

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER PAR LES JURIDICTIONS PÉNALES

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER PAR LES JURIDICTIONS PÉNALES

ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

COMMISSION RELATIVE À LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER
PAR LES JURIDICTIONS PÉNALES

2019, Commission présidée par le professeur Philippe BONFILS

Directeur de la publication : Mikaël OUANICHE

À propos de l'APCEF

L'association des Professionnels du Contentieux Economique et Financier est un think-tank juridique rassemblant les professions concernées par les contentieux économiques et financiers: magistrats, arbitres, responsables juridiques d'entreprises, avocats, experts, administrateurs et mandataires judiciaires et Universitaires. L'APCEF compte parmi ses objectifs:

- **l'organisation d'échanges pluridisciplinaires structurés**, sous forme de commissions, conférences ou séminaires, de forums sur des thèmes répondant à l'objet de l'association ;
- **la promotion de la réflexion sur les bonnes pratiques** professionnelles liées aux contentieux économiques et au droit des affaires, en favorisant les échanges entre les métiers impliqués dans ces problématiques ;
- **le maintien par ses membres de standards éthiques élevés** dans leurs relations professionnelles.

COMPOSITION DE LA COMMISSION

PRÉSIDENT

Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université, Doyen honoraire de la faculté de droit et de science politique, Avocat au barreau de Marseille.

RAPPORTEUR GÉNÉRAL

Coralie AMBROISE-CASTEROT, Professeur, Droit privé et sciences criminelles, à l'Université de Nice.

MEMBRES

Olivier LICHY, vice-président chargé de l'instruction, Pôle financier, Tribunal de grande instance de Paris.

Géraud MEGRET, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret.

Emmanuel MERCINIER, Avocat à la Cour, Associé cabinet VIGO.

Benôît MORNET, Conseiller à la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation.

Monsieur Mikaël OUANICHE, Expert financier près la cour d'appel de Paris et près la Cour Pénale Internationale, Secrétaire Général de l'APCEF.

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS.....	9
-------------------	---

I. LA SINGULARITÉ DE L'ACTION CIVILE EN DROIT PÉNAL DES AFFAIRES	11
---	----

1. Les sujets de l'action civile	13
2. L'objet de l'action civile.....	16
3. Les modalités d'exercice de l'action civile.....	19

II. L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER AU STADE DE L'INSTRUCTION.....	21
---	----

1. La prise en compte partielle du préjudice de la partie par le juge d'instruction.....	24
2. Le rôle de la partie civile dans l'évaluation de son préjudice.....	26
A - La preuve par l'expert	26
B - La preuve par la partie civile.....	29
3. Les avantages de l'action civile devant le juge d'instruction.....	30
A - Les actes conservatoires en vue du recouvrement du préjudice	30
B - Les avantages de l'action civile par rapport à une instance civile.....	32

III. L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER DEVANT LES JURIDICTIONS PÉNALES DU FOND.....	35
--	----

1. Quels préjudices?.....	37
A - Les préjudices patrimoniaux.....	38
B - les préjudices extra patrimoniaux	41

2. Quelle évaluation?	44
A - L'évaluation objective	44
B - L'évaluation par estimation	45
C - L'évaluation subjective (référéncée ou non).....	46
IV. LA VICTIME ET LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC... 49	
1. Le mécanisme actuel.....	51
2. Critique et propositions.....	54
V. L'APPEL PAR LA PARTIE CIVILE D'UNE DÉCISION DE RELAXE EN DROIT PÉNAL DES AFFAIRES 57	
1. Appréciation critique	62
2. Prospective.....	63
A - L'exclusion du statu quo	63
B - L'hypothèse d'une évolution législative.....	65
C - Une évolution à droit constant	66
VI. LA PEINE DE CONFISCATION PRONONCÉE AUX FINS D'INDEMNISATION DE LA PARTIE CIVILE 67	
1. La peine de confiscation affectée à l'indemnisation de la victime	69
2. Les problèmes posés par l'utilisation de la peine de confiscation à des fins indemnitaires	72
A - Un dévoiement de la fonction de la peine.....	72
B - La subrogation corrélative de l'Etat	74
C - Absence d'alternative à la confiscation à défaut de pouvoir ordonner la restitution.....	77
3. Solution proposée	82
CONCLUSION 83	
LISTE DES PROPOSITIONS 85	

AVANT PROPOS

La vie des affaires reste, on le sait, fortement pénalisée, et l'importance de l'action civile en droit pénal des affaires n'est guère étonnante. C'est même sans doute en cette matière que l'action civile se rencontre le plus souvent et que l'on trouve la proportion la plus importante d'informations judiciaires ouvertes sur plainte avec constitution de partie civile (près de 80% selon le rapport Magendie¹).

Cette situation particulière s'explique sans doute par l'importance des enjeux financiers en présence, par la discrétion dans laquelle les infractions sont commises en droit pénal des affaires, et par un certain retrait des préoccupations du parquet derrière des intérêts privés.

Quoi qu'il en soit, l'action civile occupe en droit pénal des affaires une place considérable, et même à bien des aspects une place singulière.

L'action civile est définie par l'article 2 du Code de procédure pénale comme l'action en réparation du dommage causé par une infraction pénale, et ce lien avec l'infraction et l'action publique lui imprime une certaine originalité: elle peut être exercée au choix de la victime devant les juridictions civiles ou pénales, et subit dans une certaine mesure l'influence de l'action publique (notamment par l'effet de l'autorité du criminel sur le civil).

Ce particularisme soulève d'importantes difficultés. La réparation est-elle réalisée de la même manière devant les juridictions civile et pénale? Le préjudice est-il entendu de la même façon? Comment réparer l'atteinte à l'image d'une personne morale? Comment appliquer en même temps les règles relatives à l'action publique et celles relatives à l'action civile? Quels liens entretiennent l'action publique et l'action civile? Ces liens sont-ils les mêmes devant les juridictions civiles et les juridictions pénales?...

Les questions sont nombreuses, et souvent délicates.

La Commission relative à la réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales avait pour ambition de constituer un lieu d'échanges, de réflexions, d'analyses et le cas échéant de propositions sur cette thématique.

1. Mission Magendie - Célérité et qualité de la justice - Rapport au Garde des Sceaux - 15 juin 2004.

Émanation de l'Association des Professionnels du Contentieux Économique et Financier (APCEF), cette commission composée d'avocats, de juges, de procureurs, d'experts-comptables et d'universitaires a pu croiser les regards des professionnels concernés.

Pendant près d'une année, les membres de cette commission se sont réunis régulièrement, au rythme d'environ une fois par mois. Ils ont alors échangé sur certaines thématiques ou questions relatives à la réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales, formulant parfois des propositions.

À cet égard, la commission n'a pas étudié toutes les questions qui auraient pu relever de son domaine de compétence, car la tâche eût été immense, infinie peut-être... Elle a choisi d'aborder les questions qui lui ont paru les plus importantes, ou complexes, ou délicates, ou même choquantes.

La commission n'entend évidemment pas apporter toutes les réponses à toutes les questions susceptibles de se poser en la matière. Mais elle aborde des thèmes importants, et, plus encore, espère nourrir des pistes de réflexions.

La rédaction du présent rapport est le fruit d'un travail collectif et de l'investissement de chacun des membres que je tiens ici à remercier pour le temps précieux qu'ils ont accordé à cette commission.

Ce rapport est donc le résultat du travail de cette commission que j'ai eu l'honneur et le plaisir de présider, et auquel j'invite aujourd'hui à la lecture avec une grande satisfaction.

Philippe Bonfils

Président de la Commission relative à la réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales.

1

LA SINGULARITÉ DE L'ACTION CIVILE EN DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

L'action civile est définie par l'article 2 du Code de procédure pénale comme l'action en réparation d'un dommage causé par une infraction pénale. C'est une action en responsabilité civile, mais une action particulière, puisqu'elle peut être exercée par la victime devant les juridictions pénales ou devant les juridictions civiles. Cette dualité de juridictions est déjà, en soi, une situation originale. Mais, au delà de la juridiction susceptible de l'accueillir, l'action civile reçoit – ou subit – l'influence de l'action publique. Là encore, l'action civile apparaît bien différente d'une action en responsabilité civile classique.

Mais, en droit pénal des affaires, l'action civile fait montre d'une complexité plus grande encore que celle qu'elle affiche habituellement sur le fondement du droit pénal commun, car elle se trouve au centre d'enjeux souvent considérables et complexes : aux intérêts de la société, représentée par le Ministère public, et de la victime de l'infraction, s'ajoutent ceux de l'entreprise, des salariés, des actionnaires, des concurrents, voire du marché ou de l'Administration...

C'est ce qui explique le particularisme de l'action civile en droit pénal des affaires.

Avant d'aller plus loin dans l'étude de la réparation du préjudice économique et financier devant les juridictions pénales, il apparaît nécessaire de rappeler les grandes lignes de la spécificité de l'action civile en droit pénal des affaires concernant ses sujets, son objet, et ses modalités d'exercice.

I. LES SUJETS DE L'ACTION CIVILE

Selon l'article 2 du Code de procédure pénale, l'action civile appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Si la jurisprudence a autrefois adopté une conception très restrictive des personnes pouvant exercer l'action civile, il n'en va plus de même aujourd'hui, puisque la Chambre criminelle admet sans difficulté l'action civile des victimes par ricochet ou celle de tiers subrogés, comme celle des personnes morales agissant au nom d'un intérêt collectif, dès lors qu'un texte d'habilitation les y autorise. Il reste qu'en droit pénal des affaires, il est parfois délicat de désigner celui qui est victime de l'infraction, et la jurisprudence se montre souvent exigeante.

Ainsi en est-il en matière d'abus de biens sociaux, où la Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle régulièrement que seule la société victime de l'infraction est recevable à exercer l'action civile. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation

juge irrecevables l'action des créanciers², celle des cautions³, celle des salariés et des syndicats⁴, et, surtout, celle des actionnaires et associés⁵. Néanmoins, s'agissant des actionnaires et associés, seule leur action à titre personnel est irrecevable, car ils disposent de la possibilité d'exercer l'action civile *ut singuli*⁶. Mais, très logiquement, et conformément à l'article L. 225-252 du Code de commerce, les dommages-intérêts sont alors versés à la société, et non à l'associé.

Néanmoins, cette jurisprudence rigoureuse semble aujourd'hui abandonnée en dehors de l'infraction d'abus de biens sociaux. Ainsi, en matière de présentation de comptes annuels inexacts, la Cour de cassation a affirmé que cette infraction était de nature à causer un préjudice personnel et direct à chaque associé ou actionnaire, qui pouvait donc à titre personnel exercer l'action civile⁷. Une solution similaire a été adoptée par la Chambre criminelle à l'égard des actionnaires, pour le délit d'initié⁸. La Chambre criminelle a également admis l'action civile des associés d'une société en nom collectif qui avait été victime d'abus de confiance de la part de l'un d'entre eux, en considérant que les associés répondaient indéfiniment et solidairement des dettes sociales⁹.

Proposition 1

En matière d'abus de biens sociaux, ne pas exclure par principe l'action civile des associés (si leur préjudice spécifique est constaté).

2. Cass. Crim., 27 juin 1995, Bull. crim., n°236, Rev. soc. 1995, p. 746, obs. B. Bouloc ; Cass. Crim., 9 janvier 1996, Dr. pén. 1996, comm. n°110, obs. J.-H. Robert

3. Cass. Crim., 25 novembre 1975, Bull. crim., n° 257, JCP 1976, II, 18476, note M. Delmas-Marty, Rev. soc. 1976 ; p. 655, obs. B. Bouloc, D. 1976, p. 224, note Honorat

4. Cass. Crim., 27 octobre 1999, Bull. crim., n° 236 ; Cass. Crim., 20 novembre 2000, Bull. crim., n° 359 ; Cass. Crim., 23 février 2005, Dr. pén. 2005, comm. n° 77, obs. J.-H. Robert ; Cass. Crim., 23 mars 2005, Dr. pén. 2005, comm., n° 91, obs. J.-H. Robert

5. Cass. Crim., 13 décembre 2000, 2 arrêts, Bull. crim., n° 373, D. 2001, p. 926, note M. Boizard, Dr. pén. 2001, comm. n° 47, obs. J.-H. Robert, RSC 2001, p. 393, obs. J.-F. Renucci ; Cass. Crim., 13 décembre 2000, Bull. crim., n° 378 ; Cass. Crim., 9 mars 2005, Dr. pén. 2005, comm. n° 97, obs. J.-H. Robert

6. Cass. Crim., 12 décembre 2000, Bull. crim., n° 372, Dr. pén. 2001, comm. n° 48, obs. J.-H. Robert ; Cass. Crim., 8 octobre 2003, Dr. pén. 2003, comm. n° 147, obs. J.-H. Robert ; Cass. Crim., 28 janvier 2004, Bull. crim., n° 18, JCP 2004, IV, 1598, Ajpén. 2004, p. 202, obs. P. Remillieux

7. Cass. Crim., 30 janvier 2002, ; Bull. crim., n°14, Dr. pén. 2002, comm. n°73, obs. J.-H. Robert, Dr. et patrim. mai 2002, p.99, obs. J.-F. Renucci, JCP 2002, I, 3446, obs. J.-H. Robert

8. Cass. Crim., 11 décembre 2002, Bull. crim., n°224, Dr. pén. 2003, comm. n° 35, obs. J.-H. Robert, Rev. Soc. 2003, p.145 , obs. B. Bouloc, RTDCom. 2003, p.336, obs. N. Rontchevsky

9. Cass. Crim., 10 avril 2002, Bull. crim., n°86

Par ailleurs, la jurisprudence répressive paraît s'être ralliée à la conception civiliste du dommage réparable par la voie de l'action civile. Ainsi, la Chambre criminelle semble avoir abandonné la théorie des infractions d'intérêt général qui lui permettait autrefois de fermer la voie pénale à certaines victimes, en affirmant que des infractions ne lésaient que l'intérêt général, dont la protection était assurée par l'action publique. C'est ainsi qu'elle a affirmé, selon une formule désormais classique, que si la législation sur le travail clandestin a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins également à la protection des particuliers qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice personnel et direct, en obtenir réparation devant la juridiction pénale¹⁰.

Dans une perspective similaire, la Chambre criminelle a clairement abandonné sa jurisprudence antérieure en admettant la réparation du préjudice moral de l'Etat, dans le cadre de poursuites pour favoritisme et trafic d'influence contre ses agents: « *si le préjudice moral des collectivités publiques peut se confondre avec le trouble social, que répare l'exercice de l'action publique lorsque l'infraction ne porte atteinte qu'à l'intérêt général, il n'en est pas de même lorsque cette infraction cause un préjudice direct à leur intérêt personnel* »¹¹. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence admet désormais que le délit de corruption d'un maire porte une atteinte grave à la notoriété d'une commune mondialement connue, de sorte que cette commune peut voir son préjudice moral, distinct de l'intérêt social, indemnisé¹². Plus encore, la jurisprudence a très clairement admis la recevabilité de l'action civile du chef de blanchiment. Dans un arrêt rendu en 1994¹³, la Cour de cassation a ainsi jugé que le blanchiment pouvait causer un préjudice à une partie lésée, qui était donc recevable à se constituer partie civile du chef de cette infraction, et cette solution a été rappelée dans une décision du 21 mars 2018¹⁴.

10. Cass. Crim., 5 février 2001, Bull. crim., n°32 ; Cass. Crim., 6 juin 2001, D. 2002, somm. comm. p. 1457, obs. J. Pradel

11. Cass. Crim., 10 mars 2004, Bull. crim., n°64, Petite affiches 26 novembre 2004, p. 6, note Ph. Bonfils, RPDP 2005, p.223, obs. P. Maistre du Chambon

12. Cass. Crim., 14 mars 2007, Dr. pén. Comm., n°85, obs. Véron.

13. Cass. crim., 13 déc. 1994, n°94-80.766, République du Panama, à propos de fonds susceptibles de provenir du trafic de stupéfiants, placés ou déposés sur des comptes bancaires en France.

14. Cass. Crim., 21 mars 2018, n°17-80058.

II. L'OBJET DE L'ACTION CIVILE

Si la question de l'objet de l'action civile a été vivement discutée¹⁵, il est aujourd'hui assez clair que l'action civile n'a qu'une finalité patrimoniale¹⁶, les préoccupations vindicatives de la victime relevant ainsi d'une action distincte, la plainte avec constitution de partie civile ou la citation directe¹⁷. L'action civile est donc, fondamentalement, une action en responsabilité civile, c'est-à-dire en réparation d'un préjudice. Très logiquement, la gravité de l'infraction est alors indifférente s'agissant de la réparation du dommage, et le responsable du préjudice est tenu de réparer intégralement celui-ci, fût-il l'auteur d'une infraction pénale¹⁸. La réparation du dommage causé par l'infraction se présente ainsi de façon sensiblement identique que l'action civile soit portée devant les juridictions pénales ou civiles, à deux réserves près.

D'abord, devant le juge pénal, les personnes condamnées pour un même délit sont tenues solidairement des restitutions et dommages-intérêts¹⁹ – et non *in solidum* comme devant les juridictions civiles²⁰. Ensuite et surtout, le juge pénal dispose souvent de moyens très efficaces pour contraindre l'auteur de l'infraction à réparer effectivement le dommage causé, par exemple en combinant cet objectif de réparation avec une peine (dispense de peine, ajournement de peine, ou sursis avec mise à l'épreuve...).

Mais toutes ces mesures coercitives peuvent trouver leur limite en cas de procédure collective, précisément parce que l'action civile est d'ordre patrimonial : l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire vient en effet perturber l'exercice de l'action civile²¹. Ainsi, la victime en faillite est dessaisie de son action civile, du moins à l'égard des préjudices patrimoniaux (mais pas du pouvoir de déclencher le procès pénal ; cf. art. L. 641-9 du Code de commerce), et, si c'est l'auteur

15. cf. not. F. Boulan, « *Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive* », JCP 1973, I, 2563 ; cf. contra R. Vouin, « *L'unique action civile* », D. 1973, chron. p.265 et s.

