbitrage que les parties avaient renoncé à la possibilité de faire appel, la voie du recours en annulation, tel que prévu par l'article 1484 du code de procédure civile dans sa rédaction alors en vigueur, restait ouverte pendant un délai expirant le 16 août 2008 à 24 heures.

Aux termes de l'article 7-1 du compromis d'arbitrage, le tribunal arbitral était "tenu par l'autorité de la chose jugée des décisions définitives rendues dans les contentieux, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 et les attendus définitifs de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005".

Or la cour d'appel a notamment, dans son arrêt précité :

- dénié toute qualité des liquidateurs de la société GBT à "demander la plus-value résultant de la vente dont ils auraient été privés" en raison du statut d'actionnaire du groupe Bernard Tapie dans la société BTF, lequel a pris fin le 25 octobre 1995 avec l'attribution des actions à la SDBO ;

- indiqué que les liquidateurs avaient qualité pour agir sur le fondement du mémorandum intervenu le 10 décembre 1992 à l'occasion de la cession, par la SDBO, de la participation dans BTF de GBT et réservant à cette dernière société une partie du prix de vente, de l'ordre de deux cents millions de francs, qui devait être affectée au paiement de ses dettes à l'égard de la banque.

Dans son arrêt du 9 octobre 2006, l'Assemblée plénière, pour écarter les trois premières, les huitième, neuvième et douzième branches des moyens proposés par le CDR et le Crédit lyonnais, a donné leur pleine signification aux motifs de la cour d'appel quant à la qualité dont les liquidateurs de la société GBT pouvaient se prévaloir pour demander une indemnisation, en retenant que ceux-ci étaient :

- recevables à agir en tant qu'ils sollicitaient la réparation du préjudice subi par cette société elle-même "pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes", ce dommage étant "propre à la société GBT, distinct de son préjudice d'actionnaire et

CJR cote D3248/29

susceptible d'être rattaché à des manquements aux conventions souscrites", ce qui caractérise "un intérêt à agir en responsabilité contre les établissements de crédit",

- irrecevables à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par GBT "en sa qualité d'actionnaire" de la société BTF.

Le principe selon lequel le préjudice de l'actionnaire du fait de la perte de valeur de sa participation dans une société ne constitue que le "corollaire" du préjudice subi par la société elle-même et n'ouvre donc que l'action sociale, mais non celle de l'associé, qui n'est recevable à se prévaloir que d'un dommage personnel et distinct, procédait déjà, à la date des arrêts précités, d'une jurisprudence constante, tant de la chambre commerciale (26 janvier 1970, JCP G 1970, II, 16385 ; 1^{er} avril 1997, RTD com. 1997, p.647 ; 15 janvier 2002, Dr. et patrim. Février 2003, p.118) que de la chambre criminelle de la Cour de cassation (13 décembre 2000, Bull. Joly 2001, p.497 ; 18 septembre 2002, Bull. Joly 2003, p.63). Il y a donc lieu de rechercher si sa confirmation par l'Assemblée plénière s'imposait aux arbitres.

Il n'est pas contesté qu'au regard de l'article L. 131-4 du code de l'organisation judiciaire, les motifs de l'arrêt du 9 octobre 2006 s'analysent comme autant de "points de droit jugés par" l'Assemblée plénière, auxquels doit ensuite se conformer le juge de renvoi : ainsi, l'autorité de la chose jugée s'étend, au-delà du dispositif, aux motifs des arrêts de l'Assemblée plénière (Civ, 3^{ème}, 9 avril 1974, B.III, n°139 ; Soc. 4 février 1982, B. n°65 ; a contrario, Civ, 2^{ème} 21 décembre 2006, B.IV, n°363). Certes, comme le rappelle Me Spinosi dans sa consultation du 25 juillet 2008, le tribunal arbitral ne saurait être assimilé à une cour d'appel de renvoi, telle que visée par le texte ci-dessus rappelé ; néanmoins, ce tribunal devait statuer en droit et était, en application de l'article 7-1 du compromis, "tenu par l'autorité de la chose jugée (de) l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006", de sorte qu'il devait se conformer à la jurisprudence ci-dessus rappelée et à la délimitation, par l'arrêt de l'Assemblée plénière, du champ de l'action du groupe Bernard Tapie, réservée au préjudice susceptible de résulter de la violation du mandat de vente et du memorandum, mais exclue pour les dommages par ricochet liés à sa seule qualité d'actionnaire.

Les arbitres étaient donc tenus de subordonner la recevabilité des liquidateurs à la démonstration que GBT avait subi personnellement des préjudices et d'exclure du périmètre de l'indemnisation l'absence de remontée de la plus-value qui aurait dû profiter à son ancienne filiale ; or, ils ont fait exactement le contraire, de sorte que la question s'est posée de savoir s'ils avaient manqué à leur obligation de "se conformer à la mission qui (leur) était conférée", au sens de l'article 1484, 3°, du code de procédure civile précité et, par là même, fragilisé leur décision.

Tel n'a pas été le sens de l'avis exprimé le 25 juillet 2008 par Me Spinosi, selon lequel, d'une part, il ne serait pas certain que la cour d'appel saisie d'un recours sur ce fondement accepte de contrôler le respect, par le tribunal arbitral, de l'autorité des décisions des 30 septembre 2005 et 9 octobre 2006 et, à supposer qu'il le fasse, "l'issue d'un tel examen resterait largement incertaine", d'autre part, "la personnalité et le prestige des arbitres choisis ne seront pas le moindre des handicaps d'une telle action" ; ce point de vue rejoignait celui exprimé, dès le 11 juillet 2008, par Me August qui avait estimé, sans s'en expliquer juridiquement, qu'un "recours en annulation fondé sur la violation par le tribunal arbitral de l'autorité de la chose jugée des décisions intervenues préalablement

à l'arbitrage ou l'inconciabilité avec ces décisions de justice aurait peu de chances d'aboutir".

Me Soltner, qui a soutenu avec succès le pourvoi du CDR, a :

- dans une première note du 17 juillet 2008, constaté que, dans la décision rendue par les arbitres, tout n'était "que raccourci et approximation, sans aucune assise juridique", mais émis des réserves sur les perspectives d'un recours en annulation,

- dans sa seconde note du 23 juillet 2008, relevé, à l'issue d'une étude plus approfondie, que le tribunal arbitral avait commis l'erreur de recevoir l'action fondée sur la plus-value dont, au travers de son ex-filiale BTF, le groupe GBT aurait été privé, alors que celui-ci n'avait pas "la moindre qualité à demander réparation d'un préjudice dont il n'a pas souffert", ce dont il a déduit que "Le CDR dispose d'un moyen d'annulation sérieux et qui pourrait d'autant plus emporter la conviction d'un collège de magistrats que l'on est en présence d'une atteinte de la chose jugée par la plus haute autorité judiciaire, atteinte accompagnée, au surplus, d'appréciations péremptoires et d'erreurs de fait et de droit".

Me Martel, dans sa note sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation (D143), avait notamment écrit : "l'arrêt du 9 octobre 2006 comporte des éléments précieux pour conforter l'argumentation du CDR en ce qui concerne le préjudice ... Il appartiendra aux liquidateurs de démontrer l'existence d'un préjudice propre à GBT, découlant directement d'une faute commise par la SDBO dans l'exécution du mémorandum dit du 10 décembre 1992, et non de sa qualité d'actionnaire de BTF"; il s'est ensuite rallié à l'avis de Me Soltner quant aux éléments susceptibles de fonder un recours en annulation, tout en précisant que "le caractère sérieux d'un moyen ne suffit évidemment pas à garantir son aboutissement".

Le directeur général de l'APE a adressé à la ministre trois notes datées des 22, 23 et 25 juillet 2008 :

- la première considérant comme aléatoire l'issue d'un recours mais préconisant que celui-ci soit formé en raison de "la lourdeur de la condamnation infligée",

- la deuxième, qui reprenait les conclusions auxquelles était parvenu le même jour Me Soltner, confirmant cette préconisation "a fortiori (...) si les chances de voir le recours prospérer s'avéraient sérieuses",

- la troisième, qui exposait la position de chacun des avocats précités, concluant qu'un recours en annulation, motivé par la lourdeur de la condamnation infligée au CDR, proche du montant maximum des demandes des parties adverses fixé par le compromis d'arbitrage, "ferait d'autant plus sens dans la mesure où il serait raisonnablement assuré que (...) la cour d'appel, si elle venait à annuler la sentence, (le ferait) dans les limites fixées par le compromis".

Si la violation de l'autorité de la chose jugée par le tribunal arbitral n'était sérieusement contestée par personne, les avis ci-dessus examinés divergeaient sur les chances d'obtenir, sur ce fondement, une annulation de la sentence. Il convient donc d'examiner les circonstances dans lesquelles ils ont été donnés et, plus généralement,

CJR cote D3248/31

de rappeler le cheminement qui a pu conduire Mme Lagarde à demander aux représentants de l'État, le 28 juillet 2008, de voter contre un recours en annulation.

5.2 Les circonstances dans lesquelles la ministre a décidé de ne pas faire exercer de recours en annulation

L'annonce de la sentence arbitrale a provoqué un choc auprès des principaux protagonistes et de l'opinion publique ; ainsi, se sont déclarés, Mme Lagarde, "*surprise*" et "*consternée*", M. Rocchi, "*atterré et scandalisé*", M. Peyrelevade, ancien président du Crédit lyonnais, "*stupéfait*" et M. Bied Charreton, collaborateur de M. Bezard, "*accablé*", ce dernier ayant fait part dès le 16 juillet 2008 de sa consternation.

M. Richard s'est dit "*atterré*" par le montant de la condamnation et la tonalité de la décision, qui lui a rappelé le discours de M. Tapie, mais a ajouté que, dans le feu de l'action, il lui avait paru logique de ne pas faire de recours. Dès le 9 juillet 2008, M. Tapie lui a adressé un courrier revêtu de la mention "*comme promis*", usant du tutoiement, comportant des éléments de langage, et accompagné de deux notes "*d'un des professeurs les plus réputés en matière d'arbitrage et ce afin de couper court à toute éventuelle polémique*" (D844, Lantourne/12). L'auteur de ces documents, élaborés les 3 et 9 juillet 2008, M. Fadlallah, a déclaré y avoir travaillé à la demande de Me Lantourne dès avril 2008, tant les craintes étaient grandes que la future sentence fasse l'objet d'un recours. On peut s'étonner d'une telle prémonition, trois mois avant que ne soit rendue la décision ; on observera en outre que les échanges entre M. Richard et M. Tapie sont révélateurs d'une grande proximité.

Le 11 juillet 2008, M. Rocchi a envoyé à M. Richard des éléments de langage (D2405) dont le ministère public observe, dans son réquisitoire aux fins de non-lieu, qu'ils "*ne révèlent aucune indignation particulière mais au contraire minimisent l'ampleur de la condamnation*". C'est précisément à cette date qu'a été diffusé par le ministère de l'économie et des finances un communiqué prenant acte de l'arbitrage, dont il est indiqué qu'il "*met fin à quinze ans de procédures*", qu'il a été "*rendu par des personnalités incontestables*" et que "*la plus grande part de l'indemnité arrêtée par la sentence retournera aux caisses publiques, par le règlement de la créance détenue par le CDR et par le paiement des impôts et des cotisations sociales qui étaient dûs à l'État*". Mme Lagarde a soutenu que le texte de ce communiqué, qu'elle interprétait comme dicté par un souci d'apaisement de la polémique née de la publication de la sentence, ne lui avait pas été soumis.

Le 14 juillet 2008, s'est tenue à l'Élysée, sous la présidence de M. Guéant, une réunion consacrée à l'examen d'un éventuel recours en annulation, à laquelle ont participé MM. Rocchi, August, Richard, Quart et Pérol, ce dernier s'étant, selon M. Rocchi, montré d'emblée hostile à un recours.

Dès le 16 juillet 2008, le directeur général de l'APE a fait part de ce que l'exercice d'un recours contre une décision qui ne faisait que confirmer les craintes qu'il avait précédemment manifestées lui paraissait indispensable.

Le 17 juillet 2008, Me Soltner a déposé sa première note (cf. supra, 5.1).

CJR cote D3248/32

Pour arrêter une position sur ce recours, la ministre a tenu, le dimanche 20 juillet après-midi dans son bureau, et en présence de M. Richard, une réunion à laquelle n'ont été conviés que M. Rocchi et Me August. Ce dernier a proposé de recueillir l'avis d'un autre avocat aux Conseils et proposé Me Spinosi, ce qui fut fait ; Mme Lagarde, interrogée sur le choix de cet avocat qui n'est pas spécialisé dans l'arbitrage, a indiqué : "Je ne sais pas pourquoi le nom de Me Spinosi m'a été proposé en vue de me soumettre un nouvel avis".

N'a pas été consultée, préalablement à la prise de décision, la direction juridique du ministère, une telle consultation n'ayant été effectuée que le 18 août 2008, après l'expiration du délai de recours.

Le 23 juillet 2008, M. Rocchi a mis les dirigeants du Crédit lyonnais en demeure de verser la somme de 12 millions d'euros au titre de la contribution forfaitaire (D18-110), ce à quoi la banque s'est refusée, en soulignant que le CDR s'était opposé à ce qu'elle soit partie à l'arbitrage (D18-111).

