



HAL
open science

La négociation en matière pénale

Sarah-Marie Cabon

► **To cite this version:**

Sarah-Marie Cabon. La négociation en matière pénale. Droit. Université de Bordeaux, 2014. Français.
NNT : 2014BORD0232 . tel-01433868

HAL Id: tel-01433868

<https://theses.hal.science/tel-01433868>

Submitted on 13 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par Sarah-Marie CABON

La négociation en matière pénale

Sous la direction de Mme Valérie MALABAT, Professeur des universités

Soutenue le 5 décembre 2014

Membres du jury :

M. ROBERT Jacques-Henri, Professeur émérite de l'Université Panthéon - Assas, Paris II
M. BEAUVAIS Pascal, Professeur à l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense, **rapporteur**
Mme BONIS-GARÇON Évelyne, Professeur à l'Université de Bordeaux
M. de LAMY Bertrand, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole, **rapporteur**
Mme MALABAT Valérie, Professeur à l'Université de Bordeaux, **directrice de la recherche**

Titre : La négociation en matière pénale

Résumé : Parler de négociation en matière pénale peut, de prime abord, sembler antinomique. Issue par tradition du modèle accusatoire de justice pénale, la logique d'intégration du consensus dans le champ de la répression s'observe pourtant dans le système procédural à l'égard de procédures dont le fonctionnement est entièrement conditionné par l'aveu. Instrument au service de la répression des pratiques anticoncurrentielles, du traitement du contentieux de masse ou de la lutte contre la criminalité organisée, la négociation se présente aujourd'hui comme un processus dont le législateur ne peut plus faire l'économie. De ce constat est née la volonté d'appréhender le phénomène au moyen d'une définition qui permet d'une part, de mieux cerner l'articulation des diverses modalités de la négociation avec les modes de réponse pénale traditionnels, d'autre part d'en apprécier les conséquences notamment au regard des principes directeurs de la matière. Plaçant l'autorité de poursuite au rang d'acteur principal du système judiciaire, le processus de négociation nécessite l'élaboration d'un cadre juridique strict afin d'assurer la garantie des droits fondamentaux du justiciable. Si l'échange qui s'établit entre l'autorité de poursuite et la personne mise en cause révèle l'existence d'un accord, l'étude du fonctionnement concret des procédures de négociation ne permet pas de conclure à la réalité d'un contrat. Illustration de la logique probatoire à l'œuvre dans le système répressif nord-américain, le développement de la négociation doit s'inscrire dans le respect d'un équilibre entre les impératifs d'efficacité et le respect des principes qui confèrent à la justice pénale française son identité.

Mots clés : Aveu ; Procédures de négociation ; Modèles accusatoire et inquisitoire ; Plaider coupable ; Procès équitable ; Accord ; Contrat ; Régulation ; Homologation ; Autorité de la concurrence ; Clémence ; Criminalité organisée ; Collaborateurs de justice.

Title : Negotiating in the field of criminal law

Abstract : One can have reservations about the idea of negotiation in criminal law. Yet, the initiative of reaching consensus in the field of repression – an initiative that derives from the traditional adversarial model of criminal justice – can nevertheless be observed in the procedural system with regard to procedures the implementation of which is entirely determined by the confession. The negotiation has been used to curb anti-competitive practices, to handle class action lawsuits or to fight organized crime, and has definitely become a key process for lawmakers to consider. This observation has led to an examination of this phenomenon through a definition which shall help to understand, on the one hand, the articulation of the many forms of negotiation with the standard criminal procedure, and on the other, to appraise its consequences, especially those that are in conformity with the main guiding principles of criminal justice. By placing the prosecution at the center of the justice system, plea-bargaining requires a strict legal framework to protect the basic rights of people subject to trial. If discussions between the prosecution and the defendant have brought to light some sort of agreement, the study of the inner workings of the bargaining procedures has not exposed the existence of a contract. This dissertation aims to demonstrate that the current development of plea-bargaining, a process which is illustrative of the probationary rationale of the repressive North American criminal justice system, calls for some balance between the imperatives of efficiency and the respect of the distinctive characteristics of the French justice system.

Keywords : Confession ; Negotiation procedures ; Adversarial and inquisitorial systems ; Plea bargaining ; Due process ; Contract ; Regulation ; Antitrust division leniency program ; Legal collaborators.

Unité de recherche

[Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, EA 4633, 4 rue du Maréchal Joffre,
CS 61752, 33075 Bordeaux Cedex]

L'université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ma mère,

À Antoine,

REMERCIEMENTS

Au professeur Valérie Malabat, pour ses précieux conseils, son soutien ainsi que sa confiance.

À mes chargées de travaux dirigés, collègues et amies, Charlotte et Murielle, dont la présence, l'écoute et la bienveillance ont fait de ces quatre années une très belle aventure.

À ma mère, pour son soutien indéfectible dans chacun de mes choix.

À Anaïs, David, Gaëlle, Marie, Mickaël, Ray et Vincent, pour leur présence, conseils avisés et relectures attentives.

À tous les praticiens qui ont eu la gentillesse de me faire part de leurs expériences, à Bordeaux et à Philadelphie.

À Antoine, dont l'amour et l'infinie patience ont été le pilier de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Avertissement : Les revues étrangères non francophones sont reproduites en toutes lettres dans le texte. Afin d'en faciliter la recherche, elles ont été rédigées selon les règles en usage pour leur référencement (volume de la revue, nom de la revue, année de publication, numéro de pagination). Les arrêts de la Cour suprême des États-Unis sont cités selon le mode officiel de citation qui indique le numéro du volume du « United State Report » (recueil officiel des publications des arrêts de la Cour suprême) où est publiée la décision, suivi du numéro de page et enfin de l'année. Par exemple, la référence 379 US 742 (1970) renvoie à un arrêt rendu en 1970 qui se situe à la page 742 du 379e volume des United states reports.

AI	autres
Adlc	Autorité de la concurrence
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
AN	Assemblée nationale
Art.	Article
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Arch. philo. droit	Archives de philosophie du droit
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
CCC	Contrats-concurrence-consommation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Comp.	Comparez
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	Contraire
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. pr. pén.	Code de procédure pénale

D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
D. pén.	Revue Droit pénal
Doc. fr.	Documentation française
Fed. R. Crim. P	<i>Federal rules of criminal procedure</i>
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
Infra	Ci-dessous
JCP	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP E	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition entreprise
J.-Cl.	Juris-Classeur
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Not.	Notamment
LPF	Livre des procédures fiscales
Obs.	Observations
Préc.	Référence précitée
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bordeaux
PUF	Presses universitaires de France
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
REC	Réseau européen de la concurrence
Rep. civ	Répertoire civil
Rép. pén.	Répertoire pénal Dalloz
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RDLC	Revue des droits de la concurrence
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RLDC	Revue Lamy droit civil
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Suivants
Spéc.	Spécialement
Somm.	Sommaire
Supra	Ci-dessus
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (Code de procédure pénale allemand)
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
Trib. pol.	Tribunal de police
US	<i>United states reports</i>
U.S.C	<i>United States Code</i>
V.	Voir
v.	<i>Versus</i> (contre)
Vol.	Volume

Sommaire

Introduction	13
I. Pratique et propagation de la négociation dans la justice pénale	23
II. Les procédures de négociation du plaidoyer de culpabilité en droit français	39
PARTIE I. LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION EN MATIÈRE PÉNALE	61
<i>TITRE 1. LA MISE EN ŒUVRE DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION</i>	
Chapitre 1. Le domaine de la négociation	65
Section 1. Négociation et gravité de l’infraction	67
Section 2. Négociation et auteurs de l’infraction	68
Chapitre 2. Les acteurs de la négociation	109
Section 1. Des acteurs principaux	129
Section 2. Des acteurs secondaires	129
<i>TITRE 2. LA LÉGALITÉ DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION</i>	147
Chapitre 1. Négociation et finalités de la justice pénale	173
Section 1. Variation de la notion de vérité	179
Section 2. Évolution de la notion de répression	180
Chapitre 2. Négociation et principes directeurs en matière pénale	206
Section 1. Aménagement des principes liés au procès	229
Section 2. Renonciation aux droits substantiels	234
PARTIE II. LE RÉSULTAT DE LA NÉGOCIATION EN MATIÈRE PÉNALE	263
<i>TITRE 1. LA NOTION D’ACCORD EN MATIÈRE PÉNALE</i>	297
Chapitre 1. La formation de l’accord en matière pénale	301
Section 1. L’émission d’une offre par la partie poursuivante	303
Section 2. La réception de l’offre par une acceptation de la partie poursuivie	304
Chapitre 2. La qualification de l’accord en matière pénale	329
Section 1. Inadaptation de la notion de contrat	349
Section 2. La qualification de l’accord par sa fonction	351
<i>TITRE 2. LE RÉGIME DE L’ACCORD EN MATIÈRE PÉNALE</i>	381
Chapitre 1. L’homologation de l’accord	397
Section 1. L’objet de l’intervention juridictionnelle	399
Section 2. Les effets de l’intervention juridictionnelle	401
Chapitre 2. L’absence d’homologation de l’accord	415
Section 1. La décision de refus d’homologation	441
Section 2. Les difficultés liées à la décision de refus d’homologation	442

Introduction

« Il n'est rien que je hâisse comme à marchander. C'est un pur commerce de trichoterie et d'impudence ; après une heure de débat et de barguignage, l'un et l'autre abandonne sa parole et ses serments pour cinq sous d'amendement »¹.

01. Extrait du chapitre « Par divers moyens on arrive à pareille fin », ce passage des *Essais* exprimant l'aversion du philosophe pour la négociation au XVI^e siècle contraste avec l'attraction que la pratique exerce aujourd'hui dans un nombre croissant de domaines.

02. Sens commun. Dérivée du latin « *negociatio* » qui signifie « négoce », « commerce en grand », « trafic »², la négociation se définit comme un ensemble de discussions, de pourparlers entre des personnes, des partenaires sociaux, des représentants d'États, mené en vue de parvenir à un accord sur des problèmes posés³. Centrée sur des intérêts matériels ou des enjeux quantifiables entre deux ou plusieurs interlocuteurs⁴, la recherche de cet accord implique la confrontation d'intérêts divergents que chaque interlocuteur va tenter de rendre compatibles par un jeu de concessions mutuelles⁵.

Illustrant l'extrême variabilité des situations dans lesquelles la notion peut se rencontrer, le sens commun de la négociation ne renvoie pas, *a priori*, à une notion juridique en soi. Il s'agit d'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 diplomatiques⁶.

¹ MONTAIGNE, *Essais*, t.I, I, in *Les Essais en français moderne*, éd. Broché, 2009, p. 79.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10^e éd. 2014, v^o négociation.

³ Le petit Robert de la langue française, 2014, v^o négociation.

⁴ « Négociateur », du latin « *negotiatori* » : faire du commerce, renvoie à l'action de monnayer un titre, une valeur. V. Le petit Robert, préc.

⁵ R. BOURQUE, CH. THUDEROZ, *Sociologie de la négociation*, La découverte, 2002, p. 5.

⁶ 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^o 123.

03. La négociation, notion hors du droit ? L'étymologie du mot négociation, désignant le commerce, appelle historiquement les échanges sur le prix, faisant parfois l'objet d'un marchandage. « La négociation consiste à vendre et à acheter »⁷ résumait Malherbe. De la sphère économique, la négociation s'étendra au XVI^e siècle à la politique, où elle prend le sens « d'activité déployée pour aboutir à un accord concernant des affaires publiques »⁸. Illustration de changements importants dans l'Europe des temps modernes, la négociation permet de résoudre les différends politiques par les méthodes du commerce et tend à se substituer à d'autres moyens d'action ou de pression tels que la guerre, l'usage de la force ou les menaces⁹. Cette profondeur historique qui lie la négociation à la chose politique vaut, en particulier, pour la négociation internationale. En anglais, jusqu'à ce qu'Edmond Burke¹⁰ invente le mot « *diplomacy* » au XVIII^e siècle, « *negotiation* » était en effet le mot normalement employé pour décrire le travail des ambassadeurs¹¹. « Instrument de réconciliation entre les princes »¹², la négociation est ainsi à l'origine de nombreux traités internationaux et accords de paix¹³ et illustre alors une noble occupation, un moyen de rétablir l'entente entre les hommes et de progresser vers des projets communs. Mais la notion possède aussi une part d'ombre et renvoie parfois à l'échange par la peur et le rapport de force. En témoignent les situations de prise d'otages, où l'humain devient l'objet de tractations entre le terrorisme et les sommets de l'État¹⁴. La négociation se présente alors comme un « ensemble de tactiques et de stratégies en vue de remporter la victoire dans un conflit d'intérêts », un commerce journalier d'objets, de vœux et de désirs¹⁵.

04. Une notion absorbée par le droit. Qu'elle soit sagesse ou vil stratagème, à l'échelle de deux individus ou de plusieurs nations, la négociation se présente comme un mode de

⁷ F. de MALHERBE, *Lexique*, in *Dictionnaire de français*, E. Littré.

⁸ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., version informatisée, v° *Négociation*.

⁹ CONDORCET, *Esquisse d'un tableau historique sur les progrès de l'esprit humain, Fragments sur l'Atlantide*, éd. Flammarion, 1998, p. 241.

¹⁰ Homme politique et philosophe irlandais, auteur notamment de l'ouvrage, *Réflexion sur la révolution de France*, publié pour la première fois en 1790.

¹¹ A. COLSON, *Penser la négociation en science politique, retour aux sources et perspectives de recherches*, *Négociation*, 2009/2, n°12, p. 95.

¹² A. PECQUET, *De l'art de négocier avec les souverains*, (éd. 1738), Hachette Livre BNF, coll. Sciences sociales, Préface, XXV.

¹³ Art. 52 de la Constitution : « Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification ». Sur la notion de *negotium* en matière internationale, v. Convention de Vienne sur le droit des traités internationaux de 1969, art. 3 ; Art. 33 de la Charte de l'ONU : « Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation ».

¹⁴ V. G. OLIVIER-FAURE, W. ZARTMAN, *Négocier avec les terroristes ?* *Négociation*, 2011/2, n° 16.

¹⁵ V. A. PECQUET, *De l'art de négocier avec les souverains*, préc., préface, XXV.

régulation des rapports sociaux en expansion. Le phénomène juridique n'est pas épargné. En droit des obligations, elle désigne la « période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat »¹⁶. La négociation constitue le temps de l'échange qui se passe en propositions, contre-propositions, concessions et exigences dont on essaie de tirer le maximum d'avantages. Elle est source de droit, lorsqu'elle est collective, et permet par exemple d'adapter les règles du Code du travail aux réalités du monde de l'entreprise et de désamorcer les conflits sociaux¹⁷. La négociation fait également l'objet d'un encadrement par le droit, lorsqu'elle est un outil de régulation économique entre les acteurs commerciaux¹⁸. C'est au vu du constat de ces manifestations variées de la négociation que certains auteurs ont pu évoquer l'idée de l'émergence d'un « ordre juridique négocié »¹⁹.

05. La répression hostile à la négociation. Processus d'interaction, d'échange et de discussion entre des acteurs autonomes mais interdépendants, la négociation ne semble pas, à première vue, avoir de place dans le domaine de la répression. En raison de son objet spécifique, la justice pénale incarne le plus radicalement l'image parfaitement hiérarchique d'une « justice imposée », c'est-à-dire source de décisions adoptées unilatéralement et qui s'imposent de manière autoritaire à leurs destinataires²⁰. Aussi, la contrainte que le procès pénal implique est peu propice à la négociation et fait de la répression un domaine

¹⁶ V. notamment, P. MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD. Com., 1998, p. 243. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11^e éd. Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2013, p. 200, spéc. n°184 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd. Lextenso, 2013, p. 225, spéc. n° 464 où il est fait état d'une volonté d'explorer la possibilité de conclure le contrat envisagé, qui fait partie du « marchandage » ; Sur l'organisation conventionnelle de la négociation, V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 1, *Le contrat - Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, coll. Traités, p. 516, spéc. n° 713 : « Les accords de négociation renvoient à une variété très hétéroclite d'actes aux physionomies souvent imprécises ».

¹⁷ Dans l'ensemble des pays développés, les systèmes de relations professionnelles et les mécanismes de négociation collective ont été élaborés pour résoudre les graves conflits sociaux qui ont accompagné le passage des sociétés traditionnelles vers les sociétés industrielles à partir de la fin du XIX^e siècle, v. G. GROUX, *L'action publique négociée, un nouveau mode de régulation*, *Négociations*, 2005/1, pp. 57-70; E. MAZUYER, *Les instruments juridiques du dialogue social européen, état des lieux et tentatives de clarification*, *Dr. soc.*, n° 4, avril 2007, p. 476; F. FAVENNEC-HÉRY, P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 2011, p. 61 ; P. LOKIEC, *Droit du travail, t.2, droit collectif*, PUF, 2011 ; v. Art. L. 2221-1 C. trav. : « Le présent livre (...) définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales ».

¹⁸ V. notamment la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « Loi Hamon », Art. L. 441-17 C. com.

¹⁹ E. Le ROY, *L'ordre négocié, à propos d'un concept en émergence*, in Ph. GERARD, F. OST, M. Van de KERCHOVE, (dir.) *Droit négocié, droit imposé ?* Publication des facultés universitaires de St Louis, Bruxelles, 1996, p. 341.

²⁰ F. OST, M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide en réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires de St. Louis, 2002, p. 106.

relativement hostile à la promotion du règne de l'échange. Au regard de la sacralité du rite judiciaire, de la sujétion particulière du justiciable et de l'idée d'ordre à laquelle renvoie la justice répressive²¹, parler de négociation en matière pénale sonne presque comme une injure.

06. Origines de la négociation dans la justice pénale. Pour autant, il est des systèmes de droit dont l'architecture repose toute entière sur la coexistence entre un schéma d'application de la sanction de manière imposée, c'est-à-dire sans participation du mis en cause au processus répressif, et un mécanisme de traitement des affaires pénales de manière négociée, reposant essentiellement sur une collaboration à la preuve. C'est le cas des pays de *Common Law*, illustrations du modèle de procédure dite « accusatoire », et dont le berceau se situe en Angleterre.

07. Systèmes de *Common Law* et procédure accusatoire. La procédure accusatoire, première à être apparue historiquement du fait de l'absence d'État dans les vieilles civilisations²², répond sommairement à l'idée que le procès n'est qu'une lutte réglée en des formes solennelles²³ devant un arbitre impartial et passif – le juge – dont le rôle est cantonné au prononcé du Droit et à donner raison à l'un des adversaires à l'issue de ce tournoi qu'est le procès. Ce dernier se déroule sur deux audiences, l'une consacrée à la détermination de la culpabilité, l'autre au prononcé de la peine. Supposant une égalité – toute relative²⁴ – entre l'accusation et la défense, cette procédure trouve son origine dans l'action des parties qui se chargent de rechercher les preuves et de les présenter au juge afin qu'il en tire une décision sur la culpabilité de l'accusé. Ainsi, l'accusatoire se présente fondamentalement comme un

²¹ V. A. GARAPON, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, éd. Odile Jacob, 2001, préface de J. CARBONNIER, p. 43 : « L'espace judiciaire (...) incarne l'ordre, il crée l'ordre, il est l'ordre ».

²² Sur ce point Faustin HÉLIE décrivait l'évolution de la procédure à ROME : « (...) c'est l'accusateur qui, par son attaque, ouvre le combat », in S. GUINCHARD, S. CHAINAIS, C-S. DELICOSTOPOULOS, I-S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OU DOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ-FABRI, L. SINOPOLI, J-M. SOREL, *Droit processuel, Droit fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 2013, 7^e éd., p. 1219, spéc., n° 786 ; J. PRADEL, *Inquisitoire - Accusatoire, une redoutable complexité*, Rapport de Synthèse, RIDP, vol. 68, 1997, p. 214.

²³ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de sciences criminelles*, 7^e éd, Cujas, 1997, p. 169, spéc. n° 109.

²⁴ V. J-H. ROBERT dans la préface de L. PRIMOT, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale, représentations, fondements et définition*, LGDJ, 2010, p. VI. L'auteur souligne que « le système accusatoire mythique qui permettrait à l'accusation et à l'accusé d'utiliser les mêmes moyens juridiques et techniques est une farce cynique ou, comme le disait un juge anglais, une moquerie « sardonique » jetée à la face des justiciables ». V. également G. L. CERTOMA, *Accusatory System v. the Inquisitorial System, Procedural Truth v. Fact? (From Criminal Evidence Law Reform – Proceedings)*, National Institute of Justice/NCJRS paper reproduction, 1981, pp. 83-91.

concept juridique caractérisant une procédure dans laquelle la saisine du juge est confiée aux parties privées ou publiques²⁵.

À ce portrait dressé à grands traits, qui relèverait pour certains d'une caricature²⁶ de la tradition juridique accusatoire, il faut ajouter qu'il n'existe pas qu'un seul système de *Common Law*. De nombreuses variations de chacun de ces systèmes peuvent être observées à travers le monde. En effet, la *Common Law* – entendue comme un Droit d'origine jurisprudentielle – comprend les systèmes juridiques fondés sur le Droit anglais et qui retiennent comme fondements de leur législation les principes, usages et règles de Droit émanant principalement de l'activité judiciaire²⁷. En ce sens, ce modèle procédural s'illustre non seulement sur son sol natal, l'Angleterre, mais aussi partout dans le monde où ce pays a établi des colonies²⁸. C'est le cas notamment des États-Unis, du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et pour une bonne part, de l'Afrique du sud.

Si la nature accusatoire de ces différentes législations peut être nuancée en ce que ces dernières présentent des particularités qui ne sont pas nécessairement constitutives de la tradition juridique dont elles relèvent²⁹, elles partagent néanmoins une caractéristique commune et qui touche au domaine de la preuve : le plaider coupable.

08. Le plaider coupable. Née en terre de *Common Law*³⁰, la pratique du plaider coupable (*guilty plea*) est l'étincelle qui a conduit à la propagation de la négociation au sein de la justice pénale.

²⁵ V. L. PRIMOT, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale, Représentations, fondements et définition*, préc., p. 416, spéc. n° 700 et s. ; v. également C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000, p. 13.

²⁶ Notamment L. PRIMOT, qui dans sa thèse sur *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale, représentation fondements et définition*, déconstruit, entre autres, les mythes qui s'attachent au système accusatoire, v. thèse préc.

²⁷ S-M. CABON, *L'aveu en procédure accusatoire américaine*, in A. BERGEAUD-WETTERWALD, J-C. SAINT-PAU, (dir.) *La preuve pénale, problèmes contemporains en droit comparé*, éd. L'harmattan, 2013, p. 114.

²⁸ D. POIRIER, A-F. DEBRUCHE, *Introduction générale à la Common Law*, 3^e éd, Bruylant, 2005, Bruxelles, p. 3.

²⁹ V. C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, préc., p. 14. L'auteur souligne que le recensement des caractéristiques des procédures accusatoires et inquisitoires a conduit à un constat flagrant : aucune procédure contemporaine ne correspond à l'un quelconque de ces deux modèles de manière « pure ». Par exemple, aux États-Unis, la nature accusatoire de la procédure doit être relativisée au regard de l'institution du *Grand Jury*, organe de mise en accusation doué de certains pouvoirs de police judiciaire et qui fonctionne selon une méthode purement inquisitoire. Ses travaux sont secrets, au point que même la personne soupçonnée ne peut exiger de connaître ni l'existence ni le type de charges qui sont considérées contre elle et ne peut exiger de se faire entendre. Sur ce point, v. J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, Economica, 2005, p. 5.

³⁰ J. PRADEL, *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*, préc., p. 475.

La construction toute entière du procès anglo-saxon repose sur cette locution introductive d'instance qu'est le *plea*. « Plaidez-vous coupable ou non coupable ? », la réponse, outre qu'elle est une exigence inflexible, constitue le « performatif judiciaire des parties, c'est-à-dire l'acte de langage par lequel celles-ci produisent des effets réels sur le monde »³¹. Tout accusé est soumis à ce passage obligé de plaider coupable ou non coupable ou bien « *nolo contendere* »³². En fonction de ce *plea*, le sort du mis en cause au sein du système judiciaire pénal ne sera pas réglé de la même façon. Plaider « coupable » entraîne *de facto* un renoncement au droit constitutionnel d'être jugé par un jury de pairs³³ – institution fondamentale née en Angleterre au sein de la Grande Charte *Magna Carta* en 1215³⁴ – tandis que plaider « non coupable » y donne droit.

09. *Guilty plea* et *Plea bargaining*. Ce *plea* initial n'a pas toujours été l'objet de négociations³⁵. Ce n'est en effet que suite aux développements du procès pénal accompagnés d'une véritable promotion des droits de la défense et de la notion de *Due process of Law* que la pratique de la négociation du plaidoyer de culpabilité est apparue³⁶. « Initialement court et simple, le procès pénal est devenu long et complexe »³⁷. Ainsi, l'augmentation du volume des affaires ajoutée à la croissance de contingences d'ordre pratique et gestionnaire a conduit à l'émergence d'accords préalables sur ce fameux *plea*. Plutôt qu'un plaider non coupable entraînant le déclenchement de toute la machinerie procédurale, les principaux acteurs du

³¹ I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, PUF, coll. Droit et justice, 2004, p. 17.

³² Ne se reconnaît pas expressément coupable mais ne conteste pas les charges alléguées contre lui. Dans la pratique le choix se résume essentiellement à celui de plaider coupable ou non coupable.

³³ V. V^e amendement de la Constitution des États-Unis et le *Juries Act* de 1974 pour l'Angleterre.

³⁴ R. MUNDAY, *Le jury criminel en Angleterre*, in *Quelle participation des citoyens au jugement des crimes ?*, Travaux de l'ISC de Poitiers, sous la direction de J. PRADEL, 1997, p34 ; Lord DEVLIN, *Trial by jury*, 3^e éd., Stevens, Londres, 1966, p 164.

³⁵ Aux États-Unis, le premier cas de plaider coupable (*guilty plea*) recensé date de 1804 dans l'État du Massachusetts tandis que la pratique du *plea bargaining* n'aurait débuté qu'à partir des années 1870, c'est-à-dire après la guerre de sécession. V. I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 15.

³⁶ Sur ce point v. W. MASTOR, *La juridiction constitutionnelle gardienne des droits fondamentaux en matière pénale*, Dr. pén., 2011, n° 9, étude 14. L'auteur souligne que « la procédure, entendue comme le cadre permettant la réalisation des droits matériels ou l'ensemble des droits processuels, est l'essence même du système juridique des pays dominés par la *Common Law*. Il s'agit presque d'une philosophie dont l'*Habeas Corpus*, proclamé en Grande Bretagne dès 1679, en est le premier symbole. Second symbole de cet attachement quasi-sacré à la procédure, la célèbre clause du *Due Process* ». La « *Due Process clause* » est prévue au sein des V^e et XIV^e amendements de la Constitution des États-Unis ratifiée le 9 juillet 1868 et prévoit que « *Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égal protection des lois* ».

³⁷ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Thèse, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2010, p. 22.

procès, procureurs et mis en cause, développèrent *crescendo* un goût pour une voie plus rapide et plus certaine quant à son issue qu'un procès devant un jury : la négociation du *plea*, dite « *plea bargaining* ». Celle-ci se définit comme une discussion entre un procureur et un accusé à l'issue de laquelle ce dernier plaide coupable en échange de concessions de la part du procureur portant essentiellement sur le *quantum* de la peine³⁸. Si aujourd'hui l'un va rarement sans l'autre³⁹, il importe de souligner que le *guilty plea* n'implique en lui-même aucune négociation, il s'agit simplement d'un aveu de culpabilité. En revanche le *plea bargaining*, « produit dérivé du *guilty plea*, qui en général le précède »⁴⁰, illustre la négociation en ce que l'accusé, « au lieu de se borner à confesser unilatéralement sa faute (...), s'entend avec le ministère public sur l'étendue de la peine ou de l'accusation »⁴¹.

10. Origines du *plea bargaining*. Dans une étude consacrée à l'histoire du *plea bargaining*, un auteur relève que la pratique aurait débuté sur le territoire nord-américain au lendemain de la guerre de Sécession, vers 1870⁴². Entièrement désorganisé, mais sous-tendu par la déclaration des droits (*Bill of Rights*), le système judiciaire d'alors ne permettait plus de faire face à un accroissement du volume des affaires conjugué à un déficit de personnel⁴³. Pragmatique, le déclenchement d'un dialogue entre l'accusé et l'autorité de poursuite visant à la conclusion d'un accord sur la peine – que le procureur soumettra à un juge pour validation – est très vite perçu comme un instrument efficace de gestion des contentieux en ce qu'il permet de contourner les lenteurs du procès pénal et d'économiser les ressources précieuses de la justice afin que celle-ci se consacre aux affaires réellement importantes⁴⁴.

Un siècle plus tard, cette procédure dérogatoire au procès traditionnel fut validée par la Cour suprême des États-Unis dans un célèbre arrêt *Brady v. United States*⁴⁵, avant d'être considérée

³⁸ B. A. GARNER (éd.), *Black's Law Dictionary*, 7th ed., West Group, 1999, v° *Plea bargain*.

³⁹ A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité – étude comparée des justices pénales française et anglaise*, Thèse, Université Jean Moulin-Lyon III, 2013, p. 49, spéc. n° 41.

⁴⁰ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd. Dalloz, 2008, p. 448, spéc. n° 426.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² A.W. ALSCHULER, *Plea bargaining and Its History*, 79 *Columbia Law Review*, January, 1979, n° 1, p. 5.

⁴³ V. *Plea bargaining and the transformation of the criminal process*, *Notes*, 90 *Harvard Law Review*, 1997, p. 569 ; G. FISHER, *Plea bargaining's triumph; A history of Plea bargaining in America*, Stanford University Press, 2003, p. 4 ; M.E. VOGEL, *The social origins of plea bargaining : Conflict and the Law in the process of State formation, 1830-1860*, 33 *Law & Society Review*, 1999, p. 161.

⁴⁴ L. M. FRIEDMAN, *Plea bargaining in historical perspective*, 13 *Law & Society Review*, 1979, p. 247.

⁴⁵ Cour suprême des États-Unis, *Brady v. United States*, 379 US 742 (1970) : « *The process of plea bargaining actually benefits both sides of the adversary system* ».

comme un élément « essentiel de l'administration de la justice⁴⁶ » nord-américaine. Aujourd'hui, et malgré ses détracteurs⁴⁷, la pratique du *plea bargaining* concerne presque 95% de la résolution des affaires pénales sur le territoire américain⁴⁸.

Bien que l'Angleterre connaisse la pratique du *plea bargaining*⁴⁹, il convient toutefois de souligner qu'aucun texte n'y fait explicitement référence, ni ne l'admet⁵⁰. Si l'existence de plaidoyers portant sur un nombre réduit de charges ou sur des faits requalifiés en infractions de moindre gravité est reconnue par la doctrine, le procédé du *plea bargaining* n'est cependant pas expressément cité. En l'absence d'une reconnaissance textuelle et sans source officielle, il paraissait difficile de déterminer les règles encadrant ce procédé.

11. Points de comparaison. Dès lors, dans l'optique d'un travail axé sur la reconnaissance légale de la négociation en matière pénale, il est apparu opportun de se référer aux législations consacrant explicitement l'échange autour de l'aveu de culpabilité. Eu égard à l'ampleur du phénomène outre-Atlantique et à l'assise textuelle du *plea bargaining* au sein des *Federal rules of criminal procedure* américaines⁵¹, l'analyse de la législation pénale en vigueur aux États-Unis sera préférée à celle de l'Angleterre et servira de point de comparaison avec les dispositions légales françaises qui feront l'objet de cette étude. Aussi convient-il de présenter de manière plus précise le fonctionnement de la justice pénale nord-américaine.

⁴⁶ Cour suprême des États-Unis, *Santobello v. New York*, 400 US 257, 260 (1971), v. Chief Justice Burger, *The State of the Judiciary*, American Bar Association Journal (A.B.A.J) 929, 931 (1970); *Blackledge v. Allison*, 431 US 63, 71 (1977): « Whatever might be the situation in an ideal world, the fact is that the guilty plea and the often plea bargain are important components of this country's criminal justice system ».

⁴⁷ V. notamment J.H. LANGBEIN, *Torture and plea bargaining*, 46 University of Chicago Law Review, 1978, p. 11 ; M. M. FEELEY, *Perspectives on plea bargaining*, 13 Law & Society Review, 1978, p. 202 ; S. SCHULHOFER, *Is Plea bargaining inevitable ?* 97 Harvard Law Review, 1984, p. 1037. Ces auteurs parlent du *plea bargaining* comme d'une perversion du système de justice pénale, un mécanisme à la morale douteuse et le plus sur moyen de voir condamner des innocents. V. aussi, E. C. VIANO, *Plea bargaining in the United States: A perversion of justice*, RIDP, 2012/1, vol. 83, p. 109 et s.

⁴⁸ V. Bureau of Justice Statistics, *U.S. Department of Justice, Felony Sentences in State Courts*, 2013. www.bjs.ojp.usdoj.gov. 68, 2 % des condamnations pour homicide résultent d'un *plea bargaining*. 100 % pour les infractions de vol et vol aggravé, 87, 5 % pour les infractions d'agression sexuelle.

⁴⁹ V. J-R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, Que sais-je?, PUF, 1998, p. 17 et 84 ; A. SANDERS, R. YOUNG, M. BURTON, *Criminal Justice*, 4th ed., Oxford University Press, 2010, p. 465 ; A. ASHWORTH, M. REDMAYNE, *The criminal process*, Oxford University Press, 2010, p. 188 et 192.

⁵⁰ V. A. TALEB, *Les procédures de guilty plea : plaidoyer pour le développement des formes de justice « négociée » au sein des procédures pénales modernes*, RIDP, 2012/1, vol. 83, p. 89 et s.

⁵¹ *Federal Rules of Criminal Procedure, Title IV, Arraignment and preparation for trial, rules 11 (c)*.

12. Présentation des *pleas* américains. Aux États-Unis, la pratique du *plea* est à l'œuvre lors d'une audience préliminaire au jugement appelée l' « *Arraignment*⁵² ». Cette audience consiste à faire comparaître l'accusé, à lui notifier les charges qui pèsent sur lui et à prendre acte de sa position quant à sa culpabilité (le *plea*) pour la suite de la procédure⁵³. Les règles procédurales en vigueur aux États-Unis offrent à l'accusé le choix entre différents *plea* possibles et, tantôt le choix de l'accusé sera fait de manière spontanée, tantôt son choix résultera d'une négociation avec l'autorité de poursuite⁵⁴. Il ne s'agira alors plus d'un simple *plea* mais bien d'un *plea* négocié⁵⁵.

Lors d'un *plea* spontané, l'auteur de l'infraction a le choix entre plaider non coupable (*Plea of Not Guilty*), plaider une non-contestation des charges (*Plea of Nolo Contendere*⁵⁶) ou plaider coupable (*Plea of Guilty*).

Plaider non coupable⁵⁷ signifie un rejet des charges alléguées et entraîne l'obligation pour la poursuite d'établir, devant un juge ou un jury, la culpabilité de l'accusé⁵⁸. Plaider une non-contestation des charges entraîne, comme son nom l'indique, que l'accusé renonce à contester les charges mais sans pour autant se reconnaître formellement coupable⁵⁹. Dans la pratique, ce type de *plea*, qui dans ses effets immédiats équivaut à ceux d'un plaider coupable, n'est pas très utilisé pour la simple et bonne raison qu'il n'est pas possible dans tous les États et qu'il est en général subordonné à la permission de la Cour et à l'accord de la poursuite⁶⁰. À la lecture des règles procédurales américaines relatives à la preuve et contrairement au « *Plea of*

⁵² *Federal Rules of Criminal Procedure, Title IV : Arraignment and Preparation for Trial, Rule 10*. En matière fédérale, cette audience s'illustre en deux étapes. La première, *initial arraignment*, se déroule au maximum 48 heures après l'arrestation de l'auteur présumé d'une infraction et 72 h si celle-ci a eu lieu lors d'un week-end et qu'il ne pouvait être présenté devant un juge avant un lundi. Lors de cette « audience initiale », l'auteur de l'infraction est informé par un juge des charges qui pèsent contre lui, de son droit de faire appel à un avocat et le cas échéant, du montant de la caution si l'autorité judiciaire considère qu'il n'y a pas de risque pour le délinquant lui-même ni pour la société de le laisser en liberté jusqu'à la date de son procès. Ensuite, une seconde audience préliminaire peut avoir lieu, appelée « *post indictment arraignment* » (PIA), au cours de laquelle l'auteur présumé de l'infraction est autorisé à faire connaître sa position quant au *plea*. Sur le plan étatique et de manière générale tout se déroule lors d'une seule et unique audience préliminaire.

⁵³ J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 231, spéc. 495.

⁵⁴ Dans la majorité des cas en pratique.

⁵⁵ V. *supra* n° 09.

⁵⁶ Terme latin utilisé aux États-Unis signifiant « *I do not wish to contend* » que l'on peut exprimer en français par « Je ne souhaite pas contester les charges retenues contre moi ».

⁵⁷ *Federal Rules of Criminal Procedure, Title IV, Rule 11, (a) Entering a plea, (1)*.

⁵⁸ Le VII^e amendement de la Constitution des États-Unis prévoit un jugement devant jury dès lors que l'infraction en cause entraîne une peine de plus de 6 mois d'emprisonnement ou que le litige porte sur un différend de plus de 20 dollars. V. www.senate.gov. V. aussi, J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 230 et s.

⁵⁹ « *Plea of Nolo Contendere* » *Federal Rules of Criminal Procedure, Title IV, Rule 11, (a) Entering a plea, (3)*.

⁶⁰ Dans la moitié des États américains le *Plea of Nolo Contendere* n'est pas admis. Il n'est pas connu d'autres pays de *Common Law* tels que le Canada, l'Australie ou l'Angleterre. Aux États-Unis il reste toutefois possible au niveau fédéral.

guilty », le seul avantage du « *Nolo contendere* » semble résider dans le fait qu'il ne pourra servir de preuve en cas de procès futur statuant sur la responsabilité civile du défendeur⁶¹.

Le plus usité des « *plea* » est enfin le plaider coupable, qui a l'avantage de simplifier au plus haut point le processus judiciaire. En effet, après un « *Plea of Guilty* », nul besoin d'autres éléments pour déterminer la culpabilité, l'ensemble des parties se trouve directement placé à la dernière étape de la procédure qui est celle de la détermination de la peine. Cela étant, il présente l'inconvénient majeur d'entraîner *de facto* une renonciation à « au moins trois droits constitutionnels »⁶² fondamentaux que sont le droit d'être jugé par un jury⁶³, le droit de ne pas s'auto-incriminer⁶⁴, ainsi que le droit d'être mis en présence des témoins à charge et de procéder à un contre-interrogatoire⁶⁵. Néanmoins, dans son arrêt *Brady v. United States*, la Cour suprême a considéré que les renonciations aux droits constitutionnels étaient admises « dès lors qu'elles sont volontaires, prises en connaissance de cause et éclairées, en tenant suffisamment compte des circonstances pertinentes et des conséquences afférentes »⁶⁶.

En dernier lieu, le défendeur peut encore garder le silence et dans ce cas, conformément aux règles de procédure pénale fédérales⁶⁷, le juge lors de l'audience préliminaire (*Arraignment*) considère qu'il s'agit d'un plaider non coupable.

Si la pratique de ces « *pleas* » faits de manière spontanée existe toujours, leur relative simplicité et leur « clarté morale »⁶⁸ ont cependant donné naissance à un procédé plus officieux appelé le « *plea bargaining* », qui se traduit littéralement par : « négociation de plaider ».

À l'heure où les concepts de justice négociée, de procédures consensuelles et de jugements simplifiés semblent s'être internationalisés et font l'objet de plus en plus d'études doctrinales, l'analyse de la pratique du *plea bargaining* se révèle être un éclairage utile pour une étude française de la négociation en matière pénale. Aussi, le procédé en vigueur aux États-Unis

⁶¹ *Federal Rules of Evidence, Rule 410, Pleas, pleas Discussions and Relative Statement. (2)*. V. N. B. LENVIN and E. S. MEYERS, *Nolo contendere, Its Nature and Implications*, Yale Law Journal, Vol. 51, n° 8, Jun., 1942, p. 1255.

⁶² J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 247 et s.

⁶³ VII^e amendement de la Constitution des États-Unis.

⁶⁴ V^e amendement de la Constitution des États-Unis. Cet amendement fut à l'origine du célèbre arrêt de la Cour Suprême ; *Miranda v. Arizona* 484. US. 436 rendu en 1966 dans lequel elle affirme que le V^e amendement oblige tout suspect à être informé de son droit de ne pas témoigner contre lui-même et de faire appel à un avocat avant tout interrogatoire de police. V. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 365 et s.

⁶⁵ VI^e amendement de la Constitution des États-Unis.

⁶⁶ Cour suprême des États-Unis, *Brady v. United States*, 379. US. 742. 743, 1970.

⁶⁷ *Federal Rules of Criminal Procedure, Title IV, Rule 11, (a) (4) Failure to enter a plea*.

⁶⁸ I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 21.

constituera l'objet de référence de ce travail, qui permettra d'aborder avec plus d'acuité notre objet d'analyse : les procédures de négociation en droit français. L'analyse de la pratique et la présentation des facteurs à l'origine de la propagation de la négociation en matière de justice pénale (I) doit ainsi précéder la recherche d'une ou plusieurs déclinaisons du phénomène en droit français (II).

I. Pratique et propagation de la négociation dans la justice pénale

13. Dans le but de cerner au mieux l'étendue du phénomène et afin d'identifier les caractéristiques communes aux différentes pratiques de la négociation en matière pénale (C), il semble opportun de présenter successivement les dispositions légales encadrant le processus en droit américain (A) et les règles qui, au niveau européen, renvoient au *plea bargaining* dans sa version « *Civil Law* » (B).

A. Le *plea bargaining* en droit américain

14. Identification de l'objet de référence. De pratique clandestine et désignée à mots couverts, la négociation du « *plea* » initial du défendeur est devenue un outil indispensable à la survie du système judiciaire américain. La Cour suprême parle de « reconnaissance ouverte de cette pratique jadis clandestine »⁶⁹, et la majorité des auteurs et praticiens s'accorde pour dire que sans cette négociation, le système judiciaire implorerait⁷⁰. Le nombre grandissant des affaires pénales aux États-Unis ne pouvant plus s'accommoder du formalisme du *plea* spontané⁷¹, la construction d'un système permettant de faire face à l'engorgement des

⁶⁹ Cour suprême des États-Unis, *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 1978. V. *Fourteenth Amendment – Due process and plea bargaining*, 69 *Journal of Criminal Law and Criminology*, Winter 1979, p. 485 : « (...) in a sweeping statement which suggests that *Bordenkircher* may signal the beginning of a trend toward Supreme Court tolerance of even greater prosecutorial advantage in the plea bargaining situation than has traditionally existed, the Court held that « in the once secret give-and-take » of plea bargaining, there is no element of punishment or retaliation so long as the accused is free to accept or reject the prosecution's offer ».