16. cf. Ph. Bonfils, *L'action civile, Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n° 137 et s., p. 189 et s.

17. cf. J. de Poulpiquet, « *Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ?* », RSC 1975, p. 37 ; Ph. Bonfils, « *La participation de la victime au procès pénal : une action inommée* », Mélanges Pradel, Cujas, 2006, p.179 et s.

18. Cass. Crim., 28 janvier 2004, Bull. crim., n°18

19. Cass. Crim., 28 janvier 2004, Bull. crim., n°18, à propos de personnes condamnées pour complicité de faux et d'abus de biens sociaux commis par les administrateurs d'une société.

20. L'obligation *in solidum* se voit appliquer les effets principaux de la solidarité, mais pas les effets secondaires. Le créancier peut ainsi demander le paiement de la totalité de sa créance à l'un quelconque des débiteurs, et le paiement fait par l'un libère les autres (effets principaux). Mais la mise en demeure, l'interruption de la prescription, la chose jugée vis-à-vis d'un coobligé n'ont pas d'effet vis-à-vis des autres (pas d'effets secondaires).

21. cf. not. H. Matsopoulou, « *L'incidence d'une procédure collective sur l'exercice de l'action civile* », JCP 1998, I, 164 ; L. Boré, « *Capacité pour agir et se défendre devant le juge pénal* », JCP 2002, I, 179.

de l'infraction qui fait l'objet d'une procédure collective, la victime est contrainte de déclarer sa créance entre les mains du représentant des créanciers. C'est cette solution que la Cour de cassation a rappelée²², à propos d'infractions d'abus de confiance, d'abus de biens sociaux et de faux, en précisant qu'il n'était pas possible de contourner cette règle par le recours au sursis avec mise à l'épreuve comprenant la réparation du préjudice, lorsque la créance est éteinte, faute d'avoir été déclarée. Tout créancier, même victime d'une infraction pénale, doit donc produire sa créance entre les mains du représentant des créanciers. On peut cependant noter que la constitution de partie civile, précisément dans sa dimension vindicative, n'est pas touchée par la survenance d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ; du reste, le Code de commerce prévoit même expressément que si le jugement d'ouverture emporte de plein droit dessaisissement pour le débiteur de ses droits et actions, celui-ci peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime (art. L. 641-9 du Code de commerce).

C'est également en raison de la distinction entre l'action civile et la plainte avec constitution de partie civile que la première action exige l'existence certaine d'un dommage réparable, alors que dans la seconde, la jurisprudence se contente seulement de l'existence d'un préjudice éventuel. Comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation (à propos du délit d'initié²³ ; à propos du délit de minoration des comptes de campagnes²⁴), « *pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence d'un préjudice en relation directe avec une infraction à la loi pénale* ». Ainsi, au stade de l'instruction, l'éventualité de l'existence d'un dommage et son lien avec une infraction suffisent pour qu'une plainte constitution de partie civile soit recevable et déclenche efficacement l'action publique, alors que la réparation par la voie de l'action civile suppose que le dommage soit certain.

Dans le même ordre d'idées, on admet que la victime d'une infraction pénale qui, aux termes d'un accord transactionnel conclu avec l'auteur ou son assureur en application de l'article 2046 du Code civil, renonce à exercer une action ayant pour objet d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui a causé ce délit, reste recevable à se constituer partie civile devant le juge pénal aux seules fins de soutenir l'action publique et de favoriser la manifestation de la vérité en ne formulant pas de dommages-intérêts. La jurisprudence admet en effet que « *le fait que [l]e préjudice ait été intégralement réparé ne faisait pas obstacle à la*

22. Cass. Crim., 10 septembre 2003, Bull. crim., n°114, RPD 2004, p. 397, obs. Ph. Bonfils

23. Cass. Crim., 11 décembre 2002, Bull. crim., n°224

24. cf. Cass. Crim., 5 février 2003, Bull. crim., n°25

recevabilité de la constitution de partie civile, laquelle pouvait n'être motivée que par la volonté de corroborer l'action publique»²⁵ ou encore que « si la partie civile qui s'est vu accorder l'indemnisation de son préjudice par une précédente décision devenue définitive ne peut former à ce titre une nouvelle demande devant la cour d'assises appelée à réexaminer l'affaire, elle est, néanmoins, recevable à intervenir devant cette juridiction au soutien de l'action publique et peut, à cette occasion, demander la condamnation de l'auteur des faits à lui payer les frais exposés par elle dans cette nouvelle instance »²⁶.

Il semble donc clairement établi que si l'action civile a pour objet la réparation du préjudice causé par l'infraction, il existe une autre action qui appartient aussi à la victime et dont l'objet est de soutenir l'action publique et de participer au procès pénal. Cette action existe déjà, et elle comporte comme vecteur procédural la constitution de partie civile et la citation directe (comme l'action devant les juridictions civiles a pour vecteur l'assignation). Pour autant l'autonomie de cette action vindicative ou pénale pourrait être reconnue, afin de la distinguer plus clairement de l'action civile.

Proposition 2

Il serait souhaitable de clarifier la distinction entre l'action civile (en réparation) et l'action pénale (vindicative) de la victime. La reconnaissance de l'action pénale de la victime pourrait être réalisée dans le code de procédure pénale, et on pourrait la définir comme l'action de la victime personnelle et directe de l'infraction ayant pour objet de déclencher et de corroborer l'action publique, devant les juridictions pénales.

25. Crim. 30 octobre 2001, n°01-81.530.

26. Crim. 7 décembre 2005, Bull. n°329 ; AJP 2006, p.87

III. LES MODALITÉS D'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE

L'action civile peut être exercée, au choix de la victime, devant les juridictions civiles ou pénales. Dans ce dernier cas, les juridictions répressives ne sont compétentes en matière civile que si l'action publique est déclenchée, soit par le Ministère public, soit par la victime elle-même, ce qui justifie le pouvoir pénal qui lui est conféré. La victime a donc une liberté d'option entre les voies civile et pénale, mais l'exercice de cette liberté est partiellement encadré. Ainsi, la victime ne peut normalement abandonner la voie civile (naturelle) au profit de l'autre (plus exceptionnelle). Cette règle, dite *electa una via non datur recursus ad alteram*, suppose cependant qu'il y ait, entre l'action intentée devant le juge pénal et celle intentée antérieurement devant le juge civil, une triple identité de cause, d'objet et de parties (art. 5 du Code de procédure pénale). La jurisprudence se montre généralement exigeante pour apprécier les conditions de cette règle, et, très logiquement la Cour de cassation a pu considérer que les actions en concurrence déloyale, en contrefaçon et en revendication de propriété, portées devant le juge civil par une société, ont un objet et une cause différents de l'action civile en réparation du préjudice causé par les délits de vol, d'abus de confiance de recel et de tromperie, pour lesquels cette même société a porté plainte devant le juge d'instruction²⁷. Par ailleurs, et conformément à l'article 5-1 du Code de procédure pénale, une assignation en référé ne peut faire obstacle au droit de la victime de saisir le juge pénal²⁸.

Indépendamment du juge devant lequel elle est portée, l'action civile est classiquement l'accessoire de l'action publique. Ainsi, la décision rendue sur l'action publique s'impose dans une certaine mesure au juge statuant sur l'action civile (c'est le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur celle à venir au civil) et, afin de permettre à cette règle de jouer, l'article 4 du Code de procédure pénale prévoit que « *le criminel tient le civil en l'état* », ce qui signifie que la décision sur l'action civile est bloquée jusqu'à ce qu'intervienne celle relative à l'action publique.

Mais face à l'utilisation dilatoire du sursis à statuer, le législateur a réduit le domaine de ce principe, par la loi du 5 mars 2007. Désormais, la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état ne joue que pour l'action civile *stricto sensu*, c'est-à-dire l'action en réparation du dommage causé par une infraction, et non les autres actions susceptibles d'être en lien avec l'action publique.

Cette évolution, qui fait suite à l'abandon de la solidarité des prescriptions des actions

27. Cass. Crim., 13 janvier 2004, JCP 2004, IV, n°1407

28. Cass. Crim., 21 juin 2000, D. 2000, IR, p.253

civile et publique, s'inscrit plus largement dans un mouvement d'affaiblissement de la primauté du criminel sur le civil. En d'autres termes, l'action civile est sans cesse plus indépendante de l'action publique. Ainsi, la transaction n'affecte-t-elle que l'action civile²⁹, et, de la même façon, l'appel de la partie civile devant les juridictions du fond ne concerne-t-il que l'action civile et pas l'action publique³⁰.

Au terme de ce rappel des conditions et des modalités de l'action civile, y a-t-il une spécificité de l'action civile en matière économique et financière ?

La réponse est nuancée. De manière générale, l'action civile suit en ce domaine les conditions et les modalités du droit commun, tel qu'il est fixé par le Code de procédure pénale et la jurisprudence. Plus encore, la jurisprudence a abandonné la conception restrictive qu'elle avait élaborée du préjudice réparable spécialement en droit pénal des affaires, avec la théorie des infractions d'intérêt général.

Mais des difficultés particulières se posent en matière économique et financière, justifiant une certaine spécificité de l'action civile. L'évaluation du préjudice est par exemple souvent délicate, comme lorsqu'il s'agit de mesurer une atteinte à l'image d'une personne morale, ou d'évaluer le préjudice collectif d'un syndicat ou d'une association de consommateurs... De même, l'expertise en matière économique et financière peut apparaître comme ambiguë, et on peut s'interroger sur la prise en charge par l'Etat d'une expertise financière destinée à une partie privée. Dans une perspective différente, la mise en œuvre de la réparation pose en matière économique et financière une difficulté particulière, tenant à la confiscation, qui peut apparaître comme une sorte de double peine, la confiscation du bien s'ajoutant à la réparation du préjudice... Enfin, et sans exhaustivité, la question des liens entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale pose souvent des questions spécifiques à la matière économique et financière. Tel est le cas de la situation complexe de la personne morale, qui peut se trouver à la fois victime d'une infraction pénale, et civilement responsable des conséquences de cette même infraction... Tel est aussi le cas des liens entre l'action civile et la faute détachable des fonctions du dirigeant.

Bref, si elle n'est pas radicalement différente en matière économique et financière, l'action civile est confrontée en ce domaine à des questions délicates, importantes et complexes. L'objet des travaux de la commission est d'exposer ces difficultés et leurs enjeux et, dans la mesure du possible, d'y apporter des éléments de réponse.

29. Cass. Crim., 7 octobre 2003, Bull ; crim., n°180

30. Cass. Crim., 10 décembre 2002, Bull. crim., n°220, 2 arrêts ; cf. également Cass. Crim., 28 avril 2004, JCP 2004, IV, n°2263

2

**L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE
ÉCONOMIQUE ET FINANCIER
AU STADE DE L'INSTRUCTION**

L'action publique, exercée dans l'intérêt de la société, diffère de l'action civile qui n'a pour objet que la défense des intérêts de la victime. Par ailleurs, la mise en mouvement de l'action publique, contrairement à l'action civile, n'exige pas l'existence d'un dommage, même possible, pour être exercée, la simple violation de la loi suffit.

Si le code de procédure pénale autorise l'exercice simultané de ces deux actions, il n'en demeure pas moins que l'action civile reste accessoire à l'action publique en ce que d'une part la première n'est admise que lorsque la seconde est en mouvement, et d'autre part parce que le ministère public peut seul étendre la saisine de la juridiction à des faits nouveaux.

La saisine d'un magistrat instructeur, dont la fonction est de mettre la juridiction du fond en mesure d'apprécier le bien fondé de l'action publique et d'apprécier la recevabilité de l'action civile, s'avère parfois indispensable non seulement pour identifier et localiser l'auteur et/ou le complice d'une infraction mais également pour permettre aux juges du fond d'évaluer le préjudice, car non seulement la peine sera à l'évidence différente selon que l'auteur aura volé un œuf ou un bœuf, mais le juge du fond devra également prononcer sur les intérêts civils. De ce point de vue, la société et la victime ont cet intérêt en commun.

Pourtant le principe de la saisine in rem a pour effet de cantonner le pouvoir d'investigation du juge d'instruction aux seuls préjudices directement issus des infractions poursuivies (I). Ainsi en matière d'escroquerie, d'abus de confiance ou d'abus de biens sociaux, le préjudice équivalra aux sommes remises au coupable ou à celles qu'il aura détournées. Ces préjudices sont donc facilement quantifiables. Pourtant dans la vie des affaires, les préjudices par ricochet (préjudice moral, perte de clientèle, perte d'une chance...) sont parfois loin d'être négligeables, et parfois même plus importants que le préjudice direct. On pense ici à certaines infractions au code des marchés publics ou au code monétaire et financier. Or ces préjudices par ricochet, sans pouvoir être qualifiés d'indirects, et ne sont pas, ou rarement, pris en compte par le juge d'instruction car difficilement quantifiables ou ressentis comme trop éloignés de l'acte délictueux. Dès lors les prérogatives que la loi confère à la partie civile vont lui permettre de faire évaluer son entier préjudice dès lors qu'elle joue un rôle actif (II). En outre la partie civile peut tirer profit de son statut pour préparer le recouvrement des dommages-intérêts à venir et mieux maîtriser les éventuelles instances en cours devant le juge civil (III).

I. LA PRISE EN COMPTE PARTIELLE DU PRÉJUDICE DE LA PARTIE PAR LE JUGE D'INSTRUCTION

La Cour de cassation rappelle souvent que l'action civile n'est recevable que pour les chefs de dommages qui découlent des faits objet de la poursuite³¹, et, s'agissant de la nature des dommages, l'article 3 du code de procédure pénale de préciser que l'action civile est recevable pour tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite.

Pourtant si en l'état actuel du droit, l'intérêt de la partie civile est davantage pris en compte, le juge d'instruction est d'abord lié par l'action publique, l'action civile restant accessoire à l'action publique.

C'est ainsi que le juge d'instruction, qui n'a pas vocation à se substituer à la partie civile, ne s'intéressera au préjudice de la victime que si le dommage est constitutif de l'élément matériel de l'infraction. Pour les autres préjudices qui découlent de l'infraction, il appartiendra à la partie civile, de la même manière qu'elle pourrait le faire dans le cadre d'une instance civile, de rapporter la preuve de ses allégations et de prouver l'existence et le quantum des préjudices par ricochet (préjudice d'image, manque à gagner, ...).

On se trouve là devant une situation peu satisfaisante car, on l'a vu, si la loi ne distingue pas selon la nature des préjudices qui peuvent donc être matériels, par ricochet ou moral, le juge d'instruction s'intéressera aux préjudices aisément quantifiables et laissera à la partie civile le soin de rapporter devant le juge du fond, c'est-à-dire dans un second temps avec l'attente que cela induit, la preuve de l'existence et du quantum des préjudices par ricochet.

On voit bien à travers ces hypothèses que la partie civile ne vient qu'au soutien de l'action mise en mouvement par le ministère public.

Ainsi sauf si le fait générateur du préjudice par ricochet est lui-même constitutif d'une infraction dont le juge d'instruction sera saisi, il n'est tenu d'investiguer ni sur l'existence d'un tel préjudice ni sur son quantum. En l'état du droit, le juge d'instruction n'a pas à user de ses pouvoirs d'investigations (comme par exemple le fait d'ordonner une expertise) pour permettre de liquider les préjudices par ricochet car cela ne permettrait en rien la manifestation de la vérité, unique boussole du juge d'instruction.

31. Cass. Crim. 10 octobre 2001, n°00-86269.

Pourquoi alors limiter le travail du juge d’instruction à l’évaluation du seul préjudice immédiatement quantifiable ? Probablement pour trois raisons :

- la première tient à la mission du juge d’instruction déjà exposée. Imaginer l’inverse engendrerait un allongement du délai d’instruction (parfois fort conséquent) sans avantage pour la manifestation de la vérité ;
- la deuxième tient à la difficulté d’évaluer le préjudice par ricochet car il présente un caractère arbitraire que seul le juge du fond peut apprécier, ce qu’il fera de manière forfaitaire à la lueur d’un rapport d’expert et des observations qu’auront pu faire les parties ;
- la dernière raison tient au fait que pour rendre les évaluations opposables à des personnes tierces au procès pénal (on pense aux assureurs ou aux ayants-droits) cela contraindrait à les attirer dans une instruction préparatoire qui deviendrait d’autant plus monstrueuse que les enjeux seraient conséquents. On objectera que l’inconvénient trouve sa compensation dans le fait que le juge du fond saisi des deux actions disposera des éléments pour statuer sans devoir renvoyer l’instance sur intérêts civils, même si en raison de l’engorgement des tribunaux, on peut douter du bien fondé de l’objection.

Parce qu’en matière civile le juge est neutre, c’est à celui qui réclame l’exécution d’une obligation de la prouver (article 1315 du code civil). Il en va différemment en procédure pénale. On pourrait dès lors imaginer que la partie civile serait obligée, à peine de déchéance, d’apporter devant le juge d’instruction les éléments qui seront soumis au débat contradictoire, supposé être la meilleure méthode pour arriver à la preuve objective.

Proposition 3

Obliger la partie civile, à peine de forclusion, d’apporter devant le juge d’instruction les éléments qui seront soumis au débat contradictoire, et notamment les éléments d’évaluation de son préjudice.

Le juge d’instruction aurait pour mission d’intégrer au dossier de la procédure, les éléments versés par les parties, au plus tard dans le même délai que celui prévu par l’article 175 du code de procédure pénale pour le dépôt des observations. Il recueille dans les mêmes conditions les conclusions des parties portant tant sur l’action publique que sur l’action civile.

Malgré la difficulté rencontrée par la partie civile, elle garde avantages à intervenir au stade de l'information préparatoire.