Les 22, 23 et 25 juillet 2008, ont été adressées à la ministre les notes de l'APE ci-dessus évoquées, toutes favorables à un recours, Me Soltner ayant, le 23 juillet 2008, déposé son second avis, qui allait dans le même sens ; la consultation de Me Spinosi a, quant à elle, été remise le 25 juillet 2008.

Le 24 juillet 2008, les liquidateurs se sont engagés, au stade de l'exécution de la sentence arbitrale, à réduire leurs prétentions de 70 millions d'euros si celle-ci ne faisait pas l'objet d'un recours.

Le 28 juillet 2008, Mme Lagarde a adressé aux administrateurs représentant l'État au conseil d'administration de l'EPFR la note (D17-10) suivante :

" Après avoir pris connaissance :

*1.- des analyses produites par l'ensemble des conseils du CDR,
2.- des notes de l'Agence des participations de l'État,
3.- des contreparties négociées à la renonciation à former un recours,
s'agissant des points encore ouverts pour l'exécution de la sentence suite à l'audience arbitrale du 24 juillet dernier, je demande aux administrateurs représentant l'État au Conseil d'administration de l'EPFR de s'exprimer lors de la séance du 28 juillet 2008 en défaveur d'un recours en annulation sur la sentence arbitrale du 7 juillet 2008" ;*

Les conseils d'administration du CDR puis de l'EPFR se sont tenus l'un après l'autre, le 28 juillet 2008. Il résulte du dossier que :

- lors du conseil d'administration du CDR, composé de son président ainsi que de quatre administrateurs, MM. Scemama, Floquet, Peugeot et Gavois, et auquel n'assistait qu'un avocat, Me August qui, selon M. Peugeot (D528), se comportait "comme un maître d'école" et, faisant montre, comme M. Rocchi, d'un parti pris évident, "critiquait systématiquement tout argument en faveur du recours", M. Gavois, rejoint par M. Peugeot, s'est interrogé sur le bien fondé des conseils de ce cabinet et a fait part de ses doutes quant au respect, par l'instance arbitrale, de la délimitation du préjudice par l'arrêt de l'Assemblée plénière, de sorte qu'ils étaient l'un et l'autre favorables à un

CJR cote D3248/33

recours ; si M. Scemama, administrateur représentant l'EPFR, qui n'avait pas encore pris parti, s'était abstenu, conformément aux usages et comme il l'avait annoncé avant d'être appelé au téléphone, selon lui par M. Richard (D184, p.11), il y aurait eu partage de voix et M. Rocchi aurait été placé devant le choix, soit de s'abstenir également, soit, à l'inverse, de faire valoir sa voix prépondérante en faveur de l'absence de recours ; cependant, se conformant aux instructions qu'il a dit avoir reçues de M. Richard, M. Scemama a voté contre le recours, sa voix, ajoutée à celles de M. Rocchi et de M. Floquet, ayant été déterminante pour constituer une majorité ; tirant les conséquences des conditions dans lesquelles la décision avait été adoptée, M. Peugeot a, le jour même, démissionné du conseil d'administration ;

- lors du conseil d'administration de l'EPFR, qui a approuvé par quatre voix contre une - celle de M. de Courson - la décision adoptée par le CDR, M. Rocchi a fait valoir essentiellement la position de Me Spinosi en soutenant, à l'inverse des arguments qu'il avait présentés en faveur d'une entrée en arbitrage, que l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt de l'Assemblée plénière et à ses motivations était sans effet sur les décisions de la justice arbitrale.

Le 28 juillet 2008, a été diffusé un second communiqué (D807), selon lequel *"Christine Lagarde approuve la décision du CDR. Après avoir pris connaissance des analyses produites par les conseils du CDR, qui estimaient que les chances de succès d'un recours étaient très faibles, et au vu des contreparties négociées à la renonciation à un tel recours, Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, a demandé aux administrateurs représentant l'État au conseil d'administration de l'EPFR de ne pas s'opposer à la décision prise ce jour par le conseil d'administration du CDR de ne pas déposer de recours en annulation sur la sentence arbitrale du 7 juillet 2008"*. Le même jour, Mme Lagarde a fait une déclaration publique sur les conséquences fiscales de la sentence, affirmant que la plus grande partie des sommes allouées reviendrait à l'État.

Mme Lagarde, qui a indiqué (D945/7 à 9) que la procédure d'arbitrage était couramment utilisée dans les contentieux qu'elle avait eu à traiter lors sa vie professionnelle antérieure, a précisé (D2118/6) s'être *"personnellement plus investie lorsque le problème du recours en annulation de la décision s'est posé"*. Elle a déclaré n'avoir pas eu connaissance de l'appel téléphonique de M. Richard auprès de M. Scemama. Selon elle, si elle devait à nouveau prendre une décision avec les éléments dont elle disposait à l'époque, elle reprendrait la même. A propos du communiqué de presse du 28 juillet 2008, Mme Lagarde, devant la commission d'instruction, a dit n'en avoir pas eu connaissance avant sa diffusion et s'interroger, a posteriori, sur sa nécessité. Elle a qualifié son intervention orale, qui s'est avérée tout à fait inexacte quant aux conséquences fiscales de la sentence arbitrale, de déclaration *"grand public"*.

Entendue le 23 septembre 2008 par la commission des finances de l'Assemblée nationale (D640), elle a indiqué les raisons pour lesquelles, d'une part, l'entrée en arbitrage lui avait paru justifiée, d'autre part, elle n'avait pas préconisé de recours contre la sentence ; elle a ajouté, sur le traitement fiscal des indemnisations, ignorer *"le montant exact de la fiscalité pesant sur les sommes en question, hors préjudice moral. L'ordre de grandeur dont je dispose est tout à fait estimatif (...) Mes services m'ont indiqué que, après déduction des impôts et des créances de l'État, 30 millions d'euros devront être*

CJA cote D3248/34

réglés au bénéfice des époux Tapie", puis conclu : "Compte tenu des 15 milliards d'euros pesant sur les épaules du contribuable français du fait de la gestion exercée par le Crédit lyonnais dans les années 90, au regard du temps passé, des coûts engendrés, des passions animant les uns et les autres, ainsi que du libellé de l'arrêt de la Cour de cassation, je persiste à penser que le choix de l'arbitrage puis la renonciation à exercer un recours en annulation ont été de bonnes décisions".

Selon Mme Lagarde, sa prestation avait été préparée par son cabinet et par l'APE. Toutefois, comme le relève le ministère public dans son réquisitoire aux fins de non-lieu, a été saisie dans un fichier informatique de Me Lantourne (S28) une note de sept pages, datée du 20 septembre 2008, rédigée par cet avocat et intitulée "note pour Lagarde", qui *"se présente comme un argumentaire avec questions et réponses à la première personne évoquant tous les points du dossier, depuis la légalité du recours à l'arbitrage, le montant des plafonds, le préjudice moral, l'absence de recours, et comprend sur le fond tous les arguments repris par le ministre devant la commission des finances"*.

On observera que le communiqué du 11 juillet 2008 a été précédé de l'envoi à M. Richard d'éléments de langage par M. Tapie puis par M. Rocchi, de même que les déclarations faites par Mme Lagarde le 23 septembre 2008 sont intervenues peu après qu'une note eut été élaborée à son intention par Me Lantourne.

Enfin, le 2 septembre 2008, Mme Lagarde a donné son approbation à la décision de l'EPFR de procéder à un emprunt de 152 millions d'euros (D12-89) afin d'exécuter une part de la sentence arbitrale alors que, comme le souligne le ministère public (ibid), le versement de fonds intervenu deux jours plus tard était entaché de multiples irrégularités - insuffisance des pièces fournies, non respect de la lettre ministérielle relative à la garantie par le Crédit lyonnais du paiement de 12 millions d'euros, prise en charge du préjudice moral, qui n'aurait pas dû figurer dans les risques non chiffrables -. Selon Mme Lagarde (D2609), elle n'aurait, à cette date, toujours pas pris connaissance de la lettre du 23 octobre 2007, revêtue de sa griffe, indiquant à M. Scemama que *"la confirmation écrite de l'accord du Crédit lyonnais pour dédommager le CDR à hauteur de 12 millions d'euros du montant de la condamnation éventuelle par le tribunal devra avoir été obtenue au plus tard au moment du prononcé de la sentence"* (D18-92), non plus que de la note du 9 novembre 2007, signée par M. Richard, acceptant la proposition des liquidateurs de prendre en charge la franchise de 12 millions d'euros compte tenu du refus du Crédit lyonnais, de sorte qu'elle aurait ignoré que les conditions préalables à l'entrée en arbitrage posées par l'EPFR n'avaient pas été respectées.

VI Un bilan nettement déséquilibré

6.1 Un coût total élevé pour l'État

L'arbitrage a débouché sur une condamnation d'un montant total de 403 millions d'euros se décomposant de la manière suivante :

- 240 millions d'euros en réparation du préjudice matériel,
- 105 millions d'euros au titre des intérêts légaux pour le préjudice matériel,

- 45 millions d'euros en réparation du préjudice moral,
- 13 millions d'euros de frais de liquidation.

A cette somme de 403 millions d'euros dont ont bénéficié les liquidateurs du groupe Tapie et les époux Tapie, il convient d'ajouter la charge des intérêts afférente au tirage complémentaire sur le Crédit lyonnais, soit 60 millions d'euros, ce qui porte le coût total à 463 millions d'euros (D29, p. 59 et suivantes).

Compte tenu des compensations intervenues avec les créances que détenait le CDR sur les sociétés du groupe Tapie et sur les époux Tapie, l'EPFR a versé 153 millions d'euros en septembre 2008 et 117 millions d'euros en mars 2009.

Ces deux paiements ont été financés par des tirages supplémentaires sur l'emprunt du Crédit lyonnais plutôt que par dotation budgétaire, ce qui, selon le courrier adressé par le Premier président de la Cour des comptes au Premier ministre le 12 novembre 2010, a évité de dégrader le résultat budgétaire de l'État au titre des exercices 2008 et 2009, mais au prix d'un accroissement de la dette de l'EPFR et donc de la dette publique (D19-34).

Par ailleurs, selon le rapport établi par le ministère public devant la Cour de discipline budgétaire et financière, les honoraires versés par le CDR au cabinet August & Debouzy, en 2007 et 2008, au titre de l'arbitrage, se sont élevés à la somme totale de 4 145 000 euros. Ils correspondent à 30 % de l'ensemble des honoraires versés par le CDR depuis l'origine du dossier Adidas (D2272, p. 33).

6.2 Un traitement fiscal avantageux pour B. Tapie

6.2.1 Des annonces prometteuses

Une fois l'arbitrage rendu, la ministre de l'économie et des finances et M. Tapie lui-même ont communiqué dans les médias pour rassurer l'opinion publique en déclarant notamment qu'une grande partie des sommes versées aux liquidateurs serait récupérée par l'État au titre des impôts dûs (cf. supra, 5.2). Comme on l'a vu plus haut, Mme Lagarde a, le 23 septembre 2008 devant la commission des finances de l'Assemblée nationale, estimé à 30 millions d'euros, hors le préjudice moral dont l'indemnisation échappait alors à l'impôt, la somme à régler aux époux Tapie après déduction des impôts et des créances détenues par l'État.

6.2.2 Une réalité tout autre

Le traitement du dossier fiscal de M. Tapie a abouti à un résultat très différent. Dès juillet 2008, celui-ci a été reçu par M. Richard, en présence du directeur général des finances publiques et du responsable de la cellule fiscale auprès de M. Woerth, alors ministre du budget, pour faire le point sur sa situation fiscale (D1208, p. 4). Il est rare que le contribuable participe à ce type de réunion dans le bureau du directeur de cabinet du ministre. Un peu plus tard, M. Tapie, qui trouvait que le règlement fiscal du dossier ne se déroulait pas assez vite, a invité à dîner au restaurant "Laurent" le directeur de cabinet de M. Woerth et son collaborateur, responsable de la cellule fiscale (D1208, p. 5, D1209, p. 4).

Par ailleurs, le dossier témoigne des interventions, courant 2009, de M. Tapie auprès de M. Guéant pour obtenir un regard bienveillant du cabinet de M. Woerth (D1220).

Comme le relève le ministère public dans son réquisitoire aux fins de non-lieu, il résulte de la note établie par un assistant spécialisé du pôle financier du tribunal de Paris que, sur les 345 millions d'euros versés par l'EPFR aux liquidateurs de M. Tapie et de ses sociétés au titre du dommage matériel et des intérêts, les impôts versés n'ont pas dépassé la somme de 24,8 millions d'euros (D1777). Ainsi, contrairement à la déclaration rassurante faite par Mme Lagarde devant la commission des finances de l'Assemblée nationale, l'État a récupéré une très faible partie des fonds qu'il a dû verser, à la suite de l'arbitrage, aux liquidateurs et aux époux Tapie.

La bienveillance toute particulière dont a bénéficié M. Tapie de la part de l'administration fiscale peut surprendre au regard de ses précédentes condamnations pénales, et notamment de celles pour fraude fiscale prononcées en 1997 (18 mois d'emprisonnement, dont 12 mois avec sursis) et en 2005 (3 ans d'emprisonnement, dont 2 ans et 4 mois avec sursis) (D1665).

6.3 L'abandon des poursuites pénales pour banqueroute à la suite de la révision des décisions ouvrant les procédures collectives de M. Tapie et de ses sociétés

A la suite de la sentence arbitrale, le mandataire ad hoc de la société GBT et les époux Tapie ont repris les instances en révision des jugements ayant prononcé le redressement puis la liquidation judiciaires de la SNC GBT et des époux Tapie, au prétexte que les procédures collectives résultaient de la fraude commise par la SDBO et le Crédit lyonnais lors de la vente de la société Adidas.

