

Emily MONGAILLARD

Master 2
Droit fondamental des affaires

Droit privé

Les nouvelles formes de justice pénale négociée en matière d'infractions d'affaires

Directrice du mémoire :
Corinne MASCALA



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2019 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



Emily MONGAILLARD

Master 2 Droit Fondamental des Affaires

Année universitaire 2018/2019

SUJET DU MÉMOIRE

**Les nouvelles formes de justice pénale négociée
en matière d'infractions d'affaires**

DIRECTEUR DU MÉMOIRE : Madame Corinne MASCALA
Professeur des universités
Présidente de l'UT1 Capitole

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 -
www.ut-capitole.fr

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières de l'auteur.*

À ma famille,

Remerciements

Tout d'abord, je tiens à remercier ma directrice de mémoire, Madame MASCALA Corinne, professeure et Présidente de cette université, qui a su se rendre disponible tout au long de l'année, m'orienter dans mes moments d'égarement et me donner de précieux conseils pour mes recherches et la rédaction du mémoire.

Ensuite, Madame la professeure MACORIG-VENIER Francine, directrice du Master 2 Droit Fondamental des Affaires, ainsi que l'ensemble de l'équipe pédagogique du master pour la qualité des enseignements dispensés et le soutien apporté tout au long de l'année.

Puis, ma famille et mon entourage pour m'avoir soutenue et encouragée tout au long de mon cursus universitaire. Ils ont été ma plus grande force.

Je remercie également le personnel de la bibliothèque de l'Université Toulouse 1 Capitole, pour leurs conseils, leur dévouement et les outils qu'ils mettent à notre disposition, particulièrement en cette année de Master 2.

Enfin, l'ensemble de mes camarades de la promotion 2019 sans qui cette année n'aurait pas été la même.

Préface

Pour rédiger un mémoire de recherche en deuxième année de Master Droit fondamental des affaires, il faut réunir des qualités de juriste acquises et développées au cours du cursus universitaire et des qualités de jeune chercheuse curieuse et motivée. Ces qualités, Emily Mongaillard en a fait preuve dans son mémoire consacré à l'étude des nouvelles formes de justice pénale négociée en droit pénal des affaires. Avec enthousiasme Emily Mongaillard s'est plongée dans les recherches, elle s'est passionnée pour son sujet, a fait preuve d'une grande rigueur d'analyse, a rédigé avec aisance et a produit un travail d'excellente qualité.

Avec méthode et pédagogie ce qui pour un premier travail de recherche doit être souligné, Emily Mongaillard conduit le lecteur dans les méandres de la justice pénale négociée et de la responsabilité pénale par des analyses très pertinentes, témoignant d'une capacité à la démonstration et une clarté de la pensée.

Maîtrisant son étude, Emily Mongaillard en arrive à formuler des propositions pour faire évoluer la justice pénale et les diverses formes de négociation de la sanction.

Au cours de cette année de Master, et dans le cadre de la direction de mémoire, il est agréable au professeur de voir son étudiante évoluer, murir, devenir une chercheuse pour arriver au jour de la reconnaissance lors de la soutenance du mémoire et de l'obtention du diplôme de Master en Droit des affaires de l'Université Toulouse Capitole.

Ce mémoire, justement récompensé par une publication, figurera parmi les bonnes recherches en droit pénal des affaires.

Les qualités de juriste d'Emily Mongaillard me conduisent à la formulation d'un souhait : qu'elle puisse par la rédaction d'une très bonne thèse qu'elle a entreprise cette année s'ouvrir les portes de la carrière universitaire.

Corinne Mascala

Professeur de Droit privé et Sciences criminelles

Présidente de l'Université Toulouse Capitole

Abréviations

CRPC : Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

CJIP : Convention judiciaire d'intérêt public

DOJ : Department of justice

FCPA : Foreign corrupt practices act

DPA : Deferred prosecution agreement

Sommaire

Remerciements	2
Préface	3
Abréviations	4
Introduction	6
Titre 1 – Changement de paradigme : d’une justice imposée à une justice négociée	18
Chapitre 1 - L’intégration de la notion de négociation dans la matière pénale.....	18
Section 1 - Les procédures négociées intervenant en amont du déclenchement de l’action publique.....	18
Section 2 – Les procédures négociées intervenant en aval du déclenchement de l’action publique.....	25
Chapitre 2 – Spécificité propre aux procédures négociées : l’intégration du mis en cause dans la détermination de la peine	30
Section 1 – Le consentement de l’auteur de l’infraction : clé de voûte de la justice négociée.....	30
Section 2 – L’aveu dans les mesures consensuelles : unique preuve de culpabilité.	36
Conclusion titre 1	39
Titre 2 – Intégration de la négociation : source de modification de la procédure pénale	40
Chapitre 1 – Une atteinte au socle du droit pénal classique : redistribution des rôles des acteurs au procès pénal.....	40
Section 1 – Imbrication des autorités de poursuite et de jugement : un juge du siège qui s’efface au profit du parquet	41
Section 2 – Un déclassement des droits de la défense	45
Section 3 – Modération du droit à un procès équitable.....	49
Chapitre 2 –Une atteinte aux objectifs classiques du droit pénal.....	54
Section 1 – La « privatisation » du procès pénal	55
Section 2 – D’une justice classique à une forme de management pénal.....	57
Conclusion titre 2	63
Conclusion générale	64
Index	67
Table des matières	69
Annexes	71
Bibliographie	72

Introduction

1. « *Une pénalisation hospitalière voilà, certes, une contradiction dans les termes, un oxymore, mais qui peut justement, prêter à réflexion* »¹, cette analyse à laquelle nous invite le philosophe Tony Ferri et qu'il qualifie lui-même d'oxymore, tant cette notion paraît éloignée de la réalité répressive du droit pénal, est au cœur de la problématique de l'étude d'aujourd'hui.

Cette hospitalité dans la juridiction pénale pourrait être incarnée par la notion de négociation, quoi de plus hospitalier que de permettre au mis en cause de discuter de sa peine et de participer à son élaboration ?

Négociation et droit pénal sont antinomiques me direz-vous ? Certes, mais ils ne sont pas pour autant incompatibles.

2. **La notion de négociation.** Présente depuis l'antiquité en occident, « *la négociation permettait de mettre fin aux vengeances et vendettas perçues comme [étant] le seul moyen de sauver l'honneur de la victime.* »²

On retrouve aussi des traces de cette négociation dans des mécanismes de compensation financière, 200 ans avant Jésus-Christ en Mésopotamie. Ces mécanismes prévoyaient le versement d'une somme d'argent par l'auteur de l'infraction à la victime de celle-ci en réparation du préjudice, le montant de cette compensation étant décidé par les deux protagonistes.

Le terme « *négociier* » apparaît au XIV^e siècle dans la vie commerciale et a pour sens de « *faire du commerce* », de marchander dans le but de discuter le prix objet de la convoitise. La négociation consiste en ce temps-là « *à vendre et à acheter* » résumait Malherbe³.

Avec le temps, cette notion va voir son champ d'action s'élargir, et sera définie par le Petit Robert de la langue Française comme étant « *un ensemble de discussions, de pourparlers entre des personnes, des partenaires sociaux, des représentants d'États, menés en vue de parvenir à un accord sur des problèmes posés, centrés sur des intérêts matériels ou des enjeux quantifiables entre deux ou plusieurs interlocuteurs*⁴ ».

D'une portée économique, la notion au fil de l'évolution de la doctrine prend un sens plus politique et devient « *une activité déployée pour aboutir à un accord concernant des affaires publiques* »⁵. Revêtant ainsi une nouvelle dimension à savoir la substitution à des moyens plus archaïques d'actions ou de pressions, tels que la guerre, l'usage de la force ou de menaces, afin de parvenir à des fins précises.

¹ R. SCHERER, En quête de réel : réflexions sur le droit de punir, le fouriérisme et quelques autres thèmes entretien avec Tony Ferri, Paris, le Harmattan, collection « Logiques des pénalités contemporaines », 2014, 79 p.

² M. MEZARD, "La négociation de la sanction pénale"; Thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, sous la direction de Corinne Mascala, Université de Toulouse, 2009.

³ F. DE MALHERBE, « *Œuvres, avec les observations de Ménage* », 1666, Les Lettres de Fr. Malherbe, Paris, 1645.

⁴ Le Petit Robert de la langue française, v^o négociation, 2019.

⁵ Dictionnaire de l'Académie française, « *Négociation* », version informatisée, 9^e éd., 2019.

La négociation se présente dès lors, comme un ensemble de tactiques et de stratégies s'appliquant aux rapports entre les hommes ayant des intérêts différents et cherchant à établir entre eux une situation d'entente, de non-conflit⁶.

3. Ces définitions illustrent l'étendue des situations dans lesquelles la notion de négociation peut se rencontrer, la négociation est une manière d'organiser les relations entre deux ou plusieurs personnes, que le droit va être amené à encadrer, mais qui se déroule prioritairement en fonction de données sociologiques, économiques, professionnelles ou encore diplomatiques.⁷

« La négociation se présente comme un mode de régulation des rapports sociaux en expansion. Le phénomène juridique n'en étant pas épargné.⁸ »

En effet, la notion de négociation se retrouve dans de nombreuses branches du droit, tel que le droit des obligations avec la période précontractuelle ou encore en droit du travail avec les négociations collectives.

En dépit de la présence de cette notion dans la sphère juridique, la question de son existence et de son utilisation en droit pénal s'est posée.

4. **L'intégration de la notion de négociation au droit pénal.** Au vu de sa définition, de processus d'interaction, de discussion entre différents acteurs dans le but d'aboutir à un accord, la négociation ne semble pas pouvoir s'articuler avec le droit pénal, qui lui a pour vocation classique la répression.

C'est un droit punitif, qui vise à sanctionner « *les actes violents, rusés ou indisciplinés* »⁹ et qui ne connaît traditionnellement, qu'un type de réaction sociale, la peine, qui vise à infliger au coupable un mal permettant de compenser celui qui a été causé par l'infraction.

Au-delà du caractère sanctionnateur, cette peine se veut dissuasive et exemplaire, afin de prévenir un certain mimétisme social. La peine en droit pénal s'impose à l'auteur de l'infraction.

Il s'agit d'une justice imposée, décidée unilatéralement, qui s'impose de manière autoritaire à ses destinataires et dans laquelle la négociation ne peut trouver sa place.

Pour autant, le phénomène de mondialisation, d'internationalisation du commerce, a entraîné l'ouverture des frontières, l'accessibilité de produits du monde entier, un échange permanent de cultures et de coutumes, permettant l'expansion à l'international du crime organisé, obligeant les Etats, à harmoniser leurs outils répressifs.

5. **Globalisation du crime : incitation à l'intégration de la notion de négociation.**
« La globalisation du crime est, et sera probablement un sujet transversal majeur du XXI^e siècle, au même titre que la Guerre froide au XX^e siècle et la colonisation au XIX^e siècle »¹⁰

⁶ P.L.G. GOGUELIN, « Le concept de négociation », *Négociations*, 2005, no 3, n° 1, p. 149 à 170. p. 1.

⁷ V. S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, Le système juridique français à l'ère de la contractualisation, synthèse générale, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, (dir.) *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thème et commentaires, 2008, p. 62, spéc. n° 123.

⁸ S.-M. CABON, « La négociation en matière pénale », thèse de doctorat : droit privé et sciences criminelles (sous la direction de V. MALABAT), Bordeaux : Université de Bordeaux, 2014, 564 p.

⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, 10^e édition, Paris, Dalloz, collection « Cours Dalloz Série Droit privé », 2018, 567 p.

¹⁰ R. M. ROUDAUT et J. BARROT, « Marchés criminels : un acteur global, questions judiciaires », *Presse Universitaire de France*, Paris, avril 2010.

Dans le sillage de la mondialisation, les trafics ont été développés à une dimension transnationale, avec l'abattement des frontières (espace Schengen) et l'ouverture des Etats les uns aux autres, les réseaux criminels ont investi l'économie mondiale, et la politique de certains Etats, remettant ainsi en cause la sécurité économique mondiale.

6. Au-delà de ce décloisonnement en matière de commerce et d'économie, le développement des nouvelles technologies a également facilité l'émergence de cette internationalisation du crime, le rendant de plus en plus fort et de plus en plus influent.

Cette internationalisation des flux, neutralise les notions d'espace et de temps. En effet, « *internet et les applications issues des nouvelles technologies ont étoffé les *modus operandi* du crime organisé. La toile incarne un nouveau marché, un nouvel espace de rencontre de l'offre et de la demande. Elle facilite un fonctionnement des réseaux faisant fi des frontières et de la géographie, accentuant les difficultés de répression* »¹¹

7. Cette force du crime organisé remet en cause un des principes majeurs de l'organisation étatique à savoir celui de la souveraineté nationale. En effet ce principe perd de sa force et de sa légitimité face à la criminalité organisée et pour cause, « *quels que soient les opérateurs ou les techniques employées, le crime organisé ne fonctionne qu'à l'échelle planétaire.* »¹²

Cela s'explique par la difficulté de contrôle des frontières. En effet, qu'il s'agisse de l'abattement des frontières dans l'Union Européenne par les accords de Schengen, ou de l'incitation à l'échange commercial mondial, il est très rentable pour les criminels de franchir ces dernières, rendant de fait leur appréhension plus difficile.

La criminalité transnationale favorisée par l'explosion des échanges commerciaux internationaux « *complexifie considérablement la tâche des services répressifs, dans leurs missions d'interception des marchandises illicites, de démantèlement et de poursuite de réseaux criminels transnationaux* »¹³

Cette criminalité étant devenue internationale, la lutte contre cette dernière se doit de l'être également ; les Etats devant rechercher « *une véritable gestion partagée de l'information et du renseignement* »¹⁴ donc une harmonisation internationale de la réponse répressive en la matière.

8. **Harmonisation internationale de la réponse pénale : influence des Etats-Unis.**
Pourquoi ce besoin d'harmonisation internationale, de la réponse pénale, en matière de crime organisé, et notamment en matière d'organisation criminelle spécialisée dans les crimes économiques et financiers ?

Au-delà de l'explication précédemment avancé, à savoir « à criminalité transnationale, réponse transnationale », cette harmonisation s'avère nécessaire afin d'éviter des réponses doublées, biaisées et inefficaces.

¹¹ *Ibid.*

¹² R. M. ROUDAUT et J. BARROT, « Marchés criminels : un acteur global, questions judiciaires », *Presse Universitaire de France*, Paris, avril 2010.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

9. Cette harmonisation de la réponse pénale, a vu le jour en France à la suite de deux affaires de 2014 ayant opposées des entreprises Françaises au « Department of justice » (DOJ) américain.

Aux États-Unis le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA de 1977) permet au DOJ de « négocier » des *Deferred prosecution agreements* (DPA) visant principalement les entreprises étrangères, et notamment françaises (Total, Alstom, Technip, Alcatel Lucent, BNP Paribas, Société générale...) lui permettant de proposer à ces entreprises étrangères un accord, par lequel elles acceptent de s'acquitter de sanctions financières, de reconnaître des éléments de fait et de se soumettre à des mesures destinées à prévenir la commission d'infractions futures, en contrepartie de l'extinction des poursuites à leurs encontre.¹⁵

Cette possibilité d'accord du DOJ vis-à-vis d'entreprises étrangères s'explique par le principe d'extraterritorialité du droit Américain, à savoir que, dès lors qu'un élément de droit américain est utilisé dans le cadre d'un contrat, qu'il s'agisse de l'utilisation du dollar comme monnaie commerciale, ou d'un simple passage d'emails par des serveurs américains, les États-Unis se déclarent compétent pour trancher le litige. Cela leur permet d'utiliser leurs lois anticorruptions comme des armes économiques pour déstabiliser leurs concurrents étrangers.¹⁶

C'est ainsi qu'en 2014 de grandes entreprises françaises ont eu à verser des sommes conséquentes au ministère américain de la justice (DOJ) au titre d'amendes transactionnelles.¹⁷

« Les deux grandes entreprises françaises ont peut-être payé pour leurs fautes, mais aussi, voire surtout, pour leur mauvaise compréhension de ce qui se pose comme une nouvelle règle du jeu du business mondial »¹⁸, à savoir la justice négociée, créant de facto un nouveau risque juridique, celui de se voir infliger une amende si élevée qu'elle peut mener au démantèlement de l'entreprise si on ne s'y est pas préparé.¹⁹

Ces affaires, ont mis en lumière un nouveau système devant impérativement être pris en compte et assimilé par notre droit Français afin de prévenir ces situations dans lesquelles les entreprises françaises, prisent au dépourvu, face à ce droit inconnu, et à des amendes exorbitantes, mettaient la clé sous la porte.

L'intégration de ces nouvelles formes de justice, l'adaptation du droit Français à cette négociation pénale était devenue un enjeu crucial pour la protection des entreprises françaises à l'heure du droit global.²⁰ « La seule manière d'échapper à l'emprise de la justice américaine, était de construire une justice nationale crédible. »²¹

Aujourd'hui, c'est dans un but de protection que les entreprises, notamment françaises, ont intérêt à être jugées selon des standards internationaux, mais par des juridictions françaises.

¹⁵ A. GARAPON et A. MIGNON-COLOMBET, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *Revue internationale de droit économique*, 2016, p 197 à 215.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ La BNP Paribas a dû payer près de 9 milliards de dollars pour avoir enfreint la réglementation américaine interdisant aux entreprises opérant sur le marché américain de faire du commerce avec certains pays et la compagnie ALSTOM a signé le plus gros accord de l'histoire pour une affaire de corruption d'un agent étranger en payant une amende d'un montant de 772 290 000 \$.

¹⁸ A. GARAPON et A. MIGNON-COLOMBET, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *op. cit.*

¹⁹ Ce fut le cas de la compagnie ALSTOM.

²⁰ A. GARAPON et A. MIGNON-COLOMBET, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *op. cit.*

²¹ *Ibid.*

Cette standardisation de la réponse pénale est un enjeu certes politique, car elle permet une lutte plus efficace contre la corruption et la criminalité organisée, mais elle représente aussi un enjeu économique, en effet, « *certaines grandes entreprises se sont vues écartées de certains appels d'offres internationaux, au motif que la loi française n'apportait pas assez de garanties.* »²²

C'est désormais le dilemme auquel sont confrontés les services répressifs de l'Etat français, à savoir, « *ne pas se montrer trop répressif pour ne pas pénaliser les entreprises (et ce qui va avec, l'emploi, la prospérité collective...), mais condamner suffisamment pour que les décisions deviennent crédibles aux yeux de l'étranger* »²³

10. C'est précisément dans ce contexte que la loi Sapin 2 a été adoptée le 9 décembre 2016, dotant la France d'outils efficaces et percutants, permettant l'intégration de la négociation dans le droit pénal français et notamment en matière d'infraction d'affaires.²⁴

11. Cette négociation a permis d'instaurer une plus grande célérité de la réponse pénale. En effet, avant l'instauration de ces modes de justice négociée, « *une des stratégies favorites en France, dans les affaires concernant des grandes entreprises, pour se sortir d'un dossier mal engagé, consistait pour l'accusé à gagner du temps, de façon à laisser « pourrir » l'affaire* »²⁵ le procureur Français ne pouvait ainsi jamais mener à bien les accusations et perdait de ce fait en crédibilité face aux juridictions étrangères.

La mise en place de ces négociations a permis à la justice française de rendre des décisions « *dans un temps économique pertinent* »²⁶ plus acceptable aux yeux de ses homologues étrangers.

Elle a également permis une crédibilité accrue en matière d'effectivité de la réponse, notamment dans ce contexte de globalisation où, « *il ne suffit plus pour la justice de dire le droit de manière abstraite, [mais de] s'assurer de l'emprise sur le réel de ses décisions. Les juges doivent prendre des sanctions qui se montrent effectives. C'est à ce prix qu'elle trouvera sa crédibilité, aux yeux de ses concitoyens et aux yeux des autres nations.* »²⁷

Cette harmonisation de la réponse pénale, cette intégration de la notion de négociation dans le règlement pénal en France est l'aboutissement d'une longue évolution de la philosophie du droit Français en la matière.

12. **Évolution de la philosophie juridico/politique de la France : dépenalisation et intégration de la négociation.** Le droit pénal a toujours été, en France, utilisé comme un instrument de politique gouvernementale. En effet, pour permettre l'efficacité et s'assurer du respect des nouvelles normes édictées, le gouvernement a toujours assorti sa politique juridique de sanctions pénales.

²² A. GARAPON et A. MIGNON-COLOMBET, « *D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires* », *op. cit.*

²³ *Ibid.*

²⁴ W. FEUGERE, « *Loi Sapin 2 et nouvelles responsabilités : un changement de paradigme ?* », *AJ pénal*, 2018, p. 553.

²⁵ A. GARAPON et A. MIGNON-COLOMBET, « *D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires* », *op. cit.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ A. GARAPON et A. MIGNON-COLOMBET, « *D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires* », *op. cit.*

Cette utilisation ciblée de la matière pénale a entraîné une perte d'efficacité de cette dernière qui n'était dès lors plus utilisée, comme il en était le cas à l'origine, pour des cas graves, nécessitant une intervention pénale et une sanction, mais pour réguler la société et permettre l'application efficace d'une norme. Entraînant de ce fait une pénalisation excessive dans de nombreuses matières dont le droit des affaires.

Or dans cette matière spécifique, une pénalisation excessive est source d'insécurité et de ralentissement du développement du marché, raison pour laquelle les acteurs de ce domaine réclamaient une dépenalisation du monde économique et une ouverture vers des modes transactionnels de règlement des conflits.

Cette intégration de la notion de négociation en droit pénal a été amorcée et renforcée avec le développement de mesures négociées intervenant en amont et en aval du déclenchement de l'action publique. Permettant ainsi d'adapter au mieux la réponse pénale à la spécificité des infractions commises dans la vie des affaires.

13. **Encadrement de la criminalité d'affaires par une pénalisation excessive.** A l'origine, l'intégration du monde des affaires et la prise en compte de la délinquance économique dans le droit, et principalement dans le droit pénal, n'avait pas ou très peu été envisagées ; ce n'est qu'au cœur de l'entre-deux guerres mondiales, que le gouvernement, et par extension le législateur, se sont emparés de la question afin de régulariser le phénomène qui ne cessait de s'amplifier.

L'intervention du législateur dans le monde économique s'est avérée être plus que limitée, tant dans l'ancien droit où le monde des affaires était tenu à l'écart de la vie juridique et encadré par des coutumes, qu'à l'ère de la codification pénale au XIX^e siècle.

14. **Intervention pénale limitée.** Au Moyen-âge, le monde juridique et le monde économique que nous connaissons actuellement n'en étaient même pas à leurs prémices.

Les citoyens remettaient leurs conflits entre les mains du divin, ou les réglaient en se basant sur des usages et des coutumes nés de la pratique.

Le droit Canonique voyait dans le comportement antisocial un « péché » et essayait de remettre l'auteur des faits dans le « droit chemin », notamment par des peines telles que l'isolement ou encore la pénitence.

Il présentait l'infraction comme un acte pour lequel l'auteur des faits aurait à répondre lors du « jugement dernier ».

Dans le cadre de ce droit, le seul juge devant lequel les auteurs devaient répondre de leurs actes était le juge divin. De ce fait, dans l'attente du jugement dernier et souhaitant s'attirer les bonnes grâces, ils consacraient une partie de leurs gains aux bonnes œuvres (chapelle, restauration d'église et dons en tout genre).²⁸

Pour autant, les siècles passant, cette épée de Damoclès que représentait le purgatoire et la peur du divin ont peu à peu disparu.

Parallèlement à cette juridiction canonique, les juridictions laïques intervenaient également et préconisaient, elles, au contraire de la justice ecclésiastique, des peines qui étaient principalement constituées de châtiments corporels, d'une très grande sévérité.

Cette sévérité du droit pénal à l'encontre des délinquants ne se retrouvait que très peu, voire pas du tout, en matière de commerce et d'infractions d'affaires, et pour cause cette matière très technique, fermée et secrète était mal appréhendée par les profanes (non commerçants) et donc difficilement répréhensible par le droit commun, c'était donc au droit coutumier d'intervenir en cas de

²⁸ J. LE GOFF, « La naissance du Purgatoire », Gallimard, Collection Folio Histoire 31, Paris, 1991.

conflits, mais les sanctions prévues par ce dernier ne présentaient qu'un seul objectif, l'éviction du mis en cause de la vie des affaires et non la réparation du préjudice et la réintégration du contrevenant.

Une prise en compte de la matière par le droit et principalement par le droit pénal s'avérait donc nécessaire.

15. Cette prise en considération de la matière commerciale par le droit a été faite avec le vote de la loi le Chapelier de 1791, interdisant les groupements professionnels et les corporations.

Cependant elle ne fût pas appréhendée par le droit pénal, car aucune sanction pénale n'avait été prévue dans cette loi, seules des sanctions économiques, telles que la dissolution de la corporation, pouvaient être appliquées, engendrant ainsi une efficacité moindre de la mesure et préservant une certaine liberté de sanction.