II. LE RÔLE DE LA PARTIE CIVILE DANS L'ÉVALUATION DE SON PRÉJUDICE

En raison du fait que le juge d'instruction dispose de pouvoirs d'investigations plus efficaces que ceux dont peut disposer la partie civile, les éléments de preuve, ou plutôt pour reprendre la terminologie du Code de procédure pénale, les éléments à charge ou à décharge, sont sinon plus rapides à réunir, sûrement moins onéreux pour la partie civile et souvent plus pertinents.

Pourtant, et parce qu'elle est partie civile, la loi lui confère un rôle qui lui permet d'agir en quelque sorte comme un moteur auxiliaire. Agir en justice ne suffit pas, encore faut-il pouvoir rapporter la preuve de ses prétentions car le droit ne vaut que par ce que vaut la preuve.

S'agissant de l'évaluation d'un préjudice, la pièce maîtresse reste l'expertise. Si un tel acte peut être ordonné par le juge d'instruction, l'expertise peut également être diligentée par la partie civile elle-même, en général en complément de l'expertise judiciaire, ou bien pour suppléer le refus des juridictions d'instruction de faire procéder à une mesure d'instruction.

A – La preuve par l'expert

Aux termes des articles 81, 156 et suivants du Code de procédure pénale, le juge d'instruction peut ordonner une expertise ayant pour objet des constatations d'ordre technique nécessitant la communication et l'examen de pièces utiles à la manifestation de la vérité.

Il dispose de ce point de vue d'un pouvoir souverain d'appréciation. C'est ce que rappelle la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui n'exerce son contrôle qu'en cas d'insuffisance ou de contradiction de motifs ou d'erreur de droit car dit-elle, « *les juridictions d'instruction apprécient souverainement les motifs de pur fait pour lesquels elles estiment devoir rejeter une demande d'expertise* »³².

32. Crim., 15 janv. 1985, n°84-92.517

Garantie d'un procès équitable, l'expert désigné doit être honorablement connu et indépendant. Cela paraît une évidence, mais dans les faits, lorsque l'expertise concerne des acteurs importants d'un secteur d'activité, trouver un expert qui accepte de remplir sa mission relève parfois du parcours du combattant car ledit expert, pour être techniquement compétent, est nécessairement un professionnel du secteur concerné.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation semble voler au secours du juge d'instruction lorsqu'elle estime que « *justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour rejeter une demande d'annulation des ordonnances de désignation d'un expert et des rapports déposés par lui, prononce par des motifs d'où il résulte que, si le défaut d'impartialité d'un expert peut constituer une cause de nullité, les reproches adressés par les requérantes à l'expert concerné ne suffisent pas à priver les rapports de cet expert dont la désignation est contestée du caractère d'avis technique soumis à la contradiction et à l'appréciation ultérieure des juges* »³³.

Néanmoins, six ans après, elle approuve « *la chambre de l'instruction qui, pour annuler la désignation d'une expert, les actes accomplis par lui et ceux accomplis en sa présence, sur commission rogatoire, retient, notamment, que cet expert est salarié de la société partie civile ayant déposé la plainte initiale et que chaque page de son rapport d'expertise, qui mentionne que ce document est la propriété intellectuelle de ladite société, est rédigé à son en-tête* »³⁴.

La mission de l'expert

Lorsqu'il ordonne une expertise, l'article 161-1 du Code de procédure pénale dispose que le juge d'instruction adresse sans délai copie de sa décision au procureur de la République et aux avocats des parties, qui disposent d'un délai de dix jours pour lui demander de modifier ou compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert ou aux experts désignés tout expert de leur choix. Et la loi de préciser les dérogations dans le détail desquels il n'est pas utile de rentrer.

Mais la partie civile peut d'elle-même solliciter du juge la désignation d'un expert. Elle a alors, aux termes de l'article 156 alinéa 2 du Code de procédure pénale, la possibilité de préciser dans la demande, les questions à poser à l'expert.

En demandant ou en demandant de modifier ou de compléter la mission de l'expert judiciaire, la partie civile dispose là du moyen d'obliger le juge d'instruction à se positionner sur l'évaluation des préjudices et notamment des préjudices par

33. Crim. 8 juin 2006, N°06-81359, Bulletin criminel 2006 N° 172 p.594

34. Crim. 25 septembre 2012 N°12-82770 Bulletin criminel 2012, n°197

ricochet, un éventuel refus pouvant faire l'objet de recours devant la chambre de l'instruction, étant ici rappelé qu'aux termes de l'article 186, alinéa 2 du Code de procédure pénale, la partie civile peut interjeter appel des ordonnances faisant grief à ses intérêts.

Toutefois, lorsque la partie civile est à l'origine de la mise en mouvement de l'action publique, une telle demande adressée au juge d'instruction est une arme à double tranchant. En effet en application de l'article 88-2 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction peut, en cours de procédure, ordonner à la partie civile qui demande la réalisation d'une expertise de verser préalablement un complément de la consignation prévue par l'article 88 afin de garantir le paiement des frais susceptibles d'être mis à sa charge en application du second alinéa de l'article 800-1, qui vise l'hypothèse d'une constitution de partie civile qui serait jugée abusive ou dilatoire. Cette disposition n'est toutefois pas applicable en matière criminelle, en matière de délits contre les personnes ou lorsque la partie civile a obtenu l'aide juridictionnelle.

Dans ce même délai de 10 jours les parties ont en outre la faculté de demander le dépôt d'un rapport provisoire, sans que le juge d'instruction puisse s'y opposer (article 167-2 al. 2 du code de procédure pénale). Il s'agit là d'une disposition très importante car elle introduit les éléments d'un débat contradictoire sur lequel l'expert va devoir se prononcer dans son rapport final.

La notification du rapport

Lorsqu'il s'agit d'un rapport provisoire, sa notification ouvre un délai fixé par le magistrat, pendant lequel les parties ont la possibilité d'adresser à l'expert et au juge d'instruction des observations (articles 161-2 et 167-2 du code de procédure pénale).

S'agissant du rapport définitif, dont seules les conclusions sont notifiées aux avocats et aux parties (article 167, al. 1 du code de procédure pénale), la Cour de cassation précise que si l'expertise n'est pas contradictoire, ses résultats doivent être contradictoirement débattus³⁵.

C'est le sens de l'article l'article 167 de ce code, qui dispose que le juge doit donner aux parties un délai, qui ne saurait être inférieur à quinze jours, ou à un mois s'agissant des expertises comptables, pour présenter des observations ou des demandes aux fins de complément d'expertise ou de contre-expertise.

S'agissant de la longueur du délai, la difficulté reste de savoir ce qu'il faut entendre par expertises comptables, car entre la comptabilité de grand papa et les analyses

35. Crim., 9 nov. 1972, n°71-93,529 : Bull. crim. n°355

financières modernes on sent bien une différence qui peut conduire le juge d'instruction à hésiter.

B – La preuve par la partie civile

La chambre criminelle rappelle qu'« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illicite ou déloyale et qu'il appartient seulement en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire »³⁶.

La déloyauté de la partie civile est choquante, et on pourrait imaginer d'affirmer, par exemple dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, le principe de loyauté de la preuve.

Proposition 4

Affirmer de manière générale un principe de la loyauté de la preuve dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

Il s'en déduit, au-delà de la problématique de la loyauté de la preuve, que la partie civile est libre de verser aux débats le rapport d'expertise qu'elle aura commandité.

Reste que la partie civile doit faire l'avance du coût de cette expertise privée dont elle pourra demander l'indemnisation, dans la mesure où un tel coût entre dans les prévisions de l'article 475-1 du code de procédure pénale et non dans la demande de dommages-intérêts. C'est le sens de l'arrêt de la Cour de cassation qui indique « Pour condamner le prévenu, déclaré coupable de tentative d'escroquerie, à payer à une société mutuelle d'assurance la somme de 12 935 euros en réparation du préjudice matériel, la cour d'appel, après avoir constaté que la partie civile avait engagé "de multiples dépenses d'experts dans plusieurs domaines de suivi procédural, de constats et d'assistance", relève que ces dépenses "doivent être regardées comme étant en relation de causalité avec la nature particulière des faits". En se prononçant

36. Crim., 27 janv. 2010, n°09-83.395 – Ph. Conte, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle? : Dr. pén. 2009, étude 13

ainsi, alors que les frais retenus, s'ils entrent dans les prévisions de l'article 475-1 du code de procédure pénale, ne sont pas la conséquence directe de l'infraction poursuivie, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée de l'article 2 du code de procédure pénale³⁷ ».

III. LES AVANTAGES DE L'ACTION CIVILE DEVANT LE JUGE D'INSTRUCTION

Il est de l'intérêt de la partie civile d'intervenir le plus en amont i.e. devant le juge d'instruction car en se constituant, la partie civile bénéficie de la possibilité d'adresser des demandes au magistrat instructeur notamment en vue de geler une partie des avoirs du mis en examen soit dans le cadre de saisie conservatoire ou du cautionnement dont on sait qu'une partie de la somme consignée peut servir à indemniser la victime.

Ainsi la constitution de partie civile devant le juge d'instruction présente deux séries d'avantages: les premiers par rapport aux actes conservatoires que peut prendre le juge d'instruction en vue de la réparation du préjudice, les deuxièmes au regard d'une instance civile en cours.

A – Les actes conservatoires en vue du recouvrement du préjudice

Devant le juge d'instruction, les droits de la partie civile peuvent être préservés grâce à deux obligations du contrôle judiciaire: l'article 138 du code de procédure pénale prévoit la possibilité pour le juge d'instruction d'imposer un cautionnement au mis en examen (article 138 11°) et la prise de sûreté réelles ou personnelles (15° du même article).

Les personnes morales peuvent être tenues à ces obligations.

Le cautionnement et les sûretés étant des mesures provisoires, le juge du fond devra se prononcer sur leur sort.

La fixation du montant des sommes à consigner se heurte à une difficulté qui tient aux critères à prendre en considération. En effet, ce montant est fonction des ressources et des charges de la personne mise en examen, or les sommes détournées n'ont que rarement pour corollaire une augmentation des revenus et des charges du mis en

37. Crim., 2 Novembre 2005 - n°04-86.607

examen qui peut n'avoir retiré aucun enrichissement personnel des faits commis, qui peut avoir dilapidé ou mis à l'abri les sommes détournées ou qui peut vivre aux frais de tiers et/ou après avoir organisé son insolvabilité. La tentation est donc grande de prendre en compte l'importance du préjudice subi par la victime et ce pour au moins deux raisons. D'une part, le juge d'instruction, concentré sur les preuves de l'infraction et l'identification et la recherche de l'auteur, n'aura une visibilité sur les revenus et les charges du mis en examen qu'a posteriori. D'autre part, il peut arriver que l'étendue réelle du patrimoine du mis en examen échappe à l'appréciation du juge d'instruction.

Les critères à prendre en compte pour la fixation d'un cautionnement pourraient utilement faire l'objet d'une évolution législative.

Proposition 5

Clarifier les critères à prendre en compte pour fixer le cautionnement judiciaire : réécriture de l'article 138, 11° du CPP: 11° fournir un cautionnement dont le montant et les délais de versement, en une ou plusieurs fois, sont fixés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, compte tenu notamment des ressources et des charges de la personne mise en examen ainsi que du montant du préjudice.

L'article 142 du code précité dispose que ce cautionnement ou ces sûretés garantissent d'une part la représentation de la personne mise en examen, à tous les actes de la procédure, ainsi que, le cas échéant, l'exécution des autres obligations qui lui ont été imposées, et d'autre part, le paiement notamment de la réparation des dommages causés par l'infraction et des restitutions. Cette ventilation est protectrice du droit des parties civiles, et la Cour de cassation censure l'ordonnance qui, après avoir fixé un cautionnement, omet de déterminer les sommes garantissant, d'une part, la représentation de la personne mise en examen, et, d'autre part, le paiement de la réparation des dommages et des amendes³⁸.

Lorsque les sûretés garantissent, en partie ou en totalité, les droits d'une ou plusieurs victimes qui ne sont pas encore identifiées ou qui ne sont pas encore constituées parties civiles, elles sont établies, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'Etat, au nom d'un bénéficiaire provisoire agissant pour le compte de ces victimes et, le cas échéant, du Trésor.

38. Crim., 13 oct. 1998, n°98-84.224 : Bull. crim. n°257

B – Les avantages de l’action civile par rapport à une instance civile

Il résulte des dispositions de l'article 10 du code de procédure pénale, que l'action civile visant à réparer un dommage trouvant son origine dans une infraction pénale se prescrit selon les règles de l'action publique, ce qui, compte tenu des délais de prescription en matière civile et en matière pénale, peut se révéler avantageux pour la partie civile puisque non seulement son action peut être introduite au-delà des délais de la prescription civile mais elle peut également profiter des causes d'interruption et de suspension de ladite action publique.

Tant qu'il n'a pas été statué sur l'action publique, cet avantage demeure. Ainsi l'exception de péremption d'instance ne peut être accueillie en matière pénale, dès lors que l'article 10 alinéa 2 du code de procédure pénale ne rend applicables les règles de la procédure civile, après décision sur l'action publique, qu'aux mesures d'instruction ordonnées par le juge pénal sur les seuls intérêts civils³⁹.

Par ailleurs, aux termes de l'article 4 du code de procédure pénale, l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique. Dans un tel cas, qui tend à la fixation d'une créance, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement.

Lorsque le juge civil est saisi d'une demande de sursis à statuer, dans le cadre d'une instance qui n'a pas pour objet la fixation d'une créance, il n'est plus tenu de surseoir à statuer. Mais comment pourrait-il refuser de faire droit à une demande de sursis dans l'ignorance qu'il est du contenu du dossier pénal?

Par ailleurs, en présence de procédures civile et pénale concomitantes, ayant peu ou prou le même objet et opposant les mêmes parties, la partie civile pourrait être tentée de verser des pièces issues de la procédure pénale dans une instance civile.

La solution diffère selon l'état de la procédure: soit l'instruction est toujours en cours, soit l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou l'ordonnance de non lieu sont devenues définitives.

En cours d'instruction, le mis en examen et la partie civile ne sont pas tenus par le secret de l'enquête prévu par l'article 11 du code de procédure pénale. Par l'intermédiaire de son conseil, la partie civile peut consulter le dossier. Elle peut

39. Crim. 2 mai 2018 n°17-81.635

même bénéficiaire d'une copie du dossier. L'article 114-1 du code de procédure pénale punit toutefois d'une amende de 10.000 euros, la partie qui aura diffusé tout ou partie de la procédure d'instruction à un tiers. Encore faut-il préciser que le fait de verser un rapport d'expertise aux débats dans le cadre d'une instance civile, n'est pas punissable lorsqu'il est produit pour les besoins de sa défense. La partie civile a néanmoins connaissance des éléments figurant au dossier pénal et se trouve donc en mesure d'agir en connaissance de cause.

Lorsque l'enquête est terminée, c'est-à-dire dès que l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de l'ordonnance de non lieu est devenue définitive, la partie civile, la personne renvoyée et même les tiers ont le droit de solliciter la copie de la procédure. L'article R. 155 2°, du code de procédure pénale prévoit que la délivrance de la copie des pièces de la procédure à la partie visée par l'enquête et à la partie plaignante ne peut intervenir que sur autorisation du procureur de la République ou du procureur général selon le cas. En revanche, lorsque des poursuites ont été engagées, ce qui est par hypothèse le cas lorsqu'une ordonnance de renvoi a été prise, ce même article prévoit que l'autorisation du ministère public n'est pas requise.

En définitive, dans le domaine économique et financier, de nombreuses procédures pénales sont classées sans suite par le ministère public motif pris de l'absence d'infraction ou encore en raison du caractère civil du contentieux. Ces décisions interviennent après une enquête préliminaire qui n'a pas d'emblée révélé un acte délictueux évident ; pas d'écume, pas de vagues... Or, il est rare que les infractions économiques et financières fassent des vagues, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas d'infraction. Il est par conséquent capital que la victime conserve par la voie de la constitution de partie civile un accès au juge d'instruction, seul à même de plonger en eaux profondes.

3

**L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE
ÉCONOMIQUE ET FINANCIER DEVANT
LES JURIDICTIONS PÉNALES DU FOND**

On peut rappeler, en préambule, la distinction entre la notion de dommage et la notion de préjudice.

Le dommage relève de l'ordre des faits ; les assureurs opèrent d'ailleurs une classification des dommages en trois grandes catégories :

- le dommage corporel qui peut se définir comme une atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne humaine ;
- le dommage matériel qui correspond à l'atteinte à la substance d'une chose ;
- le dommage immatériel qui n'appartient à aucune des deux catégories précédentes, qui relève notamment du domaine économique et financier.

Le préjudice quant à lui relève de l'ordre du droit et correspond à l'atteinte aux droits patrimoniaux ou extra-patrimoniaux. On parlera souvent de poste de préjudice pour opérer des catégories ; par exemple, en droit du dommage corporel, l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 prévoit que le recours des tiers payeurs s'exerce « *poste par poste* ».

Si le dommage immatériel intéresse particulièrement le droit pénal des affaires, cela n'exclut cependant pas l'existence d'un dommage matériel.

S'agissant des préjudices causés par ces dommages, un premier constat s'impose : contrairement au droit du dommage corporel, il n'existe, en matière économique et financière, ni nomenclature des préjudices, ni référentiel indicatif d'évaluation des préjudices. Pour autant, traiter des préjudices et de leur évaluation en cette matière va nous conduire à poser deux questions :

- quels préjudices ?
- quels modes d'évaluation ?

I. QUELS PRÉJUDICES ?

Le principe jurisprudentiel qui domine le droit de la réparation est le principe de la réparation intégrale ; ce principe est posé par la Cour de cassation dès 1954 : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* »⁴⁰.

40. Civ. 2e, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765

Le droit français ne pose donc pas de limite aux préjudices indemnifiables ; il faut et il suffit d'établir un lien de causalité direct et certain avec le fait dommageable.