Après avoir relevé le passage de la sentence arbitrale mentionnant qu'*"il est évident que ni le tribunal de commerce ni la cour d'appel n'auraient prononcé l'ouverture de la procédure collective et a fortiori, la liquidation judiciaire, s'ils avaient eu connaissance de l'ensemble des éléments de l'opération Adidas"*, le tribunal de commerce de Paris, par un jugement du 6 mai 2009 constatant que les sommes dont disposait la société GBT excédaient la totalité du passif, a ordonné la révision des jugements prononcés le 30 novembre 1994 (D630).

Le 2 décembre 2009, le même tribunal a fait droit à la demande de révision des jugements de procédure collective des 30 novembre et 14 décembre 1994 concernant la société FIBT.

Le ministère public n'a pas été représenté à ces audiences et n'a pas déposé de conclusions écrites. Le responsable de l'époque de la section commerciale du parquet de Paris a déclaré qu'il entendait soutenir que les conditions de la révision n'étaient pas réunies, mais qu'il avait *"reçu l'instruction écrite, par mail, de ne pas participer à l'audience"* (D3022). L'abstention volontaire du parquet devant la juridiction commerciale et son renoncement à relever appel des décisions ont été lourds de conséquences au regard de la procédure pénale suivie au tribunal de grande instance de Paris contre M. Tapie et autres des chefs de banqueroutes par emploi de moyens ruineux et augmentation frauduleuse du passif. L'ouverture d'une procédure de redressement ou

de liquidation judiciaire est, en effet, une condition nécessaire à la caractérisation du délit de banqueroute. Dès lors qu'il constatait l'absence de celle-ci, le tribunal correctionnel ne pouvait que prononcer la relaxe, de ce chef, de M. Tapie et des autres personnes poursuivies ; c'est ce qu'il a fait dans son jugement du 2 avril 2010 (D136).

VII L'appréciation de la responsabilité de Mme Lagarde

Attendu que Mme Lagarde a succédé, le 19 juin 2007, à M. Borloo comme ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, fonctions qu'elle a exercées jusqu'à sa désignation à la direction générale du Fonds monétaire international, le 29 juin 2011 ;

7.1 Sur l'entrée en arbitrage

Attendu que Mme Lagarde a été mise en examen, tout d'abord, pour ne s'être pas opposée à l'arbitrage ;

7.1.1 Les éléments à décharge

7.1.1.1 Une nomination en qualité de ministre postérieure à un certain nombre d'événements préparant l'arbitrage

Attendu que, comme il a été indiqué plus haut, un certain nombre d'événements ou de décisions favorisant le recours à l'arbitrage sont intervenus avant la nomination de Mme Lagarde en qualité de ministre, dont :

- les premières initiatives de MM. Sarkozy et Guéant, à l'été 2004, pour imposer au CDR un accord amiable, débouchant sur la tentative de médiation conduite par la cour d'appel de Paris courant 2004-2005,
- la nomination de M. Rocchi à la tête du CDR le 20 décembre 2006,
- le choix de Me August, début 2007, pour conduire au nom du CDR les négociations avec les liquidateurs et leurs conseils,
- la première proposition d'arbitrage de la part des liquidateurs, en date du 30 janvier 2007,
- le début des négociations, à la mi-février 2007,
- la signature d'un protocole transactionnel avec les actionnaires minoritaires du groupe Tapie, le 24 avril 2007 ;

7.1.1.2 Une absence de relations personnelles avec les acteurs du dossier

Attendu qu'aucun élément du dossier n'établit ni même ne suggère que Mme Lagarde ait entretenu des relations personnelles avec M. Tapie, M. Rocchi, Me August ou les arbitres, contrairement à MM. Sarkozy, Richard et Guéant ; que l'information révèle l'existence d'un seul déjeuner entre Mme Lagarde et M. Tapie, en

présence de M. Richard, au printemps 2008 ; qu'aussi surprenante que soit cette rencontre, intervenue à un moment où les arbitres étaient saisis et n'avaient pas encore rendu leur première décision, rien ne vient contredire l'affirmation de Mme Lagarde selon laquelle ce déjeuner avait été mis en place par son directeur de cabinet, le sujet de l'arbitrage n'ayant pas été évoqué (D945/40) ;

Attendu qu'en revanche, comme on l'a vu plus haut, MM. Sarkozy et Tapie se sont rencontrés à plusieurs reprises, et notamment les 30 juillet et 17 novembre 2007, soit, respectivement, la veille du renouvellement de la proposition d'arbitrage et le lendemain de la signature du compromis d'arbitrage ; que, de même, des liens d'amitié anciens existaient entre MM. Richard et Sarkozy (D212, p.3) qui se sont rencontrés, notamment, le 20 août 2007 ;

Attendu que, du tutoiement ressortant de leurs relations écrites et téléphoniques, se déduit une forme de proximité entre M. Richard et M. Tapie ; qu'ainsi, le 9 juillet 2008, comme déjà évoqué (5.2), ce dernier a adressé à M. Richard une note, en le tutoyant, pour lui transmettre, notamment, les deux consultations de M. Fadfallah ; qu'en outre, la retranscription de leurs échanges téléphoniques témoigne de la familiarité de leurs rapports (D2838, D2623) ;

Attendu qu'il résulte des déclarations de Me August que celui-ci connaît très bien et de longue date M. Richard, dont il a indiqué avoir été le témoin de mariage (D714) ;

Attendu que la nature des relations de MM. Guéant et Tapie se déduit des nombreux courriers que ce dernier a adressés et des multiples rencontres entre les deux hommes, comme celle du 30 juillet 2007 évoquée plus haut (D1711-8, D1711-18, D1711-29) ; que M. Richard a, en outre, confirmé que ceux-ci se connaissaient (D2098/14) ;

7.1.1.3 Une absence d'intervention dans le choix des arbitres

Attendu que Mme Lagarde n'est pas intervenue dans le choix des arbitres et ne les a jamais rencontrés ; qu'il n'est pas davantage établi ni même allégué qu'elle ait eu des liens de proximité avec eux ;

Attendu que lorsque, à la fin du mois d'octobre 2008, des doutes sont apparus quant à l'indépendance de M. Estoup, le tribunal arbitral était toujours constitué car il devait rendre une décision le 28 novembre 2008, de sorte qu'il était encore possible d'agir en récusation de cet arbitre ; qu'il ressort des procès-verbaux du conseil d'administration du CDR des 3 et 13 novembre 2008 que celui-ci a chargé ses avocats d'effectuer une enquête et a consulté deux professeurs de droit spécialistes de l'arbitrage, MM. Jarosson et Train ; que, tout en relevant le doute qu'avaient fait naître les explications données au compte-gouttes par Me Lantourne et M. Estoup, les deux professeurs ont conclu que les chances de faire aboutir une action en récusation étaient, pour l'un, "assez aléatoires" et, pour l'autre, "insuffisantes ou assez faibles" ; qu'à la suite d'un débat, le conseil d'administration du CDR a estimé que les éléments mis en évidence n'étaient pas assez probants pour engager une action en récusation et s'est contenté de demander à son président de faire une déclaration devant le tribunal arbitral (D18-40, D18-41 et D18-42) ;



Attendu que sur le fondement de ces éléments, qui ont été transmis au cabinet de la ministre, comme l'établissent les procès-verbaux du conseil d'administration du CDR, il ne paraît pas y avoir lieu de reprocher une quelconque inaction à Mme Lagarde ;

7.1.2 Les éléments à charge

Attendu que Mme Lagarde assume pleinement la décision de recourir à un arbitrage dans une affaire qui durait depuis très longtemps, générant des honoraires d'avocats élevés et constituait un risque pour les finances publiques ; qu'elle a fait observer que la procédure d'arbitrage lui était familière dans le cadre de ses précédentes fonctions professionnelles ; qu'elle a déclaré, tout comme son directeur de cabinet, que le dossier Adidas ne relevait que du ministère de l'économie et des finances et n'avait entraîné aucune réunion interministérielle, de sorte qu'elle ne s'en était jamais entretenue avec qui que ce soit et n'avait reçu aucune instruction (D2118/15, D2609, p. 15) ;

Attendu que M. Guéant a indiqué que, si l'Elysée avait été tenu informé de l'évolution de ce contentieux, la décision d'entrer en arbitrage avait été prise par Mme Lagarde seule, qui a suivi le déroulement de la procédure ; qu'il a notamment précisé que le compromis d'arbitrage avait été établi sous le contrôle du ministre de l'économie et des finances, renvoyant aux déclarations publiques de Mme Lagarde, dans lesquelles elle revendiquait la responsabilité de cette décision (D3023/9 à D3023/12) ;

Attendu que la responsabilité de Mme Lagarde doit être appréciée au regard, non pas de considérations relevant de l'opportunité politique, lesquelles échappent au contrôle du juge pénal, mais des circonstances dans lesquelles elle a pris la décision de recourir à un arbitrage pour solder tous les contentieux en cours entre, d'un côté, le Crédit lyonnais et le CDR, de l'autre, les liquidateurs du groupe Tapie et des époux Tapie (7.1.2.1), des modalités de nomination de M. Scemama (7.1.2.2) et de gestion du dossier, conduit directement par le ministre et son directeur de cabinet (7.1.2.3), enfin, des instructions écrites données (7.1.2.4) ;

7.1.2.1 Les circonstances dans lesquelles a été prise la décision d'entrer en arbitrage

Attendu que la décision d'entrer en arbitrage, que revendique Mme Lagarde malgré les notes de l'APE qui lui déconseillaient cette voie, apparaît comme ayant été mal préparée, mal encadrée et malvenue ;

✓ Une décision mal préparée

Attendu que, prise rapidement en raison, sans doute, de l'agitation de M. Tapie qui souhaitait un accord proche, la décision de recourir à un arbitrage n'a été précédée ni d'une expertise juridique sur la possibilité d'arbitrer ni d'une étude approfondie du dossier malgré sa complexité et les conséquences importantes qu'il pouvait avoir sur les finances publiques ;

Attendu que la question de savoir si le CDR pouvait transiger n'a, tout particulièrement, pas été étudiée, alors que l'article 2060 du code civil interdit de compromettre "sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent

CJR cote D3248/40

l'ordre public ; que, certes, le CDR était une société de droit privé, mais son actionnaire unique, l'EPFR, ne pouvait pas transiger en raison de sa nature d'établissement public ; que, soumis au contrôle strict de l'EPFR, le CDR disposait d'une autonomie réduite ; que, dès lors, se posait la question de savoir si la filiale d'un établissement public, fût-elle de droit privé, pouvait compromettre, quand la décision de le faire pouvait engager les finances publiques ; que cette question juridique méritait d'être aplanie avant de prendre la décision de recourir à l'arbitrage ; qu'elle aurait pu l'être par la consultation de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances ou par celle, même officieuse, du Conseil d'État ;

Attendu que Mme Bergeal, directrice des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances du 1^{er} novembre 2007 au 18 mai 2013, a déclaré qu'elle avait été consultée pour la première fois le 18 août 2008 à propos du recours contre la sentence arbitrale et que, si son avis avait été recueilli sur le choix des arbitres, elle aurait pu déconseiller le choix de M. Estoup dont elle avait constaté, à l'occasion d'un autre dossier, le comportement peu éthique (D1463/13) ; que le Conseil d'État n'a pas non plus été consulté ;

Attendu que le tribunal administratif, saisi par des parlementaires, a, le 8 octobre 2009, écarté le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 2060 du code civil, considérant qu'il s'agissait d'un litige de droit privé, que le CDR disposait d'une autonomie réelle et qu'il ne ressortait pas du dossier qu'il fût titulaire d'un mandat de l'État ou de l'EPFR dans le règlement du litige opposant le Crédit lyonnais au groupe Tapie (D29, rapport Cour des comptes, p. 58) ; que le recours formé contre cette décision n'a toutefois pas été jugé au fond, la cour administrative d'appel l'ayant déclaré irrecevable pour des raisons de pure forme (D236) ;

Attendu que Mme Lagarde fait valoir, pour sa défense, que l'APE n'avait pas de doute sur la capacité juridique du CDR à compromettre ; qu'en effet, pour M. Bezard, l'arbitrage était une mauvaise option, mais une option légale (D243, p. 24) ; que, toutefois, comme le souligne le ministère public dans son réquisitoire aux fins de non-lieu, le dépôt, à l'époque des faits, d'un amendement législatif tendant à consacrer la capacité des établissements publics de compromettre, lequel a été adopté, mais censuré par le Conseil constitutionnel, démontre, à la fois, que le Gouvernement avait des doutes à ce sujet et qu'il était, pour lui, urgent de prendre par ordonnance les mesures nécessaires afin de mettre fin au principe de la prohibition du recours à l'arbitrage en droit public³ (D523, D966/14 à 18 et D2128) ;

Attendu que Mme Lagarde s'est bornée à déclarer que personne n'avait attiré son attention sur ce point (D945/33) ;

Attendu qu'en outre, elle a arrêté sa décision sans solliciter des services compétents de son ministère l'établissement du rapport de synthèse qui lui aurait permis d'être pleinement éclairée sur la garantie donnée par l'État au Crédit lyonnais pour le contentieux Adidas ; qu'elle a pourtant reconnu que la contribution forfaitaire du Crédit

³Le Conseil constitutionnel a considéré que cet amendement gouvernemental était dépourvu de lien avec le projet de loi relatif à la protection juridique des majeurs, dans lequel il avait été introduit.