⁷⁰ G. FISHER, *Plea bargaining's Triumph : A history of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, 2003; L. M. FRIEDMAN, *Plea bargaining in Historical Perspective, Special Issue on Plea Bargaining*, 13 *Law & Society Review*, Winter, 1979, pp. 247-259 ; M.P. BROWN and S.P. BUNNEL, *Negotiating justice : Prosecutorial perspective on federal plea bargaining in the District of Columbia*, 43 *American Law Review*, 2006. p. 1063 ; O. Bar-GILL and O. Ben-SHAHAR, *The prisoners' (plea bargain) dilemma*, *Journal of Legal Analysis*, n°1, Summer 2010, pp. 737–773.

⁷¹ Entre 1970 et 2010, le taux d'arrestations de personnes adultes sur le territoire américain a augmenté de 138 % tandis que le taux d'arrestations de personnes mineures a augmenté de 33 %. V. Les chiffres et tableaux du *Bureau of Justice Statistics, Arrest in the United states, 1970-2010, 1980-2009*, disponibles sur le site www.bjs.gov.

tribunaux devenait impérative⁷². Aussi se développa en amont de l'audience préliminaire une pratique de négociation, un dialogue entre la poursuite et l'accusé afin que celui-ci accepte de plaider coupable en échange de concessions de diverses natures de la part de l'accusation. Si les acteurs et le schéma de ce procédé sont sensiblement les mêmes et que l'objet du *bargain* est toujours l'aveu, il convient de faire une distinction selon les termes de la négociation⁷³.

En effet, tout d'abord, le procureur peut accepter que l'accusé plaide coupable pour une infraction moins grave que celle qu'il entendait retenir ou bien la moins grave parmi celles commises en cas de concours réel d'infractions⁷⁴. Il s'agit alors d'un *charge bargaining* et l'objet de la négociation est moins le *plea* initial que la nature des poursuites engagées par le procureur.

Ensuite, la concession faite par la poursuite peut également porter sur les faits (*facts bargaining*). Ce type de marchandage, peu usité dans la pratique n'est pas sans rappeler le résultat issu de pratique de la correctionnalisation judiciaire connue du droit français⁷⁵. En effet, lors d'un *fact bargaining* la négociation entre la poursuite et l'accusé va porter sur la qualification des faits, le procureur acceptant de ne qualifier que ceux-ci ou de modifier la qualification de ceux-là en échange du plaider coupable.

Enfin, le *Sentence bargaining*, échange au terme duquel l'organe de poursuite s'engage à requérir une peine plus douce que celle encourue normalement contre la promesse de l'accusé

⁷² I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 10. V. également P. RICHERT, *La procédure de Plea bargaining en droit américain*, Rev. sc. crim., 1975, p. 375 ; M. Mc CONVILLE, C. L. MIRSKY, *Jury trials and plea bargaining : A true History*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2005.

⁷³ V. U.S.C., *Title 18, Part II, Chapter 221*, § 3433-3438.

⁷⁴ Prévu par les articles 132-2 à 132-7 du Code pénal, le concours réel d'infractions se présente lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction. L'institution est la même aux États-Unis, mais les deux systèmes sont différents sur le plan de la résolution du concours à l'égard de la peine. En effet, le Code pénal français prévoit que : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé. Chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles ». La procédure pénale américaine prévoit en revanche que toutes les peines se cumulent sans maximum légal. Pour de plus amples développements sur la résolution du concours en droit français, v. E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, p. 163, spéc., n° 376 et s.

⁷⁵ Le procédé de correctionnalisation judiciaire consiste pour les parties au procès à s'entendre sur une substitution de juridiction au moyen d'une disqualification des faits. Si la définition fait penser à la pratique du *fact bargaining*, il convient cependant de les distinguer. En effet, contrairement au *fact bargaining* qui suppose que le prévenu reconnaisse préalablement sa culpabilité quant aux faits disqualifiés par le procureur, la correctionnalisation judiciaire ne s'accompagne d'aucune contrepartie, l'accord du prévenu ne porte que sur la substitution de juridiction, aucun aveu n'est exigé. V. art. 186-6. C. pr. pén. ; A. DARSONVILLE, *La légalisation de la correctionnalisation judiciaire*, Dr. pén., 2007, étude n°4 ; A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité – Étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 50, spéc. n° 42 ; Contra, v. M- J. ARCAUTE DESCAZEUX, *L'aveu : essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, thèse, Université Toulouse 1, 1998, p. 450.

de plaider coupable, semble être le type de négociation ayant largement influencé l'évolution des législations européennes au sein desquelles le procédé s'est propagé.

B. La négociation du plaidoyer au niveau européen

15. L'incitation européenne. Dès 1987, le Conseil des ministres du conseil de l'Europe sur la simplification de la justice pénale adoptait une recommandation proposant expressément d'offrir à la défense de plaider coupable en vue d'accélérer le cours de la justice⁷⁶. Également, la position adoptée par la jurisprudence européenne a largement contribué à faire émerger ce type de procédure fondée sur un aveu de culpabilité initial et a renforcé « l'émergence, en matière pénale de formes de justice dites consensuelles et négociées »⁷⁷. S'il n'était question que d'un encouragement des États à insérer dans leurs législations des dispositions permettant à l'accusé de spontanément s'avouer coupable afin d'éviter les lenteurs d'un procès pénal précédé de la recherche de la preuve par les autorités, les ententes avec la poursuite et l'offre d'une contrepartie à l'aveu n'ont pas tardé à se développer.

16. L'arrivée du *plea bargaining* en terres romano-germaniques. Par opposition traditionnelle aux pays regroupés dans la tradition juridique de *Common Law*, les pays de *Civil Law* possèdent un système procédural de type inquisitoire. Alors que le principe accusatoire correspond à un mode de saisine du juge, la procédure inquisitoire correspond, elle, à un mode de recherche des éléments de vérité concernant la commission d'une infraction et confère au juge un rôle actif tant dans la recherche des preuves que lors du déroulement du procès. Elle se caractérise par une enquête officielle et secrète – parfaitement incarnée par la figure du juge d'instruction – et ne confère aux parties qu'un rôle soumis au bon vouloir du magistrat du siège lors de l'audience. Le pouvoir considérable qui est donné

⁷⁶ Recommandation R(87) 18 du 17 septembre 1987 : « Chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettent, il faudrait instituer soit la procédure des guilty pleas, par laquelle l'inculpé est appelé à comparaître devant un tribunal à un stade précoce de la procédure pour déclarer publiquement s'il reconnaît ou nie les charges retenues contre lui, soit des procédures analogues. En pareil cas, la juridiction de jugement devrait pouvoir décider de faire l'économie de tout ou partie de la phase d'instruction et de passer immédiatement à l'analyse de la personnalité du délinquant, au prononcé de la peine et, s'il échet, à la décision sur la réparation », (Art. 7 de la Recommandation).

⁷⁷ M-A. BEERNAERT, Note sous CEDH, 20 juin 2002, *Borghini c/Italie* req : 54767/00, RTDH 2003, p. 973.

aux magistrats doit leur permettre de se forger une opinion et la décision finale devra être prise selon le principe de l'intime conviction⁷⁸.

Si un aveu de la part du mis en cause quant à sa culpabilité constitue évidemment un élément de preuve important, le concept de plaider coupable (*guilty plea*) n'existe pas dans la tradition de *Civil Law* car l'aveu ne renvoie pas à une complète version de la vérité ou du moins pas dans le sens où le système inquisitoire l'entend, c'est-à-dire une vérité matérielle qu'il appartient au juge d'apprécier⁷⁹. En effet, là où la culture juridique de la *Common Law* organise la confrontation de deux versions pour faire triompher publiquement le récit le plus vraisemblable⁸⁰ – faisant ainsi émerger une vérité formelle – la culture romaniste recherche au contraire la substance de la vérité en tentant d'établir un récit officiel, au moyen du prononcé d'un jugement par un magistrat, et qui renvoie à cette vérité dite « matérielle ».

Aussi, la tradition juridique de *Civil Law* ne connaissait pas traditionnellement du *plea bargaining*, pas seulement parce qu'il n'y avait pas de *guilty plea* au départ, mais surtout en raison de la teneur de la notion de vérité à laquelle ce modèle procédural est attaché, qui renvoie à la réalité des faits, une vérité qui s'exprime au terme d'un processus d'investigation et qui ne peut être ainsi ni négociée, ni compromise.

17. Aux mêmes maux, les mêmes remèdes. Cela étant, en raison de la conjonction d'un certain nombre de facteurs parmi lesquels on peut citer le phénomène d'inflation pénale⁸¹, le

⁷⁸ V. S-M. CABON, *L'aveu en procédure pénale accusatoire américaine*, préc., p. 114 ; Sur la notion d'intime conviction, v. *infra*, n° 444.

⁷⁹ V. P. LOUIS-LUCAS, *Vérité matérielle et vérité juridique*, in *Mélanges offerts à R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 583 ; J. PRADEL, *Défense du système inquisitoire*, Regards sur l'actualité 2004, n° 300, p. 57 ; A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité – Étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 109. La vérité pénale dans le système inquisitoire est une vérité posée et décidée. Elle est le résultat d'une décision et fait indéniablement du procès pénal une question de pouvoir ; v. également, C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, préc., p. 305 ; Y. MULLER, *L'idéal de vérité dans le procès pénal*, in *Mélanges en l'honneur de J-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 531 ; J. BILLIER, *La manifestation de la vérité en question : pour une éthique de la vérité judiciaire*, 2007, www.raison-publique.fr : « La vérité judiciaire est avant tout procédurale, elle est un récit construit depuis l'établissement des faits jusqu'au jugement ». Sur la distinction vérité formelle/ vérité matérielle, v. *infra* n° 173.

⁸⁰ A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003, p. 122 ; En matière pénale américaine, le standard requis est celui de la preuve au-delà de tout doute raisonnable (*beyond a reasonable doubt*), v. Cour suprême des États-Unis, *Patterson v. New York*, 432 US 197, 1977. Il s'agit d'une probabilité comprise entre 75 % et 90 %, v. I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 131 ; M. TARUFFO, *Rethinking the standards of proof*, *American Journal of Comparative Law*, n° 51, 2003, pp. 659-677.

⁸¹ En raison des différences considérables en termes de méthodes et de définitions utilisées par les États membres, il est difficile de fournir des données sur la criminalité dans l'Union européenne. Néanmoins, dans le cadre du programme 2004 de la Haye (visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, v. JOUE, 2005/C53/1), Eurostat a été mandaté afin de développer des statistiques comparables couvrant les domaines de la délinquance et la justice pénale. La multiplicité des facteurs à prendre en compte et la complexité des tableaux statistiques fournis par la Commission européenne invitent à se concentrer sur les

souci des différentes législations de diversifier les moyens de traiter la masse des dossiers pénaux ainsi que la volonté d'un système judiciaire plus efficace et moins coûteux⁸², la négociation entre les acteurs du procès pénal en vue d'aboutir à un accord sur la peine a fait son entrée dans les droits européens⁸³.

S'agissant de l'apparition du plaider coupable et de sa négociation dans les systèmes de Droit romain, un auteur parle d'une transplantation par une sorte de « phénomène de contagion »⁸⁴. Si le terme « contagion » fait référence à un mal, il semble que ce terme doive être utilisé non pas à propos de la pratique de la négociation en elle-même mais plutôt à l'égard des causes de son développement dans des pays n'ayant pas pour tradition d'ouvrir tout procès pénal par un *plea*. En effet, les arguments avancés au sein de différents pays ayant adopté cette pratique du plaider coupable sont identiques⁸⁵ : l'impossibilité de faire face à l'ensemble des affaires, la nécessité de simplifier la justice pénale⁸⁶, la volonté d'accélérer son cours et enfin d'accroître

évolutions dans le temps plutôt que de comparer directement des taux entre pays sur une année déterminée. Les principaux résultats statistiques montrent l'évolution du nombre d'infractions enregistrées dans l'UE entre 1990 et 2009 pour un éventail de délits. L'entrée dans l'UE de 13 nouveaux pays depuis l'Europe de 1990 doit conduire à prendre un certain recul sur ces chiffres. Cela étant, les statistiques sur la criminalité publiées par Eurostat font état d'une augmentation significative du nombre d'infractions entre 1990 et 2003 puis une diminution progressive jusqu'en 2009. La baisse la plus importante pendant cette période a concerné le vol de véhicules à moteur (-26%), mais le nombre d'homicides et de vols enregistrés par la police a aussi sensiblement diminué. En revanche, les cambriolages domestiques, et le trafic de drogue sont en augmentation (+5%). V. <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics>. Au plan mondial, les chiffres de la criminalité organisée communiqués par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) – en coopération avec les gouvernements colombien et italien et l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) – font état de succès locaux. Toutefois, la criminalité transnationale continue d'étendre ses tentacules à travers le monde, échappant aux responsables du respect de la loi en se cachant dans des pays « sûrs » ou en changeant le tracé des routes du trafic. V. <http://www.unodc.org>. V. ANNEXE 1 : Tableau relatif aux problèmes de criminalité transnationale organisée.

⁸² V. G. CARCASSONNE, *De la discussion jaillit la lumière*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Cycle de conférences organisé par la Cour de cassation, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p. 78. L'auteur soulignait : « Que la procédure soit accusatoire, inquisitoire ou tierce n'est un problème que second par rapport aux questions qui sont posées à la Justice en général et à la Justice répressive en particulier (...) et qui exigent des réponses qui ne sont pas des réponses juridiques mais tout simplement des réponses budgétaires ».

⁸³ V. A. JACOBS, *Le droit Belge dans le concert européen de la justice négociée*, RIDP, 2012/1, vol. n° 83, p. 43.

⁸⁴ J. PRADEL, *Le plaider coupable : confrontation des droits américain, italien et français*, préc., p. 475. V. également M. LANGER, *From legal transplants to legal translations : The globalization of plea bargaining and the americanization thesis of criminal procedure*, 45 Harvard International Law Journal, n° 1, Winter 2004. L'auteur souligne que depuis la Seconde Guerre mondiale, le système légal américain est devenu l'un des systèmes les plus influents dans le monde.

⁸⁵ Allemagne, Italie, Espagne, Portugal. V. *Le plaider coupable*, Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 122, mai 2003. Il convient de souligner que si le Portugal et l'Espagne prévoient une procédure de jugement accéléré au terme d'un accord entre l'accusation et la défense après que celle-ci se soit déclarée coupable, il n'est pas prévu qu'une réduction de peine soit accordée en échange. Le seul bénéfice accordé à l'auteur de l'aveu est que le procès est écourté par le passage direct au prononcé de la peine avec la possibilité, au terme de l'article 344 du Code de procédure pénale Portugais, d'obtenir une diminution des frais de justice.

⁸⁶ V. Recommandation n° R (87) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres concernant la simplification de la justice pénale, adoptée le 17 septembre 1987.

son efficacité⁸⁷. Ainsi, c'est bien une contagion générale des différentes législations pénales européennes par des maux similaires à ceux connus aux États-Unis qui a provoqué l'adoption par certains systèmes romano-germaniques de remèdes identiques à ceux des systèmes de *Common Law*.

18. Le cas de l'Italie. Dans le concert européen de la justice négociée⁸⁸, l'Italie est considérée comme le pays ayant développé la pratique du *plea bargaining* dans sa forme la plus fidèle au modèle américain⁸⁹. La réforme du système italien a procédé d'une longue gestation dont les prémices se trouvent dans la Constitution italienne du 1^{er} janvier 1948 et s'est essentiellement développée en réaction contre le régime fasciste. À cette époque la procédure accusatoire apparaît comme la plus apte à garantir un juste procès⁹⁰ même si ce n'est qu'en 1988⁹¹ que le nouveau Code de procédure pénale italien, reprenant pour une large part les principes accusatoires, verra le jour⁹². Les principaux caractères du système accusatoire étant source d'allongement du procès pénal en ce que l'audience de jugement est dans les pays de *Common Law* particulièrement « consommatrice de temps et de ressources »⁹³, c'est assez naturellement que l'Italie, à l'instar des États-Unis – précurseurs en la matière – a adopté des procédures alternatives à l'audience de jugement, dites procédures négociées. Ainsi, le législateur italien a considéré que l'évidence probatoire⁹⁴, autrement dit l'aveu, permettait de faire l'économie des caractères chronophages du procès pénal

⁸⁷ J. PRADEL, *La célérité de la procédure pénale en droit comparé*, RIDP, n° 66, 1995, p. 324, du même auteur, *La rapidité de l'instance pénale, aspects de droit comparé*, RPDP, 1995, p. 213 ; C. SAAS, *Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ?*, RPDP, n° 1, janv. 2008, p. 17 ; M. CHIAVARIO, *La justice négociée, une problématique à construire*, Arch. pol. crim. 1993, n° 15, p. 27 et s.

⁸⁸ Expression tirée du titre de l'article de A. JACOBS, *Le droit Belge dans le concert européen de la justice négociée*, préc.

⁸⁹ S. C. THAMAN, *World plea bargaining, Consensual procedures and avoidance of the full criminal trial*, Carolina Academic Press, 2010, p. 59 : « *The Italian Plea Bargaining, has been much more faithful to the American model (...)* » ; W. T. PIZZI, L. MARAFIOTI, *The new Italian Code of Criminal procedure: The difficulties of building an Adversarial trial system on a civil foundation*, Yale Journal of International Law, 1992, p. 1 ; S. P. FRECCERO, *An introduction to the new Italian criminal procedure*, 21 American Journal of Criminal Law, 1994, p. 345.

⁹⁰ Rapport d'information n°162 (2010-2011) de MM. Jean-René LECERF et Jean-Pierre MICHEL fait au nom de la Commission des lois, *Les clés d'une réforme équilibrée : les expériences allemandes et italiennes*, Documents du Sénat, série législation comparée.

⁹¹ Sur la réforme de la procédure pénale en Italie, v. P. TONINI et S. COLIZZI, *Le nouveau code de procédure pénale italien*, Rev. sc. crim., 1989, p. 206 et s. ; G. D. PISAPIA, *Le nouveau code de procédure pénale italien*, Arch. pol. Crim., n°13, 1991, p. 115 ; J. J. MILLER, *Plea bargaining and its analogues under the New Italian criminal procedure Code and the United States*, 22 Journal of International Law and Politics, 1990, p. 215 et s.

⁹² G. D. PISAPIA, *Le nouveau Code de procédure pénale italien*, in Cahiers de défense sociale, Arch. pol. Crim., n°13, 1991, p. 115.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ P. TONINI, S. COLIZZI, *Le nouveau code de procédure pénale italien*, Rev. sc. crim., 1989, p. 206.

accusatoire et a donc favorisé l'émergence d'un processus de justice pénale négociée. À ce titre, deux catégories de procédures négociées peuvent être distinguées selon l'infraction en cause.

Premièrement, lorsque l'auteur d'un comportement infractionnel encourt une peine inférieure à cinq ans d'emprisonnement et que, du fait de la survenance d'un aveu, la preuve de la culpabilité ne fait pas de difficulté, un accord entre le parquet et la partie poursuivie est recherché⁹⁵. Il s'agit ici de la procédure nommée « *patteggiamento* »⁹⁶, ou « *applicazione della pena sulla richiesta delle parti* »⁹⁷ illustrant un processus de négociation de la peine à la suite d'un aveu de culpabilité⁹⁸.

Deuxièmement, le législateur italien est allé plus loin dans le mimétisme avec la procédure accusatoire et plus particulièrement avec le *plea bargaining* en ce qu'il a introduit une procédure de « *giudizio abbreviato* »⁹⁹ (*jugement abrégé*). Cette procédure permet un traitement anticipé de l'affaire à l'initiative de la personne poursuivie ainsi que la condamnation à une peine négociée en accord avec le parquet et ce, pour toutes les infractions, quelle que soit leur gravité.

Pour ces deux types de procédures, les garanties procédurales sont assurées par le contrôle d'une autorité juridictionnelle. Celle-ci se borne toutefois à un contrôle de la recevabilité de la demande, de la qualification juridique de l'infraction ainsi que de l'adaptation de la peine à la personne du délinquant. Une étude issue de travaux parlementaires montre que pour l'année 2008 le pourcentage des procès suivant ces procédures alternatives en Italie était bien supérieur à celui des procès suivant la procédure ordinaire, c'est-à-dire mettant en œuvre une audience traditionnelle et des débats contradictoires¹⁰⁰.

Peu après le système italien, la pratique de la négociation en matière pénale s'est développée dans le système procédural allemand à partir des années 1990.

⁹⁵ Le cas échéant avant même la fin de l'enquête. V. G. D. PISAPIA, *Le nouveau Code de procédure pénale italien*, préc., p. 12.

⁹⁶ *Patteggiamento* se traduit en anglais par « *bargain* », « marchandage » en français.

⁹⁷ Application de la peine sur requête des parties. *Codice di procedura penale, Libro VI : Procedimenti speciali, Titolo II : Applicazione della pena su richiesta delle parti*, Art. 444 *Codice di procedura penale*.

⁹⁸ La peine requise par le ministère public ne pouvant pas dépasser deux ans d'emprisonnement.

⁹⁹ *Codice di procedura penale, Libro VI : Procedimenti speciali, Titolo I : Giudizio abbreviato. Art. 438 – 443 Cpp.*

¹⁰⁰ 87,97 % de procès suivant la procédure alternative contre 12,99 % pour les procès suivant la procédure classique. V. Documentation du Sénat, série législation comparée, *Éléments statistiques concernant le tribunal ordinaire pour les années 2007 et 2008*, préc. Sur les conséquences négatives de ces procédures, v. A. MITONE, *La défense pénale en Italie*, in *La défense pénale à l'étranger*, XIX^e Congrès de l'association française de droit pénal, 2009, RPDP, numéro spécial, 2010, p. 241.

19. Le cas de l'Allemagne. Aborder la question de la négociation au sein de ce pays est intéressant en ce que le système de justice pénale allemand représentait, selon un auteur comparatiste, « l'archétype du pays sans *plea bargaining* »¹⁰¹. Pourtant, à l'instar de l'Italie, la législation allemande fait désormais une place importante à la négociation en matière pénale. À la différence de ce qui peut être observé dans les systèmes américain et italien, l'échange autour de l'aveu et de la peine n'a pas été initié au départ par le parquet mais est apparu sous l'impulsion des juges du fond. Ce sont eux qui, devant des affaires complexes appelant des procédures longues et compliquées, ont amorcé des négociations avec les autorités de poursuites et les avocats de la défense au terme desquelles cette dernière était invitée à reconnaître sa culpabilité et à renoncer au droit à une procédure contradictoire. En contrepartie, le juge s'engageait à réduire la peine ; les débats sur les preuves s'en trouvaient abrégés, voire supprimés, et la peine réduite¹⁰². Si la pratique était plus ou moins tolérée et relativement décriée par la doctrine¹⁰³, la Cour fédérale de justice, au vu de l'usage récurrent qui en était fait par les juges¹⁰⁴, finit par l'autoriser dans une décision du 28 avril 1997¹⁰⁵. Par la suite, la négociation prit une telle ampleur¹⁰⁶ que le législateur est intervenu par une loi du 4 août 2009¹⁰⁷, consacrant ainsi ces échanges informels sur la peine et entérinant une « pratique installée *praeter legem* »¹⁰⁸.

Présentée comme la réforme la plus importante dans le Code de procédure pénale allemand¹⁰⁹ depuis son entrée en vigueur en 1879¹¹⁰, la négociation porte sur l'aveu de culpabilité ainsi

¹⁰¹ J. H. LANGBEIN, *Law without plea bargaining : How the Germans do it*, 78 Michigan Law Review, n° 2, déc. 1979, p. 204.

¹⁰² A. JACOBS, *Le droit Belge dans le concert européen de la justice négociée*, préc., p. 53, n° 4.

¹⁰³ V. notamment la dénonciation des accords sur la peine par un auteur usant d'un pseudonyme : « Detlef Deal », dans un article publié en 1982, *Der strafprozessuale Vergleich*, 2 Strafverteidiger, p. 545.

¹⁰⁴ Th. WEIGEND parle d'un système dont les protagonistes du procès pénal ne peuvent plus se passer, « une drogue dont les juges et les avocats seraient devenus dépendants », in *Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile ? Anmerkungen zu den Entscheidungen BGHSt 43, 195 und BGH, NSStZ 1999, p. 57 et s.* cité par J. LEBLOIS-HAPPE, *Chronique de droit pénal allemand*, RIDP, 2010/1, p. 277, vol. 81, p. 302.

¹⁰⁵ J. LEBLOIS-HAPPE, *Chronique de droit pénal allemand*, préc., p. 300.

¹⁰⁶ V. M. FROMMANN, *Regulating Plea bargaining in Germany : Can the Italian Approach serve as a Model to guarantee the independence of German Judges ?* 5 Hanse Law Review, 2009, p. 200. L'auteur relève que la moitié des affaires pénales se trouvaient réglées par une diminution de peine en échange d'un aveu, spécialement en matière de délinquance économique, criminalité en col blanc et trafic de drogues. V. également J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd., 2008, p. 452, spéc., n° 429 ; C. SAAS, *Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ?*, RPD, 2008, p. 40 et s. spéc., p. 54.

¹⁰⁷ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, Loi relative aux accords en procédure pénale. BGBl (Federal Law Gazette), 2009, p. 2353.

¹⁰⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, *Chronique de droit pénal allemand*, p. 299.

¹⁰⁹ « *Strafprozessordnung* », connu sous l'abréviation « StPO ».

¹¹⁰ Depuis cette loi, la procédure allemande est duale : une procédure classique et une procédure négociée y cohabitent. V. T. SWENSON, *The German Plea bargaining Debate*, 7 Pace International Law Review, 1995, p. 373 ; J. LEBLOIS-HAPPE, X. PIN, J. WALTHER, *La peine négociée*, in *Chronique de droit pénal allemand*, RIDP, 2005, 3/4, vol. 76, p. 523 et s.

que la renonciation à un procès ordinaire et s'intitule « *Verständigungen* » ou « *Absprachen* »¹¹¹. Pouvant avoir lieu à toutes les étapes de la procédure, les accords sur la peine sont initiés soit par le ministère public, soit par la personne poursuivie¹¹², soit par le juge lorsque le procédé est mis en œuvre lors de la phase décisive¹¹³. Cela étant, comme dans la pratique américaine et italienne, l'accord ainsi discuté doit être entériné par un juge qui se trouve lié par son contenu et ce, quelque soit le stade de la procédure ayant servi de cadre à la négociation.

20. Le plaider coupable dans la répression des crimes contre la communauté internationale. De manière semblable à la procédure applicable au sein des systèmes de *Common Law* et des législations italienne et allemande, la procédure devant la Cour pénale internationale prévoit la possibilité d'un plaider coupable auquel peut être associé, en amont, un accord entre l'accusé et le procureur.

La répression des violations graves des droits humains par les juridictions pénales internationales s'effectue sur la base d'une procédure hybride empruntant des éléments des principaux systèmes juridiques nationaux¹¹⁴. Aussi, et en dépit du constat d'un dispositif procédural fondé sur un aveu de culpabilité pouvant être précédé d'un échange entre l'accusation et la défense, qui illustre nettement une forte empreinte accusatoire¹¹⁵, la

¹¹¹ Qui signifie respectivement « accord » et « négociation ». La loi de 2009 retient le terme de « *Verständigungen* », v. J. LEBLOIS-HAPPE, *Chronique de droit pénal allemand*, préc., p. 300 ; A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité – Étude comparée des justice pénales française et anglaise*, préc., p. 68, spéc. n° 74.

¹¹² § 160 b et 202 de la StPO.

¹¹³ § 257 c de la StPO. V. J. HERRMANN, *Bargaining justice – A bargain for German Criminal Justice ?* University of Pittsburg Law Review, 1992, pp. 755-757. Le rôle actif du juge dans la négociation est une spécificité de la procédure allemande que l'on ne retrouve ni dans les système de *Common Law*, ni dans les procédures de négociation développées dans des pays européens tels que l'Italie ou la France. En Allemagne, le juge est parfois présenté comme un véritable partenaire dans la négociation, à part égale avec le procureur et la défense, ce qui pose la question de savoir si sa neutralité et son indépendance sont suffisamment préservées. V. A. JACOBS, *Le droit Belge dans le concert européen de la justice négociée*, préc., p. 54; M. FROMMANN, *Regulating plea bargaining in Germany, Can the italian approach serve as a model to guarantee the independence of German Judges?*, préc., p. 204.

¹¹⁴ Au lendemain de la seconde guerre mondiale, deux tribunaux internationaux ont été créés : le tribunal de Nuremberg (8 août 1945) et le tribunal militaire international pour l'Extrême orient ou tribunal de Tokyo (19 janvier 1946) afin de juger les grands criminels de guerre. Dans les années 1990, deux autres juridictions *ad hoc* ont été instituées, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY, 22 février 1993) et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR, 8 novembre 1994). Créée au sein du statut de Rome signé le 17 juillet 1998 et officiellement compétente pour statuer sur les infractions qualifiées de génocide, crime contre l'humanité, crime d'agression et crime de guerre depuis le 1^{er} juillet 2002, la Cour pénale internationale siège de façon permanente à La Haye. V. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 12 éd. Dalloz, 2013, pp. 379-394.

¹¹⁵ V. G. BERTRAND TIADJEU, *Le plaider coupable : de la Common Law à la procédure pénale internationale*, éd. Universitaires européennes, 2011, p. 7.

procédure applicable devant la CPI peut être qualifiée de « mixte »¹¹⁶. En effet, selon les termes de l'article 64 (8) (a) du Statut de Rome, à l'ouverture du procès, la Chambre de première instance donne lecture à l'accusé des charges préalablement confirmées par la Chambre préliminaire. La Chambre de première instance s'assure que l'accusé comprend la nature des charges retenues contre lui et donne à ce dernier la possibilité de plaider coupable ou non coupable¹¹⁷. Le Statut mentionne également que des discussions relatives à la modification de chefs d'accusation ou à la modulation de la peine en échange d'un aveu de culpabilité peuvent avoir lieu mais n'engagent pas la Cour¹¹⁸. En cas de verdict de culpabilité consécutif à un plaider coupable, la peine prononcée est réduite. Bien que les juges ne soient pas impliqués dans les négociations, ils jouent cependant un rôle primordial dans l'appréciation de la validité de l'aveu de culpabilité et de l'opportunité de l'accord. Lorsque l'accusé plaide coupable comme le prévoit l'article 64 (8) alinéa a, les juges de la Chambre de première instance doivent en effet déterminer que l'accusé comprend la nature et les conséquences de son aveu (Art. 65 (1) alinéa a), vérifier que ce dernier a été donné volontairement (alinéa b) et qu'il est étayé par les faits de la cause (alinéa c)¹¹⁹.

21. Propagation du *plea bargaining*. Au terme de cette présentation des diverses manifestations de la négociation en matière pénale, il semble que le procédé ne doit plus être considéré comme l'apanage exclusif des pays de *Common Law*. L'examen de la procédure devant la CPI permet d'affirmer que la négociation du plaidoyer « s'inscrit dans le cadre d'une procédure pénale mixte¹²⁰ ». Également, l'analyse des dispositions italiennes et allemandes sur ce point illustre qu'une architecture procédurale appartenant à la tradition juridique de *Civil Law* ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'une négociation entre le mis en cause et l'autorité de poursuite, incluant parfois même le juge, comme c'est le cas en

¹¹⁶ V. M. DELMAS-MARTY, *La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès*, Rev. sc. crim., 2005, p. 473 et s. L'auteur relève que l'article 53 du statut de la CPI relatif à l'ouverture d'une enquête et au déclenchement des poursuites par le procureur illustre un compromis entre le choix d'une stricte légalité et celui de l'opportunité des poursuites, « une sorte d'hybridation entre les diverses traditions nationales (...) entre deux systèmes juridiques différents, celui des pays relevant de la *Common Law* et celui des pays de droit romain ».

¹¹⁷ Art. 65 du Statut de Rome : Procédure en cas d'aveu de culpabilité.

¹¹⁸ Art. 65 (3) du Statut de Rome.

¹¹⁹ Art. 65 (1) c : « Si l'aveu de culpabilité est étayé par les faits de la cause tels qu'ils ressortent : i) Des charges présentées par le Procureur et admises par l'accusé ; ii) De toutes pièces présentées par le Procureur qui accompagnent les charges et que l'accusé accepte ; iii) De tous autres éléments de preuve, tels que les témoignages, présentés par le Procureur ou l'accusé ».

¹²⁰ A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité – Étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 79, spéc. n° 88.

Allemagne. À l'aune de ces observations, il apparaît possible d'identifier des caractéristiques communes aux différentes pratiques de la négociation dans la justice pénale.

C. Les caractéristiques communes aux différentes pratiques de la négociation

22. Manifestations de la procédure accusatoire. Si le choix de l'Allemagne et de l'Italie pour illustrer la propagation de la négociation du plaidoyer de culpabilité en Europe peut paraître restreint, il est lié au constat de l'existence au sein d'autres pays européens de procédures de plaider coupable mais qui n'ont pas, pour l'heure, donné lieu à une consécration légale de la négociation sur la peine. C'est par exemple le cas des pays tels que l'Espagne¹²¹, la Suisse¹²² et le Portugal¹²³, qui font bien état d'une procédure de « *guilty plea* », mais sans qu'il soit possible d'identifier une véritable forme de « *plea bargaining* » qui soit entérinée par la loi.

L'existence au sein de divers pays européens – de plus en plus nombreux – de procédures subordonnées à l'exigence légale de reconnaissance de sa culpabilité par l'auteur présumé de l'infraction illustre sans conteste une diffusion du modèle procédural accusatoire contemporain au-delà des pays qui appartiennent à la tradition juridique de *Common Law*.

¹²¹ La Loi organique n° 7 du 28 décembre 1988 relative à la procédure abrégée applicable à certaines infractions a introduit dans le code de procédure pénale espagnol une disposition permettant à l'accusé de plaider coupable. Précisée par une loi organique du 24 octobre 2002, cette disposition implique que l'accusé renonce à la production des preuves en audience publique et permet que la peine soit prononcée directement au terme d'un jugement rapide dit « de conformité de l'aveu » mais n'entraîne pas de réduction de peine. L'aveu étant considéré comme une circonstance atténuante, il n'est pas le résultat d'une négociation avec la poursuite en amont du procès. V. étude de législation comparée n° 122, *Le plaider coupable*, documentation du Sénat. Pour des indications bibliographiques sur le droit pénal des pays de la Communauté européenne, v. le site internet : *The world Law guide*, <http://www.lexadin.nl/>.

¹²² Depuis le nouveau Code de procédure pénale suisse, instauré par Loi du 27 janv. 2010 dite « Loi d'introduction du Nouveau Code pénal Suisse », une procédure simplifiée est mise en œuvre lorsque le prévenu reconnaît les faits ainsi que les prétentions civiles. Toutefois, le législateur n'a pas jugé opportun de consacrer l'existence de négociations. En conséquence, la loi ne garantit pas au prévenu une réduction de peine en échange de son aveu de culpabilité. Art. 358 CPP suisse : « Jusqu'à la mise en accusation, le prévenu qui a reconnu les faits déterminants pour l'appréciation juridique ainsi que, au moins dans leur principe, les prétentions civiles, peut demander l'exécution d'une procédure simplifiée au ministère public. La procédure simplifiée est exclue lorsque le ministère public requiert une peine privative de liberté supérieure à cinq ans ».

Art. 362 du Code de procédure pénale suisse: « Si les conditions permettant de rendre le jugement selon la procédure simplifiée sont réunies, les faits, les sanctions et les prétentions civiles contenus dans l'acte d'accusation sont assimilés à un jugement. Le tribunal expose sommairement ces conditions ». V. M. MAZOU, *La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale : principes et difficultés*, Revue pénale suisse, 2011, pp. 1-21 ; A. JACOBS, *La procédure simplifiée suisse*, in RIDP, 2012 1/2, vol. 83, p. 51.

¹²³ Le Code de procédure pénale actuellement en vigueur au Portugal, « *Código processo penal* », qui date de 1987, comporte une disposition de portée limitée sur la reconnaissance préalable de culpabilité. Il s'agit de l'article 344 intitulé : « Confession », qui permet dans certaines circonstances, d'écourter le procès par le passage direct au prononcé de la peine. D'après l'article 344 du Code de procédure pénale portugais, si l'accusé confesse la totalité des faits qui lui sont reprochés, il renonce à la production des preuves en audience publique et considère les faits reprochés comme prouvés. La peine peut donc être prononcée directement et les frais de justice à la charge de l'accusé sont réduits. En revanche, le Code ne prévoit pas de réduction de peine.

Néanmoins, lorsqu'il est possible d'identifier une véritable pratique de négociation, aucun système ne met en place le même type de procédures. Comme le souligne un auteur, le droit négocié ou les procédures de négociation « renvoient moins à un modèle unique qu'à un modèle pluriel. Il s'agit moins un modèle pur qu'un modèle mixte »¹²⁴.

Ceci étant, les développements relatifs à la pratique de la négociation en matière pénale en vigueur aux États-Unis, en Italie, en Allemagne et devant la CPI permettent de dégager des traits communs à l'ensemble des procédures considérées, autorisant dès lors à élaborer une définition du procédé afin d'amorcer la délimitation du champ d'étude.

Eu égard à la convergence dans de nombreux pays de différentes pratiques en marge de la procédure pénale traditionnelle et alors que fleurissent en doctrine les concepts de « justice négociée, consensuelle ou participative »¹²⁵, il importe de préciser les contours ainsi que le contenu de la négociation en matière pénale.

23. Contours du concept de négociation en matière pénale. La justice négociée peut recouvrir des réalités diverses. Au sens large, elle représente les différentes situations de fait ou de droit où le contentieux pénal fait l'objet d'un « commerce » au sens étymologique du terme (*negotiatio*), c'est-à-dire d'un débat entre les parties pour aboutir à un accord¹²⁶. Au sens strict, la justice négociée s'entend des procédures ouvrant le champ à l'échange entre les intervenants à la procédure pénale, partenaires à part entière d'une rencontre des volontés sous forme de propositions et de contrepropositions¹²⁷.

24. Définition. Telle que nous l'entendons dans cette étude, la justice négociée vise un processus de simplification des règles du procès pénal qui repose sur un échange entre une autorité de poursuite et la personne mise en cause portant sur le *quantum* de la peine et la preuve des faits. L'adoption d'une définition relativement étroite de l'objet d'étude est née de

¹²⁴ V. J-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Vol. 13, Cujas, 1993 ; D. MONDON, *Justice imposée, justice négociée : les limites d'une opposition, l'exemple du parquet*, Droit et Société, 30/31, 1995 ; F. TULKENS, M. Van de KERCHOVE, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?* in Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 446 ; M. DANTI-JUAN, *Le consentement et la sanction*, in *Mélanges offerts à P. COUV RAT*, PUF, 2001, p. 376 ; G. ROYER, *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaires*, in M. MASSÉ, J-P. JEAN, A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne*, PUF, coll. Droit et Justice, 2009, p. 313 et s.

¹²⁵ G. ROYER, *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaires*, préc., p. 312.

¹²⁶ M. CHIAVARIO, *La justice négociée : une problématique à construire*, Arch. pol. crim., 1993, n° 15, p. 27.

¹²⁷ A. JACOBS, *Le droit Belge dans le concert européen de la justice négociée*, préc., p. 44.

la volonté d'inscrire l'analyse dans une perspective comparatiste. La logique présidant à l'exercice de comparaison suppose que l'on ne compare que ce qui est comparable. Aussi, c'est au regard des critères de définition de l'objet de référence¹²⁸ qu'il convient de circonscrire l'objet d'analyse. Le champ d'étude se limitera dès lors aux procédures appelant une certaine collaboration du délinquant au processus pénal, qui se manifeste par un aveu de culpabilité en échange de quoi ce dernier bénéficiera d'une réduction de peine proposée par l'autorité de poursuite et avalisée par une autorité juridictionnelle.

25. Contenu du concept. De cette définition, plusieurs critères indispensables à l'identification du concept de « négociation en matière pénale » doivent être dégagés.

26. Un échange postérieur au déclenchement des poursuites. Tout d'abord, l'échange autour de la peine et de l'aveu s'effectue à la suite du déclenchement des poursuites par l'autorité qui en a la charge. Il n'est donc pas question ici des modes de résolution des litiges nés de la commission d'une infraction effectués en amont de la décision sur le déclenchement de l'action publique, désignés sous l'appellation d'« alternatives aux poursuites » ou « MARC¹²⁹ ». Modes alternatifs de résolution des conflits en matière pénale, ce type de procédures implique un règlement du différend issu de la commission d'une infraction qui vise à exclure la mise en œuvre de l'action publique¹³⁰. Qualifiées de mesures de « troisième voie » entre l'action publique et le classement sans suite, ces procédures représentent un arsenal pénal important et ont été créées, pour l'essentiel, afin de lutter contre des formes précises de délinquance avant d'être totalement liées à l'objectif de désengorgement des

¹²⁸ V. *supra* n° 14.

¹²⁹ V. B. BRUNET, *Les modes alternatifs de règlement des litiges. Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit*, Gaz. Pal., 1997, 2nd sem., doct., p. 1674 ; C. JARROSSON, *Les modes alternatifs de règlements des conflits : présentation générale*, RIDC, 2-1997, p. 325 et s. ; M-E. CARTIER, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, RGDP, 1998, n° 1, p. 1 ; P-E. HERZOG, *Alternative dispute resolution*, in L. CADIÉT (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Dalloz, 2004, p. 27 ; M. CHAPAPRIA, *Le délégué du procureur*, RPDP, 2005, p. 841 ; D. SALAS, *Qu'est ce que la justice « réparatrice » ?*, Les cahiers de la justice, printemps 2006, p. 22. L'auteur souligne que le mouvement *Alternative dispute resolution* existe de longue date aux États-Unis et vise à favoriser la régulation non judiciaire afin d'endiguer la montée des contentieux ; F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites : une autre justice pénale*, thèse, Université de Lille II, 2006 ; M-C. DESDEVISES, *L'option entre prévention et répression; les alternatives aux poursuites, un nouveau droit pénal des majeurs*, in *Mélanges R. OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 167 ; D. DÉCHENAUD, *Les voies alternatives*, in V. MALABAT, B. de LAMY et M. GIACOPELLI, *Droit pénal, Le temps des réformes*, actes du colloque des 7-9 octobre 2009, Bordeaux IV, Litec, 2011, p. 218 ; W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, Thèse, Lyon III, 2005 ; J-B. PERRIER, *Alternatives aux poursuites; l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique*, D. 2011, p. 2349 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17 éd. Cujas, 2013, p. 547 et s.