16. Le travail de codification commencé dans les années 1800 et ayant abouti à la création du code pénal de 1810, n'avait pas non plus abandonné cette tradition libérale.

Le législateur ne prévoyait à cette époque que quelques infractions propres à la délinquance économique, incriminant ainsi les infractions de banqueroute (simple ou frauduleuse), la variation frauduleuse du cours du marché ou encore l'escroquerie et l'abus de confiance.²⁹

On assiste à cette période à une politique qui se veut très libérale, notamment en matière de commerce, le but étant de permettre l'expansion du commerce au-delà des frontières et un accroissement économique de la France.

Pour autant, cette volonté libérale, va restreindre le rôle du législateur, en effet, seules les infractions les plus graves (banqueroute, escroquerie...) seront pénalement sanctionnées, laissant de ce fait s'accroître le phénomène criminel.

Cette non-immixtion de l'Etat, cette part belle laissée à des atteintes à l'ordre public lorsque qu'elles étaient qualifiées de peu grave, ne pouvait continuer à perdurer.

17. **Une politique interventionniste garantie par la sanction pénale.** A la fin de la première Guerre mondiale et à l'aube de la seconde, l'économie française est en berne, l'escroquerie est devenue légion, et les infractions prévues par le législateur dans le code de 1810, dans un contexte de politique libérale ne suffisent plus à endiguer le phénomène.

À cette époque les magistrats sont dans l'impossibilité de sanctionner des comportements qui à l'évidence sont déviants, mais ne répondent pas aux critères des comportements interdits dans le code de 1810. Et pour cause, en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, il leur est interdit d'interpréter les infractions classiques dans un but d'adaptation aux nouveaux besoins, laissant ainsi des troubles à l'ordre public impunis.

C'est pourquoi, la politique pénale a dû évoluer et le gouvernement abandonner son rôle d'observateur pour devenir acteur.

Grâce à cette nouvelle politique interventionniste le législateur recouvre les pleins pouvoirs et multiplie les cas d'infractions, afin de faire respecter au mieux la politique économique instaurée et appréhender efficacement cette délinquance d'affaires. On assiste ainsi à l'édification d'un droit pénal propre au monde des affaires.

²⁹ L'escroquerie et l'abus de confiance, n'étaient pas des infractions propres au monde des affaires, mais s'y appliquaient.

18. Cet encadrement de la matière par la juridiction s'est fait en plusieurs étapes, tout d'abord dans les années 1930 avec notamment la création de l'infraction d'abus de biens sociaux, la présentation de faux bilan, le délit d'usure, le démarchage à domicile ou encore le chèque sans provision.

Puis en 1945, où par deux ordonnances du 30 juin, le législateur durcit la réglementation sur les prix et sur la concurrence, et en 1958 où il crée les infractions relatives à la sécurité sociale, à l'hygiène et à la sécurité au travail.

Enfin, en 1966 avec une loi du 24 juillet, où il va donner naissance à cent cinquante nouvelles infractions pénales spécifiques au droit des affaires, créant ainsi le droit pénal des sociétés.

Cette succession de lois a permis de dégager les contours de notre droit pénal des affaires qui est « *la branche du droit qui sanctionne les atteintes à l'ordre financier, économique et social, dès lors que l'auteur de l'infraction a agi dans le cadre d'une entreprise, pour le compte de celle-ci ou pour son propre compte.* »³⁰

Le droit pénal des affaires ainsi défini, il convient de rappeler qu'à l'image de toutes les branches du droit et peut-être plus encore ici, qu'il s'agit d'une matière mouvante qu'il convient d'adapter afin de répondre au mieux aux attentes de la société à laquelle il s'applique.

19. **Adaptation de la réponse pénale par l'intégration d'un volet négocié.** « *La pénalisation du monde des affaires contribue à maintenir une déontologie des activités économiques, en revanche, sa menace désoriente les marchés et compromet l'équilibre des échanges* »³¹, d'où la volonté des acteurs économiques de dépénaliser la matière et d'y intégrer un volet négocié plus adapté aux besoins.

Il apparaît ainsi qu'une pénalisation excessive en droit des affaires est source d'insécurité juridique et de handicap pour les entreprises, car elle engendre un ralentissement, un blocage du marché, rendant la France très peu attractive économiquement pour les investisseurs étrangers.

De plus, la menace d'un procès dans la sphère économique peut avoir des conséquences désastreuses, sur les finances et la renommée d'une société, étant donné sa lenteur et sa médiatisation. Sans compter la surcharge du système juridique, qui dans l'incapacité de traiter toutes les affaires est contraint de classer sans suite, laissant ainsi naître chez l'auteur des faits, un sentiment d'impunité.

20. Pour toutes ces raisons les acteurs de la vie des affaires réclament une dépénalisation de la matière et une expansion de l'utilisation de modes alternatifs de justice.³²

Par dépénalisation, on entend la suppression de la sanction pénale pour réprimer certains agissements répréhensibles et son remplacement par d'autres modalités de contrainte mieux adaptées à la vie des affaires.³³

Le gouvernement conscient de ces problématiques a enclenché une phase de dépénalisation qui a eu pour point d'orgue la mise en place d'un groupe de travail présidé par Monsieur Jean-Marie Coulon en 2007.

Cette commission a rendu un rapport le 20 février 2008 dégageant trente propositions de dépénalisation et d'adaptation du droit pénal au monde des affaires, allant de la suppression

³⁰ C. MASCALA, cours de droit pénal des affaires, 2017.

³¹ Y. CHAPUT, « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, n° 1, p. 87 à 102.

³² Ministère de la Justice, J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires : rapport au garde des sceaux, ministre de la justice*, Paris, la Documentation française, Collection des rapports officiels, 2008, 133 p.

³³ T.-H. CALAIS-AULOY, « *La dépénalisation en droit des affaires* », Dalloz, 1988, p. 315.

d'infractions, au remplacement de sanctions, et passant par l'utilisation de modes transactionnels de règlement des conflits, basés sur une négociation entre les différents acteurs au procès pénal.³⁴

21. Avec le rapport de cette commission la volonté d'intégration d'un volet « négocié » dans la matière pénale a été prise en compte et une nouvelle voie a été dégagée, celle de la justice négociée.

« Au sens strict, la justice négociée s'entend d'une justice ouvrant un champ pour une véritable négociation entre les intervenants à la procédure pénale (autorités policières et judiciaires, accusés, victimes), partenaires à part entière de la rencontre des volontés, chacun faisant valoir son point de vue et ses intérêts sous forme de propositions et de contrepropositions jusqu'à aboutir à un accord.

La justice négociée peut aussi être comprise, dans un sens plus large, comme incluant tout mécanisme comportant un assentiment des personnes visées par le processus judiciaire à la solution du conflit. »³⁵

Dans le cadre de cette étude nous nous appuyerons sur cette deuxième définition plus large qui présente la justice négociée comme l'implication dans le processus décisionnel du mis en cause.

22. Cette troisième voie trouve à s'appliquer au travers de mécanismes tels que la transaction pénale, la composition pénale, la médiation pénale, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le jour amende ou encore la convention judiciaire d'intérêt public.

23. Par l'intégration de cette troisième voie pénale, le rôle du ministère public s'est accentué. En effet, d'une double possibilité de poursuite ou de classement sans suite, il bénéficie désormais d'un panel de solutions alternatives, lui permettant de poursuivre une infraction de la manière la plus opportune possible.³⁶

Répondant ainsi aux besoins spécifiques de la vie économique, permettant d'accroître l'efficacité de la réponse pénale en la matière.

24. **Une réponse adaptée à un type de criminalité spécifique.** Le droit pénal des affaires présente une spécificité non-négligeable, à savoir un type de criminel particulier, au côté du criminel d'affaires isolé et opportuniste³⁷ se trouve une forme de criminalité bien plus organisée et dont les activités présentent un réel risque pour les économies mondiales, à savoir la criminalité organisée et plus précisément, la criminalité organisée en col blanc.

³⁴ Ministère de la Justice, J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires : rapport au garde des sceaux, op. cit.*

³⁵ A. JACOBS, « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *Revue internationale de droit pénal*, 2012, Vol. 83, n° 1, p. 43 à 88.

³⁶ Code de procédure pénale, article 40-1 lorsqu'il estime que les faits, portés à sa connaissance par plainte ou dénonciation, « constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : 1° Soit d'engager des poursuites ; 2° Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ; 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient »

³⁷ Ce type de criminel d'affaires isolé n'étant pas le cœur de cible de l'étude il ne sera pas développé.

Pendant longtemps, les personnes qualifiées de criminels étaient ceux ayant fait du crime un mode de vie et une carrière, agissant de manière isolée et inorganisée ; des criminels d'opportunité mais réguliers.

Cette conception de la « criminalité d'habitude » à évolué avec les travaux de criminologues Nord-Américains qui ont développé le concept d'« organized crime », dans le cadre de la Chicago Crime Commission en 1919. En guise d'illustration, « *cette commission indépendante avait sous le regard un sujet d'étude incomparable : les puissants gangs irlandais et italo-américains* ». ³⁸

La naissance de ce phénomène de gang a mis en exergue une réalité criminelle nouvelle, des criminels exerçant en groupes hiérarchisés, territorialisés et caractérisés par une violence extrême, une « criminalité organisée » dans le sens primaire du terme, à savoir, « *s'occuper de chacun des éléments d'un ensemble de façon à constituer un tout cohérent et adapté à sa destination* » ³⁹.

À ses débuts, le concept de « criminalité organisée », se définissait autours de quatre critères : l'origine sociale modeste de ses membres (les bas-fonds sociaux) « *le socialement dangereux est un homme du peuple, issu des couches laborieuses* » ⁴⁰ ; la nature violente et inquisitive de ses crimes (drogue, vols, homicides, etc.) ; sa capacité organisationnelle, associative et entrepreneuriale dans une perspective de stabilité et de durée; enfin une conscience de soi en tant que groupe à partir d'une identité spécifique. ⁴¹

25. Cette délinquance organisée mise en lumière par ce phénomène de gangs et d'organisations mafieuses s'est petit à petit étendue à d'autres domaines et est rapidement devenue transnationale.

Avec cette extension géographique, le phénomène a connu une diversification d'activité ; originellement présente dans le trafic de stupéfiants et d'alcool ⁴², le crime organisé se retrouve désormais sous une forme plus moderne, non-violente et dans les hautes sphères sociales.

On distingue dorénavant trois formes de criminalité organisée, la criminalité mafieuse, la criminalité politico-administrative et la criminalité économique et financière ⁴³, aussi appelée « criminalité en col blanc ».

C'est précisément à ce troisième type de criminels que s'adresse les mesures de justice négociée. Pour le comprendre il convient d'étudier en quoi consiste cette criminalité économique et financière.

C'est notamment sous l'impulsion des travaux du sociologue Edwin. S SUTHERLAND, que le phénomène de « criminalité en col blanc » a été mis en lumière.

Il fut en effet parmi les premiers à envisager et dénoncer cette catégorisation sociale de la criminalité en avançant le fait que « *la déviance et la délinquance ne sont pas le fait exclusif des*

³⁸ J.-F. GAYRAYD et J. DE SAINT-VICTOR, « *Les nouvelles élites criminelles, vers le crime organisé en col blanc* », *op. cit.*

³⁹ Dictionnaire Larousse, « *Organiser* »

⁴⁰ J.-F. GAYRAYD et J. DE SAINT-VICTOR, « *Les nouvelles élites criminelles, vers le crime organisé en col blanc* », *op. cit.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Phénomène né sous la prohibition de la vente d'alcool aux Etats-Unis (XVIII^e amendement, qui interdit la production, la vente ou le transport de boissons alcoolisées, Volstead Act 1919), pendant laquelle des organisations maffieuses ont organisé des ventes illicites, entraînant ainsi des conflits de territoire et des guerres de gangs.

⁴³ M. MASSE, « notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen », revue de sciences criminelles, 2000, p. 469.

classes paysannes et ouvrières »⁴⁴ et que le crime organisé peut survenir dans les classes les plus aisées, ce qu'il a appelé le « *white collar crime* », criminalité en col blanc.

Cette forme de délinquance présente trois caractéristiques : l'origine sociale supérieure de ses auteurs ; la nature non violente des crimes, commis à l'occasion de l'exercice de leurs professions ; ainsi que la très faible visibilité sociale et judiciaire de ces crimes (peu ou pas réprimés, ni perçus comme étant socialement dangereux).

Dans sa théorie sur le « *white collar crime* » SUTHERLAND présente deux types de criminalité en col blanc : la criminalité d'opportunité, opérée par un acteur économique isolé, ayant cédé aux tentations de la profession, et la criminalité en col blanc, organisée, professionnalisée, opérant dans le secteur de l'économie et de la finance, et causant des dégâts considérables aux politiques économiques gouvernementales⁴⁵.

En effet, et comme le soulignent GAYRAUD et DE SAINT-VICTOR, « *aujourd'hui il est facile de comprendre que la démocratie n'est plus – tout au moins pour le moment et en Occident menacée par des systèmes politiques qui lui sont entièrement extérieurs, comme cela a pu l'être à l'époque de la Guerre froide. Elle nourrit en revanche en son propre sein des forces qui la corrodent et peuvent la rendre vide de sens* »⁴⁶ à savoir la criminalité organisée en col blanc.

Comment agissent ces criminels dans nos sociétés pourtant très judiciarisées pour commettre leurs méfaits ?

« *Le savoir-faire de leurs réseaux, profondément discrets mais terriblement efficaces, consiste, dans la plupart des cas, à se fondre dans le circuit économique en utilisant ses principales faiblesses : la recherche inconsidérée de gains à court terme, l'utilisation de montages frauduleux et surtout l'économie « grise » régie par la soft law⁴⁷ dont ils maîtrisent parfaitement les montages.* »⁴⁸

La criminalité organisée n'est pas une criminalité d'investissement à long terme, certes le but est la recherche d'enrichissement, mais un enrichissement d'empressement « *elle détrouse dans l'urgence comme si la fin du monde était proche et place ses fonds dans des structures incontrôlables [...] en manipulant les cours des matières premières en pleine crise, [pour] affamer telle ou telle région sans se préoccuper des dégâts collatéraux, ou [menant] à la faillite une entreprise [...] dans le seul but de réaliser des plus-values* »⁴⁹.

26. En matière de criminalité économique et financière, la technicité des montages nécessaires à la fraude efface tout sentiment réprobateur de la part de la société vis-à-vis du délinquant, en effet, il devient « *un gentil escroc, qui tente de camoufler ses avoirs bien gagnés à la rapacité fiscale* »⁵⁰.

⁴⁴ P. LASCOUMES et C. NAGEL, « *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique* », Armand Colin, 2^e édition, 2018, p. 20.

⁴⁵ Nous retiendrons pour exemple « l'effet papillon » de la crise des « Subprimes » de 2008, qui a été causée par une inflation frauduleuse du cours du marché immobilier américain et a abouti à une crise économique planétaire.

⁴⁶ J.-F. GAYRAYD et J. DE SAINT-VICTOR, « *Les nouvelles élites criminelles, vers le crime organisé en col blanc* », *op. cit.*

⁴⁷ Les mesures de justices négociées Françaises étant inspirées de cette *soft law* des pays de *Common law*, tels que l'Angleterre ou les États-Unis.

⁴⁸ N. PONS, « *Economie criminelle : vieilles ficelles et ruses insolites* », *Pouvoirs*, 2010/2011, n°132, p 29 à 40.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

Cette criminalité s'épanouit au travers de « *sociétés écrans, hommes de paille, veilleurs, transporteurs, mais surtout conseils juridiques et fonctionnaires corrompus* [etc...] »⁵¹.

Cette délinquance qualifiée de non violente et présentant un faible taux d'incrimination tant social que judiciaire, réalise pourtant un profit par le biais de manœuvres telles que des moyens de pression plus ou moins brutaux.

Alors certes il n'y a pas utilisation de violence physique dans cette forme de criminalité, mais la violence économique et mentale ne serait-elle pas encore plus dangereuse que la violence physique ?

Organiser la faillite d'un entrepreneur, le privant de ce fait de sa seule source de revenus, ne serait-ce pas mettre en place l'échafaudage destiné à sa pendaison publique ?

Organiser une famine dans telle ou telle partie du monde n'est-il pas plus inhumain qu'un acte de violence physique ?

Pour autant cette délinquance d'élite est perçue comme non-violente, ne nécessitant pas des moyens d'actions tels que de la prison ferme.

Cela se comprend par la difficulté que représente l'incrimination d'une personne morale, la difficulté de preuve que représentent ces infractions d'affaires, mais cela s'explique aussi et surtout par les profits réalisés par les Etats dans le cadre de cette justice négociée ; il est évidemment plus rentable pour un Etat et plus logique de négocier avec le contrevenant afin de récupérer des fonds, plutôt que d'engager des poursuites classiques, aboutissant généralement à un classement sans suite.

C'est donc dans un objectif présenté comme étant celui de la lutte, de l'encadrement de cette criminalité si dangereuse pour la stabilité étatique que le gouvernement et le législateur ont mis en place ces systèmes de négociation des peines, espérant responsabiliser les auteurs et à défaut engendrer une nullité économique des infractions les rendant ainsi inefficaces.

L'insertion de cette réponse négociée en droit pénal Français présente, nous l'avons vu, de nombreux avantages, pour autant nous ne pouvons occulter les nombreuses difficultés soulevées par l'intégration de cette notion dans notre système pénal.

27. Inconvénients liés à l'utilisation de la négociation en droit pénal français. Comme nous l'avons énoncé précédemment, négociation et droit pénal sont des notions antinomiques qui s'articulent pour autant, afin d'apporter une réponse adaptée à une situation juridique spécifique.

Cette adaptation ne se fait pas sans heurt. En effet, l'utilisation d'une telle notion dans une matière répressive porte atteinte à des principes essentiels, tels que le droit de la défense, la présomption d'innocence ou encore la séparation des autorités de poursuite et de jugement.

Les procédures négociées mises en place par le législateur nécessitent à la fois un aveu ou une non-contestation des faits reprochés, ce qui porte atteinte au principe de la présomption d'innocence et au droit de ne pas s'auto-incriminer et elles bouleversent le rôle des acteurs du procès pénal, tant celui du juge, du procureur, que celui de l'avocat.

Dès lors, comment expliquer l'intégration de cette négociation dans le droit pénal, comment ces deux notions antinomiques ont été conciliées et quelles sont les conséquences d'une telle intégration ?

Nous tenterons de répondre à ces interrogations en étudiant dans un premier temps les procédés d'intégration de cette négociation dans la matière pénale, ainsi que leurs spécificités (titre 1), puis dans un second temps les conséquences de cette intégration sur la procédure pénale Française (titre 2).

⁵¹ N. PONS, « *Economie criminelle : vieilles ficelles et ruses insolites* », *op. cit.*

Titre 1 – Changement de paradigme : d'une justice imposée à une justice négociée

28. « C'est à son attitude envers le crime [au sens sociologique] qu'un ensemble social révèle le mieux sa personnalité »⁵²

Dans un objectif de synchronicité entre la réponse pénale et les besoins réels de la vie économique, le législateur a enclenché un changement de paradigme, permettant au système français de voir s'épanouir aux côtés du règlement pénal classique, un règlement négocié.

Ce traitement négocié trouve à s'appliquer au travers de mesures intervenant à des stades différents de la procédure, tantôt en amont et tantôt en aval du déclenchement de l'action publique, permettant dans un cas d'éviter un procès pénal, et dans l'autre d'éviter la peine de prison. (Chapitre 1)

Dans tous les cas ces mesures représentent une véritable nouveauté dans notre système français, nouveauté accentuée par leur particularité à savoir l'intégration du mis en cause dans le règlement du litige. (Chapitre 2)

Chapitre 1 - L'intégration de la notion de négociation dans la matière pénale

29. « La justice négociée peut être comprise, comme {une forme de justice} incluant tout mécanisme comportant un assentiment des personnes visées par le processus judiciaire à la solution du conflit. »⁵³

Cette nouvelle forme de justice, cette « troisième voie » pénale trouve à s'appliquer au travers de procédures intervenant en amont (section 1) et en aval (section 2) du déclenchement de l'action publique.

Section 1 - Les procédures négociées intervenant en amont du déclenchement de l'action publique

30. Présentées comme étant des alternatives aux poursuites pénales, ces procédures trouvent naissance en amont du déclenchement de l'action publique.

Il s'agit principalement de la transaction pénale (1§), de la composition pénale (2§) de la médiation pénale (3§) et enfin de la convention judiciaire d'intérêt public (4§).

1§– La transaction pénale

31. Dans le langage courant le mot « transaction » est défini comme étant le fait pour deux ou plusieurs parties de s'arranger entre elles.

Cet arrangement peut prendre une forme contractuelle et dans ce cas cette transaction est régie par le code civil qui dans son article 2044 l'a défini comme étant « un contrat par lequel les parties,

⁵² H. LEVY-BRUHL, « L'Ethnologie Juridique » in J. POIRIER, *Ethnologie Générale*, Paris, Gallimard, 1907 p., spéc. p. 208.

⁵³ A. JACOBS, « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *op. cit.*

par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

32. La transaction est également définie par le Larousse comme étant « *un accord entre le fisc et le contribuable en cas de fraude fiscale, qui empêche ou interrompt toute procédure contentieuse.* » Cette troisième définition correspond précisément à la mesure prévue à l’article 6 du code de procédure pénale.

En effet, après avoir énuméré les modes classiques d’extinction de l’action publique, l’article 6 du code de procédure pénale prévoit un mode exceptionnel d’extinction en son alinéa 3, en précisant que celle-ci peut également « *s’éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément* ».

Dans ce cas la transaction est une alternative aux poursuites pénales, elle permet l’extinction de l’action publique par un accord passé entre l’administration et le délinquant.

33. Jusqu’à une loi du 15 août 2014, cette mesure était un mécanisme utilisé principalement pour des infractions spécifiques, pour des matières dites « techniques », telles que le droit de la consommation, de la concurrence, des finances, ou encore droit de l’environnement. A compter de cette loi, une nouvelle forme de transaction pénale est entrée en jeu, à savoir la transaction par officier de police judiciaire, faisant de cette alternative une mesure de droit commun.⁵⁴

Prévue par l’article 6 alinéa 3 du code de procédure pénale, cette faculté transactionnelle met en scène trois acteurs, l’administration, le délinquant et le procureur de la République.

Cette transaction est dite de droit spécial car elle ne trouve application que dans des matières précises et pour des infractions spécifiquement désignées par la loi. En dehors de ces cas, l’administration ne peut transiger avec le délinquant.

34. L’initiative de cette mesure appartient à l’administration, ce caractère extrajudiciaire peut sembler surprenant, mais s’explique en raison de la spécificité des infractions sanctionnées.

35. Ce sont des infractions qui ont pour objet des matières techniques pour lesquelles les administrations spécialisées disposent d’une légitimité accrue à engager des poursuites par cette voie consensuelle.

36. Il s’agit donc d’un accord passé entre un contrevenant et une administration habilitée à transiger, ayant pour objet la cessation de l’infraction et la réparation du préjudice.

Ce caractère consensuel, intime et minimaliste permet une certaine pédagogie vis-à-vis du délinquant et évite les récidives comme le relève le procureur MIANSONI, « *un traitement simplifié par la voie de la transaction peut permettre de concilier une vocation pédagogique de la réponse pénale et une répression adaptée à la nature et aux circonstances des faits.* »⁵⁵

37. Comme nous l’avons vu l’initiative de la mesure revient à l’administration qui une fois l’infraction découverte va émettre une proposition de résolution transactionnelle à l’auteur des faits et en informer le procureur de la République.

⁵⁴ Cette transaction par officier de police judiciaire n’étant pas nécessaire à l’étude elle ne sera pas développée.

⁵⁵ C. MIANSONI, « La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ », *AJ pénal*, 2015, p 469

38. La transaction comme tout mode consensuel de règlement des conflits repose sur une acceptation du délinquant à la mesure, elle n'est en rien obligatoire, le mis en cause peut refuser ce mode transactionnel et dans ce cas des poursuites classiques seront engagées.

En cas d'acceptation de la mesure par le contrevenant, la proposition de transaction va être soumise au procureur de la République pour homologation. « *Même si les textes ne la formulent pas ainsi, cette demande de validation de la proposition de transaction constitue, en réalité, une sorte de demande d'autorisation de transiger, dans la mesure où le procureur de la République peut s'opposer à la mise en œuvre de la transaction envisagée* »⁵⁶

39. Cette transaction, à l'image de celle prévue par le code civil⁵⁷, n'est valable que lorsque trois éléments constitutifs sont réunis, à savoir une situation litigieuse, l'intention d'y mettre un terme et des concessions réciproques.

40. Avec son caractère administratif marqué, l'utilisation de ce procédé est très limitée. En effet, il s'agit d'une mesure extrajudiciaire conçue pour répondre à une catégorie spécifique d'infractions, portant atteinte à l'ordre public économique, financier ou environnemental ; qui bien qu'ayant vu son domaine d'application élargi reste une mesure utilisée dans des cas spécifiques.