Même dans le domaine économique et financier, on peut proposer la distinction désormais classique entre les préjudices patrimoniaux et les préjudices extra-patrimoniaux.

A - Les préjudices patrimoniaux

1. Les préjudices patrimoniaux résultant d'un dommage matériel

Comme cela a été dit, le dommage matériel correspond à l'atteinte à la substance d'une chose ; il s'agit ici des préjudices matériels résultant d'infractions de droit pénal général.

Une société peut être victime d'un vol, d'un abus de confiance ou d'une escroquerie ; le préjudice résultant de l'infraction est un préjudice matériel dont l'évaluation ne posera pas de difficulté majeure ; il suffira à la société de prouver par tout moyen son préjudice comme en droit commun.

Le professeur Letourneau caractérise ce type de préjudice comme une perte éprouvée en citant comme exemple l'amoindrissement de la valeur vénale d'un bien détérioré, détruit⁴¹.

Le professeur Nussenbaum distingue entre deux situations, auxquelles l'infraction apporte une perturbation : celle où la victime avait la possession et la jouissance d'un bien ou d'un actif patrimonial n'engendrant pas de revenus, et celle où elle utilisait un actif d'exploitation engendrant des revenus.

Dans le premier cas, le préjudice est matériel : il tient à la perturbation dans l'usage, ou la perte partielle ou totale de l'actif. Le préjudice sera apprécié à travers les coûts de remplacement ou de remise en état ; lorsque l'indemnité correspond au remplacement, il peut y avoir un enrichissement pour la victime notamment lorsqu'un immeuble usagé est remplacé par un immeuble neuf ; mais c'est le principe de réparation intégrale dont la mise en œuvre privilégie la valeur d'usage par rapport à la valeur vénale.

41. P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 11^{ème} éd., 2018-2019, n°2124.31.

Dans le second cas, le préjudice se traduit par une atteinte aux revenus normaux du fait de la faute (cela s'apparente finalement à la perte d'une chance de percevoir les revenus).

2. Les préjudices patrimoniaux résultant d'un dommage immatériel

Le professeur Nussenbaum propose la définition suivante : il s'agit des « *conséquences de fautes économiques telles que l'atteinte à l'intégrité du marché à travers des pratiques anticoncurrentielles ou dans le domaine boursier à travers des pratiques prohibées : fausses informations, délit d'initié, etc. ; il convient aussi d'envisager le préjudice à l'économie qui caractérise les effets au niveau collectif de l'atteinte au bon fonctionnement des marchés qu'il s'agisse de biens et services ou d'actifs financiers* »⁴².

En droit du dommage corporel, les professionnels utilisent la nomenclature des préjudices proposée par le groupe de travail présidé par M. Dintilhac publié en juillet 2005.

S'il n'existe pas de nomenclature des préjudices en matière économique et financière, la doctrine a tenté de proposer certaines typologies.

On peut distinguer, comme le professeur Le Tourneau, entre la perte éprouvée (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*). Sont par exemple des pertes éprouvées : la perte d'un droit ; les dépenses ou investissements effectués en pure perte ; la déchéance du terme d'un prêt en raison d'un accident ; l'accroissement des charges financières ; la perturbation de l'activité d'une entreprise. Sont des gains manqués : la contrefaçon privant le titulaire d'un brevet de la redevance qu'il aurait été en droit d'exiger pour autoriser l'exploitation ; l'amointrissement du rendement d'une terre à raison de l'implantation d'une usine polluante ; la baisse de chiffre d'affaire entraînée par la fausse annonce de la mise en liquidation judiciaire d'une entreprise.

On peut aussi envisager la typologie élaborée par le professeur Nussenbaum⁴³. En faisant une répartition par nature économique, il est proposé de distinguer quatre type de préjudices économiques : les coûts subis, les gains manqués, la perte de chance et la dépréciation d'un actif ou la perte patrimoniale. Pour les pertes subies et les gains manqués, il est proposé de distinguer entre le passé (entre le fait dommageable et la date d'évaluation) et le futur (dans l'avenir

42. Maurice Nussenbaum. *La réparation du préjudice économique*, in *Les limites de la réparation des préjudices, thèmes et commentaires*, Dalloz, 2007, p.289 et s.

43. Maurice Nussenbaum. *La réparation du préjudice économique*, op. cit.

après la date d'évaluation). Par exemple, on peut mentionner pour le passé: des coûts supplémentaires d'exploitation, de remise en état ou de remplacement d'actifs endommagés ou détruits ; des revenus ou gains manqués. Et pour l'avenir, après la date d'évaluation, on pourrait retenir: des coûts supplémentaires à venir ; des insuffisances de revenus futurs ou encore des gains manqués futurs.

On peut aussi s'appuyer sur la notion de perte de chance, notion apparue à la fin du XIX^e siècle dans un arrêt du 17 juillet 1889 concernant la perte de chance d'exercer un recours contre une décision de justice. Cette notion est largement utilisée en matière de responsabilité, notamment s'agissant de la responsabilité professionnelle ; perte de chance d'éviter une amputation en matière médicale, perte de chance de renoncer à un acte en matière notariale etc. La perte de chance se définit aujourd'hui comme « *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »⁴⁴. La notion de perte de chance met en présence deux éléments contradictoires: une incertitude et une certitude, que l'on peut illustrer comme suit en matière économique :

- l'incertitude tient au fait qu'il ne peut être certain que si la faute n'avait pas été commise, la situation économique de l'entreprise ne se serait peut-être pas dégradée ;
- la certitude tient au fait que si la faute n'avait pas été commise la situation économique de l'entreprise avait des chances de ne pas se dégrader, et que la faute l'a privée de cette chance.

Le préjudice résulte donc d'une faute qui a pour conséquence de réduire la possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte. La chance perdue doit être un préjudice certain, mais sa conséquence étant aléatoire, la victime ne peut être indemnisée qu'au regard de la probabilité de la réalisation de l'événement favorable.

Enfin, on peut considérer aussi la perte de valeur d'un actif: c'est par exemple le cas de la perte de valeur d'un savoir faire du fait de sa divulgation. Le professeur Nussenbaum précise que « *la perte d'un actif peut être considérée comme une atteinte à la valeur du patrimoine, mais dans le cas d'un actif d'exploitation, la valeur étant liée aux revenus futurs que cet actif peut générer, l'atteinte patrimoniale ne peut être appréhendée qu'à travers la perte prouvée d'une capacité à générer de revenus dans l'avenir* »⁴⁵.

Toutes ces distinctions – qui au demeurant ne sont pas spécifiques à la matière économique et financière – sont des pistes intéressantes pour réfléchir à la mise en place d'une nomenclature des préjudices en matière économique et financière.

44. Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2006, pourvoi n°05-15.674.

45. Maurice Nussenbaum. La réparation du préjudice économique, op. cit.

Dans cette perspective, on peut en effet souhaiter l'élaboration d'une nomenclature spécifique à la matière économique et financière, sur le modèle de celle qui a été élaborée par la commission Dintilhac.

Cette nomenclature aurait pour objet d'éviter les disparités entre les juridictions, et de rendre les solutions un peu plus prévisibles. Dans ce sens, elle serait certainement appréciée non seulement des juges, mais aussi des experts qui pourraient s'y référer et des avocats. La construction d'une telle nomenclature impliquerait un travail de réflexion et d'analyse commun à ces différents professionnels.

Sans doute, la distinction entre gain manqué et perte subie aurait, dans cette nomenclature, une place centrale. Mais d'autres subdivisions seraient certainement envisageables, afin de permettre une adaptation la plus juste possible à la diversité des situations. La cour d'appel de Paris a déjà opéré en octobre 2017 un travail de clarification et de normalisation de ces notions⁴⁶, dont on pourrait certainement s'inspirer.

Proposition 6

Adopter une nomenclature des préjudices en matière économique et financière. En matière de préjudices patrimoniaux, rationaliser cette nomenclature autour de la distinction générale entre gain manqué et perte subie et s'inspirer du travail réalisé par la cour d'appel de Paris.

B- les préjudices extra patrimoniaux

Il peut sembler surprenant d'évoquer des préjudices extrapatrimoniaux en matière économique et financière, car à première vue, tous les préjudices semblent avoir des conséquences comptables, ou du moins mesurables par des techniques financières. Pour autant, les personnes morales existent, et la jurisprudence a reconnu qu'elles pouvaient subir des préjudices non patrimoniaux.

Les difficultés d'évaluation de ce type de préjudices paraissent encore plus grande s'agissant d'une personne morale. Il convient donc d'y prêter une attention toute particulière.

46. <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/la-reparation-du-prejudice-economique-octobre-2017>

Le préjudice moral

Le préjudice moral est classiquement défini comme le dommage subi par une personne dans ses sentiments, qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation.

La chambre criminelle a consacré le principe de l'indemnisation d'un préjudice moral subi par une personne morale dans deux arrêts énonçant que « *l'action civile est ouverte à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage, matériel ou moral, découlant des faits, sans exclure les personnes morales* »⁴⁷.

Cette notion de préjudice moral ne se limite pas aux sentiments ; on comprend bien que si une entreprise n'a pas de sentiments, elle peut avoir à défendre sa réputation ou son honneur. Le doyen Carbonnier proposait la prise en compte de ce préjudice « *là où il y a lésion de l'un de ces droits que l'on qualifie de droits extra patrimoniaux ou primordiaux: droit au nom, à la propre image, à l'honneur, à la considération* »⁴⁸.

Dans un arrêt *Comingersoll SA c/ Portugal* [GC] (n°35382/97), rendu le 6 avril 2000, la Cour EDH a indemnisé le préjudice moral de la société Comingersoll ; cette société reprochait au Portugal la longueur d'une procédure civile ; sur la base de l'article 6-1 de la convention (délai raisonnable) et de l'article 41 de la convention (satisfaction équitable), la Cour retient que le préjudice moral peut comporter des éléments plus ou moins « *objectifs* » et « *subjectifs* », parmi lesquels « *il faut reconnaître la réputation de l'entreprise, mais également l'incertitude dans la planification des décisions à prendre, les troubles causés à la gestion de l'entreprise elle-même, dont les conséquences ne se prêtent pas à un calcul exact, et enfin, quoique dans une moindre mesure, l'angoisse et les désagréments éprouvés par les membres des organes de direction de la société* » ; la Cour alloue à la requérante 1.500.000 PTE (escudos, environ 7.500€) pour le dommage subi.

La réparation du préjudice moral d'une personne morale est donc possible. Mais elle est souvent délicate, parce qu'il est souvent difficile de concevoir un préjudice moral d'une personne morale qui ne s'analyse pas comme une perte subie ou un gain manqué. Aussi, on pourrait souhaiter une définition plus claire de ce préjudice particulier.

47. Cass. Crim., 27 novembre 1996, n°96-80.223 et n°95-85.118

48. Jean Carbonnier, *Droit civil, les biens, les obligations*, PUF, coll. Thémis, §1122

Proposition 7

Définir plus clairement le contenu du préjudice moral d'une personne morale (par exemple comme le préjudice ne pouvant s'analyser comme une perte subie ou le gain manqué).

L'atteinte à l'image ou à la réputation

On citera ici l'exemple de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 30 juin 2006 (n°04/06308) dans un litige opposant la société LVMH à la société Morgan Stanley.

En première instance, le tribunal de commerce de Paris avait condamné la société Morgan Stanley à payer à la société LVMH la somme de 30 millions d'euros à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral. Ce préjudice était la conséquence des manquements de la société Morgan Stanley à ses devoirs d'indépendance, d'impartialité et de rigueur dans ses analyses financières.

La cour d'appel retient que le préjudice moral a pour objet de réparer les conséquences du faux conflit d'intérêts et des erreurs factuelles notamment sur le ratio d'endettement. La cour d'appel mentionne expressément qu'il s'agit d'une atteinte à l'image et à la réputation de la société LVMH.

Le préjudice collectif

La Cour de cassation avait admis la réparation du préjudice écologique pur dans l'affaire ERIKA⁴⁹. Mais la loi du 8 août 2016 a créé l'article 1386-19, devenu 1246 du Code civil, qui énonce que « *toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer* », le préjudice écologique étant défini comme « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* » (art. 1247 du code civil).

Si l'article 31 du code de procédure civile précise que le droit d'agir n'est conféré qu'« *à celui qui a un intérêt légitime* » au succès ou au rejet d'une prétention, il prévoit des hypothèses dans lesquelles la loi « *qualifie* » une personne particulière pour défendre un intérêt déterminé. Dans ce cas, la loi crée des actions « *attribuées* »,

49. Cass. Crim., 25 septembre 2012, n°10-82.938

qui reposent sur la qualité pour agir et qui restreignent le cercle des personnes titulaires du droit d'agir. La loi habilite alors une personne en particulier à agir pour autrui.

C'est précisément ce qu'elle fait en accordant aux syndicats le droit d'agir dans la défense d'un intérêt collectif. Ces groupements reçoivent du législateur l'habilitation pour agir en faveur d'un groupe indéterminé de personnes. Ils assurent alors la défense d'un groupe de personnes qui peuvent concrètement prétendre au même bénéfice. Le groupe est en quelque sorte diffus, en ce que les individualités des membres qui le composent n'a pas d'importance. Seule importe la situation objective qui unit ces membres au sein d'un même ensemble.

II. QUELLE ÉVALUATION ?

La question de l'évaluation est une question de fait et les juges ne disposent guère d'outil préétabli⁵⁰, contrairement au dommage corporel pour lequel il existe un référentiel d'indemnisation établi par les cours d'appel.

Cette question de l'évaluation relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, de sorte que la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle sur l'évaluation des préjudices. Elle affirme que le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant.

A – L'évaluation objective

L'évaluation du préjudice ne présente aucune particularité lorsqu'il s'agit des infractions classiques : vol, abus de confiance ou escroquerie ; l'évaluation se fera à partir de facture ou par le montant des sommes objet de l'escroquerie ou de l'abus de confiance. La question reste de savoir si l'indemnité correspond à la valeur vénale ou à la valeur de remplacement, cette dernière étant seule à même d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

L'évaluation, toujours objective, est plus délicate pour les préjudices résultant de dommage immatériel ; l'évaluation d'une perte de chiffre d'affaire ou d'une perte

50. Il convient cependant de relever le travail très intéressant réalisé par la Cour d'appel de Paris en octobre 2017 relatif à l'évaluation du préjudice économique. Douze fiches méthodologiques sont ainsi proposées, mais si elles concernent différents aspects de la réparation du préjudice économique, elles ne traitent pas de la réparation de ce préjudice devant les juridictions pénales. Sur ce travail, cf. <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/la-reparation-du-prejudice-economique-octobre-2017>.

d'exploitation justifiera souvent le recours à une expertise comptable dont les frais devront être avancés par la personne morale partie civile.

Il appartiendra à l'expert de rechercher quelles étaient les perspectives de l'entreprise, compte tenu des comptes de références antérieurs au fait dommageable; on utilisera les documents comptables antérieurs au fait dommageable pour établir des comptes de référence.

B – L'évaluation par estimation

Toujours pour les préjudices patrimoniaux, le juge pourra recourir à une évaluation par estimation. On peut prendre un exemple dans la jurisprudence de la cour d'appel de Douai.

Un prévenu avait été déclaré coupable du délit de non paiement de la taxe sur la copie privée au préjudice de la société Copie France par le biais de l'activité d'une société dont il était le dirigeant ; infraction prévue et réprimée par les articles L311-1, L311-4, L311-6 et L 335-4 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle. Il avait aussi été déclaré coupable d'avoir, alors qu'il avait la qualité d'importateur et d'acquéreur intra communautaire, omis de verser la rémunération due à l'auteur, à l'artiste interprète ou au producteur au titre de la copie privée de phonogrammes ou de vidéogrammes, en l'espèce lors des ventes qu'il a réalisées de produits de DVD ou CD vierges, entreposés en France, au préjudice de la société Copie France.

Dans cette affaire, la cour d'appel a retenu une évaluation par estimation proposée par la société Copie France, sur la base du préjudice résultant des ventes sans factures au profit de M. V. (société L.).

Entendus par les services d'enquête, M. V. avait déclaré: " j'ai acheté sans facture pour 50 000 euros de CD-R et de DVD-R" ; M. B. avait déclaré: "j'ai reconnu avoir fait des ventes sans facture à la société L. pour 50 à 60 000 euros de CD-R et DVD-R". Il résulte de ces déclarations, même si les condamnés sont revenus dessus ultérieurement, que la société Copie France peut sérieusement évaluer son préjudice sur la base de la vente sans facture (ni vraie ou ni fausse) à M. V. de CD-R et DVD-R d'un montant total de 50 000 euros.

Les pièces de la procédure ont permis de constater que sur factures, ont été vendus 195 640 DVD et 408.100 CD R 700. La société Copie France peut sérieusement déduire de ces éléments que sur 100 supports vendus, il s'y trouve en moyenne 1/3 de DVD-R et 2/3 de CD-R. Il résulte également des factures existantes par ailleurs

que le prix moyen de vente d'un CD-R était de l'ordre de 0,15 euros et le prix moyen de vente d'un DVD était de l'ordre de 0,30 euros. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la société Copie France peut déduire qu'en contrepartie d'une somme de 50 000 euros, M. V. a acheté 83 333 DVD et 166 666 CD-R.

Sur la base d'une rémunération de 0,35301 euros HT, soit 0,3892 TTC par CD-R, et de 1,27 euros HT, soit 1,4058 euros TTC par DVD-R, le préjudice en résultant pour la société Copie France a pu être évalué à 164 667,67 euros HT, soit 182 019,59 euros TTC au titre des ventes sans facture au profit de la société L.

On comprend la difficulté d'évaluer un préjudice, même économique, pour un juge ou pour l'expert dont c'est la mission ; et le rôle de l'expert est déterminant ; la doctrine a exprimé la demande d'une plus grande transparence des raisonnements tenus par les juges du fond en souhaitant qu'ils se fondent sur une véritable analyse économique du litige⁵¹.