¹³⁰ V. Ph. CONTE, *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » de l'action publique à l'action à fin publique ?*, in *Mélanges offerts à R. GASSIN*, PUAM, 2007, p. 190.

tribunaux. De la procédure de l'amende forfaitaire¹³¹, consacrée en 1972 dans le cadre de la lutte contre la délinquance contraventionnelle en matière de circulation routière¹³², au rappel à la loi¹³³ en passant par la médiation pénale¹³⁴, les alternatives aux poursuites s'inscrivent dans une logique de systématicité de la réponse pénale et illustrent une gradation de la chaîne de traitement judiciaire des infractions intégrant la gravité des faits mais aussi les impératifs de gestion des flux¹³⁵. La dimension gestionnaire et l'esprit consensuel qui animent les procédures alternatives aux poursuites les rapprochent des procédures de négociation en matière pénale. Cependant, le stade procédural auquel elles sont mises en œuvre ainsi que l'objectif d'évitement des poursuites pour des affaires certes peu graves, mais pour lesquelles il convient d'apporter tout de même une réponse pénale¹³⁶, en font une catégorie qui n'épouse pas parfaitement les critères de définition de la négociation. De plus, là où les procédures de négociation illustrent un processus visant à la conclusion d'un accord entre une personne privée et une personne publique, le dialogue instauré lors de la mise en œuvre d'une alternative aux poursuites – spécialement lors d'une médiation pénale – est à l'origine d'un accord conclu entre parties privées sous le contrôle d'un tiers. Répondant à un schéma procédural différent de celui observé en matière de procédures de négociation, les alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale – véritable voie de contournement de l'action pénale¹³⁷ – ne seront dès lors pas traitées dans le cadre de cette étude.

¹³¹ Art. 529 et 529-6 C. pr. pén., v. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 3^e éd, Economica, 2013, p. 848, spéc., n° 1262 et s.

¹³² Loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contravention et Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de droit pénal et de procédure pénale.

¹³³ Art. 41-1 1° issu de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. Il convient de souligner que ce dispositif peut être observé bien avant son introduction formelle à l'article 41-1 1° du Code de procédure pénale, au milieu du XIX^e siècle. Il existait en effet un pouvoir d'avertissement préventif qui consistait en un avertissement dispensé par le parquetier au mis en cause, lui rappelant qu'il a commis un écart de conduite et qu'il lui appartient de ne pas le renouveler, faute de quoi l'indulgence dont il aura alors joui ne sera pas réitérée, v. X. MOROZ, *Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle*, Arch. pol. crim., 2003, n° 25, p. 87 et s., spéc., p. 90.

¹³⁴ Art. 41-1, 5° C. pr. pén. La médiation pénale a été instituée par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale et se distingue selon qu'elle concerne les majeurs (art. 41-1, 5°) ou les mineurs (art. 12-1, ord. 2 février 1945), V. C. LAZERGUES, *Essai de classification des procédures de médiation*, Arch. pol. crim., 1992, p. 17 ; M. FAYON, *La médiation pénale*, Arch. pol. crim., 1994, n° 14, p. 11 ; M. GIACOPELLI, *La médiation en matière pénale, l'exemple de la médiation réparation*, RPDP, 2006, p. 37 ; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, JCP, 2008, I, p. 131 ; J-B. PERRIER, *Médiation pénale*, Rep. pén. 2013 ; E. MAUREL, *Le recours à la médiation par le procureur de la république*, AJ. Pén. Mai 2011, p. 219 ; P. MBANZOULOU, *Médiation pénale*, L'Harmattan, 2012.

¹³⁵ V. Circulaire CRIM 2004-03 E5 du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur.

¹³⁶ V. sur ce point O. SAUTEL, *Les alternatives aux poursuites, un exemple de « dérive »*, in Mélanges en l'honneur de C. LAZERGUES, Dalloz, 2014, p. 797 et s. spéc., p. 801. L'auteur souligne que les alternatives sont des réponses à des infractions de faibles intensités, pour lesquelles la réponse pénale n'est pas indispensable.

¹³⁷ O. SAUTEL, *Les alternatives aux poursuites, un exemple de « dérive »*, préc., p. 797.

27. Un échange supposant une intervention juridictionnelle. Ensuite, compte tenu des principes propres à la matière pénale¹³⁸ et eu égard à la spécificité de l'objet de la discussion, la mise en œuvre d'une procédure de négociation suppose l'intervention d'une autorité juridictionnelle visant à avaliser l'accord intervenu entre le délinquant et l'autorité de poursuite. Le constat d'une relation triangulaire dans le cadre de la négociation en matière pénale conduit alors à exclure du champ d'étude la transaction pénale telle que prévue à l'article 6 du Code de procédure pénale.

28. Exclusion de la transaction prévue à l'article 6 du Code de procédure pénale. Définie comme « un accord entre une personne susceptible de faire l'objet de poursuites et une autorité légalement investie du droit d'engager celles-ci, au terme duquel l'acceptation et la réalisation des mesures proposées par la seconde à la première éteint l'action publique »¹³⁹, la transaction pénale permet de mettre un terme au litige né de l'infraction, et ce au moyen de concessions faites tant par l'auteur des faits que par les autorités de poursuites sans recours à la voie juridictionnelle¹⁴⁰. En l'état actuel du droit positif, l'action publique ne s'éteint par transaction que lorsque la loi en dispose expressément¹⁴¹, aussi ce procédé ne constitue pas un mode général d'extinction de l'action publique. Cela étant, au regard de l'importance des contentieux dans lesquels elle trouve à s'appliquer la transaction dispose d'un champ d'application étendu¹⁴². Bien entendu, l'échange et l'accord entre délinquants et autorités de poursuites observés lors de la mise en œuvre d'une transaction en font une procédure relativement proche des critères de définition de la négociation en matière pénale. Pour autant, il semble que le contenu de l'accord identifiable en matière de transaction diffère de celui qui fonde les procédures de négociation au sens ici retenu¹⁴³. Alors que ces dernières supposent un échange relatif au *quantum* de la peine et aboutissent au prononcé d'une condamnation par une autorité juridictionnelle, la transaction pénale vise précisément à éviter le recours au juge. Il s'agit en effet d'un mode extra-judiciaire de règlement des litiges qui n'illustre pas de concessions de la part des autorités relative à la peine mais en premier lieu sur l'absence de

¹³⁸ Notamment le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement, v. Art. Préliminaire du Code de procédure pénale.

¹³⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 731, spéc. n° 1051.

¹⁴⁰ V. J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, LGDJ, 2014, p. 188, spéc., n° 209.

¹⁴¹ Art. 6 al. 3 C. pr. pén : « (...) Elle peut, (l'action publique) en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément (...).

¹⁴² Plusieurs administrations disposent du droit de transiger, que l'on peut classer en deux catégories. La première catégorie regroupe l'administration fiscale et douanière et illustre les transactions les plus usitées et les plus anciennes. La seconde catégorie vise les infractions en matière environnementale, économique ou encore sociale. V. M. BOITARD, *La transaction pénale en droit français*, Rev. sc. crim., 1941, p. 151 ; M. DOBKINE, *La transaction en matière pénale*, D. 1994, chron., p. 139 ; J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 137, spéc. n° 157 et s. ; v. également M. REDON, *Transaction*, Rep. pén., mise à jour mars 2013.

¹⁴³ V. M. REDON, *Transaction pénale*, préc., n° 39 : « La transaction ne constitue pas une peine, au contraire ».

déclenchement de l'action publique¹⁴⁴. Enfin, dès lors que l'on se réfère au critère déterminant des procédures de négociation – l'aveu – force est de constater que la transaction diffère de ces dernières. Alors que la reconnaissance de l'infraction est une condition préalable à la mise en œuvre des procédures de négociation, la transaction fait de cette reconnaissance une conséquence. En ce sens, et à la différence des procédures de négociation, aucune disposition légale expresse ne fait état de la nécessité d'une reconnaissance de l'infraction par la personne poursuivie pour mettre en œuvre une procédure de transaction. À la lumière de ces diverses considérations, spécialement en raison de l'absence de certains critères de définition essentiels à l'identification d'une procédure de négociation au sein de la transaction, il semble justifié de ne pas intégrer cette procédure à l'étude de la négociation en matière pénale.

29. La transaction prévue à l'article 41-1-1 du Code procédure pénale. La Loi du 15 août 2014¹⁴⁵ a introduit au sein du Code de procédure pénale un nouvel article 41-1-1 pour permettre à un officier de police judiciaire de proposer à l'auteur des faits, pour certaines infractions, une transaction pénale, consistant dans le versement d'une amende qui éteindra l'action publique¹⁴⁶. Nécessitant l'homologation du président du tribunal de grande instance¹⁴⁷, cette procédure illustre cette fois bon nombre des critères de définition de la négociation en matière pénale et participe incontestablement de l'esprit de régulation qui l'anime¹⁴⁸. Le schéma procédural qui s'illustre en la matière incite à l'identifier à la procédure de composition pénale¹⁴⁹ et pourrait, à ce titre, justifier une intégration dans le champ d'étude¹⁵⁰. Néanmoins, la composition pénale, à la différence de la procédure prévue à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale, ne s'applique qu'aux personnes physiques qui

¹⁴⁴ Le critère lié au stade procédural de la mise en œuvre de la négociation, à savoir postérieurement au déclenchement des poursuites, ne peut donc être identifié à l'égard de la transaction pénale telle qu'envisagée à l'article 6 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁵ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JORF n° 0189 du 17 août 2014.

¹⁴⁶ V. J-B. PERRIER, *La transaction pénale de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ?* D. 2014, p. 2182.

¹⁴⁷ Art. 41-1-1 al. 3 C. pr. pén : « La transaction autorisée par le procureur de la République, proposée par l'officier de police judiciaire et acceptée par l'auteur de l'infraction, est homologuée par le président du tribunal de grande instance ou par un juge par lui désigné, après avoir entendu, s'il y a lieu, l'auteur de l'infraction assisté, le cas échéant, par son avocat ».

¹⁴⁸ Il faut toutefois souligner que comme son homonyme prévue à l'article 6 du Code de procédure pénale, la transaction de l'article 41-1-1 du même Code illustre un échange portant non pas sur la détermination du *quantum* de la peine mais sur la poursuite. Dans le sens d'une distinction entre les procédures de transaction et les procédures retenues au titre de la négociation en matière pénale, v. la décision du Conseil constitutionnel, Déc. n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, cons. n° 8 : « La transaction homologuée ne présentant, en elle-même, aucun caractère exécutoire et n'entraînant aucune privation ou restriction des droits de l'intéressé et devant être exécutée volontairement par ce dernier (...), les mesures fixées dans la transaction ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition ».

¹⁴⁹ V. *infra* n° 31.

¹⁵⁰ Sur ce point, v. J-H. ROBERT, *Punir dehors, Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014*, D. pén., Septembre 2014, p. 6, spéc. n° 13. L'auteur parle à ce sujet d'une « variante mineure de la composition pénale ».

reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans. Aussi, en dépit du partage d'un schéma procédural commun, l'exigence légale expresse d'une reconnaissance de culpabilité semble, comme pour la transaction de l'article 6 du Code de procédure pénale, constituer un critère permettant de distinguer la procédure prévue à l'article 41-1-1 du même Code des modalités retenues au titre du processus de négociation, conduisant alors à exclure cette dernière de l'analyse.

Au terme d'un rapide tour d'horizon des procédures qui ne caractérisent pas le concept de négociation en matière pénale, la présentation des procédures qui en constituent en revanche l'emblème se révèle désormais plus aisée. Aussi, il convient de déterminer les procédures qui reflètent parfaitement les critères de définition de la négociation en matière pénale tels qu'ils résultent de l'observation du *plea bargaining* américain ainsi que de ses dérivés européens.

II. Les procédures de négociation du plaidoyer de culpabilité en droit français

30. Identification de l'objet d'analyse. Dès lors que l'on cherche à identifier les critères de définition de la négociation dans la matière pénale française, à savoir l'existence d'un échange entre l'auteur présumé d'une infraction et l'autorité de poursuite aboutissant à un accord sur la peine qui permet un jugement accéléré, plusieurs procédures suscitent l'intérêt, que l'on peut scinder en deux catégories. La première a trait au domaine de la négociation entendu *stricto sensu* et invite à envisager trois types de dispositions procédurales faisant état d'un échange « aveu/ modulation de la peine » entre les autorités de poursuite et la personne poursuivie (A). La seconde a trait à la négociation en *matière pénale*, qui conduit alors à dépasser le cadre du droit pénal au sens strict pour insérer, eu égard aux critères de définition de la notion adoptés par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵¹, des procédures qui ne

¹⁵¹ V. Groupe de recherche droits de l'homme et logiques juridiques, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Rev. sc. crim., 1987, p. 819 ; R. KOERING-JOULIN, P. TRUCHE, *Retour sur le champ pénal européen*, in *Mélanges offerts à L. E. PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 524 ; J.PRADEL, G. CORTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Dalloz, 2009, spéc., n° 339. Sur les arrêts de la Cour européenne à l'origine de l'autonomisation de la notion de matière pénale et déterminant l'applicabilité des garanties de l'article 6 à propos de trois types de sanctions, v. CEDH, *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, concernant des sanctions disciplinaires militaires ; CEDH, *Oztürk c/ Allemagne*, 21 fév. 1984, req. n° 8544/79

relèvent pas du droit pénal mais qui correspondent néanmoins aux critères de la négociation dans le cadre de la répression tels que relevés dans cette étude (B).

A. Les procédures relevant stricto sensu du domaine de la négociation

31. La procédure de composition pénale. La recherche des critères de définition de la négociation au sein du paysage procédural français amène à envisager trois procédures.

La première, dénommée « composition pénale » a été introduite au sein du Code de procédure pénale à l'article 41-2 par la loi du 23 juin 1999¹⁵². Présentée comme une alternative aux poursuites, ce qui fera l'objet de contestations¹⁵³, la composition pénale permet au procureur de la République de proposer à un individu, en échange d'une reconnaissance de culpabilité, d'exécuter telle ou telle mesure¹⁵⁴. Dès lors que l'échange entre le ministère public et l'auteur de l'aveu aboutit à un accord, le procureur de la République doit saisir par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition pénale.

Dire que la procédure de composition pénale fait directement écho aux procédures de négociation existantes aux États-Unis¹⁵⁵ serait une affirmation d'une part trop rapide, d'autre part lacunaire. L'instauration de la composition pénale dans le droit français est en effet le résultat de plusieurs facteurs au rang desquels les impératifs de gestion et de désengorgement des tribunaux font figure de fils directeurs. Ces objectifs, loin d'être l'apanage des seuls pays de *Common Law* comme il l'a été souligné, ont engendré des réformes allant dans le sens de leur réalisation et ce, de part et d'autre de l'Atlantique.

concernent des sanctions administratives et CEDH, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, 28 juin 1984, req. n° 7878/77, sur des sanctions disciplinaires pénitentiaires.

¹⁵² Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, art. 1^{er}.

¹⁵³ V. *infra* n° 69 et s. Il faut noter ici que pour certains auteurs de doctrine américains, la composition pénale est présentée sous l'appellation « *French plea bargaining* », v. M. LANGER, *From legal transplants to legal translations : the globalization of plea bargaining and Americanization thesis in criminal procedure*, in S. C. THAMAN, *World plea bargaining*, préc., p. 74.

¹⁵⁴ L'article 41-2 CPP énumère les mesures susceptibles d'être proposées par le parquet dans une liste qui s'étend quasiment chaque fois qu'une loi modifie le Code de procédure pénale et est accompagnée de nombreuses dispositions réglementaires (v. art. R. 15-33-38 et s. C. pr. pén.). Dix-huit mesures peuvent être proposées (la dernière a été introduite par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, v. Art. 41-2 4° bis) et évoquent pour l'essentiel des peines susceptibles d'être encourues en cas de poursuite. Pour une présentation de ces mesures sous forme de tableau v. *infra* n° 336. Pour une critique de l'appellation « alternatives aux poursuites », v. *infra* n° 69 et s.

¹⁵⁵ V. J. PRADEL, *Une consécration du « plea bargaining » à la française ; la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, D. 1999, II, p. 379 ; J-P. CÉRÉ, P. REMILLIEUX, *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le plaider coupable à la française*, AJ. pén., nov. 2003, p. 45 ; C. SAAS, *De la composition pénale au plaider coupable ; le pouvoir de sanction du procureur*, Rev. sc. crim., 2004, p. 827.

Ainsi, la loi du 23 juin 1999 « renforçant l'efficacité de la procédure pénale » qui a institué la composition pénale vise un objectif qu'il est possible de qualifier de commun non seulement aux États-Unis, mais plus généralement aux différentes législations dans le monde et que l'on retrouve dans d'autres mécanismes du droit français comme la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

32. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cette deuxième procédure répondant aux critères de définition de la négociation est issue de la loi du 9 mars 2004¹⁵⁶ dite « Perben II ». Postérieurement à l'introduction de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité au sein des articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale, qui n'a pas lu, entendu ou bien évoqué lui-même sa filiation avec le « *plea bargaining* » américain ? Dénommée « plaider coupable à la française » ou encore « négociation de plaidoyer de culpabilité »¹⁵⁷, la CRPC constitue une innovation qui place – dans la lignée de la composition pénale – les notions d'échange, d'aveu et d'accord au cœur du processus répressif. En effet, au terme de cette procédure, la personne mise en cause qui se déclare coupable des faits qui lui sont reprochés va pouvoir bénéficier d'une réduction de peine que le procureur, selon l'accord conclu avec la personne poursuivie, doit soumettre au président du tribunal aux fins d'homologation, en sachant que celui-ci peut soit homologuer l'accord, soit refuser de le faire, mais ne peut en modifier les termes¹⁵⁸.

Un plaidoyer de culpabilité, une réduction de peine requise par le procureur en échange, un accord soumis au contrôle de la part d'une autorité juridictionnelle qui précédera le prononcé d'une condamnation pénale : les critères essentiels à la reconnaissance d'une pratique de négociation en matière pénale sont clairement identifiables à l'égard de la procédure de composition pénale et de CRPC.

¹⁵⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁵⁷ I. PAPADOPOULOS, « *Plaider coupable* », *la pratique américaine, le texte français*, préc. ; J. PRADEL, *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*, RIDC, 2-2005, p. 473 et s. ; F. MOLINS, *Plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée*, AJ Pénal 2003, p. 61 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc. p. 569, spéc., n° 613 : « le plaidoyer de culpabilité » ; P.-J. DELAGE, *Résistances et retournements, Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure du plaider coupable*, Rev. sc. crim. 2010, p. 831 ; C. SAAS, *De la composition pénale au plaider coupable*, préc. ; D. CHARVET, *Réflexion autour du plaider coupable*, D. 2004, doct. p. 2517 ; J. PRADEL, *Défense du plaidoyer de culpabilité, A propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité*, JCP 2004, n°5, p. 169 ; P.-J. DELAGE, *De la bonne administration de la procédure de « plaider coupable »*, à propos de CA Toulouse 21 nov. 2007, D. pén., oct. 2008, étude 23.

¹⁵⁸ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 833, spéc., n° 1236 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc. p. 569, spéc., n° 613 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 9^e éd. 2013, LexisNexis, p. 1012, spéc., n° 1622 et s. ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2^e éd., Ellipses, coll. Université Droit, p. 401, spéc., n° 381 et s.

33. La preuve pénale, nouvel objet de négociation. Une première approche de ces procédures permet d'affirmer l'appréhension par la notion de négociation d'un nouvel objet : la preuve. La négociation offre à la justice le double avantage de décharger les organes de poursuites et de jugement de la recherche des preuves et d'accélérer l'issue du procès. Ce dernier se limitant au contrôle de l'accord entre le mis en cause et le procureur d'une part, et au prononcé de la peine d'autre part, la négociation a été rapidement perçue par le législateur comme un instrument de rationalisation du système répressif. Consacrée à l'origine pour assurer une réponse pénale à un nombre croissant d'infractions de faible gravité, la négociation est également apparue comme un moyen de lutte contre une délinquance plus grave que celle concernée par les procédures de composition pénale et de CRPC¹⁵⁹. Alors que ces dernières illustrent un processus dans lequel l'aveu porte nécessairement sur la culpabilité de son auteur, l'utilisation du mécanisme à l'égard des auteurs d'infractions relevant de la criminalité organisée¹⁶⁰ fait apparaître une logique quelque peu différente.

34. La négociation comme instrument de lutte contre la criminalité organisée, la procédure de recours aux collaborateurs de justice. En effet, lorsque la négociation intervient entre une autorité répressive et l'auteur d'une infraction relevant des articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale¹⁶¹, celle-ci implique l'intervention d'un aveu portant non pas sur la culpabilité de celui qui l'émet, mais sur celle d'autrui, qui invite à envisager la troisième procédure : le recours aux collaborateurs de justice.

Communément appelées « système des repentis »¹⁶², les dispositions relatives à ce type de négociation sont prévues à l'article 132-78 du Code pénal, introduit par la loi du 9 mars 2004 consacrant dans le même temps la CRPC. Les « repentis » peuvent être définis comme des auteurs d'infractions déterminées qui consentent à coopérer avec les autorités répressives en dénonçant leurs complices ou d'autres délinquants et qui, en retour, obtiennent des bénéfices divers et échappent à tout ou partie de la peine qu'ils auraient normalement dû encourir¹⁶³.

¹⁵⁹ Le champ d'application infractionnel de ces procédures fait l'objet de développements aux n° 63 et 77.

¹⁶⁰ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité prévoit une procédure dérogatoire applicable à la criminalité et à la délinquance organisées et a introduit dans le Code de procédure pénale les articles 706-73 et 706-74 relatifs aux infractions auxquelles s'applique cette procédure.

¹⁶¹ Ces articles font partie du Livre IV du Code de procédures pénale : « De quelques procédures particulières », Titre XXV : « De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisée ».

¹⁶² V. A. MIMHAN, *Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II »*, Dr. Pénal, 2005, Chron n° 1, pp. 6-11.

¹⁶³ V. M-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruylant, 2003, Bruxelles, p. 19.

Si l'article 132-78 du Code pénal concerne précisément le régime des peines¹⁶⁴, le processus qu'il décrit fait clairement état des critères de définition de la négociation. Certes, il n'est pas question d'un traitement négocié de l'auto-incrimination¹⁶⁵ mais il s'agit néanmoins d'une incitation à l'incrimination d'autrui en échange de quoi l'autorité de poursuite demandera à la juridiction de jugement une réduction ou une exemption de peine selon l'accord conclu au préalable. En ce sens, le système décrit à l'article 132-78 du Code pénal entre dans le champ de cette étude.

Certes, le recours à la dénonciation n'a jamais été une technique étrangère à notre Droit¹⁶⁶. Toutefois, il semble que la lutte contre le crime organisé telle qu'envisagée à l'étranger et plus particulièrement aux États-Unis a influencé le législateur français.

35. Origines des collaborateurs de justice en *Common Law*. Les collaborateurs de justice semblent avoir existé de tout temps dans le procès pénal anglo-saxon. L'ancêtre des collaborateurs de justice est la pratique de l'*approvement*¹⁶⁷ qui consistait à autoriser les cours à donner à un prévenu le choix de prouver la culpabilité de ses complices. Il pouvait en échange échapper à sa peine mais sous réserve que ceux-ci soient condamnés. Si les complices bénéficiaient d'un acquittement, l'*approver* était condamné à mort. La technique de l'*approvement* a disparu vers la fin du XVII^e siècle, mais l'indulgence à l'égard des

¹⁶⁴ V. E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, préc., p. 179., spéc. n° 411.

¹⁶⁵ Bien que l'on parle traditionnellement du droit de ne pas « s'auto-accuser », l'emploi du terme « auto-incrimination » et, partant, « incrimination d'autrui » a été préféré à celui « d'auto-accusation » pour décrire le mécanisme à l'œuvre lors du processus de négociation en matière pénale. Si l'on admet que l'incrimination est le travail du législateur et que la logique veut donc que l'on ne puisse s'incriminer soi-même, le choix d'utiliser le terme d'« auto-incrimination » tient cependant au constat de l'emploi par la Cour européenne des droits de l'Homme et par la Cour de justice de l'Union européenne de l'appellation : « droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination » ainsi qu'à l'expression employée par la Cour suprême des États-Unis : « *self incrimination* », v. Cour suprême des États-Unis, *Miranda v. Arizona*, 384. US. 436, 1966 ; CEDH, *Funke c/ France*, 25 février 1993, req. n° 10588/83 ; CEDH, *Salduz c/ Turquie*, 27 nov. 2008, req. n° 36391/02, § 50. La Cour européenne des droits de l'Homme parle du « droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même », sur ce point v. D. ROETS, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, AJ. pén., 2008, p. 119 ; CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission* ; req. n° 374/87 ; *Droit communautaire de la concurrence : le droit pour une entreprise de ne pas s'auto-incriminer*, D. 1990, p. 113, note C. GAVALDA, C. LUCAS de LEYSSAC ; v. également C. VIGOUROUX, conseiller d'État, *Le droit de se taire*, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de B. GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p. 1113. L'auteur souligne que « le refus de l'auto-incrimination caractérise l'État de droit » ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 3^e éd., Economica, coll. Corpus Droit privé, 2013, p. 429, spéc., n° 589. Les auteurs parlent du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, dénommé parfois « droit de ne pas s'auto-incriminer ».

¹⁶⁶ En témoignent les Codes de la Révolution et de l'Empire qui obligeaient les particuliers à apporter leur concours à la justice par le biais de la dénonciation. À l'époque du Code pénal de 1810, la dénonciation était envisagée de deux façons différentes. C'était d'abord une obligation pénalement sanctionnée de dénoncer les infractions nuisant à la défense nationale (Art. 100 al 1^{er}) et ensuite un moyen de politique criminelle offrant au coupable d'une infraction à la sûreté de l'État qui en informait les autorités, le bénéfice d'une excuse de dénonciation (Art 101 al 1 à 3). V. R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 88 ; plus généralement sur l'histoire de la dénonciation dans les textes légaux v. J-F. G. AYRAUD, *La dénonciation*, PUF, 1995, Paris.

¹⁶⁷ G. HUGHES, *Agreements for cooperation in criminal cases*, Vanderbilt Law Review, 1992, p. 7.

collaborateurs de justice est restée la règle. Cette persistance a même conduit la Cour suprême des États-Unis, dès 1878, à reconnaître l'existence de l'usage consistant à renoncer aux poursuites à l'égard de l'accusé qui témoigne de manière complète et sincère contre ses complices¹⁶⁸. Aujourd'hui, la problématique des repentis dans le système juridique américain est très largement dominée par la figure du procureur, personnage central et tout puissant du procès pénal, qui peut non seulement négocier des accords avec les accusés enclins à plaider leur propre culpabilité¹⁶⁹ mais aussi s'engager dans un schéma appelant davantage à la collaboration des suspects et visant à se prononcer sur la culpabilité d'autrui.

Ce schéma peut s'inscrire à différents stades de la procédure. En effet, la procédure américaine étant scindée en deux phases distinctes, l'une consacrée à la détermination de la culpabilité, l'autre à la fixation de la peine, le procureur a la possibilité de choisir d'encourager la collaboration soit au stade des poursuites, il s'agit alors d'un « *informal immunity agreement* »¹⁷⁰, soit au stade de la détermination de la peine et c'est d'un « *accomplice plea agreement* » dont il est question¹⁷¹.

36. Encadrement légal des *legal collaborators*. Le fonctionnement du système américain des collaborateurs de justice se fonde sur le V^e amendement de la Constitution américaine. Au terme de cet amendement, tout individu a le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination¹⁷². Pour contourner ce droit constitutionnel (connu de tout citoyen américain et donc largement soulevé comme moyen de défense) et parvenir à ce que des personnes disposant d'importantes informations sur une organisation criminelle acceptent de témoigner, les procureurs fédéraux ont développé le recours à des accords garantissant au collaborateur des immunités de poursuites ou d'autres avantages en cas de condamnation. En raison du rôle de plus en plus central que jouent les procureurs dans le déroulement du procès et dans le prononcé de la peine¹⁷³, le recours à la collaboration d'individus repentis a considérablement augmenté. Toutefois, en vertu du Code des États-Unis¹⁷⁴, seul le gouvernement – par le biais

¹⁶⁸ Cour suprême des États-Unis, *Whiskey cases*, 99. US. 594, 1878.

¹⁶⁹ Par le biais du *Plea bargaining*, v. *supra* n° 14.

¹⁷⁰ V. M. L. SHERMAN, *Informal immunity agreement, Don't you let that deal go down*, 21 Loyola of Los Angeles Law Review, 1987, p. 1 et s.

¹⁷¹ V. G. HUGUES, *Agreements for cooperation in criminal cases*, préc., p. 8.

¹⁷² *Privilege against compulsory self incrimination*, v. J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 100.

¹⁷³ Depuis l'adoption en 1984 du *Sentencing Reform Act* par le Congrès américain, qui a considérablement augmenté le poids des décisions du parquet, les juges n'ont plus qu'un pouvoir très limité d'appréciation quant au *quantum* de la peine.

¹⁷⁴ U.S.C. Title 18, Part II, Chapter 227, Subchapter A, § 3553.

du procureur d'un des 94 districts judiciaires fédéraux (*United States Attorney*) – peut demander à une cour de condamner un individu à une peine inférieure à celle prévue par la loi ou de l'exempter de peine si celui-ci a substantiellement collaboré à l'enquête et aux poursuites d'une autre personne. Chaque fois que la collaboration d'un suspect apparaît nécessaire à l'ordre public et à une enquête en matière de criminalité organisée, elle est autorisée. L'étendue de la récompense octroyée est librement déterminée par les parties. En fonction de critères tels que l'importance de l'affaire, l'étendue de la collaboration ainsi que le passé criminel du collaborateur, le procureur s'engage à ne pas poursuivre ce dernier pour tout ou partie des faits commis. Le plus souvent, l'*informal immunity agreement* garantit le collaborateur contre toutes les poursuites qui pourraient être menées à son encontre dans le district concerné, pour autant qu'elles soient liées directement ou indirectement aux informations fournies¹⁷⁵.

37. Culture de la négociation. Répondant à la même logique que le *plea bargaining*, l'*accomplice plea agreement* est un accord au terme duquel l'accusé n'accepte pas seulement de plaider coupable mais offre au procureur de collaborer aux poursuites de coauteurs ou de complices et de témoigner contre eux¹⁷⁶. En échange, le procureur s'engage à requérir une peine qui tienne compte de la contribution à l'enquête. Cette pratique est moins ancienne que l'*informal immunity agreement*¹⁷⁷ puisqu'il semble qu'elle ne soit apparue qu'à la fin du XIX^e siècle et de manière relativement clandestine dans un premier temps car il existait à l'époque des doutes quant à sa constitutionnalité¹⁷⁸.

Du fait de son ancienneté et d'une véritable culture de la négociation et de la collaboration probatoire aux États-Unis, le recours aux repentis est dans la procédure pénale américaine

¹⁷⁵ Règles contenues au sein des principes des poursuites fédérales (*Principles of federal prosecution*), Section F. 1-2 et 3. V. L. D. THOMPSON, P. B. SUMMER, *Structuring informal immunity, problems of scope and enforcement*, Criminal Justice Journal, Vol. 8, Spring 1993, pp. 17-22.

¹⁷⁶ J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 248 ; v. aussi G. HUGHES, *Agreements for cooperation in criminal cases*, 45 Vanderbilt Law Review, 1992, p. 2 : « Unlike the ordinary guilty plea, the suspect or defendant in cooperation agreements offers more than just a quick result that saves public resources. In cooperation agreements, the defendant trades information and testimony ».

¹⁷⁷ V. A. W. ALSCHULER, *Plea bargaining and its history*, préc., p. 14 ; v. également Cour suprême des États-Unis, *Whiskey cases*, 99 US 594, 1878 : « Courts of justice everywhere agree that the established usage is that an accomplice duly admitted as a witness in criminal prosecution against his associates in guilt, if he testifies fully and fairly, will not be prosecuted for the same offense ».

¹⁷⁸ J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 250 ; v. S. C. THAMAN, *Plea bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*, Electronic Journal of Comparative Law, 2007, 11 (3), pp. 19-21.

chose commune. Bien ancrée dans la pratique judiciaire¹⁷⁹, l'utilisation de la coopération procédurale dans ce pays semble avoir influencé le droit pénal français sur certains points, influence qui sera mise en lumière notamment par la comparaison technique des dispositions française et américaine en la matière¹⁸⁰.

Si l'on s'en tient aux critères de définition de la négociation en procédure pénale, trois procédures caractérisent ainsi le processus d'échange autour de la preuve visant à aboutir à un accord sur la peine. Elles se déclinent aux articles 41-2 et 495-7 du Code de procédure pénale, ainsi qu'à l'article 132-78 du Code pénal. Cela étant, le domaine de recherche portant sur la négociation *en matière pénale*, il importe de rechercher s'il n'existe pas d'autres procédures en droit français dont le fonctionnement renverrait au processus décrit.

B. Les procédures de négociation au regard de la définition de la matière pénale.

38. Le dépassement du droit pénal *stricto sensu*. Si les chemins de la répression sont multiples, les organes dotés d'un pouvoir de sanction le sont tout autant. La compétence des juridictions de droit commun – tribunal de police, tribunal correctionnel et Cour d'assises – est aujourd'hui concurrencée de toutes parts dans la répression des comportements illicites, et ce particulièrement dans le système économique¹⁸¹. Ce phénomène conduit au dépassement du droit pénal traditionnel au profit d'une nouvelle dynamique propre à la matière pénale¹⁸². Appréhendée de manière autonome par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁸³, la

¹⁷⁹ Y. A. BEEMAN, Note, *Accomplice Testimony Under Contingent Plea Agreements*, 72 Cornell Law Review, 1987, p. 800. L'auteur souligne que : « *an unknown but substantial percentage of these defendants (who plead guilty) agree to testify against their co-defendants or co-conspirators in return for prosecutorial leniency*. Dans le même sens ; v. également S. NEMERSON, *Accomplice testimony and credibility : « Vouching » and prosecutorial abuse of agreements to testify truthfully*, 65 Minnesota Law Review, 1981, p. 1169. L'auteur parle d'une pratique répandue, particulièrement dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants et le crime organisé. V. également M-A. BEERNAERT, *De l'irrésistible ascension des repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal*, Déviance et Société, 1/2003, vol. 27, p. 77 et s.

¹⁸⁰ V. *infra* n° 86.

¹⁸¹ G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique*, thèse, Université Nancy 2, 2007, p. 263, spéc., n° 202.

¹⁸² V. M. DELMAS-MARTY, *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, D. 1986, chron., p. 27 et s., spéc. n°2 ; M. DELMAS-MARTY (dir.), *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, Rev. sc. crim., 1987, p. 819 ; Sur la notion de matière pénale, v. également, CEDH, *Malige c/ France*, 23 sept. 1998, Rev. sc. crim., 1998, p. 112, obs. J-P. DELMAS St HILAIRE ; D. 1999, p. 154, obs. B. de LAMY ; D. 1999, p. 267, obs. J-F. RENUCCI ; Rev. sc. crim., 1999, p. 145, obs. F. MASSIAS.

¹⁸³ Dans un objectif de dépassement de la lettre de la Convention EDH et eu égard aux aléas des qualifications juridiques des États membres, la « technique des notions autonomes », appliquée aux droits et obligations de caractère civil et à toute accusation en matière pénale a contribué à redéfinir le périmètre d'intervention du droit à un procès équitable. V. F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 6^e

notion de matière pénale embrasse tant le droit pénal *stricto sensu*, dont la procédure pénale constitue le cadre formel, que le droit « quasi-répressif », illustrant la mise en œuvre de procédures dites « para-pénales »¹⁸⁴. Ainsi, le constat de l'attribution d'une partie du pouvoir de punir à des autorités qualifiées de régulation, plus que de répression, et la similitude fondamentale dans laquelle se trouvent un plaideur classique et la personne impliquée dans une procédure relevant de la compétence de ces autorités¹⁸⁵ invitent à élargir le champ d'étude aux autorités administratives indépendantes¹⁸⁶, dites aussi autorités de régulation¹⁸⁷.

39. Répression et régulation. Le développement de ces autorités est révélateur d'un double mouvement allant d'une part dans le sens d'une juridictionnalisation des procédures administratives et illustrant d'autre part, la nécessité de règles plus souples¹⁸⁸ ainsi qu'un impératif de régulation de domaines « particulièrement sensibles et délicats »¹⁸⁹. L'essor des autorités administratives indépendantes s'inscrit dans la dichotomie entre l'organe naturel de la sanction, le juge pénal, et l'exercice du pouvoir de répression¹⁹⁰. Partie intégrante du système administratif mais fonctionnant de manière indépendante, ces autorités sont difficiles à définir. À cette difficulté il faut ajouter l'absence de consensus quant à leur nature et les

éd., PUF, coll. Thémis, 2011, n° 41 ; F. SUDRE, *La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en l'honneur de J-P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 602 ; S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, Justices, 1999, p. 103.

¹⁸⁴ Cette expression est utilisée pour marquer le fait qu'en cette matière, la sanction n'est pas prononcée par une juridiction répressive. Néanmoins, eu égard à la finalité répressive des mesures prononcées, la répression des pratiques entrant dans le champ de compétence de ces autorités de régulation relève de la matière pénale au sens européen de la notion. Sur ce point, v. M. van DE KERCHOVE, *Vérité et/ou fiction des « mesures quasi-pénales » ?*, in J.-J. SUEUR, (dir.), *Le faux, le droit et le juste*, 2009, p. 27.

¹⁸⁵ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2012, p. 251, spéc., n° 354 ; v. également, A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, spéc., n° 176. L'auteur parle d'un « mimétisme processuel ».

¹⁸⁶ V. P. SABOURIN, *Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle*, AJDA, 1983, p. 275 ; J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP, 1986, I, 3254.

¹⁸⁷ V. F. STASIAK, *Autorités administratives indépendantes*, Rep. pén., Dalloz, fév. 2004, mise à jour 2013.

¹⁸⁸ V. J.-L. BERGEL, *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Rev. de la recherche juridique, *Droit prospectif*, 2001, p. 2377. L'auteur souligne que les AAI marquent « un phénomène de réaction devant un cadre étatique trop rigide, trop lourd ou manquant d'indépendance » ; F. STASIAK, *Autorités administratives indépendantes*, préc.

¹⁸⁹ E. DESFOUGÈRES, *Bilan critique des tentatives d'adaptation de l'administration aux réalités contemporaines*, Rev. de la recherche juridique, *Droit prospectif*, Avril 2000, n°2, p. 581 ; J.-F. LEPETIT, *État juge et régulateur*, Petites Affiches, 23 janv. 2003, n° 17, p. 9.

¹⁹⁰ A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, LGDJ, 2003, p. 13, spéc., n°15. L'auteur souligne que « l'on s'aperçoit que, depuis une dizaine d'années, des domaines sensibles de la répression, notamment économiques, sont retirés au juge pénal. Certes, on présente ce transfert comme le fruit d'une dépénalisation entendue comme l'absence de répression : il s'agirait de laisser la place à une autre logique du droit, à une régulation de certains secteurs ». V. également L. BOY, *Réflexions sur le droit de la régulation*, D. 2001, I, p. 303 ; R. MARTIN, *Le droit en branches*, D. 2002, p. 1703., spéc. p. 1704.

nombreuses critiques dont leur compétence fait l'objet, certains auteurs n'hésitant pas à parler de déracinement, d'éviction, voire d'annexion des fonctions répressives¹⁹¹.

Administrations placées hors de la hiérarchie administrative et disposant d'une compétence propre dans un domaine spécialisé¹⁹², les contours des autorités administratives indépendantes sont aussi divers que peuvent l'être leurs domaines d'activité, leurs règles de composition et de fonctionnement ou leurs pouvoirs¹⁹³. Si le législateur a créé trois appellations juridiques différentes : autorités indépendantes (Défenseur des droits¹⁹⁴, Conseil supérieur de l'audiovisuel), autorités administratives indépendantes (Commission nationale de l'informatique et des libertés, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Autorité de la concurrence...) et autorités publiques indépendantes (Autorité des marchés financiers, Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, Haute autorité de santé, Agence française de lutte contre le dopage...), toutes sont regroupées, par convention, sous l'expression « autorités administratives indépendantes » et sous le sigle (AAI)¹⁹⁵. Se répartissant notamment entre les domaines de l'audiovisuel, des télécommunications, de la consommation ou des marchés économiques¹⁹⁶, ces AAI sont nombreuses¹⁹⁷.

Toutefois, seules celles qui ont un pouvoir de sanction entrent naturellement dans le champ d'étude. Parmi celles-ci, la recherche des critères de la négociation en matière pénale incite à ne retenir que les autorités devant lesquelles peut être identifié un échange aboutissant à un

¹⁹¹ V. A. MARSAUD, *Le juge : le déracinement*, Dr. pén., 1995, suppl., n°4 ; P. BEZARD, *Le nouveau visage du juge économique et financier*, in Droit et vie des affaires, in *Études à la mémoire d'A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 147 ; M-A. FRISON-ROCHE, *Les offices du juge*, in J. FOYER auteur et législateur, Leges Tultit, Jura Docuit, *Écrits en hommage à J. FOYER*, PUF, 1997, p. 462 et s., spéc., p. 473 ; X. PRETOT, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes répond-il aux exigences de la CEDH ?*, RDP, nov. 2002, n° 6, p. 1616.

¹⁹² C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, 9^e éd, Economica, 2010, p. 139.

¹⁹³ V. Rapport de l'office parlementaire de législation sur les autorités administratives indépendantes en date du 15 juin 2006 dit Rapport GÉLARD, disponible sur le site de l'Assemblée de nationale. Dernière consultation le 28 août 2014.

¹⁹⁴ Le défenseur des droits regroupe les missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité.

¹⁹⁵ Pour une liste de ces autorités v. O. GOHIN, G. SORBARA, *Institutions administratives*, 6^e éd., LGDJ, 2012, p. 232.

¹⁹⁶ Dans l'univers des autorités administratives indépendantes, celles statuant en matière économique et financière constituent la galaxie principale : Autorité des marchés financiers, (qui fusionne la Commission des opérations de bourse et le Conseil des marchés financier depuis 2003) et l'Autorité de la concurrence (qui remplace le Conseil de la concurrence depuis 2009). V. R. SALOMON, *Le pouvoir de sanctions des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière – Conformité aux garanties fondamentales*, JCP, G, n° 42, 18 oct. 2000, I, p. 264.