CJR cote D3248/41

lyonnais de 12 millions d'euros lui avait "toujours été présentée de manière floue" (D2609, p. 12) ;

Attendu qu'elle ne s'est pas davantage préoccupée ni des recommandations faites par M. Burgelin, procureur général honoraire, dans le cadre de la médiation qui lui avait été confiée par la cour d'appel de Paris, selon lesquelles il fallait éviter tout enrichissement des époux Tapie, ni de la note élaborée par MM. Cieutat, Coulon et Rouvillois et remise à M. Breton, cette note concluant à la nécessité de ne pas accorder aux liquidateurs du groupe Tapie une somme supérieure à celle allouée par la cour d'appel de Paris par arrêt du 30 septembre 2005 et, en tout état de cause, de n'effectuer aucun versement en numéraire aux époux Tapie ;

Attendu que Mme Lagarde a déclaré s'être essentiellement intéressée aux décisions judiciaires, notamment les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, qui lui sont pourtant apparues, comme elle l'a indiqué spontanément, d'une lecture difficile (D945/9, D945/14, D945/17, D2609) ; qu'elle semble donc avoir survolé, plutôt qu'étudié, le dossier ;

✓ *Une décision mal encadrée*

Attendu que la prise en considération de la tentative de médiation, du rapport du "comité des sages" et, de manière générale, de l'historique du dossier aurait pu conduire la ministre à exiger un encadrement plus strict de l'arbitrage ; que le CDR, qui n'était, en principe, pas demandeur, aurait pu imposer ses conditions sur les préjudices à prendre en considération et sur leur plafond ; qu'aucune condition n'a été posée sur ce point, laissant ainsi le champ libre à M. Tapie, ce qui a conduit M. Breton à déplorer que l'arbitrage n'ait pas été encadré "en se référant strictement aux recommandations énoncées par les trois hautes personnalités"⁴ (D1986, p. 16) ;

Attendu que Mme Lagarde, qui a déclaré s'être forgé sa conviction en prenant connaissance des décisions judiciaires, a pu constater que :

- l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2005 avait alloué un euro de dommages-intérêts aux époux Tapie au titre du préjudice moral ;

- les demandes des liquidateurs et des époux Tapie ont été plafonnées à un montant nettement supérieur aux sommes allouées par la cour d'appel de Paris, et même à la demande de transaction formulée, au lendemain de l'arrêt du 30 septembre 2005, par M. Tapie, qui avait proposé que l'État règle le montant de la condamnation fixée par la cour d'appel, sous réserve du paiement par l'EPFR de la franchise de 12 millions d'euros que devait supporter le Crédit lyonnais et de l'abandon des pénalités et des intérêts de retard sur sa dette fiscale (D844, Lantoume/Six, 12^e document, D945/17) ;

Attendu que Mme Lagarde s'est bornée à déclarer à ce propos qu'elle ne connaissait "pas la manière dont les plafonds ont été fixés" (D945/49), ce qui relève, à tout le moins, d'une légèreté peu admissible ;

⁴ MM. Cieutat, Coulon et Rouvillois (cf 2.2).

CJR cote D3248 /42

✓ *Une décision malvenue*

Attendu qu'au regard de l'arrêt rendu le 9 octobre 2006 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la position du CDR apparaissait renforcée, puisqu'avaient été encadrées étroitement les conditions auxquelles les liquidateurs pouvaient espérer l'emporter devant la cour de renvoi, point de vue largement partagé par les acteurs du dossier, à l'exception, bien évidemment, des liquidateurs et des époux Tapie (D142, D143, D243, p. 7) ; qu'autant une médiation, voire un arbitrage, aurait pu se concevoir avant l'arrêt du 9 octobre 2006, autant, après, le recours à l'arbitrage apparaissait inadéquat et contraire aux intérêts du CDR ainsi que, par contrecoup, à ceux de l'État ;

Attendu qu'à la suite de la décision de recourir à l'arbitrage, le directeur général de la Caisse des dépôts et consignations, hostile à ce choix, a décidé de retirer l'appui que son établissement apportait au CDR depuis 2005 ; que M. Lemasson, nommé président du CDR en 2013, a confirmé que la Caisse des dépôts et consignations, étant opposée à l'arbitrage, avait décidé en 2007 de cesser d'apporter tout appui au CDR pour le dossier Adidas (D2127, p. 4) ;

Attendu qu'il convient de rappeler que la cour d'appel de renvoi était saisie depuis février 2007 et que, le 6 juin 2007, les liquidateurs avaient déposé leurs conclusions, lesquelles ne comportaient pas d'argumentation nouvelle de nature à justifier un changement de stratégie (D17-23) ;

Attendu que le choix de la ministre, à ce stade de la procédure, apparaît d'autant plus étonnant, voire fautif, que les notes de l'APE, établies à son intention, la dissuadent de choisir cette voie ;

✓ *L'avis contraire et répété de l'APE*

Attendu que, de manière constante, et sous l'autorité de directeurs généraux différents, l'APE a déconseillé aux ministres successifs le recours à une solution négociée et à l'arbitrage ; qu'un rappel des principales notes s'impose :

- note du 7 juin 2004, analysant une proposition de médiation judiciaire ou de transaction émanant de M. Tapie et recommandant au ministre de rejeter la proposition car elle aboutirait à un boni de liquidation contraire au principe "*ni riche ni failli*" (D245),

- note du 14 septembre 2004, sur la proposition de médiation demandée le 28 juillet 2004 par le mandataire ad hoc des actionnaires minoritaires de BTF, soulignant que "*le souhait de M. Tapie d'obtenir une médiation semble être avant tout motivé par le fait qu'elle lui permettrait d'éviter le procès pénal en mars 2005 (et donc la faillite personnelle), ce qui ne serait effectivement possible que dans le cas - hypothétique - du versement d'indemnités conséquentes par le CDR à CEDP, au titre de l'affaire Adidas, et de la restitution par le CDR des actions de CEDP à la liquidation Tapie*" (D246),

CJR cote D3248/43

- note du 7 octobre 2004, évoquant le même projet de médiation que ci-dessus et revêtue de la mention manuscrite suivante du directeur général de l'agence : *"une décision judiciaire est toujours plus protectrice qu'une médiation pour l'État dans un cas difficile et médiatique comme celui-là"* (D247),

- note du 23 février 2007, déconseillant de donner suite à la demande d'arbitrage *"qui est clairement contraire aux intérêts du CDR et présente des risques évidents pour ce dernier"*, et soulignant que *"la position du CDR en droit est significativement renforcée depuis l'arrêt de la Cour de cassation"* (D17-13),

- note du 1er août 2007 destinée à Mme Lagarde et ayant pour objet de faire un point précis sur la situation, qui rappelle que *"le recours à l'arbitrage poserait un évident problème de présentation et de justification, alors même que le CDR est sorti renforcé de l'arrêt de la Cour de cassation ayant annulé l'arrêt de la cour d'appel du 30 septembre 2005, qu'il dispose de solides arguments en droit pour assurer sa défense, et que les conclusions récemment déposées par la partie adverse devant la cour d'appel de renvoi n'apportent aucun élément nouveau à l'appui de ses thèses"* ; la note se poursuit en énumérant les risques majeurs que comporterait le recours à l'arbitrage et se conclut en déconseillant au ministre de s'engager dans cette voie *"qui n'est justifiée ni du point de vue de l'État, ni du point de vue du CDR et pourrait même être considérée comme une forme de concession inconditionnelle et sans contrepartie faite à la partie adverse"* (D17-23),

- note du 17 septembre 2007, prenant acte de la décision gouvernementale d'entrer en arbitrage tout en rappelant que l'APE a fait part, dans des notes précédentes, *"des risques substantiels pour le CDR, et à travers lui pour les finances publiques"* que faisait courir une procédure d'arbitrage, *"en particulier dans le contexte de la décision favorable de la Cour de cassation"* ; la note se termine en demandant au ministre de donner aux administrateurs représentant l'État au sein de l'EPFR des instructions formelles (D12-52) ; son auteur, M. Bezard, a précisé qu'il ne s'agissait pas d'une formule d'usage, *"l'APE, et d'une façon générale la direction du Trésor, ne sollicit[ant] des instructions écrites que lorsque la décision du ministre est contraire à sa recommandation très appuyée et qu'elle lui paraît présenter des risques importants pour les intérêts de l'État"* (D243, p. 17) ;

Attendu que M. Bezard a confirmé que l'APE, par ses notes et sa voix, avait, de manière constante, dit que le recours à l'arbitrage était une solution contraire aux intérêts du CDR et que la voie judiciaire était plus protectrice (D146 et D143, p 7 et 9) ; qu'il ne saurait être soutenu qu'il lui appartenait de solliciter un entretien avec Mme Lagarde, alors que c'était à la ministre, si elle n'était pas convaincue par ces multiples notes, à demander à leur auteur de faire valoir oralement sont point de vue auprès d'elle ;

Attendu que Mme Lagarde a déclaré avoir découvert, a posteriori, un certain nombre de notes de l'APE qu'elle ignorait au moment où elle avait pris sa décision, notamment celle du 1er août 2007 qui lui déconseillait la voie de l'arbitrage, tout en admettant que son directeur de cabinet l'avait informée que l'APE ne soutenait pas le projet d'aller à l'arbitrage (D945/8, 27 et 28, D2609, p. 4) ; que M. Richard a, pour sa part, indiqué, y compris lorsqu'il a été confronté à elle, que la ministre avait eu une parfaite connaissance des notes de l'APE (D2098, p. 32, D2223, p. 11) ;

Attendu qu'il doit être relevé que, d'une part, l'ensemble de ces notes étaient destinées au ministre, celle du 1er août 2007 ayant tout particulièrement pour objet d'informer Mme Lagarde, nouvellement nommée, de l'état du dossier Adidas, d'autre part, celle-ci a déclaré, devant la commission des finances de l'Assemblée nationale, qu'elle avait pris connaissance avec intérêt des notes de l'APE (D24, p. 225) ; qu'enfin, la note du 1er août 2007 est visée en référence de l'instruction écrite qu'elle a donnée, le 10 octobre 2007, aux administrateurs représentant l'État au sein de l'EPFR ;

Attendu que, certes, comme le font observer Mme Lagarde et M. Guéant, les notes de l'APE ne constituaient qu'un avis parmi d'autres, la décision finale revenant au ministre ; que force est de constater, cependant, qu'à l'exception de M. Sarkozy, ministre de l'économie et des finances de mars 2004 à juin 2005, et de Mme Lagarde, les autres ministres ont toujours suivi les recommandations de l'APE ;

Attendu que le dossier Adidas relevait, selon la ministre, du secteur de compétence que son directeur de cabinet s'était réservé et n'était pas traité par d'autres membres de son cabinet (D945/7) ; qu'il n'est cependant pas concevable que, pour un dossier aussi important pour les finances publiques, le directeur de cabinet ait agi sans rendre compte à sa ministre - ce qu'il a d'ailleurs contesté avec la plus grande vigueur - et que, si tel avait été le cas, celle-ci ne s'en soit pas émue et ait négligé de prendre connaissance des notes de l'APE ; qu'un tel comportement de la part de Mme Lagarde serait révélateur, sinon d'une incurie, du moins d'une légèreté inacceptable au regard des enjeux ;

7.1.2.2 La nomination de M. Scemama

Attendu qu'à propos de cette nomination surprenante, au point d'étonner l'intéressé lui-même, Mme Lagarde a déclaré qu'elle ne connaissait pas M. Scemama et qu'elle l'avait rencontré pour la première fois lors de son audition devant la commission des finances de l'Assemblée nationale en septembre 2008, précisant qu'elle n'avait pas eu conscience, à l'époque, des enjeux véritables attachés au poste de président de l'EPFR et qu'elle s'était bornée à entériner les propositions émanant de l'APE (D945/10 et 11), alors que celle-ci n'est pas à l'origine de la nomination de Scemama, comme MM. Bezard et Leclercq l'ont indiqué et comme l'établit la note du 6 septembre 2007 qu'ils ont rédigée (D243, p. 5 et D250, p. 6) ; que ce document adressé à la ministre souligne en effet :

"Je signale toutefois que M. Bernard Scemama atteindra la limite d'âge de 65 ans relative à l'activité des fonctionnaires civils de l'État dès le 14 décembre 2007⁵. A partir de cette date, l'intéressé se retrouvera donc dans la même situation que M. Bertrand Schneider le 21 juillet 2007 et ne pourra donc être le cas échéant maintenu en fonction qu'à titre intérimaire et pour une durée limitée, le temps d'identifier son successeur. S'il souhaite néanmoins nommer pour cette période limitée M. Scemama président de l'EPFR, le ministre pourra revêtir de sa signature le projet de décret joint à cette note" (D17-24) ;

Attendu que Mme Lagarde avait accepté, moins d'un mois plus tôt, le 6 août 2007, sur proposition de l'APE, de prolonger le mandat de M. Schneider jusqu'à la désignation

⁵ Passage souligné dans la note.