Le législateur conscient de l'intérêt d'un règlement transactionnel en matière pénale, et notamment en matière économique et financière, a donné naissance à un autre mode de règlement transactionnel des conflits, à savoir la composition pénale.

2§ – La composition pénale

41. Du latin « *compositio* »⁵⁸, arrangement, accommodement, la mesure de composition pénale est née de la loi du 23 juin 1999, et est venue en remplacement de l'injonction pénale qui avait été censurée par le conseil constitutionnel dans une décision du 2 février 1995.

Elle a été instaurée à l'article 41-2 du code de procédure pénale. Il s'agit d'une procédure alternative au jugement pénal. Elle peut être appliquée à tout délit puni à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans⁵⁹, à l'exclusion des délits commis par les mineurs, les délits de presse, les délits politiques et les délits d'homicide involontaire⁶⁰. La procédure peut en outre concerner toutes les contraventions.⁶¹

42. La procédure de composition pénale comprend deux phases qui font intervenir successivement le procureur de la République et le président du tribunal de grande instance.

La première étape consiste en une proposition écrite du procureur de la République à l'auteur des faits, de la mise en place d'une procédure de composition pénale, ayant pour objectif la réparation des dommages causés par la commission de l'infraction.

⁵⁶ A. JACOBS, « *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée* », *op. cit.*

⁵⁷ Code civil, article 2044.

⁵⁸ Dictionnaire Le Grand Robert

⁵⁹ Code de procédure pénale, article 41-2 alinéa 1^{er}.

⁶⁰ Code de procédure pénale, article 41-2 alinéa 24.

⁶¹ Code de procédure pénale, article 41-3 alinéa 1^{er}.

Dans le cadre de cette proposition, le procureur précise à l'intéressé la nature et le quantum des mesures proposées, de plus il lui précise qu'il dispose d'un délai de dix jours pour se décider et qu'il peut bénéficier de l'assistance d'un avocat.

En cas de refus de la mesure, l'action publique est déclenchée et des poursuites sont engagées.

En cas d'accord, un procès-verbal d'accord est dressé reprenant la nature des faits, leurs qualifications juridiques, la nature et le quantum des mesures proposées ainsi que leur délai d'exécution.

43. Une fois le procès-verbal signé, le procureur de la République déclenche la seconde étape en saisissant par requête, aux fins de validation, le président du tribunal de grande instance⁶².

Cette immixtion d'un magistrat du siège en plus de permettre la validation de la procédure et la mise à exécution des mesures, permet de garantir les droits de la personne impliquée et de garantir la séparation des fonctions, se conformant ainsi à la jurisprudence du conseil Constitutionnel qui avait refusé de valider la précédente mesure d'injonction pénale en raison de l'absence d'intervention d'un juge du siège⁶³.

Une fois sa conviction établie, le juge du siège peut soit accepter soit rejeter la proposition de composition. Sa décision sera rendue par voie d'ordonnance notifiée à l'auteur des faits, à la victime et au procureur de la République.

En cas de refus, sa décision n'est pas susceptible de recours, le refus du juge met donc fin à la procédure, le parquet doit donc choisir une autre voie s'il désire poursuivre l'auteur des faits.

La validation de la proposition permet à l'inverse de mettre à exécution les mesures relevant de la composition pénale. Dans ce cas, l'auteur des faits reçoit un document l'avertissant de la validation de la composition pénale⁶⁴.

44. Si elle est mise en œuvre, la procédure de composition peut mener à une réparation par une multitude de mesures dont l'amende de composition, le dessaisissement de l'objet ayant servi à la commission de l'infraction ou encore une interdiction d'émettre des chèques.⁶⁵

45. L'exécution par l'auteur des faits de l'ensemble des mesures de la composition pénale entraîne l'extinction de l'action publique⁶⁶. Sur ce point, la composition pénale se distingue des autres alternatives aux poursuites existantes, leurs réussites ne débouchant que sur un simple classement sans suite.

46. L'insuccès de la composition pénale tient avant tout à l'attitude de l'auteur des faits. Il peut refuser les mesures proposées par le procureur de la République ou ne pas exécuter l'ensemble des obligations afférentes à la composition pénale, si la personne n'accepte pas la composition pénale

⁶² Code de procédure pénale, article 41-2, alinéa 19 et article R 15-33-46.

⁶³ Décision du Conseil constitutionnel n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 relative à l'injonction pénale.

⁶⁴ Code de procédure pénale, article R15-33-50.

⁶⁵ Liste non exhaustive.

⁶⁶ Code de procédure pénale, article 6, alinéa 3 et article 41-2, alinéa 22.

ou, si après avoir donné son accord, elle n'exécute pas l'intégralité des mesures décidées, le procureur est tenu de mettre en mouvement l'action publique⁶⁷.

47. La loi du 9 septembre 2002 a introduit l'inscription des compositions pénales exécutées au bulletin n° 1 du casier judiciaire⁶⁸, rapprochant ainsi la mesure de composition pénale de la notion de « peine ».

Cette loi du 23 juin 1999 instaurant la procédure de composition pénale a également donné naissance à la procédure de médiation pénale.

3§ – La médiation pénale

48. Du latin « *mediatio* », s'interposer, la médiation est définie comme étant une intervention destinée à mener à un accord.⁶⁹

Prévue à l'article 41-1 du code de procédure pénale, elle est l'une des voies offertes au procureur de la République pour faire suite à la commission d'une infraction.

Plutôt que de classer sans suite ou de déclencher l'action publique, il peut faire procéder à une médiation entre l'auteur des faits et la victime, sous le contrôle d'un médiateur.

Il s'agit d'une réponse intermédiaire évitant les dérives et la mise à l'écart de l'auteur des faits dans le cadre d'un procès classique, mais assurant tout de même une sanction liée à l'infraction, écartant ainsi tout sentiment d'impunité chez l'auteur des faits.

« *Entre impunité et stigmatisation, la médiation pénale invite les différents protagonistes à négocier, afin de trouver une réponse adaptée à l'infraction.* »⁷⁰

49. Lorsqu'il fait le choix d'orienter l'affaire vers une médiation pénale le procureur de la République saisit le médiateur par écrit. Par la suite et traditionnellement, le processus démarre par une convocation des protagonistes, dans laquelle le médiateur précise l'objet de sa mission et leur fait part de la possibilité d'être assistés par un avocat.

50. S'ensuit une rencontre entre le médiateur et chacun des individus séparément, puis une rencontre conjointe permettant la mise en place d'un dialogue entre l'auteur des faits et la victime, dialogue qui constitue la « *clé de voûte de la médiation pénale* »⁷¹.

Le rôle du médiateur dans cette phase est d'apaiser ; de tempérer le dialogue tout en veillant à maintenir les échanges. « *L'apaisement des tensions et la réconciliation des parties sont indispensables à la conclusion de l'accord de médiation.* »⁷²

Vient ensuite la phase de détermination de la solution, dans laquelle le médiateur encourage les parties à mettre un terme à leur différend par la conclusion d'un accord.

⁶⁷ Code de procédure pénale, article 41-2, alinéa 20.

⁶⁸ Uniquement accessible aux autorités judiciaires.

⁶⁹ « Médiation », *Larousse dictionnaire*.

⁷⁰ J.-B. PERRIER, « *Médiation pénale* », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2013.

⁷¹ LEBEHOT, « *Le cadre juridique de la médiation pénale* », *AJ pénal*, 2011, étude 216.

⁷² J.-B. PERRIER, « *Médiation pénale* », *op. cit.*

Dans cette phase la discussion et le rôle du médiateur n'auront plus pour objectif le rétablissement du dialogue, qui aura eu lieu en phase « 1 », mais la détermination de l'indemnisation, la réparation du préjudice causé.

Le rôle du médiateur dans cette phase est d'accompagner les parties dans la détermination d'un accord équitable.

51. Le but de la médiation pénale n'est atteint que si l'accord répond aux conditions légales, à savoir la réparation du préjudice, la disparition du trouble et la réinsertion de l'auteur des faits.⁷³ À défaut, le médiateur doit constater l'échec de la médiation.

52. En cas d'échec le procureur de la République pourra conserver une dynamique consensuelle en proposant une composition, une transaction pénale ou s'il s'agit d'une personne morale une convention judiciaire d'intérêt public ou encore changer de cap en engageant des poursuites.

53. La médiation pénale est sans doute la manifestation la plus visible de l'insertion du consensualisme en matière pénale. Cette mesure a pour objectif, et pour raison d'être, la réconciliation des parties en les amenant à déterminer elles-mêmes la réparation du préjudice causé par l'infraction.

La discussion instaurée entre la victime et son « bourreau » oppose la médiation pénale au procès en l'humanisant et en permettant un dialogue ouvert et apaisé, là où le procès propose une confrontation brutale et par personne interposée.

En participant à l'élaboration de la sanction, l'auteur des faits est plus enclin à l'accepter, il a le sentiment d'avoir été écouté et d'avoir bénéficié d'une solution plus clémente.

54. Bien qu'utilisée principalement dans un cadre familial conflictuel, la médiation pénale peut trouver application en matière d'infractions d'affaires.

En effet, elle permet une résolution du conflit, rapide, gratuite, prévisible et confidentielle répondant ainsi parfaitement aux besoins de la vie économique.

La détermination de la sanction par les parties elles-mêmes, la certitude de la solution, les conduisent à voir dans la médiation pénale une solution plus efficace et protectrice que l'issue incertaine d'un long procès.

Le législateur toujours empreint de cet objectif de simplification de la réponse pénale par ce biais négocié, a étendu cette négociation en créant une mesure spécifique aux personnes morales, la convention judiciaire d'intérêt public.

4§ - La convention judiciaire d'intérêt public

55. C'est par la loi du 6 décembre 2016 dite « loi Sapin2 » que le législateur a mis en place cette nouvelle mesure qu'il a nommé « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP).

Elle permet au parquetier de proposer à une personne morale auteur de faits délictueux, la signature d'une convention destinée à offrir une réponse pénale à l'infraction et réparer le préjudice.

⁷³ Code de procédure pénale, article 41-1.

La procédure est régie par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. Elle ne peut être mise en place qu'à l'encontre d'une personne morale et pour certaines infractions limitativement prévues par la loi telles que, les délits de corruption, le trafic d'influence de personnes publiques ou privées, l'entrave à l'exercice de la justice, et le blanchiment de fraude fiscale.

56. Par cette convention, le procureur va proposer à la personne morale :

- Soit de verser une amende d'intérêt public au Trésor, dont le montant est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements. Son versement peut être échelonné, sur une période qui ne peut être supérieure à un an précisé par la convention.

- Soit de se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence Française Anticorruption, à un programme de mise en conformité.⁷⁴

Lorsque la victime est identifiée, la convention doit également prévoir le montant de l'indemnité et les modalités de la réparation du préjudice.

Elle est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une telle mesure à la personne morale mise en cause et transmet au procureur tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice.

57. Étant proposée dans un cadre consensuel la mesure ne peut s'imposer au contrevenant. La personne morale va donc devoir donner son accord à la mise en place de la CJIP. En cas d'accord, le procureur de la République saisi par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de validation de la convention.

58. Le président du tribunal va alors procéder à l'audition, (en audience publique), de la personne morale mise en cause et de la victime, assistées, le cas échéant, de leurs avocats.

À l'issue de cette audition, le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en prenant soin de vérifier préalablement le bien-fondé de la mesure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues et la proportionnalité des mesures vis-à-vis des manquements constatés.

Cette décision va par la suite être notifiée aux intéressés, et est insusceptible de recours.

Si le président du tribunal rend une ordonnance de validation, la personne morale mise en cause dispose, à compter du jour de la validation, d'un délai de dix jours pour exercer son droit de rétractation. La rétractation est notifiée au procureur de la République par lettre recommandée avec avis de réception.

Si la personne morale mise en cause n'exerce pas ce droit les obligations convenues sont mises à exécution, à défaut, la proposition devient caduque.

En cas de refus par le président du tribunal de la proposition de CJIP, en cas d'exercice de son droit de rétractation par la personne morale ou encore, en cas d'inexécution des mesures prévues par la

⁷⁴ Pour fixer l'amende, le ministère public va étudier les bénéfices rapportés par la commission de l'infraction, pour ce faire il va prendre le chiffre d'affaires moyen annuel des trois dernières années, l'amende ne pouvant dépasser 30% de ce chiffre d'affaires moyen.

convention, le procureur de la République met en mouvement l'action publique et engage les poursuites.

59. Contrairement à la mesure de composition pénale, « l'ordonnance de validation de la convention judiciaire d'intérêt public n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature, ni les effets d'un jugement de condamnation. Par conséquent, la CJIP n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire⁷⁵. Elle fait l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République »⁷⁶ pour autant et malgré l'absence de nature de jugement, la convention bénéficie de l'autorité de la chose jugée, en effet, elle entraîne extinction de l'action publique.

60. Cette convention à l'image de toutes les mesures négociées connaît un franc succès, en effet depuis sa création, cinq CJIP ont été proposées, acceptées, validées et exécutées.

L'intégration de la négociation en matière pénale a été étendue en aval du déclenchement de l'action publique, et ne se cantonne plus aux « simples » alternatives aux poursuites.

Section 2 – Les procédures négociées intervenant en aval du déclenchement de l'action publique

61. L'intégration de cette négociation dans la phase post-déclenchement de l'action publique n'a pas pour but de transiger sur l'action en elle-même, mais d'intégrer le mis en cause à la détermination de sa peine.

Cette négociation en aval du déclenchement de l'action publique se retrouve dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (1§) et dans la mesure de jour amende (2§).

1§ – La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

62. Née de la loi du 9 mars 2004 dite « Perben II », la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) a été introduite dans le code de procédure pénale aux articles 495-7 à 16.

Inspiré du « plea bargaining » américain, il s'agit d'une sorte de « plaider coupable » à la française permettant au procureur de la République d'obtenir une sanction pénale à l'encontre de l'auteur des faits et ce sans recourir à la procédure de jugement de droit commun. Elle repose sur une reconnaissance préalable du prévenu de sa culpabilité.

Selon l'article 495-7 du code de procédure pénale, cette procédure est applicable aux délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, à l'exception des délits de presse, d'homicides involontaires, des délits politiques, des délits commis par des mineurs et des délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

⁷⁵ Permettant ainsi à l'auteur des faits de bénéficier, si l'infraction est à nouveau faite d'un statut de primo délinquant.

⁷⁶ C. MASCALA, « Droit pénal des affaires », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1723.

63. Dans un premier temps et après avoir constaté l'identité de la personne poursuivie, le procureur de la République lui fait connaître les faits qui lui sont reprochés et lui propose la mise en place de la mesure de CRPC.

64. La mise en place de cette mesure n'est en rien obligatoire, elle repose sur une acceptation du mis en cause qui dispose dès lors de trois possibilités d'actions : demander un délai de réflexion, accepter ou refuser la proposition.

Si le contrevenant demande à bénéficier d'un délai de réflexion, le procureur doit, sauf hypothèse d'une demande de contrôle judiciaire ou de détention provisoire, le convoquer de nouveau dans un délai d'au moins dix jours pour qu'il lui fasse connaître sa décision.

S'il accepte d'office la ou les peines proposées, le procureur de la République doit alors saisir le président du tribunal aux fins d'homologation.

65. L'homologation consiste « *en une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, [suppose] du juge un contrôle de légalité, un contrôle d'opportunité, et confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice* »⁷⁷.

Le magistrat ne peut décider d'homologuer les peines proposées qu'après avoir vérifié la réalité et la qualification juridique des faits⁷⁸, de plus, l'ordonnance doit être motivée par la constatation que la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte les peines proposées⁷⁹.

Il doit en outre s'assurer de la justification des peines au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'auteur.

À peine de nullité, à l'issue de la comparution, il doit être dressé procès-verbal des formalités accomplies⁸⁰.

La décision d'homologation a autorité de la chose jugée, elle est donc immédiatement exécutoire⁸¹ et met fin à l'action publique.

Les peines homologuées sont inscrites au casier judiciaire et peuvent constituer le premier terme de la récidive.

En cas de décision de refus d'homologation, le procureur de la République, retrouve son entier pouvoir d'appréciation dans l'orientation de la procédure.

66. Cette procédure est applicable à l'initiative du procureur de la République ou à la demande du prévenu et de son avocat.

Lorsque l'initiative vient du ministère public, elle peut intervenir à la suite d'une procédure de déferrement en application de l'article 393 du code de procédure pénale ou d'une convocation. Dans ce cas le prévenu dispose d'un délai de dix jours pour accepter ou refuser la mesure.

Lorsque la procédure est mise en place à l'initiative du prévenu et de son avocat, la demande est faite au procureur de la République par lettre recommandée avec accusé de réception dans laquelle le prévenu doit indiquer qu'il reconnaît les faits qui lui sont reprochés.

⁷⁷ CORNU, Vocabulaire juridique, 8e éd., 2000, PUF.

⁷⁸ Code de procédure pénale, article 495-9.

⁷⁹ Code de procédure pénale, article 495-11.

⁸⁰ Code de procédure pénale, article 495-14.

⁸¹ Code de procédure pénale, article 495-11.

67. Que la proposition émane du procureur ou du prévenu, dans l'intérêt de la société, seul le parquetier choisit la mesure, la peine qui lui paraît être la meilleure, il en détermine le quantum, la nature et les modalités d'exécution, tout en respectant les dispositions des articles 130-1 et 132-10 du code pénal, qui fixent les fonctions de la peine et disposent que la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale.

De plus, il ne peut proposer de peine d'emprisonnement supérieure à un an, ni qui excède la moitié de la peine d'emprisonnement encourue ; il peut proposer que cette peine soit assortie en tout ou partie du sursis ou qu'elle fasse l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues par l'article 712-6 du code de procédure pénale.

68. Au regard de l'immense succès de la procédure⁸², le législateur par une loi du 13 décembre 2011 a étendu le champ d'application de la CRPC en permettant son utilisation dans le cadre de tous les délits (tout en conservant les exceptions précédemment visées). Permettant ainsi son utilisation dans le cadre des infractions économiques et financières.⁸³

Conscient de cet engouement pour la négociation pénale le législateur a encore élargi son champ d'action avec la création de la procédure de jour-amende.

2§ – La mesure de jours-amende

69. Selon l'art 131-5 du code pénal, la mesure de jours-amende est une peine correctionnelle qui ne s'applique qu'aux personnes physiques majeures ayant commis des infractions constitutives de délits punis d'une peine d'emprisonnement, elle ne s'appliquera donc en la matière qu'aux dirigeants personnes physiques, auteurs ou coauteurs de l'infraction. Elle a été insérée dans le droit français par une loi du 10 juin 1983.

Elle permet au procureur de la République de proposer en remplacement de la privation de liberté une peine pécuniaire consistant pour le condamné à verser au Trésor public une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours.

70. Lorsqu'il prononce la peine, le juge arrête dans un premier temps le nombre de jours-amende qui ne peut dépasser trois cent soixante jours et qui « est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction »⁸⁴.

Par la suite, il détermine le montant de chaque jours-amende « qui ne peut excéder 1 000 € » et qui « est déterminé en tenant compte des ressources et des charges du prévenu »⁸⁵.

71. En cas de défaut total ou partiel dans le paiement de cette sanction, l'auteur des faits sera immédiatement incarcéré pour une durée équivalente au nombre de jours-amende non réglés.⁸⁶

⁸² Elle a concerné en 2016 environ 75 000 condamnés, a représenté 13 % des décisions correctionnelles et un quart des procédures simplifiées.

⁸³ Il convient d'ailleurs de souligner qu'aucune disposition de la loi n'interdit son utilisation à l'égard des personnes morales, qui devront toutefois être représentées par leur représentant personne physique.

⁸⁴ Code pénal, article 131-5.

⁸⁵ Code pénal, article 131-5.

72. Cette mesure permet au délinquant de payer sa dette, et de reprendre sa place dans la société, blanchi de toute accusation.

En plus de cette mesure, le législateur a prévu une seconde sanction pécuniaire à savoir la mesure de dommages et intérêts punitifs.

3§ – Les dommages et intérêts punitifs

73. Il s'agit d'une mesure qui permet au procureur de la République d'accorder à la partie lésée une indemnisation supérieure à celle qui aurait été habituellement octroyée. L'obtention de ces dommages et intérêts punitifs est subordonnée à la preuve d'un acte de malveillance ou de négligence grave.⁸⁷

74. À l'origine, l'ordre juridique Français refusait l'utilisation d'une telle mesure et ce en raison d'une application stricte du principe de réparation intégrale, selon lequel l'indemnisation a vocation à remettre la victime dans la situation exacte dans laquelle elle se trouvait antérieurement au dommage.

Le problème posé par l'utilisation de ces dommages et intérêts punitifs, c'est qu'ils ont une vocation sanctionnatrice et non réparatrice du dommage, sanction assurée par cette somme supérieure à ce qui aurait normalement été attribuée.

Or, le principe de réparation intégrale interdit de minimiser l'indemnisation, mais aussi d'attribuer une somme supérieure, créant, de facto, un enrichissement.

Pour autant, et allant à l'encontre de ce principe, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a ouvert la voie à l'intégration des dommages et intérêts punitifs en France, par un arrêt du 1^{er} décembre 2010, dit « Fontaine Pajot » dans lequel elle a accepté d'accorder l'exequatur à une décision américaine prononçant une telle peine à l'encontre de citoyens français domiciliés en France, afin qu'elle puisse être exécutée sur le sol Français.

En l'espèce, un couple de nationalité américaine, résidant aux États-Unis avait acquis un navire de la société française Fontaine Pajot.

Peu de temps après la réception du bien, les acquéreurs ont découvert un certain nombre de défauts particulièrement dangereux, imputables à la société française, qui les avait passé sous silence.

Les juridictions californiennes ont alors condamné la société française au paiement d'une somme totale de 3,2 millions de dollars, dont 1,46 millions de dommages et intérêts punitifs.

La cour d'appel Française saisie en recours par les défendeurs Français (la société Fontaine Pajot) a refusé l'exequatur de la décision américaine au motif « *qu'en droit français, 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* ».

Toutefois, et comme énoncé précédemment, la Cour de cassation opérant du même fait un revirement de jurisprudence a cassé cette décision en affirmant que « *le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public* » énonçant par la même occasion que bien que non contraire à l'ordre public, le montant de ces dommages et intérêts punitifs

⁸⁶ Code pénal, article 131-25, alinéa 2.

⁸⁷ L. ARCHAMBAULT, « *Vers la généralisation de l'acceptation des dommages et intérêts punitifs en France et en Europe ?* », *Gazette du Palais*, n°28, 31 juillet 2018, p. 14.

ne saurait être disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur.⁸⁸

À compter de cette décision, sans pour autant pouvoir prononcer eux-mêmes des dommages et intérêts punitifs, les juges français peuvent prononcer l'exéquatur de décisions étrangères prévoyant une telle peine, et accepter son exécution sur le sol Français, à la condition qu'elles ne soient pas disproportionnées au regard du préjudice subi et des manquements constatés.

75. Peut-on à la suite de cette décision imaginer une intégration de ce nouveau système dans notre droit interne ?

Sans rien certifier, nous ne pouvons nier les avantages que représentent ce système de recouvrement, cette réparation financière du préjudice.

De plus, de telles procédures sont déjà présentes dans le système français et ce en dépit du principe précédemment énoncé de réparation intégrale du préjudice.

En effet, l'article 1231-3 du code civil prévoit une possibilité pour le juge de dé plafonner le montant des dommages et intérêts qu'il prononce en cas de faute particulièrement grave.

Or, le principe même des dommages et intérêts punitifs est celui-ci, à savoir le prononcé d'une sanction pécuniaire plus lourde que celle qui aurait été originellement prévue et ce en raison de la gravité de l'acte.

Hormis ce côté réparateur de la mesure, les dommages et intérêts punitifs présentent l'avantage d'être éducatif ; le montant des amendes étant plus élevé qu'à la normal, l'impact de la sanction en est d'autant plus fort.

Par conséquent, le prononcé d'une telle peine en droit interne pourrait être envisagé.

Ce fut d'ailleurs le cas dans l'avant-projet Catala concernant la réforme du droit des contrats et des obligations, qui dans un article 1371 disposait que « *l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs* ».

L'article n'ayant pas été repris lors du projet final, à l'heure actuelle aucune intégration en bonne et due forme de ces dommages et intérêts punitifs n'a été faite en droit Français.

L'intégration de cette mesure en droit pénal interne pourrait s'avérer être très bénéfique, notamment en matière d'infractions d'affaires, permettant de ce fait le respect de l'objectif du législateur qui depuis une dizaine d'années essaie de rendre les infractions d'affaires économiquement nulles.

En effet, en condamnant le contrevenant à une peine d'amende supérieure à celle habituellement prévue, le juge pourrait y englober le profit résultant de la commission de l'infraction, rendant ainsi l'acte répréhensible sans intérêt.