¹⁹⁷ Nous ne prétendons pas ici à l'exhaustivité. V. sur ce point le rapport GÉLARD, *Office parlementaire d'évaluation de la législation*, n° 3166, AN, n° 404, préc. ; v. également le rapport VANESTE, par. MM. R. DOSIÈRE, C. VANESTE, n° 2925, tome 1, p. 27 et s., au sein desquels pas moins de quarante autorités administratives indépendantes sont recensées.

accord entre l'organe de poursuite de l'autorité administrative et l'auteur d'un comportement contraire aux règles de la matière régulée¹⁹⁸.

40. La négociation, nouvelle compétence des autorités de régulation. Aussi, en ce que ces autorités font état de dispositions procédurales précisément labellisées sous le nom de « procédures de négociation » et parce qu'elles illustrent la mise en œuvre d'une véritable collaboration procédurale, l'Autorité de la concurrence et l'Agence française de lutte contre le dopage doivent être ici envisagées. Si la pratique en matière de concurrence (1) se révèle bien plus développée que dans le cadre de la régulation du domaine sportif (2), les envisager successivement permet d'achever l'opération de délimitation du champ d'étude tout en soulignant la dynamique nécessairement expansionniste de l'objet de la recherche.

1) La négociation devant l'Autorité de la concurrence, une pratique ancrée

41. La négociation devant l'Autorité de la concurrence. Parmi toutes les autorités de régulation dotées de prérogatives répressives, l'Autorité de la concurrence offre le contentieux le plus représentatif de l'appréhension de la preuve par le phénomène de négociation. À ce titre, la procédure répressive menée devant cette autorité peut être comparée aux procédures observées en droit pénal. En droit de la concurrence plus qu'ailleurs, les impératifs liés au démantèlement des ententes et à la détection des abus de position dominante ont poussé à l'adoption de la théorie économique de la preuve, qui accorde une place importante au comportement de l'auteur de l'acte illicite. Cette théorie, directement inspirée des théories économiques de l'efficacité répressive – spécialement l'analyse économique du droit¹⁹⁹–

¹⁹⁸ Si l'Autorité des marchés financiers connaît des procédures de médiation et de transaction homologuées, qui renvoient à la pratique de compromis et de solutions alternatives, les dispositions du Code monétaire et financier prévoyant ces procédures (Art L. 621-19 et L. 621-14-1 CMF) n'illustrent pas l'ensemble des critères de définition de la négociation dans le cadre de la répression par les AAI, notamment la reconnaissance, la non contestation ou la dénonciation concrète d'une opération illicite ainsi que l'homologation par un organe juridictionnel d'un accord sur la sanction entre l'organe de poursuite rattaché à l'autorité et l'agent mis en cause. Les procédures « alternatives » prévues devant l'AMF illustrent des mécanismes de résolution amiable des litiges. V. le site internet de l'AMF, <http://www.amf-france.org>, dernière consultation le 2 septembre 2014.

¹⁹⁹ L'analyse économique du droit est née aux États-Unis où elle a été popularisée à partir des années 1960 sous le nom générique de *Law & Economics*. En important dans le domaine juridique les concepts de base de la théorie économique néoclassique et certains de ses instruments de calcul et de ses critères d'évaluation (tels que les notions d'efficacité ou d'allocation optimale des ressources), ce mouvement ne se contente pas d'expliquer ni même de réduire les phénomènes juridiques en termes économiques. Il propose, en outre, à l'intention des législateurs et des juges, une méthode de calcul pour décider des règles et rendre la justice. V. B. FRYDMAN, *Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit*, in T. ANDREANI, M. ROSEN, *Structure, système, champ et théorie du sujet*, L'Harmattan, 1997, p. 127 et s. ; v. également E. PICAVET, *L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité*, Rev. philo. dt., 2011, n°21 ; R. POSNER, *Antitrust Law, an economic perspective*, University of Chicago Press, 1976

repose sur l'idée que la protection de l'ordre public économique passe par la simplification au plus haut point de la détection et de la sanction des comportements illicites. Le caractère occulte et technique de la délinquance économique se prête tout particulièrement à la réception de cette théorie qui commande une réduction, au plus bas niveau, des coûts engendrés par la recherche de la vérité²⁰⁰. En ce sens, l'Autorité de la concurrence a recours aux procédures négociées qui témoignent d'une orientation « morale » de type utilitariste, caractéristique des droits anglo-saxons²⁰¹.

42. Procédure de clémence. Introduite par la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques²⁰², la négociation devant l'Autorité de la concurrence recouvre des procédures qui se présentent comme des outils juridiques alternatifs, accessoires voire complémentaires aux sanctions concurrentielles²⁰³. Il s'agit en premier lieu de la procédure de clémence prévue à l'article L. 464-2 IV du Code de commerce, désignant « un système qui offre l'immunité totale ou une réduction des amendes qui sinon auraient été infligées au participant à une entente illicite en échange d'une divulgation, avant ou après les poursuites, d'éléments de preuve d'une entente »²⁰⁴. Au travers de cette procédure apparaît une technique procédurale du droit pénal décrite précédemment : le recours aux collaborateurs de justice, ou l'incitation à la dénonciation de la culpabilité d'autrui par la promesse d'une mansuétude relative à la peine.

43. Procédure d'engagements. La loi NRE a également mis en place sous le vocable « procédure négociée », une procédure dite des « engagements en droit interne et européen de la concurrence » ainsi qu'une procédure de non-contestation de griefs. Attestant la volonté de disposer d'un outil plus rapide et plus flexible qu'une procédure traditionnelle, la procédure

; G. CANIVET, M-A. FRISON-ROCHE, M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2005 ; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2008 ; A. VIALFONT, *Analyse économique des procédures négociées en droit de la concurrence*, thèse, Université Paris 2 Panthéon Assas, 2009 ; v. *infra*, n° 97 et s.

²⁰⁰ G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique*, préc., p. 466 ; v. également Y. MULLER, *L'idéal de vérité*, in *Mélanges en l'honneur de J-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 531.

²⁰¹ V. J-S. MILL, *L'utilitarisme*, Flammarion, coll. Champ classique, Paris, 2008, p. 18 ; C. AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme, 1 – Jeremy Bentham et ses précurseurs (1711-1832)*, PUF, Paris, 1999.

²⁰² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques.

²⁰³ F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, RIDE, éd. de Boeck, 2011, dossier n° 4, p. 17.

²⁰⁴ Communication de la commission du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOUE, C, 101 du 27 avril 2004. Pour une analyse approfondie de cette procédure V. J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américain et européens*, PUAM, 2008.

d'engagement, prévue à l'article L. 464-2-I du Code de commerce ne fait pas référence à des pratiques anticoncurrentielles avérées mais à des « préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées »²⁰⁵. En ce sens, la procédure a pour but d'obtenir d'une entreprise qu'elle adopte, pour l'avenir, un certain nombre de mesures comportementales ou structurelles de nature à répondre à ces « préoccupations de concurrence » exprimées par l'Autorité de la concurrence. La décision d'acceptation des engagements rend ces derniers obligatoires pour les entreprises suspectées de pratiques anticoncurrentielles et clôt la procédure dès lors qu'il n'y a plus lieu d'agir pour l'Autorité.

44. Procédures de non-contestation des griefs. Enfin, s'agissant du dispositif intitulé « procédure de non-contestation des griefs » visé à l'article L. 464-2 III du Code de commerce, il est prévu que le rapporteur général – autorité de poursuite de l'Autorité de la concurrence – peut proposer à cette dernière, en cas de non-contestation des griefs notifiés à l'entreprise auteur d'une pratique anticoncurrentielle, une réduction de moitié de la sanction maximum encourue²⁰⁶. Rappelant indubitablement la procédure de « *plea nolo contendere* » connue du droit américain²⁰⁷, la non-contestation des griefs en droit de la concurrence affiche une finalité économique claire en ce qu'elle permet de promouvoir un règlement plus rapide des difficultés de concurrence engendrant dans le même temps un gain de temps et d'argent que l'autorité peut mettre au service d'un approfondissement d'autres investigations²⁰⁸.

Révélatrices d'une logique incitative et d'une dynamique de l'échange dont les termes s'articulent autour de la collaboration procédurale récompensée par une exonération ou une réduction de la sanction, ces procédures traduisent clairement la tendance, déjà observable en droit pénal, à l'association des destinataires de la norme à son application²⁰⁹. Elles sont

²⁰⁵ Cette notion a été introduite par l'ordonnance du 13 novembre 2008 afin d'affirmer le caractère non incriminant de la procédure d'engagement. V. E. CLAUDEL, *Réforme du droit français de la concurrence : le grand jeu ?*, RTD. com., 2009, p. 91.

²⁰⁶ V. Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la de non-contestation des griefs, disponible sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

²⁰⁷ V. *supra* n° 12 et s.

²⁰⁸ V. T. DAHAN, *Les procédures négociées : le point de vue de l'Autorité*, colloque Lamy, *Vingtième anniversaire du Conseil de la concurrence : quel statut et quel moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ?* ; v. aussi l'intervention de B. LASSERRE, *La non-contestation des griefs en droit français de la concurrence ; bilan et perspectives d'un outil pionnier*, lors de l'Assemblée générale de l'Association française d'étude de la concurrence, 10 avril 2008.

²⁰⁹ F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, préc., p. 25, spéc. n° 2.1.3.

également le signe que le droit de la concurrence, comme le droit pénal – fondés traditionnellement sur un volet répressif – sont aussi des droits acceptant le compromis²¹⁰.

Bien ancrée depuis 2001 dans la législation pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la négociation devant une autorité de régulation est une pratique qui tend à se propager, de manière tout à fait récente, en matière de lutte contre le dopage.

2) La négociation devant l'Agence française de lutte contre le dopage, une pratique amorcée.

45. Le recours aux repentis au service des enjeux éthiques et sanitaires du sport. Au terme du rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la lutte contre le dopage en date du 17 juillet 2013²¹¹, il est intéressant de constater que le recours au système des repentis – codifié en droit pénal à l'article 132-78 du Code pénal – est mis ici au service des enjeux éthiques, sanitaires et d'ordre public de la pratique sportive et plus précisément de la lutte contre le dopage. Au regard du caractère transnational de la question du dopage, de l'*omertà* qui caractérise certains milieux sportifs²¹², de la complexité des protocoles ainsi que des aspects toujours plus innovants des méthodes de dopage, la Commission d'enquête préconise la mise en place d'un mécanisme de recours aux repentis. À l'instar de la procédure de clémence en droit de la concurrence, ce procédé entraîne la possibilité pour l'Agence française de lutte contre le dopage de moduler les sanctions en fonction d'éléments transmis par le sportif²¹³. Le rapport mentionne à ce propos que le dispositif de recours aux repentis « pourrait être créé selon le modèle existant pour l'Autorité de la concurrence à l'article

²¹⁰ V. A. GARAPON, P. SERVAN SCHREIBER, *Deal de justice*, PUF, 2013. Les auteurs soulignent que ces procédures de négociation, fondées sur la coopération, illustrent une nouvelle forme de justice dans laquelle le procès pénal est brandi comme une menace par les autorités. « Cette justice sans la Justice n'a-t-elle pas le mérite de l'efficacité ? Ne préfigure-t-elle pas aussi un nouveau mode de régulation globale ? N'annonce-t-elle pas un nouveau régime d'obéissance mondialisée où l'on demande à chacun – sujet ou entreprise – de se faire le juge et le dénonciateur de lui-même ? ».

²¹¹ Rapport n° 782, tome 1, (2012-2013) de M. Jean-Jacques LAUZAC, fait au nom de la Commission d'enquête sur la lutte contre le dopage, déposé le 17 juillet 2013 : *Lutte contre le dopage : avoir une longueur d'avance*.

²¹² Dans son courrier vers l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) en date du 1^{er} novembre 2012, l'Agence mondiale anti-dopage (AMA) justifiait la mise en place, encore éventuelle à cette époque, de cette procédure « en raison de l'*omertà* qui sévit dans le milieu cycliste ». V. le site internet du Ministère des sports. <http://www.sports.gouv.fr>. Dernière consultation le 28 août 2014.

²¹³ Il convient de souligner ici que l'Agence américaine anti-dopage (USADA) a utilisé ce système de modulation des peines pour obtenir des témoignages de la part des ex coéquipiers de Lance Armstrong dans le cadre des poursuites dont il a fait l'objet. Cette technique a été en réalité le seul moyen de découvrir le système de dopage mis en place ainsi que l'importance du réseau de corruption autour de l'illustre coureur cycliste. V. B. HOULIHAN, B. GARCIA, *The use of legislation in relation to controlling the production, movement, importation, distribution and supply of performance-enhancing drugs in sport (PEDS)*, Institute of Sport and Leisure Policy, Loughborough University, Aug. 2013, p. 7 et s.

L. 464-2 al. IV du Code de commerce »²¹⁴, qui permettrait de renforcer la pénalisation du trafic de produits dopants²¹⁵. Bien que ces dispositions illustrent la volonté du législateur d'étendre le recours à la collaboration probatoire, elles n'ont fait l'objet, pour l'heure, que de débats parlementaires. Aussi, au titre des procédures de négociation identifiables au-delà du droit pénal strictement entendu, seules les procédures mises en œuvre devant l'Autorité de la concurrence seront traitées dans cette étude.

46. Les diverses modalités d'un processus unique. Clémence²¹⁶, non-contestation des griefs²¹⁷, engagements²¹⁸, composition²¹⁹, CRPC²²⁰, recours aux collaborateurs de justice²²¹, chacune des procédures présentées connaît une dénomination qui lui est propre. Sous l'enveloppe de la profusion nominale se cache néanmoins une base commune²²² : un processus de négociation. En échange d'informations inédites ou non contestées portant sur la preuve et majoritairement illustrées par un aveu de culpabilité de la part d'une personne ayant pris part à une activité illicite, l'État consent à un adoucissement du sort punitif, rompant par la même occasion avec la tradition procédurale française²²³, « hostile à la gestion négociée des litiges répressifs »²²⁴.

47. Clarification. Dans l'optique de la construction d'une analyse de la négociation en matière pénale, il importait en premier lieu de saisir les contours d'une telle notion. Entre la pléthore de formules – souvent employées les unes pour les autres – qui tente d'appréhender l'image d'une procédure pénale à contenu minimal, pourvoyeuse de peines et de mesures diversifiées que l'on étiquette à loisir de justice « informelle », « simplifiée », « accélérée » ...

²¹⁴ V. Rapport n° 782, préc., proposition n° 56.

²¹⁵ V. sur ce point, M. BENILLOUCHE, *Le renforcement de la lutte contre le dopage : Commentaire de la loi n° 2008-650 du 3 juillet 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants*, Gaz. Pal., 2008, doctr. p. 3254 : « La preuve du caractère volontaire et intentionnel de l'action s'avérait particulièrement délicate pour les autorités de poursuite » ; A-G. ROBERT, *Loi n° 2008-650 du 3 juillet 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants*, Rev. sc. crim., 2008, p. 937.

²¹⁶ Art. L. 464-2 IV C. com.

²¹⁷ Art. L. 464-2 III C. com.

²¹⁸ Art. L. 464-2 I C. com.

²¹⁹ Art. 41-2 C. pr. pén.

²²⁰ Art. 495-7 C. pr. pén.

²²¹ Art. 132-78 C. pén.

²²² G. ROYER, *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaire*, in M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droits et justice, p. 314.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, thèse, LGDJ, 2002, p. 594, spéc. n° 772.

et l'expression « droit imposé », il y a tout un dégradé de tons qu'il convient de ne pas mélanger.

Le développement des alternatives aux poursuites, de la médiation, de la transaction et des procédures de négociation participe d'une même volonté d'accroître l'efficacité et la célérité de la réponse pénale dont la légitimité passe désormais par des modes d'intervention plus souples et moins coûteux. Cependant, elles ne répondent pas toutes au modèle théorique et à la réalité pratique de la négociation dans la répression telle que ses origines impliquent de la définir.

48. Précisions sur l'« américanisation ». Outre l'ébauche d'une typologie de la notion à laquelle l'observation du droit américain permet d'aboutir, l'approche de droit comparé utilisée dans cette étude invite à préciser le sens que l'on retire de l'adoption par la procédure pénale française de procédés de condamnation dont le cœur n'est plus un « office de véridiction »²²⁵ mais un évitement des questions probatoires.

Qu'il s'agisse des procédures reposant sur l'auto-incrimination ou bien l'incrimination d'autrui, les États-Unis apparaissent clairement comme précurseurs. La collaboration avec les autorités répressives étant un pilier fondamental du droit processuel américain, force est de constater que les pays qui s'en inspirent sont nécessairement amenés à insérer au sein de leurs législations cette culture de la négociation. Une partie de la doctrine pense que les analogies aisément décelables entre la législation française et américaine témoignent bien d'une influence grandissante de la seconde sur la première²²⁶. D'autres observateurs s'accordent à parler davantage d'une américanisation de la manière de penser la justice plutôt que d'une influence directe²²⁷. Sans prétendre écarter ces dernières opinions, la thèse de l'influence du droit américain semble pouvoir être retenue mais suppose néanmoins de nuancer l'idée d'américanisation du droit français à laquelle elle renvoie.

L'existence et l'essor de procédures de négociation au sein de la matière pénale française ne sont pas le résultat d'une transplantation pure et simple de la pratique américaine de

²²⁵ V. F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, thèse, PUAM, 2013, p. 56, spéc. n° 15. L'auteur propose ce concept pour montrer que, « à côté de la mission consistant à dire le droit (*juris-dictio*), le juge est investi, y compris en matière civile, d'une mission complémentaire : « celle consistant à dire le vrai ou à s'efforcer de dire le vrai ».

²²⁶ J-F. KRIEG, *L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ?*, *Gaz.Pal.*, 9 avril 2005, pp. 2-11. V. également, F. TERRÉ, *L'américanisme et le droit français*, Philosophie politique, n° 7, 1995, pp. 137-147.

²²⁷ J-C. MAGENDIE, *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe*, *Arch. ph. dr.*, tome 45, 2001, p. 13.

négociation d'un *plea*. Les systèmes juridiques français et américain répondent chacun à des caractéristiques propres. Toutefois, sous l'influence de divers facteurs, tels que les procédés de fédéralisation en marche au niveau européen depuis la fin de la seconde guerre mondiale²²⁸ et le phénomène de mondialisation²²⁹, une certaine convergence peut être observée. L'influence de la pratique nord-américaine du *plea bargaining* sur d'autres législations est indéniable. Cependant, l'observation des dispositions procédurales illustrant un processus de négociation dans divers pays d'Europe amène à constater qu'il n'est pas question d'une reproduction du modèle processuel répressif américain mais de la construction, au sein des pays de tradition romano-germanique, d'une version de la négociation pénale qui leur appartient.

49. L'idéal et la réalité. S'agissant des procédures identifiées en droit français, la pratique de négociation en provenance des États-Unis ne s'est pas installée « telle quelle ». Pour être accueillie, il fallait qu'elle ait du sens sur le plan local. Aussi, aborder l'idée de négociation en matière pénale suppose d'évoquer l'idéal qui la porte autant que la réalité à laquelle elle s'attaque.

La réalité, comme dans beaucoup d'autres domaines, s'illustre par les statistiques et l'utilisation de chiffres qui, en 1996, au terme d'un rapport de la mission d'information de la Commission des lois chargée d'évaluer les moyens de la justice, accompagnent le constat d'une justice « asphyxiée »²³⁰. À cette époque, près de la moitié des infractions pénales dont l'auteur est connu fait l'objet d'un classement sans suite. Lié à un phénomène que les rapporteurs qualifient « d'envahissement du contentieux de masse »²³¹, certains tribunaux

²²⁸ V. M-D. TRAPET, *L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire*, in *L'américanisation du droit*, Arch. ph. dr. tome 45, 2001, p. 117 et J-C. MAGENDIE, *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe*, préc., p. 13. L'auteur souligne qu'« à partir du constat selon lequel la notion d'équité se retrouve – ici comme substantif, là comme adjectif – à la fois dans les droits anglo-saxons et dans le droit « supranational » européen où elle se décline en « procès équitable », (...) l'hypothèse de l'américanisation de notre justice doit être analysée à partir de la place qu'occupe désormais dans notre droit la Convention européenne des droits de l'Homme (...) ».

²²⁹ L'aspect premier de ce phénomène est la libéralisation des échanges ; mais en raison du poids économique des États-Unis, il s'accompagne d'une forte influence culturelle. V. B. AUDIT, *L'américanisation du droit*, préc., p. 7.

²³⁰ Rapport d'information n° 49, (1996-1997) du 23 octobre 1996 par M. P. FAUCHON fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale.

²³¹ Au sens statistique d'une étude parue en 1995 sur les condamnations prononcées par les tribunaux correctionnels, sont considérées comme appartenant au contentieux de masse les 21 catégories d'infractions représentant ensemble plus des ¾ (78 %) de l'activité des juridictions. Viennent largement en tête la conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou en état d'ivresse (24 % de l'ensemble) et le vol simple (19 %). En matière de stupéfiants, seule l'infraction d'usage et détention/acquisition de stupéfiants passe la barre du contentieux de masse (1,5 % chacun). En regroupant l'ensemble des infractions à la législation sur les stupéfiants, on atteint 4,5 % de l'ensemble, v. S. LEMERLE, V. MARIETTE, D. TIMBART, *Études et statistiques du Ministère de la*

débordés avoisinent un taux de 80 % de classement. En prenant pour référence l'année 1974 et les dernières statistiques connues à l'époque du rapport, à savoir l'année 1994, les chiffres témoignent d'une profonde mutation de la demande de justice, tant dans sa nature que dans son volume²³². Aux côtés de ce type de délinquance, l'évolution de la criminalité organisée, la poursuite accrue des affaires financières et la spécialisation en matière de terrorisme conduisent à des durées d'instruction de 16 mois en moyenne contre 6 en 1970²³³. En dépit de la progression globale des effectifs, l'évolution des moyens ne tend que difficilement à être en proportion avec celle du contentieux. En vingt ans, les affaires pénales traitées sur l'ensemble des juridictions ont connu une augmentation de 149 %²³⁴, sans parler du retard dans le traitement des procédures qui devient lui-même générateur de contentieux, illustrant alors une justice « débordée » et « paralysée »²³⁵. À l'aube du troisième millénaire, l'ancien garde des sceaux Jacques Toubon prédit une « embolie pure et simple de la justice »²³⁶. C'est dans la morosité de ce bilan et la froideur des chiffres qu'est née – de manière concomitante au traitement en temps réel et aux mesures de troisième voie – la nécessité de recourir à des procédures de négociation pénale.

Instaurées dans l'objectif d'un recentrage de la mission du juge et dans le but d'une régulation des flux, les procédures fondées sur un aveu de culpabilité en échange d'une réduction de peine rapidement homologuée par un magistrat du siège concernent aujourd'hui une large part du traitement des affaires poursuivables, permettant, aux côtés des alternatives aux poursuites, d'atteindre un taux de réponse pénale de 89 %²³⁷. S'agissant du droit de la concurrence, le développement des procédures négociées est présenté partout comme le meilleur moyen de

justice, Physionomie des contentieux selon les tribunaux correctionnels, D.A.G.E, coll. Études statistiques, justice, 1995, n° 6.

²³² De 1974 à 1994, le nombre de décisions rendues en matière civile devant les TGI est passé de 196 646 à 601 991 décisions, soit une augmentation de 206 %. En matière pénale sur la même période, l'activité des parquets des TGI fait état d'une augmentation de 64, 12 % des affaires poursuivies (juge d'instruction, juge des enfants, tribunal correctionnel confondus).

²³³ V. notamment JO Questions Sénat - 6 juillet 1995. p. 1349. n° 10097.

²³⁴ Malgré l'explosion des classements sans suite, le nombre d'affaires pénales poursuivies est passé de 84 493 en 1974 à 210 001 au 31 décembre 1994, soit une augmentation de 140 %. V. Rapport d'information n° 49, préc.

²³⁵ V. Rapport d'information, n° 49, préc.

²³⁶ J. TOUBON, dans une interview publiée au journal « Le point », n° 1238, 8 juin 1996. V. également, Rapport d'information 513, (1997-1998) – Commission des finances, par M. H. HAENEL, *Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, disponible sur le site sur Sénat. Le rapport fait état de la nécessité de développer « la troisième voie » illustrée par les alternatives aux poursuites, modes non juridictionnels de traitement des affaires qui permet de pallier la capacité limitée de production de jugement de l'institution judiciaire tout en mettant la justice pénale à la disposition des justiciables.

²³⁷ Ministère de la justice, *Chiffres clés de la justice*, édition 2013, p. 4. Sur 1 379 086 affaires poursuivables en 2012, 65 106 affaires ont fait l'objet d'une procédure de CRPC (soit 10,79 % des poursuites), 75 493 ont fait l'objet d'une procédure de composition pénale (soit 5,5 % des affaires poursuivables) et 547 678 ont fait l'objet d'une procédure alternative aux poursuites (soit 39, 7 % des affaires poursuivables). S'agissant du taux de classement sans suite, de 80 % en 1996 il n'est plus qu'à environ 11% aujourd'hui.

lutte contre les pratiques collusives ainsi qu'un excellent outil de gestion des ressources de l'Autorité²³⁸.

50. La réception de l'influence américaine. L'ensemble de ces procédures est mis au service de l'idéal d'une justice rapide²³⁹, économique et simplifiée. En filigrane de la question de la simplification, c'est celle de l'efficacité de l'administration de la justice pénale qui se pose. Cette volonté d'efficacité se traduit sur le plan judiciaire par la diminution du taux de classement sans suite et l'augmentation du nombre de réponses pénales. Ce mouvement est devenu en soi un objectif affiché de politique criminelle et de fonctionnement du système de justice pénale qui veut augmenter sa productivité et diminuer ses coûts²⁴⁰. Mais, comme le souligne un auteur, l'efficacité devient un mythe si elle se borne à traduire dans le champ pénal la rationalité économique qui domine le fonctionnement de notre société²⁴¹. Si les chiffres confèrent aux procédures de négociation une certaine légitimité, la problématique de leur pérennité passe nécessairement par la question de leur légalité.

Outre les précisions relatives aux contours et au contenu du processus de négociation, une analyse approfondie du phénomène suppose dès lors de s'interroger sur sa portée au regard des principes directeurs du procès pénal. Plus que l'influence du système américain, c'est aussi et surtout la manière dont celle-ci est réceptionnée qui importe. La légitimité et l'avenir de la négociation au cœur de la répression supposent en effet d'évaluer la qualité de son

²³⁸ Entre 2006 et 2013, 7 décisions ont été rendues en la matière sur des affaires de clémence, et entre 2003 et 2014, plus de 35 décisions ont été rendues en matières de non-contestation des griefs. Pour le détail des décisions, v. le site de l'Autorité de la concurrence, pratique décisionnelle. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>. Dernière consultation le 30 août 2014. V. également A. VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, RIDE, 2007, n° 2, p. 157 et s ; J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc. ; G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2006 ; F. MÉLIN, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence*, *Droit français et droit communautaire*, éd. Lextenso, 2010 ; L. BOY, F. MARTY, P. REIS (dir.), *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, RIDE, préc., p. 17.

²³⁹ La Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) créée le 18 septembre 2002 par la Résolution *Res (2002) 12* du Comité des ministres du Conseil de l'Europe constate dans ses rapports successifs d'évaluation et de comparaison des systèmes judiciaires européens d'une part, que le principe de célérité des procédures est un enjeu majeur pour les États membres du Conseil de l'Europe et d'autre part, que dans ce contexte, le recours croissant aux formes de justice négociée concerne la majorité des États européens, et particulièrement la France. V. CEPEJ, *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires: le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible*, Programme-cadre adopté le 13 septembre 2005, disponible sur le site <https://wcd.coe.int>. Dernière consultation le 31 août 2014 ; v. également *Évaluation des systèmes judiciaires européens*, Rapport, in *Les études de la CEPEJ*, n° 12.

²⁴⁰ V. Rapport de la commission présidée par J-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice, La gestion du temps dans le procès*, Doc. Fr., 2004 ; J-P. JEAN, *La LOLF: réduire les coûts et améliorer la qualité de la justice*, AJ. pén. déc. 2006, n° 12, p. 477. L'auteur souligne que cette évolution de la philosophie pénale dominante vers un nouvel utilitarisme de la règle juridique a une origine. La France, comme nombre d'autres pays européens, intègre progressivement la pensée du mouvement anglo-saxon *Law & Economics*, selon lequel l'approche économique, de par son réalisme et son efficacité, est la seule à pouvoir apporter une solution pertinente aux questions juridiques selon les critères de l'analyse libérale.

²⁴¹ V. F. TULKENS, *La justice négociée*, préc. ; v. également M. van de KERCHOVE, *Médicalisation et fiscalisation du droit pénal, deux versions asymétriques de la dépénalisation*, *Déviance et Société*, 1981, p. 14.

intégration dans le système procédural français, pour pouvoir à la fois dénoncer ses travers ainsi que d'en proposer les ajustements. L'échange, le consensus et la réciprocité sont autant de valeurs qui semblent mises au service de l'acceptabilité sociale de la sanction. Le risque est que la prolifération de la négociation, tout en assurant la rationalisation du système répressif, conduise « à l'opacité croissante des décisions, à l'incertitude des règles et donc au désordre »²⁴². Derrière des apparences de communication et de consensus, le danger est en effet d'accentuer « les asymétries de pouvoirs²⁴³ » et de faciliter l'exercice de pressions.

En s'attachant aux caractères de l'influence exercée autant qu'à ceux de l'influence reçue, parler d'américanisation semble moins renvoyer à la justice pour ce qu'elle est que pour ce qu'elle fait. En d'autres termes, il convient de placer le raisonnement en dehors de l'option entre « mimétisme aveugle et discours de résistance »²⁴⁴ afin de soutenir l'idée que le développement en droit français de procédures dont la logique est d'origine nord-américaine maintient la justice intacte dans son institution mais la rend mouvante dans sa fonction. Une fonction qui ne se limite plus à la répression mais s'étend à la régulation.

51. Le concept de contractualisation. Le recours à la collaboration procédurale et l'essor d'une forme de procès dont le but est moins la manifestation de la vérité que la validation d'un accord ont contribué à « une lente disparition du formalisme ritualisé au profit d'un formalisme purement procédural »²⁴⁵. Pour appréhender cette nouveauté, la doctrine semble avoir forgé un nouveau concept signifiant l'emploi en matière pénale de procédés appartenant traditionnellement à la matière contractuelle et qui traduit un phénomène de superposition, voire d'interférences entre les intérêts privés et les intérêts publics à la répression : la contractualisation²⁴⁶. Si l'association des termes répression et négociation n'allait pas de soi, l'idée d'une intégration du contrat – modèle civil de gestion d'intérêts personnels – au cœur du système pénal, paraît encore plus surprenante. Néanmoins, si l'on cesse, comme le préconise un auteur, « de penser le système juridique comme un ensemble de tiroirs rigides,

²⁴² J-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat*, 2^e éd., Presse de Sciences Po, coll. Références, 2007, p. 11.

²⁴³ J-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat*, préc., p. 12.

²⁴⁴ V. H. MUIR WATT, *Propos liminaire sur le prestige du modèle américain*, Arch. ph. dr., n°45, 2001, p. 29 et s., spéc. 36.

²⁴⁵ X. PIN, *La défense pénale devant les juridictions de jugement*, in Actes du XIX^e Congrès de l'Association française de droit pénal, *La défense pénale*, organisée par le Centre de droit pénal de l'Université Jean Moulin à Lyon les 19-21 novembre 2009, RPDP, 2010, n° spécial, p. 155

²⁴⁶ L'appréhension de la contractualisation en matière pénale est intimement liée au développement de la négociation en cette matière en raison de la vision des droits véhiculée par le *plea bargaining*. Plus précisément, la capacité de renoncer au droit à un procès équitable en le monnayant relève d'une conception contractualiste du procès.

hors desquels on laissera ce qui ne se range pas bien au carré»²⁴⁷, il paraît possible de dépasser l'antinomie qui existe à parler de contractualisation de la procédure pénale pour admettre que même en cette matière « la part des liens prescrits régresse au profit des liens consentis »²⁴⁸. Le contrat se présente comme l'expression juridique de la coopération et le symbole de l'échange. En cela la notion s'envisage parfaitement dès lors qu'il est question de procédures de négociation²⁴⁹.

Si le terme de contractualisation renvoie, bien plus qu'au contrat, à la procédure contractuelle, et qu'il s'agit d'un concept que l'on doit comprendre comme un « phénomène d'intrusion de l'accord de volontés dans des domaines soumis à des règles impératives (...) »²⁵⁰, la volonté d'appréhender le phénomène de négociation dans son ensemble, et plus particulièrement dans ses effets, suppose de s'interroger sur la qualification exacte qu'il convient de donner à cet accord²⁵¹. Alors que les notions de contrat et d'accord sont souvent employées l'une pour l'autre en matière civile²⁵², la matière pénale invite à les dissocier. En effet, si l'on admet que l'accord est le signe d'un contrat, la logique juridique veut que l'on applique le régime du second au premier²⁵³. L'entreprise de dissociation de l'accord du contrat n'est dès lors pas la marque d'un pointillisme exagéré²⁵⁴ mais le support d'une opinion selon laquelle l'accord, en matière pénale, dispose d'un régime qui lui est propre, distinct du celui du contrat et que lui confère l'originalité du contexte au sein duquel il s'est introduit.

²⁴⁷ P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 18 ; v. également, L. CADRET, *Propos introductif, Faire lien*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 179 et s.

²⁴⁸ A. SUPLOT, *La contractualisation de la société*, intervention à l'Université de tous les savoirs, in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est ce que l'humain ?* Odile Jacob, vol. 2, 2000, p. 157.

²⁴⁹ V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2013, p. 457.

²⁵⁰ B. de LAMY, *Procédures et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale)*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Droit et société, coll. Recherches et travaux, n° 16, 2007, p. 149.

²⁵¹ « Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde », disait CAMUS. V. A. CAMUS *Philosophie de l'expression*, in *Articles, préfaces, conférences, 1931-1944*, Œuvres complètes, I, Gallimard, Coll. Bibliothèque de la Pléiade, n° 161, 2006, p. 908.

²⁵² Même si certains ont signalé qu'un accord pouvait exister en dehors du contrat, voire qu'un contrat pouvait très bien se passer d'un véritable accord, le simple bon sens nous incite à penser que l'on ne peut traiter de l'accord sans s'interroger au préalable sur son lien avec le contrat, v. *infra*, n° 371 et s. ; B. OPPETIT, *Le consentement sans l'échange : le concours des consentements*, in *L'échange des consentements*, colloque de Deauville, RJ. com., novembre 1995, n° spécial, p. 69 et s. ; D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Mélanges offerts à J. GHESTIN*, Dalloz, 2001, p. 637 et s. ; Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, thèse, LGDJ, 2009, p. 2.

²⁵³ V. J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTD civ. 1984, p. 255 et s. spéc. n° 3, s'agissant du principe selon lequel « toute identité de nature implique une identité de régime ».

²⁵⁴ V. Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, préc., p. 94 : « En voulant arracher l'accord du contrat, on aurait presque l'impression de procéder à la fission d'un atome, tant l'adhésion entre les deux semble solide ».

52. Influences externes et mouvements internes. Aux côtés de l'influence américaine et du mouvement d'eupéanisation du procès pénal qui façonnent les ordres juridiques internes et fait vieillir l'opposition accusatoire/inquisitoire, le phénomène de contractualisation invite à relativiser également la distinction civil/pénal, qui constitue un prolongement de celle qui sépare droit public et droit privé, au profit d'une unité d'ordre procédural et méthodologique. Pour découvrir cette unité, il convient de raisonner à l'aide des procédures à l'œuvre et des actes qui en résultent.

Partant, l'étude de la négociation en matière pénale suppose de décrire son processus (Partie 1) et d'analyser l'originalité de son résultat (Partie 2).

Partie 1 : Le processus de négociation

Partie 2 : Le résultat de la négociation

PARTIE I. LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION

EN MATIÈRE PÉNALE

« Plaisante justice qu'une rivière borne !
Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà »²⁵⁵.

53. Notion dynamique. L'association des termes « processus » et « négociation » illustre l'idée selon laquelle la négociation n'est pas une donnée statique. Il s'agit d'un ensemble de discussions, de pourparlers qui s'enchaînent entre individus et s'organisent selon un schéma en vue d'aboutir à un résultat déterminé, un accord. En matière pénale, la négociation se singularise par une suite d'opérations réalisées entre une autorité répressive et l'auteur d'une infraction caractérisant ce qui est communément dénommé la justice négociée²⁵⁶. Il s'agit donc d'une notion évolutive, dynamique, pour ne pas dire vivante.

54. Amorce de droit comparé. Alors qu'elle est d'application ancienne dans les pays de *Common Law*²⁵⁷, la notion de négociation en matière pénale telle qu'elle est développée aujourd'hui en droit français est relativement récente²⁵⁸. Il ne faut pas y voir la marque d'une précocité anglo-saxonne par rapport au système français mais plutôt le signe de deux conceptions traditionnellement différentes du Droit. Les pays de « *Civil Law* » ont toujours privilégié une approche conceptuelle, théorique et abstraite du Droit en général et font prévaloir un enseignement de type dogmatique, fondé sur les règles et au-delà, sur les

²⁵⁵ B. PASCAL, *Pensées*, 230 (69), in *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de La Pléiade, 1954, p. 1149.

²⁵⁶ M. CHIAVARIO, *La justice négociée, une problématique à construire*, Arch. pol. crim. 1993, n°15, p. 27 et s ; D. MONDON, *Justice imposée, justice négociée : les limites d'une opposition, l'exemple du parquet*, Droit et Société, 30/31, 1995 ; B. PEREIRA, *Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?*, D. 2004, p. 2041 ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée*, in Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 529 et s ; F. TULKENS, *La justice négociée*, Document de travail du département de criminologie et de droit pénal de l'Université catholique de Louvain, n° 37, 1995 ; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, RIDP, 1er/2e trimestres 2012, p. 85.

²⁵⁷ A.W. ALSCHULER, *Plea Bargaining and its History*, 79 Columbia Law Review, January 1979, n°1, pp. 1-49 ; J. L. MNOOKIN, *Uncertain Bargains, the rise of Plea Bargaining in America*, 57 Stanford Law Review, 2005, n° 5, pp. 1721-1743 ; G. F. STANFORD, *Plea Bargaining's Triumph, An History of Plea bargaining in America*, Stanford University Press, 2003 ; E. C. VIANO, *Plea bargaining in the United States : A perversion of justice*, RIDP, vol. 83, 1-2/2012, p. 109.

²⁵⁸ V. *supra* n° 30 et s ; G. N. HERMAN, *Plea Bargaining*, 2^e éd. LexisNexis, 2004, p. 77 : « Like other forms of negotiation, plea bargaining is a complex form of human interaction that is more of an art than a science ».

principes²⁵⁹. En revanche une approche plus empirique, voire fonctionnelle, est à l'œuvre dans les pays de *Common Law*, ces derniers figurant une législation construite à partir de cas d'espèce²⁶⁰. S'il faut désormais au XXI^e siècle largement nuancer l'opposition apparente entre ces deux types de méthodes, l'étude de la négociation en matière pénale française à la lumière de ses applications outre-Atlantique interdit en revanche de l'occulter. En ce sens, il importe de jalonner dès le départ le chemin menant à une étude qui se veut teintée d'une analyse comparatiste²⁶¹.

Tout d'abord « s'il existe un droit français et un droit américain c'est que l'un n'est pas valide dans l'autre »²⁶². Bien que la négociation au sein de la justice soit particulièrement développée sur les terres américaines et que celle-ci tende à se banaliser en droit français, il n'est pas pour autant question ici de conclure hâtivement à une transposition ou à une imitation simpliste.

Ensuite, si un système intègre telle ou telle donnée d'un autre, cette donnée sera valide dans le système qui l'intègre, en tant que règle de ce dernier, selon les règles qui lui appartiennent et non en raison de la nature intrinsèque de la règle intégrée ou en vertu des règles du système dont elle provient²⁶³. C'est donc dire qu'au regard de la logique de négociation prise dans sa globalité, le droit français apparaît bien comme receveur de l'influence américaine mais en ce qui concerne les développements et la mise en œuvre de cette idée en matière pénale, le système français se place nécessairement en créateur original.

Enfin, comme il l'a été souligné²⁶⁴, les ressemblances et points de convergence pouvant être constatés entre les matières pénales française et américaine à propos de la négociation

²⁵⁹ X. BLANC-JOUVAN, *Où va le droit comparé ?* in *Le droit pénal à l'aube du 3^e millénaire, Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 709.

²⁶⁰ Règle dite des « precedents » ou « stare decisis », outil technique de fonctionnement de la Common Law. Illustrée par l'adage « *Stare decisis et non quieta mevere* » qui signifie « Adhère au précédents et ne change pas, ne trouble pas ce qui a été fixé ». Cette règle implique que les juges doivent appliquer le même raisonnement que celui utilisé antérieurement pour des faits similaires à ceux qu'ils doivent juger. Lorsque les faits avancés ne sont pas exactement ceux de l'action, il faut alors s'efforcer de convaincre l'autorité publique de raisonner par analogie. Selon la règle du *Stare decisis*, l'autorité ne s'attache normalement qu'à la *ratio decidendi* (motifs décisifs de la décision) et aux faits substantiels, c'est-à-dire aux faits mêmes qui ont servi à l'application de la règle de droit. Pour une étude approfondie de la règle en droit américain, V. S. BRENNER, H.J. SPAETH, *Stare decisis – The alteration of Precedent on The Supreme Court*, Cambridge University Press, New-york, 1995, p. 1 ; V. également J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 126, spéc., n° 269.

²⁶¹ V. M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971.

²⁶² O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, RIDC, 2-2001, p. 278.

²⁶³ V. O. MORETEAU, *Le juriste français, entre ethnocentrisme et mondialisation*, Conférence à l'Université de droit de Montréal, 8 oct. 1999, disponible sur internet : <http://www.reds.msh-paris.fr> : « Le droit comparé, comme les autres sciences est une affaire de perspective. Il n'en existe pas de bonne ou mauvaise. Les réponses peuvent être opposées et, pourtant, de l'endroit où chacun se situe, chacun semblera avoir raison ».

²⁶⁴ V. *supra* n° 48.

témoignent plus de l'existence à un moment donné d'un même problème et d'un désir commun d'en chercher la solution que d'une « américanisation » totale de la procédure pénale française. En d'autres termes, il semble que les idéologies particulières propres à chaque législation tendent à s'effacer devant le pragmatisme²⁶⁵.