Proposition 8

Afficher plus clairement dans les décisions le raisonnement adopté pour évaluer le préjudice.

C – L'évaluation subjective (référéncée ou non)

La difficulté d'évaluer un préjudice extra patrimonial n'est pas nouvelle.

Comment évaluer le préjudice constitué par le décès d'un proche ? Comment évaluer le préjudice constitué par une souffrance physique ou morale ? Comment évaluer le préjudice résultant de l'atteinte à la réputation ?

Dans certains cas, on va utiliser l'évaluation subjective référéncée ; en ce sens, on recherchera des précédents pour évaluer le préjudice par comparaison, même si, et c'est ce qui en fait la subjectivité, la souffrance subie par une victime en raison du décès d'un proche n'est pas toujours comparable à la souffrance d'une autre.

Et que faire lorsqu'il n'y a pas de précédent permettant une comparaison ?

51. M. Nussenbaum, *La réparation du préjudice économique*.

La norme est particulièrement difficile à établir en la matière ; à titre d'exemple, on signalera qu'en droit du dommage corporel, le préjudice d'affection d'un parent pour la perte d'un enfant est généralement évalué par la jurisprudence dans une fourchette de 20000 € à 40000 € ; comment comprendre alors le préjudice moral de Bernard T. évalué à 45 millions d'euros dans l'affaire du rachat d'Addidas par le Crédit Lyonnais ?

On saisit ici la difficulté d'évaluer, pour une personne morale, le préjudice lié à une atteinte à la réputation, d'autant que l'existence de précédent pertinent est très rare.

C'est d'ailleurs ce que critique l'ensemble de la doctrine en parlant d'imprévisibilité totale de l'évaluation des préjudices.

En conclusion, on peut formuler plusieurs suggestions.

D'abord, il conviendrait de travailler à l'établissement d'une nomenclature des préjudices en matière économique et financière ; on pourrait à ce titre reprendre la distinction entre les préjudices patrimoniaux et les préjudices extra patrimoniaux ; dans chaque catégorie, on pourrait distinguer entre les préjudices passés (antérieurs à la date d'évaluation) et les préjudices futurs (postérieurs à la date d'évaluation).

Ensuite, l'évaluation de ces préjudices ne répond pas actuellement à des méthodologies précises ; pour autant, un travail partagé par des experts-comptables, des économistes et des juristes permettrait sans doute de dégager des méthodologies d'évaluation de ces préjudices en matière économique et financière, en remédiant au reproche de la doctrine qui dénonce la différence entre l'approche comptable et l'approche économique dans l'évaluation des préjudices.

En outre, une formation et une spécialisation des magistrats en charge de ce type de contentieux s'impose.

Proposition 9

Adopter une méthodologie d'évaluation des préjudices en matière économique et financière, avec un travail commun de juristes, d'économistes et d'experts-comptables (en s'inspirant des fiches d'évaluation de la cour d'appel de Paris⁵²).

52. Cf. <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/la-reparation-du-prejudice-economique-octobre-2017>

4

**LA VICTIME ET LA CONVENTION
JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC**

Initialement, la victime était absente des dispositions relatives à la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) contenues dans le projet de la loi dite Sapin 2, qui sera finalement votée comme la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Aux termes d'un avis du 24 mars 2016, le Conseil d'Etat s'était montré défavorable au projet de loi, notamment au motif suivant : « *En outre, la victime se trouve privée d'une participation personnelle au procès pénal et son intervention est cantonnée à une demande d'indemnisation devant une juridiction civile.* » Le projet de loi a ensuite été modifié et, dans sa version définitivement adoptée aujourd'hui en vigueur, celui-ci intègre la victime au sein de la procédure de la CJIP. Mais la position accordée à la victime est en définitive ambiguë car le montant des dommages-intérêts accordés aux termes de la CJIP est déterminé par le procureur de la République, en accord avec la personne morale mise en cause, puis le cas échéant homologué par le juge, qui ne peut toutefois le modifier, aux termes d'une décision insusceptible d'appel par la victime. Cette situation curieuse et perfectible apparaît devoir être modifiée. En effet, il est constant par ailleurs que le montant d'une indemnisation, soit est déterminé par un accord, auquel la victime et l'auteur (ou leurs ayants-droits) sont parties, soit est tranché par un juge. Il paraît donc incongru que dans le cadre d'une CJIP, ce montant soit déterminé par un accord auquel la victime n'est pas partie. Le mécanisme de l'indemnisation de la victime prévu dans le cadre de la procédure de comparution préalable de culpabilité est beaucoup plus satisfaisant et devrait en conséquence être transposé en matière de CJIP.

I. LE MÉCANISME ACTUEL

Il convient de préciser que la victime d'un délit de corruption n'est pas nécessairement l'Etat ou une association visée à l'article 2-23 du code de procédure pénale. Il peut s'agir d'une autre personne morale de droit public (comme une commune⁵³ ou une chambre de commerce et d'industrie⁵⁴), ou de la société anonyme à capitaux publics au sein de laquelle est employée la personne physique ayant commis le délit de corruption passive⁵⁵. L'on peut aussi imaginer qu'il s'agisse d'un concurrent de l'entreprise au profit de laquelle l'infraction a été commise.

53. Cass. Crim. 27 juin 2018 n° de pourvoi 16-86256.

54. Cass. Crim., 16 janv. 2019, n° de pourvoi 18-80749.

55. C'est précisément le cas de EDF, considérée comme victime et indemnisée en cette qualité aux termes de la CJIP conclue avec la société KAEFER WANNER le 15 février 2018.

La procédure de la CJIP est définie aux termes, d'une part de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale créé par l'article 22 de la loi Sapin 2 susvisée, d'autre part du décret n° 2017-660 du 27 avril 2017 relatif à la convention judiciaire d'intérêt public et au cautionnement judiciaire codifiés aux articles R. 15-33-60-1 et suivants du même code. Les modalités de mise en œuvre de ces dispositions ont été précisées par une circulaire d'application du directeur des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018, puis par un document intitulé « *Lignes directrices sur le mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public* » rédigé ensemble par le procureur de la République financier et l'Agence française anticorruption en date du 26 juin 2019.

Selon les termes de l'alinéa 5 de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale, l'indemnisation du préjudice doit être prévue par la convention judiciaire d'intérêt public « *lorsque la victime est identifiée* ». Ainsi que le spécifie l'article R. 15-33-60-1 du code de procédure pénale, avant d'adresser la proposition de CJIP aux représentants de la personne morale mise en cause, le procureur de la République doit en informer préalablement la victime lorsqu'elle est identifiée afin de lui permettre de transmettre tout élément de nature à établir la réalité et l'étendue de son préjudice.

Comme le rappelle l'Agence française anticorruption⁵⁶, le législateur a en effet souhaité que les personnes ayant subi un préjudice soient associées en amont de la procédure, et la représentation nationale a notamment précisé que « *le procureur de la République est tenu de rechercher ces personnes*⁵⁷ ».

L'alinéa 6 de l'article 41-1-2 dispose : « *la victime est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause* ».

Selon l'Agence française anticorruption, ce droit à l'information n'est reconnu qu'aux victimes et ne s'applique pas aux associations habilitées à « *exercer les droits de la partie civile* » en cas d'infractions d'atteintes à la probité, visées à l'article 2-23 du code de procédure pénale.

L'article R. 15-33-60-1 du code de procédure pénale précise : « *le procureur de la République informe par tout moyen la victime, lorsqu'elle est identifiée, de sa décision de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Il fixe alors le délai dans lequel elle peut lui transmettre tout élément de nature à établir la réalité et l'étendue de son préjudice* ».

56. <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/guideCJIPenligneavril2019.pdf>

57. V. Rapp. AN n°3785, p. 159.

Dans tous les cas, la victime ne peut ni provoquer, ni s'opposer à la proposition de CJIP, ni interjeter appel de la décision qui la validera. Elle ne participera pas à la négociation du contenu de la CJIP si ce n'est pour la détermination de son propre préjudice. La circulaire d'application précitée précise :

« Le procureur évalue ensuite, dans la proposition de convention, "le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction", lesquels peuvent être différents de ceux initialement sollicités par la victime. Il convient de souligner que les négociations préalables à la conclusion d'une convention sont marquées par une confidentialité très stricte, la divulgation d'informations relatives à la convention envisagée pouvant avoir des conséquences économiques particulièrement dommageables pour l'entreprise mise en cause (chute de la valeur du titre par exemple s'agissant d'une société cotée en bourse). Ainsi, l'avis du procureur à la victime ne devra intervenir que si, aux termes d'une discussion informelle engagée avec la personne morale mise en cause, l'éventualité de la conclusion d'une CJIP est confirmée. Le procureur devra par ailleurs appeler l'attention de la victime sur la nécessité de ne donner aucune publicité à cet avis avant que la CJIP ne soit formellement proposée à la personne morale mise en cause.

La victime ne peut ni provoquer une CJIP, ni s'opposer à la proposition de CJIP, ni interjeter appel de la décision qui la valide. »

Selon l'alinéa 8 de l'article 41-1-2, lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de validation. La proposition de convention est jointe à la requête. Le procureur de la République informe de cette saisine la victime, par lettre recommandée avec accusé de réception précise l'article R. 15-33-60-3 du même code, ainsi que l'heure et du lieu de l'audience d'homologation.

L'alinéa 9 de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale prévoit qu'à l'audience publique, le Président du tribunal procède à l'audition de la victime assistée, le cas échéant, de son avocat.

L'alinéa 9 de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale précise aussi que l'ordonnance validant ou non la convention n'est pas susceptible de recours par la victime (seule la voie de la rétractation de la personne morale mise en cause est envisagée).

Il apparaît ainsi que la victime est informée de l'existence d'un projet de CJIP, qu'elle est invitée par le procureur à formuler et justifier une demande de dommages-intérêts, et que celui-ci décide en définitive le montant des dommages-intérêts mentionné aux termes de la CJIP adressée au juge du siège aux fins de validation. Toutefois, la CJIP n'étant transmise par le procureur au juge qu'après accord de la personne morale mise en cause, en réalité **le montant des dommages-intérêts prévu aux termes de la CJIP transmise au juge a nécessairement fait l'objet d'un accord de la part de cette personne morale.**

Lors de l'audience publique, la victime a la faculté de présenter des observations, mais au demeurant **le juge ne peut, comme pour tous les termes de la CJIP, que valider celle-ci ou refuser de la valider, sans pouvoir en modifier un point.**

Du reste, la victime n'a pas la faculté de relever appel de la décision par laquelle le juge valide la CJIP proposée, notamment le montant des dommages-intérêts.

Ce mécanisme, inédit, n'est satisfaisant ni pour la victime ni pour la personne morale mise en cause.

II. CRITIQUE ET PROPOSITIONS

Premièrement il est à espérer que, dans le silence des textes, nul ne conteste la possibilité pour la victime de saisir le juge civil d'une demande de dommages-intérêts complémentaire. Les lignes directrices susvisées le rappellent expressément : « *La conclusion et la validation de la CJIP ne font pas échec au droit qu'ont les victimes de saisir la juridiction civile.* » Qu'en sera-t-il toutefois si la victime formule une demande supérieure à celle formulée dans le cadre de la procédure de CJIP ? Qu'en sera-t-il encore si la victime, quoique valablement informée de la procédure de CJIP, n'a formulé aucune demande d'indemnisation mais qu'elle saisit ensuite un juge civil à cette fin ?

Proposition 10

Clarifier la situation de la victime après la conclusion de la CJIP : reconnaître à la victime la possibilité de demander une indemnisation complémentaire.

Quoi qu'il en soit, s'agissant des intérêts civils, le mécanisme actuel n'est pas satisfaisant pour la personne morale mise en cause. En effet, dans l'hypothèse où la victime se contenterait de demander au juge civil le reliquat de ce qu'elle avait demandé en vain dans le cadre de la CJIP, et *a fortiori* dans l'hypothèse où la victime formulerait une demande supérieure à celle, satisfaite ou non, formulée dans le cadre de la CJIP, la personne morale se verrait sans doute liée par la reconnaissance du principe de sa responsabilité civile à laquelle elle aurait consenti dans le cadre de la CJIP. Or, on peut aisément imaginer qu'une personne mise en cause reconnaisse le principe de sa responsabilité civile au vu d'un montant de dommages-intérêts lui paraissant acceptable et qu'elle s'y refuse au vu d'un montant supérieur. Pour mémoire, dans le cadre de la CJIP conclue avec la société KAEFER WANNER le 15 février 2018, la société EDF, en qualité de victime, avait obtenu la somme de 30.000€. On peut imaginer que, dans d'autres dossiers, les enjeux civils soient autrement plus importants.

Le mécanisme n'est pas satisfaisant, non plus, du point de la vue de la victime. En effet, que le montant des dommages-intérêts soit décidé d'un commun accord entre l'auteur du dommage et le procureur est évidemment contre-nature. Il est constant que le montant d'une indemnisation, soit est déterminé par un accord, auquel la victime et l'auteur (ou leurs ayants-droits) sont parties, soit est tranché par un juge. Il paraît incongru que ce montant soit déterminé par un accord auquel la victime n'est pas partie, quand bien même le procureur y est partie. Par surcroît, l'on ne peut exclure qu'en pratique, les intérêts de la Société que représente ce dernier priment ceux de la victime, de sorte qu'un accord soit conclu conformément aux premiers mais au détriment des seconds, fût-ce inconsciemment, par le procureur.

Certes, l'on pourrait imaginer que si la victime s'estime lésée par le montant retenu par le procureur avec l'accord de la personne morale mise en cause et validé par le juge, elle peut toujours saisir le juge civil d'une demande complémentaire (puis le juge d'appel), de sorte qu'elle aura bénéficié d'une première chance d'obtenir satisfaction sans préjudice de deux degrés de juridictions postérieurs, ce dont elle ne saurait se plaindre. Ce serait oublier, d'une part que faire valoir ses droits dans le cadre d'une CJIP est de nature à induire un investissement humain et économique conséquent, d'autre part et en toute hypothèse qu'en pratique, il est à craindre que le juge civil saisi par la suite prenne en considération la « *décision* » préalable du procureur de la République, laquelle procède, on l'a vu, non seulement d'un cadre relativement informel où notamment le contradictoire n'est pas parfaitement respecté, mais aussi de la prise en compte primordiale des intérêts de la Société.

En réalité, le caractère perfectible du sort de la victime au sein de la procédure de CJIP a sans doute pour cause qu'à l'origine le système a été conçu en excluant sa présence, laquelle n'a été admise, on l'a vu, que dans un second temps.

Le sort de la victime au sein de la procédure de comparution préalable sur reconnaissance de culpabilité (CRPC) apparaît beaucoup plus clair et, en définitive, beaucoup plus satisfaisant pour toutes les parties.

Pour mémoire, l'article 495-13 du code de procédure pénale dispose : « *Lorsque la victime de l'infraction est identifiée, elle est informée sans délai, par tout moyen, de cette procédure. Elle est invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat, devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice. Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui statue sur cette demande, même dans le cas où la partie civile n'a pas comparu à l'audience, en application de l'article 420-1. La partie civile peut faire appel de l'ordonnance conformément aux dispositions des articles 498 et 500.* »

La transposition pure et simple de ce mécanisme au cadre de la CJIP apparaît ainsi souhaitable. La conclusion d'un accord entre le procureur et la personne morale mise en cause n'inclurait plus, dès lors, la question des intérêts civils de la victime, ce qui serait plus sain à tous égards, on l'a vu.

La CJIP impliquerait, comme en l'état, « *le cas échéant, l'obligation pour l'auteur de l'infraction de réparer le dommage résultant de celle-ci* » (art. 41-1-1, II, 2°), mais le montant de la réparation serait déterminé par le juge de la validation, de la même façon qu'il l'est par le juge de l'homologation en matière de CRPC.

Proposition 11

Transposer la situation de la victime dans la CRPC à la CJIP.

5

**L'APPEL PAR LA PARTIE CIVILE
D'UNE DÉCISION DE RELAXE
EN DROIT PÉNAL DES AFFAIRES**

À titre liminaire, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que la faculté, pour la partie civile, de faire appel d'une décision de relaxe devant la chambre des appels correctionnels est **un droit** prévu par la loi. En effet, l'article 497 3° du code de procédure pénale ouvre à la partie civile le droit de former appel quant à ses intérêts civils. On soulignera que cette disposition a fait l'objet d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité ayant conduit le Conseil Constitutionnel à la juger conforme à la Constitution⁵⁸. Le moyen d'inconstitutionnalité résidait toutefois non pas dans la faculté de la partie civile de faire appel d'une décision de relaxe mais au contraire dans l'impossibilité, pour la partie civile, de faire appel des dispositions pénales.

Pourtant, cette faculté pour la partie civile de faire appel d'une décision de relaxe ne va pas de soi puisqu'elle conduit à une survie de l'action civile *stricto sensu* alors que l'action publique est, elle, éteinte.

Pour la clarté du propos, on rappellera la distinction traditionnelle entre l'« *action civile* » proprio motu qui tend à la réparation du dommage causé par une infraction et l'action « *à fins civiles* » par laquelle la victime prétendue d'une infraction élève une prétention de nature civile liée à l'infraction mais **fondée sur un élément autre que la faute pénale**⁵⁹.

La partie civile relevant appel d'un jugement de relaxe exerce indiscutablement une *action civile* au sens propre et non une action *à fins civiles*. En effet, lorsque le tribunal correctionnel renvoie le prévenu des fins de la poursuite sur l'action publique et déclare l'action civile irrecevable, il est néanmoins jugé que la chambre des appels correctionnels, saisie du seul appel de la partie civile, doit vérifier si l'infraction est caractérisée et, sans se prononcer sur la culpabilité, en tirer les conséquences quant à l'action civile⁶⁰.