CJR cote D3248/45

de son successeur (D17-22, D17-24) ; que M. Scemama a déclaré avoir été reçu, dès sa nomination le 15 septembre 2007, par M. Richard qui lui a indiqué que l'orientation du Gouvernement était d'aller à l'arbitrage (D184, p. 5, D2808) ; qu'il l'a confirmé lorsqu'il a été confronté à lui (D3019) ; qu'avant son audition par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, M. Scemama avait déjà répondu à un journaliste du quotidien Le Monde, qui lui posait la question de savoir s'il avait reçu une feuille de route à son arrivée à la tête de l'EPFR :

"Oui, J'ai été reçu dès ma nomination par Stéphane Richard, le directeur de cabinet de la ministre de l'économie et des finances, Christine Lagarde. Il m'a tout de suite parlé du dossier Tapie et m'a donné une consigne claire : il fallait aller à l'arbitrage. "C'est la décision du Gouvernement m'a-t-il dit". Il m'a expliqué que cela faisait des années que cette affaire traînait et qu'il fallait en finir" (Interview du 6 août 2011, D184).

Attendu que, tout en précisant que son seul interlocuteur avait été M. Richard, M. Scemama a ajouté : *"mais quand le directeur de cabinet parle, c'est la ministre qui parle"* ; que, trois jours plus tard, lors du conseil d'administration du CDR dont il était membre de droit en sa qualité de président de l'EPFR, il a voté en faveur de l'arbitrage ;

Attendu que nommer, à la veille de décisions essentielles, une personne atteinte par la limite d'âge dans les semaines suivant son entrée en fonction et qui ignorait tout d'un dossier aussi complexe et passionné que celui de l'affaire Adidas est difficilement justifiable et s'analyse comme une faute relevant, à tout le moins, d'une imprudence grave de la part de Mme Lagarde ;

7.1.2.3 Un dossier sensible, conduit directement par le ministre et son directeur de cabinet

Attendu que le contentieux Adidas, pour lequel l'État garantissait le CDR, a été suivi personnellement par M. Richard qui a toujours soutenu avoir fidèlement et loyalement rendu compte au ministre de tous les aspects du dossier (D2223/12 et 13) ;

Attendu que M. Bezard a qualifié de *"très forte"* l'implication du directeur de cabinet dans le traitement du dossier (D243, D146, p. 8), son appréciation ayant été confirmée par son collaborateur, M. Leclercq (D250) ; qu'il a précisé que, dans la période ayant précédé la décision de recourir à l'arbitrage et dans celle relative à la préparation de l'arbitrage, le président du CDR avait eu une tendance marquée à privilégier les relations directes avec le cabinet du ministre, et particulièrement avec M. Richard, plutôt qu'avec l'APE (D243, p. 4, D146, p. 8) ; qu'il a ajouté que cette manière de procéder était peu fréquente, au point qu'il n'avait pas d'autre exemple à citer (D146, p. 9) ;

Attendu que M. Rocchi a confirmé avoir rencontré M. Richard à propos du contentieux Adidas (D158, p. 5) ; qu'en toute hypothèse, les relations directes ayant existé entre ces deux personnes ressortent clairement des courriers qu'elles ont échangés les 7 et 9 novembre 2007 à propos de la contribution forfaitaire de 12 millions d'euros que le Crédit lyonnais n'acceptait plus de supporter (D12-69 et D12-70) ; que, pour contourner cette difficulté, M. Rocchi n'a pas hésité à adresser directement une note à M. Richard pour lui faire part de la proposition des liquidateurs *"de constituer au profit du CDR une franchise de paiement de toute condamnation égale à 12 M€"* ; que, par lettre adressée personnellement à M. Rocchi, M. Richard lui a fait part de son accord ;

Attendu que ce point n'a été ni discuté avec l'APE, ni soumis au conseil d'administration de l'EPFR, qui avait pourtant posé pour condition préalable l'accord du Crédit lyonnais de prendre en charge cette contribution de 12 millions d'euros (D146, p. 14) ;

Attendu que ce type de relations entre une société commerciale et le ministre, par l'intermédiaire de son directeur de cabinet, est surprenant sur la forme ; que, sur le fond, il témoigne de la connaissance que Mme Lagarde et M. Richard ont pu avoir des discussions qui ont entouré la préparation de l'arbitrage et son exécution ;

7.1.2.4 Les instructions écrites données par Mme Lagarde

Attendu qu'il ressort de l'information que deux instructions écrites portent la signature de Mme Lagarde, celle en date du 10 octobre 2007 et celle en date du 23 octobre suivant ;

✓ L'instruction du 10 octobre 2007

Attendu que, le 10 octobre 2007, Mme Lagarde a, par note écrite et signée, donné instruction aux administrateurs représentant l'État au sein du conseil d'administration de l'EPFR de se prononcer en faveur de la proposition du CDR d'engager une procédure d'arbitrage (D17-9) ;

Attendu que la lecture de ce document montre que, pour la ministre, le Crédit lyonnais devait prendre en charge la contribution forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation du CDR ; que Mme Lagarde a, en effet, rayé de sa main l'option selon laquelle la banque refuserait de supporter cette charge financière et a écrit sur la note, par un ajout suivi de ses initiales : "Oui sur option 1 ou 2 selon l'avis rendu par écrit⁶ par le C.L." ; que l'option n° 1 concernait l'hypothèse où le Crédit lyonnais aurait donné son accord sur la franchise de 12 millions d'euros avant la tenue du conseil d'administration de l'EPFR, fixée au 10 octobre 2007 ; que l'option n° 2 visait l'hypothèse où la banque n'aurait pas encore fait parvenir son accord avant ledit conseil, auquel cas il était demandé aux administrateurs de poser comme condition préalable au recours à l'arbitrage l'obtention, par le CDR, de la confirmation formelle de l'accord du Crédit lyonnais ;

Attendu qu'au moment où ces instructions ont été élaborées, le CDR et l'APE étaient informés du refus de la banque de supporter toute contribution financière, le directeur général du Crédit lyonnais ayant, par lettre du 28 septembre 2007, fait connaître au CDR son refus de subir la moindre conséquence du recours à l'arbitrage (D12-55) ; qu'aussitôt avisée, l'APE avait informé le ministre de la position de la banque par une note du 3 octobre 2007 lui recommandant de "rechercher rapidement, avant la tenue du conseil d'administration de l'EPFR (...) un accord avec le Crédit lyonnais sur le principe d'une contribution à hauteur de 12 M€ au paiement d'une éventuelle condamnation du CDR par le tribunal arbitral ... si un tel accord ne pouvait être trouvé avant (la tenue du conseil d'administration), je recommanderais au ministre de conditionner l'accord de l'EPFR à l'ouverture de la procédure d'arbitrage à l'obtention par le CDR d'un engagement ferme du Crédit lyonnais d'honorer ses engagements de 1999..." (D12-62) ;

⁶ Souligné dans le texte.

que les instructions écrites du 10 octobre 2007 s'inscrivent directement dans le prolongement de cette note du 3 octobre 2007 ;

Attendu que ces instructions n'étaient pas inapplicables dès leur signature, contrairement à ce que soutient le ministère public dans son réquisitoire aux fins de non-lieu, motif pris de ce que le Crédit lyonnais avait refusé de prendre en charge les 12 millions d'euros (p. 62) ; qu'à l'évidence, les instructions du 10 octobre 2007, postérieures au refus exprimé par le directeur général du Crédit lyonnais dans sa lettre du 28 septembre 2007, ont pour objet, conformément à la recommandation du 3 octobre 2007 émanant de l'APE, de rechercher à nouveau un accord avec l'établissement bancaire ;

Attendu qu'interrogée à ce propos, Mme Lagarde n'a pas contesté avoir donné de telles instructions, mais a déclaré qu'elle avait dû signer la note rapidement car le conseil d'administration de l'EPFR devait se réunir le jour même ; qu'elle a ajouté que ces instructions ne lui avaient pas paru claires, qu'elle n'avait pas lu les notes de l'APE visées en référence, notamment celle du 3 octobre 2007 qui l'informait du refus du Crédit lyonnais, et que la question des 12 millions d'euros lui était apparue secondaire (D945/50, 53, D2118/20) ;

Attendu que ces explications apparaissent peu convaincantes, sinon affligeantes, au regard de l'enjeu que représentait ce dossier pour les finances publiques ; que tout signataire de document, a fortiori un ministre, est censé en avoir pris connaissance dans son intégralité et en avoir mesuré la portée ; que soutenir, d'une part, qu'elle n'avait pas eu le temps de lire les notes de l'APE visées en référence de ses instructions, dont elle a estimé qu'elles ne lui étaient pas apparues claires, d'autre part, que l'engagement de la banque de garantir le paiement de 12 millions d'euros était "secondaire", alors qu'il en avait été pris acte dans les deux lettres adressées le 17 mars 1999 par le ministre de l'économie et des finances aux présidents du CDR et de la banque, témoigne d'une précipitation et d'une légèreté constitutives de graves négligences de la part d'un ministre chargé de la conduite des affaires de l'État ;

✓ *L'instruction du 23 octobre 2007*

Attendu que le conseil d'administration de l'EPFR du 10 octobre 2007 a décidé, à la suite des instructions ministérielles adressées le même jour aux administrateurs représentant l'État, de ne pas s'opposer à l'arbitrage, mais d'en subordonner le lancement à la condition que le CDR obtienne du Crédit lyonnais, avant la régularisation du compromis, la confirmation écrite de la prise en charge de la contribution forfaitaire de 12 millions d'euros en cas de condamnation (D18-8) ; que, le jour même, le président de l'établissement public a relayé auprès du président du CDR l'existence de cette condition préalable, qui suspendait la mise en place d'un compromis à un accord que le Crédit lyonnais avait refusé de donner (D12-60) ;

Attendu que c'est dans ces circonstances que, le 23 octobre 2007, une lettre portant la signature de Mme Lagarde a été adressée au président de l'EPFR pour lui demander "de bien vouloir interpréter les instructions que je vous ai données préalablement à ce conseil (celui du 10 octobre 2007) de la manière suivante : la confirmation écrite de l'accord du Crédit lyonnais pour dédommager le CDR à hauteur

de 12 M€ du montant de la condamnation éventuelle par le tribunal, devra avoir été obtenue au plus tard au moment du prononcé de la sentence" (D12-63) ;

Attendu que dès le lendemain, M. Scemama, sans consulter son conseil d'administration, dont le sens du vote se trouvait pourtant modifié, a écrit au président du CDR pour l'informer de ce changement important (D12-64) ;

Attendu que cette dépêche du 23 octobre 2007 modifiait sensiblement les instructions initiales, l'accord du Crédit lyonnais ayant cessé d'être une condition préalable à la signature du compromis d'arbitrage, puisqu'il suffisait qu'il intervienne d'ici le prononcé de la sentence ; qu'elle comportait en outre des instructions à l'égard du président de l'EPFR, ce qui constituait un excès de pouvoir de la ministre, qui ne pouvait agir qu'au travers des représentants de l'État ;

Attendu que, dès sa première audition, Mme Lagarde a contesté avoir signé cette lettre (D945/53) ; que les vérifications entreprises ont établi que ce courrier avait été proposé par M. Rocchi à M. Richard, qui l'a accepté, et qu'il a, très vraisemblablement, été signé à l'aide de la griffe (D2223/23 et 24, D2952) ; que Mme Lagarde a soutenu n'en avoir pas pris connaissance avant son audition par la commission des finances de l'Assemblée nationale (D2118, p. 22, D2223/26, D2609, p. 21) ; que, pour sa part, M. Richard, s'il ne dément pas que la lettre du 23 octobre a pu être signée avec la griffe ministérielle, a soutenu, y compris lors de sa confrontation avec Mme Lagarde, avoir évoqué avec elle son contenu et a ajouté que, si ce courrier avait posé problème, la ministre n'aurait pas manqué de l'interroger sur son existence dès qu'elle en a eu connaissance, ce qu'elle n'a jamais fait (D2223/27) ; qu'enfin, M. Dufour, chef de cabinet, a expliqué que cette lettre, ne relevant pas de la gestion courante, devait recevoir l'aval de la ministre avant que la griffe ne soit apposée et qu'il n'avait pas gardé le souvenir d'un reproche quelconque de la part de Mme Lagarde à ce propos (D960/10 et 12) ;

Attendu que Mme Lagarde ne peut, dès lors, se retrancher derrière une prétendue ignorance des instructions qu'elle a données et qu'il lui appartient d'assumer, même si elle ne les a pas signées elle-même ; qu'en conséquence, et comme on l'a relevé ci-dessus, l'abandon de l'engagement du Crédit lyonnais à l'égard de l'État, tel qu'il avait été consacré par son prédécesseur le 17 mars 1999, à seule fin d'ouvrir la voie à un arbitrage dont la banque était exclue et qui faisait courir un risque accru pour les finances publiques, constitue une faute caractérisant, à tout le moins, une négligence d'une particulière gravité ;