55. Les implications de l'analyse des mécanismes techniques. L'analyse technique et objective du fonctionnement des dispositions légales provenant de telles ou telles procédures négociées en Droits français et américain suppose donc de ne pas s'arrêter au constat, qui n'est pas nouveau, de l'existence de points communs et de divergences. Il faut en effet s'interroger sur ce que ce constat nous révèle de la valeur et de l'évolution des principes fondamentaux régissant la matière pénale – ainsi que du mouvement général dans lequel s'inscrivent les réformes de la procédure pénale – puis, au-delà, des transformations plus ou moins profondes de notre culture judiciaire.

Les « lignes directrices » d'une étude de droit comparé tentant d'ouvrir la voie à une réflexion plus large sur les problématiques de la justice pénale sont désormais posées. Dès lors, il s'agit de les respecter tout au long de l'examen du processus de négociation en droit français en comparaison avec celui qui est à l'œuvre aux États-Unis afin de dresser un portrait objectif et réaliste de ce qu'est la négociation en matière pénale d'une part, et d'en analyser l'articulation au regard des principes fondamentaux du droit français, d'autre part²⁶⁶. Étudier la manière dont « s'insère » la négociation dans le champ de la répression permet de l'aborder à un niveau s'élevant au-delà de la pratique, d'étudier le volet normatif du procédé, dans le but d'esquisser un modèle de négociation en adéquation avec les principes directeurs de la matière pénale et en réaction contre les dérives américaines observées.

56. Plan. Issue du constat de l'existence d'un processus unique se déclinant au travers de plusieurs hypothèses que le législateur a encadré, la volonté de faire de la négociation une pratique en conformité avec les principes propres à l'architecture procédurale française suppose dans un premier temps de présenter la mise en œuvre du processus (Titre 1) avant d'analyser dans un second temps sa légalité (Titre 2).

²⁶⁵ V. J. PRADEL, *Vers une mondialisation du droit pénal*, in *L'honnête homme et le droit, Mélanges en l'honneur de J.-Cl. SOYER*, LGDJ, 2000, p. 319.

²⁶⁶ Toute étude juridique d'un aspect comparé consiste à tirer du droit comparé des enseignements et plus précisément les avantages mais aussi les faiblesses du modèle prédominant. V. G. GIUDICELLI-DELAGE, *La juste distance...Réflexions autour de mauvaises (?) questions. À propos de la réforme de l'instruction et de la procédure pénale française*, in *Mélanges dédiés à B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 389.

Titre 1 : La mise en œuvre du processus de négociation

Titre 2 : La légalité du processus de négociation

TITRE 1. LA MISE EN ŒUVRE DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION

57. Un processus unique, des hypothèses plures. Parler de « processus » au singulier c'est admettre qu'il existe un cheminement unique organisé sur un même modèle et répondant à des critères semblables. S'il n'apparaît pas justifié de parler de « processus » au pluriel il faut en revanche souligner que celui-ci se réalise selon des hypothèses plures. Contrairement à la pratique américaine, la mise en œuvre de la négociation et, plus précisément, ses modalités, ne sont en effet pas toujours identiques selon l'infraction pénale en cause. Parfois même, l'analyse de différents dispositifs montre que la dénomination de « procédure négociée » se révèle plus ou moins opportune. Si certaines des hypothèses identifiées comportent indéniablement des phases de réelle négociation, pour d'autres, le procédé semble parfois plus difficile à caractériser²⁶⁷. Cela étant, c'est moins l'existence d'une véritable négociation que la variabilité de son intensité qui importe²⁶⁸, cette intensité oscillant entre l'adhésion, la coopération et la collaboration.

58. Tentatives de classification. Ces dernières années, les préoccupations « gestionnaires » du législateur ont conduit à une juxtaposition de dispositions de procédure pénale conférant à la matière un caractère quelque peu opaque et incohérent. L'hétérogénéité des hypothèses dans lesquelles la négociation est à l'œuvre et le désordre attaché aux conditions de son fonctionnement complexifie toute tentative de classification. Toutefois, une étude des différents cas de négociation propres au droit français selon le domaine infractionnel concerné semble pouvoir faire œuvre de clarification. Également, l'utilisation du critère des acteurs du processus ainsi que celui de leur rôle permet une meilleure appréhension de la dynamique de l'échange au cœur du système répressif.

²⁶⁷ V. F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, in *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, Dossier de la RIDÉ, n°4, éd. de Boeck, 2011, p. 22.

²⁶⁸ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 3^e éd., Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2013, p. 833, spéc., n° 1236 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^e éd., Cujas, 2013, p. 569, spéc., n° 613 et s.

59. Plan. La confusion inhérente à la mise en œuvre du processus de négociation en matière pénale éveille chez le juriste en quête de précision un désir d'ordre et de catégorisation qui peut être assouvi, d'une part à l'aide d'une étude du domaine de la négociation propre à la matière pénale française (Chapitre 1), d'autre part au moyen d'une analyse des différents acteurs du processus (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le domaine de la négociation

Chapitre 2 : Les acteurs de la négociation

Chapitre 1. Le domaine de la négociation

60. Essor de l'idée de coopération. Alors que dans le modèle accusatoire américain le concept de négociation fait partie intégrante du procès pénal et de la résolution des litiges répressifs²⁶⁹, la procédure pénale française est longtemps restée hostile à toute forme de coopération entre la partie accusatrice et la partie mise en cause²⁷⁰. Toutefois, à travers les diverses dispositions légales permettant à l'auteur d'une infraction de voir sa sanction réduite à la suite de « pourparlers » avec l'autorité de poursuite, force est de constater que l'idée de consensus et de négociation est aujourd'hui largement développée au sein de la procédure pénale et para-pénale.

61. Identification des domaines de la négociation. Au départ et ce que l'on se situe en France ou aux États-Unis, les différentes hypothèses de négociation requièrent dans leur ensemble et de manière logique la commission d'une infraction pénale. Toutefois, en droit français la nature de la négociation diffère selon le type d'infraction à l'origine du déclenchement du processus. On constate en effet l'existence de deux domaines d'application distincts.

Le premier recouvre les infractions dont la preuve est relativement simple à rapporter et pour lesquelles la sanction maximum encourue est une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans²⁷¹. Le second concerne des infractions qualifiées de complexes conduisant à une recherche de la preuve plus difficile et plus longue et qui relèvent essentiellement des règles applicables à la criminalité organisée et au droit de la concurrence.

²⁶⁹ A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, éd. Odile Jacob, 2003, Paris, p. 68 ; v. *supra* n° 14.

²⁷⁰ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., coll. Droit fondamental, 2014, p. 193, spéc. n° 94.

²⁷¹ On verra que les limites de ce domaine sont de plus en plus éprouvées et sont désormais désuètes au regard de la Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, v. *infra* n° 81.

62. Absence d'homogénéité des figures négociées. La négociation en matière pénale ne se prête pas à une étude homogène car toutes ses figures ne peuvent pas être coulées « dans le même moule »²⁷². En effet, et c'est ce qui fait la spécificité française dans ce domaine, selon la gravité de l'infraction en cause et l'auteur du comportement infractionnel, les modalités du processus diffèrent.

Aussi, comprendre et appréhender de manière technique et concrète le mécanisme de la négociation en matière pénale implique tout d'abord de réunir et de détailler les conditions de sa mise en œuvre tenant à l'infraction commise. Le critère de gravité étant apparu comme l'élément le plus évident afin de rendre compte de manière graduelle de la multiplicité des hypothèses de négociation en matière pénale, il convient de le traiter dans un premier temps (Section 1), avant d'envisager dans un second temps les personnes pouvant faire l'objet du mécanisme de négociation (Section 2).

Section 1. Négociation et gravité de l'infraction

63. Le champ d'application de la négociation. Selon la sanction encourue, le processus de négociation s'illustre au travers de modalités bien précises mais différentes. En effet, les diverses dispositions légales prévoyant la mise en œuvre d'une justice dite négociée contiennent les seuils au-delà desquels la procédure de négociation concernée ne pourra s'appliquer, ainsi que le type de procédure pouvant être déclenché.

L'utilisation de ces critères objectifs permet de rendre compte de la diversité croissante des hypothèses dans lesquelles peut s'inscrire le processus de négociation en matière pénale. La réticence du législateur à l'égard de cette justice fondée sur l'aveu – louée jadis au XII^e siècle²⁷³ – ne semble plus de mise. Il convient alors d'utiliser la nature de la procédure visant à sanctionner l'infraction comme critère de classification et de présenter les modalités de la négociation selon que l'infraction relève d'une procédure de droit commun (§1) ou bien d'une procédure dérogatoire (§2).

²⁷² G. ROYER, *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaires*, in M. MASSÉ, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post moderne ?*, PUF, coll. Droit et justice, 2009, Paris, p. 313 et s.

²⁷³ J-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., p. 204. L'auteur souligne que : « Dès les années 1160-1180, les statuts d'Arles portent que nul ne peut être condamné si son délit n'a pas été prouvé soit par son aveu, soit par des témoins idoines ».

§1. Négociation et infractions relevant d'une procédure de droit commun

64. Une multitude de « produits processuels »²⁷⁴. Jusqu'en 1993²⁷⁵, le choix d'orientation du Parquet concernant les délits étaient relativement simples : classer sans suite ou poursuivre. Vingt ans plus tard, l'émergence d'une multitude de procédures de traitement ou de jugement des délits a considérablement modifié ce paysage binaire. Chacune de ces procédures²⁷⁶ fut construite en vue de poursuivre des finalités relevant tout à la fois des grands principes du droit processuel²⁷⁷ et d'atteindre des objectifs fixés par l'administration judiciaire²⁷⁸. Si le critère de mise en œuvre des procédures relevant de cette étude – l'aveu – semble constant²⁷⁹, leur rapport à la sanction observe en revanche certaines variations qui tendent à complexifier leur application.

65. Introduction de la négociation dans un cadre limité d'infractions. L'introduction de l'idée de négociation en procédure pénale telle que nous la définissons s'est concrètement illustrée en France à l'occasion de la création par la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale²⁸⁰ de la mesure de composition pénale²⁸¹. L'objectif était dès lors clairement annoncé, cette procédure devait permettre de conférer davantage d'efficacité à l'application de la justice pénale. Lors de l'introduction de la composition pénale parmi les outils processuels permettant au parquet d'apporter une « réponse pénale »²⁸² systématique et en dehors de l'alternative « *poursuivre ou ne pas poursuivre* », un cadre fixant les limites du champ d'application de cette mesure fut établi (A). Cadre que l'on retrouvera plus tard lors de l'introduction d'une deuxième modalité du processus de négociation par une loi dont l'intitulé ne laissait encore une fois aucun doute quant au but de cette nouvelle mesure appelée « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité »²⁸³ (B).

²⁷⁴ J. DANET, *La concurrence des procédures pénales*, Arch. ph. dr. n° 53, 2010, p. 200.

²⁷⁵ En 1993, deux réformes apportées respectivement par les lois n° 93-2 du 4 janvier 1993 et n° 93-1013 du 24 août 1993 modifièrent le code de procédure pénale.

²⁷⁶ Toutes ne relèvent pas de cette étude étant donné la définition donnée en introduction de ce qu'est une procédure de négociation, v. *supra* n° 24 et s.

²⁷⁷ V. *infra* n° 226 et s.

²⁷⁸ J. DANET, *La concurrence des procédures pénales*, préc., p. 201.

²⁷⁹ V. *infra* n° 177 et s.

²⁸⁰ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JO, 24 juin 1999, p. 9247.

²⁸¹ Insérée aux articles 41-2 et 41-3 C. pr. pén.

²⁸² Y. CHARPENEL, *Les rendez-vous de la politique pénale*, Armand Colin, coll. Sociétales, 2006, pp. 186-202.

²⁸³ CRPC issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Loi « Perben II ».

A. La procédure de composition pénale

66. Origines de la composition pénale. L'introduction de la composition pénale dans le Code de procédure pénale fait suite à la position du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qui, en 1987, recommandait aux pays membres de l'Union européenne le recours à des procédés permettant la gestion et le désengorgement de la justice pénale²⁸⁴ au moyen notamment de solutions alternatives au classement sans suite.

Les premiers expédients à la « rigidité » du système d'opportunité des poursuites furent introduits respectivement par les lois du 4 janvier 1993²⁸⁵ et du 8 février 1995²⁸⁶. Insérée par la première, la procédure de médiation pénale²⁸⁷ peut être classée parmi les alternatives à la dualité traditionnelle du choix offert au procureur mais ne répond cependant pas à la définition de la négociation en matière pénale proposée dans cette étude²⁸⁸. Apparue au sein de la seconde loi, la procédure de l'injonction pénale conférait au procureur de la République le pouvoir d'inviter l'auteur des faits, sous réserve de son accord, à exécuter certaines mesures qui entraîneraient l'extinction de l'action publique comme le versement d'une somme d'argent au Trésor public « s'il lui apparaissait que cette procédure était susceptible de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, de prévenir le renouvellement de celle-ci et d'assurer la réparation du dommage causé à la victime »²⁸⁹. Toutefois, aucune intervention de la part d'un magistrat du siège n'était alors prévue et le procureur pouvait prononcer des mesures s'apparentant à des peines. C'est donc au motif d'une méconnaissance du principe de séparation de la poursuite et du jugement que le Conseil constitutionnel censura l'injonction pénale le 2 février 1995²⁹⁰.

²⁸⁴ V. *supra* n° 15.

²⁸⁵ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale introduisant la procédure de médiation pénale.

²⁸⁶ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la justice civile, pénale et administrative introduisant la procédure d'injonction pénale.

²⁸⁷ Article 41-1 C. pr. pén.

²⁸⁸ Notamment au regard des critères du stade procédural auquel la procédure est mise en œuvre, de l'aveu de culpabilité et de l'intervention d'un magistrat du siège, V. *supra* n° 26 et s.

²⁸⁹ J. PRADEL, *Une consécration du « plea bargaining » à la française, la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, D.1999, chron. p. 379.

²⁹⁰ V. Déc. n° 95-360 DC du 2 février 1995, cons. n° 6 : « Considérant que certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ; que dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, elles constituent des sanctions pénales ; que le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement ».

C'est à la suite de cet échec législatif que fut introduite la mesure de composition pénale au sein du Code de procédure pénale. Véritable transformation de la logique à l'œuvre jusqu'alors en matière de poursuites, la composition pénale fut insérée dans le mécanisme de réponse pénale aux côtés de dispositions de natures très diverses et affichant un objectif commun d'élargissement des possibilités d'intervention de l'autorité judiciaire en matière répressive afin d'accroître l'efficacité de son action²⁹¹. L'ensemble de ces mesures fut labellisé sous différents vocables : alternatives aux poursuites, classement sous condition ou encore mesures de troisième voie. Si la lecture de l'article 41-1 du Code de procédure pénale au sein duquel ces différentes mesures ont été ajoutées à celle déjà existante de médiation pénale²⁹² ne permet pas de douter de leur nature d'alternative aux poursuites, qu'il soit en revanche permis d'en discuter lorsqu'il s'agit de la composition pénale. Ayant des conséquences et un fonctionnement singuliers au regard de l'action publique, il semble en effet que l'appellation « alternative aux poursuites » ne puisse être utilisée indistinctement pour désigner à la fois les mesures de l'article 41-1 du Code de procédure pénale et la composition pénale.

Alternative aux poursuites pour certains auteurs²⁹³, poursuite alternative ou encore action à fin publique pour d'autres²⁹⁴, une certaine confusion règne en la matière. Plus que son champ d'application, c'est l'étude du fonctionnement de cette procédure qui va permettre d'apporter un éclairage sur sa nature controversée.

67. Domaine d'application de la composition pénale. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, le domaine d'application de la composition pénale concernait spécifiquement la délinquance dite « de masse »²⁹⁵. À ce titre, une mesure de composition pénale s'appliquait

²⁹¹ F. LE GUNHEC, *Présentation de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, Aperçu rapide, JCP, 1999, p. 1325.

²⁹² Cet article distingue, outre la médiation pénale, cinq mesures que le procureur peut mettre en œuvre et qui ont pour effet de suspendre l'action publique. Le rappel à la loi (Art. 41-1, 1°), l'orientation de l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle (Art. 41-1, 2°), la régularisation de sa situation par l'auteur des faits (Art. 41-1, 3°), la réparation du dommage (Art. 41-1, 4°).

²⁹³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 9^e éd. 2013, p. 976, spéc., n° 1513. Les auteurs parlent toutefois d'une « alternative punitive » ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^e éd., Cujas, coll. Référence, 2013, p. 547 et s., spéc. p. 552 ; F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites, une autre justice pénale*, Thèse, Université Lille 2, 2006 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 797, spéc., n° 1177 et s. ; J-P. CÉRÉ, *Composition pénale*, Rép. pén., Dalloz, Octobre 2004 ; W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, thèse Lyon III, 2005.

²⁹⁴ Ph. CONTE, *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?*, in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, éd. PUAM, coll. ISPEC, 2007 ; v. également, M. GIACOPELLI, *Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale*, Rev. sc. crim., 2012, p. 505.

²⁹⁵ L. MERMAZ, Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1328, 20 janvier 1999, p. 5, V. *supra* n° 49.

essentiellement aux infractions routières sans victime, aux violences ou dégradations contraventionnelles²⁹⁶, aux violences ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à huit jours²⁹⁷, aux actes de délinquance touchant la famille tel que l'abandon de famille²⁹⁸, à la non-représentation d'enfant²⁹⁹ ou l'absence de notification de son changement d'adresse par le titulaire du droit de visite ou d'hébergement³⁰⁰, etc. En somme, la composition s'adressait à un contentieux n'affectant pas gravement l'ordre public³⁰¹. À la suite de l'entrée en vigueur de la loi Perben II, la composition pénale a vu son champ d'application considérablement élargi. Depuis 2004, elle est en effet applicable 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 ans³⁰² à l'exclusion des délits de presse, des délits politiques et des délits d'homicide involontaire³⁰³ et peut en outre concerner toutes les contraventions³⁰⁴. Également exclue à l'origine pour les délits commis par les mineurs, la présentation des auteurs d'infractions susceptibles de se voir appliquer une procédure négociée démontrera que cette exclusion ne concerne désormais plus que les mineurs de 13 ans³⁰⁵.

Outre un champ d'application relativement large au regard de celui de la médiation et autres mesures de « troisième voie » prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, la composition pénale se distingue encore davantage de ces dernières par son fonctionnement qui n'est pas sans rappeler celui de la procédure de négociation de plaidoyer de culpabilité qui s'illustre aux États-Unis³⁰⁶.

68. Fonctionnement de la composition pénale. Dès lors que l'infraction en cause fait partie des contraventions et délits retenus, le procureur dispose de la faculté de mettre en œuvre une mesure de composition pénale. La procédure se déroule en deux temps.

²⁹⁶ Art. 41-3 C. pr. pén.

²⁹⁷ Art. 222-11 C. pén.

²⁹⁸ Art. 227-3 C. pén.

²⁹⁹ Art. 227-5 C. pén.

³⁰⁰ Art. 227-6 C. pén.

³⁰¹ J-P. CÉRÉ, *Composition pénale*, Rép. pén. Dalloz, octobre 2004, p. 2.

³⁰² Art. 41-2, al. 1^{er}. C. pr. pén.

³⁰³ Art. 41-2, 27° C. pr. pén.

³⁰⁴ Art. 41-3, al 1^{er} C. pr. pén.

³⁰⁵ V. *infra* n° 105.

³⁰⁶ Des auteurs parlent de « *Mass production of guilty pleas* », in A. SANDERS, R. YOUNG et M. BURTON, *Criminal justice*, Oxford University Press, 2010, p. 348. Il est intéressant de constater que dans certains ouvrages anglo-américains sur les différentes procédures considérées comme le résultat d'une « américanisation » de la justice pénale des pays de *Civil Law*, c'est la composition pénale qui est décrite pour représenter la réception française du *plea bargaining*, V. S.C. THAMAN, *World Plea Bargaining, Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, ed. Carolina Academic Press, 2010, p. 49.

Dans un premier temps, l'auteur de l'infraction doit reconnaître sa participation aux faits reprochés, ce qui illustre ni plus ni moins la nécessité d'un aveu de culpabilité et plus précisément d'un acte d'auto-incrimination³⁰⁷. En effet, même s'il est question de « reconnaissance de sa participation aux faits », les dispositions de la circulaire du 11 juillet 2001 conduisent à considérer que l'expression équivaut à une reconnaissance de culpabilité³⁰⁸. De là, le procureur de la République peut, soit directement, soit par l'intermédiaire de son délégué ou d'un médiateur ou encore d'un officier de police judiciaire proposer le déclenchement d'une composition pénale. À la suite d'un délai de réflexion de dix jours, l'auteur de l'infraction devra faire connaître sa décision à l'égard de la procédure : refus ou acceptation. Il est important de souligner ici qu'à l'origine la loi prévoyait que la proposition de composition pénale ne puisse pas intervenir lors de la garde à vue. La mesure reposant en effet sur un aveu et un consentement devant être donné en toute liberté de la part du délinquant, il apparaissait opportun de décider que le moment de la proposition de la mesure était incompatible avec celui de la garde à vue. Toutefois, la raison de la pratique semble être toujours la meilleure et cette juste appréhension du moment de la proposition d'une mesure de composition pénale fut abandonnée par la loi du 9 septembre 2002³⁰⁹, l'auteur de l'infraction pouvant désormais être amené à s'auto-incriminer et se voir proposer une mesure de composition pénale dès le stade de la garde à vue.

Dans l'hypothèse où l'intéressé refuse la proposition, l'action publique est alors mise en mouvement par le procureur de la République. Dans le cas contraire, son accord est recueilli par procès-verbal précisant « la nature des faits reprochés ainsi que leur qualification juridique, la nature et le *quantum* des mesures proposées en stipulant le délai d'exécution et le cas échéant, le montant et la nature des réparations proposées »³¹⁰. Le procès-verbal signé, c'est alors une seconde phase qui s'ouvre.

³⁰⁷ Terme issu de l'expression américaine de « *self incrimination* » que l'on utilise dans cette étude pour l'opposer à l'aveu permettant l'« incrimination d'autrui ». V. J-D. KATZ, *Dictionnaire juridique, politique et financier, anglais-américain-français*, 2^e éd., La maison du dictionnaire, 2011. V. *supra* note de bas de page n° 165.

³⁰⁸ CRIM. 01-14 F1 du 11 juil. 2001, le point 1.3.1.2 intitulé « Reconnaissance des faits » est rédigé ainsi : « aux termes mêmes du premier alinéa de l'article 41-2, la procédure de composition pénale exige que la personne reconnaisse avoir commis l'infraction. Elle n'est donc pas possible si la personne conteste sa culpabilité ».

³⁰⁹ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice – art. 36. Voir le compte rendu des débats parlementaires à l'Assemblée nationale, JO du 3 août 2002, amendement n° 218 : « La composition pénale est une discussion entre le prévenu, le procureur et l'officier de police judiciaire. Ce qui a empêché son développement, c'est qu'il n'était pas possible de tenir cette discussion pendant la garde à vue, parce que, à l'époque, le prévenu était seul face au procureur et à l'officier de police judiciaire » puis, « La présence de l'avocat dès la première heure permet désormais de rétablir l'équilibre. Le prévenu ayant auprès de lui son avocat, l'obstacle juridique est ainsi levé et la composition pénale peut se faire dès la garde à vue ». Pour une critique de cette argumentation, v. *infra* n° 294.

³¹⁰ J-P. CÉRÉ, *Composition pénale*, préc.

Dans un second temps, le procureur de la République saisit en effet par requête, aux fins de validation, le président du tribunal de grande instance³¹¹. Cette exigence de validation par un magistrat du siège marque la spécificité procédurale de la composition pénale par rapport aux autres alternatives aux poursuites, y compris la médiation. Ce traitement différentiel de la procédure de l'article 41-2 du Code de procédure pénale au regard des mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 se justifiait par la suspicion entourant le renforcement des pouvoirs « quasi juridictionnels »³¹² du parquet et par l'argumentation du Conseil constitutionnel lors de la censure de l'injonction pénale³¹³. Une fois la mesure de composition pénale validée par un magistrat du siège, son exécution fera l'objet d'une inscription au casier judiciaire du mis en cause³¹⁴.

69. Nature juridique de la procédure. Si la procédure de composition pénale n'est pas nouvelle et que son fonctionnement apparaît relativement simple, il est difficile d'affirmer avec précision quelle est sa nature juridique. Tenter d'apporter une réponse à cette problématique nécessite d'analyser les mesures les plus fréquemment comparées à la composition pénale afin de voir si ces rapprochements sont justifiés.

Parce qu'introduite au sein du Code de procédure pénale en même temps que les mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1, la composition pénale est traditionnellement étiquetée comme telle³¹⁵. Or, une multitude d'indices permet de remettre en cause ce qui semble être un abus de langage.

En premier lieu, le titre du chapitre premier de la loi du 23 juin 1999, intitulé « Dispositions relatives aux alternatives aux poursuites et à la composition pénale », indique que le législateur n'entend pas considérer les premières au même titre que la seconde et qu'ainsi la composition pénale se démarque des alternatives aux poursuites. Cela étant, comme le souligne un auteur : « un simple intitulé dans un texte ne saurait constituer un argument

³¹¹ Art. 41-2 C. pr. pén., art. R. 15-33-46 C. pr. pén.

³¹² J-C. SAINT-PAU, *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?* Dr. pén., 2007, étude 14.

³¹³ Cons. Const. Déc. n° 95-360, DC du 2 février 1995 ; JORF n° 32 du 7 février 1995, p. 2097 ; J. VOLFF, *Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil Constitutionnel*, D. 1995, chron. p. 203.

³¹⁴ Depuis la Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 dite Perben I.

³¹⁵ V. Circ. crim. 2001-14 F1/11-07-2001, « Présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001 ; W. ESPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, préc. ; J-P. CÉRÉ, *Composition pénale*, préc.

décisif»³¹⁶. Néanmoins, associé à d'autres éléments, il peut constituer le point de départ d'une véritable argumentation.

70. Nature juridique d'une mesure de composition pénale. Le rapprochement entre la composition pénale et les alternatives aux poursuites serait ensuite légitimé par l'existence d'un but commun, la réparation du dommage causé par l'infraction. En l'occurrence, comme chaque mesure alternative aux poursuites, la composition pénale doit être accompagnée de l'obligation de réparer le préjudice causé à la victime. Cependant, alors que les alternatives aux poursuites de l'article 41-1 du Code de procédure pénale sont de véritables mesures réparatrices, la composition pénale offre un panel de mesures qui présente un aspect bien plus répressif. Évidemment, l'idée de réparation n'est pas totalement absente des mesures de composition pénale, et celles-ci présentent bien certains traits de ce que la doctrine américaine appelle « *restorative justice* », illustrant l'idée d'une justice sans procès et davantage axée sur « la remise en état des relations sociales au moyen d'un processus délibératif » que sur le jugement³¹⁷. Toutefois, c'est résolument d'une mission punitive dont la composition pénale est chargée. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les mesures énumérées à l'article 41-2 du Code de procédure pénale³¹⁸.

Celles-ci sont au nombre de dix-sept et peuvent faire l'objet d'un cumul³¹⁹ auquel il faut ajouter les mesures issues de la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

³¹⁶ Ph. CONTE, *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » de l'action publique à l'action à fin publique ?*, préc., p. 191.

³¹⁷ D. SALAS, *Qu'est-ce que la justice « réparatrice » ?*, Les cahiers de la justice, Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature, printemps 2006, p. 20. Également v. A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, éd. Odile Jacob, 2001, Paris ; E. FATTAH, S. PARMENTIER (eds), *Victim Policies and criminal justice System on the Road of Restorative Justice*, Essays in Honor of T. PETERS, SCS, Press Univ. Leuven, 2001. Forgé dans les pays anglophones le concept de *restorative justice* fait l'objet de peu d'ouvrages en langue française. Néanmoins, l'article 18 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à la l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales a introduit au sein du titre préliminaire du Code de procédure pénale un sous titre II « De la justice restaurative ».

³¹⁸ S. GUINCHARD et al, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 2013, p. 1361 : « À travers la composition, le Ministère public tend à se faire juge dès lors que les mesures qu'il propose peuvent constituer d'authentiques sanctions pénales ».

³¹⁹ Arts. 41-2 et 41-3 C. pr. pén. P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002, p. 640. L'auteur souligne que la dénomination adoptée pour ces mesures affiche un objectif clair de distanciation d'avec les peines.

1° Verser une amende de composition au Trésor public. (Au lieu d'amende).

2° Se dessaisir de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction. (Au lieu de confiscation, même chose pour les 3°- 4° et 5° suivants.)

3° Remise du véhicule.

4° Remise du permis de conduire.

5° Remise du permis de chasse.

6° Accomplir (...) un travail non rémunéré. (Au lieu de TIG).

7° Suivre un stage ou une formation dans un service sanitaire.

qui étend la composition pénale aux mineurs de plus de 13 ans³²⁰. La circulaire du 11 juillet 2001 décrit la composition pénale comme une procédure constituée par un ensemble de mesures « présentant un caractère de sanction »³²¹. Or, il semble que plus que le caractère, ces mesures en ont l'essence. En effet, que sont l'obligation de verser une amende au Trésor public³²², l'interdiction de fréquenter certains lieux et personnes, ou encore la remise de l'instrument ou du produit de l'infraction aux autorités publiques, si ce ne sont des sanctions pénales³²³ ? Également, c'est bien la nature punitive des mesures proposées par le procureur qui a conduit le Conseil constitutionnel à censurer son « ancêtre » – feue l'injonction pénale – en raison de l'absence d'intervention d'une autorité juridictionnelle, le procureur ne pouvant, au nom du principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement, prononcer de sanctions pénales.

Certains auteurs³²⁴ s'abstiennent de se prononcer sur le caractère de peines des modalités de la composition pénale³²⁵. Si l'argument tenant au critère organique³²⁶ fait figure de cheval de

8° Ne pas émettre de chèque.

9° Interdiction de fréquenter certains lieux.

10° Ne pas rencontrer la victime.

11° Ne pas rencontrer les co-auteurs ou complices.

12° Ne pas quitter le territoire national.

13° Accomplir un stage de citoyenneté.

14° Sanctions en cas d'infraction commise contre son conjoint, concubin, partenaire lié par un pacs...

15° Se sensibiliser aux dangers de l'usage de produits stupéfiants.

16° Se soumettre à une mesure d'activité de jour.

17° Se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique.

³²⁰ Art. 7-2, ord. 2 février 1945, 1° Accomplissement d'un stage de formation civique, 2° Suivi régulier d'une scolarité ou d'une formation professionnelle, 3° Respect d'une décision judiciaire, 4° Consultation d'un psychiatre ou psychologue, 5° Exécution d'une activité de jour.

³²¹ Circulaire n° CRIM-01-14/F1 relative à la présentation des dispositions concernant la composition pénale issue de la Loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001.

³²² Sur la notion de sanction pénale, V. Déc. Cons. const. n° 92-307 du 25 février 1992, le Conseil affirme que la sanction pécuniaire, même seule, a le caractère d'une sanction pénale.

³²³ Ces mesures renvoient en réalité à la typologie des peines complémentaires. Sur ce point, v. E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, préc., p. 68 et s. Également, sur la notion constitutionnelle de sanction à caractère punitif, v. M. DEGOFFE, *La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel*, in *La sanction* (Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3), éd. L'Harmattan, Logiques juridiques, p. 47. Également, V. V. MALABAT, *Les sanctions en droit pénal, diversification ou perte d'identité ?*, in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, (dir), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. I : *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 68 ; P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, préc., p. 640. L'auteur affirme que : « les sanctions pénales prévues ne sont pas nouvelles dans leur forme (...), il ne s'agit que d'un nouvel habit pour des sanctions pénales déjà connues (...) les différences ne résidant que dans les mots pour les dire ». Du même auteur, v. *Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II*, Dr. et Société, 2005, n° 60, p. 473, spéc. p. 486.

³²⁴ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., p. 977, spéc., n° 1518 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 552, spéc., n° 598.

³²⁵ Sur la notion de peine telle que définie par le Conseil constitutionnel, v. M. VAN DE KERCHOVE, *Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, Rev. sc. crim., p. 805 ; J. KLUGER, *L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Rev. sc. crim., 1995, p. 505.

³²⁶ Une peine répondant en effet à la définition de châtement infligé en matière pénale par le juge répressif, V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. v° *peine*.

Troie, il semble pouvoir être relativisé au regard de l'intervention – certes réduite et parfois assimilée à une simple « chambre d'enregistrement³²⁷ » – du président du tribunal de grande instance ou du tribunal d'instance aux fins de validation de l'accord survenu entre le mis en cause et le magistrat du parquet. Outre le trait coercitif que revêtent les modalités de la composition pénale, la nécessité pour le procureur de soumettre son choix, par le biais d'une requête, à une validation juridictionnelle semble leur conférer encore davantage la nature de peine issue d'une condamnation³²⁸. L'évitement, dans la majorité des cas, du décorum du procès pénal ainsi que de sa solennité (et non pas de l'organe juridictionnel), ne signifie pas que la sanction pénale à laquelle le délinquant est contraint n'est pas vécue et exécutée comme une peine d'une part, et qu'elle n'en revêt pas la nature d'autre part.

À ce titre, il est intéressant de souligner que concernant l'infraction de conduite sous l'empire d'un état alcoolique prévue aux articles L. 223-1, L. 225-1 I, 6° et L. 225-2 du Code de la route, l'exécution de la composition pénale est assimilée à une condamnation et entraîne de ce fait une perte de points du permis de conduire³²⁹. Également, il n'est pas anodin que l'article 41-2 du Code de procédure pénale prévoit que « la personne à qui est proposée une composition pénale est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition du procureur de la République. Ledit accord est recueilli par procès-verbal (...) »³³⁰ et que le magistrat saisi aux fins de validation de la composition pénale puisse « procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés le cas échéant de leur avocat³³¹ ».

71. Flou de fonctions. De plus, lors de l'exécution d'une mesure de composition pénale, le magistrat du parquet fait figure de véritable « juge d'exécution des sanctions »³³². Pour preuve le décret en date du 29 janvier 2001³³³ qui renvoie expressément aux attributions du juge

³²⁷ M. GIACOPELLI, *Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale*, Rev. sc. crim.2012, p. 505.

³²⁸ V. J. LEBLOIS-HAPPE, *De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, JCP G 2000, I, p 198, spéc., n° 23 : « Il faut être (fin) juriste pour distinguer l'ordonnance qui valide une composition pénale de l'ordonnance pénale qui sanctionne d'une peine l'auteur d'une contravention ».

³²⁹ J-P. CÉRÉ, *Composition pénale*, Rép. pén., Mise à jour décembre 2010, p 3.

³³⁰ Art. 41-2, al 5, C. pr. pén.

³³¹ Art. 41-2, al. 6, C. pr. pén.

³³² P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002, p 638.

³³³ Décret n°2001-71 du 29 janvier 2001 modifiant le Code de procédure pénale et relatif aux délégués et aux médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale.

d'application des peines pour la peine de travail d'intérêt général³³⁴ et prévoit la possibilité pour le procureur de faire appel au service pénitentiaire d'insertion et de probation. Également, il est possible pour l'autorité de poursuite de procéder à un aménagement des mesures en cours d'exécution pouvant par exemple consister en un prolongement des délais et ce, en accord avec la victime pour ce qui est de la réparation. Si la composition pénale entraînait déjà une certaine confusion entre les fonctions de poursuite et de jugement, la frontière entre les fonctions de jugement et celles relatives à l'exécution des sanctions apparaît également légèrement brouillée et ce « alors qu'en même temps a été institué un juge des libertés et de la détention pour remédier à un soi-disant cumul de fonctions dans la personne du juge d'instruction »³³⁵.

Ensuite, pour démontrer l'inadéquation de l'appellation « alternative aux poursuites » à propos de la composition pénale – puisque ses modalités seraient bien des peines exécutées après l'intervention d'une autorité juridictionnelle – on peut soulever le fait que depuis la Loi du 9 septembre 2002³³⁶, les compositions pénales exécutées sont inscrites au bulletin n°1 du casier judiciaire. Certes, des sanctions de nature non pénale peuvent tout à fait figurer dans ce bulletin, et de ce point de vue l'argument est à relativiser. Néanmoins, une inscription au casier judiciaire vient tout de même accentuer le risque de poursuites pénales et de peines plus sévères en cas de commission d'une nouvelle infraction, et ce, même si la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la composition pénale ne pouvait constituer le premier terme de la récidive³³⁷. En effet, comme il a été souligné dans un rapport de la Mission de recherche Droit et Justice en 2005³³⁸, un processus de « pénalisation du social » est susceptible de trouver son amorce avec le développement d'une telle filière qui comporte désormais la potentialité d'inscrire dans un schéma de carrière pénale des délinquants dits « de masse » et peu dangereux et dont la problématique est fondamentalement sociale, psychologique ou sanitaire.

³³⁴ Art. 41-2, 6° : « Accomplir au profit de la collectivité, notamment au sein d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitée, un travail non rémunéré pour une durée maximale de soixante heures, dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois ».

³³⁵ P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002, p. 638 et s.

³³⁶ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

³³⁷ Cass. crim., avis n°0090005P du 18 janvier 2010. Saisine par la 6^{ème} ch. des appels correctionnels de la Cour d'appel d'Orléans le 28 sept. 2009. V. Rapport de Mme. Lazerges, conseiller référendaire, disponible sur le site de la Cour de cassation. AJ. pen. 2010, p. 187, obs. J. DANET.

³³⁸ Ph. MILBURN, C. MOUHANNA, V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale. Controverses et compromis dans la mise en place d'un dispositif pénal inédit*, Mission de recherche Droit et Justice, février 2005, p. 7.

72. Ambiguïté des rapports de la composition pénale avec l'action publique. Alors que les mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale ont pour effet de suspendre la prescription de l'action publique, la validation d'une composition pénale³³⁹, entraîne une interruption de celle-ci³⁴⁰. Dès lors, un nouveau délai commencera à courir une fois la mesure de composition pénale terminée. À cet égard, on ne peut que mettre l'accent sur le rapprochement croissant entre les effets induits par le déroulement d'une composition pénale et ceux qu'entraînent traditionnellement les actes de poursuite. Aux termes de l'article 7 du Code de procédure pénale, l'effet interruptif de la prescription de l'action publique s'attache ordinairement aux actes de poursuite et d'instruction³⁴¹. Aussi, soit le législateur a introduit une nouvelle catégorie d'acte interruptif de la prescription de l'action publique et dans ce cas cela aurait dû le conduire à « modifier l'article 7 du Code de procédure pénale »³⁴², soit il s'agit d'un aveu inconscient relatif à la nature juridique de la composition pénale, dont le caractère d'alternative aux poursuites semble devoir être relativisé.

Il faut enfin souligner que le succès d'une mesure de composition pénale entraîne l'extinction de l'action publique³⁴³. Outre l'incohérence du constat selon lequel l'action publique est éteinte alors même qu'elle est censée ne jamais avoir été mise en mouvement³⁴⁴, une composition pénale réussie produit des effets identiques à l'égard de l'action publique que ceux qu'entraînerait un jugement. Alors que le principe d'indisponibilité de l'action publique conduisait à ne conférer au procureur de la République qu'un choix relatif au déclenchement ou non de l'action publique, la composition pénale lui permet désormais de provoquer son extinction alors même que la prescription n'est pas échue et que l'affaire est censée ne pas avoir été jugée.

³³⁹ Depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

³⁴⁰ Art. 41-2, al. 8, C. pr. pén. Voir sur ce point. J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 625, spéc., n° 761. L'auteur souligne que reconnaître le caractère interruptif à certains actes se rapportant à une composition pénale (...) invite à considérer ces différents actes comme des actes de poursuite, comme des actes d'exercice de l'action publique par le Ministère public.

³⁴¹ Art. 7 C. pr. pén.

³⁴² Ph. CONTE, *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?*, préc., p. 197.

³⁴³ Art. 6 al. 2 C. pr. pén et Art. 41-2 al. 9 C. pr. pén.

³⁴⁴ Le parquet étant censé avoir proposé une composition pénale après renoncement aux poursuites. V. art. 41-2 alinéa 1 CPP : « Le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer (...) une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans ».

Cette conséquence signifie également qu'aucune autre poursuite ne pourra être réalisée sur le fondement de cette infraction, contrairement aux mesures alternatives aux poursuites dont le succès conduit seulement à un classement sans suite.

73. Effets de la composition pénale sur l'action civile. Si les effets de la composition pénale sur l'action publique permettaient déjà d'en tirer argument pour reconnaître son caractère de véritable condamnation, les effets quant à l'action civile viennent corroborer cette idée. En effet, une fois la composition pénale exécutée, rien ne permet d'assurer avec certitude que l'auteur de l'infraction sera définitivement hors de cause. Pour preuve, l'alinéa 9 de l'article 41-2 du Code de procédure pénale qui prévoit que : « (...) l'extinction de l'action publique (...) ne fait cependant pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel (...) le tribunal ne statue alors que sur les intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui est versé aux débats ». La réussite de la composition pénale étant, en principe en sus de l'exécution de la sanction, liée à la réparation du préjudice de la victime, on ne peut que s'étonner de cette possibilité de « court-circuiter le mécanisme mis en place par le procureur³⁴⁵ ».

74. Bilan : Une procédure mal nommée et perfectible. À l'issue de ces développements, il semble évident que la composition pénale ne peut définitivement pas être rangée parmi la catégorie des alternatives aux poursuites d'autant qu'un refus, rejet ou inexécution de la composition pénale confère au procureur de la République la possibilité d'engager ces mêmes poursuites alors que rationnellement, la notion d'alternative devrait impliquer l'irrévocabilité du renoncement à l'option initiale³⁴⁶.

D'une poursuite, la composition pénale en porte certainement les traits, et quant au caractère alternatif, c'est davantage au regard du jugement traditionnel qu'il faut l'apprécier.

³⁴⁵ C. SAAS, *De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur*, Rev. sc. crim, 2004, p. 827.

³⁴⁶ Il convient de souligner ici que les mesures visées à l'article 41-1 du Code de procédure pénale ne sont pas non plus de véritables alternatives, l'action publique pouvant être mise en mouvement, nonobstant leur exécution, soit par le procureur, soit par la victime (sauf lorsque la mesure est une médiation pénale). En ce qu'elles sont privées d'effet sur l'action publique, les mesures prévues à l'article 41-1 ne peuvent être qualifiées d'alternatives. V. S. DETRAZ, *Classification du régime applicable à la procédure de l'article 41-1 du Code de procédure pénale*, note sous Crim. 21 juin 2011, Gaz. Pal. 19 juillet 2011, p. 18. L'auteur souligne que les termes employés par l'article 41-1 le sont par commodité de présentation. Cf. Art. 41-1 al. 3 C. pr. pén. : « En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites ».