76. Cette notion de négociation nous l'avons vu, a été intégrée par le législateur par le biais de différentes mesures intervenant avant et après le déclenchement de l'action publique, mesures mises en place pour des infractions plus ou moins graves et présentant chacune des spécificités particulières répondant aux attentes du monde des affaires et de la vie économique, raison pour laquelle elles ne cessent de se multiplier en droit pénal des affaires.

⁸⁸ Cour de cassation – Première chambre civile – 1^{er} décembre 2010 – n° 09-13.303.

Pour autant ces mesures nécessaires au développement d'une justice adaptée à la vie économique, est source d'une spécificité jusqu'alors inconnue en droit pénal, à savoir, l'intégration du mis en cause dans la détermination de sa peine.

Chapitre 2 – Spécificité propre aux procédures négociées : l'intégration du mis en cause dans la détermination de la peine

77. L'intégration du contrevenant dans la détermination de sa peine, est l'un des points fondamentaux de la justice négociée.

Le recueil de son consentement s'avère être le point culminant de cette troisième voie pénale. Il s'agit du point de départ des mesures négociées. (Section 1).

Au-delà de ce consentement du contrevenant, nécessaire à la mise en place de la mesure négociée, son aveu s'avère être indispensable au ministère public dans la poursuite de l'infraction. (Section 2)

Section 1 – Le consentement de l'auteur de l'infraction : clé de voûte de la justice négociée

78. « *Il n'y aurait donc qu'à vouloir pour changer tant de choses ?* » (Alain, propos sur la religion).

Méconnu du droit pénal, le consentement est en la matière généralement inexistant.

En effet, qu'il s'agisse du consentement de la victime ou de celle du contrevenant, le droit pénal étant une matière d'ordre public ce consentement n'a que peu de place en l'espèce.

Pour autant, on observe depuis plus d'une décennie une évolution de la doctrine, « *le législateur multiplie à l'intérieur du système juridique, des phénomènes de « concurrence entre blocs de règles », qui favorisent, dans un premier temps, le remplacement de règles de « droit commun », par des règles dites « exceptionnelles » ou « spéciales », voire, dans un second temps, l'option entre ces règles.* »⁸⁹

Cette « *option de législation* »⁹⁰ que désigne le Doyen Carbonnier se retrouve au-delà du droit civil dans une matière qui d'ordinaire ne permet pas ce genre d'arrangement et ce genre de choix : le droit pénal.

On observe désormais nombres de mesures alternatives, qui nécessitent le consentement du mis en cause à leur utilisation, qu'il s'agisse des mesures alternatives au procès pénal telle que la transaction ou la convention judiciaire d'intérêt public, ou des mesures qui permettent d'atténuer les peines tel que le jour amende ou encore la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'accord, le choix du contrevenant à cette justice parallèle est nécessaire.

⁸⁹ X. PIN, « Le consentement en matière pénale », LGDJ, 2002, p. 325 et s et J. CARBONNIER, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, rapport général », travaux de l'association Capitant, 1963, T. XII, p. 295.

⁹⁰ X. PIN, « *Le consentement en matière pénale* », *op. cit.* et s et J. CARBONNIER, « *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, rapport général* », *op. cit.*

Le consentement du contrevenant à la soustraction de l'affaire à la justice de droit commun est, indispensable à l'utilisation de la justice négociée, et, pour cause, sans cette participation de l'auteur des faits, le procureur de la République serait dans l'incapacité de mettre en place une mesure négociée afin de trancher le litige, et, serait contraint d'appliquer une justice classique (phase d'instruction et phase de jugement).

Ce n'est donc qu'avec l'accord de ce dernier que le ministère public se trouve en mesure d'organiser les poursuites sur la base d'une justice consensuelle. Faisant ainsi du consentement du contrevenant la clé de voûte du système négocié en matière pénale. (1§)

Cette idée de consentement à une substitution d'une forme de justice à une autre ne date pas de notre ère et se retrouvait déjà à l'époque de Justinien le Grand, où une formule illustre l'idée que « *chacun est libre de renoncer à ce qui a été érigé en sa faveur* »⁹¹.

De cette idée ressort un constat selon lequel, chacun serait libre de renoncer à voir son acte jugé par la juridiction de l'Etat et lui préférer une juridiction dite négociée dans laquelle il aurait un rôle à jouer dans la détermination de sa peine.

79. Face à ce constat, d'aucuns affirment qu'il existe désormais une forme de contractualisation de la matière pénale. La peine étant le résultat d'un consensus, d'un accord de volonté entre le contrevenant et le ministère public.

Cette affirmation peut toutefois être nuancée. En effet, il ressort de l'analyse qu'en dépit des termes « justice négociée » le consentement du contribuable, n'est pas une négociation, un accord, une détermination commune de la peine, il ne s'agit en définitif que d'une adhésion à une mesure et une sanction proposée par le ministère public. (2§)

1§ – Le consentement : acte I des mesures de négociation pénale

80. « *Consentir c'est accepter, c'est aussi pouvoir refuser, mais c'est surtout disposer d'une alternative, c'est-à-dire d'un véritable choix* »⁹²

Le terme consentement est défini comme étant l'action de donner son accord à un projet, à une action, synonyme d'acquiescement, d'approbation, d'assentiment⁹³.

Ce consentement du contrevenant représente dans le cadre des mesures négociées, et pour la première fois en droit pénal, un élément déterminant de la résolution du litige.

Le terme « consentement » dans la matière pénale est défini par le professeur MAYER comme étant un équivalent à l'expression « *accord de volonté* »⁹⁴, mettant ainsi l'accent sur « l'autorisation » donné par le contrevenant au ministère public quant à la mise en place de cette voie alternative.

81. On trouve désormais en droit pénal aux côtés des sanctions qui s'imposent au prévenu, des sanctions qui nécessitent son consentement.

⁹¹ « *...regula es juris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare* ».

⁹² W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interfaces consensuelles*, Thèse droit pénal, Lyon 3, sous la direction de A. VARINARD, 2005.

⁹³ Dictionnaire Larousse, « Consentement », 2019.

⁹⁴ L. MAYER., *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS édition, 2009.

Le consentement joue dans ce cadre un rôle de déclencheur, sans lequel aucune mesure négociée ne peut être mise en place.

Ainsi, à défaut de consentement du contrevenant le ministère public ne pourra engager que des poursuites classiques.

Par son choix, l'auteur des faits va donc se soumettre à cette justice négociée et va accepter le remplacement des règles impératives par des règles issues de la justice consensuelle. « Il [va renoncer] aux dispositions de droit commun pour se placer sous l'empire de règles spéciales. »⁹⁵ Opérant de ce fait ce que le professeur PIN qualifie de « *consentement substitutif* ». ⁹⁶

82. Ce consentement de l'auteur des faits correspond donc à la première étape de la justice négociée, c'est un préalable nécessaire à la mise en place des procédures basées sur une idée de négociation. Il peut être exprès ou tacite, dépendamment de la mesure négociée.

Le consentement exprès peut aller du simple accord verbal, à une certaine formalisation de l'accord par un acte écrit (plus ou moins formalisé, allant de la signature d'un procès-verbal à un acte authentique).

Le consentement tacite quant à lui, ne doit pas être présumé, il doit être réel et certain sans pour autant avoir à être formellement cité.

Ce consentement tacite peut notamment se traduire par une absence de refus du contrevenant à la mesure proposée, sous réserve que le contrevenant ait été correctement informé de son droit à refus.

83. « *L'acceptation représente la phase ultime et décisive durant laquelle vont se nouer les liens entre répression et consentement, car, à la proposition faite, suit un engagement qui va déterminer l'issue de la coercition* »⁹⁷

84. Sur quoi porte cet accord ?

Le consentement en matière pénale, et principalement en ce qui concerne les mesures consensuelles, porte d'une part, sur la reconnaissance de culpabilité ou du moins la non-contestation des faits par le justiciable mis en cause, et d'autre part, sur la volonté de se substituer au circuit classique de poursuite, au profit des mesures alternatives.

En aucun cas ce consentement ne porte sur les caractères de la peine ou sur la détermination de cette dernière et pour cause, les règles mises en œuvre par les autorités de poursuites sont par nature répressives, de sorte qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aménagements consensuels.

Le consentement du contrevenant ne prendra donc pas la forme d'une négociation de la peine, tel que l'on pourrait l'entendre en droit américain dans le cadre de la mesure du plea bargaining, ou dans le langage courant, mais celle d'une adhésion à une mesure alternative.⁹⁸

Éloignant de ce fait la notion de consentement et de négociation, faisant des mesures négociées, des mesures acceptées.

⁹⁵ M. MEZARD, "La négociation de la sanction pénale", *op. cit.*

⁹⁶ X. PIN, « Le consentement en matière pénale », LGDJ, 2002, p. 325 et s., « *une manifestation de volonté par laquelle le justiciable accepte la proposition des autorités répressives, de se soumettre à un ensemble de règles qui remplacent les règles normalement applicables* ».

⁹⁷ S.-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*

⁹⁸ X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*

2§ – Le consentement du contrevenant aux mesures négociées : une adhésion déguisée

85. En plaçant le consentement au statut de point culminant des mesures dites négociées, le législateur le présente comme étant un synonyme de la notion de négociation ; le contrevenant acceptant de se soustraire au circuit classique pour lui préférer l'utilisation de mesures négociées. Donnant de ce fait naissance à une forme de contractualisation de la justice pénale.

Pour autant, malgré l'indéniable ressemblance du droit des contrats et de la justice négociée, notamment en ce qu'une proposition émanant d'une partie doit être acceptée par l'autre, peut-on véritablement caractériser cette opération juridique de contrat entre le ministère public et le contrevenant ? (A)

Face à ces similitudes entre le consentement civil et le consentement pénal, peut-on imaginer l'utilisation des méthodes de protection du consentement civil en droit pénal ? (B)

A – Vers la reconnaissance d'une contractualisation du droit pénal ?

86. Certains auteurs ont effectivement pensé à la naissance d'une contractualisation du droit pénal suite à l'accroissement de l'utilisation des mesures négociées, notamment en ce qui concerne la mesure de transaction ou de médiation pénale. C'est le cas du professeur LEGEAIS qui avance le fait que « *la transaction bien qu'elle éteigne l'action publique n'est pas l'application d'une peine, elle semble plutôt devoir s'analyser en la détermination contractuelle de la réparation du dommage causé par l'infraction* »⁹⁹

D'autres tels que le professeur PIN voit dans cette idée de contractualisation de la matière pénale, par l'utilisation de modes de justice négociée, un « *grossissement des traits* »¹⁰⁰, considérant la notion de contrat comme étant fondamentalement inconciliable avec le droit pénal du fait de leurs définitions et de leurs mécanismes.

87. Pour autant et sans qualifier la mesure négociée de contrat pénal, cette négociation présente indéniablement des similitudes avec le droit des contrats ne serait-ce que le caractère pure et simple de l'acceptation du contrevenant qui n'est pas sans rappeler l'acceptation pure et simple du cocontractant.

Toutefois ces similitudes sont en elles-mêmes constitutives de différences fondamentales empêchant le rapprochement des notions.

88. Afin d'illustrer cette idée il convient tout d'abord de s'interroger sur ce caractère pur et simple de l'acceptation, qui nous l'avons soulevé n'est pas sans rappeler celui du droit civil.

Pour autant ici, en droit pénal il est constitutif d'une des grandes difficultés à la reconnaissance de la contractualisation de la matière, et, pour cause, considérer le consentement du contrevenant aux mesures négociées, comme étant constitutif d'une négociation entre celui-ci et le

⁹⁹ R. LEGEAIS, « *L'oblation volontaire et l'amende de composition, ou les procédures sans débats en droit pénal français* », *Revue internationale de droit pénal*, 1962, p. 419 et s.

¹⁰⁰ X. PIN, « *Le consentement en matière pénale* », *op. cit.*

ministère public, revient à ne pas prendre en compte ce caractère pure et simple de l'acceptation qui engendre une forme manifeste d'adhésion du mis en cause aux conditions fixées par l'offrant.¹⁰¹

89. Il existe toutefois une certaine variabilité du niveau de négociation au sein des différentes procédures, faisant apparaître un déséquilibre négociatif en fonction de la mesure engagée.

En effet parfois une véritable discussion va trouver à s'appliquer (tel est le cas par exemple en matière de médiation pénale, où un véritable dialogue va être instauré entre le contrevenant et la victime), tandis que d'autres fois, il s'agira d'une simple adhésion aux mesures proposées (tel est le cas en matière de convention judiciaire d'intérêt public, ou encore de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité).

90. Par cette adhésion du mis en cause à la mesure, on s'éloigne du modèle américain (source d'inspiration de notre système consensuel). En effet aux Etats-Unis, le juge est considéré comme étant un arbitre entre deux plaideurs ayant toute latitude de négociation, tandis qu'en France, le système de négociation répond à un besoin de simplification de la procédure, possible uniquement avec l'adhésion du mis en cause.¹⁰²

91. Au-delà du caractère pur et simple du consentement, ce dernier doit, et toujours à l'image de ce qui est prévu en droit civil, également être libre et éclairé, caractères qui constituent à eux deux la deuxième limite à la reconnaissance de la notion de consentement/négociation.

En droit civil l'article 1130 du code civil précise ce qu'il faut entendre par consentement libre et éclairé, à savoir que : « *l'erreur, le dol et la violence vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.* »

Bien que présentant les mêmes caractéristiques, le critère de liberté du consentement en matière pénale bénéficie d'une analyse plus restrictive car « *la procédure pénale, à la différence du droit des obligations, engage une constante pression sur le particulier* »¹⁰³, rendant de ce fait possible un consentement plus ou moins forcé du mis en cause.

Consentement d'autant plus « forcé » que d'une mesure à l'autre, et c'est encore plus vrai d'une mesure de droit commun à une mesure négociée, les sanctions connaissent des écarts considérables, des « avantages » pour le délinquant qui peut éviter la prison en échange d'une somme d'argent conséquente, ou diminuer sa peine en cas de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou encore plus novateur, transformer ses jours de détentions en amende dans la mesure du jour-amende.

92. Face à ces nombreux avantages, sommes-nous encore réellement dans un système de choix et de consentement ? Le choix n'est-il pas déjà opéré au moment même où la proposition de la mesure consensuelle est faite ?

En effet, refuser la proposition du ministère public, reviendrait pour le contribuable à se mettre lui-même un « pied dans la tombe » en tirant un trait sur sa place dans le marché bousier, sur sa

¹⁰¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, « *La formation du contrat, tome 1, le contrat, le consentement* », LGDJ, 4^e édition, 2013, p. 634.

¹⁰² R. LEGAIS, « *L'oblation volontaire et l'amende de composition, ou les procédures sans débats en droit pénal français* », *op. cit.*

¹⁰³ P. MILBURN, « *Évolution de la place de la médiation dans la justice Française* », *Négociations*, 2009, n°12, p. 147 à 153.

réputation concurrentielle et sur sa viabilité économique, le risque pour l'auteur des faits de subir une sanction plus élevée en cas de refus de la proposition n'est pas utopique, d'où le questionnement légitime sur le caractère choisi de la mesure.

Raison pour laquelle, il semble peu probable qu'une entreprise refuse une proposition de « négociation », car comme le disait Honoré de BALZAC « *il vaut [toujours] mieux mauvais arrangement que bon procès* »¹⁰⁴, surtout en matière d'affaires.

« *En définitif, il semble légitime d'affirmer que le consentement dont les procédures décrites font la promotion s'apparente davantage à une capitulation plutôt qu'à une manifestation véritable de volonté* ». ¹⁰⁵

Nous l'avons vu, le consentement, l'adhésion du contrevenant à la mesure proposée par le ministère public présente des similitudes avec le droit des contrats sans pour autant opérer une contractualisation de la matière pénale, ces similitudes se retrouvent-elles en cas de vices du consentement ?

B- L'application du régime des vices du consentement à la matière pénale

93. Comme tout acte juridique, le consentement permettant la mise en place des mesures négociées devrait être protégé par les mesures de protection du consentement de droit civil, permettant ainsi de garantir un consentement pur, simple, libre et éclairé.

Qu'il s'agisse de l'action en nullité, de l'exception de nullité, ou encore de l'action en responsabilité, qu'en est-il de leur application en matière pénale ?

94. Quelle que soit l'action envisagée, sa mise en œuvre en matière pénale semble être difficile.

En ce qui concerne l'action en nullité, son utilisation va dépendre de la nature de la mesure engagée.

S'il s'agit d'une mesure juridictionnelle, des recours juridiques vont pouvoir être intentés, il en est notamment ainsi pour les cas de substitution à la peine de prison.

En revanche, s'il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire, elle ne pourra faire l'objet que d'un recours hiérarchique auprès du procureur Général ou du Garde des Sceaux, c'est notamment le cas en matière de médiation pénale.

Un ultime recours serait possible devant la Cour Européenne des droits de l'homme, ce qui fût le cas le 27 février 1980¹⁰⁶, ouvrant ainsi la voie à la reconnaissance de la sanction du consentement vicié en matière pénale.

En ce qui concerne l'action en responsabilité, elle ne peut être écartée. Pour autant cela relèverait du cas d'école tant les mesures négociées sont légalement entourées de contrôles et de garanties, notamment par le système d'homologation de la mesure proposée.

¹⁰⁴ H. DE BALZAC, Œuvres complètes, Édition Houssiaux, 1874.

¹⁰⁵ R. LEGAIS, « *L'oblation volontaire et l'amende de composition, ou les procédures sans débats en droit pénal français* », *op. cit.*

¹⁰⁶ DEWEER cf Belgique, dans laquelle la Cour a jugé nulle, au regard du droit de chacun à un procès équitable, art 6§1 de la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une procédure de transaction entachée d'une contrainte.

Le consentement, l'adhésion, à la mesure proposée par le ministère public, est la pierre angulaire de la troisième voie pénale, l'élément essentiel sans lequel la mesure ne pourrait être mise en place ; pour autant cet élément bien qu'essentiel n'est pas la seule condition à l'application des mesures négociées.

En effet rappelons-le, le consentement à la mesure présente deux aspects : autoriser le recours à une législation spéciale par le biais du consentement et reconnaître son implication dans les faits reprochés par le biais d'un aveu.

Section 2 – L'aveu dans les mesures consensuelles : unique preuve de culpabilité

95. « Prouver c'est faire approuver, et la preuve juridique, parce qu'elle est essentiellement une preuve judiciaire, est nécessairement tributaire d'une certaine conception du procès, variable d'un pays à l'autre »¹⁰⁷.

Cette conception de la preuve par l'aveu, est en France, appréhendée avec méfiance et nécessite traditionnellement une corroboration par d'autres éléments, du moins tel est le cas dans le circuit pénal classique.

96. Pour autant, et faisant toujours figure d'exception dans le circuit alternatif, l'aveu retrouve une place de choix dans le monde de la preuve judiciaire car se suffisant à lui-même.

Dans le système accusatoire le but n'est pas de tout savoir, pour rendre justice, ce qui est recherché ce n'est pas la vérité, mais une vérité¹⁰⁸, et peu importe que cette dernière ne soit que consensuelle.¹⁰⁹

Dès lors, la logique de la preuve dans cette justice négociée correspond à une logique de « consensus autour de ce qui paraît vraisemblable » plutôt qu'à un « idéal de parfaite corrélation avec la réalité des faits. »¹¹⁰

On est plus ici dans une recherche de réponse pénale, de résolution du différend que dans la recherche de la vérité.

97. Le terme « avouer » désigne l'action d'une personne qui se reconnaît comme étant l'auteur d'un acte blâmable.¹¹¹

En donnant son accord à l'utilisation de mesures alternatives, le mis en cause reconnaît de manière implicite ou explicite (notamment dans le cadre de la CRCP) sa culpabilité, dispensant de facto le ministère public de son devoir de démonstration de culpabilité.

98. Sur quoi porte cet aveu ?

Cette reconnaissance ne porte que sur les faits avancés par le ministère public, il ne s'agit pas d'un aveu de culpabilité.

¹⁰⁷ X. LARGADE, in L. CADIET, dictionnaire de la justice.

¹⁰⁸ F. GIRARD, « Essai sur la preuve dans son environnement culturel », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

¹⁰⁹ A. GARAPON, « Bien juger », Odile Jacob, 2014.

¹¹⁰ F. GIRARD, « Essai sur la preuve dans son environnement culturel », op. cit.

¹¹¹ Dictionnaire Larousse, « Avouer », 2019.

Le contrevenant va avouer la « véracité » des faits qui lui sont reprochés ou du moins il ne va pas les contester.

99. De prime abord, cet aveu semble porter atteinte à des principes fondamentaux en droit pénal : le droit de ne pas s'auto-accuser, le fait que la présomption d'innocence n'est pas un droit auquel on peut abdiquer¹¹² et aux principes directeurs de la procédure pénale fixés par l'article préliminaire du code de procédure pénale qui dispose, que « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie et qu'aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui, permettant de ce fait une préservation de sa personne d'un aveu irréfléchi.* »¹¹³

Pour autant, le Conseil constitutionnel, à l'occasion du vote de la loi 9 mars 2004 (loi PERBEN II instituant la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) a été saisi de ces problématiques, notamment du fait que cette mesure portait une atteinte directe au droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence.

Le conseil, malgré ces injonctions, a validé la procédure, en considérant que, « *le juge du siège n'est lié ni par la proposition du procureur, ni par son acceptation par la personne concernée et qu'il lui appartient de s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être l'auteur des faits et de vérifier la réalité de ces derniers* »¹¹⁴ protégeant ainsi les fondements de la procédure pénale et garantissant un procès équitable.

De plus, cet aspect primitif des choses, cette vision primaire de l'aveu ne correspond pas à la réalité que recouvre cette notion en matière de justice négociée, au sein de laquelle l'aveu, même s'il se suffit à lui-même, n'est pas pour autant irrévocable. En effet, on peut toujours revenir sur des aveux, tout comme on peut revenir sur le consentement que l'on a initialement donné, basculant ainsi vers un règlement classique du litige devant un juge judiciaire dans le cadre d'un procès.

100. Cette révocabilité de l'aveu intervient de manière différente selon que l'accord a déjà été homologué ou qu'il ne l'a pas encore été.

Si l'accord n'a pas encore été homologué : l'aveu n'est en principe pas irrévocable, le mis en cause peut donc revenir aisément sur ses déclarations, mettant ainsi fin à la procédure négociée. Il reviendra dans ce cas au juge de rendre une ordonnance de refus d'homologation et au procureur de saisir le tribunal correctionnel ou de requérir l'ouverture d'une information judiciaire.

Pour les mesures où l'homologation n'est pas nécessaire ou est exceptionnelle, la rétractation doit intervenir avant la requête du procureur, formalisant la demande de validation.

Après homologation, le contrevenant ayant avoué aura la possibilité de faire appel de l'ordonnance d'homologation afin d'obtenir la rétractation de son aveu.

Pour les mesures ne nécessitant pas d'homologation mais une simple validation de la proposition, il n'y a aucune voie de recours possible, la seule manière de se rétracter et de se voir appliquer un procès classique réside dans une méthode passive de rétractation, à savoir la non-exécution des mesures proposées et initialement acceptées.

101. Qu'en est-il de cet aveu en cas d'échec de la procédure négociée et du traitement du cas par la voie classique du procès ? Cet aveu peut-il être opposable au contrevenant ?

Ce traitement de l'aveu va dépendre de la réussite ou non de la procédure envisagée.

¹¹² Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 9.

¹¹³ Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-87087.

¹¹⁴ Cons.const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, consid. 111.

S'il s'agit d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité il n'y aura pas d'utilisation des déclarations recueillies¹¹⁵.

En revanche et notamment en ce qui concerne la composition pénale, le procès-verbal de composition sera versé à la procédure¹¹⁶.

102. Cet aveu nous l'avons vu peut de prime abord être perçu comme portant atteinte à certains principes de la procédure pénale, qu'il s'agisse du principe de la présomption d'innocence, du droit de ne pas s'auto-incriminer ou encore du droit à un procès équitable.

Au-delà de cette notion d'aveu, c'est toute la justice négociée qui transforme la procédure pénale, portant atteinte à des fondements historiques de la matière, aux principes constituant le socle de ce droit.

¹¹⁵ Code de procédure pénale, article 495-14.

¹¹⁶ Code de procédure pénale, article R 15-33-60.

Conclusion titre 1

103. Le législateur contraint nous l'avons vu par des impératifs économiques, de sécurité nationale et de lutte contre la corruption et le crime organisé a dû ouvrir le champ du droit pénal à un traitement juridique nouveau et très éloigné de notre réalité de la justice latine, à savoir la négociation.

L'intégration de cette dernière dans notre droit pénal Français a eu lieu par l'instauration de différentes mesures intervenant à des stades différents de la procédure, et permettant au procureur de la République ou aux administrations de transiger avec le contrevenant soit sur la poursuite à envisager (mesures intervenant en amont du déclenchement de l'action publique : médiation pénale, transaction pénale, convention judiciaire d'intérêt public et composition pénale), soit sur la détermination de la peine (mesures intervenant en aval du déclenchement de l'action publique : comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, jour-amende et dommages et intérêts punitifs).