7.2 Sur la renonciation à l'exercice d'un recours en annulation de la sentence arbitrale

Attendu que Mme Lagarde, à laquelle il est également reproché d'avoir renoncé à l'exercice d'un recours en annulation de la sentence arbitrale en demandant aux représentants de l'État à l'EPFR de "*s'exprimer lors de la séance du 28 juillet 2008 en défaveur*" de ce recours, a qualifié sa décision d'"essentielle" et précisé s'être "*personnellement plus investie*" que pour l'entrée en arbitrage, avoir "*effectivement pris une connaissance approfondie des chances de recours en annulation*" et "*étudié l'ensemble des consultations*" demandées ; qu'avisée de la mise en examen envisagée

en raison de ces faits, elle a déclaré (D2609, p.31) : "*sur le recours en annulation, j'ai examiné la sentence, les consultations, j'ai sollicité une réunion, j'ai demandé un avis complémentaire, j'ai, me semble-t-il, exercé toutes les diligences nécessaires*"; que, dans ses écritures, elle ajoute, pour sa défense, qu'il ne saurait lui être fait grief de "*n'avoir pas formé*" un recours et d'avoir ainsi commis une faute alors que, comme l'a relevé le tribunal administratif de Paris dans sa décision du 8 octobre 2009 "*revêtue de l'autorité de la chose jugée*", d'une part, ce recours relevait du seul conseil d'administration du CDR, organisme indépendant distinct de l'EPFR, d'autre part, aucune "*erreur manifeste d'appréciation*" ne peut être retenue à son encontre ; qu'elle se prévaut de l'avis de M. Floquet, membre du conseil d'administration du CDR, qui a indiqué les raisons pour lesquelles il avait voté en défaveur d'un recours ; qu'elle indique enfin que lorsqu'elle était en fonction, elle n'a eu connaissance, au sens de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2015 ayant déclaré recevable la demande de révision, d'aucun fait susceptible de justifier un recours ;

Attendu, d'une part, qu'au conseil d'administration du CDR du 28 juillet 2008, l'attitude de M. Rocchi, dont la nomination est intervenue comme il a été dit plus haut (3.1.1), et celle de M. Scemama, qui s'est prononcé conformément aux instructions reçues, avant même que le conseil d'administration de l'EPFR dont il était le représentant n'ait statué, vident de son contenu l'argument pris de l'indépendance du CDR ; qu'au demeurant, M. Scemama a également considéré l'EPFR, à la tête duquel il a été nommé par Mme Lagarde le 15 septembre 2007 dans des conditions très particulières (cf. supra, 7.1.2.2), comme un "*établissement public entièrement entre les mains de l'État*", ce qu'il est effectivement devenu sous sa présidence ;

Attendu, d'autre part, que le jugement du tribunal administratif précité, dont on rappellera qu'il a été frappé d'un appel déclaré irrecevable pour des raisons de forme, ne saurait, en ce qui concerne les erreurs ou les fautes susceptibles d'être reprochées à Mme Lagarde, s'imposer au juge pénal auquel il appartient, à ce stade, d'examiner les éléments à décharge et à charge recueillis au cours de l'instruction ;

Attendu, enfin, qu'aucun argument ne saurait être tiré de l'avis formulé lors de son audition par M. Floquet, lequel est, logiquement, conforme au sens de son vote, intervenu après que, notamment :

- selon lui, lors d'une première réunion du CDR, le 17 juillet 2008, Me August, seul avocat présent, eut exposé "*qu'il lui apparaissait n'exister aucune violation flagrante de l'autorité de la chose jugée*";

- toujours selon lui, lors de la réunion du 28 juillet 2008, eurent été rappelées "*les concessions de la partie adverse qui, selon le président, représentaient globalement un montant d'environ 70 millions d'euros*";

- selon M. Peugeot (D528), lors de cette même réunion, à la suite de laquelle il a démissionné, Me August se comportait "*comme un maître d'école*" et, faisait montre, comme M. Rocchi, d'un parti pris évident, puisqu'il "*critiquait systématiquement tout argument en faveur du recours*";

Attendu qu'il reste à examiner les autres éléments susceptibles d'être retenus à décharge et à charge ;

7.2.1 Les éléments à décharge

CJR cote D 3248 50

7.2.1.1 Une culture différente

Attendu que, comme elle l'a indiqué elle-même, Mme Lagarde n'avait pas "d'enracinement corporatiste ou politique" qui aurait pu lui permettre de créer spontanément une équipe ministérielle lorsqu'elle a pris ses fonctions au ministère de l'économie et des finances, "traditionnellement composé, en ce qui concerne les cadres supérieurs, de fonctionnaires issus de l'Inspection des finances ou du Corps de mines", auxquels elle n'appartenait pas (D945/ 5 et 6) ; qu'elle a ajouté (D2609/5) qu'il existait "un certain nombre de codes spécifiques au ministère des Finances" dont elle ne connaissait pas la signification ;

Attendu qu'il en résultait, de sa part, une certaine réserve à l'égard des avis et propositions de son administration, dont elle dit avoir constaté qu'elle "était plus encline à gérer les problèmes dans le temps que de leur trouver une solution immédiate" (D945/15) ; que la décision de Mme Lagarde de ne pas faire exercer de recours peut donc s'expliquer partiellement par la constatation - certes caricaturale, mais qui était la sienne - selon laquelle, "dans le traitement du dossier Adidas, deux cultures sont apparues, l'une qui tend à traduire celle qu'un dossier est fait pour durer, l'autre qui tend à traduire celle qu'un dossier est fait pour être résolu" (D2223/7) ;

7.2.1.2 L'existence d'une contrepartie

Attendu que Mme Lagarde a indiqué que l'engagement des liquidateurs, le 24 juillet 2008, de réduire leurs prétentions de 70 millions d'euros si aucun recours n'était exercé contre la sentence arbitrale "était une concession au bénéfice du CDR de nature à (la) conforter dans le non exercice de ce recours" (D2609) ;

Attendu, toutefois, que cet abandon, par l'adversaire, d'une part de l'indemnisation accordée n'aurait pu justifier le renoncement à l'engagement d'un recours que si l'offre était apparue avantageuse à tous égards ; que tel n'était pas le cas, l'abandon aussi rapide d'une part des sommes dues étant révélateur de la prise en considération, par la partie adverse, du risque lié à un recours, au même titre que l'avait été l'envoi par M. Tapie, dès le 9 juillet 2008, de consultations élaborées par M. Fadlallah à la demande de Me Lantourne, formulée trois mois plus tôt et fondée sur les craintes, déjà "grandes", de voir annuler une sentence qui n'avait pas encore été prononcée (cf. supra, 5.2) ;

Attendu que, spécialisée dans l'arbitrage, procédure qui lui était "familière", Mme Lagarde était, mieux que personne, à même d'apprécier le rapport de force entre les parties et de mesurer l'appréhension que suscitait chez l'adversaire la possibilité d'un recours, ce dont elle pouvait déduire que la sentence arbitrale comportait certaines fragilités ; que l'existence de la contrepartie proposée par les liquidateurs, qui aurait dû susciter une réflexion approfondie sur les faiblesses de la décision susceptibles de fonder une demande d'annulation, ne saurait donc être retenue comme un élément exclusivement à décharge ;

7.2.1.3 La formulation d'avis divergents

Attendu que, parmi les avis formulés quant aux chances d'annulation de la sentence arbitrale, certains, dont ceux de M. Rocchi, Me August et Me Spinosi, allaient "nettement dans un sens qui n'était pas favorable au recours", comme l'a relevé

Mme Lagarde qui a ajouté qu'en opportunité, elle se trouvait "dans la conviction que l'annulation n'était envisageable que si elle avait de réelles chances d'aboutir" et que, si elle devait à nouveau prendre une décision avec les éléments dont elle disposait à l'époque, elle reprendrait la même ;

Mais attendu que, s'agissant de ces trois avis, comme il a été indiqué plus haut (3.1.2), M. Rocchi, peu après sa nomination à la tête de CDR, intervenue le 20 décembre 2006 dans des conditions particulières, a écarté l'avocat constitué dès l'origine, Me Martel, défavorable à une procédure d'arbitrage, au profit de Me August qui s'est retrouvé, à partir du mois de février 2007, en situation de préparer, puis de conduire seul cette procédure à laquelle il a, d'emblée, adhéré, ce qui peut contribuer à expliquer sa position à propos du recours ; que l'avis du 25 juillet 2008 de Me Spinosi, étranger, comme il l'a constaté lui-même, à "cette affaire complexe", a été rendu dans un temps record, qu'il a qualifié de "limité", pour n'avoir été sollicité, à l'initiative de Me August, qu'après la réunion du 20 juillet 2008 avec la ministre et le dépôt de la seconde consultation de Me Soltner ;

Attendu qu'il demeure que les instructions données le 28 juillet 2008 en défaveur d'un recours peuvent être revendiquées comme l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle et ne peuvent être appréciées par le juge pénal du point de vue de l'opportunité politique ; que la décision prise par Mme Lagarde doit être examinée sous le seul angle des fautes - notamment de négligence - dont elle pourrait procéder ; qu'il convient donc de rechercher si elle a été précédée des diligences nécessaires et fondée sur des éléments suffisamment pertinents ;

7.2.2 Les éléments à charge

Attendu que, malgré le moyen sérieux d'annulation de la sentence arbitrale qui avait été mis à jour (7.2.2.1), la ministre a décidé de ne pas exercer de recours, décision qui a été prise dans la précipitation (7.2.2.2), sans examiner tous les éléments qui devaient l'être (7.2.2.3), et à l'issue d'un processus refermé sur lui-même (7.2.2.4) ;

7.2.2.1 L'existence d'un moyen sérieux d'annulation

Attendu qu'il a été démontré plus haut (5.1) que revêtaient l'autorité de la chose jugée les motifs de l'arrêt du 9 octobre 2006 confirmant le principe selon lequel un préjudice par ricochet subi par l'actionnaire du fait de la perte de valeur de sa participation dans une société n'ouvre que l'action sociale, et non celle de l'associé ; que c'est sur ce fondement que l'Assemblée plénière a retenu que les liquidateurs de la société GBT :

- étaient recevables à agir seulement en réparation du préjudice subi par cette société "pour avoir été privée d'une partie des fonds que le mémorandum avait prévu d'affecter au remboursement de ses propres dettes", ce dommage étant "propre", "distinct de son préjudice d'actionnaire" et pouvant être "rattaché à des manquements aux conventions souscrites", ce qui caractérise "un intérêt à agir en responsabilité contre les établissements de crédit" ;

- étaient, en revanche, irrecevables à demander l'indemnisation de la perte éprouvée par la société GBT "en sa qualité d'actionnaire" de la société BTF ;

Attendu qu'ainsi, il résulte de cet arrêt que la société GBT, étant recevable à invoquer exclusivement la violation de l'ensemble contractuel constitué du mandat de vente et du mémorandum, ne pouvait se prévaloir à ce titre que d'un préjudice propre,

distinct de son préjudice d'actionnaire ou d'ancien actionnaire de la société BTF et, en conséquence, distinct du dommage subi par cette dernière ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Attendu, en outre, que l'exercice d'un recours, s'il comportait un aléa, ne risquait pas d'entraîner une aggravation de la situation, comme l'avait relevé le directeur général

de l'APE ; que celui-ci a en effet indiqué, lors de son audition, avoir fait part, dès le 16 juillet 2008, de sa consternation au regard d'une décision qui ne faisait que confirmer les craintes qu'il avait précédemment manifestées, et avoir estimé qu'il était indispensable d'exercer un recours, lequel ne présentait pas d'autre risque que celui de retarder l'issue du contentieux, position qu'il a confirmée dans ses notes à la ministre des 22, 23 et 25 juillet 2008 ;

7.2.2.2 Une décision précipitée

Attendu que le code de procédure civile fixait, à l'époque, le délai de recours à un mois de la signification de la sentence ayant reçu l'exequatur ; qu'en l'espèce, celle-ci a été soumise très rapidement à l'exequatur, puis signifiée dès le 15 juillet 2008, de sorte que la décision sur le recours devait être prise au plus tard le 16 août 2008 ;

Attendu qu'au lieu de mettre à profit cette période pour, d'abord, procéder à une étude complète du dossier, ensuite, entreprendre une réflexion ouverte et approfondie, Mme Lagarde a estimé devoir se prononcer au plus tard le 28 juillet 2008, soit dix neuf jours avant l'expiration du délai d'un mois dont elle disposait, ce qui a conduit le professeur Clay, spécialiste de l'arbitrage, à considérer qu'elle avait "*précipité artificiellement l'analyse des chances de recours*" (D1013) ;

Attendu que la célérité a été telle que Mme Lagarde a dit à la commission d'instruction n'être pas en mesure de préciser l'heure à laquelle elle a signé et transmis ses instructions du 28 juillet 2008, étant observé que, le même jour :

- à 14 heures, s'est réuni le conseil d'administration du CDR, interrompu par l'appel téléphonique dont M. Scemama a été l'objet,

- immédiatement après, s'est réuni le conseil d'administration de l'EPFR,

- a ensuite été diffusé le communiqué annonçant qu'aucun recours ne serait exercé,

- puis la ministre a fait une déclaration publique sur les conséquences fiscales de la sentence, affirmant que la plus grande partie des sommes allouées reviendrait à l'État ;

Attendu que pose question la promptitude avec laquelle, d'une part, ont été délivrées les instructions ministérielles - écrite et orale -, d'autre part, ont été réunies les instances appelées à statuer, enfin, ont été faites les annonces au public ;

Attendu que Mme Lagarde a d'ailleurs admis ne pas avoir, dans sa précipitation, pris l'attache de son collègue du budget avant de prétendre que l'État récupérerait l'essentiel des sommes auxquelles il avait été condamné, ce qui a conduit le ministre public, dans son réquisitoire aux fins de non-lieu, à fustiger une déclaration faite "*de manière imprudente*" ; qu'elle a, plus généralement (D945/64), tenté de justifier la rapidité de sa décision "*par le fait qu'il était très difficile de réunir le conseil d'administration de l'EPFR dans la première quinzaine du mois d'août*", motif qui est qualifié, dans le même réquisitoire, de "*quelque peu dérisoire au vu des moyens modernes de communication*" ;