Il convient donc d'exclure la notion d'alternative aux poursuites pour retenir plutôt celle d'alternative à l'audience de jugement traditionnel. Bien que l'autonomie de la composition pénale n'ait pas été consacrée par rapport à l'action publique, nombre d'éléments permettent de penser que cette consécration serait nécessaire afin de lui faire bénéficier de la même lisibilité que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Le refus de la chambre criminelle de considérer que la mise en œuvre d'une mesure de composition pénale puisse constituer le premier terme d'une récidive ajouté à celui de reconnaître à l'ordonnance de validation l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil³⁴⁷, et enfin l'exclusion des voies de recours à l'encontre de l'ordonnance de validation, ferment la voie à une consécration salutaire de la véritable nature de la composition pénale. Source d'incohérences, de confusions et d'atteintes à certains principes fondamentaux de procédure pénale, l'apposition du poinçon « alternative aux poursuites » à la composition pénale semble devoir être repensée. Les derniers éléments venant d'être évoqués sont susceptibles de soulever des difficultés futures notamment concernant la portée de l'ordonnance de validation ainsi que les cas dans lesquels il apparaîtrait, à la suite d'une mauvaise qualification des faits, qu'une composition pénale ne pouvait être proposée. L'absence de voie de recours ne manquera alors pas de faire débat et entraînera probablement une énième retouche législative de la procédure de composition pénale contribuant alors un peu plus à l'incohérence générale.

Comme l'a justement souligné un auteur à ce propos : « il semble qu'on a donc posé, de façon pragmatique, les conditions pour parvenir (...) aux résultats que l'on voulait atteindre³⁴⁸ (...) en faisant peu cas de la cohérence juridique de l'ensemble ». Selon cet auteur, la composition pénale serait en effet non pas une alternative aux poursuites mais une action à fin publique. À la différence d'autres positions doctrinales, celle-ci a le mérite de révéler la véritable différence de nature de la composition pénale par rapport aux alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale³⁴⁹.

³⁴⁷ Cass. crim. 21 mai 2008, n° 06-44.948.

³⁴⁸ « (...) Désengorger les juridictions d'instruction et de jugement, éviter que la commission d'une infraction demeure sans autre réponse qu'un classement sans suite pur et simple » V. P. CONTE, *La nature juridique des « alternatives aux poursuites » de l'action publique à l'action à fin publique ?*, préc., p 198.

³⁴⁹ V. sur ce point, R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, p. 396. Outre le fait que les auteurs distinguent la composition pénale des alternatives aux poursuites, ils soulignent que lors d'une composition pénale : « une véritable procédure se déroule, qui risque fort de ressembler à une audience correctionnelle ou de police, et de ne pas remédier au désencombrement du tribunal ».

Les divergences d'interprétation³⁵⁰ et le manque de clarté sur l'ensemble des mesures dites de « troisième voie » ne doivent pas conduire à des abus de langage ni contribuer à laisser le juriste dans l'incertitude de façon indéfinie. Action à fin publique ou bien alternative à l'audience de jugement traditionnel comme on le verra à propos de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité³⁵¹, si ces deux appellations peuvent encore être débattues il semble en revanche que celle d'alternative aux poursuites soit définitivement à écarter pour la composition pénale.

75. La loi du 9 mars 2004 ou la promotion de la négociation. Outre l'élargissement considérable du champ d'application de la composition pénale, la loi Perben II a permis d'introduire en France ce que le législateur a refusé de reconnaître lors de l'instauration de la composition pénale : une « alternative au jugement »³⁵² conférant au procureur un véritable pouvoir à l'égard des sanctions pénales, cette fois-ci très nettement affiché en la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dont la parenté avec la composition pénale est indéniable³⁵³.

Avec cette procédure, le législateur va plus loin dans la promotion des pouvoirs du procureur, plus loin dans les effets attachés à l'aveu de culpabilité, et surtout plus loin dans le rapprochement avec la pratique américaine du *plea bargaining*, les dispositions françaises allant en effet *crescendo* dans les ressemblances avec cette dernière.

B. La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

76. Le plaider coupable. Reprenant la logique de l'aveu existante en matière de composition pénale, le législateur, au terme de la loi du 9 mars 2004³⁵⁴, a introduit la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, que *brevitatis causa*, on appelle le

³⁵⁰ V. M. GIACOPELLI, *Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale*, Rev. sc. crim., 2012, p. 505 ; F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites : une autre justice pénale*, préc. ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 547.

³⁵¹ V. *infra* n° 76 et s.

³⁵² V. S. GUINCHARD et al., *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, préc. p. 1362 : « (...) comme le contenu de la décision est négocié au lieu d'être imposé, il y a bien alternative au jugement ».

³⁵³ V. Circulaire du 2 septembre 2004 présentant les dispositions de la loi du 9 mars 2004 relatives à la CRPC : « Cette nouvelle procédure vise, de même que la procédure de composition pénale, à alléger les audiences correctionnelles, à diminuer les délais de jugement et à conduire au prononcé de peines mieux adaptées et plus efficaces car acceptées par l'auteur du délit (...) ».

³⁵⁴ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

plaider coupable³⁵⁵ dans le but d'alléger les audiences correctionnelles des affaires simples et de conduire au prononcé de peines plus efficaces car « acceptées » par l'auteur de l'infraction. Les origines étrangères de la logique qui anime cette procédure ayant été exposées³⁵⁶, il importe désormais d'en expliquer le fonctionnement concret au travers notamment de l'extension par la loi du 13 décembre 2011³⁵⁷ du contentieux qui lui était initialement dévolu. Les dispositions de la CRPC seront alors abordées en examinant le champ d'application infractionnel de cette procédure tel qu'existant avant l'intervention de la loi du 13 décembre (1) et tel qu'il en résulte (2).

1) La CRPC avant la loi du 13 décembre 2011

77. Cadre de la comparaison. Afin de ne pas tomber dans ce qui constitue le « piège » du droit comparé, à savoir un universalisme des explications qui n'est en définitive rien d'autre qu'une expression de « l'idéalisme juridique »³⁵⁸, il importe de viser précisément cette procédure qu'est la CRPC et d'avancer les contours et les limites de la comparaison récurrente qui est faite avec le *plea bargaining* américain.

Certes, comme il a déjà été dit, les idéaux entre les deux pays sont communs. Simplicité, rapidité, économie et efficacité de la justice pénale sont les maîtres mots de toute réforme pénale³⁵⁹. Toutefois, si la France a adopté une procédure sans cesse comparée à celle connue depuis longtemps du système nord-américain³⁶⁰, il ne s'agit pas pour autant d'une transposition « brute », en témoigne l'examen successif des pratiques américaine et française.

À la suite de la présentation de ce qu'impliquent précisément les termes *Plea* et *Plea Bargaining* aux États-Unis³⁶¹, il importe d'analyser en quoi la procédure française de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité peut en être légitimement rapprochée.

³⁵⁵ J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 569, spéc., n° 613.

³⁵⁶ V. *supra* n° 08.

³⁵⁷ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

³⁵⁸ V. M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976, pp. 57-58 in Ph. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 493 ; M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, préc. p. 12 et s.

³⁵⁹ V. Rapport n° 441 (2002-2003) de M. F. ZOCHETTO, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 septembre 2003 sur la modernisation de la procédure pénale.

³⁶⁰ Sur l'histoire du *plea bargaining* aux États-Unis et en Angleterre, V. A.W. ALSCHULER, *Plea Bargaining and its history*, préc. p. 3 et s.

³⁶¹ V. *supra* n° 09.

78. Fonctionnement de la CRPC. Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004, la procédure de CRPC présente un fonctionnement relativement simple. Visant à accélérer le traitement judiciaire des affaires correctionnelles lorsque les auteurs reconnaissent les faits qui leur sont reprochés³⁶², il est juste d'affirmer que la CRPC s'inspire de dispositions existantes dans la procédure pénale américaine. Toutefois, désigner cette procédure sous le seul vocable « plaider-coupable » n'apparaît pas correct au regard de ce qu'est véritablement un *guilty plea*. En effet, comme précédemment évoqué, il existe une nette distinction entre le plaider coupable, acte libre et spontané fait devant une juridiction au cours d'une audience préliminaire aux États-Unis et une procédure de *plea bargaining* dans laquelle les auteurs d'infractions s'avouent coupable en échange de concessions de la part de l'autorité de poursuite. Lors d'une CRPC, et selon le champ d'application initial fixé par la loi de 2004, il est permis au procureur de la République, devant qui est déféré un auteur reconnaissant avoir commis une infraction punie d'au plus cinq ans d'emprisonnement, de proposer une ou plusieurs peines, y compris une peine d'emprisonnement, mais allégées³⁶³. Ainsi l'on est bien en présence d'une concession faite par le procureur sur la peine en échange d'un plaider coupable. À ce stade, l'ensemble de la procédure fait donc référence non pas à un plaider coupable au sens de *plea* mais bien à un échange « de bons procédés » en ce que l'allègement de la peine n'est accordé qu'en fonction d'un aveu de culpabilité. Ainsi la procédure de CRPC répond davantage à la logique de *plea bargaining* (*négociation de plaidoyer*) que de « plaidoyer » tout seul. Au regard des différents termes de l'échange existants aux États-Unis, il apparaît que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité s'apparente plus précisément au *sentence bargaining*³⁶⁴.

³⁶² Circulaire du ministère de la justice, Crim-04-12-E8 du 2 septembre 2004. Si, comme pour la procédure de composition pénale, les expressions « reconnaissance des faits » et « reconnaissance de sa culpabilité » sont équivalentes, il convient de soulever, comme le fait A. TALEB dans sa thèse sur les procédures de reconnaissances préalables de culpabilité, que la notion de fait peut parfois poser problème. En effet, de « l'existence d'expressions distinctes, il est possible d'en déduire que le prévenu peut admettre avoir commis les faits sans pour autant vouloir reconnaître sa culpabilité ». C'est notamment le cas lorsque le prévenu reconnaît un comportement mais pas une qualification correspondant à une infraction en bonne et due forme. Néanmoins la circulaire précitée indique clairement que la mise en œuvre d'une procédure de CRPC (...) « suppose que la personne non seulement reconnaît avoir commis les faits mais aussi qu'elle accepte leur qualification pénale retenue par le parquet ». V. A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance de culpabilité – étude comparée des justices pénales française et anglaise*, Thèse, Université Lyon III, 2013, p. 54. V. également J-L. COLOMB, *Les failles de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, Gaz. Pal. 31 déc. 2011, n° 365, p. 21.

³⁶³ La nature et le *quantum* de la peine doivent être déterminés conformément aux dispositions de l'article 132-24 du Code pénal. Elle ne peut excéder la moitié de la peine encourue ni en tout état de cause être supérieure à un an.

³⁶⁴ V. *supra* n° 14. Certains auteurs militent même pour qu'existe une négociation entre le ministère public et l'auteur de l'infraction qui ne serait pas limitée à la seule sanction, v. B. BOULOC, L. MARIANI, *La CRPC, une procédure à revoir*, Gaz. Pal., 6-8, novembre 2005, p. 7.

79. Domaine infractionnel initial. Telle qu'introduite en 2004, la procédure de CRPC ne pouvait intervenir qu'à la suite d'une convocation de l'auteur de l'infraction devant le procureur de la République ou bien lors du déferrement de celui-ci en application des dispositions de l'article 393 du Code de procédure pénale. L'infraction en cause ne devait pas entraîner une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. À la suite de la proposition de peine faite par le procureur de la République, la loi offre au délinquant plusieurs possibilités. En effet, il peut en premier lieu accepter la peine sans aucune autre formalité et alors la procédure se poursuit devant une autorité judiciaire représentée par le président du tribunal de grande instance, saisi au préalable par le procureur d'une requête en homologation.

Il peut également en second lieu refuser la peine proposée, et ce refus marque alors la fin de la procédure de CRPC. Partant, l'article 495-12 prévoit que le procureur saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel au terme des dispositions de l'article 388 du Code de procédure pénale, ou bien requiert l'ouverture d'une information. Il est intéressant de noter ici que lorsque l'auteur refuse la peine proposée par le procureur, l'aveu qu'il aura donné au préalable sur sa culpabilité et tout ce qui se sera dit lors de la procédure disparaît en quelque sorte.

En effet, en vertu de l'article 495-14 du Code de procédure pénale : « Lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure ».

80. Analogies avec la procédure américaine. Une disposition similaire existe dans la législation américaine au sein des *Federal Rules of Criminal Procedure* et prévoit que les déclarations faites par l'accusé au cours de la négociation avec le procureur, que celle-ci échoue devant le juge ou bien que l'une des parties à l'accord se rétracte, ne pourront servir de preuve contre lui à l'occasion de son procès. L'aveu de culpabilité est donc effacé et en aucun cas les membres du jury ne pourront en avoir connaissance³⁶⁵. Tant que la Cour n'aura

³⁶⁵ *Federal Rules of Criminal Procedure, Title VII. Post-conviction procedures, Rule 32. Sentencing and Judgment.*

pas contrôlé et accepté l'accord, la force obligatoire du *Plea bargaining* demeure donc relativement faible, voire inexistante³⁶⁶.

Enfin, la procédure française confère à l'auteur de l'aveu de culpabilité à qui une peine a été proposée, un délai de réflexion de dix jours au terme duquel il devra faire connaître son choix au procureur de la République³⁶⁷. Si durant ce délai de réflexion des mesures restrictives de liberté apparaissent nécessaires, le juge des libertés et de la détention peut ordonner son placement sous contrôle judiciaire, en détention provisoire ou une assignation à résidence avec surveillance électronique³⁶⁸.

Au terme de cette présentation, il semble que le législateur français a, certes, eu la volonté d'introduire une procédure incontestablement inspirée de la législation américaine, mais revêtant des spécificités conférant à la CRPC un caractère unique et propre. Les objectifs affichés étaient clairs : répondre de manière efficace à la petite et moyenne délinquance par le biais d'un consensualisme judiciaire prenant en considération cumulativement l'accord de l'auteur des faits, du procureur de la République et du président du tribunal et conférant à l'auteur d'une reconnaissance de culpabilité le bénéfice d'une diminution de peine et d'un « procès plus expéditif »³⁶⁹. Au-delà des critiques qui peuvent être adressées quant à la conformité de cette procédure aux principes fondamentaux³⁷⁰ et en dépit de la redondance manifeste avec la composition pénale³⁷¹, on assistait au développement d'une procédure négociée relativement unique et reflétant des caractères propres à la procédure pénale française. Toutefois, à l'occasion de l'introduction de la loi du 13 décembre 2011³⁷², il semble qu'un pas ait été franchi vers davantage de similitude entre la CRPC et le *plea bargaining*, illustrant par là même une certaine détermination du législateur à faire primer le pragmatisme et la technique gestionnaire sur les spécificités et l'identité de la procédure pénale française.

³⁶⁶ V. *infra* n° 405 et s.

³⁶⁷ Art. 495-8 C. pr. pén.

³⁶⁸ Art. 495-10 C. pr. pén. modifié par la Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009, pénitentiaire et par la Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

³⁶⁹ X. PRADEL, *Présentation théorique, Le plaider coupable, Journée d'études organisée par la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle*, 15 nov. 2004, RPDP, 2005, p. 376.

³⁷⁰ V. *infra* n° 226 et s.

³⁷¹ Jusqu'à la loi du 13 décembre 2011, les procédures de composition pénale et de CPRC présentaient le même champ d'application à savoir les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans. V. Art. 41-2 et 495-7 C. pr. pén.

³⁷² Loi n° 2011-1862 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

2) La CRPC après la loi du 13 décembre 2011

81. Extension du champ d'application de la CRPC. Alors que les débats parlementaires et constitutionnels³⁷³ préconisaient de mettre en œuvre la CRPC en priorité pour les « affaires simples et en état d'être jugées »³⁷⁴ et que la procédure française se démarquait relativement bien de sa parente américaine pour ce qui est du champ d'application, il fut proposé au sein du Comité de réflexion sur la justice pénale, dit Comité Léger³⁷⁵, l'introduction de la CRPC dans les cours d'assises. Bien que cette proposition semble pour l'heure avoir été abandonnée, les intentions du Comité ont néanmoins illustré un changement de perspective concernant cette procédure. Si le désir de simplification et de célérité pouvait se justifier au stade correctionnel³⁷⁶, il en va différemment de la procédure se déroulant devant une cour d'assises³⁷⁷. Le procès criminel est particulier en ce sens qu'il n'a pas pour unique fonction de déterminer la culpabilité de l'accusé et, le cas échéant, le prononcé d'une peine³⁷⁸. Il existe en son sein une dimension psychologique, sociale et d'une gravité autre que celle qui est à l'œuvre dans les procès relatifs aux infractions de masse. Si le gouvernement n'a pas poursuivi dans cette voie, l'attention cependant portée sur cette proposition d'instauration de la CRPC en matière criminelle a permis d'étendre cette procédure à toutes les infractions passibles d'une peine correctionnelle et ce, de façon quasi inaperçue. Ainsi, l'article 27 de la loi du 13 décembre 2011 a apporté au Code de procédure pénale plusieurs modifications qui ont étendu son domaine d'application et – nouveauté – permettent d'y recourir à l'issue d'une information judiciaire. Cette double extension de la CRPC a été jugée conforme à la

³⁷³ V. Note d'orientation concernant l'avant projet de loi sur l'adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, diffusée le 9 décembre 2002 et décision 2005-520 DC du Conseil constitutionnel, 22 juillet 2005.

³⁷⁴ À savoir le contentieux de masse et notamment les conduites en état alcoolique, les délits de violences urbaines, les contentieux familiaux, etc., v. Circ. CRIM. 04-12-E8 du 2 septembre 2004. Il faut toutefois souligner qu'en réalité, avant la réforme de 2011, la CRPC a déjà été utilisée pour résoudre des affaires complexes, notamment des faits d'atteintes sexuelles sur mineur, v. Cass. crim., 10 nov. 2010, pourvoi n° 10-82.097, Procédures 2011, comm. n° 108, obs, C. CHAVENT-LECLERE.

³⁷⁵ Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale rendu le 1^{er} septembre 2009. V. U. WEISS, *Pour un plaider coupable criminel en droit pénal français*, Gaz. Pal., 3 janv. 2009, n° 3, p. 9 ; J. SIMON-DÉLCROS, *Réformer mais pas tuer la Cour d'assises !*, Gaz. Pal., 6 sept. 2009, n° 249-251, p. 2.

³⁷⁶ Et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans seulement.

³⁷⁷ Sur les risques d'une transplantation de la procédure de *plea bargaining*, v. Ph. CONTE, *Les propositions du pré rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Dr. pén. 2009, Étude 11.

³⁷⁸ A. TALEB, *Le point sur la CRPC dans l'avant projet portant réforme de la procédure pénale : la révolution annoncée aura-t-elle lieu ?* Procédures, Avril 2011, Étude n°4, p. 5, spéc. n° 18 ; V. X. PIN, *La défense devant les juridictions de jugement*, 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, n° spécial, 2010, p. 160, l'auteur souligne que « la négociation rejaillira nécessairement devant la cour d'assises, écornant du coup le dernier bastion du rituel judiciaire et démontrant, au fond, que la défense a été sinon bridée, du moins canalisée ».

Constitution par le Conseil constitutionnel³⁷⁹. Aussi, si depuis 2004 l'article 495-7 du Code de procédure pénale réservait la procédure de CRPC 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, il résulte désormais des dispositions de la loi de 2011 que la CRPC est applicable à l'ensemble des délits et notamment à de nouvelles infractions en matière économique et financière³⁸⁰. C'est en effet le cas des délits de corruption passive et de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique³⁸¹, et surtout de la corruption active ou passive par ou à l'égard de personnes dépositaires de l'autorité publique dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique³⁸², ces infractions faisant l'objet d'une attention accrue de la part des gouvernements. Ce sont donc les délits les plus graves et notamment liés à la corruption internationale³⁸³, qui peuvent désormais faire l'objet d'un accord négocié. Cette modification marque la volonté du législateur de dôtter non seulement le parquet, mais également désormais le juge d'instruction³⁸⁴, d'instruments négociés fondés sur des concessions réciproques en matière de lutte contre la délinquance financière.

Concernant la ligne de séparation que cette extension trace désormais entre la procédure de composition pénale et la CRPC, il convient de saluer la clarification, ces deux procédures recoupant désormais un champ d'application relativement distinct. Faut-il pour autant se satisfaire de l'ensemble des conséquences de cette réforme ?

82. Vers un rapprochement entre CRPC et *Plea bargaining*. La loi du 13 décembre 2011 semble avoir réduit de manière considérable les caractères permettant de différencier clairement notre pratique de la négociation en matière pénale de celle à l'œuvre outre-Atlantique. D'un domaine d'application relativement restreint, la CRPC est désormais applicable, exception faite des délits prévus aux articles 495-16 du Code de procédure pénale et 222-9 à 222-31-2 du Code pénal, à l'ensemble de la matière correctionnelle, sans parler de

³⁷⁹ Cons. Const. Décision n° 2011-641 du 8 décembre 2011.

³⁸⁰ Outre les exceptions déjà existantes depuis 2004 concernant les délits de presse, d'homicides involontaires, les délits politiques, les délits commis par des mineurs et les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale (Art. 495-16 C. pr. pén.), sont exclus du champ d'application de la CRPC tel qu'il résulte de la loi du 13 décembre 2011, les délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans.

³⁸¹ Art. 432-11 C. pén.

³⁸² Art. 435-1 et 435-3 C. pén.

³⁸³ De manière non exhaustive : infractions d'escroquerie et d'abus de confiance commises avec la circonstance aggravante de bande organisée, Art. 313-2 et 313-4 C. pén.

³⁸⁴ V. art. 180-1 C. pr. pén.

l'annonce d'une possible application de cette procédure aux crimes³⁸⁵. Où sont passées les intentions du législateur de ne réserver les procédures négociées qu'aux affaires simples et en état d'être jugées ? Notre procédure se démarquait de la pratique de la négociation et de ses dérivés en terre de *Common Law* en ce qu'elle présentait un « formalisme rigide »³⁸⁶ et paraissait strictement encadrée. Mais le législateur semble vouloir aller plus loin dans l'instauration de la négociation en matière pénale, faisant craindre que les impératifs liés à la pratique ainsi que l'usure du temps finissent également ici par dénaturer les dispositions légales. En pratique en effet, à l'occasion d'affaires complexes dans lesquelles les preuves sont minces, l'étude du plaider coupable américain illustre bien le danger d'un procureur qui ne peut déterminer « s'il est face à un prévenu coupable ou innocent et fait néanmoins une offre »³⁸⁷. Dès lors, il serait possible d'affirmer que parfois, en droit français, comme en droit américain, « on n'est pas coupable, on le devient ».

Au vu des réformes successives de la procédure pénale française, la frontière entre les caractères de la CRPC et ceux du *plea bargaining* américain ne semble pas si infranchissable. Considérant les dérives que la pratique de la négociation outre - Atlantique a engendré, ce constat est regrettable. Les praticiens américains eux-mêmes parlent de « *Judicial*

³⁸⁵ Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale présidé par P. Léger, septembre 2009. Le comité avait recommandé d'alléger la procédure d'assises, jugée lourde et onéreuse, en cas de reconnaissance de culpabilité par l'accusé.

³⁸⁶ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Thèse, Panthéon Sorbonne, 2010, p. 18.

³⁸⁷ L. ANCELOT, M. DORIAT-DUBANT, *La procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité ; l'éclairage de l'économie du droit sur l'équité du plaider coupable*, Arch. pol. crim., 2010/1, n° 32, p. 273. Aux États-Unis, la condamnation d'innocents dans le cadre du plaider coupable atteindrait 10 % et s'expliquerait principalement par des raisons financières : devant l'impossibilité de rémunérer convenablement leurs avocats, certains accusés innocents acceptent de plaider coupables, tandis que les avocats cherchent à résoudre rapidement les affaires de clients peu ou pas solvables ; quant au procureur, il serait incité à résoudre les affaires rapidement afin de minimiser les coûts de justice. V. D. NEWMANN, *Conviction, the determination of guilt or innocence without trial*, American Bar Foundation Series on the Administration of Criminal Justice, Vol. 2, Pub. Little, Brown, 1966 ; A.W. ALSCHULER, *The prosecutor's role in Plea Bargaining*, University Chicago Law Review, n° 36, pp. 50-112 ; S. J. SCHULHOFER, *Criminal Justice as a regulatory system*, Journal of Legal Studies, n° 17, 1988, p. 45 ; V. BERGER, *La réalité de la peine capitale aux États-Unis : défense bâclée, justice politisée et dangers d'exécution de personnes innocentes*, in I. PAPADOPOULOS, J-H. ROBERT, (dir.), *La peine de mort : droit, histoire, anthropologie, philosophie*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 28 et s ; J-H. BLUME and R.K. HELM, *The Unexonerated : Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty*, Cornell Law Faculty Working Papers, 2014, Paper n° 113. Les auteurs soulignent que de nombreuses affaires médiatiques évoquent régulièrement des innocents qui sont poussés à plaider coupable. Le plus dérangent étant que dans la majorité de ces affaires, les autorités sont convaincues de l'innocence du suspect ou du moins en sont conscientes au moment où l'individu plaide coupable. « *Several recent high profile cases, (...) have revealed (again), that factually innocent defendants do plead guilty. And, more disturbingly, in many of the cases, the defendant's innocence is known, or at least highly suspected, at the time the plea is entered* » ; S. E. DIETZEL, *The use of life and death as tools in plea bargaining*, 37 Criminal Justice Review, 2012, n° 1, p. 89. L'auteur dénonce que dans les États où la peine de mort est toujours en vigueur, l'irréversibilité de cette peine joue un rôle incitatif puissant à l'égard du défendeur qui, même innocent, préférera plaider coupable et perdre sa liberté plutôt que risquer sa vie.

blasting »³⁸⁸. La philosophie de certains juges est simple : dès lors que l'accusé souhaite un procès et plaide donc « *not guilty* », ils doublent la peine d'emprisonnement, expliquant que « L'accusé prend une partie de mon temps ; je prends une partie du sien »³⁸⁹. Au-delà, les pourcentages d'erreurs judiciaires enregistrés aux États-Unis font de la pratique américaine de la procédure pénale et du système carcéral des modèles relativement peu enviables³⁹⁰.

Dans ce contexte, seules les résistances tenant aux principes fondateurs de notre procédure semblent pouvoir faire office de rempart contre une dénaturation de notre identité procédurale³⁹¹. Il suffit, à ce titre, de regarder vers l'Italie pour s'en convaincre³⁹².

Si la réception de l'influence du système pénal américain s'illustre de manière tangible au travers de la réponse pénale apportée au terme d'une procédure de droit commun, le recours à la négociation en matière d'infractions supposant une procédure dérogatoire vient accentuer ce constat.

§2. Négociation et infractions relevant d'une procédure dérogatoire

83. Progression du champ d'application des procédures négociées. Exception faite des délits non concernés par les procédures de composition pénale et de CRPC, il apparaît désormais que la commission de l'ensemble des délits prévus dans le Code pénal français puisse donner lieu à une négociation entre l'autorité de poursuite et l'auteur du fait illicite.

³⁸⁸ « Justice à l'explosif » ou « Dynamitage judiciaire ».

³⁸⁹ D. INCHAUSPÉ, *L'innocence judiciaire*, 2^e éd. 2012, PUF, Paris, p. 352. Cette pratique a été confirmée au cours d'un entretien avec P. PRYOR DEMBE, *Honorable president Judge of Court of Common Pleas, 1st Jusdicial District*, le 23 juillet 2012 à Philadelphie.

³⁹⁰ Selon un rapport publié sous l'égide de l'école de droit de l'Université de Columbia et reproduit dans un article du journal *Libération* datant du 12 juin 2008, entre 1973 et 1995, le système judiciaire américain a été contraint d'annuler 68 % des peines de mort prononcées par les tribunaux, du fait d'« erreurs préjudiciables ». « Le document, qui passe au crible les 5 760 peines capitales et 4 578 procédures d'appel enregistrées durant ces vingt-trois ans, montre que les cours d'appel ont dû annuler presque 7 condamnations à mort sur 10 car l'accusé n'avait pas bénéficié d'une justice équitable ». De plus, en l'espace d'une trentaine d'année, les États-Unis ont connu une explosion de leur population carcérale. De 3 millions en 1985, il est question en 2012 de 7 millions de personnes se trouvant sous main de justice, c'est-à-dire soit emprisonnées, soit suivies dans le cadre d'une mise à l'épreuve ou d'une libération conditionnelle, et le rapport officiel du *Bureau of Justice Statistics* parle d'une diminution suivie depuis 2009. (<http://www.bjs.gov>).

³⁹¹ V. *infra* n° 226 et s.

³⁹² A. MITONE, *La défense pénale en Italie*, XIX^e Congrès de L'Association Française de Droit pénal, Lyon 19-20-21 novembre 2009, RPD, numéro spécial 2010, p. 241 ; v. également, C. SARZOTTI, *Égalité et modèle de procès pénal*, *Déviance et Société*, Vol. 20, n° 3, 1996, pp. 215-237 ; C. COLINET, *Le nouveau Code de procédure pénale italien ou le problème du passage d'un modèle inquisitoire à un modèle accusatoire*, RDPC, 1992, p. 255. V. *supra* n°18.

Dans cette perspective de consensus autour de la culpabilité et de la peine, ainsi que dans un objectif d'élaboration d'un accord devant être avalisé par une autorité juridictionnelle, il est intéressant de souligner que d'autres types d'infractions, ne relevant pas du droit pénal dit « commun », sont également concernés par ce mode controversé de traitement des affaires pénales.

En effet, deux domaines d'infractions ont vu leur mode de répression se transformer à la suite de l'introduction de procédures négociées en leur sein. Il s'agit du domaine de la criminalité organisée (A) ainsi que du droit pénal économique (B).

A. Infractions relevant de la criminalité organisée

84. Les collaborateurs de justice. Avant d'expliquer le fonctionnement de la négociation dans ce domaine, il importe de présenter le contexte dans lequel celle-ci est apparue et les raisons de son utilisation croissante.

85. La dénonciation comme arme contre le crime organisé. Le crime organisé est un phénomène ancien mais le concept a été mis en lumière pour la première fois dans les années 1920 pour décrire les organisations mafieuses dont l'activité principale était le trafic d'alcool³⁹³. Il réapparaît dans les années 1980 lorsque cette forme de délinquance prend une dimension transnationale et revêt différentes formes³⁹⁴. Aux côtés d'une délinquance traditionnelle liée aux trafics de stupéfiants ou à la contrebande s'est développée une forme de criminalité plus moderne en relation avec les nouvelles technologies, l'immigration ou la politique. Face à cette diversité, il est intéressant de reprendre ici les typologies qui ont été dressées par un auteur qui distingue la criminalité mafieuse, la criminalité politico-administrative et la criminalité économique et financière³⁹⁵.

³⁹³ F. DEBOVE, *Vers un droit pénal de la criminalité organisée*, Petites affiches, 12 novembre 2002, p. 4.

³⁹⁴ M. MASSÉ, *Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen*, Rev. sc. crim., 2000, p. 469.

³⁹⁵ *Ibid.*

C'est cette lutte contre ce phénomène difficilement perceptible que représente le crime organisé qui a justifié le recours de plus en plus fréquent – en France comme à l'étranger³⁹⁶ – aux collaborateurs de justice.

Sous la pression internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies³⁹⁷ comme au niveau de l'Union européenne³⁹⁸, on assiste à une expansion caractérisée des dispositions ayant trait aux repentis. Ce terme n'est pratiquement pas évoqué dans les principaux manuels ou traités de Droit pénal et le terme de « repentis » n'apparaît d'ailleurs pas au sein du Code pénal de 1994. Le législateur, à la lecture de la circulaire du 2 septembre 2004 qui fait suite à la loi Perben II ayant introduit l'article 132-78 au sein du Code pénal a en effet préféré parler de « collaborateurs de justice », terme directement issu de l'expression américaine « *legal collaborators* ». Déjà existant pour certaines infractions telles que le trafic de stupéfiants³⁹⁹, le système des repentis, inspiré du « témoin de la couronne » anglo-saxon, des *legal collaborators* américains ou encore du système italien de lutte contre les mafias, a vu son champ d'application considérablement élargi par la loi du 9 mars 2004. Rompant ainsi avec le caractère fragmentaire de la législation jusqu'alors en vigueur⁴⁰⁰, c'est au sein des dispositions communes du Code pénal que le législateur a inséré un article 132-78. Désormais, la collaboration procédurale est étendue à toutes les infractions relevant de la criminalité organisée.

Afin d'étudier précisément le champ d'application de l'article 132-78 du Code pénal, il convient de scinder les développements selon que les dispositions en la matière s'appliquent aux infractions relevant de la criminalité organisée *stricto sensu* (1) ou aux infractions qui relèvent de manière extensive de ces règles dérogatoires (2).

³⁹⁶ L'Italie a été le premier pays européen à avoir adopté une législation concernant les repentis, V. L-E. PETTITI, *Le problème des repentis*, Rev. sc. crim., 1986, p. 751, C. DUCOULOUX-FAVARD, *Réflexion sur les repentis et les collaborateurs de justice au regard du droit italien*, Gaz. Pal., 3 juillet 2003, n° 183, p 3.

La Belgique a connu une proposition de loi instaurant un régime des repentis le 29 octobre 2003, V. M-A. Beernaert, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal*, préc. p. 41.

³⁹⁷ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme, adoptée le 15 novembre 2000, entrée en vigueur en France le 29 sept. 2003.

³⁹⁸ Résolution du Conseil de l'Union européenne du 20 déc. 1996, relative aux collaborateurs à l'action de la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, J.O.C.E., n° C010 du 11 janvier 1997, pp. 1-2.

³⁹⁹ En matière de trafic de stupéfiants, l'art. 222-43 du Code pénal réduit la peine privative de liberté de tout auteur ou complice d'une infraction définie aux arts. 222-34 à 222-40 du Code pénal, qui, ayant averti les autorités administratives ou judiciaires, a permis de faire cesser les agissements et d'identifier les autres coupables.

⁴⁰⁰ A. MIMHAN, *Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II »*, Dr. Pénal, 2005, Chron n°1, pp. 6-11.

1) Infractions relevant de la criminalité organisée stricto sensu

86. Fonctionnement des collaborateurs de justice en Droit français. Il ne s'agit pas ici de sous-entendre qu'avant la loi du 9 mars 2004⁴⁰¹, les mécanismes d'exemption et de réduction de peine au bénéfice de ceux qui collaborent avec la justice étaient inconnus du droit français⁴⁰². Toutefois, il semble que le fonctionnement et l'inscription de ce système dans les dispositions générales du Code pénal sont pour une large part le résultat de pressions internationales⁴⁰³ et de l'influence américaine⁴⁰⁴, en témoigne l'examen des dispositions françaises en la matière.

Au terme de l'article 132-78 du Code pénal, le législateur a retenu deux niveaux d'indulgence à l'égard d'un repentir. En effet, si la dénonciation permet d'arrêter la commission de l'infraction au stade de la tentative, une exemption de peine doit être prononcée. En revanche, si les déclarations du repentir ne permettent que de limiter les conséquences d'une infraction réalisée, celui-ci ne bénéficie que d'une réduction de peine.

87. Article 132-78 alinéa 1 du Code pénal. L'alinéa 1^{er} de l'article 132-78 du code pénal énonce trois conditions à l'exemption de peine. Tout d'abord, une exemption de peine n'est

⁴⁰¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 12-II.

⁴⁰² Le droit français connaît depuis longtemps sept hypothèses de dénonciation légalement récompensées : 1. Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, organisées par une ordonnance du 4 juin 1960, art 101 du Code pénal de 1810, art 414-2 du Code pénal de 1994.

2. La contrefaçon des monnaies, billets et sceaux de l'État, art. 138 du Code pénal de 1810, art 442-9 du Code pénal de 1994.

3. L'association de malfaiteurs, dont la dénonciation était récompensée par la loi du 18 décembre 1893, est prévue aujourd'hui à l'article 450-2 C. pén.

4. L'évasion, art. 247 al. 2 du Code pénal de 1810, aujourd'hui codifiée à l'article 434-37 C. pén.

5. Le terrorisme, art. 9 de la loi du 9 septembre 1986, prévu aux articles 422-1 et 422-2 C. pén.

6. Le trafic de stupéfiants, pour lequel la loi du 31 déc. 1987 avait créé des possibilités d'exemption ou de réduction de peine. Seule la réduction demeure à l'article 222-43 C. pén.

7. La corruption douanière, art. 59 du Code des douanes qui prévoyait l'absolution des peines, amendes et confiscations à celui qui dénonçait la corruption à laquelle se livraient des agents des douanes, prévue aujourd'hui à l'article 434-11 C. pén.

⁴⁰³ Art. 26 de la Convention de Palerme adoptée le 15 nov. 2000, Résolution du Conseil du 20 déc. 1996, J.O.C.E., n° C 010, 11 janvier 1997, Art. 6 de la Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme du 13 juin 2002, J.O.C.E., n° L 164, 22 juin 2002, CEDH, *Conerlis c/ Pays-Bas*, req. n° 994/03, 25 mai 2004 et CEDH, *Doorson c/ Pays-Bas*, req. n° 20524/92, 26 mai 1996.

⁴⁰⁴ *Les repentis face à la justice pénale*, Les documents du Sénat, Série législation comparée, Juin 2003, n° LC 124.

possible que si l'infraction initialement prévue n'est pas réalisée. On est donc ici au stade de la tentative⁴⁰⁵.

Ensuite, la personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit doit avoir averti l'autorité administrative ou judiciaire. Initialement, il était prévu que la dénonciation intervienne « avant tout acte de poursuite ». Sous l'impulsion de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, un amendement a supprimé la disposition conditionnant l'application d'un statut du repentis à l'absence de poursuites tant pour ce qui est de l'exemption que de la réduction de peine⁴⁰⁶. Sur ce point le fonctionnement du système des collaborateurs de justice se rapproche de celui en vigueur aux États-Unis, *l'informal immunity agreement*, déclenché par le biais du procureur au moment des poursuites.

Enfin, la dénonciation doit permettre d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices. On peut déduire ici que l'identification par le repentis des autres participants à l'infraction n'est donc pas indispensable à l'octroi de l'exemption de peine⁴⁰⁷. Il est intéressant d'observer que contrairement aux mécanismes de *l'informal immunity agreement* ou de *l'accomplice plea agreement*, l'essentiel de la collaboration apportée par le repentis ne repose pas sur la révélation de l'identité des autres participants à l'infraction. La pratique française semble ajouter une importante considération temporelle, les déclarations des repentis devant en effet permettre d'éviter la réalisation de l'infraction ou d'en limiter les effets. Le système américain en revanche est bien moins attaché à cette considération, les dispositions en la matière portant moins sur l'infraction elle-même que sur la révélation de noms de coauteurs et complices. Concernant la récompense cependant, le relevé d'office par le parquet français de l'alinéa 1^{er} de l'article 132-78 du Code pénal conduit au même résultat pour le collaborateur que la décision du procureur américain lors d'un *informal immunity agreement*.

88. Exemple. En pratique, le collaborateur de justice pouvant bénéficier de l'exemption prévue à l'alinéa 1 de l'article 132-78 du Code pénal pourra par exemple être le braqueur qui,

⁴⁰⁵ Art. 121-5 C. pén. « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».

⁴⁰⁶ A. MIMHAN, *Exemption et réduction de peine pour les repentis*, préc., p. 6.

⁴⁰⁷ V. en ce sens M-E. CARTIER, *Le terrorisme dans le nouveau Code pénal*, Rev. sc. crim., 1995, pp. 225-244. spéc. p. 243 : « (...) pour entraîner l'exemption de la peine, il convient (...) que l'information donnée à l'autorité administrative ou judiciaire ait permis au minimum « d'éviter les dégâts » (...) et au mieux d'identifier sinon d'arrêter les coupables. La pudeur de la loi qui n'exige que « le cas échéant » des informations sur l'identité des coupables, s'explique sans doute par le fait que la délation n'est pas une démarche facile et qu'il aurait été peu réaliste de subordonner l'exemption de peine à une dénonciation des coauteurs et complices ».

après avoir fait part aux services de police judiciaire de son intention d'aller commettre avec d'autres personnes l'infraction de vol avec usage ou menace d'une arme en bande organisée, va avec les co-auteurs jusque dans la banque. Là, les services de police interviennent grâce à ses déclarations pour empêcher ce vol d'être commis. Le collaborateur de justice est en l'espèce juridiquement co-auteur de la tentative de vol en bande organisée puisque si les services de police n'étaient pas intervenus, les faits auraient été commis. Ainsi, la volonté de commettre les faits est atténuée par la dénonciation mais existe toujours, rendant alors la tentative punissable⁴⁰⁸.

89. Article 132-78 alinéa 2 du Code pénal. Contrairement à l'alinéa 1^{er} de l'article 132-78 du Code pénal, l'alinéa 2 vise la réduction de peine au bénéfice de l'auteur d'une infraction entièrement consommée. Celui-ci, par sa collaboration, doit avoir permis de faire cesser l'infraction⁴⁰⁹, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les coauteurs ou complices. On peut noter ici comme l'ont fait d'autres auteurs⁴¹⁰ que le législateur n'a pas repris l'expression « et, le cas échéant ». Cela amène deux remarques.

Au contraire de l'alinéa 1^{er}, il semble que l'identification des autres auteurs ou complices soit ici une condition suffisante à l'obtention de la récompense. Or, à la lecture des incriminations spéciales visant la réduction de peine qui sont demeurées inchangées après la réforme de la loi du 9 mars 2004 (comme le repentir de l'infraction de trafic de stupéfiants)⁴¹¹, l'on s'aperçoit que la réduction de peine ne récompense que les auteurs d'une dénonciation ayant permis de faire cesser l'infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage, « et » d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices. Il y a donc une certaine incohérence entre le droit commun et le droit spécial. Aussi, contrairement à ce que la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 132-78 du Code pénal laisse entendre, l'identification des autres participants de l'infraction n'est pas une condition suffisante à l'obtention de la réduction de peine et ce conformément aux arguments invoqués pour justifier l'énoncé de l'alinéa 1^{er}. Il y a donc bien deux conditions cumulatives : faire cesser l'infraction ou éviter qu'elle ne produise un dommage *et* identifier les autres participants.

⁴⁰⁸ Art. 121-4 et 121-5 C. pén. On pourrait toutefois s'interroger sur le caractère véritablement « indépendant de la volonté de son auteur » de l'intervention des services de police. V. Circ. CRIM 04-13 G1 du 2 sept 2004.