Cette négociation pénale, se retrouvant dans de nombreuses mesures toutes différentes les unes des autres et à différents moments de l'instruction pénale, nécessite un point d'ancrage commun sans lequel aucune mesure de négociation ne peut être mise en œuvre, à savoir l'intégration du mis en cause dans la décision.

104. Cette intégration a lieu par le biais du nécessaire consentement de ce dernier à l'utilisation d'une justice alternative. Ce consentement est qualifié par une partie de la doctrine de « consentement substitutif », un choix étant effectué entre plusieurs législations et entre plusieurs modes de règlement.

Ce consentement substitutif pourrait être perçu comme étant la source d'une contractualisation du droit pénal (une proposition émanant du ministère public et devant être acceptée par le délinquant), pour autant l'accord du contrevenant n'étant qu'une forme d'acceptation/d'adhésion à une proposition du parquet, cela ne correspond pas à l'archétype de la relation contractuelle (sauf à penser en terme de contrat d'adhésion), nous sommes donc plus dans le cadre d'une adhésion à une mesure proposée que dans celui d'un accord contractuel, dans lequel s'installerait une véritable négociation sur les termes du contrat.

105. Consentir à la justice négociée, revient donc pour le mis en cause à accepter de voir son cas traité hors du système classique, et revient aussi et surtout à reconnaître, ou du moins à ne pas contester les faits qui lui sont reprochés, par le biais d'un aveu, qui permettra au procureur de la République de mettre en place un règlement négocié sans avoir à prouver la culpabilité du mis en cause.

106. De par cet aveu unique preuve de culpabilité en matière négociée, on entrevoit les premiers coups portés aux notions fondamentales de la procédure pénale, notamment au droit de ne pas s'auto-incriminer et au respect de la présomption d'innocence.

107. Pour autant ces brèches faites par l'intégration de cette négociation en la matière ne sont pas considérées par la jurisprudence comme étant source de non-respect de ces principes fondamentaux.

Non-reconnue par la jurisprudence comme dénaturant la procédure pénale et allant à l'encontre des volontés primaires du législateur, cette intégration n'en est pas moins source de transformation de la procédure.

Titre 2 – Intégration de la négociation : source de modification de la procédure pénale

108. C'est à son équilibre entre une peine efficace et une justice équitable que l'on reconnaît une démocratie aboutie.

C'est pourquoi, en droit Français, tout procès pénal doit satisfaire à six principes conducteurs, à savoir : le droit à un procès équitable, le principe du contradictoire, la séparation des fonctions de justice et de poursuite, le respect des droits de la défense, la garantie des droits des victimes, et le respect de la présomption d'innocence.

109. Ce n'est qu'au prix du respect de ces principes que la justice française pourra être considérée comme étant conforme, tant aux exigences de la convention Européenne des droits de l'homme, qu'à celles de sa propre Constitution.

110. Pour autant, nous l'avons précédemment évoqué, l'intégration de la notion de négociation en droit pénal a entraîné une modification de la procédure pénale, et porte atteinte au respect de ces principes directeurs.

Nous assistons en effet, à une redistribution des rôles de chaque acteur du procès pénal (Chapitre 1), modifiant les objectifs classiques de la matière (Chapitre 2).

Dès lors, comment peut-on expliquer cette volonté d'intégration portant une atteinte indélébile à ces principes historiques ?

Chapitre 1 – Une atteinte au socle du droit pénal classique : redistribution des rôles des acteurs au procès pénal

111. « *Tout cela, est le signe d'un dynamisme d'une institution capable de répondre aux attentes de la cité et à l'urgence sociale. Mais cette expansion conduit à opposer un parquet performant à une justice archaïque et surtout à développer les fonctions administratives de la justice en oubliant que la fonction juridictionnelle est construite sur des valeurs qui reposent sur le temps de la discrimination, le débat individualisé et le doute systématique... Voici au fond une justice où tout le monde dirait le droit mais personne ne saurait plus réellement où il est et quelle référence il exprime* »¹¹⁷.

112. Introduire une phase négociative dans le droit pénal, nous l'avons vu était indispensable, pour autant cette intégration n'a pas été sans conséquence sur notre procédure pénale française.

Par cette intégration le rôle même des acteurs du procès a été bouleversé, qu'il s'agisse de celui du juge qui se veut minimiser par celui du ministère public (section 1), de celui de l'avocat qui peine à trouver sa place entre son devoir de défense et son obligation de coopération (section 2), ou

¹¹⁷ D. SALAS, « *Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité* », *Justices*, n° 2/1995, p. 181 et s.

encore de celui de la victime quasi inexistante en la matière et de la différence de traitement entre le dirigeant personne physique et sa société personne morale (section 3), la négociation dans le droit pénale a poussé le législateur à réformer le rôle de chacun au mépris des principes directeurs classiques et, au bénéfice d’une résolution pacifique et rapide du conflit.

Section 1 – Imbrication des autorités de poursuite et de jugement : un juge du siège qui s’efface au profit du parquet

113. Une des spécificités premières du procès pénal tient notamment à son net découpage en phases distinctes impliquant des magistrats et des juridictions différentes.

La répression des infractions nécessite tout d’abord une décision d’engagement des poursuites, prise par un magistrat du parquet (qui ne constitue pas une juridiction), puis une phase d’enquêtes, éventuellement confiées à un juge d’instruction lorsqu’elles sont complexes, avant que l’affaire ne soit renvoyée devant des juridictions de jugement qui vont se prononcer sur la culpabilité du délinquant et lui infliger une peine, dont l’éventuel aménagement engagera une juridiction de l’application de peines.¹¹⁸

114. Afin d’assurer une meilleure protection de la liberté individuelle et une parfaite impartialité des juridictions pénales lors de chacun de ces stades procéduraux, la loi impose une triple séparation entre les diverses fonctions pénales : d’une part entre les autorités de poursuite et d’instruction (le juge d’instruction doit être saisi par un réquisitoire du ministère public), d’autre part entre les juridictions d’instruction et de jugement (le juge d’instruction ne peut siéger dans la formation de jugement), et enfin entre les autorités de poursuite et la juridiction de jugement (les tribunaux ne peuvent s’auto-saisir)¹¹⁹.

115. Pour autant, et malgré la valeur constitutionnelle de ce principe¹²⁰, il est mis à mal dans le cadre des procédures négociées, par une disparition du juge de la résolution du conflit (1§) et une omniprésence du parquet en la matière (2§).

1§ - Un effacement du juge au profit du parquet

116. Dans le cadre d’un procès, le juge est l’organe disposant de ce que l’on appelle, l’autorité de jugement. Son rôle est de « dire le droit » (juris dictio), il est, selon le vocabulaire juridique de l’association Capitant¹²¹, « l’organe doté d’un pouvoir juridictionnel, du pouvoir de dire le droit, de trancher le litige »¹²².

¹¹⁸ Ministère de la Justice, *Vie publique* [en ligne], « Les principes fondamentaux de la justice pénale » ; disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/approfondissements/principes-fondamentaux-specifiques-justice-penale.html>, (consulté le 04/06/19).

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Décision du Conseil constitutionnel du 2 février 1995, *op. cit.*

¹²¹ CORNU, Vocabulaire juridique, 2003, coll. Quadrige, PUF, Vo Juge.

¹²² C. AMBROISE-CASTEROT, « *Aveu* », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2014.

117. Dans le cadre de la justice négociée, on assiste à une éviction « [pure] et [simple] de toute initiative procédurale »¹²³ du juge.

Cette éviction, correspond en l'espèce à une dépossession de compétence du juge au profit du ministère public.

Cette dépossession a lieu par une quasi-disparition des débats contradictoires, devant l'autorité juridictionnelle. Dans le cadre des mesures négociées la procédure est transmise au juge en l'état afin qu'il y appose une homologation ou qu'il procède à une validation de l'accord obtenu et négocié en amont.

L'action du juge ne relève donc ici plus d'un acte juridique mais d'une formalité technique.¹²⁴

118. Ce faisant, le juge homologateur devient un contrôleur de la bonne conduite de la négociation, se contentant d'observer le respect ou le non-respect de la proportionnalité de la mesure.

Il ne peut donc qu'accepter ou refuser la mesure qui lui est présentée sans aucun contrôle sur le fond de cette proposition, ne pouvant en aucun cas ordonner aux parties de renégocier les termes de l'accord¹²⁵, étant de fait cantonné à un rôle d'observateur extérieur.

La présence du juge ne semble donc être ici, qu'un « *détour obligatoire* »¹²⁶, permettant de s'assurer de la bonne exécution de la mesure et, de sa conformité constitutionnelle, répondant de fait, aux exigences du Conseil Constitutionnel qui avait autrefois refuser d'autoriser la mesure d'injonction pénale faute de passage de cette dernière devant une instance juridictionnelle.¹²⁷

119. Contrairement à ce qui pourrait être avancé, ce rôle de juge « simplement » homologateur, est certes une perte de pouvoir pour ce dernier (perte du pouvoir de juger), pour autant il ne s'agit pas d'une éviction de cet acteur de l'instance du règlement amiable.

En effet, si la recherche d'efficacité et de célérité passe par une « éviction » du juge du siège des mesures négociées, cette éviction reste toutefois à nuancer, car il est indéniable que la décision finale lui appartient.

Et pour cause, à défaut d'homologation, de validation de la mesure, par le juge du siège, le ministère public se verrait dans l'incapacité de mener à bien la mesure négociée proposée au contrevenant, offrant de fait au juge du siège un rôle central et ce même s'il ne consiste qu'en une validation de la mesure et non plus en un pouvoir de jugement.

120. L'intervention du juge du siège est donc la clé de la réussite de la mesure, il constitue en effet un rempart, une sorte de « garde-fou » contre des négociations inéquitables et non proportionnelles, il doit avant d'homologuer ou de valider la mesure qui lui est présentée vérifier « *le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant*

¹²³ Y. CAPDEPON, « *Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?* », Droit pénal, 2007, étude 15, p. 18.

¹²⁴ M.-S. CABON, « *La négociation en matière pénale* », *op. cit.*

¹²⁵ Commission des lois du Sénat, Rapport n°209.

¹²⁶ A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, « *Juger en Amérique et en France* », Édition Odile Jacob, 2003.

¹²⁷ Décision du 2 février 1995, *op. cit.*

de l'amende aux limites prévues au 1° de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements »¹²⁸

121. Pour autant, et malgré cette volonté d'inclure le juge du siège dans le traitement négocié des difficultés, et sa présentation comme étant un rempart contre des abus possibles du parquet, on s'aperçoit qu'en pratique cette vérification post négociation, n'est qu'une formalité succincte, faisant réapparaître cette idée d'éviction pure et simple du juge du traitement négocié.

À titre d'exemple, nous citerons le cas de l'ordonnance de validation de la convention judiciaire d'intérêt public, conclue entre le parquet et la banque HSBC dans laquelle aucune précision quant aux vérifications effectuées par le président du tribunal de grande instance, n'était présentée. L'ordonnance se contentant d'indiquer qu'il « a été demandé à Madame le procureur de la République financier de justifier du montant de l'amende, en détaillant les modalités de calcul retenues afin de pouvoir [s'] assurer que le montant de l'amende n'excède pas le plafond tel qu'il est prévu par l'alinéa 1-2 de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale »¹²⁹.

« En d'autres termes, le président s'est contenté de vérifier que le montant de l'amende ne dépassait pas le plafond autorisé, sans même contrôler la proportionnalité du montant de l'amende aux avantages tirés des manquements ainsi que l'exige normalement l'article 41-1-2 du code de procédure pénale. Une telle omission est tout à fait regrettable car il est indispensable que le juge se saisisse pleinement de l'office que lui a confié le législateur afin de garantir sécurité juridique et équilibre entre les parties dans le cadre de la conclusion des CJIP »¹³⁰

Une telle indulgence du juge du siège pose un problème fondamental, à savoir celui de l'imbrication des juridictions de jugement et de poursuites.

En laissant ainsi, toute latitude de traitement au ministère public, le juge permet au procureur d'exercer à la fois le rôle d'autorité de jugement et d'autorité de poursuite, sans contrôle véritable d'une juridiction, accroissant de manière considérable son rôle au sein du traitement des affaires pénales.

2§- Une omniprésence du ministère public

122. Cette hypothèse d'éviction du juge au profit du parquet résulte du principe dit d'opportunité des poursuites appartenant au ministère public.

Ce principe permet au parquet de décider de la suite à donner à une affaire, à savoir la poursuite par la voie classique du procès, la poursuite par des modes alternatifs ou le classement sans suite.¹³¹

123. Sachant que dans le cadre de l'application par le parquet des mesures alternatives, on assiste à un véritable remplacement du juge du siège par le procureur de la République, par le biais d'un transfert de compétence de l'un à l'autre.

¹²⁸ Code de procédure pénale, article 41-1-2, II.

¹²⁹ Agence française anti-corruption, site [en ligne], « Ordonnance de validation en date du 14 novembre 2017 », disponible sur : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr> (consulté le 10/06/2019).

¹³⁰ O. CLAUDE, « Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public », *AJ pénal*, 2018, p. 30.

¹³¹ Code de procédure pénale, article 40-1.

124. Par ce transfert de compétence, il convient de déterminer si comme certains l'affirment, on assiste à une imbrication des autorités de poursuites et des autorités de jugement. Les deux rôles étant alors opérés par une seule et même personne, le ministère public.

« La loi du 9 mars 2004, en élargissant le champ d'application et en durcissant le régime de la composition pénale d'une part, et en adoptant la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité d'autre part, [a marqué] une évolution du procès pénal.

Cette dernière s'inscrit certainement dans un contexte de renforcement des pouvoirs du parquet vis-à-vis du siège et de reconnaissance du ministère public comme une autorité judiciaire, au même titre que le juge de jugement. De là à lui reconnaître un pouvoir de sanction, il n'y avait qu'un pas, qui [a été] franchi. »¹³²

Avec cette justice pénale négociée, on assiste donc à l'émergence d'un nouveau statut pour le procureur de la République, il n'est dorénavant plus seulement le garant de la loi, mais il est aussi et surtout dans ce cadre celui qui exerce un véritable « *magistère* » sur le monde économique, endossant à la fois son rôle classique d'autorité de poursuite et le rôle initialement alloué au juge du siège à savoir celui d'autorité de jugement.¹³³

125. Toutefois, ce double rôle n'est pas exercé sans « garde-fou » et au bon vouloir du procureur.

Comme nous l'avons vu, le juge du siège bien que perdant son pouvoir de jugement, reste tout de même un acteur clé dans ce règlement amiable, sans oublier qu'en pratique le règlement des litiges n'est pas hermétique et qu'une entente en amont sur la marche à suivre et le déroulement des opérations a lieu entre le ministère public et les autorités de jugement.¹³⁴

Raison pour laquelle nous observons en pratique très peu de refus d'homologation et de validation.

La vérification des juges pouvant ainsi être qualifiée de succincte sans pour autant que cela ne soit le reflet de la réalité. « En effet, les types d'infractions concernées et les mesures envisagées ont fait l'objet d'un « accord-cadre » en amont de la procédure. A partir du moment où le parquet respecte les termes de la négociation, le juge du siège valide toutes les [propositions]. »¹³⁵

126. Ce transfert de compétence pose également la question de la présence du ministère public au cours de l'audience d'homologation de la mesure. Présence en général obligatoire, mais qui dans le cadre des mesures négociées s'avère être non-nécessaire¹³⁶, ce qui accentue cette idée que la décision a déjà été prise en amont et que le juge ne se contente que de valider cette dernière.

Cela s'explique selon le magistrat MOLINS par le fait qu' « il ne s'agit pas d'une audience ordinaire au sens du droit commun où le procureur de la République doit présenter ses réquisitions avant que la parole ne soit donnée à l'avocat pour sa plaidoirie, mais d'une audience sui generis au cours de laquelle le président du tribunal doit entendre la personne poursuivie et son avocat, avant d'homologuer ou non la peine qui a été proposée par le parquet et acceptée par l'intéressé après avoir vérifié la qualification juridique des faits, et s'être interrogé sur la sincérité de la reconnaissance de

¹³² C. SAAS, « De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Revue sciences criminelles*, 2004, p. 827.

¹³³ O. CLAUDE, « Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public », *op. cit.*

¹³⁴ Cette consultation préalable n'étant en rien obligatoire et étant mise en place au bon vouloir des procureurs.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Code de procédure pénale, article 495-9.

culpabilité et sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. »¹³⁷

Nous assistons donc effectivement à une imbrication des autorités de poursuites et de jugement, les compétences du juge se retrouvant entre les mains et sous l'autorité du parquet qui se charge dans ce cadre à la fois de la poursuite et du jugement, par le biais de la proposition faite au contrevenant.

Le ministère public va, dans un premier temps, décider de la suite à donner à une affaire, appliquant ainsi le principe d'opportunité des poursuites et, dans un second temps procéder au jugement de l'affaire, en proposant une résolution du conflit ainsi qu'une peine au délinquant.

Pour autant cette imbrication portant manifestement atteinte aux principes directeurs de séparation des autorités de poursuites et de jugement semble être tolérée et voulue par le législateur et le gouvernement, dans un objectif de célérité et d'efficacité de la réponse pénale, notamment en matière économique et financière.

Cette modification, cette imbrication des rôles autour du parquet, n'est pas la seule atteinte aux principes fondamentaux de la procédure pénale par l'intégration de la négociation, un autre acteur clé du procès classique peine à trouver sa place en la matière, à savoir l'avocat de la défense.

Section 2 – Un déclassement des droits de la défense

127. On assiste avec l'intégration de la négociation dans le règlement pénal, à un déclassement, à un amoindrissement des droits de la défense (1§), impactant considérablement le rôle du garant de ces droits, à savoir l'avocat (2§).

1§ - Un amoindrissement des droits de la défense

128. Il convient dans un premier temps de s'interroger sur ce que recouvre ces droits de la défense, ils sont définis par le Vocabulaire Juridique Cornu, comme étant, « *l'ensemble des prérogatives qui garantissent à la personne mise en cause la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans le procès pénal* »¹³⁸.

Au fil des ans ces droits n'ont eu de cesse de s'étendre. En effet, depuis la loi Constans du 8 décembre 1897, et la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de ces droits de la défense comme étant un principe fondamental reconnu par les lois de la République en 1976¹³⁹, le renforcement des droits de la défense progressant inéluctablement dans les textes.

129. Pour autant la volonté d'échapper à ces droits de la défense a été un des objectifs constants de nombreux acteurs policiers, politiques ou judiciaires, dans un but d'accélération de la justice.

¹³⁷ F. MOLINS, « *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2018.

¹³⁸ CORNU, Vocabulaire juridique, « *Droits de la défense* », Quadriga, Presses universitaires de France.

¹³⁹ Décision n° 76-70 du 2 décembre 1976.

Cette stratégie d'éviction des droits de la défense, a eu pour point d'orgue l'avènement des mesures alternatives aux poursuites pénales, véritables brèches aux principes classiques du droit pénal.¹⁴⁰

Et pour cause, « *les droits de la défense et les alternatives aux poursuites sont bien plus fréquemment opposés qu'associés, souvent pour déplorer que les secondes n'aient pu prospérer de manière aussi forte [...] qu'au détriment du respect des premiers.* »¹⁴¹

Cette opposition entre les droits de la défense et les alternatives aux poursuites pénales, a été mise en exergue par un rapport de la chambre criminelle de la cour de Cassation en 2003 qui a fait état de la réalité de la prise en compte de ces droits de la défense dans le cadre des mesures alternatives, en expliquant que « *la place et le rôle de la défense dans les procédures alternatives aux poursuites méritent une attention toute particulière [...]* »¹⁴². Cependant et toujours dans un but d'efficacité et de célérité, cette prise en compte se veut relative, « *l'élasticité des droits de la défense apparaît [donc] comme la marque d'une politique criminelle pragmatique, qui induit un basculement des droits de la défense dans les alternatives aux poursuites vers une nature plus formelle que substantielle.* »

Ces droits de la défense sont donc présents et possible dans les procédures alternatives. Toutefois, en pratique ils sont « *obliérés ou réduits à leur plus stricte expression* »¹⁴³, et ce en respect des objectifs visés par le législateur.

130. Dans le même temps, et toujours au sein des mesures alternatives, une procédure fait figure d'exception à la règle des droits de la défense réduits, à savoir la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Dans le cadre de cette mesure les droits de la défense sont respectés et défendus de manière accrue et ce en raison des enjeux en termes de répression.

La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est une procédure assimilable à un jugement, la présence de l'avocat est donc obligatoire à tous les stades, accentuant de fait le respect des droits de la défense.¹⁴⁴

Hormis cette exception, les droits de la défense sont en l'espèce amoindris, impactant tant la réalité des condamnés que celle de leur conseil.

2§ - Le rôle ambivalent de l'avocat de la défense

131. Dans le cadre de cette nouvelle justice négociée, l'avocat voit son rôle de défenseur s'effacer au profit de son second rôle de conseiller (B) dans le but de permettre une véritable coopération entre son client et l'administration judiciaire (A).

¹⁴⁰ C. SAAS, « *Droits de la défense et alternatives aux poursuites : des (r)apports réciproques au soutien d'une politique criminelle pragmatique* », *op. cit.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² CRIM 2004-03 du 16-03-04.

¹⁴³ C. SAAS, « *Droits de la défense et alternatives aux poursuites : des (r)apports réciproques au soutien d'une politique criminelle pragmatique* », *op. cit.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

A – Une évolution de la réalité du métier : avocat pivot de la coopération

132. L’avocat, dans le cadre de cette justice négociée inspirée par les pays de Common-Law, est le pivot d’articulation, de coopération, entre les intérêts privés et les intérêts publics.

*« Pour assurer l’efficacité de ces mécanismes de coopération, il est impératif d’être en mesure d’avoir un véritable dialogue entre acteurs institutionnels et acteurs privés. Ce dialogue implique naturellement une coopération loyale et transparente de la part des acteurs privés lorsqu’ils choisissent de s’inscrire dans une telle démarche. »*¹⁴⁵

Pour autant, cette coopération indispensable à la bonne exécution de ces mesures, pose une problématique fondamentale à l’exercice du métier d’avocat en France, à savoir le respect nécessaire de la confidentialité des échanges entre l’entreprise et son conseil.

Il s’avère donc tout aussi fondamental que cette coopération *« ne s’effectue pas au détriment des droits et garanties de toute partie susceptible d’être appelée à se défendre dans le cadre d’une instance pénale. »*¹⁴⁶

Pour ce faire, le législateur a prévu un certain nombre de « garde-fou ». Pour exemple, dans le cadre de la convention judiciaire d’intérêt public, le code de procédure pénale prévoit, que si elle ne va pas à son terme en raison de la non validation par le président du tribunal ou de la rétractation de la personne morale, *« le procureur ne peut faire état devant la juridiction d’instruction ou de jugement des déclarations faites ou des documents remis par la personne morale au cours de la procédure »*¹⁴⁷.

133. Dans cet équilibre précaire entre, respect de la confidentialité, coopération effective, efficacité de la mesure, il appartiendra aux conseils de l’entreprise de lui faire bénéficier d’une expertise de qualité tant en matière d’analyse de la situation juridique, qu’en ce qui concerne l’opportunité d’accepter une telle mesure. Il s’agira pour l’avocat d’identifier le moment approprié pour s’engager, le cas échéant, dans une procédure négociée et d’accompagner son client au cours de cette procédure à caractère coopératif.¹⁴⁸

*« À cet égard, l’avocat est par définition le premier intermédiaire dans la relation entre ses clients et les autorités publiques. En ce sens, loin des logiques d’affrontement que l’on voit parfois s’installer dans certains prétoires, il aura en l’espèce un rôle pivot dans la mise en place d’un climat propice à la négociation, lequel passe à l’évidence, au-delà des garanties déontologiques attachées à la fonction d’auxiliaire de justice, par la confiance et la loyauté, socle nécessaire à la crédibilité de l’ensemble des acteurs engagés dans une telle démarche. »*¹⁴⁹

Au travers de ce rôle de pivot le métier d’avocat en France a évolué. D’un rôle de défenseur et de conseil, l’avocat se voit dorénavant doté d’un devoir de conseil supérieur à son rôle de défenseur.

¹⁴⁵ F. GANIVET, « La justice transactionnelle en France et le rôle de l’avocat », in *Actes du colloque de la conformité à la justice négociée : actualité de la lutte anti-corruption*, 17 mai 2018, ENM.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Code de procédure pénale, article 41-1-2, III.

¹⁴⁸ F. GANIVET, « La justice transactionnelle en France et le rôle de l’avocat », *op. cit.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

B – Un recul du rôle de défenseur au profit d'un devoir de conseil et d'assistance

134. Traditionnellement et en respect de la Convention européenne des droits de l'homme (art 6), cette défense doit pouvoir s'exercer durant toutes les étapes procédurales, de l'enquête de police, jusqu'au jugement de l'affaire.