La clé de voûte de cette solution se trouve classiquement dans l'absence d'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil lors de l'appel, par la seule partie civile, d'un jugement de relaxe. La Cour de cassation a jugé à de nombreuses reprises qu'« *à l'égard de la partie civile appelante sans restriction, l'autorité de la chose jugée ne s'attache à aucune des dispositions tant pénales que civiles*

58. Décision de renvoi (après deux refus successifs : Cass. QPC, 16 juillet 2010 ; Cass. QPC, 26 septembre 2012 ;) Cass. Crim. 5 novembre 2013, n°13-83688 ; décision du CC : Cons. Const. 31 janvier 2014, n°2013-363 QPC.

59. Jean Pradel, *Procédure pénale*, Éd. Cujas, 17e éd., 2013, nos 260 et s. ; Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Économica, 2009, n°1321 ; *Rép. dr. civ. Dalloz*, vo Action civile, par Michel Danti-Juan, n°6 et 7 ; *Rép. dr. pén. Dalloz*, vo Action civile, par Coralie Ambroise-Castérot, n°2 ; *JCl. Procédure pénale*, « Art. 2 à 3 », fasc. 20, par Béatrice Lapérou-Schneider, n°8 et 9.

60. Cass. Crim., 18 décembre 2012, pourvoi n°12-81.268.

du jugement entrepris»⁶¹. En d'autres termes, l'appel sur les seuls intérêts civils remettait en cause la chose jugée sur l'action publique.

Il appartenait à la chambre des appels correctionnels de caractériser, en tous ses éléments une infraction que les premiers juges n'avaient pas estimé constituée, **sans toutefois pouvoir prononcer de peine.**

La Cour de cassation reprenait ainsi inlassablement la même formule: « *si les juges du second degré, lorsqu'ils sont saisis du seul appel de la partie civile, ne peuvent infliger aucune peine au prévenu définitivement relaxé, ils n'en sont pas moins tenus, au regard de l'action civile, de rechercher si les faits qui leur sont déférés constituent une infraction pénale et de se prononcer en conséquence sur les demandes de réparation de la partie civile* »⁶². En filigrane, la solution reposait sur l'idée qu'il appartenait à la chambre des appels correctionnels de réparer un mal jugé sur l'action publique en première instance.

C'est tout cet édifice qui a été bouleversé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a jugé, à plusieurs reprises, que si une décision interne sur l'action civile **renferme une déclaration imputant une responsabilité pénale**, cela porte atteinte à la présomption d'innocence⁶³. La violation de l'article 6§2 de la Convention se trouve ainsi caractérisée lorsqu'un arrêt saisi du seul appel sur intérêts civils relève que le prévenu avait commis des faits « *constitutifs du délit d'abus de biens sociaux* » et « *dit que les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux [...] étaient caractérisés* ». L'atteinte à la présomption d'innocence par le droit français était ainsi doublement consommée :

- d'une part, parce que le juge d'appel s'était prononcé sur la commission d'une infraction ;
- d'autre part, parce que le juge s'était également prononcé sur les éléments constitutifs de l'infraction alors que l'action publique était définitivement éteinte.

La Cour de cassation a tiré – partiellement – les conséquences de cette inconvencionnalité. Elle juge désormais que « *le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir réparation de la part de la personne relaxée résulte de la faute civile démontrée à partir et dans la limite des*

61. Cass. Crim., 6 janvier 1981, pourvoi n°79-92.324, Bull. crim., n°1 ; v. également Cass. Crim., 18 avril 1983, pourvoi n°82-92.804, Bull. crim., n°105 ; Cass. Crim., 18 décembre 2012, précité.

62. V. par exemple : Cass. Crim. 22 novembre 2005, n°05-84826, Bull. n°302.

63. CEDH, 11 février 2003, Ringvold c/ Norvège, requête n°34964/97, § 38 ; CEDH, 12 avril 2012, Lagardère c/ France, requête n°18851/07, § 82.

faits objet de la poursuite»⁶⁴. En revanche, la Cour de cassation continue de juger que cette faute civile résulte des éléments constitutifs de l'infraction, **tant matériels qu'intentionnels**⁶⁵.

En clair, l'habit ne fait donc pas le moine : faute civile certes mais résultant des éléments constitutifs d'une infraction pénale. L'apparence est sauve au regard de l'article 6 de la CEDH mais l'apparence seulement. Cette définition de la faute civile comme celle entrant dans les liens de la prévention ne va pas sans poser certains problèmes spécifiques en droit pénal des affaires.

Comme chacun le sait, la personnalité morale est une fiction qui s'est développée sous la pression de la théorie de l'unicité du patrimoine, pour mettre à l'abri le patrimoine de l'entrepreneur – le patrimoine du dirigeant social – des poursuites de ceux dont la créance est née pour les besoins de l'activité de la société.

C'est tout le sens de la jurisprudence de la Chambre commerciale : la victime des agissements de la personne morale ne peut crever cet écran que lorsque le dirigeant est sorti de ses fonctions par la commission d'une faute détachable⁶⁶. À l'instar du fonctionnaire ou du préposé, le dirigeant qui agit pour autrui doit être protégé : c'est la rançon de la réalité de la personnalité morale, communément admise aujourd'hui.

Jusqu'alors, la jurisprudence de la Chambre criminelle, ne souffrait, **sur ce point**, d'aucune divergence avec celle de la Chambre commerciale. À aucun moment, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a fait fi de telles exigences. Elle jugeait simplement que le juge répressif n'avait pas à caractériser l'existence d'une faute détachable, y compris lorsqu'il est saisi de la seule action civile sur appel d'une décision de relaxe, **car cette dernière résulte de l'infraction pénale intentionnelle imputée au prévenu**.

Autonomie du droit pénal ou source autonome de responsabilité des dirigeants sociaux, l'idée demeure la même : la faute pénale intentionnelle absorbe la faute détachable, ce qui dispensait le juge répressif d'avoir à caractériser une faute séparable. Une telle dispense d'avoir à caractériser l'existence d'une faute détachable reposant sur la faute pénale, d'aucuns se sont interrogés sur l'avenir de cette solution.

64. Cass. crim., 5 février 2014, pourvoi n°12-80.154, Bull. crim., no 35, v. également, par ex., Cass. crim., 22 novembre 2017, pourvoi n°16-85.804.

65. Cass. Crim., 28 juin 2017, pourvoi no 16-80.079 ; Cass. Crim., 22 novembre 2017, pourvoi no 16-85.804 ; Cass. Crim., 28 février 2018, pourvoi no 16-85.518 ; Cass. Crim., 5 avril 2018, pourvoi no 16-87.669, publié au Bulletin ; Cass. Crim., 26 juin 2018, pourvoi no 17-83.721 ; Cass. Crim., 20 mars 2019, pourvoi n° 18-81.225.

66. V. récemment, dans l'hypothèse de la commission d'une infraction pénale, Cass. Com. 18 septembre 2019, pourvoi n°16-26962, à paraître au Bulletin.

Comment, alors que la Cour européenne ne juge compatible avec l'article 6 l'appel d'une décision relaxe par la partie civile qu'en l'absence de toute référence à la commission de l'infraction, le juge français peut-il se fonder sur la faute pénale en tous ses éléments constitutifs pour se dispenser d'avoir à caractériser une faute détachable ?

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, réunie en formation plénière, n'a pas souhaité faire évoluer sa jurisprudence. Dans un arrêt publié du 5 avril 2018, elle a en effet jugé que la chambre des appels correctionnels saisie par la partie civile de l'appel d'une décision de relaxe « *n'a (...) pas à s'expliquer sur l'existence d'une (...) faute (détachable) pour caractériser une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite* »⁶⁷.

C'est l'état du droit positif sur lequel on peut et on doit s'interroger.

I. APPRÉCIATION CRITIQUE

Le droit positif pose une difficulté sérieuse au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans l'ordre des principes, la relaxe prononcée sur l'action publique est irrévocable et elle ne doit pouvoir être remise en cause par la cour d'appel ni frontalement en ce qu'elle retiendrait la culpabilité du prévenu ni incidemment **en caractérisant la faute civile par référence aux éléments constitutifs de l'infraction.**

C'est le sens – et au demeurant la lettre – de la jurisprudence *Lagardère*.

Il y a en effet une contradiction à prétendre, d'une part, refouler l'infraction lorsque l'action publique est éteinte et, d'autre part, caractériser la faute civile par les éléments constitutifs de cette même infraction. Retenir que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis alors que l'action publique est éteinte, c'est porter atteinte à la présomption d'innocence.

C'est d'ailleurs exactement pour cette raison que la Cour de cassation a récemment fermé la voie du pourvoi en cassation à la partie civile déboutée de son action civile vindicative dont les prétentions indemnitaires relèvent de la compétence d'une autre juridiction⁶⁸. Le pourvoi doit être fermé en pareille hypothèse car

67. Cass. Crim., 5 avril 2018, pourvoi n°16-87669

68. Cass. Crim., 27 septembre 2016, pourvoi no 15-84.759 ; Cass. Crim., 7 juin 2017, pourvoi no 16-82.517.

sinon il conduirait à porter atteinte à la chose jugée sur l'action publique et, donc, à la **présomption d'innocence**.

On ne voit guère pourquoi il en irait différemment un degré de juridiction en deçà.

Sauf à abandonner un principe aussi fondamental à l'habileté rédactionnelle du juge, on peine à comprendre comment un jugement peut à la fois prétendre ne pas remettre en cause une décision de relaxe définitive tout en retenant, par ailleurs, que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis.

Le juge répressif, saisi sur un appel d'une décision de relaxe, ne devrait donc plus être saisi d'une action civile au sens propre mais d'une action à fins civiles tendant, pour reprendre une définition du Professeur Pradel à la « *réparation du dommage résultant bien d'une infraction, mais fondée sur un élément autre que la faute pénale* ».

Cette action devrait relever des seules règles de la responsabilité civile, ce qui devrait impliquer de caractériser une faute détachable lorsqu'est en cause celle d'un dirigeant.

En effet, c'est précisément la **nature pénale** de la faute qui a conduit la Cour de cassation, par le passé, à dispenser le juge répressif saisi d'un appel d'une décision de relaxe, de l'exigence de faute détachable.

La nature pénale de la faute absorbait l'exigence de caractère détachable. Si cette faute perd sa coloration pénale pour se muer en simple faute civile, il n'y a plus aucune raison de ne pas exiger du juge répressif qu'il caractérise l'existence d'une faute détachable.

II. PROSPECTIVE

A - L'exclusion du *statu quo*

On pourrait considérer que ces incohérences ne justifient pas une évolution du droit positif. Au fond, l'exigence de faute détachable serait tout aussi cosmétique que la définition retenue par la Chambre criminelle de la faute entrant dans les liens de la prévention.

À quoi bon contraindre le juge à retenir l'existence d'une faute détachable puisqu'en réalité, dans la majorité des hypothèses, celle-ci sera caractérisée par

le comportement imputé au civilement responsable? L'autonomie du droit pénal pourrait ainsi justifier que le juge répressif, même saisi du seul appel d'une décision de relaxe, soit dispensé de l'exigence d'une faute détachable.

Mais cette première voie n'est pas satisfaisante. D'abord, on aurait tort de penser que l'exigence de faute détachable serait surabondante, même au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Pour mémoire, cette faute détachable suppose, selon la définition de la Chambre commerciale, que le « *dirigeant commet(te) intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »⁶⁹. On relèvera ici que chaque fois que le dirigeant serait poursuivi pour une contravention – ce qui est assez fréquent, notamment en droit pénal du travail – l'absence d'élément intentionnel devrait permettre d'exclure la faute détachable. Et même en matière délictuelle, il semble parfaitement possible de soutenir que la présence des éléments constitutifs de l'infraction ne suffit pas, en cas d'appel d'une décision de relaxe, à caractériser une faute détachable du dirigeant social. En effet, en ramenant la faute dans le giron civil – même formellement sous couvert des éléments constitutifs de l'infraction – la Chambre criminelle de la Cour de cassation a restitué à l'action civile sa vraie nature.

Cette action poursuivie par la seule partie civile n'est plus chargée de la réprobation sociale que portait le ministère public. La gravité de la faute et, partant, son caractère détachable ne résultent pas tant des faits eux-mêmes que de la réprobation qui lui était attachée. Dès lors, en revanche, que le ministère public a jugé que ces faits n'étaient pas suffisamment graves pour qu'il forme appel, on ne saurait présumer d'une telle gravité par cela seul que cette faute civile résulte des éléments constitutifs d'une infraction pénale **théorique** et que la victime a choisi de porter ses demandes devant le juge répressif et non civil.

Ainsi dans l'arrêt ayant conduit la Cour de cassation à se prononcer sur l'exigence de faute détachable, il était reproché au dirigeant d'un garage d'avoir revendu des véhicules achetés sous réserve de propriété. Cette infraction théorique d'abus de confiance⁷⁰ suffisait-elle à caractériser une faute détachable alors que manifestement ce comportement était justifié par les difficultés de trésorerie auxquelles la société faisait face et que le dirigeant n'en avait tiré aucun profit? Cela n'est pas certain.

Il semble donc qu'il y a une place pour la faute non séparable des fonctions et cela quand bien-même on jugerait satisfaisante la définition de la faute civile comme celle qui résulte de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction.

69. Cass. Com. 20 mai 2003, n° 99-17092, Bull. n°84

70. À la supposer constituée car en réalité les biens n'avaient pas été remis à titre précaire.

Quant au fondement théorique qui viendrait au soutien du *statu quo* – l'autonomie du droit pénal – il semble particulièrement fragile car précisément en cas d'appel d'une décision de relaxe par la partie civile, il n'y a plus de droit pénal. Le rejet du *statu quo* pourrait conduire à une évolution législative ou à droit constant.

B - L'hypothèse d'une évolution législative

Les développements qui précèdent pourraient conduire à se demander si en cas de relaxe en première instance, il est bien normal que le juge répressif demeure compétent pour statuer sur l'indemnisation des victimes.

La présence de la partie civile au procès pénal n'est justifiée que parce que son préjudice est né de l'infraction. Dès lors qu'il a été définitivement statué sur cette infraction dont le prévenu a été relaxé et que l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction se concilie difficilement avec les exigences du procès équitable, la victime du dommage ne devrait-elle pas retourner devant son juge « naturel », le juge civil ?

La solution semblerait d'autant plus justifiée lorsque la décision de relaxe procède d'un choix de la victime de citer l'auteur de son dommage devant les juridictions répressive et non d'une mise en mouvement de l'action publique par le ministère public. La solution serait par ailleurs cohérente : en cas de relaxe, l'action civile stricto sensu dégénère en action à fins civiles de sorte qu'il ne serait pas illogique qu'elle soit exercée devant le juge civil.

Cela supposerait toutefois de modifier la loi elle-même car, comme cela a été rappelé en préambule, le droit d'appel de partie civile devant les juridictions répressives en cas de décision de relaxe résulte du code de procédure pénale.

Proposition 12

Modifier la loi et fermer la voie pénale pour l'appel de la partie civile en cas de relaxe ; porter alors l'action (à fins civiles) devant la chambre civile de la cour d'appel.

C - Une évolution à droit constant

On pourrait aussi préférer, plus modestement, une évolution à droit constant. En effet, la solution critiquée procède d'une construction jurisprudentielle qui pourrait parfaitement évoluer.

Plusieurs préconisations sont là encore envisageables :

- *a minima* et à s'en tenir à une problématique propre au droit pénal des affaires, la jurisprudence pourrait évoluer en faveur de l'exigence de faute détachable en cas d'appel d'une décision de relaxe ;
- au-delà, la jurisprudence pourrait abandonner contre la définition actuelle de la faute civile entrant dans les liens de la prévention caractérisée par tous les éléments constitutifs de l'infraction.

L'une comme l'autre de ces solutions pourraient aisément être justifiées par le risque de condamnation de la France par la CEDH.

En effet, la Cour européenne pourrait considérer qu'en réintroduisant la faute pénale, **à travers la dispense de faute détachable**, le juge répressif saisi sur appel d'une décision de relaxe porte atteinte aux exigences de la présomption d'innocence.

Plus fondamentalement, le juge européen pourrait retenir que la faute civile entrant dans les liens de la prévention ne peut tout simplement pas procéder des éléments constitutifs de l'infraction quand bien même le juge prendrait soin de maquiller cette faute pénale en faute civile.

Proposition 13

Faire évoluer la jurisprudence sur l'appel de la partie civile en cas de relaxe, et affirmer que la faute civile entrant dans les liens de la prévention ne peut pas procéder des éléments constitutifs de l'infraction.



**LA PEINE DE CONFISCATION PRONONCÉE
AUX FINS D'INDEMNISATION
DE LA PARTIE CIVILE**



L'on observe en pratique que des juridictions répressives sont amenées à prononcer la peine complémentaire de confiscation afin de permettre l'indemnisation effective de la partie civile. Cette pratique heurte l'essence même de la peine, dont la vocation est de réprimer le coupable et non de réparer le préjudice de la victime. Au demeurant, l'indemnisation de la partie civile par prélèvement sur les fonds ou les biens confisqués à l'auteur de l'infraction rend ce dernier, par l'effet de la subrogation, débiteur envers l'Etat à hauteur de la somme payée. En l'état du droit positif, cette « *double peine* » est inéluctable dès lors que le juge souhaite assurer l'indemnisation de la victime grâce aux biens saisis mais que les conditions légales lui permettant d'en ordonner la restitution au profit de cette dernière ne sont pas réunies. Il apparaît ainsi nécessaire de faire évoluer le droit, de créer une alternative permettant toujours au juge d'assurer l'indemnisation de la victime grâce aux avoirs saisis à l'auteur de l'infraction sans que l'Etat s'en trouve nécessairement subrogé dans les droits de celle-ci.