⁴⁰⁹ Ce qui en pratique se révèle difficile pour une infraction instantanée c'est-à-dire qui se consomme entièrement en un trait de temps, V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 10^e éd. 2014. Cette disposition suppose donc la dénonciation d'une infraction continue telle qu'une séquestration (art. 224-1 C. pén) ou un trafic de stupéfiant (art. 222-34 C. pén.).

⁴¹⁰ J. DANET, *La concurrence des procédures pénales*, préc., p. 200.

⁴¹¹ Art. 222-43-1 C. pén.

90. Les repentis en France et aux États-Unis, vers un régime procédural similaire.

L'examen du fonctionnement du système des collaborateurs de justice en droit pénal français et américain permet de constater un rapprochement majeur concernant la condition selon laquelle la collaboration doit intervenir avant toute poursuite. Si cette condition a été supprimée sous l'impulsion de la Commission des lois de l'Assemblée nationale s'agissant du droit commun, il semble que l'on puisse relever ici encore une incohérence à la lecture du droit spécial. Par exemple, l'article 450-2 du Code pénal relatif au repentir en matière d'association de malfaiteurs⁴¹² dispose que l'exemption de peine est subordonnée à la révélation « avant toute poursuite » du groupement ou de l'entente aux autorités compétentes par une personne y ayant participé.

Dans ce cadre, la collaboration pourra donc intervenir avant le déclenchement de l'action publique, spécialement pendant la garde à vue. Une véritable négociation informelle peut alors se mettre en place entre l'individu et les enquêteurs qui l'auront informé de l'indulgence du parquet en cas de collaboration. L'esprit de la collaboration en vigueur aux États-Unis semble imprégner de manière accrue la procédure pénale française.

Un autre point nous permet de confirmer le développement d'un régime procédural similaire. En effet, le système des collaborateurs de justice, en raison de l'importance du rôle joué par le procureur dans sa pratique, contribue au déplacement du centre de gravité du procès vers la phase d'enquête. Qui ignore aujourd'hui qu'il s'agit là d'un des traits les plus caractéristiques du système pénal américain ?

En effet, au sein du *United States Code*, compilation de l'ensemble des lois fédérales applicables sur le territoire américain réparties en 51 Titres, les procureurs fédéraux (*United States Attorneys*)⁴¹³ ont le pouvoir de poursuivre toutes les infractions commises contre les États-Unis. Ils sont habilités à décider seuls, selon le principe d'opportunité des poursuites⁴¹⁴, si celles-ci doivent être exercées et à quel moment. À l'instar de la France, ils ne sont pas

⁴¹² Art. 450-1 C. pén.

⁴¹³ Le système judiciaire américain s'organise premièrement autour de ce qui s'apparente à notre ministre de la justice, l'« *Attorney general* ». Au niveau fédéral, l'Autorité de poursuite est incarnée concrètement par des procureurs au sein de chacun des 94 districts fédéraux, nommés par le Président des États-Unis et que l'on appelle « *United States Attorneys* ». Deuxièmement, au niveau étatique, l'organe de poursuite dans chaque État est le « *District Attorney* » qui lui est élu par la population locale.

⁴¹⁴ Par opposition au principe de légalité des poursuites dans lequel la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique n'est pas à la libre appréciation des magistrats du parquet. Selon ce principe les procureurs se voient imposer de poursuivre toute infraction parvenue à leur connaissance, quelles que soient la gravité et les circonstances. Pour de plus amples développements sur l'opposition entre les principes d'opportunité et de légalité des poursuites, v. MM. MERLE & VITU, *Traité de droit criminel, tome 2, Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, p. 388, spéc., n° 324.

tenus de poursuivre toutes les infractions portées à leur connaissance mais contrairement au système français, « il n'y a ni action civile, ni pouvoir hiérarchique permettant à la victime ou à un supérieur d'obliger le procureur à agir »⁴¹⁵.

Également, une fois qu'il aura décidé de mettre en mouvement l'action publique, le procureur peut choisir selon différentes modalités. Aux États-Unis, selon le Titre 28 du *United States Code*⁴¹⁶, le *United States Attorney* peut choisir de déclencher le circuit procédural « classique » c'est-à-dire un procès devant jury ou bien d'entrer en négociation avec l'accusé, sous réserve d'un aveu de culpabilité, avec tout ce que cela implique de diversifications selon que l'objet de l'accord porte sur la qualification retenue (*charge bargaining*) ou sur la sanction en elle-même (*sentence bargaining*). En France, de manière similaire, le procureur dispose de plusieurs options, au premier rang desquelles se situe la négociation sur la peine, incarnée par les procédures de composition pénale, de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et plus encore lors de la mise en œuvre des dispositions de l'article 132-78 du Code pénal. En France comme aux États-Unis, le procureur se présente donc désormais comme la pièce maîtresse d'un circuit procédural parallèle au système de poursuite et de jugement traditionnel où l'essentiel du pouvoir repose normalement dans la personne d'une autorité juridictionnelle⁴¹⁷.

Outre l'influence exercée par les États-Unis au regard de la pratique en elle-même, le rapprochement entre les systèmes français et américain en matière de négociation avec les repentis s'observe à travers l'extension du champ d'application du mécanisme des

⁴¹⁵ J. CEDRAS, *Le droit pénal américain*, PUF, 1997, Paris, p. 13.

⁴¹⁶ Title 28 « *Judiciary and Judicial procedure* », Part II « *Department of Justice* », Chapter 35 « *United States Attorneys* », Section 547 « *Duties* ».

⁴¹⁷ Sur ce point V. CEDH, Grande chambre, *Medvedyev et autres c/ France*, Requête n° 3394/03 du 29 mars 2010. Dans cet arrêt, la CEDH conforte une jurisprudence ancienne (*Lawless c/Irlande*, requête n° 332/57 du 1^{er} juillet 1978 et *Schiesser c/ Suisse*, requête n° 7710/76 du 4 décembre 1979) selon laquelle « l'autorité judiciaire compétente » devant qui doit être conduite toute personne arrêtée ou détenue (Article 5 (c) de la Conv. EDH) vise un magistrat devant présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale à l'instar du Ministère public. Partant, les magistrats du parquet ne sont pas des autorités judiciaires et ne disposent donc pas du pouvoir juridictionnel. V. CEDH, *Moulin c/ France*, Requête n° 37104/06 du 23 novembre 2010.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel adopte une position différente. V. Cons. const., décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 dans laquelle le Conseil rattache le Parquet à l'article 66 de la Constitution : « considérant que l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ; que si l'intervention d'un magistrat du siège peut être requise pour certaines prolongations de la garde à vue, l'intervention du procureur de la République dans les conditions prévues par la loi déferée ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution ». Cette position a été réaffirmée dans une décision du 30 juillet 2010 n° 2010-14/22 QPC dans laquelle le Conseil maintient que « l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet », D 2010, p. 1928 entretien C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; D. 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; D. 2010 p. 2696, entretien Y. MAYAUD ; AJ. pén. 2010, p. 470, étude J-B. PERRIER. V. également, Cons. const., décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011. V. Rev. sc. crim. 2011, p. 415, obs. J. DANET ; AJ pén. Dossier : *Faut-il réformer le statut du ministère public ?*, p. 112.

collaborateurs de justice, témoin de l'effacement progressif des limites quant aux infractions visées initialement par le législateur français.

2) Infractions relevant de manière extensive des règles inhérentes à la criminalité organisée

91. Caractéristiques de l'extension en matière d'exemption de peine. Avant l'introduction de l'article 132-78 alinéa 1 au sein des dispositions générales du Code pénal précisant que l'exemption de peine n'est applicable que « dans les cas prévus par la loi », celle-ci était prévue pour un nombre limité d'infractions, à savoir les infractions d'association de malfaiteurs⁴¹⁸, d'attentat⁴¹⁹, de sabotage⁴²⁰, de complot⁴²¹, d'évasion⁴²², de fausse monnaie⁴²³ et enfin de terrorisme⁴²⁴.

Depuis la loi du 9 mars 2004, l'exemption de peine pour un collaborateur de justice a été étendue aux infractions d'assassinat⁴²⁵, d'empoisonnement⁴²⁶, de tortures et actes de barbarie⁴²⁷, de trafic de stupéfiants⁴²⁸, d'enlèvement et de séquestration⁴²⁹, de détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport⁴³⁰, de traite des êtres humains⁴³¹, de proxénétisme⁴³², de vol en bande organisée⁴³³ et enfin d'extorsion en bande organisée⁴³⁴.

Outre cette extension considérable du domaine des exemptions de peine motivée par la lutte contre la criminalité organisée, la loi du 9 mars 2004 ne semble pas avoir limité le recours aux exemptions de peine aux seules infractions relevant de ce domaine. De là, l'application du mécanisme des repentis est tout à fait envisageable pour une délinquance plus traditionnelle.

⁴¹⁸ Art. 450-1 C. pén.

⁴¹⁹ Art. 414-2 C. pén.

⁴²⁰ Art. 414-2 C. pén.

⁴²¹ Art. 414-3 C. pén.

⁴²² Art. 434-37 C. pén.

⁴²³ Art. 442-9 C. pén.

⁴²⁴ Art. 442-1 C. pén.

⁴²⁵ Art. 221-5 C. pén.

⁴²⁶ Art. 221-5-3 C. pén.

⁴²⁷ Art. 222-6-2 C. pén.

⁴²⁸ Art. 222-43-1 C. pén.

⁴²⁹ Art. 224-5-1 C. pén.

⁴³⁰ Art. 224-8-1 C. pén.

⁴³¹ Art. 225-4-9 C. pén.

⁴³² Art. 225-11-1 C. pén.

⁴³³ Art. 311-9-1 C. pén.

⁴³⁴ Art. 312-6-1 C. pén.

Partant du constat de cette extension notoire issue de la loi Perben II, il est possible d'envisager une continuité à venir dans le développement du nombre d'infractions pour lesquelles pourra être prévue une exemption de peine au bénéfice d'un repentir.

92. Caractéristiques de l'extension en matière de réduction de peine. Les infractions pour lesquelles une réduction de peine était prévue avant la réforme ont été conservées. La loi du 9 mars 2004 a étendu la possibilité de réduction de peine aux mêmes infractions que pour l'exemption de peine, excepté l'assassinat. Les raisons de cette exception tiennent essentiellement à la nature de l'infraction. En effet, de type matérielle⁴³⁵, l'infraction d'assassinat se réalise par la mort de la victime. Dans ce cas, le seul apport de la dénonciation exigée par l'alinéa 2 de l'article 132-78 serait de faciliter les poursuites mais en aucun cas d'éviter que ne se produise un dommage. Ainsi, cette disposition est inapplicable à l'infraction d'assassinat.

93. Notion de connexité. Enfin le mécanisme de la réduction de peine a été étendu par la loi du 9 mars 2004 aux infractions connexes de celle imputable à l'auteur repentir. Cette possibilité est prévue par l'alinéa 3 de l'article 132-78 du Code pénal. Est visée « une infraction connexe de même nature » que le crime ou délit pour lequel le repentir est poursuivi. Outre l'extension observée à l'égard des infractions pour lesquelles les alinéas 1 et 2 de l'article 132-78 s'appliquent, il est intéressant de constater que dans ce cas de figure, l'encouragement à la dénonciation atteint son paroxysme, l'auteur dénonçant en effet une infraction à laquelle il n'a pas participé et pour laquelle il n'est même pas poursuivi. Au regard de la définition de la notion de connexité⁴³⁶ et de ses incidences procédurales⁴³⁷, cette solution semble pouvoir se justifier. En effet, le caractère nébuleux des organisations et

⁴³⁵ On oppose traditionnellement les infractions matérielles et formelles en raisonnant sur le résultat légal de celles-ci. L'infraction matérielle se caractérise par le fait que son résultat légal est fixé au seuil où une atteinte effective à la valeur protégée se réalise. Cette atteinte n'est en revanche pas une condition de la consommation de l'infraction formelle qui, elle, se caractérise par le fait que son résultat légal se résume tout entier dans le résultat matériel du comportement interdit, v. J. LARGUIER, Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 21^e éd. Dalloz, coll. Mémento, 2008, p. 21 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd. Economica, 2009, p. 419, spéc., n° 460.

⁴³⁶ Art. 203 C. pr. pén. Parmi les quatre cas de connexité prévus à l'article 203 du Code de procédure pénale, il semble que l'alinéa 3 de l'article 132-78 du Code pénal soit essentiellement lié aux deux premiers cas : « Les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles (...) ».

⁴³⁷ Notamment la prorogation de compétence matérielle ou territoriale d'une juridiction, V. B. BOULOC, *Procédure pénale*, 24^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2014, p. 570, spéc., n° 673 et s. ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., spéc. n° 1304 et n° 1341.

l'étroitesse des liens entre complices et co-auteurs supposent que les autorités répressives puissent bénéficier d'instruments procéduraux permettant une bonne administration de la justice⁴³⁸. À l'instar de la procédure américaine en matière de collaborateurs de justice, le législateur français affiche clairement une volonté de désagrégation des organisations criminelles et ce, par le biais d'« attaques » provenant de n'importe quel bord, même éloigné⁴³⁹.

94. Normalisation de l'exception et diversification des champs d'application de la négociation. Comme les États-Unis ou l'Italie, il apparaît que la France a étendu la possibilité de recourir aux collaborateurs de justice au-delà du cadre infractionnel initialement déterminé. Plus précisément, d'un régime exceptionnel adopté en réponse à une délinquance exceptionnelle, on assiste à une banalisation de l'utilisation de cette procédure basée sur une collaboration et une négociation toujours plus étroites entre la justice et le milieu criminel.

95. Extension de la négociation aux AAI. Les procédures négociées en matière pénale occupent une large part dans la répression des infractions de droit commun⁴⁴⁰, mais également dans le cadre des infractions qui y sont dérogatoires, en témoigne l'examen de la pratique de la collaboration procédurale avec les repentis en matière de criminalité organisée. La présentation du champ d'application de la négociation en matière pénale ne serait toutefois pas complète sans une exploration des procédures conduites devant les autorités de régulation dotées de prérogatives répressives. En effet, le droit de la concurrence emprunte souvent les techniques procédurales du droit pénal⁴⁴¹, lorsque cette matière n'est pas elle-même une branche de ce Droit, comme c'est le cas aux États-Unis⁴⁴². Élaborés au sein de la division *Antitrust* du *Department of Justice* en 1978, les mécanismes de coopération en droit de la concurrence ont été rapidement adoptés en Europe. Ainsi, la notion de repentis est apparue véritablement pour la première fois sans dire son nom, en 1996, dans le cadre de la protection

⁴³⁸ Par exemple, la réunion de toutes les preuves et tous les éléments relatifs à une affaire, même de grande ampleur, réunis dans un seul dossier.

⁴³⁹ Dernièrement, la loi n° 2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière du 6 décembre 2013 a étendu le mécanisme des repentis aux infractions de blanchiment (art. 324-6-1 C. pén.), de corruption passive et trafic d'influence (art. 432-11-1 et 433-2-1 C. pén.) et d'entrave à l'exercice de la justice (art. 434-9-2 C. pén.). V. La nouvelle rédaction de l'article 1741 du Code général des impôts, art 9 de la loi n° 2013-1117.

⁴⁴⁰ V. *supra* n° 68 et s.

⁴⁴¹ L. IDOT, G. CANIVET, D. SIMON (dir.), *Lamy Procédures communautaires, Pratique et stratégie, moyens et voies d'action, contentieux national et communautaire*, Étude n°402-25.

⁴⁴² J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence, Étude comparative des droits américains et européens*, Thèse, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2008, p. 26.

de la concurrence et de la lutte contre les cartels⁴⁴³. En ce sens, la Commission européenne prévoit que les entreprises ayant participé à des ententes secrètes qui choisiraient de coopérer avec elle au cours de son enquête, pourraient, selon le degré de collaboration prêté et le rôle joué dans l'activité illicite, soit être totalement exemptées d'amende, soit bénéficier d'une réduction de l'amende qu'elles auraient normalement dû acquitter. En droit interne, un mécanisme similaire fut mis en place⁴⁴⁴.

Dès lors, il s'agit d'examiner le dernier type de procédure négociée relevant de la matière pénale ; les procédures devant l'Autorité de la concurrence⁴⁴⁵.

B. Infractions en droit pénal économique

96. La négociation comme outil de rationalisation et d'efficacité en droit de la concurrence. S'agissant des États-Unis ou de la France, l'examen des procédures négociées en droit pénal a révélé jusque-là la place centrale que le procureur tient au sein de celles-ci. Dans le domaine des infractions économiques en droit français, l'autorité disposant d'un panel d'option punitives pouvant se traduire par un schéma de négociation est essentiellement incarnée par la figure du rapporteur général près l'Autorité de la concurrence.

C'est la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques⁴⁴⁶ datant du 15 mai 2001 qui a introduit pour la première fois en droit français de la concurrence les procédures négociées⁴⁴⁷, impliquant une étroite collaboration entre l'Autorité de concurrence et les entreprises visées⁴⁴⁸. Reprenant des schémas similaires aux procédures étudiées plus avant – plaidoyer de culpabilité, coopération avec les autorités et incitation à la délation – le droit français de la

⁴⁴³ Communication de la Commission européenne concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des cartels, J.O.C.E., n° C207, 18 juillet 1996, pp. 4-6. (Remplacée en 2002 par un système identique mais élaborant une échelle de récompenses plus précise et en 2006).

⁴⁴⁴ Il s'agit du programme communautaire adopté par la Commission par voie de communication en 1996. Les différents procédés de négociation ont ensuite été introduits en France par la loi sur les Nouvelles régulations économiques, dite « Loi NRE », du 15 mai 2001.

⁴⁴⁵ Suite à la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, l'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la Concurrence.

⁴⁴⁶ Loi NRE, n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁴⁴⁷ V. S. GRANDVUILLEMIN, Les procédures négociées en droit français des pratiques anticoncurrentielles, JCP E, 2011, n° 1344.

⁴⁴⁸ J. PHILIPPE, M. MASON, S. DOMINGUEZ, F-H. BORET, L'avènement des procédures de coopération devant le Conseil de la concurrence : clémence, engagements, transaction, Contrat Concurrence Consommation n°12, décembre 2006, 28.

concurrence dispose de la procédure de clémence⁴⁴⁹, d'engagement⁴⁵⁰ et de non-contestation des griefs⁴⁵¹, très empreintes de l'esprit des procédures américaines relatives aux infractions en matière de concurrence (*antitrust offenses*). L'analyse concrète de ces mécanismes démontrera que la logique inhérente à la CRPC et à la composition pénale – fondée sur l'auto-incrimination – se retrouve parfaitement dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles à travers la procédure de non-contestation des griefs. De la même manière, le programme de clémence évoqué s'inscrit dans la dialectique des mécanismes de réduction et d'exemption de peine prévus pour les repentis à l'article 132-78 du Code pénal. En revanche, l'analyse du fonctionnement de la procédure d'engagement, bien que présentée sous le vocable « procédure négociée », démontrera qu'elle ne correspond pas aux critères de mise en œuvre du processus de négociation tel que défini dans cette étude.

La négociation se présente donc sous différentes formes, témoignant de l'effervescence qu'elle suscite en procédure pénale et para-pénale⁴⁵², mais suivant toutefois un processus identique, quel que soit le type d'infractions concernées.

97. L'analyse économique du droit. La pratique de la négociation entre les autorités et les auteurs de comportements anticoncurrentiels, dans un but de rationalisation et d'efficacité du système répressif, est née aux États-Unis⁴⁵³ sous l'impulsion de la théorie *Law and Economics*. Apparue au XVIII^e et au début du XIX^e siècle sous la plume de Cesare Beccaria⁴⁵⁴ et Jeremy Bentham⁴⁵⁵, l'analyse des phénomènes juridiques à travers les méthodes et concepts de la science économique prend une place considérable au sein de la doctrine

⁴⁴⁹ Art. L. 464-2 IV et R. 464-5 C. Com ; P. ARHEL, Procédures de clémence dans les droits européens de la concurrence, Petites affiches, 22 fév. 2002 ; ibid. 1^{er} juin 2001, Instauration d'une procédure de clémence ; L et J. VOGEL, *Du droit à la régulation de la concurrence ; les programmes de clémence*, JCP E, 2005, n° 23, p. 971.

⁴⁵⁰ Art. L. 464-2 I C. com.

⁴⁵¹ Art. L. 464 -2 III C. com.

⁴⁵² G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique*, Thèse, Université Nancy 2, 2007, p. 471 ; V. SELINSKI, Nouveaux instruments relatifs à la sanction des pratiques portant atteinte au jeu de la concurrence en droit français, in Mélanges BOULOC, Dalloz, 2006, p. 1043.

⁴⁵³ L'observation de la littérature suffit pour se convaincre des origines anglo-saxonnes du mouvement, les écrits de référence les plus célèbres en la matière étant signé par deux auteurs américains, R. COUTER and T. ULEN, *Law and Economics*, éd. Pearson Higher education, 4th ed, 2003 et R. A POSNER, *Economic analysis of Law*, éd. Aspen Law and Business, 5th ed, 1998.

⁴⁵⁴ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines* (1764), Traduction de M. CHEVALLIER, Préface de R. BADINTER, Librairie Droz, Genève 1965, éd Flammarion, 1991.

⁴⁵⁵ J. BENTHAM, *A fragment on Government and an introduction to the principles of morals and legislations*, éd. Harrison, 1965. V. également, B. MELKEVIK, Horizon de la philosophie du droit, Presses Universitaires de Laval, éd. L'Harmattan, 1998, p. 57.

américaine à partir des années 1970⁴⁵⁶. Nombre d'auteurs⁴⁵⁷ démontrent que les sciences économiques peuvent expliquer l'ensemble des phénomènes humains⁴⁵⁸ tels que la famille ou la délinquance⁴⁵⁹. Le droit devient une matière d'observation privilégiée à un point tel que « le mouvement *Law and Economics* est considéré comme le courant intellectuel le plus fertile de la pensée juridique américaine du dernier quart de siècle »⁴⁶⁰. C'est sous l'impulsion de cette analyse économique du droit que la négociation a fait son entrée dans le champ de la répression des infractions au droit de la concurrence. Le droit de la concurrence s'orientant vers la recherche affirmée de l'efficacité, ces procédures semblent avoir été conçues selon une logique de type utilitariste⁴⁶¹. Aussi, les objectifs attachés à la régulation de la concurrence ne semblent désormais pouvoir être atteints que par le biais d'un recours à l'analyse économique du droit⁴⁶².

Si aujourd'hui la sanction pénale en matière de pratiques anticoncurrentielles n'est plus une rareté dans l'espace de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE)⁴⁶³, elle est longtemps restée connue seulement des États-Unis dans les articles 1 du *Sherman Antitrust Act* du 2 juillet 1890 et 14 du *Clayton Antitrust Act* du 15 octobre 1914⁴⁶⁴. Au vu de l'existence d'une répression de nature administrative par le biais des AAI, il apparaît que la recherche d'efficacité dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles ne postule pas nécessairement la pénalisation⁴⁶⁵. Cependant la sanction pénale revêt un caractère particulièrement dissuasif à l'égard des dirigeants tentés de recourir à des actes anticoncurrentiels dans le but d'un profit pour leurs entreprises. Ainsi, la réflexion sur la

⁴⁵⁶ R. A. POSNER, *An economic theory of the criminal law*, 85 Columbia Law Review, 1985, n°6, I. p. 193 ; v. également, C. FLUET, *L'analyse économique du droit, Économie appliquée*, T. XLIII, n°3, 1990, p. 53 et s.

⁴⁵⁷ not. G. S. BECKER, Prix Nobel d'économie en 1992.

⁴⁵⁸ G.S. BECKER, *Human capital*, National Bureau of Economic Research, 1964.

⁴⁵⁹ A. LEROUX et A. MARCIANO, *La philosophie économique*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998, p. 72 et s.

⁴⁶⁰ G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, préc. p. 40.

⁴⁶¹ J. S. MILL, *L'utilitarisme*, préc. V. également cet auteur in *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, Paris, PUF, 1999.

⁴⁶² R. COASE, *The problem of the social cost*, Journal of Law and Economics, vol. 3, octobre 1960, p. 144, in L. BOY, *Procédures négociées en droit de la concurrence : Quid de l'ordre concurrentiel ?*, Dossier de la RIDE, n° 4, éd. de boeck, 2011, p. 8. V. également E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Thémis, coll. Méthodes du droit, Paris, 2008 ; G. CANIVET, M.-A. FRISON ROCHE et M. KLEIN (dir), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2005.

⁴⁶³ V. V. LEDOUX, J.-C. RODA, *Les compliance programs en droit de la concurrence*, CCC, 2007, Etude 14.

⁴⁶⁴ Le *Sherman Act* est la première illustration de la volonté du gouvernement américain de limiter les comportements anticoncurrentiels des entreprises. La section 1 concerne les ententes illicites, la section 2 sanctionne les abus de position dominante. Parce que la sanction des pratiques de concentration n'était pas envisagée au sein du *Sherman Act*, le gouvernement remédia à cette lacune par le biais du *Clayton antitrust Act* en 1914. V. *Antitrust Division Manual, Chapter II « Statutory provisions and guidelines of the Antitrust Division*, 2012, <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>. V. aussi le *Antitrust criminal Penalty enforcement and Reform Act* de 2004.

⁴⁶⁵ G. PARLEANI, *La sanction des pratiques anticoncurrentielles par recours à l'article L 420-6 du Code de commerce*, Concurrences, n°1-2008, p. 4.

sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles a pris une ampleur nouvelle avec le développement de programmes mettant en œuvre des procédures négociées entre les autorités et les entreprises. Les États-Unis, précurseurs en ce domaine, ont ouvert la voie en 1978 avec le *Leniency Program*⁴⁶⁶ (programme de clémence), rapidement suivi par la Communauté européenne⁴⁶⁷ ainsi que l'ex Conseil de la Concurrence⁴⁶⁸.

98. L'analyse économique du droit illustrée par les procédures négociées en matière de pratiques anticoncurrentielles en droit français. Les atteintes à la concurrence résultent de pratiques complexes, qui ne peuvent être prouvées que par l'utilisation de moyens d'investigation ou d'expertise poussés. En ce sens, l'Autorité de la concurrence dispose de services dédiés à l'instruction des affaires révélant des pratiques anticoncurrentielles⁴⁶⁹ et peut également solliciter le concours d'enquêteurs locaux placés sous la direction du ministre de l'économie et des finances ainsi que faire appel à un rapporteur général pour la mise en œuvre d'expertises⁴⁷⁰.

À l'instar des procédures initialement développées aux États-Unis ou par la Commission européenne, le législateur a introduit en droit français des procédures facilitant la recherche des preuves et permettant d'aboutir à davantage de célérité dans le traitement des affaires⁴⁷¹.

Évoquées précédemment, ces « procédures alternatives » ou « accessoires aux sanctions »⁴⁷² ont connu une réelle montée en puissance, comme en témoigne le rapport d'activité du Conseil de la Concurrence des années 2004 à 2012 et les statistiques relatives à la pratique décisionnelle de l'Autorité⁴⁷³. Dans l'objectif de vérifier que ces procédures relèvent bien de l'idée de négociation, il convient d'en présenter le fonctionnement.

⁴⁶⁶ Leniency program, US Department of Justice, 1978.

⁴⁶⁷ Le programme modèle de clémence a été adopté dans le cadre du Réseau européen de concurrence (REC) le 29 sept. 2006 et la communication de la Commission européenne est intervenue le 19 février 2002, remplacée par la Communication du 8 décembre 2006. Voir aussi les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes (J.O.U.E., C.210 du 1er sept. 2006), préc.

⁴⁶⁸ V. C. LEMAIRE, *Un regard français de la loi NRE au programme de clémence*, Concurrences, n° 3-2005, p. 19 et s.

⁴⁶⁹ Art. L. 450-6 C. com.

⁴⁷⁰ Art. L. 463-8 C. com.

⁴⁷¹ V. A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 5^e éd. Paris, 2012 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les sanctions en cas d'atteinte à la concurrence*, Travaux de l'Association Henri Capitant, La concurrence, SLC, 2006, p. 355.

⁴⁷² A. GEORGES, *Une nouvelle approche du droit de la concurrence : les procédures négociées*, Rev. Économie & Management, n° 138, p. 33, janv. 2011.

⁴⁷³ V. le site internet de l'Autorité de la concurrence illustrant la pratique décisionnelle du Conseil puis de l'Autorité. Sept procédures de clémence entre le 11 avril 2006 et le 28 mai 2013. Plus de 35 procédures de non-contestation des griefs entre le 20 février 2003 et le 18 décembre 2013.

99. La procédure de non-contestation des griefs. Introduite en 2001, la procédure de non-contestation des griefs ou « transaction » consiste, au terme de l'article L. 464-2 III du Code de commerce pour l'entreprise à laquelle l'Autorité de la concurrence a notifié des griefs, à ne pas les contester⁴⁷⁴ et à s'engager sur des mesures « concrètes, crédibles et vérifiables »⁴⁷⁵. Ces mesures doivent être de nature à empêcher que les infractions de concurrence ayant donné lieu aux poursuites se reproduisent, en contrepartie de quoi l'entreprise peut bénéficier d'une réduction de l'amende qui lui aurait été normalement infligée⁴⁷⁶. À l'instar de la discussion engagée entre le procureur et le mis en cause à l'occasion du *plea bargaining*⁴⁷⁷, un dialogue quant à la réduction de la sanction s'instaure avec le rapporteur général. L'accord est ensuite soumis par le rapporteur général à l'Autorité de la concurrence. Celui-ci peut en effet proposer, en cas de non-contestation des griefs, une réduction de moitié de la sanction maximum encourue, selon la logique qui semble présider à l'ensemble des procédures étudiées ici : « faute avouée à moitié pardonnée ». Cela étant, aux termes de l'article L. 464-2 III du Code de commerce, le rapporteur général « peut proposer » à l'Autorité de prononcer une sanction réduite. Ce dernier dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de la faculté de négocier et peut ainsi refuser de donner suite à la demande d'une entreprise. Plusieurs raisons ont été avancées comme pouvant justifier un refus de la part du rapporteur d'entrer dans la phase de négociation. À ce titre, on peut citer la particulière gravité ainsi que la complexité des pratiques en cause, l'insuffisance des engagements proposés, l'inexistence de gain en terme de durée de la procédure pour l'Autorité et enfin le caractère ambigu de la non-contestation des faits⁴⁷⁸.

Dans le cas où le rapporteur est disposé à accorder le bénéfice de la procédure, cela donne lieu à un nouveau débat devant l'Autorité de la concurrence au terme duquel, tout comme le juge

⁴⁷⁴ Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'entreprise ne doit contester ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification, ni leur imputabilité. Cons. const., déc. n° 04-D-42 du 4 août 2004.

⁴⁷⁵ A. GEORGES, *Les procédures négociées en droit de la concurrence ou comment échapper aux sanctions ... tout en se faisant prendre*, Rev. Avocat d'affaires, Expertise, Mai-Juin 2007, p. 46 ; B. LASSERRE, *Non-contestation des griefs : bilan et perspectives d'un outil pionnier*, RDLC, 2008, n° 2, p. 93.

⁴⁷⁶ L'article L. 464-2 III C. com. prévoit que lorsque la procédure de transaction est mise en œuvre, le montant du plafond de l'amende est réduit de moitié.

⁴⁷⁷ L'inspiration américaine apparaît clairement dans le projet de transaction communautaire de la Commission d'octobre 2007 dite « *Communication relative aux procédures de transaction en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 dans les affaires d'entente* », v. V. LEDOUX et J-C. RODA, *Le projet de transaction de la Commission européenne*, CCC., février 2008.

⁴⁷⁸ V. I. LUC, *Procédures alternatives : les apports des nouveaux textes*, RLC, 2008-4, n° 15, p. 156 ; v. le rapport de l'OCDE, *Policy roundtables – Plea bargaining*, 2006, p. 97 ; D. BRAULT, R. MAULIN, *La procédure de non contestation des griefs : un succès non contestable*, Concurrences n° 2-2011, pp. 80-92. Les auteurs soulignent toutefois que dans la pratique, le pouvoir d'appréciation du rapporteur général s'amenuise et l'ensemble des critères énoncé à l'article L. 464-2 III du Code de commerce ne constitue plus véritablement d'obstacle au déclenchement de la procédure.

judiciaire dans les procédures précitées, l'Autorité peut tout à fait décider de refuser l'accord conclu avec le rapporteur général puisqu'elle n'est pas tenue par les recommandations de celui-ci.

L'intérêt de ce système réside dans le fait qu'en négociant les conditions de cessation de la pratique anticoncurrentielle, l'Autorité de la concurrence accélère la procédure et obtient des entreprises des engagements obligatoires pour l'avenir. Du côté des entreprises, il faut souligner que la non-contestation des griefs ne met pas fin aux poursuites, pas plus qu'elle n'assure une certitude quant à la peine qui sera prononcée. En effet, si les parties concernées ont la possibilité d'obtenir une réduction du montant de la sanction encourue, l'Autorité reste souveraine dans la détermination de celle-ci et peut revoir à la hausse le montant initialement conclu avec le rapporteur général ou encore les engagements demandés. En pratique, les entreprises n'ont donc pas de garantie que l'Autorité suivra l'accord intervenu⁴⁷⁹, alors même que si « non-contestation » ne veut certes pas dire aveu⁴⁸⁰, la nuance reste toutefois tenue. Reprenant les observations déjà faites à l'égard des procédures de composition pénale et de CRPC, on peut légitimement avancer que « non-contestation des griefs » implique une « reconnaissance des faits », expression équivalente dans ces procédures à celle de « reconnaissance de sa culpabilité »⁴⁸¹. Ainsi, l'entreprise devra remplir les conditions la rendant éligible à cette procédure, à savoir ne pas contester les griefs notifiés et même s'engager pour l'avenir, sans pour autant être certaine qu'elle ne se retrouvera pas de toute façon dans une position difficile⁴⁸², soit que l'accord avec le Rapporteur général n'aura pas été suivi – puisqu'en réalité la négociation sur le montant de la sanction s'établit avec une autorité non décisionnaire – « soit en cas de contentieux ultérieur relatif à des dommages et intérêts »⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Ainsi dans une décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003, le Conseil de la concurrence n'a pas suivi les recommandations du rapporteur général en ce qu'il a appliqué un taux de réduction de la sanction de 20% alors que l'accord initialement conclu avec l'entreprise concernait une réduction de moitié du montant de la sanction encourue.

⁴⁸⁰ La Cour d'appel de Paris a jugé que la non contestation des griefs « ne constitue, en soi, ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité ». V. CA. Paris, 1^{ère} ch. H, 29 janv. 2008, *Sté Le Goff Confort, SAS* : Contrat Concurrence Consommation n° 3, Mars 2008, comm. 83 de G. DECOCQ. Il est possible de nuancer cette décision dans le sens où l'entreprise est libre de choisir les termes par lesquels elle adhère à la procédure, et que le procès-verbal la mettant en œuvre peut contenir des aveux.

⁴⁸¹ Au regard du fonctionnement de cette procédure, il semble également opportun de la rapprocher du *plea of nolo contendere* pratiqué dans le système procédural américain V. *supra* n° 12 et s.

⁴⁸² En dépit de ces observations, la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence illustre que la procédure de non-contestation des griefs connaît un succès certain. V. note de bas de page n° 473.

⁴⁸³ J. PHILIPPE, M. MASON, S. DOMINGUEZ, F-H. BORET, *L'avènement des procédures de coopération devant le Conseil de la concurrence*, préc.

100. La procédure d'engagement. C'est ensuite par le biais de l'ordonnance du 4 novembre 2004⁴⁸⁴ que la procédure dite « d'acceptation d'engagement »⁴⁸⁵ a été introduite en droit français. Contrairement à la procédure de non-contestation des griefs, celle-ci se situe en amont de leur notification et constitue une compétence directe de l'Autorité de la concurrence qui ne requiert donc pas l'intervention préalable du Rapporteur général. Surtout utilisée à l'heure actuelle dans le cadre d'abus de position dominante⁴⁸⁶, d'ententes⁴⁸⁷ et de contrôle des concentrations tant en droit interne qu'euro-péen, la procédure d'engagement permet, pour l'entreprise qui fait l'objet d'une enquête de concurrence, de proposer à l'Autorité de la concurrence des engagements de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles. Lorsque celle-ci envisage de faire application de la procédure d'engagement, le rapporteur, en vertu du décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 doit faire connaître aux entreprises s'étant manifestées, une évaluation préliminaire des pratiques en cause. À ce stade, les parties visées doivent indiquer à l'Autorité de la concurrence les solutions qu'elles envisagent pour cesser la pratique illicite identifiée. Celles-ci seront examinées et, si l'Autorité estime que les engagements proposés sont pertinents et de nature à empêcher que perdure l'infraction⁴⁸⁸, celle-ci les acceptera formellement, leur conférant ainsi un caractère contraignant.

L'entreprise échappe ainsi à la sanction qui aurait été normalement prononcée à son encontre mais s'expose en revanche à une sanction quasi automatique dans le cas où elle ne respecterait pas ses engagements⁴⁸⁹. De plus, contrairement à la procédure de non-contestation des griefs, la procédure d'acceptation d'engagement n'accroît pas en principe le risque de l'entreprise de se voir condamnée à indemniser les victimes des pratiques qui lui étaient reprochées puisqu'elle ne les a reconnues à aucun moment et que le fait pour l'Autorité de la concurrence d'évaluer les pratiques illicites ne signifie pas qu'elle a procédé à une qualification précise des

⁴⁸⁴ Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence. V. B. CHEYNEL, C. NOURISSAT, *Adaptation du droit français au droit communautaire : commentaire de l'ordonnance n° 2004-237 du 4 novembre 2004*, RLC, n° 2, février-avril 2005, pp. 63-68.

⁴⁸⁵ Art. L. 464-2 I C. com.

⁴⁸⁶ Art. L. 420-2 C. com.

⁴⁸⁷ Là où les pays anglo-saxons utilisent le terme de *cartel*, les droits français et européen de la concurrence le traduisent par « entente » dont la définition renvoie à tout accord de volonté explicite ou tacite ou toute pratique entre entreprises faisant perdre l'indépendance de leurs comportements respectifs sur le marché. Le droit des ententes en droit français est essentiellement basé sur l'article L. 420-1 du Code de commerce.

⁴⁸⁸ Il convient de souligner que l'Autorité de la concurrence n'est jamais tenue de rendre obligatoires ces engagements, elle peut les refuser et décider d'agir par voie de sanction ou d'injonctions, V. par ex. Adlc., décision n° 09-MC-01 du 9 avril 2009 relative aux pratiques d'EDF visant à favoriser les activités concurrentielles de sa filiale de production d'énergie photovoltaïque.

⁴⁸⁹ V. Cons. conc., déc. n° 06-D-24, du 4 juillet 2006, relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France. (Acceptation des engagements, déc. Festina).

faits ni à une notification de griefs⁴⁹⁰. Cette procédure, dite négociée, permet en effet, avant même la formalisation d'une accusation matérialisée dans une notification de griefs, de constater que, compte tenu du fait que les pratiques en cause vont cesser grâce aux engagements proposés, il n'y a plus lieu d'agir à l'encontre de l'entreprise impliquée. Ainsi, au lieu d'une procédure de négociation, il apparaît que la procédure d'engagement s'apparente davantage à un classement sous condition. Partant, si cette procédure méritait d'être présentée en ce qu'elle est dénommée « procédure négociée devant l'Autorité de la concurrence », elle ne constitue toutefois pas une modalité du processus de négociation en matière pénale en ce qu'elle remplit davantage un objectif de régulation que de répression véritable.

101. La procédure de clémence. Enfin, à l'instar des deux procédures venant d'être étudiées, le « programme de clémence » français, inspiré du *Leniency Program* américain, est également issu de la loi NRE du 15 mai 2001, et a été codifié depuis au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Cette procédure permet à une entreprise dénonçant des pratiques collectives auxquelles elle a participé, d'échapper totalement ou partiellement aux sanctions pécuniaires encourues⁴⁹¹. Répondant à une logique de découverte et de traitement accéléré des infractions à l'aide de leurs auteurs eux-mêmes, également à l'œuvre au sein de l'article 132-78 du Code pénal, l'exonération peut être totale ou partielle selon le degré de collaboration de l'entreprise avec l'autorité répressive et son bénéfice concret.

Ainsi, l'exonération sera totale si l'entreprise ayant pris part à des ententes illicites fournit à l'Autorité de la concurrence des informations et des éléments de preuve dont elle ne disposait pas avant et permettant de « procéder ou faire procéder à des mesures d'investigations »⁴⁹². Dans le cas où l'Autorité disposait déjà d'informations sur l'entente présumée, l'exonération totale reste possible si l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve concernant une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Lorsque les entreprises ne remplissent pas les conditions prévues pour bénéficier d'une exonération totale, elles peuvent toutefois bénéficier d'une exonération partielle à condition de fournir à l'Autorité des éléments de preuve de l'existence de la pratique illicite présumée, apportant une véritable valeur ajoutée par rapport aux éléments de preuve dont celle-ci

⁴⁹⁰ B. LASSERRE, *La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France*, accessible sur le site: www.autoritedelaconcurrence.fr.

⁴⁹¹ A. VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées, RIDE, 2007/2, p. 159 ; E. CLAUDEL, Le programme de clémence français, RTD com., 2006, p. 568.

⁴⁹² Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français.

dispose déjà⁴⁹³. L'exonération partielle ne saurait toutefois excéder la moitié du montant de la sanction qui aurait été imposé à l'entreprise si elle n'avait pas bénéficié de la procédure de clémence. Dans la pratique, ce type de procédure se déroule dans la confidentialité afin de préserver l'efficacité des mesures d'enquête. Ainsi, l'entreprise délatrice peut tout à fait continuer à participer à l'entente si cela permet de ne pas éveiller les soupçons des autres participants à la pratique en cause⁴⁹⁴. Si la place réelle de la négociation semble plus limitée que dans les deux procédures déjà présentées, un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 19 janvier 2010⁴⁹⁵ est venu pourtant affirmer que la clémence « repose pour l'essentiel sur la négociation » et débouche sur la conclusion d'un « accord » entre l'Autorité et le demandeur de la clémence.

102. De l'éclatement du domaine matériel à l'extension du domaine personnel. L'étude du domaine de la négociation quant aux infractions met l'accent sur l'expansion que ce type de mécanisme connaît au sein de la procédure pénale française. Outre la condition tenant à l'infraction commise, l'analyse du processus de négociation passe également par l'étude des auteurs de celle-ci. Il est en effet intéressant de constater qu'au moment de la création des procédures négociées, les personnes éligibles à faire partie du processus représentaient une catégorie relativement restreinte. L'évolution de la matière montre que le processus de négociation s'applique désormais à un nombre accru de personnes, physiques comme morales, réduisant ainsi la ligne de démarcation avec le champ d'application du circuit répressif « traditionnel ».