Toutefois, dans le cadre de la justice consensuelle une problématique quant au respect de ce droit de la défense est avancée.

En effet, quelle que soit la mesure envisagée, son utilisation étant conditionnée à un aveu de culpabilité et à un consentement libre et éclairé du délinquant, la présence de l'avocat est d'autant plus importante.

Or la présence de cet avocat n'est pas obligatoire dans toutes les procédures (notamment en matière de transaction pénale, ou encore de médiation pénale), alors même que seul ce dernier peut faire en sorte que le consentement donné par l'auteur des faits soit libre et sincère.

C'est pourquoi dans certaines procédures particulièrement attentatoires aux droits de la personne mise en cause, sa présence est obligatoire; c'est notamment le cas dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, ce qui pourrait s'expliquer par le fait qu'il s'agisse d'une mesure post déclenchement de l'action publique, ne visant pas à échapper au procès mais à réduire la peine ou à éviter un emprisonnement, s'apparentant ainsi à une forme de jugement simplifié.

135. Pour autant, même dans le cadre de cette CRCP où sa présence est obligatoire, rien n'informe sur le rôle réellement joué par lui.

Quel conseil peut-il donner à son client ? Peut-il le dissuader de plaider coupable au risque de voir son client condamner à une peine plus élevée ? De quelle marge de manœuvre dispose-t-il véritablement ?

« Dans le rapport de force qui l'oppose au procureur, l'avocat se trouve dans une situation d'infériorité. Selon l'article 495-8 du Code de procédure pénale, il ne connaît le dossier constitué au stade de l'enquête de police qu'au moment de la convocation de son client; a-t-il [dans ce cas] raisonnablement le temps de l'étudier ? Pourtant c'est ce dossier qui sert de base aux propositions du procureur. »¹⁵⁰

L'avocat n'a donc que peu de marge de manœuvre, sauf à connaître parfaitement la réalité de ces procédures et à pouvoir étudier la jurisprudence (si jurisprudence il y a) afin de conseiller au plus proche de la réalité son client.

Il sera en pratique et pour des raisons pragmatiques contraint de guider son client vers une acceptation sécuritaire de la mesure de peur de le voir condamner plus sévèrement en cas de refus.

Il est en définitif plus présent au cours de ces procédures pour amener son client à consentir à une peine proposée que pour entamer une réelle négociation de la peine.

136. Au-delà du rôle de l'avocat au stade de la proposition faite par le procureur, rappelons que son devoir de défense s'étend à toutes les étapes de la procédure, qu'en est-il donc de sa présence et de son pouvoir au moment de l'homologation, de la validation de la mesure par le juge ? Peut-il lui

¹⁵⁰ J. LEROY, « L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable », *Gazette du Palais*, août 2014, n° 188.

faire valoir un manque d'équité, de proportionnalité ? Peut-il lui demander d'ordonner une nouvelle négociation ?

Nous l'avons vu le rôle du juge en la matière est considérablement réduit par rapport à son rôle habituel, il ne peut ni modifier la peine proposée, ni ordonner une renégociation de la mesure ; il ne contrôle que les faits, leur qualification et la proportionnalité entre la culpabilité reconnue et la peine proposée, ce qui fait que l'avocat n'a aucune marge de manœuvre dans le cadre de cette procédure d'homologation ou de validation.

Le cœur de la responsabilité pénale, à savoir la culpabilité, se traite donc en dehors de toute audience publique, dans le vase clos d'un bureau en présence du ministère public, de l'auteur des faits et de son avocat (si toutefois sa présence est obligatoire ou a été demandée par l'accusé).

À cet égard on constate que « *la fonction de l'avocat est assez différente de celle qu'il assure devant les juridictions correctionnelles, plus conseiller que défendeur : conseiller pour le choix du canal procédural, conseiller pour la reconnaissance des faits, conseiller pour la nature et le quantum des peines* »¹⁵¹ l'avocat peine à trouver son équilibre professionnel dans cette nouvelle justice.

En plus du juge qui s'efface au profit du parquet et de l'avocat qui peine à trouver sa place dans cette justice consensuelle qui voit s'amoindrir les droits de la défense, d'autres personnes sont lésées par l'utilisation de cette forme de règlement des conflits.

Section 3 – Modération du droit à un procès équitable

137. On assiste à une modération du droit à un procès équitable par l'intégration de la notion de négociation en droit pénal, avec dans un premier temps une modération du fait de la quasi-absence de la victime de ces procédures (1§) et dans un deuxième temps du fait d'un traitement différent entre l'auteur personne physique et l'auteur personne morale (2§).

1§ - L'absence criante de la victime

138. Dans le vocabulaire juridique courant, la victime, la personne lésée est « *celui ou celle qui subit personnellement un préjudice par opposition à celui ou celle qui le cause* »¹⁵².

139. La place de cette victime dans le droit pénal n'a eu de cesse de se développer au cours de ces dernières années, « *pour preuve la loi du 15 juin 2000, dont le titre indiquait qu'elle avait pour objet de « renforcer la présomption d'innocence et les droits des victimes », a été plusieurs fois amendée s'agissant des dispositions relatives à la présomption d'innocence alors que toutes les dispositions relatives aux droits des victimes ont été maintenues*¹⁵³, voire renforcées par les lois du 9 septembre 2002, du 18 mars 2003, du 9 mars 2004 et du 12 décembre 2005, au point que le droit des

¹⁵¹ C. SAAS, « *Droits de la défense et alternatives aux poursuites : des (r)apports réciproques au soutien d'une politique criminelle pragmatique* », *op. cit.*

¹⁵² CORNU, *Vocabulaire juridique*, H. Capitant, PUF Quadrige, 2000, v° Victime.

¹⁵³ C. LAZERGES, « *Le renforcement des droits des victimes, par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000* », APC 2002, n°24, p. 15 et s.

victimes irrigue désormais l'ensemble des phases du procès pénal et dépasse même le temps du procès pour s'exprimer au stade de l'application des peines. »¹⁵⁴

140. Plus généralement, ce droit des victimes est reconnu par l'article préliminaire du code de procédure pénale qui dispose que « l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie de la victime au cours de toute procédure pénale »¹⁵⁵.

Il est incontestable que, l'instauration des mesures négociées en droit français, a mené à une modification de la réalité de la procédure pénale, engendrant une diminution de la place laissée à la partie lésée dans la résolution du conflit.

Il ressort de l'analyse que, le développement des mesures négociées tend à faire reculer cette place de la victime en mettant l'auteur des faits au cœur du processus par l'instauration d'une « relation binaire » entre lui et le ministère public.¹⁵⁶

Il est frappant de constater qu'en la matière outre cet article préliminaire du code de procédure pénale, qui prévoit une prise en compte des droits de la victime dans toutes les procédures, il n'est aucunement fait mention de cette dernière dans les textes prévoyant lesdites mesures négociées, hormis les cas où la victime est identifiée, auquel cas une réparation du préjudice sera prévue.

Cette absence de la victime du règlement négocié s'explique notamment par l'objectif recherché par ce type de mesures, à savoir, la rapidité de traitement et l'efficacité de la réponse.

Il serait toutefois fort réducteur de dire que la victime est absente de ce règlement négocié, en effet, le législateur a tout de même cherché à prendre en considération ses droits.

La victime dispose en outre de la possibilité de s'opposer à la décision du ministère public en décidant de déclencher les poursuites par le biais de la citation directe qui entraîne l'exercice de l'action civile, met en mouvement l'action publique¹⁵⁷ et saisi une juridiction de jugement.¹⁵⁸

Or nous l'avons constaté, l'exécution des mesures alternatives entraîne l'extinction de cette action publique. Dès lors, « afin que la victime ne puisse pas venir faire obstacle à l'objectif de célérité présidant à la création de cette procédure en déclenchant l'action publique, mais sans pour autant lui retirer son droit de citation directe, le législateur a prévu que l'exécution de ces mesures, si elle éteint l'action publique, « ne fait cependant pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel », en précisant toutefois que « le tribunal ne statue alors que sur les seuls intérêts civils »¹⁵⁹ » or indemniser la victime ce n'est pas réparer le dommage causé.

¹⁵⁴ X. PIN, « Les victimes d'infractions : définitions et enjeux », *Archives de politiques criminelles*, 2006, n°28, p 49 à 72.

¹⁵⁵ Loi du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, n° 2000-516, article 1.

¹⁵⁶ V.-A. BEZIZ, « Défense pénale et victimes », in *Actes du XIX^e congrès de l'association française de droit pénal, La défense pénale*, organisé par le centre de droit pénal de l'université Jean MOULIN à Lyon, 19-21 novembre 2009, *RPDP*, 2010, p. 27-30.

¹⁵⁷ Cour de Cassation, chambre criminelle, 15 novembre 1945.

¹⁵⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, « Procédure pénale », 9^e ed, Lexis Nexis, coll Manuels, 2013, p. 982.

¹⁵⁹ S. DETRAZ, « notes sous Cass.crim, 24 juin 2008, « Chose jugée », *Gaz. Palais*, 2008, n°274, p. 10 et M.-S. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*

En effet, « la réparation suppose, cicatrisation, restauration et pas seulement indemnisation »¹⁶⁰. L'accès au juge et en particulier l'accès à l'audience, peut être un élément essentiel de la réparation pour une reconnaissance, devant la partie civile, de la responsabilité de l'auteur de l'infraction¹⁶¹

141. Cette prise en considération des droits de la victime ne passe donc pas par une place dans la décision ou dans la négociation, ni par un réel droit de recours, contre la décision du procureur de la République, mais par un droit à l'information lui permettant d'exercer des recours tels que la procédure d'injonction de payer afin de récupérer les dommages et intérêts qui lui sont dus par l'auteur des faits.

Il est dû à la victime et incombe au procureur de la République, qui doit notamment informer la victime des mesures négociées qu'il compte mettre en œuvre avec l'auteur des faits. Il ne s'agit en aucun cas d'une « demande d'autorisation » ou d'un « avis », mais d'une information « fair-play » visant simplement à la tenir au courant de l'avancée de la situation.

Cette information de la victime ne semble pas avoir le statut d'obligation pour le procureur. C'est que dénonce le professeur Robert, en s'indignant du fait que « le manquement à l'obligation faite au procureur d'aviser les victimes, [...], n'est pas sanctionné et il n'est pas certain que tous les magistrats s'empressent de susciter des contentieux supplémentaires »¹⁶²

142. D'autres interrogations demeurent concernant la place de la victime dans la procédure, notamment celle du caractère obligatoire de la réparation du dommage. Si une telle obligation est prévue en matière de composition pénale ou dans les mesures intervenant en aval du déclenchement public, rien de tel n'est explicitement démontré pour les autres mesures intervenant en amont, et ce notamment dans le cadre de la transaction.

En effet, l'article 41-1-1 du code de procédure pénale, prévoit certes que la proposition de transaction fixe « le cas échéant, l'obligation pour l'auteur de l'infraction de réparer le dommage résultant de celle-ci ».

Mais le fait même que cette réparation ait lieu uniquement le « cas échéant », fait preuve de sa rareté et de la liberté laissée au parquet dans la prévision ou l'absence de prévision de cette réparation. Liberté d'action pouvant indéniablement porter atteinte à l'égalité entre les victimes.

143. Malgré une apparente prise en compte des droits de la victime dans le cadre de la justice négociée, on se rend vite compte qu'en pratique cette prise en considération n'est pas effective. La victime étant réellement privé d'action contre la décision du parquet de recourir à une méthode négociée.

144. Cette non-reconnaissance de la souffrance de la victime et de son besoin à réparation qui rappelons-le, va au-delà de la simple indemnisation, porte atteinte aux droits reconnus par la convention européenne des droits de l'homme, et, est difficilement explicable du point de vue social.

¹⁶⁰ C. LAZERGES, « L'indemnisation n'est pas la réparation », in Geneviève Giudicelli-Delage, PUF, coll. Les voies du droit, 2008, p. 228-246.

¹⁶¹ S. GRUNVALD, « La diversification de la réponse pénale : approche du point de vue des victimes », *Droit et société*, 2014, n°88, p 649 à 664.

¹⁶² J.-H. ROBERT, « Infractions relevant du droit de l'environnement et de l'urbanisme », *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, Dalloz, 2014, n°4, p. 785 à 787.

Pour autant en matière économique et financière, dans le cadre de laquelle la délinquance est non-violente et peu critiqué socialement, l'utilisation de ces méthodes de jugement laissant la victime de côté est plus justifiable.

En effet comme nous pouvons le dire familièrement « il n'y a pas mort d'homme », et en l'espèce, la réparation ne consiste en fait qu'en une indemnisation rendant tout à fait possible et équitable l'utilisation des mesures alternatives.

L'utilisation de cette négociation entraîne également une distension quant aux principes selon lequel la peine est infligée personnellement, et pour un fait personnel.

2§ - Une différence de traitement entre l'auteur personne morale, et son dirigeant
personne physique

145. Une interrogation supplémentaire relève de l'utilisation de cette justice négociée, à savoir qu'elle s'applique principalement en matière d'infraction d'affaire aux personnes morales, qu'en est-il donc de la personne physique « cachée » derrière cette personne morale ?

Avant la réforme du code pénal de 1994, la seule responsabilité pénale pouvant être reconnue, était celle des auteurs d'infractions personnes physiques.

À compter de cette réforme, la responsabilité pénale des personnes morales a été reconnue et a été codifiée à l'article 121-2 du code pénal.

La reconnaissance de cette responsabilité pour des entités non physiques, et ne pouvant matériellement pas agir par elle-même, a été une « *petite révolution en soi* »¹⁶³.

Jusqu'alors, la répartition des responsabilités étaient simples, et se réglait entre personnes physiques, sans se préoccuper des personnes morales. Dorénavant, la question se pose de l'articulation entre la responsabilité de la personne morale et celle de la personne physique la dirigeant¹⁶⁴.

146. On pourrait se demander si la reconnaissance de cette responsabilité de la personne morale n'entraîne pas une irresponsabilité, une impunité de la personne physique véritable maître d'orchestre de l'infraction, par le biais de l'idée selon laquelle la société fait écran aux actes de son dirigeant, de telle sorte, que seule cette dernière serait responsable pénalement.

Ce à quoi le législateur a répondu dans le dernier alinéa de l'article prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales par la négative, en avançant le fait que « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits...* »¹⁶⁵.

« *Cette précision a été voulue, afin de bien marquer la finalité de la réforme, qui est de reconnaître la part personnelle de responsabilité des personnes morales, et non d'en faire un facteur d'impunité pour les personnes physiques, particulièrement pour leurs dirigeants* »¹⁶⁶

¹⁶³ Y. MAYAUD, « L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personnes physiques - Une logique d'artifices... », *AJ pénal*, 2018, p. 546.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Code pénal, article 121-2.

¹⁶⁶ J.-C. SAINT-PAU, « *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale* », in *Mélanges en l'honneur de B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1011.

« Les deux responsabilités sont concurrentes, non supplétives l'une de l'autre. Elles peuvent être cumulées, relever au contraire de poursuites sélectives, dirigées contre la personne morale ou seulement contre ses représentants, voire faire l'objet de décisions opposées »¹⁶⁷

147. Pour autant, et malgré ces remparts légaux veillant à limiter cette impunité de la personne physique œuvrant derrière la personne morale, il est loisible de se rendre compte que la frontière entre ces deux responsabilités n'est pas franche.

En effet, l'article 121-2 du code pénal est « *avare de précision quant à l'articulation des responsabilités pouvant peser respectivement sur la personne morale et sur la personne physique participant de son environnement* »¹⁶⁸.

Il précise toutefois une condition chronologique d'applicabilité de la responsabilité pénale des personnes morales, à savoir que l'infraction doit avoir été dans un premier temps consommée par le représentant personne physique et dans un deuxième temps elle doit avoir été commise pour le compte de la personne morale, et lui apporter un profit particulier et personnel.

À concevoir la responsabilité de la personne morale dans ce contexte, il semble difficile de trancher net afin d'assimiler des responsabilités distinctes tant à l'auteur personne physique, qu'à l'auteur personne morale. Et ce parce que « *les premiers sont et restent les auteurs matériels de l'infraction, la magie consistant à se convaincre d'une infraction commise à son tour par la personne morale* »¹⁶⁹, magie ne pouvant qu'être source de confusion.

Qu'on le veuille ou non, les personnes physiques ont vocation à être toujours responsables, et les personnes morales à l'être au gré d'appréciations difficilement mesurables¹⁷⁰ et ce en raison de la réalité matérielle de la commission de l'infraction qui relève d'un acte opéré par le dirigeant personne physique.

En pratique, malgré cette vérité d'ordre matériel, nous constatons une pénalisation accrue des personnes morales pour des faits d'infractions commises par leurs représentants.

148. Cette imputation de responsabilité factice de la personne morale, du fait de l'acte de la personne physique la représentant, pose la question de la responsabilité pénale du fait d'autrui. Or classiquement, le droit pénal ne reconnaît pas ce type de responsabilité¹⁷¹.

Toutefois, certaines juridictions ont adhéré à cette analyse, ce fût notamment le cas du tribunal correctionnel de Lyon en 1997, où les magistrats ont tiré de ce mécanisme d'imputation, non pas une responsabilité personnelle, mais une responsabilité par substitution.¹⁷²

Cette responsabilité par substitution ouvre un débat quant à l'articulation entre les responsabilités des personnes physiques auteurs matériels de l'infraction, et les personnes morales au nom desquelles elle a été commise.

¹⁶⁷ Y. MAYAUD, « L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personnes physiques - Une logique d'artifices... », *op. cit.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Y. MAYAUD, « L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personnes physiques - Une logique d'artifices... », *op. cit.* « L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personnes physiques - Une logique d'artifices... », *op. cit.* ; « La plupart des décisions rendues ayant fait l'objet d'une motivation simplifiée, les raisons ayant conduit la juridiction à estimer que la responsabilité pénale de la personne morale était engagée ne sont, le plus souvent, pas détaillées » : Circ. du 26 janv. 1998, Direction des affaires criminelles et des grâces, CRIM 98-1/F1, BOMJ 1998. 112 s., spéc. p. 114.

¹⁷¹ Code pénal, article 121-1 : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ».

¹⁷² T. corr. Lyon, 9 oct. 1997, *D.* 1997.

La répartition des responsabilités se fera différemment selon que « *la personne morale est considérée comme ayant une responsabilité propre, fondamentalement distincte de celle de ses dirigeants, ceux-ci [auront alors] quelque chance d'échapper aux poursuites, et ce malgré la place qu'ils occupent dans la réalisation de l'infraction.*

Si, au contraire, lesdits dirigeants sont systématiquement perçus comme les moteurs de l'infraction, la responsabilité de la personne morale, à supposer qu'elle soit retenue, revêt à la limite une dimension symbolique, voire s'apparente à une garantie d'indemnisation¹⁷³ »

Comme nous l'avons précédemment énoncé il est impossible d'envisager la commission d'une infraction par une personne morale seule, par conséquent la responsabilité pénale de la personne physique « cachée » derrière la personne morale sera toujours engagée, faisant de cette responsabilité pénale de la personne morale une responsabilité symbolique ayant pour objet non par la réparation du préjudice par le biais d'une remise en état de la situation, mais d'une indemnisation forfaitaire.

Ce caractère indemnitaire de la responsabilité des personnes morales s'adapte complètement à l'idée de la justice négociée, où la personne physique responsable matérielle de l'infraction reste tenue de répondre de ses actes (c'est notamment le cas dans le cadre des CJIP qui ne s'adressent qu'aux personnes morales, les personnes physiques restant donc pénalement responsables¹⁷⁴) et la personne morale bénéficiant de la réponse négociée est tenue de « payer sa liberté » par le biais d'une indemnité.

De plus, la responsabilité de la personne morale étant plus difficile à démontrer du fait du nécessaire caractère intentionnel de la commission d'une infraction, caractère impossible à imputer à une personne morale, la responsabilité de l'acte commis pèsera davantage sur le représentant personne physique ayant indéniablement agit avec intention. « *Ce qu'il est malaisé d'imputer à la personne morale va finalement se solder par une charge plus lourde pour les personnes physiques* »¹⁷⁵

En définitif, l'écran que pourrait constituer la société personne morale pour protéger d'une imputation de responsabilité pénale, son dirigeant personne physique, n'est pas un argument valable.

L'utilisation de la justice négociée engendre donc inévitablement une différence de traitement entre l'auteur personne physique et l'auteur personne morale, portant atteinte, au principe d'équité et au principe de personnalité des peines.

La personne morale étant condamnée par une imputation factice de responsabilité du fait de l'acte de son représentant personne physique.

Nous le voyons, l'intégration de cette justice négociée porte atteinte à de nombreux principes classiques du droit pénal, qu'il s'agisse de la séparation des autorités de jugement et de poursuite, des droits de la défense, de la place de la victime ou encore du principe de personnalité des peines, elle est une véritable source de bouleversement de la procédure pénale, tant au niveau de ces fondements que de ces objectifs.

Chapitre 2 – Une atteinte aux objectifs classiques du droit pénal

149. On pourrait avec la naissance de cette justice consensuelle penser à une privatisation du procès pénal (section 1) entraînant un changement dans l'appréhension du risque pénal tant de la part des acteurs juridiques eux-mêmes que de la part des auteurs d'infraction.

¹⁷³ Y. MAYAUD, « L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personnes physiques - Une logique d'artifices... », *op. cit.*

¹⁷⁴ F. GANIVET, « *La justice transactionnelle en France et le rôle de l'avocat* », *op. cit.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

Avec cette forme de justice on voit peu à peu diminuer l'aspect étatique et impératif de la matière pénale, avec l'instauration d'une réflexion économique tant du côté de l'État que de l'instigateur de l'acte criminel, un véritable rapport coût/bénéfice entre désormais en jeux dans le règlement pénal des litiges (section 2)

Section 1 – La « privatisation » du procès pénal

150. « *La procédure pénale française, n'ayons pas peur de le dire, est aujourd'hui atteinte de schizophrénie.*

[En effet, avec l'intégration de la négociation dans la matière pénale] elle se dédouble, en deux personnalités distinctes et antagoniques, deux systèmes incompatibles, ne répondant pas aux mêmes exigences ni aux mêmes logiques.

La procédure pénale est à l'heure actuelle plus que jamais tiraillée entre ses fondements inquisitoires ancestraux et le modèle anglo-américain, dit accusatoire.

Il ne s'agit pas réellement d'une justice à deux vitesses, mais de deux justices, totalement différentes, qui vivent en parallèle »¹⁷⁶ avec d'un côté la justice répressive classique et de l'autre la justice négociée et restaurative.

Ces deux, voire trois, formes de justices ne répondent pas aux mêmes objectifs ; en effet, quand l'une cherche à tout prix la répression, la punition de l'acte délictueux, l'autre la restaurative, cherche à réparer le préjudice de la victime et, la dernière, la négociée, œuvre dans la recherche d'un consensus, d'un accord généralement financier permettant une indemnisation de l'infraction.

151. « *La procédure pénale française se caractérise généralement par l'indisponibilité des règles qui la gouvernent. Mais là encore, il s'agit d'un principe qui, ces derniers temps, a été considérablement ébranlé. En effet, le législateur a progressivement admis que des règles de procédures puissent être écartées ou appliquées sur la base d'un accord de volonté.* »¹⁷⁷

Nous assistons avec l'expansion de cette nouvelle justice, à la naissance d'une justice pénale civique, se caractérisant par un certain rapport au réel, cherchant à atteindre des objectifs concrets et s'affranchissant du carcan classique et rigide de la loi pénale et de la procédure pénale.

152. Cette nouvelle justice négociée se caractérise nous l'avons déjà évoqué par la rencontre de deux volontés : celle du ministère public, et celle du contrevenant.

À l'image du droit civil, du droit des contrats, cette rencontre de volonté fait naître des obligations réciproques.

Les mesures consensuelles s'apparentant ainsi à des contrats synallagmatiques, dans lesquels, le ministère public s'engage à diminuer la peine, et le contrevenant à une contrepartie souvent pécuniaire.

Il y a donc à la fois un engagement d'un représentant de l'État, et un engagement du délinquant.

¹⁷⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, « Aveu », *op. cit.*

¹⁷⁷ X. PIN, « *La privatisation du procès pénal* », *RSC*, n° 2, 2002, p 245 à 261.

Le mis en cause s'engageant à exécuter la mesure qu'il aura préalablement acceptée, renonçant ainsi à nombre de ses droits dont ceux liés à la défense, et, le ministère public s'engageant lui, à veiller à la bonne exécution de cette dernière et à renoncer à son droit d'action¹⁷⁸.