I. LA PEINE DE CONFISCATION AFFECTÉE À L'INDEMNISATION DE LA VICTIME

La peine complémentaire de confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal :

« La peine complémentaire de confiscation est encourue dans les cas prévus par la loi ou le règlement. Elle est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse.

La confiscation porte sur tous les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition.

Elle porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. Si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit.

La confiscation peut en outre porter sur tout bien meuble ou immeuble défini par la loi ou le règlement qui réprime l'infraction.

S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou

indivis, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine.

Lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut aussi porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis.

La confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non la propriété du condamné.

La peine complémentaire de confiscation s'applique dans les mêmes conditions à tous les droits incorporels, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis.

La confiscation peut être ordonnée en valeur. La confiscation en valeur peut être exécutée sur tous biens, quelle qu'en soit la nature, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition. Pour le recouvrement de la somme représentative de la valeur de la chose confisquée, les dispositions relatives à la contrainte judiciaire sont applicables.

La chose confisquée est, sauf disposition particulière prévoyant sa destruction ou son attribution, dévolue à l'Etat, mais elle demeure grevée, à concurrence de sa valeur, des droits réels licitement constitués au profit de tiers.

Lorsque la chose confisquée est un véhicule qui n'a pas été saisi ou mis en fourrière au cours de la procédure, le condamné doit, sur l'injonction qui lui en est faite par le ministère public, remettre ce véhicule au service ou à l'organisme chargé de sa destruction ou de son aliénation. »

En pratique, des juridictions répressives prononcent la peine complémentaire de confiscation aux fins de permettre l'indemnisation effective de la partie civile⁷¹.

- Tribunal correctionnel de Nice, 24 février 2017 (n° 733/17):

« Les fonds détournés ayant profité au train de vie du ménage et à l'enrichissement des époux, il convient de prononcer, à titre de peine complémentaire, la peine de confiscation des sommes dont la saisie pénale a été ordonnée et reportée sur le prix de vente de l'immeuble situé à (...), à hauteur de 1.330.000€, et ce notamment pour permettre l'indemnisation des victimes »

71. En effet, ainsi qu'il sera exposé plus avant, en application de l'article 706-164 du code de procédure pénale, la partie civile pourra obtenir le paiement de ses dommages-intérêts par prélèvement sur les fonds ou la valeur liquidative des biens confisqués à l'auteur d'infraction et confiés à l'AGRASC.

- Tribunal de grande instance de Paris, juge de l'exécution, 6 juillet 2016 (n° 16/81565):

« En l'espèce, par jugement du tribunal correctionnel de Paris rendu le 8 avril 2014, confirmé sur ces points par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2016, Mme Y a été condamnée à payer à M. et Mme F la somme de 232.958,68 euros en réparation du préjudice subi par ces derniers. Le tribunal a également, en application de l'article 706-164 du code de procédure pénale, ordonné la confiscation de l'objet de l'infraction et la confiscation des scellés, y compris les sommes d'argent saisies et transférées à l'AGRASC soit 145.735 euros, pour le paiement de l'amende et des indemnités dues aux parties civiles. »

- Tribunal correctionnel de Paris, 11 mars 2015 (n° 09254096028):

« Ces dommages-intérêts seront versés par l'AGRASC à la partie civile, en application de l'article 706-164 du code de procédure pénale, par priorité sur les biens confisqués dont elle a eu la gestion et à cette hauteur. »

- Tribunal correctionnel d'Orléans, 6 novembre 2014 (n°13290000074, confirmé par la cour d'appel d'Orléans le 30 juin 2015, arrêt n°2015/429):

« Le tribunal ordonne que le paiement des dommages et intérêts et frais mis à la charge des condamnés sera effectué de façon prioritaire par attribution de la valeur des biens et avoirs des condamnés placés auprès de l'agence de gestion et de recouvrement des avoirs et saisis confisqués en application des dispositions de l'article 706-164 du code de procédure pénale. »

- Cour d'appel de Pau, 6 août 2009 (n° 08/00662):

« Cités devant le tribunal correctionnel de Bayonne des chefs de tromperie sur les qualités de la marchandise au préjudice de mesdames G et H et de Messieurs C, L et J et usage de fausses plaques, T D épouse X et U X, relaxés pour le second délit, sont respectivement condamnés à 9 et 18 mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve pendant 2 ans, et l'interdiction de gérer toute entreprise de revente de véhicules AD pendant 5 ans, outre la confiscation des scellés saisis.

(...)

La peine infligée, notamment en ce qu'elle vise à permettre l'indemnisation des victimes, apparaît justifiée et proportionnelle et sera confirmée. »

- Cour d'appel de Paris, 27 mars 2017, confirmé par Cass. crim. 30 janv. 2019, n° 17-82558

« étant précisé que, conformément à l'article 706-164 du code de procédure pénale, les parties civiles pourront obtenir de l'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués en charge de la gestion de cette mesure de confiscation, les sommes correspondant aux condamnations prononcées à l'encontre de la prévenue sur les intérêts civils leur soient payées par prélèvement sur le bénéfice retiré de la vente du bien confisqué »

Les juridictions d'instruction, avec l'aval de la Cour de cassation, ont intégré cette perspective, ordonnant parfois des saisies en vue de permettre, à terme, une confiscation dans l'intérêt des parties civiles.

- Cass. crim. 17 novembre 2010 (n° 10-80807):

« Attendu que, pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction refusant de faire droit à la demande de l'Association internationale pour la recherche sur la maladie d'Alzheimer sollicitant la main levée du blocage de son compte bancaire, l'arrêt, après avoir relevé que les fonds bloqués ne sont pas les ressources licites de l'association mais le produit de faits délictueux dont le juge d'instruction est saisi, énonce que le blocage est en l'état justifié, à titre conservatoire et provisoire, pour les nécessités de l'information judiciaire et afin de préserver les droits des parties et en particulier ceux des victimes qui peuvent, à tout moment, se constituer partie civile ; »

II. LES PROBLÈMES POSÉS PAR L'UTILISATION DE LA PEINE DE CONFISCATION À DES FINS INDEMNITAIRES

L'utilisation de la peine complémentaire de confiscation aux fins de permettre l'indemnisation de la victime pose un problème majeur, tant sur le plan théorique que pratique.

A - Un dévoiement de la fonction de la peine

La peine a pour unique objet l'intérêt de la société. En toutes ses composantes (dissuasive, rétributive, éliminatrice, etc.), celle-ci tend à protéger la société, donc à prévenir la commission de l'infraction (tant par l'auteur que par les tiers) et,

à cet effet, à sanctionner le coupable tout en favorisant sa réinsertion.

Selon, la lumineuse formule de Beccaria: « *Le but des châtiments ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables.* »

Ou celle de Michel Foucault: « *Faire en sorte que le malfaiteur ne puisse avoir ni l'envie de recommencer, ni la possibilité d'avoir des imitateurs.* »

Certes, la définition des fonctions de la peine désormais retenue par le législateur, depuis la loi du 12 décembre 2005⁷² jusqu'à la loi du 15 août 2014 ayant créé l'article 130-1⁷³ actuellement en vigueur, prend en considération les intérêts de la victime pour fixer la peine, ce qui est fâcheux.

Toutefois, la prise en compte des intérêts de la victime ne signifie pas que la peine ait, fût-ce partiellement, pour objet de réparer son préjudice. Les intérêts de la victime doivent s'entendre ici comme s'inscrivant dans une perspective d'avenir: la peine doit protéger la victime pour l'avenir. Il ne s'agit pas de réparer son préjudice.

L'on peut aussi regretter la peine de sanction-réparation introduite dans le code pénal (art. 131-8-1) par la loi du 9 mars 2007. Celle-ci consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime, la juridiction la prononçant fixant la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation. Mais en réalité, cette peine de sanction-réparation s'apparente à une forme de sursis avec mise à l'épreuve assortie de l'obligation d'indemniser la victime: le condamné a l'obligation d'indemniser la victime, sous peine d'un emprisonnement. Il ne s'agit pas de châtier le coupable pour satisfaire la victime, mais d'obliger celui-ci à indemniser cette dernière, sous peine d'être châtié.

Au demeurant, la peine poursuit les intérêts de la société et non ceux de la victime; elle procède exclusivement de l'action publique; elle ne vise pas la réparation du préjudice de la victime, laquelle procède exclusivement de l'action civile.

72. Ayant ajouté un 2nd alinéa à l'article 132-24 alors en vigueur « *La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions.* »

73. L'article 130-1 actuel dispose:

« *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions:*

1° *De sanctionner l'auteur de l'infraction;*

2° *De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.* »

Dès lors, il est à déplorer que des juridictions répressives soient conduites à prononcer la peine qu'est la confiscation, aux fins de permettre la réparation du préjudice de la victime ; et d'y voir une forme de dévoiement de la fonction essentielle de la peine.

Le magistrat Stephen Almaseanu, chef du pôle juridique de l'AGRASC, ne contredit pas les avocats de la défense (Gaz. Pal. 26 juil. 2016, n° 28, p 16) :

« Au final, l'amélioration pratique de la situation des parties civiles est donc incontestable: en leur permettant d'obtenir leur indemnisation sur les biens confisqués, l'Etat a consenti un effort important, puisque les biens confisqués leur appartiennent par principe, il a accepté de prendre en charge cette indemnisation.

D'un point de vue plus théorique, toutefois, on nous permettra de porter une appréciation beaucoup plus mesurée, car nous sommes ici en présence d'un des nombreux exemples, de plus en plus fréquents, de la confusion faite par le législateur entre sanction et réparation, ici entre une peine complémentaire (la peine de confiscation) et indemnisation des victimes, cette confusion rendant de moins en moins lisible la distinction entre sanction pénale et indemnisation civile. »

Au-delà du caractère contre-nature de cette pratique, il en résulte *in fine*, lorsque l'indemnisation de la partie civile est opérée par prélèvement sur les fonds ou la valeur liquidative des biens confisqués à l'auteur de l'infraction, que ce dernier, par l'effet de la subrogation, se trouve débiteur envers l'Etat à hauteur de la somme payée.

B - La subrogation corrélative de l'Etat

L'article 706-164 du code de procédure pénale dispose :

« Toute personne qui, s'étant constituée partie civile, a bénéficié d'une décision définitive lui accordant des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction pénale ainsi que des frais en application des articles 375 ou 475-1 et qui n'a pas obtenu d'indemnisation ou de réparation en application des articles 706-3 ou 706-14, ou une aide au recouvrement en application de l'article 706-15-1, peut obtenir de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués que ces sommes lui soient payées par prélèvement sur les fonds ou sur la valeur liquidative des biens de son débiteur dont la confiscation a été décidée par

une décision définitive et dont l'agence est dépositaire en application des articles 706-160 ou 707-1.

Cette demande de paiement doit, à peine de forclusion, être adressée par lettre recommandée à l'agence dans un délai de deux mois à compter du jour où la décision mentionnée au premier alinéa du présent article a acquis un caractère définitif.

En cas de pluralité de créanciers requérants et d'insuffisance d'actif pour les indemniser totalement, le paiement est réalisé au prix de la course et, en cas de demandes parvenues à même date, au marc l'euro.

Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables à la garantie des créances de l'Etat.

L'Etat est subrogé, à concurrence des sommes versées, dans les droits de la victime contre l'auteur de l'infraction dans le respect du rang des privilèges et sûretés de droit civil.

Les dossiers susceptibles d'ouvrir droit à cette action récursoire de l'Etat sont instruits par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués puis communiqués au ministre chargé des finances qui en assure le recouvrement.

Par ailleurs, l'article 8.10 de la directive n° 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et produits du crime prévoit que « lorsque, à la suite d'une infraction pénale, la victime demande réparation à la personne qui fait l'objet d'une mesure de confiscation prévue par la présente directive, les états membres prennent les mesures nécessaires pour que la mesure de confiscation n'empêche pas ladite victime de chercher à obtenir réparation ».

Toutefois, la confiscation réalise par définition transfert de propriété à l'Etat, « dévolution » selon la lettre du 11^{ème} alinéa de l'article 131-21 précité. Partant, lorsqu'en application de l'article 706-164, 1^{er} alinéa, du code de procédure pénale l'indemnisation de la partie civile est opérée par prélèvement sur les fonds ou la valeur liquidative des biens confisqués, le paiement s'effectue au débit du patrimoine de l'Etat, la chose confisquée étant alors, par définition, déjà sortie du patrimoine de l'auteur de l'infraction.

Par conséquent, en application du droit commun des obligations⁷⁴, l'Etat se trouve subrogé dans les droits du créancier désintéressé. Le mécanisme subrogatoire est, du reste, expressément rappelé aux termes du 5^{ème} alinéa de l'article 706-164 précité.

74. Art. 1346 du code civil : « La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. »

En définitive, le condamné se trouve débiteur de l'Etat, à hauteur de la somme payée à la partie civile par prélèvement sur les fonds ou la valeur liquidative des biens qui lui avaient été confisqués. Il est dès lors permis d'évoquer une « double peine ».

Il a pu être observé qu'en pratique, l'Etat n'exerce pas son recours subrogatoire :

« cette absence de recours peut se justifier lorsque les biens confisqués au seul produit de l'infraction sanctionnée. L'action récursoire consisterait à tenter d'infliger une sorte de double peine au condamné (on lui a déjà confisqué, et à juste titre, le produit de l'infraction, qui a servi à indemniser la victime ; on ne va pas lui demander ces mêmes sommes une seconde fois par le biais du recours subrogatoire »

(Stephen Almaseanu, ib.)

Toutefois, l'on ne saurait raisonnablement se satisfaire de l'existence de ce mécanisme profondément injuste au motif que, s'il est effectivement dangereux, il n'est pas exercé en pratique.

D'autant que les travaux parlementaires révèlent qu'en mentionnant expressément la faculté de recours subrogatoire de l'Etat dans le texte de l'article 706-164, le législateur n'a pas entendu simplement rappeler l'applicabilité d'une règle du droit commun des obligations, mais bien s'assurer un recours effectif avec la volonté de l'exercer :

« En cas de mise en œuvre de ces dispositions, l'Etat sera subrogé dans les droits de la victime contre l'auteur de l'infraction. Cette précision, introduite par l'Assemblée nationale en séance publique sur proposition de votre rapporteur, permettra à l'Etat de verser à la victime, à partir des biens et des sommes définitivement confisqués, la somme équivalente aux dommages et intérêts alloués à cette dernière puis de se retourner contre le condamné pour récupérer cette somme. »

(Rapport Ass. Nat. n° 2626 du 16 juin 2010, p 35, Guy Geoffroy)

Au demeurant, l'effet inéluctable de la combinaison de la confiscation et de l'indemnisation de la partie civile opérée par prélèvement sur les fonds ou la valeur liquidative des biens confisqués, que constitue la subrogation de l'Etat, est d'autant plus regrettable qu'elle n'est pas décidée par le juge mais s'impose à lui.

En réalité, lorsque le juge entend assurer l'indemnisation de la partie civile grâce aux biens ou aux valeurs ayant été saisis à l'auteur de l'infraction, soit les conditions

légales lui permettant d'ordonner la restitution sont réunies – il y procède alors – soit elles ne le sont pas, et il est alors contraint de recourir au mécanisme de la confiscation, sans pouvoir faire échapper le condamné à la subrogation de l'Etat.

Or, on va le voir immédiatement, il n'est pas rare, loin s'en faut, que la restitution soit impossible.

C - Absence d'alternative à la confiscation à défaut de pouvoir ordonner la restitution

Lorsque le bien saisi est susceptible de restitution à la victime, il ne peut être confisqué, conformément aux termes précités du 3^{ème} alinéa de l'article 131-21 du code pénal⁷⁵. C'est donc à tort que la cour d'appel de Paris avait cru pouvoir justifier la confiscation d'un tableau objet d'une escroquerie et rejeter la demande de restitution présentée par la victime, au motif que « *la confiscation n'a rien de personnelle, elle affecte l'objet de fraude, abstraction faite du propriétaire et peut dès lors être prononcée même si l'objet n'appartient pas à l'auteur de l'infraction* », la chambre criminelle de la Cour de cassation ayant cassé cet arrêt au motif « *qu'en statuant ainsi, sans davantage s'en expliquer et alors que le requérant, partie civile dont la responsabilité pénale n'a pas été recherchée, apparaît comme la victime de l'escroquerie commise par M. Z... à l'occasion de cette vente, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé* » (Cass. crim. 3 nov. 2011, n° 10-87.630).

Du reste, l'on ne saurait concevoir que le juge ordonne la peine de confiscation d'un bien pour permettre l'indemnisation de la victime lorsque ce bien est susceptible de restitution à cette dernière.

Le recours à la confiscation en vue d'assurer l'indemnisation effective de la victime ne se conçoit donc que dans l'hypothèse où la restitution à cette dernière est impossible.

L'article 478 du code de procédure pénale dispose en son 1^{er} alinéa : « *Le prévenu, la partie civile ou la personne civilement responsable, peut réclamer au tribunal saisi de la poursuite la restitution des objets placés sous la main de la justice.* » L'article 479 poursuit en son 1^{er} alinéa : « *Toute personne autre que le prévenu, la partie civile ou la personne civilement responsable qui prétend avoir droit sur des objets placés sous la main de la justice, peut également en réclamer la restitution au tribunal saisi de la poursuite.* »

75. « Elle porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. »

Toute chose est en soi de nature à faire l'objet d'une restitution :

« Il n'existe en droit positif aucune restriction liée à la nature de l'objet pouvant faire l'objet d'une restitution au sens des articles 478 à 484 du code de procédure pénale. Tout objet pouvant faire l'objet d'une mise sous main de justice a vocation à être restitué et une mise sous main de justice peut concerner tant un bien meuble, qu'un immeuble ou un droit incorporel (...). Une demande de restitution peut ainsi s'appliquer à un bien meuble, un immeuble, des droits corporels ou incorporel, que la mise sous main de justice ait été opérée avec ou sans dépossession.

(...)