Attendu, en définitive, que Mme Lagarde a fait montre d'une précipitation qu'aucune raison sérieuse ne paraît pouvoir justifier, comme le relève le ministère public ; qu'au regard de l'importance de l'enjeu pour les finances publiques, son comportement apparaît révélateur, dans la meilleure des hypothèses, d'une légèreté susceptible de caractériser la négligence qui lui est reprochée ;

7.2.2.3 Une étude préalable insuffisante

Attendu qu'avant de prendre sa décision, Mme Lagarde n'a pas recueilli l'avis de la direction juridique de son ministère, précisant à ce propos (D945/62) : *"Il m'apparaissait, à l'époque, que l'APE, qui disposait elle-même de la possibilité de consulter le service juridique du ministère, avait examiné la question sous l'angle juridique, comme elle le faisait habituellement, et que cette garantie était satisfaisante. Rétrospectivement, d'après l'expérience que j'ai acquise de la compétence du service juridique du ministère, je pense qu'il aurait été préférable de consulter ce service dès ce moment"* ; qu'une telle consultation n'a été effectuée que le 18 août 2008, après l'expiration du délai de recours, Mme Bergeal, directrice de ce service, ayant déploré cette saisine tardive et, dès lors, inopérante (D1463) ;

Attendu que, selon Mme Lagarde, au moment où elle a signé sa lettre d'instructions du 28 juillet 2008, elle n'avait toujours pas pris connaissance ou conscience, notamment :

- du contenu de la tentative de médiation du procureur général honoraire, M. Burgelin, qui excluait tout enrichissement des époux Tapie et des conclusions de MM. Cieutat, Coulon et Rouvillois du 22 décembre 2005 subordonnant une transaction à la condition de rester *"en deçà du montant de la condamnation en principal fixée par l'arrêt du 30 septembre 2005"*,

- de ce que la lettre du 23 octobre 2007 par laquelle elle avait donné son accord pour reporter à la date du prononcé de la sentence arbitrale l'obligation, pour le Crédit lyonnais, de fournir sa contribution de 12 millions d'euros ne respectait ni les prescriptions de l'article 2 de la loi n°95-1251 du 28 novembre 1995 ni, par voie de conséquence, la condition posée par les lettres interprétatives du ministre de l'Économie et des Finances du 17 mars 1999 et les conditions auxquelles l'EPFR avait, le 10 octobre 2007, subordonné l'entrée en arbitrage (D2609 : *"Je n'ai pas prêté attention à ce problème lorsque j'ai pris ma décision concernant la validité d'un recours en annulation"*),

- de la lettre signée le 9 novembre 2007 par M. Richard, acceptant la proposition des liquidateurs de prendre en charge, à la place du Crédit lyonnais, cette franchise de 12 millions d'euros (D2223/35 et 36 ; D2609/23),

- de certaines des notes qui lui avaient été adressées par l'APE, (D17/24 ; D12/62 ; D2609/10),

- de l'évaluation des conséquences fiscales de la sentence par le ministre du Budget, dont elle n'avait pas pris l'attache ;

Attendu que Mme Lagarde a indiqué (D945/7 à 9) que, *"familière"* de la procédure d'arbitrage, elle s'était *"essentiellement intéressée aux décisions judiciaires intervenues, notamment les arrêts rendus successivement par la cour d'appel de Paris le 30 septembre 2005 et par la Cour de cassation le 9 octobre 2006"*, précisant (D2609)

n'avoir "pas estimé utile d'aller, en ce qui concerne l'historique, au-delà de la lecture de l'arrêt de l'Assemblée plénière" et n'avoir "pas pu prendre connaissance de toutes les pièces du dossier"; qu'elle a cependant estimé (D2118/6) s'être "personnellement plus investie lorsque le problème du recours en annulation de la décision s'est posé", avoir "passé beaucoup de temps sur la question de l'opportunité du recours en annulation et avoir examiné" les consultations obtenues, ainsi qu'un certain nombre de notes de l'APE;

Attendu que l'étude préalable apparaît bien superficielle, compte tenu de l'importance de la décision à prendre; que peuvent être retenus, à l'encontre de Mme Lagarde, comme autant de négligences, les faits suivants:

- s'être limitée à la lecture des seuls documents précités;
- n'avoir consulté ni le service juridique de son ministère ni, au moins à titre officieux, le Conseil d'État;
- après avoir admis que les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation, sur lesquels elle a déclaré avoir fondé sa compréhension du contentieux et des problèmes qu'il posait, avaient été d'une lecture difficile, n'avoir pas cherché à rencontrer Me Soltnner, l'avocat du CDR devant l'Assemblée plénière, qui avait une connaissance approfondie du dossier et une grande maîtrise des techniques de cassation;
- n'avoir pas demandé à M. Bezard, à la compétence unanimement reconnue et dont les craintes initiales s'étaient réalisées, ce qui lui donnait raison a posteriori, qu'il vienne lui exposer son point de vue;
- n'avoir pas procédé à l'évaluation des sommes qui resteraient à la charge de l'État, ce qu'elle n'avait toujours pas fait le 23 septembre 2008 lors de son audition par la commission des finances de l'Assemblée nationale où elle s'est, comme elle l'a dit elle-même, "risquée de faire état publiquement d'une évaluation à laquelle personne, y compris moi-même, n'était en mesure de procéder", alors qu'il allait de l'intérêt des finances publiques qu'elle examine ce point bien plus tôt, et en tout cas avant de décider s'il y avait lieu d'exercer un recours contre la sentence arbitrale;

7.2.2.4 *Un processus décisionnel unilatéral et refermé sur lui-même*

Attendu que, comme on l'a vu plus haut (5.2):

- le surlendemain de la sentence arbitrale, M. Tapie a adressé à M. Richard des éléments de langage et les notes d'un professeur de droit justifiant cette sentence;
- dès le 11 juillet 2008, M. Rocchi a envoyé à M. Richard des éléments de langage (D2405) dont le ministère public observe qu'ils "ne révèlent aucune indignation particulière mais au contraire minimisent l'ampleur de la condamnation";
- le 14 juillet 2008, lors de la réunion qui s'est tenue à l'Élysée avec MM. Rocchi, August et Richard, le secrétaire général adjoint et correspondant du ministère de l'économie et des finances, M. Pérol, s'est, selon M. Rocchi, montré d'emblée hostile à un recours en annulation;

Attendu qu'ainsi, dans les jours qui ont suivi le prononcé de la décision, les responsables politiques et leur entourage se sont déclarés défavorables à un recours, comme l'a d'ailleurs immédiatement perçu M. Bezard (D243) ;

✓ *La réunion du 20 juillet 2008*

Attendu que, pour arrêter une position sur ce recours, la ministre a tenu, le dimanche 20 juillet 2008 après-midi dans son bureau, avec M. Richard, une réunion à laquelle n'ont été conviés que M. Rocchi et Me August ; qu'ainsi, étaient absents M. Bezard ou son adjoint, Me Martel et Me Soltner, qui avaient en commun d'avoir une connaissance approfondie du dossier et d'être favorables au recours en annulation ; que l'avis d'un responsable de l'APE apparaissait d'autant plus indispensable que ce service, habituellement approuvé par les ministres successifs, avait suivi le dossier depuis l'origine et avait formulé jusqu'alors des avis dont la pertinence avait pu être vérifiée ; que la présence de Me Martel, avocat "historique" du CDR, et de Me Soltner, qui avait soutenu devant l'Assemblée plénière le pourvoi couronné de succès et avait déjà fourni une première consultation, paraissait tout aussi indispensable ;

Attendu que l'on perçoit difficilement l'intérêt qu'il peut y avoir, pour nourrir sa réflexion à la veille d'une décision importante, à réunir autour de soi des personnes qui partagent toutes le même avis, ce qui exclut le débat et la contradiction indispensables à la progression de la pensée ; que Mme Lagarde, après avoir attribué à son directeur de cabinet la responsabilité exclusive du choix des participants, ce que ce dernier a contesté en indiquant que c'était la ministre elle-même qui avait dressé la liste de ceux qui seraient invités (D3019/10), a déclaré (D945/61) : "J'ai demandé à ce que soient conviées les personnes susceptibles de m'éclairer sur les suites à réserver à la procédure. J'aurais pu, il est vrai, demander qu'en l'absence de M. Bezard, l'un de ses adjoints participe à cette réunion, mais j'ai estimé que Me August devait être en mesure de m'éclairer complètement. Rétrospectivement, je me demande si Me Martel n'aurait pu également être présent"; qu'il résulte de ce qui précède que c'est bien Mme Lagarde qui a décidé des personnes appelées à s'exprimer ;

Attendu que c'est au cours de cette réunion que, au lieu de proposer d'entendre Me Soltner, qui n'avait pas été convié, Me August a suggéré de recueillir l'avis d'un autre avocat aux Conseils, Me Spinosi, ce qui fut fait ;

✓ *Les modalités de recueil des avis*

Attendu qu'interrogée sur le choix de Me Spinosi, qui ne connaissait pas le dossier et n'était pas spécialisé dans l'arbitrage, Mme Lagarde a indiqué ne pas savoir pourquoi ce nom lui avait été proposé par Me August ; que, selon le ministère public, dans son réquisitoire aux fins de non-lieu, "Il est permis de se demander si cet avis, qui semble finalement avoir emporté la conviction du ministre, n'a pas exclusivement été demandé pour contrebalancer les avis précédemment émis, et qui se révélaient pour partie favorables au recours ; il s'agirait alors d'une manoeuvre destinée à donner l'illusion d'une majorité favorable à l'absence de recours, que les principaux acteurs du dossier semblaient souhaiter pour en finir" ;

Attendu que deux éléments vont dans ce sens :

- d'une part, interrogée sur l'absence de risques inhérents à l'exercice d'un recours (D2609), Mme Lagarde a répondu : "Ma volonté était d'examiner les chances juridiques de prospérer de ce recours (...) Or, du point de vue juridique, Me Soltner était

le seul, dans le second avis qu'il a donné, à évaluer favorablement un moyen à l'appui de l'exercice d'un recours en annulation ;

- d'autre part, Me Spinosi a été sollicité à la suite du dépôt de ce second avis, comme le montre le contenu de sa consultation, obtenue par Me August *"dans les vingt-quatre heures"* ;

✓ *La confirmation du choix initial*

Attendu que l'on peut se demander si Mme Lagarde n'était pas a priori défavorable à un recours, comme elle l'a laissé entendre en évoquant sa *"position initiale, qui n'allait pas dans le sens d'un recours en annulation"* et comme le révèlent les raisons avancées, en droit et en opportunité, pour renoncer à ce recours ;

Attendu qu'elle a en effet évoqué sa *"position initiale"* lorsqu'elle a été entendue sur les notes juridiques émanant de Me Soltner ; qu'elle n'a fait à ce propos que des déclarations succinctes, selon lesquelles :

- *"ses écrits n'étaient pas d'une lecture très facile"* ;

- *"aucune des observations n'était déterminante pour conduire à l'exercice d'un recours"* ;

Attendu qu'ainsi, Mme Lagarde, qui a une culture et une expérience de juriste de haut niveau, a présenté des observations passant totalement sous silence les arguments de droit mis en lumière par l'avocat qui avait soutenu avec succès le pourvoi soumis à l'Assemblée plénière, dont elle a pourtant affirmé (D2609) qu'elle avait elle-même *"pris la peine de lire et d'analyser l'arrêt"* ; que l'indigence des réponses ci-dessus rappelées ne peut s'expliquer que par un examen trop rapide des consultations de Me Soltner ou par un parti pris défavorable au recours, en conformité avec les préconisations de son environnement politique ;

Attendu qu'il paraît en être de même de l'absence de prise en considération des avis très circonstanciés de l'APE sur l'opportunité d'un recours ; que Mme Lagarde s'est bornée à indiquer (D945/60) qu'elle n'avait pas été convaincue, notamment, par la note du 22 juillet 2008 qui mettait en avant l'ampleur exceptionnelle de la condamnation, car elle se trouvait *"dans la conviction que l'annulation n'était envisageable que si elle avait de réelles chances d'aboutir"*, ajoutant : *"l'argument d'opportunité n'a pas modifié ma conviction, à défaut de mise en évidence de chances sérieuses, pour l'annulation, de prospérer"* ;

Attendu que, là encore, Mme Lagarde s'est référée à sa *"conviction"* d'origine ; que le seul motif qu'elle a invoqué à l'appui du non recours est celui de l'aléa, alors que l'exercice d'un recours, quel qu'il soit, est, par nature, aléatoire ; que ses déclarations méritent en outre d'être rapprochées de celles de M. Bezard (D243), selon lesquelles, d'une part, *"Il a (...) été clair très rapidement que les autorités politiques, par la voix du directeur de cabinet, n'étaient pas particulièrement favorables (...) à une annulation. Nous avons fait valoir par trois notes successives en juillet 2008 que la voie du recours en annulation devait être examinée. Sur ce point précis, les expertises obtenues étaient divergentes, voire évolutives. Notre recommandation était néanmoins, compte tenu de l'importance de la condamnation, de tenter ce recours en annulation"*, d'autre part, *"sur un dossier aussi important mettant directement en cause des deniers publics, nous ne voyions pas pourquoi nous y aurions renoncé"* ; qu'il a enfin ajouté, à propos des risques

qu'aurait pu présenter un tel recours : "Je ne vois pas très bien lequel, à part celui, à mes yeux mineur, d'allonger les délais";