« D'une manière plus générale, [...], le justiciable [fait] la balance entre les avantages qu'il sacrifie et ceux qu'il escompte. Un choix lui est offert, de sorte que la règle procédurale devient supplétive de volonté ou disponible »¹⁷⁹ ce que rappelons-le, le professeur PIN a appelé le consentement substitutif.¹⁸⁰

On en arrive aujourd'hui à une situation dans laquelle le contrevenant se voit mit dans la capacité de transiger avec le ministère public sur sa culpabilité dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

153. Au-delà de la CRPC, ce consensus en matière de justice négociée est caractérisé par une absence d'obligation de preuve du ministère public.

Nous l'avons vu la seule preuve de l'infraction est constituée par le consentement du contrevenant qui se découpe en deux phases : le consentement substitutif dans le cadre duquel le contrevenant accepte de se soumettre à une justice autre que la juridiction étatique et, l'aveu dans le cadre duquel le contrevenant accepte de reconnaître les faits qui lui sont reprochés permettant ainsi au parquet de le poursuivre sans avoir à démontrer sa culpabilité ; « cette procédure simplifie et accélère le cours de la justice car elle évite au poursuivant d'avoir à faire la preuve de la culpabilité. Elle fait donc l'économie d'une instruction à l'audience »¹⁸¹

Dans cet objectif de célérité et d'efficacité, la justice négociée pousse le mis en cause à renoncer, par son acception et son aveu aux droits de la défense, notamment à son droit au silence.

154. Cette logique consensuelle véhiculée par cette forme de justice, contribue à « rendre floue la frontière nécessaire entre le droit pénal et le droit civil »¹⁸², participant de fait à la privatisation du procès pénal, à sa « contractualisation » et, au « ramollissement de la norme pénale »¹⁸³.

« En effet, c'est parce que la procédure pénale s'est voulue éclectique en poursuivant des finalités antagonistes de sanction des atteintes à l'intérêt général et de protection des intérêts particuliers, qu'elle est désormais traversée par une logique floue.

Or cette logique floue remet en cause son effectivité : elle n'est plus l'occasion de rétablir le lien entre l'individu et la collectivité, au moyen d'une salutaire sanction étatique, mais le théâtre des passions individuelles s'exprimant tous azimuts, avec le renfort de droits subjectifs [...].

Néanmoins, si le procès pénal demeure, malgré la recherche d'une sanction publique, le lieu d'expression d'un conflit privé, il convient de le dépassionner, en canalisant l'agressivité processive, donc en encadrant juridiquement la privatisation.

À l'égard du délinquant, un tel objectif justifierait que la parole qui lui est donnée ne dépasse pas les limites de la renonciation ou de l'option [entre des règles de droits].

¹⁷⁸ C. JAROSSON, Dalloz, 1997, p. 267.

¹⁷⁹ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *op. cit.*

¹⁸⁰ X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*

¹⁸¹ X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

Il s'agit en effet de ne pas aller plus loin, pour ne pas entrer dans une logique de discussion contractuelle ou de marchandage qui contredirait la saine recherche d'une culpabilité et romprait le principe d'égalité entre les justiciables. »¹⁸⁴

155. Pour autant en pratique, il est loisible de constater des possibilités de réelle négociation sur la peine, notamment entre l’avocat et le procureur, c’est ce que relate maître MAURIN qui explique que, dans le cadre d’une affaire de conduite en état d’ivresse, son client, récidiviste, risquait jusqu’à 6 mois de prison ferme, et qu’il a pu négocier avec le représentant du ministère public une diminution et même un changement de la peine de prison ferme en une peine d’amende.¹⁸⁵

Nous assistons donc aujourd’hui à une véritable privatisation du procès pénal « *caractérisé, par l’émergence de règles de procédure protégeant davantage des intérêts individuels ou collectifs que l’intérêt général.*

Cette privatisation conduit à un brouillage des finalités du procès pénal et au recul du caractère impératif de ses règles »¹⁸⁶ laissant ainsi la main aux parties privées pour la résolution du conflit, s’éloignant de fait de la définition de la justice, pour correspondre à celle de la gestion d’un phénomène, une sorte de management pénal, qui a pour but de répondre à l’une des questions fondamentales de la justice du XXI^e siècle, à savoir comment faire face à l’augmentation des flux criminels, tout en maintenant une réponse pénale adaptée à chaque infraction, le tout à moindre coût.¹⁸⁷

Section 2 – D’une justice classique à une forme de management pénal

156. En 1981, Nils CHRISTIE publiait un ouvrage consacré aux peines dans lequel il les présentait ainsi : « *au temps du fouet, de l’ablation des membres ou de la peine de mort, la souffrance était plus manifeste [...] l’image de la douleur et de la souffrance était nette.*

Aujourd’hui certaines prisons ressemblent à des hôtels modernes [...] nourriture décente, travail, éducation. [...]

Dans le même esprit, la douleur et la souffrance se sont quasiment évaporées [et ont disparus des manuels de droit pénal]

Ce silence ne relève pas de la mégarde [...] Le mot « pénal » est étroitement lié à la douleur [tant, que le droit qui lui est affilié devrait porter le nom de « droit du mal », ce que refuse les professionnels de la matière]

Pourtant, une telle terminologie contribuerait solidement à la diffusion d’un message très précis : la [peine] administrée par le système de justice pénale, consiste en l’infliction consciente d’une douleur.

Ceux qui sont punis sont supposés souffrir. S’ils jouissaient d’une manière ou d’une autre de la punition, nous changerions de méthode. »¹⁸⁸

Or, nous nous rendons compte en pratique qu’aujourd’hui, la peine de prison n’a qu’un impact léger sur les accusés, d’autant plus en matière économique et financière, où, seules les

¹⁸⁴ X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*

¹⁸⁵ Entretien téléphonique avec Maître L. Maurin, Avocat inscrit au barreau de Montpellier, réalisé le 10 juin 2019.

¹⁸⁶ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *op. cit.*

¹⁸⁷ N. D’HERVÉ, « La magistrature face au management judiciaire », *RSC*, 2015 p. 49.

¹⁸⁸ N. CHRISTIE, « Au bout de nos peines », Bruxelles, Larcier, Perspectives criminologiques, 2005.

personnes physiques subissent effectivement la peine. Au contraire de la sanction pécuniaire, qui elle marque les esprits, interpelle et responsabilise.

Raison pour laquelle le législateur, avec l'expansion des modes de justice négociée, a permis l'expansion de cette sanction pécuniaire.

La peine ayant désormais pour but l'indemnisation, tant de la victime que de la société (Etat), et pouvant aisément être honorée par la personne morale auteur ou co-auteur de l'infraction et non plus la réparation du préjudice comme on peut l'entendre en droit pénal classique.

157. C'est précisément au regard de cette indemnisation, qui ne cherche pas la seule remise en l'état de la situation mais l'enrichissement, que la notion de management pénal a trouvé naissance.

De prime abord, justice et management ne sont pas des notions voisines, en effet, « *au droit revient le contrôle des procédures fondées sur une règle préétablie, et au management, la promotion permanente de la performance* », or depuis quelques années, « *on tend à passer du droit à la gestion, de la loi à la norme chiffrée et de la procédure au process* » mettant en place ce que Michel Foucault a appelé la « *régression juridique* »¹⁸⁹ au profit de la norme économique.¹⁹⁰

En effet, l'expansion des flux criminels mène aujourd'hui le législateur et les professionnels du monde juridique à tout mettre en œuvre « *pour garantir l'efficacité maximale des poursuites à un moindre coût* ».¹⁹¹

La réponse négociée permettant ainsi d'atteindre cet objectif de célérité et d'efficacité, correspondant plus à de la gestion de flux, à du management qu'à une justice classique.

La justice négociée prend donc part à ce que l'on appelle le processus managérial de la procédure pénale, dans lequel chaque partie va évaluer à l'avance les avantages et les inconvénients d'avoir recours à la justice négociée.

Avec d'un côté le ministère public qui doit définir la stratégie qu'il souhaite enclencher et ses conséquences économiques (1§) et de l'autre l'auteur des faits, qui doit évaluer les risques d'une condamnation sur son image et ses capacités financières (2§).

1§ - Gestion du phénomène criminel et augmentation des gains pour l'État

158. L'ouverture d'une procédure pénale engendre des frais de justice, tant vis-à-vis du contrevenant, de la partie civile, que du côté de l'État.

En ce qui concerne les parties au procès (partie civile et mis en cause) leur principale dépense relève des frais liés à leur défense (avocat) et au paiement éventuel de la peine pécuniaire.

En ce qui concerne l'État, les frais de justice pour un procès traditionnel s'accumulent et représentent une somme très importante, or les ressources étatiques allouées à la justice ne sont pas extensibles, poussant ainsi les professionnels de la justice à rationaliser le traitement judiciaire vis-à-vis de leur capacité financière.

En quoi consistent ces « frais de justice » supportés par l'État ?

L'article R. 91 du code de procédure pénale les définit en indiquant, que « *constituent des frais de justice les dépenses de procédure, à la charge définitive ou provisoire de l'État, qui résultent*

¹⁸⁹ M. FOUCAULT, « *La volonté de savoir* », Gallimard, coll. Tel , 1976, p. 190.

¹⁹⁰ N. D'HERVÉ, « *La magistrature face au management judiciaire* », *op. cit.*

¹⁹¹ E. VERGES, « *La procédure pénale hybride* », *RSC*, 2017, p. 579.

d'une décision de l'autorité judiciaire ou de celle d'une personne agissant sous sa direction ou son contrôle.

Ils comprennent les frais de justice criminelle, correctionnelle et de police ainsi que les frais qui leur sont assimilés ».

L'article R92 du code de procédure pénale énumère les différents frais à la charge de l'Etat, il va ainsi s'agir du transport des personnes, des frais d'extradition des prévenus, accusés ou condamnés, ainsi que des frais de commission rogatoire et autres frais de procédure pénale en matière internationale, les indemnisations des témoins et des jurés, les frais d'enquêtes, impression et publication des décisions¹⁹².

Il va également et notamment s'agir des honoraires, émoluments et indemnités qui peuvent être accordés aux experts, aux personnes chargées des enquêtes sociales ou de personnalité ; aux personnes contribuant au contrôle judiciaire, aux médiateurs du procureur de la République, aux délégués du procureur de la République intervenant au cours d'une procédure de composition pénale ou pour la notification d'une ordonnance pénale, aux interprètes traducteurs, aux administrateurs ad hoc, aux huissiers de justice, etc.

Ces frais de justice à la charge de l'État représentent des sommes non-négligeables, à titre d'exemple la désignation d'un expert coûte à l'État entre 296 et 407€ par procédure¹⁹³. Or cette dépense précise de désignation d'un expert est écartée dans le cas de l'utilisation de certains modes transactionnels de règlements des conflits, qu'ils s'agissent de la transaction pénale, où la désignation d'un expert s'avère inutile car l'affaire est traitée par des administrations spécialisées ou encore dans le cadre de la CRPC ou la CJIP où le contrevenant participe à sa propre incrimination (aveu, transmission de documents, etc) réduisant de ce fait les dépenses liées à l'enquête.

159. Au-delà de cette diminution des frais de justice, la justice négociée permet à l'Etat une systématisation de la réponse pénale, et un accroissement du taux de recouvrement des amendes prononcées.

En effet, à la différence des sanctions classiques où le taux de recouvrement des peines pécuniaires est très bas, en matière de justice négociée, le condamné ayant participé à sa propre incrimination, à la détermination de sa peine, et la jugeant plus juste et méritée, règle généralement sa dette.

De plus, l'utilisation de ces procédés permet d'éviter le classement sans suite ou l'acquittement pour faute de preuve (il n'est nul besoin de rappeler la difficulté que représente la preuve de l'implication d'une personne morale dans une infraction), dans lesquels l'Etat a engagé des dépenses (instruction, jugement), et ne récupérera rien, le mis en cause ayant été blanchi de tout soupçon.

160. En revanche, et à l'inverse, l'utilisation de cette justice négociée peut s'avérer économiquement peu rentable pour le condamné, en effet au vu de la sévérité des peines infligées, l'utilisation de cette forme de justice n'est pas rentable pour le condamné.¹⁹⁴

Pour autant les avantages en termes de rapidité et de confidentialité sont tels que de nombreux acteurs économiques acceptent ces inconvénients financiers.

¹⁹² Liste non exhaustive.

¹⁹³ L. MAUD, « Budget des expertises judiciaires : déshabiller Pierre pour habiller Paul ? » *AJ Pénal*, 2018, p. 481.

¹⁹⁴ Rappelons qu'il s'agit précisément d'un des buts recherchés par le législateur, à savoir rendre l'infraction économiquement nulle.

Il est toutefois important de souligner que de telles dépenses créées de facto un déséquilibre significatif au regard de la loi entre les différents acteurs économiques (selon qu'ils soient une PME ou une grande entreprise), ainsi, un dirigeant de PME ne saurait les supporter et serait contraint de subir les désagréments de la voie classique, allant ainsi à l'encontre de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁹⁵.

161. Hormis cette inégalité de traitement, cette réponse nous l'avons vu permet une réelle économie pour l'Etat ce qui explique son expansion et son utilisation massive.

*« Pour l'État, ces sanctions sont plus avantageuses que les peines encourues dans le code pénal, qui se chiffrent en centaines de milliers d'euros, là où les sanctions négociées peuvent atteindre des milliards d'euros. »*¹⁹⁶

Au-delà de cette gestion des coûts opérés par l'État, l'utilisation de la justice négociée permet au contrevenant de gérer et d'anticiper les coûts et l'impact de la procédure sur son affaire¹⁹⁷.

2§ - Gestion du risque encouru pour les acteurs

162. Le droit des affaires est une matière spécifique, extrêmement mouvante et ses acteurs se retrouvent bien souvent malgré eux sur le devant de la scène.

Scandale financier, krach boursier, parachute doré, fraude, corruption, etc... les « affairistes » ne manquent pas de visibilité dans la sphère médiatique. Visibilité accrue en cas de procès pénal.

En effet, il est loisible de remarquer l'hyper médiatisation des entreprises soupçonnées ou mises en cause dans un procès pénal. Qu'il s'agisse du dirigeant d'une société ayant détourné des sommes d'argent, ou d'un montage financier destiné à frauder, l'affaire est étalée dans les moindres détails dans la presse.

Or, en la matière le spectre d'un procès pénal et la médiatisation qui y est attachée sont source d'insécurité pour les acteurs économiques.

Et pour cause, un procès est par définition lent, il faut dans un premier temps toute une phase d'instruction, puis une phase de jugement, vient ensuite une phase de décision de la sanction et enfin celle de son exécution.

Cette lenteur dans le règlement du conflit est en total opposition avec la rapidité de transformation du droit des affaires.

Le droit pénal des affaires doit être un soutien et un appui au droit des affaires.

Or avec l'utilisation des modes classiques de jugement, il représente un frein pour la matière et même une source de déséquilibre pour les acteurs économiques.

C'est pourquoi, le législateur toujours dans l'optique d'accélérer la réponse pénale et de la simplifier, a introduit ce nouveau concept, cette troisième voie de justice négociée.

163. En quoi cette réponse négociée est-elle plus adaptée, plus favorable au monde des affaires ?

¹⁹⁵ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, *Constitution Française de 1958*.

¹⁹⁶ E. VERGES, « La procédure pénale hybride », *op. cit.*

¹⁹⁷ Affaire au sens société, commerce, boutique, activité professionnelle.

Cette réponse présente plusieurs avantages en la matière, principalement sa rapidité et sa confidentialité.

En effet, l'utilisation d'un mode transactionnel de règlement présente l'avantage d'une réponse rapide, environ trois mois pour une médiation pénale par exemple, contre dix mois pour un procès pénal classique.

Elle permet également une confidentialité non négligeable, surtout en droit des affaires où la renommée de l'entreprise est fondamentale, car participant à son épanouissement financier et sa bonne santé concurrentielle.

L'utilisation de ces modes négociés permet de maintenir à flot l'activité financière et commerciale du pays, évitant ainsi des dépôts de bilan dus à une renommée mise à mal pour des affaires qui finalement risqueraient de ne pas aboutir.¹⁹⁸

Cette voie négociée extrêmement plébiscitée par le gouvernement et les acteurs économiques, ne présente pour autant pas que des avantages et, l'un des principaux inconvénients de ce consensualisme pénal, est à n'en pas douter, la sévérité des sanctions.

En effet, les contrevenants voient les sanctions prononcées à leur encontre être deux à trois fois plus lourdes que celles qui auraient été engagées dans le cadre d'un procès classique, mais les avantages procurés par ces modes de justice négociée sont tels qu'ils poussent les acteurs économiques mis en cause dans des infractions pénales à les choisir, afin de bénéficier d'une réponse rapide, confidentielle et surtout prévisible.

Ce choix s'explique par la pratique courante dans le monde des affaires de l'utilisation d'un système dit du « calcul coût/bénéfice ».

Les acteurs économiques se demandent si l'opération peut s'avérer rentable et ce malgré la possibilité d'une sanction pénale.

Or, avec l'utilisation de ces modes négociés, même si la peine est certes plus élevée qu'à la normale, ces derniers bénéficient d'avantages leur permettant de garder une renommée intacte, de retrouver leurs activités habituelles très rapidement et, de prévoir le coût de l'opération (incluant l'éventuelle condamnation pécuniaire), raisons pour lesquelles ces mesures sont de plus en plus utilisées en pratique.

Cette possibilité de prévision de la sanction pourrait être critiquée par les détracteurs de ces modes négociés, pour autant les sanctions étant plus couteuses et plus dures qu'à l'accoutumée, l'idée de justice reste bien présente.

L'objectif derrière cette justice consensuelle étant de rendre l'opération frauduleuse économiquement nulle pour l'auteur des faits, la sévérité des sanctions pécuniaires est justifiée et le caractère juste de cette dernière est avéré.

164. Malgré ces objectifs très nobles du législateur : simplifier la justice, adapter la réponse pénale, désengorger les juridictions, humaniser le traitement des conflits ; l'opacité qui entoure ces transactions est source à la fois de méfiance de l'opinion publique vis-à-vis d'elles, mais de plus, l'objectif pédagogique et de lutte contre la criminalité organisée, la corruption et la fraude ne sont pas remplis.

Force est de relever que, la majorité de ces mesures mettent fin à l'action publique et ne sont pas inscrites au casier judiciaire¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Il faut noter que cette surmédiation observée au moment de la mise en examen est complètement absente en cas d'acquiescement ou de relaxe, de ce fait dans l'idée générale, le prévenu est coupable et le reste. En matière d'affaires cette affirmation de culpabilité médiatique est fatale.

¹⁹⁹ Notamment en matière de transaction pénale et de convention judiciaire d'intérêt public.

Cette non-inscription participe à l'expansion du crime, notamment organisé en matière économique et financière car les auteurs restent des primo-délinquants, ils ne risquent donc pas de peine pour récidive, de plus, les informations récoltées dans le cadre des mesures intervenant en amont de l'action publique ne peuvent être utilisées en aval, notamment en matière de médiation, ce qui diminue l'effet dissuasif des procédés.

165. Pour autant les avantages tirés de l'utilisation de ces modes transactionnels par l'Etat sont tels que ce point négatif est « occulté » et les mesures consensuelles ne cessent d'être utilisées et développées.

« En définitif, la logique de la justice négociée incite les acteurs de ce processus à agir comme des agents économiques rationnels, qui évaluent le coût à payer au regard du risque que représente une procédure pénale ordinaire.

On est très loin de l'esprit traditionnel de l'action publique. Toute idée de morale ou de rétribution est ici évincée.

Le ministère public n'exerce plus son rôle de gardien d'un ordre social ou de préservation d'un ordre public pénal.

L'action publique devient l'instrument d'un calcul économique qui vise non seulement à améliorer l'efficacité du rapport coût/bénéfice dans la réalisation du droit pénal, mais également à imposer des obligations qui sont susceptibles de s'avérer plus efficaces qu'une peine pour éviter la réitération de l'infraction. À ce titre, la CJIP a pour finalité de rendre l'acte de corruption moins rentable que la sanction.

C'est pour cette raison que le juge qui homologue la convention doit vérifier la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements. En d'autres termes, à l'issue du processus l'infraction ne doit pas demeurer lucrative »²⁰⁰

C'est donc cet objectif économique qui explique l'expansion de cette forme de justice, tant en droit pénal des affaires que dans toutes les matières juridiques.

²⁰⁰ E. VERGES, « La procédure pénale hybride », *op. cit.*

Conclusion titre 2

166. Comme il a été évoqué, l'intégration de la notion de négociation dans une matière d'ordre publique, impérative telle que le droit pénal n'a pas été sans incidence sur la réalité procédurale de cette dernière.

En effet, nous avons constaté tout au long de cette intégration une modification tant des rôles joués par chacun, que des objectifs poursuivis.

167. Qu'il s'agisse du juge du siège, contraint de s'effacer devant le ministère public dans un but de rapidité, de cohérence économique et d'efficacité, de l'avocat, qui voit son devoir de défense s'atténuer au profit de son rôle de conseil et d'assistance, s'éloignant ainsi de la réalité classique du métier d'avocat dans un pays de droit latin tel que le nôtre, de la victime à qui on offre un simple droit d'information, ou encore de la personne physique qui a défaut d'implication pénale de la responsabilité de la personne morale se voit affublée de tous les maux, la personne morale se chargeant elle d'une indemnisation financière, on constate une redistribution des rôles des acteurs du procès pénal, permettant de suivre une nouvelle ligne de conduite.

168. D'une justice recherchant la sanction, la réparation, la remise en l'état sans enrichissement, on est passé à une justice recherchant le profit économique, une sorte de mangement pénal.

Les choix politiques de l'État étant plus orientés vers une maîtrise de son budget, que vers la protection de l'intérêt collectif, la justice négociée lui permet d'accroître ses gains, laissant ainsi de côté, selon de nombreux avis, la nécessaire répression de l'acte délictueux.

169. Pour autant, et malgré ce que l'on pourrait imaginer de prime abord, cette répression de l'acte est bel et bien réelle. Certes il ne s'agit pas d'une répression telle que l'on peut la concevoir en droit pénal classique, mais bien d'une décision ayant force de chose jugée et apparaissant notamment à l'auteur de l'infraction comme étant une « punition ».

Cette répression ne sera certes que financière, la majorité des mesures de justice négociée n'entraînant pas de reconnaissance de culpabilité ou d'inscription au casier judiciaire, mais elle permettra de marquer le caractère sanctionnateur de la décision du parquet.

En effet, au vu des montants très élevés des amendes encourues, nous restons dans une forme de justice où l'objectif pour l'Etat est d'augmenter ses gains, mais aussi de rendre la commission de l'infraction économiquement nulle pour l'auteur.

Au-delà de cette « absence de sanction réelle », d'aucuns affirment que l'utilisation de telles mesures en droit pénal permettrait à l'auteur des faits de contractualiser le règlement de son infraction et, d'opérer en amont de la commission de cette dernière un calcul « coût/bénéfice » qui lui permettrait de réaliser au mieux le méfait.

Pour autant et pour les mêmes raisons qu'énoncées précédemment, le montant de l'amende encourue étant si élevé, que même avec ce calcul préalable en cas de condamnation l'objectif du législateur serait atteint.

En définitif, et malgré ces changements dans la procédure et les objectifs de la matière, la justice négociée en droit pénal des affaires paraît être une justice adaptée aux besoins de la réalité économique, que ce soit en raison de sa rapidité, de son efficacité, de sa prise en compte de la réalité économique ou de la mondialisation.

Conclusion générale

170. L'objet de cette étude était de déterminer comment le législateur avait concilié deux matières antinomiques telles que le droit pénal et la négociation, et quelles conséquences avait eu cette conciliation sur le droit pénal français.

171. Nous l'avons vu, le monde des affaires a au fil des ans, intégré le droit pénal. D'une pénalisation quasi-inexistante de la matière, nous sommes passés à une pénalisation pléthorique, chargée de maintenir l'ordre et de faire respecter la ligne éditoriale voulue par le gouvernement en matière d'économie et de finance.

Avec cette surcharge pénale, le rôle dissuasif de la sanction a perdu en efficacité. En effet, la matière ne s'appliquant plus uniquement pour les faits les plus graves mais pour toutes sortes d'infractions même les plus anodines, la peur de la sanction pénale s'est amoindrie, les acteurs vivant cette possibilité de subir une instruction pénale, comme une fatalité inévitable. Faisant de cette sanction une norme commerciale.

172. Au-delà de cette perte d'efficacité de l'effet sanctionnateur du droit pénal, une procédure pénale en droit des affaires s'avère être d'une dangerosité réelle pour l'activité concernée par l'inquisition.

La perspective d'un procès pénal dans le monde économique, est source d'insécurité juridique pour les acteurs, qui se retrouvent mis en cause dans toutes sortes d'infractions pénales, devant faire face plus souvent que nécessaire à la justice étatique, subissant de ce fait des répercussions économiques (perte de clientèle, de chiffre d'affaires, de bénéfice, coût de la défense, etc) et un impact sur leur réputation et leur santé concurrentielle.

C'est pourquoi, les acteurs économiques ont demandé l'allègement de cette pression pénale, et l'ouverture à de nouveaux modes de résolutions des conflits, tels que la médiation ou la transaction pénale.