La demande de restitution peut ainsi concerner (...) la provision d'un compte bancaire (Cass. crim. 2 juill. 1992, n°91-85.065 : JurisData n°1992-001982 ; Bull. crim. 1992, n°266 – Cass. crim. 2 oct. 2007, n° 07-82.126 : JurisData n°2007-041196 – Cass. crim.. 17 nov. 2010, n° 10-80.807, 6606 : JurisData n°2010-023271 (...))

(JurisClasseur procédure pénale, art. 478 à 484, fasc. 10, § 3 et 5)

Toutefois, la restitution consiste à mettre en possession de l'objet saisi la personne qui détient le droit de détenir celui-ci.

Dès lors, seul peut être restitué l'objet même qui a été placé sous main de justice.

« Ce principe d'identité en nature est constant en jurisprudence (Cass. crim., 3 mai 1888 : Bull. crim. 1888, n°159. – Cass. crim., 23 déc. 1897 : Bull. crim. 1897, n° 404. – Cass. crim., 15 sept. 1910 : Bull. crim. 1910, n°498. – Cass. crim., 7 août 1919 : Bull. crim. 1919, n°202 ; S. 1921, 1, p.281, note Roux. – Cass. crim., 28 mars 1924 : Bull. crim. 1924, n° 146. – Cass. crim., 19 mars 1941 : Bull. crim. 1941, n°18 ; Rev. sc. crim. 1941, p.189, obs. L. Hugueney) et fait échec à une restitution par équivalent, notamment par le jeu d'une subrogation réelle. Ainsi, des objets acquis avec le produit d'une infraction ne peuvent faire l'objet d'une restitution (Cass. crim., 12 août 1915 : Bull. crim. 1915, n°176. – Cass. crim., 28 mars 1924, préc. – Cass. crim., 19 mars 1941, préc.) et il ne saurait être attribué à la partie civile, en réparation de son préjudice, les objets acquis avec le produit du délit (Cass. crim., 16 juill. 1958 : Bull. crim. 1958, n°540. – V. aussi : CA Paris, 14 déc. 1988 : JurisData n°1988-027732).

(...)

Ce principe connaît toutefois des exceptions, qui tiennent principalement à la nature fongible de l'objet. C'est ainsi que les "espèces, lingots, effets ou valeurs" peuvent avoir fait l'objet d'un dépôt à la Caisse des dépôts et

consignations ou à la Banque de France, en application de l'article 97 du Code de procédure pénale. La restitution ne peut alors s'opérer que par équivalent sur leur valeur.»

(ib. § 4)

En outre, seul peut obtenir restitution celui qui justifie d'un droit de détenir légitimement l'objet placé sous main de justice.

« Pour demander la restitution, il est nécessaire de justifier d'un droit permettant de détenir légitimement la chose réclamée. L'article 479 du Code de procédure pénale réserve cette exigence pour les tiers mais la demande émanant du prévenu, de la partie civile ou du civilement responsable ne déroge pas au principe ; pour pouvoir recevoir un accueil favorable, leur demande de restitution doit reposer sur l'exercice d'une détention légitime de l'objet ».

(ib. § 9)

En définitive, si sur le compte bancaire dont est titulaire l'auteur de l'infraction est saisie une somme d'argent (laquelle du reste s'analyse en une créance sur la banque), celle-ci n'est pas susceptible de faire l'objet d'une restitution au profit de la victime de l'infraction, puisque cette somme (ie l'objet placé sous main de justice) est distincte de l'objet dont a été dépossédée cette dernière.

Dans l'hypothèse où l'objet de l'infraction n'est pas une somme d'argent (par exemple, le vol d'un objet), la solution ne fait aucun doute : les deux objets sont différents, la victime ne détient aucun droit de détention sur la somme inscrite au crédit du compte bancaire, la restriction est impossible (cf supra).

Dans l'hypothèse où l'objet de l'infraction est une somme d'argent (par exemple un virement bancaire obtenu par escroquerie), la restitution semble néanmoins impossible compte-tenu de la fongibilité de l'objet. La somme saisie n'est pas, à proprement parler, la somme objet de l'infraction. Une somme inscrite au crédit d'un compte bancaire n'étant, au demeurant, qu'une créance détenue sur l'établissement bancaire, l'objet saisi est une créance distincte de la créance objet de l'infraction.

L'on trouve certes un exemple jurisprudentiel où le juge paraît avoir ordonné la restitution au profit de la victime d'une somme d'argent saisie sur le compte bancaire de l'auteur de l'infraction :

« Attendu que la cour d'appel a d'autre part ordonné la restitution à l'association partie civile des sommes de 311 689 francs et 9 490 francs saisies

sur les comptes ouverts au nom du prévenu et a condamné ce dernier à payer la somme de 62 800 francs à titre de dommages-intérêts représentant les fonds de l'association versés sur le compte de l'épouse d'Y ;

Attendu qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel, qui, sans excéder les limites de sa saisine, a caractérisé en tous ses éléments, y compris intentionnel, le délit d'abus de confiance et qui a évalué la réparation du préjudice directement causé par l'infraction, a donné une base légale à sa décision ».

(Cass. crim. 14 janv. 1991, n° 89-87023)

Toutefois le caractère ancien et, à notre connaissance, isolé de cette décision non publiée ne nous paraît pas permettre de lui conférer une portée générale, de nature à remettre en cause la règle selon laquelle la somme saisie sur le compte bancaire de l'auteur de l'infraction n'est pas susceptible d'être restituée à la victime.

En outre, aux termes d'une décision récente, publiée et commentée, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la solution inverse (Cass. crim. 19 avr. 2017, n°16-80.718). Dans une espèce relative à la commission du délit d'abus de faiblesse où l'auteur avait obtenu de la victime la remise d'un chèque d'un montant de 240.000€ qu'il avait placé en assurance-vie, la cour d'appel de Paris avait prononcé à titre de peine complémentaire la confiscation de la créance de 243.290,56€ figurant sur le contrat d'assurance-vie tout en condamnant celui-ci à payer cette somme à cette dernière, au motif suivant *« cette confiscation permettant de garantir à la partie civile une aide éventuelle au recouvrement des dommages-intérêts qui lui sont dus »*. La défense s'était pourvue en cassation, considérant manifestement que la somme saisie aurait dû être restituée à la victime et non être confisquée, sur le fondement des deux branches du moyen suivantes :

« 2°) alors que la confiscation peut porter sur les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime ; qu'en confisquant la somme de 243 290, 56 euros figurant sur le contrat d'assurance-vie au nom de Mme X..., tout en condamnant cette dernière à restituer à la victime cette même somme placée sur ce même contrat, la cour d'appel a violé les textes visés au moyen ;

3°) alors que le principe de non-cumul des sanctions interdit de prononcer une sanction de confiscation au profit de l'Etat identique à la sanction de réparation au profit de la victime ; qu'en prononçant deux sanctions de même conséquence, même si elles ne sont pas de même nature, la cour d'appel a violé les textes et principe visés au moyen ; »

La chambre criminelle a rejeté ce moyen en ces termes :

« Sur le moyen, pris en ses deuxième et troisième branches :

Attendu qu'en ordonnant, à titre de peine complémentaire, la confiscation de la créance de 243 290, 56 euros figurant sur le contrat d'assurance-vie saisi par ordonnance du juge des libertés et de la détention notifiée à la prévenue, et en condamnant par ailleurs cette dernière à verser à M. Z..., partie civile, une somme comprenant le montant de cette même créance en réparation de son préjudice matériel, la cour d'appel n'a méconnu aucun des textes ni principes visés au moyen, dès lors que d'une part, même si les primes d'assurance sont issues de sommes que la victime a été conduite à remettre à l'auteur de l'abus de faiblesse, souscripteur du contrat d'assurance-vie, le droit de créance dont, seul, bénéficie ce dernier en exécution du contrat, n'est pas susceptible de restitution à la victime, d'autre part, les dommages et intérêts alloués à la partie civile ne constituent pas une peine et peuvent par conséquent se cumuler avec une mesure de confiscation d'un contrat d'assurance-vie, la partie civile pouvant le cas échéant demander, en application de l'article 706-164 du code de procédure pénale, que la somme qui lui a été allouée à titre de dommages et intérêts soit prélevée sur les fonds ainsi confisqués ; »

La doctrine éminente a crié à la perfection: « Le raisonnement est parfait, qui concilie, et le droit des assurances, dans ce qu'il réalise de nouvelle affectation des sommes versées à titre de prime, et le droit de la responsabilité civile, pour ne rien négliger de la réparation due à la victime, et la procédure pénale par le rappel opéré de la possibilité du paiement des dommages et intérêts sur les biens confisqués. Des faits au droit, il n'est dans notre affaire qu'une ligne parfaitement tracée par la Cour de cassation. »
(Yves Mayaud, RSC 2017, p 283)

En réalité, cette affaire illustre précisément le problème qui nous occupe. Le droit positif ne permet pas de restituer à la victime la somme saisie à l'auteur de l'infraction, quoique celle-ci en soit le produit, puisqu'il ne s'agit pas du même objet. Par conséquent, afin d'assurer l'indemnisation de la victime, le juge recourt au truchement de la confiscation. Or en définitive, le condamné se trouvera débiteur de l'Etat subrogé dans les droits de la victime, à hauteur de la somme confisquée qu'aura prélevée cette dernière, ce qu'on ne peut que regretter puisque, selon les termes mêmes du jugement, la confiscation n'avait pas pour objet de sanctionner le coupable mais de permettre l'indemnisation de la victime.

Il apparaît donc nécessaire de faire évoluer le droit pour que le juge puisse à l'avenir assurer l'indemnisation de la victime grâce à la saisie des biens dont l'auteur avait la disposition sans que n'en résulte nécessairement, lorsque la restitution est impossible, une dette du condamné envers l'Etat subrogé dans les droits de la victime.

III - SOLUTION PROPOSÉE

Il est proposé d'ajouter les termes suivants au 5ème alinéa de l'article 706-164 du code de procédure pénale :

« L'Etat est subrogé, à concurrence des sommes versées, dans les droits de la victime contre l'auteur de l'infraction dans le respect du rang des privilèges et sûretés de droit civil, sauf lorsque les fonds ou les biens mentionnés au premier alinéa du présent article constituent le produit de l'infraction. »

Proposition 13

Supprimer le recours subrogatoire de l'Etat lorsque le bien confisqué et affecté à la victime aux fins d'indemnisation de son préjudice constitue le produit de l'infraction.

CONCLUSION

« *La réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales* » : vaste programme que le nôtre, et dont nous n'avons pas fait le tour complet. Toutes les questions n'ont pas été – et ne pouvaient pas l'être – traitées. Mais nous avons abordé les plus importantes, ou complexes, ou délicates, ou même choquantes.

Notre rapport est ainsi, d'abord, le résultat de constats et d'analyses des situations existantes. Nous avons ainsi constaté la situation schizophrénique dans laquelle le juge d'appel se trouve lorsqu'il examine la seule faute civile, après la relaxe du prévenu. De même, la situation de la victime en matière de convention judiciaire d'intérêt public est pour le moins troublante, puisqu'elle est exclue d'un accord qui a pourtant des conséquences sur son indemnisation. Chemin faisant nous avons aussi relevé l'insuffisance des critères permettant la fixation du cautionnement judiciaire, ou encore les difficultés posées par le recours subrogatoire de l'Etat, lorsque le bien confisqué constitue le produit de l'infraction et qu'il a été affecté à la victime aux fins d'indemnisation de son préjudice. Nous avons encore constaté une imprécision gênante dans l'évaluation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales, spécialement s'agissant du préjudice moral des personnes morales. Plus largement, nous avons donc fait un certain nombre de constats, plus ou moins problématiques, plus ou moins spécifiques aussi à la matière économique et financière.

En réponse, notre rapport propose ensuite et surtout des pistes de réflexions, ouvre des perspectives d'analyses, et, parfois envisage des propositions de réforme. Quatorze propositions sont ainsi faites, tantôt générales, tantôt précises et techniques, dans les différents domaines d'étude variés qui ont été les nôtres. Certaines invitent davantage à des clarifications qu'à de véritables réformes, comme la clarification de la distinction entre l'action civile en réparation et l'action pénale ou vindicative de la victime. D'autres proposent l'instauration de nouvelles règles, telles que l'obligation pour la partie civile, à peine de forclusion, d'apporter devant le juge d'instruction les éléments qui seront soumis au débat contradictoire, et notamment les éléments d'évaluation de son préjudice, et la transformation du juge d'instruction en une sorte de juge de la mise en état en matière d'action civile. Certaines sont techniques, comme la proposition de complément de l'article 138, 11° du Code pénal sur les critères du cautionnement judiciaire, d'autres ont une vocation très générale, comme l'affirmation dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale d'un principe de la loyauté de la preuve. D'autres propositions

enfin invitent à un autre travail, comme l'adoption d'une nomenclature des préjudices en matière économique et financière, par exemple sur le modèle du rapport Dintilhac ou des travaux déjà réalisés par la Cour d'appel de Paris, ou l'adoption d'une méthodologie d'évaluation des préjudices en matière économique et financière.

Bien évidemment, ces réflexions et ces propositions pourront être commentées, discutées, critiquées, mais elles ont le mérite d'avoir été pensées et exprimées, et de nourrir ainsi l'avancée du droit. C'était l'ambition de notre commission, et nous pouvons être fiers d'y être parvenus.

LISTE DES PROPOSITIONS

Proposition n°1 : En matière d'abus de biens sociaux, ne pas exclure par principe l'action civile des associés (si leur préjudice spécifique est constaté).

Proposition n°2 : Clarifier la distinction entre l'action civile (en réparation) et l'action pénale (vindicative) de la victime. La reconnaissance de l'action pénale de la victime pourrait être réalisée dans le code de procédure pénale, et on pourrait la définir comme l'action de la victime personnelle et directe de l'infraction ayant pour objet de déclencher et de corroborer l'action publique, devant les juridictions pénales.

Proposition n°3 : Obliger la partie civile, à peine de forclusion, d'apporter devant le juge d'instruction les éléments qui seront soumis au débat contradictoire, et notamment les éléments d'évaluation de son préjudice.

Proposition n°4 : Affirmer de manière générale un principe de la loyauté de la preuve dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale

Proposition n°5 : Clarifier les critères à prendre en compte pour fixer le cautionnement judiciaire: réécriture de l'article 138, 11° du CPP: 11° fournir un cautionnement dont le montant et les délais de versement, en une ou plusieurs fois, sont fixés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, compte tenu notamment des ressources et des charges de la personne mise en examen ainsi que du montant du préjudice.

Proposition n°6 : Adopter une nomenclature des préjudices en matière économique et financière. En matière de préjudices patrimoniaux, rationaliser cette nomenclature autour de la distinction générale entre gain manqué et perte subie et s'inspirer du travail réalisé par la cour d'appel de Paris.

Proposition n°7 : Définir plus clairement le contenu du préjudice moral d'une personne morale (par exemple comme le préjudice ne pouvant s'analyser comme une perte subie ou le gain manqué).

Proposition n°8 : Afficher plus clairement dans les décisions le raisonnement adopté pour évaluer le préjudice.

Proposition n°9 : Adopter une méthodologie d'évaluation des préjudices en matière économique et financière, avec un travail commun de juristes, d'économistes et d'experts-comptables (en s'inspirant des fiches d'évaluation de la cour d'appel de Paris).

Proposition n°10 : Clarifier la situation de la victime après la conclusion de la CJIP: reconnaître à la victime la possibilité de demander une indemnisation complémentaire.

Proposition n°11 : Transposer la situation de la victime dans la CRPC à la CJIP.

Proposition n°12 : Modifier la loi et fermer la voie pénale pour l'appel de la partie civile en cas de relaxe ; porter alors l'action (à fins civiles) devant la chambre civile de la cour d'appel.

Proposition n°13 : Faire évoluer la jurisprudence sur l'appel de la partie civile en cas de relaxe, et affirmer que la faute civile entrant dans les liens de la prévention ne peut pas procéder des éléments constitutifs de l'infraction.

Proposition n°14 : Supprimer le recours subrogatoire de l'Etat lorsque le bien confisqué constitue le produit de l'infraction et qu'il a été affecté à la victime aux fins d'indemnisation de son préjudice.

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER PAR LES JURIDICTIONS PÉNALES

La vie des affaires reste fortement pénalisée, et l'importance de l'action civile en droit pénal des affaires n'est guère étonnante. C'est même sans doute en cette matière que l'action civile se rencontre le plus souvent et que l'on trouve la proportion la plus importante d'informations judiciaires ouvertes sur plainte avec constitution de partie civile (près de 80 % selon le rapport Magendie). Mais l'action civile pose en matière économique et financière des difficultés nombreuses, et souvent délicates.

La Commission relative à la réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales s'est fixé comme objectif de mener une réflexion sur cette thématique en vue de formuler des propositions à destination du législateur et des juridictions.

Émanation de l'Association des Professionnels du Contentieux économique et Financier (APCEF), cette commission composée d'avocats, de juges, de procureurs, d'experts judiciaires et d'universitaires a pu croiser les regards des professionnels concernés, et aborder les questions qui lui ont paru les plus importantes, complexes, délicates, ou même choquantes.

Ce rapport est le fruit d'un travail collectif, qui, au-delà des constats, propose des pistes de réflexions, ouvre des perspectives d'analyses, et, parfois envisage des propositions de réforme. Quatorze propositions sont ainsi faites, tantôt générales, tantôt précises et techniques, dans les différents domaines d'étude variés qui ont été les nôtres, qui nourriront sans nul doute la réflexion.

Philippe BONFILS

Président de la Commission relative à la réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales

À propos de l'APCEF

L'association des Professionnels du Contentieux Economique et Financier est un *think-tank* juridique rassemblant les professions concernées par les contentieux économiques et financiers: magistrats, universitaires, experts, administrateurs et mandataires judiciaires, arbitres, avocats et responsables juridiques d'entreprises.