Attendu que la position prise par Mme Lagarde semble en outre en contradiction avec ses déclarations ; qu'en effet, elle a indiqué qu'il avait été, pour elle, "indispensable (...) de respecter l'autorité de la chose jugée de la décision de la cour d'appel de Paris et de l'arrêt de la Cour de cassation (D945/41)", puis conclu que ses décisions avaient été prises "dans l'intérêt de l'État et en vue de parvenir à un règlement global, juridiquement encadré, financièrement plafonné et dans un délai raisonnable" (D2609) ; que la sentence rendue par les arbitres a pourtant dépassé le cadre juridique fixé et atteint un montant financier particulièrement élevé (cf. supra, 5.1) ;

Attendu que la décision arbitrale, outre la somme exorbitante qu'elle a mise à la charge des finances publiques, a été prise en violation :

- de l'autorité de la chose jugée ;
- de la condition posée par le conseil d'administration de l'EPFR, le 10 octobre 2007, sur la contribution du Crédit lyonnais à hauteur de 12 millions d'euros ;
- des lettres du 17 mars 1999 du ministre des finances ;
- de la lettre du 8 juillet 2008 du président de l'EPFR selon laquelle le risque pris en charge se limitait à celui encouru "au titre de la cession" d'Adidas, et non au titre des autres volets du contentieux, dont le préjudice moral revendiqué par les époux Tapie ;

*

Attendu, en définitive, que le dossier Adidas, opposant M. Tapie au CDR et au Crédit lyonnais, a, en raison de ses enjeux pour les finances publiques, de sa dimension médiatique et des relations personnelles de M. Tapie, été suivi directement par la ministre et son directeur de cabinet ; que la décision de recourir à un arbitrage pour mettre fin aux contentieux, comme celle de ne pas exercer un recours contre la sentence arbitrale, ont été formalisées dans des instructions écrites, signées les 10 octobre 2007 et 28 juillet 2008 par Mme Lagarde ; que relèvent du contrôle du juge judiciaire, non l'opportunité des choix politiques qui ont été faits, mais les circonstances dans lesquelles sont intervenues ces décisions, prises dans la précipitation, sans examen approfondi des éléments du dossier, sans consultation de la direction juridique du ministère de l'économie et des finances et en contradiction avec les recommandations de l'APE ; qu'elles apparaissent l'une et l'autre juridiquement malvenues en raison, pour la première, de la situation favorable dans laquelle l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006 avait placé le CDR et le Crédit lyonnais, pour la seconde, de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation de la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 ; qu'elles relèvent, dans leur processus d'élaboration, de négligences avérées ; qu'ainsi, aucun encadrement des demandes de dédommagement présentées par M. Tapie n'a été prévu, y compris au regard du préjudice moral, pourtant limité à un euro par la cour d'appel de Paris ; que la décision de ne pas exercer de recours a été arrêtée à l'issue d'une réunion excluant, du fait de Mme Lagarde elle-même, toutes les personnes qui étaient favorables

à ce recours ; qu'un tel comportement apparaît d'autant plus grave que la ministre avait été alertée par des notes circonstanciées et répétées de son administration, spécialement rédigées à son attention ; que, non seulement elle n'a pas pris en considération ces notes, contrairement à ses prédécesseurs, mais elle a mis à l'écart l'APE et les autres services de l'administration aux moments cruciaux, notamment lors de la préparation finale du compromis d'arbitrage, son directeur de cabinet ayant traité directement avec le président du CDR ; qu'il n'importe que les décisions de recourir à l'arbitrage et de ne pas exercer de recours contre la sentence semblent en réalité avoir été prises, comme l'a relevé le ministère public dans ses réquisitions orales, "*au plus haut niveau de l'État*", dès lors que Mme Lagarde s'est comportée comme il vient d'être dit pour les entériner, les finaliser, les mettre en oeuvre et les justifier publiquement ;

Attendu que les négligences multiples commises, à cette occasion, par un ministre ayant par ailleurs l'expérience, tout à la fois, des contentieux financiers et de la procédure d'arbitrage, sont difficilement explicables, si ce n'est par la volonté d'imposer des choix déterminés à l'avance ; qu'en toute hypothèse, le comportement de Mme Lagarde ne procède pas seulement d'une incurie et d'une précipitation critiquables, mais aussi d'une conjonction de fautes qui, par leur nature, leur nombre et leur gravité, dépassent le niveau d'une simple négligence ;

VIII La qualification pénale des faits reprochés à Mme Lagarde

Attendu que le délit défini par l'article 432-16 du code pénal, qui fait lui-même partiellement référence à l'article 432-15 du même code, suppose que le détournement, par un tiers, des fonds remis à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public "*résulte de la négligence*" de cette dernière ;

Attendu que, s'agissant de la condition préalable tenant à la qualité de la personne poursuivie, Mme Lagarde a toujours admis avoir agi comme ministre de l'économie et des finances ; que, s'agissant de la nature des fonds versés en exécution de la sentence arbitrale, elle ne conteste plus, se référant à ce propos au jugement précité du tribunal administratif de Paris du 8 octobre 2009, qu'en application du protocole d'accord passé entre l'État et le Crédit lyonnais, la couverture des pertes résultant des risques non chiffrables était assurée par des fonds publics ;

Attendu qu'elle soutient, en revanche :

- d'une part, que "*la personnalité morale de l'EPFR ne saurait être simplement écartée*" et qu'elle "*n'a jamais agi en tant qu'ordonnateur de fait*", ne s'étant pas vu "*remettre*" les fonds ;

- d'autre part, que "*les négligences reprochées ne sont pas la cause directe du dommage et aucune faute caractérisée ne peut lui être reprochée*";

Attendu que les arguments pris du caractère, avéré, d'établissement public à vocation financière de l'EPFR et de la qualité, incontestable, d'ordonnateur de droit de son président sont sans effet sur la caractérisation du délit et, dès lors, inopérants ;

Attendu qu'il reste à examiner si, en l'espèce, la ministre a eu la disposition des fonds détournés (8.1) et si, au sens de l'article 123-1 du code pénal, les négligences qui lui sont reprochées sont la cause directe du dommage ou, sinon, constituent une faute caractérisée (8.2) ;

8.1 Sur la disposition des fonds

Attendu que, formellement, c'est l'EPFR qui a ordonné les versements des fonds dus à la suite des sentences arbitrales, lesquels s'imposaient du fait de la décision de son conseil d'administration, conforme à celle du CDR, de ne pas exercer de recours ; qu'il est soutenu qu'en conséquence, c'est l'EPFR, et non Mme Lagarde, qui a disposé de ces fonds ;

Attendu que ce raisonnement ne saurait être admis en ce qu'il se fonde sur une apparence juridique qui n'est en rien conforme à la réalité des faits ;

Attendu que, comme on l'a vu plus haut, le 28 juillet 2008, les votes de M. Scemama ont été déterminants des décisions prises par les conseils d'administration du CDR et de l'EPFR ; qu'en effet, cet établissement public, placé sous la tutelle du ministre de l'économie et des finances, comporte, outre son président, quatre administrateurs, dont deux qui représentent l'État, de sorte qu'il suffit que le président se conforme aux orientations ministérielles pour que celles-ci s'imposent ; que tel a été le cas de M. Scemama, qui a justifié son comportement en expliquant que l'EPFR - à la tête duquel il a été nommé, selon lui pour "*rendre service*", à la veille de décisions essentielles sur l'entrée en arbitrage, alors qu'il devait atteindre la limite d'âge dans les semaines suivant son entrée en fonction (7.1.2.2) - était "*un établissement public entièrement entre les mains de l'État*", qui aurait "*créé un outil simplement de convenance*" (D2272) ; que c'est effectivement ce que l'EPFR est devenu sous sa présidence, de sorte que les instructions adressées par Mme Lagarde aux administrateurs représentant l'État étaient déterminantes de la position adoptée par le conseil d'administration, réduit à une fonction de chambre d'enregistrement ;

Attendu, en outre, que l'EPFR, dont les décisions doivent, en vertu de l'article 5 du décret n°95-1316 du 29 décembre 1995, être "*soumises à l'approbation préalable du ministre chargé de l'économie*" en ce qui concerne notamment les questions financières et budgétaires, a demandé l'accord de Mme Lagarde lorsqu'il s'est agi de régler les condamnations fixées par les sentences arbitrales ; qu'ainsi, sollicitée à cet effet, la ministre a, par lettres des 2 septembre 2008 (D12-89) et 11 juin 2009 (D12-98), respectivement :

- donné son approbation aux décisions de l'EPFR de procéder à un tirage additionnel sur l'emprunt octroyé par le Crédit lyonnais, ce qui a permis de procéder au versement de la somme de 153 millions d'euros correspondant à l'indemnisation du préjudice matériel, déduction faite de la créance de 87 millions d'euros détenue par le CDR,

- approuvé les comptes de l'EPFR pour l'année 2008, faisant apparaître un déficit de 414 millions d'euros à la suite, notamment, des versements faits en exécution des sentences arbitrales ;

Attendu, en définitive, que la nomination de M. Scemama comme président de l'EPFR a eu pour effet de conférer à la ministre de l'économie et des finances la maîtrise des décisions prises par cet établissement public et, en conséquence, la disposition des fonds publics objet du détournement, lesquels lui ont donc bien été remis, au sens de l'article 432-15 du code pénal qui n'exige pas que le prévenu ait eu la détention matérielle de la chose, dès lors qu'il en a disposé (Crim. 18 octobre 2000, Bull. n°301) ;

8.2 Sur les fautes de négligence

CJR cote D3248/61

Attendu que, selon les alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du code pénal modifié par la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 :

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

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

Attendu que Mme Lagarde fait valoir que les négligences qui lui sont reprochées, à les supposer constituées :

- ne peuvent justifier des poursuites pénales, lesquelles seraient limitées aux délits volontaires et aux crimes ,

- ne sauraient, en toute hypothèse, être que la cause indirecte du dommage et ne pourraient être appréhendées comme des fautes caractérisées, au sens de l'article précité, de sorte qu'elles n'entreraient pas dans les prévisions de la loi pénale ;

Attendu que le premier argument est inopérant, l'article 68-1 de la Constitution, selon lequel *"Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été accomplis"*, ne distinguant pas selon la catégorie de délit poursuivi ;

Attendu, s'agissant du second argument, qu'en droit, il n'est pas contestable que l'article 121-3 du code pénal, s'il a initialement été conçu pour les seuls délits d'homicide et blessures involontaires, a vocation à s'appliquer, notamment, à toutes les infractions de négligence, quand bien même celles-ci relèveraient, comme en l'espèce, d'une atteinte à l'autorité de l'État, et non d'une atteinte à la personne humaine ; qu'il convient toutefois de tenir compte des spécificités de cette infraction au regard des critères de la relation directe entre les négligences et le dommage ou de la qualification de *"faute caractérisée"* ;

Attendu qu'en fait, ont été relevés (cf. supra, 7.1.2 et 7.2.2), au titre des charges, les éléments suivants :

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

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

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

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

- ✓ précipitée, intervenue dix neuf jours avant l'expiration du délai,
- ✓ sans étude préalable suffisante, Mme Lagarde n'ayant :

*pas pris connaissance de toutes les notes de l'APE,

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

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

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

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

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

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

*de l'organisation de la réunion unanimiste du 20 juillet 2008,

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

*de la démarche ayant consisté à confirmer le parti qu'elle avait initialement pris ;

8.2.1 La relation directe entre les négligences et le dommage

Attendu que, s'agissant du délit spécifique de détournement de fonds publics qui résulte de la négligence de Mme Lagarde, mais a été commis par un tiers, on ne saurait exclure tout lien direct entre la faute et le dommage au seul motif que ce

détournement est imputé à des personnes distinctes de celle à laquelle est reprochée la négligence ;

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

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

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

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

8.2.2 La qualification de "faute caractérisée"

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

Attendu que, par leur multiplicité, leur gravité et leur conjonction, les négligences ci-dessus rappelées, dont il est permis de se demander si certaines - comme celles relatives à l'organisation du processus décisionnel - ne relèvent pas d'un comportement

délibéré destiné à justifier des décisions déjà prises, constituent, à tout le moins, des fautes caractérisées exposant l'État à un risque considérable, qui s'est d'ailleurs réalisé, pour les finances publiques ;

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

IX Le renvoi de Mme Lagarde devant la Cour de justice de la République

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

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

Vu les articles 68-1 et 68-2 de la Constitution, 19 et 23 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République ;

Attendu qu'il résulte de l'information charges suffisantes contre **Mme Christine LAGARDE** :

d'avoir, à Paris, en tout cas sur le territoire national, en 2007 et 2008, en tout cas depuis temps non couvert par la prescription, étant dépositaire de l'autorité publique :

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

*sans vérifier préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage,

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

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

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

*sans consulter la direction juridique de son ministère,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

des modalités de recueil des avis, dont certains pourraient avoir été demandés, comme le relève le ministère public dans son réquisitoire, "pour

contrebalancer les avis précédemment émis, et qui se révélaient pour partie favorables au recours",

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

Ces faits étant prévus et réprimés par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal ;

PAR CES MOTIFS

La commission d'instruction,

Ordonne le renvoi, du chef précité, de Mme Lagarde devant la Cour de justice de la République, pour y être jugée ;

Dit n'y avoir lieu à suivre contre Mme Lagarde des autres chefs ;

Dit que le présent arrêt, signé par le président et le greffier, sera signifié à la diligence du procureur général près la Cour de cassation.