173. Le législateur, conscient des difficultés réelles présentées par cette sur-pénalisation de la vie des affaires, a intégré dans le droit pénal ces modes de résolutions inspiré du droit civil, et des pays de Common-law, permettant une résolution négociée des conflits, correspondant mieux aux besoins de rapidité et de confidentialité des acteurs économiques, en confiant au procureur de la République ou aux administrations le soin de transiger avec le contrevenant, soit sur la poursuite à envisager (mesures intervenants en amont du déclenchement de l'action publique : médiation pénale, transaction pénale, convention judiciaire d'intérêt public et composition pénale), soit sur la détermination de la peine (mesures intervenants en aval du déclenchement de l'action publique : comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, jour-amende et dommages et intérêts punitifs).

174. L'intégration de ce consensualisme dans la matière pénale, notamment en droit des affaires a été source d'accroissement de la réponse pénale.

Une réponse négociée permet une adaptation au plus proche des besoins tant de la criminalité spécifique qui sévit en droit des affaires, qu'à la technicité du contentieux ou à la mondialisation du commerce (engendrant la prise en compte des mesures de répressions des pays

étrangers afin d'harmoniser notre droit interne et permettre une réelle protection des acteurs économiques).

175. Cette négociation pénale se retrouvant dans de nombreuses mesures toutes différentes les unes des autres, et à différents moments de l'instruction pénale, a nécessité un point d'ancrage commun sans lequel aucune mesure de négociation n'aurait pu être mise en place, à savoir l'intégration du mis en cause dans la décision.

176. Cette intégration a lieu par le biais du nécessaire consentement de ce dernier à l'utilisation d'une justice alternative.

Ce consentement est qualifié par une partie de la doctrine de « consentement substitutif » car un choix est effectué entre plusieurs législations et entre deux modes de règlement différents.

Ce consentement substitutif pourrait être perçu comme étant la source d'une contractualisation du droit pénal (une proposition émanant du ministère public et devant être acceptée du délinquant).

Pour autant l'accord du contrevenant n'étant qu'une forme d'acceptation/d'adhésion à une proposition du parquet, cela ne correspond pas à l'archétype de la relation contractuelle (sauf à penser en terme de contrat d'adhésion), nous sommes donc plus dans le cadre d'une adhésion à une mesure proposée, que dans celui d'un accord contractuel, dans lequel s'installerait une véritable négociation sur les termes du contrat.

Consentir à la justice négociée, revient donc pour le mis en cause à accepter de voir son cas traité hors du système classique, et revient aussi et surtout, à reconnaître ou du moins, à ne pas contester les faits qui lui sont reprochés, par le biais d'un aveu, qui permettra au procureur de la République de mettre en place un règlement négocié sans avoir à prouver la culpabilité du mis en cause.

Cet aveu, unique preuve de culpabilité en matière négocié, a mis en lumière les brèches créées par l'intégration de la négociation dans le droit pénal.

177. Outre cette originalité relative à l'auteur des faits, c'est toute la procédure pénale française qui a été modifiée par l'intégration de ces nouvelles mesures.

Qu'il s'agisse du juge qui jusqu'alors occupait la place centrale au côté de l'accusé dans le traitement pénal des affaires, et se trouve désormais relégué au second plan au profit du ministère public ; affublé d'un rôle de vérificateur de proportionnalité, et n'ayant plus le loisir de trancher le litige et d'infliger la peine, réjouissance qui revient désormais au parquet, qui voit dans cette justice négociée son rôle s'accroître considérablement, passant d'orienteur de poursuites à autorité de jugement ;

Ou de l'avocat qui peine à trouver sa place dans cette justice héritée des pays d'outre-Manche, tantôt défenseur, tantôt conseiller, ne sachant plus où donner de la tête dans cette justice dans laquelle il doit à la fois coopérer et défendre ;

Ou encore de la victime, grande oubliée du système, dont la volonté d'obtenir réparation a été occultée au profit d'une indemnisation, et dont la place de plus en plus réduite ne laisse entrevoir qu'un droit d'information quant au déroulement de l'affaire ;

Et enfin, de l'auteur des faits qui se voit traiter différemment selon qu'il est, personne physique ou personne morale.

Cette modification des rôles des acteurs du procès pénal, s'explique par la réécriture de la ligne de conduite du législateur pénal dont l'objectif n'est plus la réparation et la protection de l'intérêt

général, mais l'indemnisation, le profit, et la protection d'intérêts privés, correspondant à une forme de management et non plus à une justice.

C'est précisément cet intérêt économique, couplé aux avantages en termes de célérité et d'efficacité, qui justifie l'expansion de la justice négociée, dans la justice française et ce malgré tous les inconvénients précédemment énoncés, laissant ainsi croître une nouvelle philosophie juridique, celle du néolibéralisme pénal qui a pour objectif de créer un espace juridique propice à l'afflux des mouvements de capitaux, à l'accroissement de l'épargne disponible pour l'investissement, à la réduction des dépenses publiques et de la fiscalité (en particulier au bénéfice des entreprises) et à l'autorégulation du comportement des acteurs du marché.

Index

A	
Aveu	
Définition	97
Droit pénal classique.....	95
Objet.....	98
Présomption d'innocence.....	99
Preuve de culpabilité.....	106
Procédures négociées	96
Révocabilité	100
Utilisation en cas d'échec de la mesure négociée	101
Avocat	
Négociation	135
Pivot	133
Présence	134
Rôle	132
C	
Célérité	11
Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité	
Définition	62
Initiative	63
Consensualisme.....	64
Homologation	65
Initiative	66
Sanction.....	67
Domaine	68
Avocat	135
Composition pénale	
.....	66, 102, 103
Action publique.....	45
Casier judiciaire	47
Consensualisme.....	42
Définition	41
Procédure	42
Recours	43
Rupture.....	46
Sanctions	44
Validation.....	43
Consentement	
Adhésion	79, 90, 91, 92, 104, 176
Contractualisation du droit pénal	86
Contrat.....	85, 87
Définition	80
Équité du procès.....	89
Exprès	82
Libre et éclairé	91
Lien avec la répression.....	83
Nécessité	104, 176
Négociation	85
Objectif.....	105, 176
Portée.....	84
Protection	85, 93
Pur et simple.....	88
Rôle	81
Substitutif	81, 104, 176
Tacite	82
Vices.....	<i>Voir</i> Droit pénal
Droit pénal général	78
Substitutif.....	78
Convention judiciaire d'intérêt public	
Action publique	59
Consensualisme	57
Définition	55
Initiative	56
Procédure.....	56
Validation du juge	58
Criminalité organisée.....	24
En col blanc.....	5, 25
Nouvelles technologies.....	6
Répercussions sociales	26
D	
Department of justice (DOJ).....	9
Deferred prosecution agreements	9
Foreign Corrupt Practices Act.....	9
Domages et intérêts punitifs	
Avantages	75
Définition	73
En droit Français	75
Evolution jurisprudentielle.....	74
Droit pénal	
Consensualisme	103, 174
Contractualisation.....	79
Définition	4
Dépénalisation	172
Dépénalisation de la vie des affaires ..	19, 20
Des affaires.....	18
Interprétation stricte de la loi.....	17
Intervention excessive	17
Justice négociée.....	103, 177
Peine	156
Pénalisation excessive	12, 17, 19, 171
Pénalisation limitée	14, 16, 171
Procès pénal	
Droit des affaires.....	172
Vices du consentement	94
J	
Jour-amende	
But	72

Définition	69	Frais de justice.....	158
Echec.....	71	Imbrication des autorités	126
Procédure	70	Imbrications des autorités.....	124
<i>Juge</i>	55, 56, 101, 103	Managment pénal	157
Rôle.....	116, 118, 120, 125	Privatisation.....	149 , 150 , 155
Eviction.....	117, 119, 121	Séparations des autorités	114
Justice négociée.....	21	Effets	162
Peine.....	156		
Avantages.....	163	R	
Inconvénients	163	Réparation.....	100
		Indemnisation	
M		Obligation	142
Managment pénal		Objectifs	140
Gestion des gains	158	Responsabilité	
Gestion du risque	162	Irresponsabilité	146
Rapport coût/bénéfice	152	Personne morale	145
Médiation pénale		Articulation.....	146, 147, 145, 148
Conditions	51	Personne morale	
Consensualisme.....	53	Imputation	147
Définition	48	Du fait d'autrui.....	148
Droit des affaires.....	54	Par substitution.....	148
Echec.....	52	Indemnisation	148
Initiative	49		
Procédure	50	S	
Ministère public		Sanction pénale	
Rôle.....	23, 123 , 124 , 126	Rôle	171
		Souveraineté nationale.....	7
		Harmonisation internationale	8, 9
N		Principe d'extraterritorialité du droit	
Négociation	2	Américain.....	9
Définition	3	Crédibilité des juridictions	11
Intégration en droit français	9, 10		
		T	
O		Transaction pénale	31
Opportunité des poursuites		Caractère extrajudiciaire.....	40
Définition	122	Consensualisme	36 , 38
		Définition	32
P		Domaine	35
Personne morale		Éléments constitutifs	39
Ecran	146, 147, 148	Homologation.....	38
Responsabilité		Initiative	34 , 37
Imputation.....	148	Transaction civile	31
Personne physique		Transaction spéciale	33
Dirigeant	70		
Responsabilité	145, 148	V	
Irresponsabilité.....	147	Victime	
Procédure pénal		Droit d'information.....	43, 141
Procès		Définition	138
Déroulement	113	Place en droit pénal	139, 140
Consensualisme.....	152 , 154	Place dans la justice négociée	140, 144
Droits de la défenseDroits de la défense		Recours.....	143
Définition.....	128		
Omniprésence	130		

Table des matières

Remerciements	2
Préface	3
Abréviations.....	4
Introduction	6
Titre 1 – Changement de paradigme : d’une justice imposée à une justice négociée	18
Chapitre 1 - L’intégration de la notion de négociation dans la matière pénale.....	18
Section 1 - Les procédures négociées intervenant en amont du déclenchement de l’action publique.....	18
1§– La transaction pénale.....	18
2§ – La composition pénale	20
3§ – La médiation pénale	22
4§ - La convention judiciaire d’intérêt public.....	23
Section 2 – Les procédures négociées intervenant en aval du déclenchement de l’action publique.....	25
1§ – La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité	25
2§ – La mesure de jours-amende	27
3§ – Les dommages et intérêts punitifs.....	28
Chapitre 2 – Spécificité propre aux procédures négociées : l’intégration du mis en cause dans la détermination de la peine	30
Section 1 – Le consentement de l’auteur de l’infraction : clé de voûte de la justice négociée.....	30
1§ – Le consentement : acte I des mesures de négociation pénale	31
2§ – Le consentement du contrevenant aux mesures négociées : une adhésion déguisée.....	33
A – Vers la reconnaissance d’une contractualisation du droit pénal ?.....	33
B- L’application du régime des vices du consentement à la matière pénale	35
Section 2 – L’aveu dans les mesures consensuelles : unique preuve de culpabilité. 36	
Conclusion titre 1	39
Titre 2 – Intégration de la négociation : source de modification de la procédure pénale.....	40

Chapitre 1 – Une atteinte au socle du droit pénal classique : redistribution des rôles des acteurs au procès pénal.....	40
Section 1 – Imbrication des autorités de poursuite et de jugement : un juge du siège qui s’efface au profit du parquet	41
1§ - Un effacement du juge au profit du parquet	41
2§- Une omniprésence du ministère public.....	43
Section 2 – Un déclassement des droits de la défense	45
1§ - Un amoindrissement des droits de la défense	45
2§ - Le rôle ambivalent de l’avocat de la défense.....	46
A – Une évolution de la réalité du métier : avocat pivot de la coopération	47
B – Un recul du rôle de défenseur au profit d’un devoir de conseil et d’assistance.....	48
Section 3 – Modération du droit à un procès équitable.....	49
1§ - L’absence criante de la victime	49
2§ - Une différence de traitement entre l’auteur personne morale, et son dirigeant personne physique.....	52
Chapitre 2 –Une atteinte aux objectifs classiques du droit pénal.....	54
Section 1 – La « privatisation » du procès pénal	55
Section 2 – D’une justice classique à une forme de management pénal.....	57
1§ - Gestion du phénomène criminel et augmentation des gains pour l’Etat	58
2§ - Gestion du risque encouru pour les acteurs	60
Conclusion titre 2	63
Conclusion générale	64
Index.....	67
Table des matières.....	69
Annexes	71
Bibliographie	72

Annexes

Annexe 1 **Code national de déontologie du médiateur**

Annexe 2 **Convention judiciaire d'intérêt public HSBC**

Annexe 3 **Demande de citation directe en vue d'une composition pénale**

Annexe 4 **Convocation en vue d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité**

Annexe 5 **Réponse du contrevenant à la proposition de transaction pénale**

Annexe 6 **Procès-verbal de constat d'accord dans le cadre d'une médiation pénale**

Bibliographie

- **Ouvrages généraux, traités et manuels**

GUINCHARD.S et BUISSON.J, *Procédure pénale*, 9^e édition, Lexis Nexis, coll Manuels, 2013, p. 982.

MASCALA. C, *Cours de droit pénal des affaires*, université Toulouse 1 capitole, 2017.

PIN X., *Droit pénal général*, 10e édition, Paris, Dalloz, collection « Cours Dalloz Série Droit privé », 2018, 567 p.

PIN X., *Droit pénal général*, 10e édition, Paris, Dalloz, collection « Cours Dalloz Série Droit privé », 2018, 567 p.

- **Ouvrages spéciaux, thèses et mémoires**

AMBROISE-CASTEROT. C, « *Aveu* », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2014.

BEZIZ. V-A, « *Défense pénale et victimes* », in Actes du XIX^e congrès de l'association française de droit pénal, La défense pénale, organisé par le centre de droit pénal de l'université Jean MOULIN à Lyon, 19-21 novembre 2009, RPDP, 2010, p. 27-30.

CABON S.-M., « *La négociation en matière pénale* », thèse de doctorat : droit privé et sciences criminelles (sous la direction de Valérie MALABAT), Bordeaux : Université de Bordeaux, 2014, 564 p.

CARBONNIER. J, « les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, rapport général », travaux de l'association Capitant, 1963, T. XII, p. 295.

CHEVALIER L., « *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle* », Paris, Perrin, « Collection Tempus 185 », 2007.

CHRISTIE, N., « *Au bout de nos peines* », Bruxelles, Larcier, Perspectives criminologiques, 2005.

CORNU, Vocabulaire juridique, « *Droits de la défense* », Quadriga, Presses universitaires de France.

CORNU, Vocabulaire juridique, 2003, coll. Quadriga, PUF, Vo Juge.

CORNU, Vocabulaire juridique, 8e éd., 2000, PUF.

CORNU, Vocabulaire juridique, H. Capitant, PUF Quadriga, 2000, v° Victime.

DE MALHERBE. F., « *Œuvres, avec les observations de Ménage* », 1666. Les Lettres de Fr. Malherbe, Paris, 1645.

Dictionnaire de l'Académie française, « *Négociation* », version informatisée, 9e éd., 2019.

Dictionnaire Larousse, « *Avouer* », 2019.

Dictionnaire Larousse, « *Consentement* », 2019.

Dictionnaire le Grand Robert, « *Composition* », 2019.

Dictionnaire Le Petit Robert, « *Négociation* », 2019

EXPOSITO. W., « *La justice pénale et les interfaces consensuelles* », Thèse droit pénal, Lyon 3, sous la direction de Varinard André, 2005.

FOUCAULT.M., « *La volonté de savoir* », Gallimard, coll. Tel , 1976, p. 190.

GANIVET. F., « *La justice transactionnelle en France et le rôle de l'avocat* », in « actes du colloque de la conformité à la justice négociée : actualité de la lutte anti-corruption », 17 mai 2018, ENM.

GARAPON. A et PAPADOPOULOS. I., « *Juger en Amérique et en France* », édition Odile Jacob, 2003.

GARAPON. A., « *Bien juger* », Odile Jacob, 2014.

GAYRAUD J-F et De SAINT-VICTOR J, « *les nouvelles élites criminelles, vers le crime organisé en col blanc* », Presse universitaire de France, 2012, p135 à 147.

GHESTIN. J, LOISEAU. G, SERINET. Y-M, « *La formation du contrat, tome 1, le contrat, le consentement* », LGDJ, 4^e édition, 2013, p. 634.

GIRARD. F, « *Essai sur la preuve dans son environnement culturel* », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

Honoré DE BALZAC, Œuvres complètes, édition Houssiaux, 1874.

LARGADE X, in L CADIET, Dictionnaire de la justice.

Larousse dictionnaire, « *Médiation* », 2019.

Larousse dictionnaire, « *Organiser* », 2019.

LASCOUMES P et NAGELS C, « *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique* », Armand Colin, 2^e édition, 2018, p20

LAZERGES. C, « *L'indemnisation n'est pas la réparation* », in Geneviève Giudicelli-Delage, PUF, coll. Les voies du droit, 2008, p. 228-246.

LE GOFF. J, "*La naissance du Purgatoire* ", Gallimard, « Collection Folio Histoire 31 », Paris,1991.

LEVY-BRUHL.H, « *L'Ethnologie Juridique* » in Jean POIRIER, Ethnologie Générale, Paris, Gallimard, 1907 p., spéc. p. 208.

MAYER. L, « *Actes du procès et théorie de l'acte juridique* », IRJS édition, 2009.

MEZARD M., "*La négociation de la sanction pénale*"; Thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, sous la direction de Corinne Mascala, Université de Toulouse, 2009.

Ministère de la Justice, COULON J-M, *La dépenalisation de la vie des affaires : rapport au garde des sceaux, ministre de la justice*, Paris, la Documentation française, « Collection des rapports officiels », 2008, 133 p.

MOLINS. F, « *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2018.

PERRIER J-B, « *Médiation pénale* », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2013.

PIN. X, « *Le consentement en matière pénale* », LGDJ, 2002, p325 et s.

ROUDAUT R. M. et BARROT. J, « *Marchés criminels : un acteur global, questions judiciaires* », *Presse Universitaire de France*, Paris, avril 2010.

SAINT-PAU. J-C, « *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale* », in *Mélanges en l'honneur de B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1011.

SCHERER R., « *En quête de réel : réflexions sur le droit de punir, le fouriérisme et quelques autres thèmes entretien avec Tony Ferri* », Paris, l'Harmattan, collection « *Logiques des pénalités contemporaines* », 2014, 79 p.

SUTHERLAND E.H., « *White collar Crime. The Uncut Version* », Yale University Press, 1983.

- **Articles, chroniques et rapports**

ARCHAMBAULT. L., « *Vers la généralisation de l'acceptation des dommages et intérêts punitifs en France et en Europe ?* », *Gazette du Palais*, N°28, 31 juillet 2018, p 14

CALAIS- AULOY T-H, « *La dépenalisation en droit des affaires* », Dalloz, 1988, p.315

CAPDEPON. Y., « *Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?* », *Droit pénal*, 2007, étude 15, p18

CHAPUT Y., « *La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs* », *Pouvoirs*, 6 janvier 2009, n° 128, n° 1, p. 87-102

CLAUDE. O., « *Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public* », *AJ pénal*, 2018, p30

D'HERVE. N., « *La magistrature face au management judiciaire* » *RSC*, 2015 p 49

DETRAZ.S., « *Notes sous Cass.crim, 24 juin 2008, « Chose jugée »* », *Gaz. Palais*, 2008, n°274, p10

DREYER E, « *La médiation pénale : objet juridique mal identifié* », JCP, 2008, p.131

FEUGERE. W, « *Loi Sapin 2 et nouvelles responsabilités : un changement de paradigme ?* », AJ pénal, 2018, p 553

GARAPON A. et COLOMBET A.M., « *D'un droit défensif à un droit coopératif: la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires* », Revue internationale de droit économique, 2016, n° 2, p. 197-215.

GOGUELIN. P.L.G., « *Le concept de négociation* », Négociations, 2005, volume 3, n° 1, p. 149-170.

GRUNVALD.S, « *La diversification de la réponse pénale : approche du point de vue des victimes* », Droit et société, 2014, n°88, p 649 à 664

JACOBS A, « *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée* », Revue internationale de droit pénal, 2012, Volume 83, n° 1, p. 43-88.

JAROSSON. C, Dalloz, 1997, p 267

LAZERGES, « *Le renforcement des droits des victimes, par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000* », APC 2002, n°24, p. 15 et s.

LEBÉHOT, « *Le cadre juridique de la médiation pénale* », AJ pénal, 2011. Étude 216

LEGEAIS. R, « *L'oblation volontaire et l'amende de composition, ou les procédures sans débats en droit pénal français* », Revue internationale de droit pénal, 1962, p 419 et s

LEROY. J, « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », Gazette du Palais, Août 2014, n° 188

MASCALA C, « *Droit pénal des affaires* », Recueil Dalloz, 2018, p1723

MASCALA C, « *Quel droit pénal pour l'activité économique ?* », in SAINT-ALARY HOUIN C, *Qu'en est-il du code de commerce 200 ans après ? : actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007*, Toulouse : LGDJ, 2008, p 157-162

MASSE M, « *notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen* », revue de sciences criminelles, 2000, p469

MAUD L, « *Budget des expertises judiciaires : déshabiller Pierre pour habiller Paul ?* » AJ Pénal, 2018 p.481

MAYAUD. Y, « L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personnes physiques - Une logique d'artifices... », AJ pénal, 2018, p546

MIANSONI. C, « *La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ* », AJ pénal, 2015, p. 469

MILBURN. P, « *Evolution de la place de la médiation dans la justice Française* », Négociations, 2009, n°12, p 147 à 153.

Ministère de la Justice, COULON J-M, "*La dépenalisation de la vie des affaires : rapport au garde des sceaux, ministre de la justice*", Paris, la Documentation française, « Collection des rapports officiels », 2008, 133 p.

PIN. X, « *La privatisation du procès pénal* », RSC, n° 2, 2002, p 245 à 261.

PIN. X, « *Les victimes d'infractions : définitions et enjeux* », Archives de politiques criminelles, 2006, n°28, p 49 à 72.

PONS. N, « *Economie criminelle : vieilles ficelles et ruses insolites* », Pouvoirs, 2010/2011, n°132, p 29 à 40.

ROBERT. J-H, « *Infractions relevant du droit de l'environnement et de l'urbanisme* », Revue de sciences criminelles et de droit comparé, Dalloz, 2014, n°4, p 785 à 787.

SAAS. C, « *De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur* », Revue sciences criminelles, 2004, p. 827.

SALAS. D, « *Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité* », Justices, n° 2/1995, p. 181 et s.

SOULEZ-LARIVIERE D, « *La politique criminelle et les droits de la défense aux États-Unis vus par un avocat français* », Archives de politique criminelle, 2015, volume 37, n° 1, p. 13.

V. S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation, synthèse générale* », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, La contractualisation de la production normative, Dalloz, Collection Thème et commentaires, 2008, spécial n° 123 p. 62.

VERGES. E, « *La procédure pénale hybride* », RSC, 2017, p. 579.

- **Notes, observations, avis, conclusions de jurisprudence, bulletins officiels, lois**

Circulaire du 26 janvier 1998, Direction des affaires criminelles et des grâces, CRIM 98-1/F1, BOMJ 1998. 112 s., spéc. p. 114.

Code civil

Code de procédure pénale

Code pénal

Commission des lois du Sénat, Rapport n°209.

Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 111.

Conseil constitutionnel, décision n° 76-70 du 2 décembre 1976.

Cour de cassation – Chambre criminelle – 16 mars 2004.

Cour de cassation – Chambre criminelle - 5 mars 2013- n° 12-87087.

Cour de cassation – Première chambre civile – 1^{er} décembre 2010 – n° 09-13.303.

Cour de Cassation, chambre criminelle, 15 novembre 1945.

Décision du Conseil constitutionnel n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 relative à l'injonction pénale.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 6, *Constitution Française de 1958*.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 9, *Constitution Française de 1958*.

Loi du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, n° 2000-516, article 1.

Tribunal correctionnel de Lyon, 9 oct. 1997, *D.* 1997.

- **Sites internet et ressources électroniques, numériques et téléphoniques**

Agence française anti-corruption, site [en ligne], « Ordonnance de validation en date du 14 novembre 2017 », disponible sur : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr> (consulté le 10/06/2019).

Entretien téléphonique avec Maître MAURIN.L, Avocat inscrit au barreau de Montpellier, réalisé le 10 juin 2019.

Ministère de la Justice, *Vie publique* [en ligne], « Les principes fondamentaux de la justice pénale » ; disponible sur :

<https://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/approfondissements/principes-fondamentaux-specifiques-justice-penale.html>, (consulté le 04/06/19).

Monde diplomatique [en ligne], « Le néolibéralisme » ; disponible sur : <https://www.monde-diplomatique.fr/index/sujet/neoliberalisme>, (consulté le 04/07/19).



Collection des mémoires de l'IFR

Copyright et diffusion 2019

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :

www.corep.fr