Section 2. Négociation et auteurs de l'infraction

103. Personne physique et personne morale, deux acteurs potentiels de la négociation. S'il est désormais acquis qu'une personne physique peut être partie à une procédure négociée, en revanche le constat selon lequel les personnes morales peuvent être engagées dans un processus de négociation surprend davantage. En effet, du fait de la réticence contemporaine

⁴⁹³ Sur la valeur de ces preuves, v. N. JALABERT-DOURY, Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infractions peut-elle se satisfaire de « certitudes probables » ? RDLC, 2005, n° 2, p. 41.

⁴⁹⁴ P. PELUHÉDÉ, *Droit de la concurrence*, coll. Lexifac Droit, 2012, p. 81.

⁴⁹⁵ CA Paris, pôle 5, chambre 5-7, arrêt n° 5, 19 janvier 2010.

de la procédure pénale française à instaurer toute forme de marchandage entre délinquants et autorités d'une part, et en raison des difficultés liées à la manifestation du consentement d'une personne morale et à la généralisation tardive de leur responsabilité pénale d'autre part, rien ne laissait présager que le système pourrait se rencontrer alors que le délinquant n'est pas une personne physique. Cependant, la spécificité de la matière dans laquelle ce type de procédure peut se réaliser, telle que la délinquance économique et financière, amène à relativiser l'étonnement initial. En effet, le verbe « négocier » ayant pour racine étymologique latine « *negociari* »⁴⁹⁶ qui signifie « faire du commerce »⁴⁹⁷, il apparaît logique que le professionnel et, au-delà, la personne morale se présentent comme des auteurs « naturels » des infractions pouvant donner lieu à une négociation en matière pénale.

Pour appréhender les différents visages de la négociation, il faut donc dans un premier temps se placer sous l'angle du domaine d'application de ce processus quant aux personnes, que celles-ci soient physiques (§1) ou morales (§2).

§1. L'auteur personne physique

104. La question du discernement. Dès lors que l'on aborde le thème de la négociation au regard de l'auteur de l'infraction, personne physique, la réflexion en la matière s'articule autour de l'aveu et du consentement. Nécessitant un consentement « libre et éclairé », l'application d'une procédure négociée en lieu et place d'un procès traditionnel soulève plus précisément la question du droit d'exercer personnellement les droits de la défense. Le caractère personnel de ces droits implique que la personne concernée dispose du droit de prendre en charge personnellement sa défense en prenant toutes les initiatives qui lui paraissent opportunes. Confronté à la logique de négociation à l'œuvre au sein des procédures abordées, le contenu de ce droit, incitant à aborder les notions de discernement et de capacité pénale, doit être analysé plus particulièrement au regard des mineurs (A) et des majeurs protégés (B).

⁴⁹⁶ Le petit Larousse, 2010, Paris.

⁴⁹⁷ V. *supra* n° 02

A. Les mineurs et la négociation

105. Responsabilité pénale des mineurs et capacité pénale. En vertu de l'article 122-8 du Code pénal, les mineurs délinquants, capables de discernement, sont responsables pénalement⁴⁹⁸. Sommairement défini comme la capacité à distinguer le bien du mal, le discernement est une notion cadre du droit des mineurs, tant en droit civil qu'en droit pénal, ou en droit pénitentiaire⁴⁹⁹. Apprécié par rapport à l'âge, au développement physique et à la réaction du mineur face aux conséquences de son acte, le discernement autorise une plus grande souplesse d'évaluation de la capacité du mineur à jouer un rôle actif dans la détermination de sa situation personnelle que ne le permet le seul critère de l'âge⁵⁰⁰.

Conséquence « naturelle »⁵⁰¹ de la responsabilité pénale, la peine appliquée au mineur renvoie au concept de capacité pénale⁵⁰². Abordée de différentes façons en doctrine⁵⁰³, l'appréhension par un auteur⁵⁰⁴ des références à la fois historiques et contemporaines à la notion de capacité pénale, invite à comprendre cette dernière comme « l'aptitude psychologique à subir une sanction »⁵⁰⁵, « voire à profiter de celle-ci »⁵⁰⁶.

L'évocation des notions de discernement et de capacité pénale, au-delà des questionnements relatifs à la peine qu'elle suscite⁵⁰⁷, implique de s'interroger sur l'applicabilité de ces notions – naturellement à l'œuvre sur le terrain de la justice pénale traditionnelle⁵⁰⁸ – au domaine de

⁴⁹⁸ Sur la capacité du mineur à comprendre et vouloir son acte, v. Cass. crim. 13 déc. 1956, D. 1957, p. 349, note PATIN.

⁴⁹⁹ Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd. 2014, p. 84, spéc. n° 124 et s., et p. 853, spéc. n° 1365 et s. ; Ph. BONFILS, *Chronique de droit des mineurs*, RIDP, 2011, n° 3, Vol. 82, p. 637; Du même auteur, v. *L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement*, AJ. Pén. 2012, p. 312 et s.

⁵⁰⁰ Indication souvent déterminante pour les magistrats, le critère de l'âge possède le mérite de la simplification mais comporte l'inconvénient de la rigidité. V. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, préc. ; V. également J-L. VIAUX, *L'enfant et l'infraction*, in Colloque, Les enfants de 7 à 13 ans en justice, 7^e entretien juridique annuel de l'ANPASE, Paris, 15-16 et 17 mars 1994.

⁵⁰¹ R. OTTENHOF, *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal*, Arch. pol. crim., 2000, n° 10, p. 83.

⁵⁰² V. Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

⁵⁰³ Pour une approche assez large de la notion, v. P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Felix Alcan, 1920, p. 90 ; Pour une approche plus restreinte, v. G. LEVASSEUR, *Étude de l'élément moral de l'infraction*, in Travaux du colloque de sciences criminelles de Toulouse sur la confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Annales de la faculté de droit de Toulouse, Dalloz, 1969, p. 94.

⁵⁰⁴ C. MARGAINE, *La capacité pénale*, Thèse, Bordeaux IV, 2011, p. 11, spéc. n° 11.

⁵⁰⁵ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, éd. Erès, 2001, p. 101.

⁵⁰⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, *Droit pénal général*, préc., p. 774, spéc. n° 617.

⁵⁰⁷ Sur ce sujet v. C. MARGAINE, *La capacité pénale*, préc., n° 12 et s.

⁵⁰⁸ La justice des mineurs est considérée comme l'un des domaines où la dimension de négociation est très présente. L'appellation « justice négociée », illustrant le fait que la décision du juge en la matière est issue d'un

la négociation. En d'autres termes, il s'agit de déterminer ici si la minorité permet la participation à la négociation.

106. Réticence de principe en droit français. Quelles que soient les hypothèses d'application du processus de négociation en matière pénale, il apparaît à première vue que seules les personnes majeures sont concernées. Faire dépendre une condamnation pénale d'un aveu, qui plus est, dans la grande majorité des procédures, non corroboré par d'autres éléments de preuves, apparaissant déjà suffisamment sujet à controverse, il semble logique que le droit français se refuse à le faire en présence d'un aveu donné par un mineur.

En ce sens, la Convention de New York⁵⁰⁹ relative aux droits de l'enfant prévoit que : « Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale, le droit à un traitement qui (...) tienne compte de son âge », et que : « Les États parties veillent à ce qu'aucun enfant ne soit contraint de témoigner ou de s'avouer coupable ». Dès lors, l'application d'une procédure de négociation à l'encontre d'un mineur, alors même que celle-ci suppose un aveu de culpabilité, semble exclue. En effet, si l'on peut déjà douter de l'absence de toute contrainte⁵¹⁰ lors de la situation dans laquelle un délinquant majeur reconnaît devant un procureur avoir commis une infraction, afin de bénéficier d'une des mesures prévues aux articles 41-2 et 495-7 du Code de procédure pénale, le doute n'est en revanche plus permis lorsque la personne devant s'avouer coupable est un mineur, la contrainte se révélant de manière évidente. De plus, il existe déjà un processus de « négociation »⁵¹¹ bien spécifique, applicable aux mineurs, et au terme duquel un consensus intervient⁵¹².

107. État des lieux en droit américain. Aux États-Unis, l'histoire moderne de la justice des mineurs débute avec l'*Illinois Juvenile Court Act* en 1899 qui établit les règles spéciales de traitement de la délinquance des mineurs et fixe le seuil de la responsabilité pénale à 16 ans.

dialogue entre plusieurs intervenants (Mineur, famille, avocat, services éducatifs) n'a toutefois pas le même contenu que celle qui est utilisée dans cette étude pour décrire le processus de négociation en matière pénale.

⁵⁰⁹ Article 40 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant.

⁵¹⁰ La pression exercée sur la personne poursuivie se trouve par ailleurs renforcée par la modification législative en date du 12 mai 2009 créant l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale et la possibilité d'une double convocation par la voie de la citation directe ou de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. En effet, le suspect n'a plus aucun doute sur le sort qui lui sera réservé s'il décide de refuser les peines proposées, d'autant plus qu'il a déjà reconnu sa culpabilité. V. Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 129-2.

⁵¹¹ V. *infra* note de bas de page n° 508.

⁵¹² Ph. MILBURN, *De la négociation dans la justice imposée*, préc., p. 29.

Ce texte, malgré les nombreuses réformes, reste aujourd'hui un modèle pour l'application de la justice pénale aux mineurs dans les cinquante États. Toutefois, le système américain, fondé initialement sur l'idée d'une justice de « réhabilitation » du mineur au sein de la société, s'est progressivement dirigé vers une approche davantage punitive, allant jusqu'au déclenchement de processus pénaux initialement réservés aux majeurs⁵¹³, et à l'établissement de seuils permettant l'engagement de la responsabilité pénale de plus en plus bas⁵¹⁴. L'un des aspects négatif de ce mouvement, particulièrement en matière de négociation, est que le mineur, considéré comme responsable et susceptible de se voir appliquer des sanctions pénales, peut par conséquent⁵¹⁵ faire l'objet d'un *plea bargaining*. La négociation de la peine à la suite d'un aveu de culpabilité est une pratique courante au sein des tribunaux pour enfants américains⁵¹⁶ où environ vingt pour cent des affaires examinées mettant en cause un mineur se terminent par un *plea bargaining*⁵¹⁷. Illustration de l'idée d'une justice accordant davantage d'importance à la répression qu'aux promesses de développement et d'amendement du mineur que peut contenir une mesure non pas punitive mais éducative, ce système implique de manière regrettable qu'un mineur, même entouré de ses représentants légaux, se voit contraint de mesurer l'impact qu'un aveu de culpabilité aura ou non sur son avenir dans le circuit pénal.

108. Évolution du droit français. À l'instar du droit américain, la minorité était, à l'origine, exclusive de toute négociation sur la peine⁵¹⁸. Sans nécessairement y voir une relation de cause à effet, il importe de souligner que le droit français, comme le droit américain, s'est finalement ouvert à la négociation en matière pénale à l'égard des mineurs.

Alors qu'il existe « un risque d'une spéculation du délinquant sur une possibilité de négociation de la nature ou de la durée de la sanction », et en dépit « du fait que les mineurs n'ont pas la capacité d'assumer pleinement la portée de leurs actes et d'accepter la mesure

⁵¹³ P. MARCUS, *The juvenile justice system in the United States*, RIDP, vol 75, 2004/1, p. 545.

⁵¹⁴ Certains États prévoient un seuil minimal de responsabilité pénale variant entre 10 et 12 ans et d'autres ne prévoient même pas de seuil minimum. La banalisation qui est faite entre la répression du mineur et de l'adulte est illustrée aux États-Unis par l'expression : « *Adult time for Adult crime* ». L'accent est donc mis sur la qualification du fait reproché plutôt que sur la notion de capacité pénale.

⁵¹⁵ Dans l'hypothèse où il plaide coupable.

⁵¹⁶ « *Plea bargaining is a common practice in many juvenile courts* » in P. ELROD, R. SCOTT RYDER, *Juvenile Justice, a social, historical and legal perspective*, 3rd ed., Johns and Bartlett Publishers, 2011, p. 207.

⁵¹⁷ Ce chiffre est issu d'une recherche effectuée par J. B. SANBORN à propos des tribunaux pour enfants de la ville de Philadelphie. V. J. B. SANBORN, *Philosophical, Legal, and Systemic Aspects of Juvenile Court Plea Bargaining*, *Crime and delinquency*, vol. 39, n°4, 1993, pp. 509-527.

⁵¹⁸ Au sens où nous l'entendons, v. *supra* n° 24 et s.

proposée »⁵¹⁹, le législateur a néanmoins étendu la composition pénale aux délits commis par les moins de 18 ans.

En effet, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance⁵²⁰ a prévu au sein de l'ordonnance du 2 février 1945 qu'une procédure de composition pénale pouvait être engagée à l'encontre d'un mineur d'au moins 13 ans « lorsqu'elle apparaît adaptée à la personnalité de l'intéressé »⁵²¹. Dès lors, au moins une des différentes modalités d'application du processus de négociation en matière pénale est désormais applicable aux mineurs de plus de 13 ans⁵²². Si l'accord du représentant légal est incontournable en l'espèce⁵²³, il faut noter que celui du mineur est également nécessaire, de sorte que ce dernier – bien que la question ne se pose pas en ces termes ici – n'est pas dépossédé du droit d'exercer personnellement sa défense⁵²⁴.

Pour ce qui est de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁵²⁵, les personnes majeures restent les seules concernées. S'il est permis de s'interroger sur cette exclusion des mineurs de la CRPC, on ne peut en revanche que s'en réjouir au regard de la nature des procédures de composition pénale et de CRPC. En effet, si la nature juridique de la composition pénale fait encore débat⁵²⁶, celle de la CRPC est en revanche bien arrêtée. Véritable jugement aboutissant au prononcé d'une peine à la suite d'un aveu de culpabilité, la soumission d'un mineur à cette procédure apparaît peu souhaitable.

Sans pour autant affirmer l'existence d'un mimétisme entre la pratique de la négociation aux États-Unis et celle qui est finalement à l'œuvre en France en matière de composition pénale, il faut toutefois souligner que les deux systèmes connaissent une évolution parallèle en matière d'ouverture des procédures négociées aux mineurs. Certes, en France, seule la composition pénale peut à l'heure actuelle s'appliquer aux personnes mineures. Néanmoins, la procédure pénale française, comme d'autres pays européens, se montrant de plus en plus perméable aux influences de *Common Law*, il ne semble pas complètement infondé de craindre une imitation

⁵¹⁹ Ph. BONFILS, La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007, AJ pén. 2007, p. 209.

⁵²⁰ Article 55 de la Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à l'enfance délinquante, JO du 7 mars 2007, p. 4297 et s. V. C. LAZERGES, *La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs*, Rev. sc. crim., 2008, p. 200.

⁵²¹ Article 7-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

⁵²² V. *infra*, n° 336 : Tableau des sanctions.

⁵²³ Ord. 2 fév. 1945, art. 7-1, 7-2.

⁵²⁴ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 355, spéc. n° 493.

⁵²⁵ Art. 495-7 C. pr. pén.

⁵²⁶ J. VOLFF, *La composition pénale, un essai manqué*, Gaz. Pal., 2000, doct. 559, P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002, p. 639, J. PRADEL, *Une consécration du « plea bargaining » à la française, la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, D. 1999, p. 379. V. également, *supra* n° 70.

du champ d'application de ces procédures et, de là, l'extension de l'application de la CRPC aux mineurs de plus de 13 ans⁵²⁷.

109. Vers une évolution similaire des systèmes français et américains. Tout le problème réside dans le fait de savoir si cette ouverture progressive de la négociation aux mineurs de plus de 13 ans engagés dans le circuit judiciaire est la marque d'un emprunt isolé au champ d'application des procédures négociées à l'œuvre outre-Atlantique ou bien le signe d'une évolution de la notion de capacité pénale, garde-fou traditionnel contre une application inopportune de procédures prévues initialement pour les personnes majeures⁵²⁸.

Si les principes diffèrent, le mouvement de durcissement de la législation à l'égard des mineurs s'observe toutefois tant aux États-Unis qu'en France⁵²⁹. Dès lors, plus qu'une transposition isolée de la possibilité américaine d'appliquer la négociation aux mineurs, il semble que l'introduction des mineurs de plus de 13 ans dans le champ d'application de la composition pénale soit bien le résultat de cette tendance générale au durcissement de la justice pénale des mineurs⁵³⁰ et, au-delà, l'illustration d'une évolution du concept de capacité pénale.

B. Les majeurs protégés et la négociation

110. L'application contestable de la négociation aux majeurs protégés. Si la réticence de départ du droit français d'introduire la minorité au sein du champ d'application de la

⁵²⁷ Au-delà de la perspective comparatiste, l'idée d'une future application de la procédure de CRPC aux mineurs pourrait être corroborée par la tendance observée d'un alignement de la procédure pénale des mineurs sur celle applicable aux majeurs. Sur ce point V. Ph. BONFILS, *L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement*, AJ. Pén. 2012, p. 312.

⁵²⁸ D. ALLAND et S. RIALS (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, Paris, p. 160, v. également C. MARGAINE, *La capacité pénale*, préc. p. 297 et s.

⁵²⁹ Pour la France, V. Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice et Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs. Pour les États-Unis, V. P. MARCUS, *The juvenile justice system in the United States*, préc., p. 544 et R. E. SHEPHERD, *Recapturing the child in Adult Court*, 16. Criminal. Justice. 58 (2001-2002). La doctrine américaine, face à l'explosion de la délinquance juvénile depuis les années 1990, parle de « *superpredators* » à l'égard des mineurs délinquants, référence aux animaux dits « super-prédateurs » qui, une fois l'âge adulte atteint, se retrouvent au sommet de la chaîne alimentaire et ne sont plus la proie d'aucune espèce animale. V. Dr. B. KRISBERG, *Youth violence myths and realities*, National Council of Crime and Delinquency, Feb. 2009, p. IV.

⁵³⁰ J. CASTAIGNÈDE, La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs, D. 2003, chron., p. 782 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd. Dalloz, coll. Précis, 2008, p. 155, spéc. n° 114.

négociation se justifiait aisément à l'aide des concepts de discernement et de capacité pénale, il était dès lors permis d'exclure les majeurs protégés du domaine des procédures négociées.

Pourtant, au titre des signes permettant de croire en la perspective d'une application de la CRPC aux mineurs délinquants, on peut citer les dispositions contenues au sein du titre XXVII^o du Code de procédure pénale concernant « la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions commises par des majeurs protégés ». En effet, introduits par la loi du 5 mars 2007, les articles 706-112 et 706-113 du Code de procédure pénale prévoient que toute personne majeure sous le coup d'une mesure de protection juridique, à la suite d'une information par le procureur de la République du curateur ou du tuteur, peut faire l'objet d'une « (...) composition pénale ou d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ».

Les partisans de l'extension du champ d'application de cette dernière procédure ajouteront que l'article 706-115 CPP impose que « la personne poursuivie doit être soumise avant tout jugement au fond à une expertise médicale afin d'évaluer sa responsabilité pénale au moment des faits ». Or, d'une part l'article D. 47-21 du Code de procédure pénale issu du décret du 23 novembre 2007⁵³¹ précise que cette expertise est « facultative en cas de composition pénale », d'autre part la procédure de composition pénale n'est pas, du moins dans l'esprit du texte, vouée à faire intervenir un jugement au fond. Cette procédure ayant en effet pour but d'éviter un procès pénal et d'aboutir à un consensus entre le délinquant, le ministère public et le juge concernant l'exécution de diverses mesures répressives⁵³², la garantie posée par l'article 706-115 du Code de procédure pénale apparaît de toute façon inopérante en matière de composition pénale.

Le caractère facultatif de l'expertise médicale vaut également en cas de mise en œuvre d'une procédure de CRPC⁵³³. Ainsi, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de l'élargissement du champ d'application des procédures de composition pénale et de CRPC à l'égard des majeurs protégés et de là, légitimement craindre une extension aux mineurs délinquants.

De plus, il résulte des dispositions du Code de procédure pénale⁵³⁴ et de la position de la Cour de cassation en la matière⁵³⁵, que lorsqu'une personne placée sous un régime de protection fait l'objet d'une procédure de négociation, le curateur ou le tuteur ne se substitue pas à la

⁵³¹ Décret n° 2007-158 du 23 novembre 2007. V. Dépêches Jurisclasseur, 27 nov. 2007, p. 1369.

⁵³² V. Art. 41-2 1^o et suivants du Code de procédure pénale.

⁵³³ Art D. 47. 22 5^o C. pr. pén.

⁵³⁴ Art. 706-113 C. pr. pén.

⁵³⁵ Cass. crim. 19 mai 1998, bull. n° 170.

personne concernée⁵³⁶. Aussi, le tuteur ou curateur disposant seulement d'un droit d'information leur permettant de suivre la procédure et de conseiller le majeur protégé, il apparaît que le majeur incapable est, de manière surprenante, la personne qui négocie. Ce constat, ajouté au fait que depuis la loi du 25 février 2008⁵³⁷, il est désormais possible de prononcer des mesures de sûreté à l'encontre d'individus pourtant reconnus irresponsables pénalement, faute de discernement, invite à s'interroger sur la cohérence et la légalité des dispositions permettant à un majeur incapable de s'avouer coupable et d'être partie intégrante à un processus de négociation.

111. *Plea bargaining et incompetent person.* La mise en œuvre d'une négociation du plaidoyer de culpabilité à l'égard des majeurs incapables aux États-Unis est, comme à l'égard des autres justiciables, à la discrétion du procureur. Dans la pratique, et pour la majorité des cas concernant un incapable, la défense requiert une « audience de compétence »⁵³⁸, afin de réunir suffisamment d'informations pour pouvoir, soit entrer en négociation avec le procureur afin d'atténuer la sentence, soit préparer une défense basée sur l'incapacité elle-même lors d'un procès. Il faut cependant observer que les personnes incapables sont souvent considérées comme « *incompetent to stand trial* », ce qui signifie que la personne sera placée dans un institut spécialisé jusqu'à ce qu'elle soit considérée capable d'être partie à la procédure ou bien qu'une défense fondée sur le trouble mental⁵³⁹ soit considérée comme ayant des chances d'aboutir.

Aux côtés des personnes physiques majeures ou mineures, la négociation se trouve également applicable à des infractions dont l'auteur présumé est une personne morale.

⁵³⁶ V. N. DESCOT, *La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007*, AJ. Pén., 2008, p. 21.

⁵³⁷ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁵³⁸ « *Competency hearing* » United State Code, Title 18, § 4241 (a).

⁵³⁹ Aux États-Unis, l'équivalent de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental issue de la Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental se trouve dans la règle : « *not guilty by reason of insanity* » dont la plus célèbre application fut faite par la Cour suprême dans l'affaire de la tentative d'assassinat contre le président Ronald Reagan le 30 mars 1981. Cour suprême des États-Unis, *United States v. Hinckley*, n° 81-2350, 81-2383, 1982.

§2. L'auteur personne morale

112. Les personnes morales éligibles au déclenchement d'un processus de négociation doivent être distinguées selon que la procédure en question s'inscrit à la suite de la commission d'une infraction au droit pénal commun, auquel cas il s'agit d'une négociation en procédure pénale (A) ou bien d'une infraction au droit de la concurrence, et l'on parle alors de négociation en procédure para-pénale⁵⁴⁰ (B).

A. Négociation en procédure pénale

113. Avant d'aborder la possibilité de négocier avec les personnes morales (2) et dans un but de présentation des dispositions à l'œuvre tant en droit français qu'en droit américain, il convient de revenir rapidement sur les règles qui encadrent la possibilité d'engager leur responsabilité pénale (1).

1) La possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales

114. La responsabilité pénale des personnes morales en droit français. Alors que les personnes morales sont fréquemment à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre public économique ou à la législation sociale⁵⁴¹, celles-ci ont bénéficié pendant très longtemps d'une immunité reposant pour l'essentiel sur l'idée que le groupement est une fiction juridique incapable de volonté personnelle.

Innovation majeure au sein du Code pénal de 1994, l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales s'est finalement concrétisée à l'article 121-2 du Code pénal qui, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, prévoit que « Les personnes morales, à l'exception de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Inséré immédiatement à la suite du principe de la responsabilité personnelle⁵⁴², le principe de

⁵⁴⁰ Sur cette expression, v. *supra* n° 38.

⁵⁴¹ J. LEROY, *Droit pénal général*, 3^e éd. LGDJ, 2010, p. 53, spéc. n° 460.

⁵⁴² Art. 121-1 C. pén : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas d'une appréhension facile en ce que ces dernières possèdent « une nature juridique duale »⁵⁴³. En effet, comprendre le mécanisme présidant à l'engagement de la responsabilité pénale d'un être désincarné implique de concevoir au départ une assimilation de la réalité et de la fiction.

D'une part, en tant que réalité économique et juridique, « la personne morale, porteuse d'un intérêt propre pouvant se manifester par une délinquance particulière, mérite d'être sanctionnée au moyen de peines adaptées »⁵⁴⁴. D'autre part, « les principes de la responsabilité pénale, fondés sur la culpabilité et l'imputabilité de l'agent, paraissent inapplicables à la personne morale dont l'activité criminelle n'est qu'une fiction »⁵⁴⁵, celle-ci ne commettant l'infraction que par le biais d'un intermédiaire.

Si la responsabilité pénale d'une personne morale suppose donc la commission d'une infraction, pour son compte, par un de ses organes ou représentants, il ne s'agit pas pour autant d'une responsabilité reposant sur le fait d'autrui. Dans le respect du principe posé à l'article 121-1 du Code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales est en effet bien personnelle⁵⁴⁶, et renvoie à la notion de fiction. La représentation d'un organe ou représentant, qui, bien que considérés comme étant la personne morale elle-même, peuvent en outre voir leur responsabilité engagée en tant que personnes physiques⁵⁴⁷. Aussi, en droit français, l'imputation d'une infraction pénale à une personne morale repose sur un mécanisme de responsabilité par représentation.

115. Les personnes morales aux États-Unis, un principe de responsabilité. Contrairement à la France, les États-Unis font partie des législations dans le monde qui ont très tôt consacré la responsabilité pénale des personnes morales⁵⁴⁸. Aux côtés du Royaume-Uni⁵⁴⁹, du

⁵⁴³ J-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction* » in Ph. CONTE, C. GIRAUD-VAN GAVER, J-H. ROBERT et J-C. SAINT-PAU, *Le risque pénal dans l'entreprise*, Paris, Litec, 2003, p. 71, spéc. note 1 ; Ph. CONTE, *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in J-H. ROBERT et S. TZITZIS, (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Actes du colloques du 18 oct. 2001, Paris, éd. Panthéon Assas, L.G.D.J., 2002, spéc. p. 120 ; V. également, J-Y. MARECHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP, 14 sept. 2009, n° 38.

⁵⁴⁴ J-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction*, préc. , p. 71, spéc. n° 102.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Cass. crim. 20 juin 2000, bull. n° 237, D. 2002, somm. p. 1802, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ; Bull. Joly, 201, § 12, obs. C. MASCALA ; Cass. crim. 14 oct. 2003, bull. n° 189, Rev. sc. crim., 2004, p. 339, E. FORTIS ; Cass. crim. 29 avril 2003, bull. n° 91, D. 2003, jur. p. 167, note. J-C. SAINT-PAU.

⁵⁴⁷ Art. 121-2, al. 3.

⁵⁴⁸ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, préc., p. 163 et s.

⁵⁴⁹ J-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, Dr. pén. 1995, Chron. n° 30.

Canada⁵⁵⁰ ou encore des Pays-Bas, les États-Unis admettent en effet depuis longtemps la possibilité de sanctionner pénalement les personnes morales⁵⁵¹. Pour ce qui est du droit américain, le fondement de la responsabilité des personnes morales se retrouve à travers une théorie sensiblement identique à celle connue en droit pénal français. En effet, comme en droit français, la législation américaine conteste qu'il s'agisse de responsabilité du fait d'autrui. Ainsi aux États-Unis le pendant de l'idée selon laquelle l'organe ou le représentant auteur de l'infraction n'est pas autrui pour la personne morale mais *est* la personne morale⁵⁵², se retrouve au sein de la théorie prétorienne de l'« *identification* » exprimant que les décisions prises par les dirigeants influents d'une société sont assimilés à des actes de la personne morale elle-même⁵⁵³. « La personne n'agit pas en tant qu'employée, représentant, agent ou délégué. Elle est l'incarnation de la société, ou, pourrait-on dire, elle entend et parle à travers la *persona* de la société, dans son domaine propre, et sa volonté est la volonté de la société. Si c'est une volonté coupable, alors cette culpabilité est la culpabilité de la société »⁵⁵⁴.

De façon également identique au droit pénal français, la responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique qui a personnellement commis l'acte litigieux⁵⁵⁵. Toutefois le droit américain tend à retenir de façon plus limitée la responsabilité des dirigeants en ce qu'ils ne seront personnellement responsables qu'en cas de faute très grave⁵⁵⁶.

Le principe de la responsabilité pénale de la personne morale ayant été sommairement décrit, tant en droit français qu'en droit américain, les règles envisageant la possibilité pour celle-ci de négocier avec les autorités de poursuite doivent être présentées.

⁵⁵⁰ P. BELIVEAU, *La responsabilité pénale des corporations en droit canadien*, Rev. sc. crim., 1999, p. 1.

⁵⁵¹ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, préc., p. 544, spéc., n° 575.

⁵⁵² Ph. CONTE, *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie pénale*, LGDJ 2001, p. 109.

⁵⁵³ S. GEEROMS, *La responsabilité pénale de la personne morale, étude comparative*, RIDC 3-1996, p. 533, spéc. p. 540

⁵⁵⁴ Lord REID, *House of lords, Tesco Supermarkets Ltd. v/ Nattras*, 1972, A.C. 153, p. 170, in W. WESTER - OUISSE, *Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques*, RPDP, 2009, n°1, p. 63.

⁵⁵⁵ Article 121-2, al. 2 et 3 C. pén. V. J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale*, in *Mélanges offerts à B. BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 1011.

⁵⁵⁶ L'article 121-3 alinéa 2 du Code pénal prévoit en revanche que le dirigeant puisse voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la commission d'une faute simple. Le droit américain se fonde de façon restrictive sur ce qui serait l'équivalent français de la faute caractérisée. V. J. RIGGS, *Les principes juridiques de la responsabilité des dirigeants aux États-Unis*, Petite affiches, 2007, n° 249.

2) La possibilité de négocier avec les personnes morales

116. Personne morale et composition pénale. Étendue par la loi du 9 mars 2004⁵⁵⁷, la responsabilité pénale des personnes morales⁵⁵⁸ peut aujourd'hui être recherchée pour la totalité des infractions. Alors que l'article 41-2 alinéa 1 du Code de procédure pénale ne prévoit l'application de la procédure de composition pénale qu'à l'égard des personnes physiques, les dispositions de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005⁵⁵⁹ en faveur des petites et moyennes entreprises ont permis l'extension de cette procédure aux personnes morales. Ainsi l'article 46 de cette loi prévoit que « La composition pénale prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale est applicable aux personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes. Seule la mesure prévue par le 1° de l'article 41-2 du même code est applicable à ces personnes »⁵⁶⁰. Ledit titre IV est relatif à la liberté des prix et de la concurrence et les infractions concernées par le champ d'application défini à l'article L. 470-4-2 du Code de commerce, pour lesquelles une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, sont les délits relatifs à la transparence tarifaire⁵⁶¹, aux pratiques restrictives de concurrence⁵⁶² ou encore aux pratiques relatives aux denrées périssables⁵⁶³. Pour ces infractions, la mise en œuvre de la procédure de composition pénale est prévue à l'égard des personnes morales qui reconnaissent, par le biais de leurs organes ou représentants, les avoir commises.

Au sein de l'article 41-2 du Code de procédure pénale, la mention des seules personnes physiques soulève des interrogations. En effet, le législateur a certainement souhaité que la composition pénale ne s'applique que de manière très limitée aux infractions commises par les personnes morales mais dès lors l'objectif de désengorgement de la justice pénale ne peut être véritablement satisfait et ce d'autant plus que le nombre de personnes morales

⁵⁵⁷ Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite « Loi Perben II ».

⁵⁵⁸ Article 121-2 du Code pénal modifié par l'article 54 de la Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 et en vigueur à la date du 31 déc. 2005.

⁵⁵⁹ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, dite Loi en faveur des petites et moyennes entreprises, article 46, JO, p. 12639 et s.

⁵⁶⁰ V. Art. 41-2, 1° C. pr. pén. : « Verser une amende de composition au Trésor public. « Le montant de cette amende, qui ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue, est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne. Son versement peut être échelonné, selon un échéancier fixé par le procureur de la République, à l'intérieur d'une période qui ne peut être supérieure à un an ».

⁵⁶¹ Article L. 444-1 et s. C. com.

⁵⁶² Article L. 442-1 et s. C. com.

⁵⁶³ Article L. 443-1 C. com.

poursuivies entre l'année 2000 et 2010 a été multiplié par sept⁵⁶⁴. À cet égard, il semble que l'évolution pratique de la composition pénale et les objectifs de la loi qui l'a fait naître ne soient plus véritablement en accord.

117. Personne morale et CRPC. Le dispositif d'alternative au procès mis en place par le biais de la CRPC est également applicable aux personnes morales lorsque celles-ci font l'objet de poursuites sur le terrain pénal. Étant donné l'extension du domaine d'application de cette procédure par la loi du 13 décembre 2011 à tous les délits⁵⁶⁵, la très grande majorité des infractions à la vie des affaires sont désormais concernées.

En effet, avant l'extension du champ d'application de la CRPC quant aux infractions, cette procédure pouvait déjà recouvrir la majorité des délits économiques compris dans la limite maximale d'alors⁵⁶⁶. Désormais, la CRPC étant applicable à tous les délits⁵⁶⁷, c'est l'ensemble de la délinquance économique et financière qui entre, *a fortiori*, dans son domaine d'application.

Concernant les vœux initiaux du législateur de limiter la mise en œuvre de cette modalité du processus de négociation « aux procédures concernant des affaires en état d'être jugées, et qui, s'il n'avait pas été recouru à la CRPC, auraient pu être immédiatement examinées par le tribunal correctionnel, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une instruction ou de procéder à un complément d'enquête »⁵⁶⁸, il est permis ici de s'interroger une nouvelle fois sur l'adéquation des objectifs énoncés avec l'élargissement considérable du champ d'application de la CRPC. Si les délits punis d'une peine d'emprisonnement de cinq ans pouvaient en effet correspondre à l'idée « d'affaires en état d'être jugées », l'ensemble du contentieux pénal économique auquel la loi du 13 décembre 2011 a étendu le domaine de la CRPC concerne en revanche davantage des affaires dont la recherche de la preuve s'annonce longue et coûteuse, et donc loin de « l'état d'être jugée » évoqué au préalable.

⁵⁶⁴ V. Annuaire statistique de la justice de l'année édition 2006 et édition 2011-2012, p. 109. (De 621 poursuites en 2000 à 4292 en 2010).

⁵⁶⁵ À l'exception de ceux visés à l'article 495-16 et 495-7 lorsque ces derniers sont punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans.

⁵⁶⁶ C'est-à-dire tous les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans.

⁵⁶⁷ À l'exception des délits mentionnés à l'article 495-16 et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du Code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans.

⁵⁶⁸ Circ. CRIM 04-12 E8, du 2 sept. 2004, présentant les dispositions de la Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relative à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Cela vient confirmer la thèse d'un auteur qui, bien avant cet élargissement spectaculaire du domaine de la CRPC, considère que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité s'inscrit comme une alternative à la procédure correctionnelle de droit commun au sein même de l'action publique, et paraît parfaitement adaptée à un contentieux assez grave et sérieux pour connaître une réponse consensuelle au sein du procès pénal⁵⁶⁹.

118. Personnes morales et négociation en droit américain. Le *plea bargaining* est applicable à toutes les infractions, qu'il s'agisse de crimes (*felonies*) sanctionnés de peines privatives de liberté supérieures à un an et allant jusqu'à la peine capitale⁵⁷⁰ ou de délits (*misdemeanors*) sanctionnés d'une peine d'amende (ne dépassant pas 5000 dollars) ou d'une peine d'emprisonnement inférieure à un an⁵⁷¹. *A fortiori*, les infractions au droit pénal des affaires telles que l'abus de biens sociaux (*misuse of company property*) ou le délit de corruption (*corruption*)⁵⁷² commises par une personne morale, sont donc concernées par la possibilité d'un accord sur la sanction encourue avec l'autorité de poursuite, ce qui n'est pas sans rappeler la récente ouverture de la procédure de CRPC à la grande majorité des infractions d'affaires⁵⁷³.

B. Négociation en procédure para-pénale.

119. Personne morale, négociation et régulation. En matière de droit pénal des affaires, il est important de souligner que du fait, entre autres, du mouvement de dépénalisation de la vie des affaires en marche depuis la fin du XXe siècle⁵⁷⁴, certaines autorités de régulation telles

⁵⁶⁹ J. PRADEL, *Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, JCP G. 2004, I, p.132, spéc. n° 19 à 25.

⁵⁷⁰ *Federal Criminal Code, Part I, § 1.*

⁵⁷¹ *Federal Criminal Code, Part I, § 1* ; v. également, J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, p. 60.

⁵⁷² Ces infractions entrent dans la catégorie des *felonies*, les peines d'amende pouvant aller jusqu'à 2. 000 000 \$ pour les personnes morales et 1. 000 000 \$ et cinq ans d'emprisonnement pour les personnes physiques. V. P. BOUCHEZ- EL GHOZI, *Chronique de Droit pénal de l'entreprise*, n° 99, « Décideurs », novembre 2008.

⁵⁷³ V. *supra* n° 81 et s.

⁵⁷⁴ Les Lois n° 75-4 du 3 janvier 1975 et n°91-1383 du 30 décembre 1991 ont dépénalisé les émissions de chèques sans provision et l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix a dépénalisé les pratiques anticoncurrentielles ainsi que certaines pratiques restrictives de concurrence. Plus récemment, un groupe de travail ayant donné naissance au rapport dit COULON a dégagé plusieurs voies allant dans le sens d'une plus large dépénalisation de la vie des affaires, en proposant notamment de rénover le champ pénal, de mettre en place des mécanismes de régulation et de développer des réponses effectives aux comportements frauduleux spécifiques à la vie des affaires. V. Dr. pén. 2008, dossier spécial n°2, *Dépénalisation*

que le Conseil de la concurrence sont aujourd'hui compétentes pour poursuivre et réprimer les pratiques anticoncurrentielles en lieu et place du juge pénal. Si le droit pénal des affaires se présente comme « un droit de synthèse »⁵⁷⁵ regroupant des qualifications pénales de droit commun, de droit pénal financier, fiscal ou encore commercial, lorsqu'il s'agit de procédures négociées, ce sont essentiellement les infractions relevant du droit pénal économique et leurs auteurs qui ont de l'importance. Aussi, la concurrence est un domaine tout particulièrement intéressant puisque le législateur, par nécessité d'adaptation⁵⁷⁶, a eu recours à une répression inhabituelle en ce qu'elle est para-pénale. Le droit administratif répressif constitue en effet un droit para-pénal⁵⁷⁷ du fait de son appartenance à la matière pénale⁵⁷⁸. Ainsi, en cas d'infractions limitativement prévues en droit pénal de la concurrence⁵⁷⁹, le législateur a prévu l'application d'une sanction pouvant être négociée entre la personne morale auteur de l'infraction et l'autorité répressive, représentée traditionnellement par une autorité administrative indépendante (AAI) telle que l'Autorité de la concurrence.

120. Les auteurs d'infractions au droit de la concurrence. Aux États-Unis, c'est depuis le *Sherman Antitrust Act* du 2 juillet 1890 que les pratiques commerciales restreignant le libre jeu de la concurrence sont sanctionnées⁵⁸⁰. En France, la prise de conscience de l'importance du droit de la concurrence s'est faite de manière progressive. En effet, si dès 1945 notre pays avait adopté une ordonnance sur la libre concurrence⁵⁸¹ ce n'est qu'à partir du Traité de Rome en 1957⁵⁸² et plus précisément de la libéralisation des prix et de la création du Conseil de la concurrence en 1986⁵⁸³ que le droit de la concurrence français allait pleinement être mis en œuvre. Aujourd'hui, de part et d'autre de l'Atlantique, les entreprises présentant un risque d'exercice de pratiques anticoncurrentielles concernent tous les secteurs d'activité économique et si les PME sont également concernées, la majorité des sanctions s'illustrent à l'encontre d'entreprises de grande envergure implantées dans plusieurs États. Toutefois, pour

du droit des affaires, les 30 propositions de la commission, F. TEITGEN et B. THOUZELLIER, *Non pas dépénaliser mais mieux pénaliser*, Dr. pén. 2008, dossier n° 3.

⁵⁷⁵ A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 2^e éd. Litec, coll. Manuels, 2010, p 2.

⁵⁷⁶ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd. Dalloz, 2005, p. 68.

⁵⁷⁷ G. LEVASSEUR, *Le problème de la dépénalisation*, Archives de politique criminelle, n° 6, 1983, p. 59

⁵⁷⁸ V. *supra* n° 38.

⁵⁷⁹ V. *supra* n° 98 et s.

⁵⁸⁰ *United State Code, Title 15, §§ 1-7. Trusts, etc., in restraint of trade illegal : penalty.*

⁵⁸¹ Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945.

⁵⁸² Traité CEE relativement aux pratiques anticoncurrentielles.

⁵⁸³ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986.

ce qui est du droit français, les multinationales ne sont pas les seules personnes morales pouvant tomber sous le coup de la répression des autorités de la concurrence. En effet, même les associations professionnelles et les syndicats⁵⁸⁴ sont susceptibles de se voir appliquer les règles du jeu économique. Sur le sol français ou américain, la convergence des droits de la concurrence est due aux échanges réguliers entre les autorités que ce soit au sein du Réseau Européen de la Concurrence⁵⁸⁵ (REC) ou au niveau mondial, au sein de *l'International Competition Network* (ICN). L'avance américaine concernant la mise en place de sanctions aux pratiques anticoncurrentielles ajoutée au développement anticipé de procédures négociées par les autorités de régulation américaines⁵⁸⁶ ont nécessairement influencé l'arrivée de ces procédures en droit français.

Si les grandes entreprises implantées dans plusieurs États ont assez rapidement pris conscience des conséquences d'une violation du droit de la concurrence, y compris pour les dirigeants à titre personnel, et donc de l'attrait des procédures négociées, en Europe et en France en revanche la culture de concurrence a été plus longue à s'instaurer. Le montant pharaonique des sanctions et des réparations fut le premier moteur du respect du droit de la concurrence mais aujourd'hui ce n'est plus le seul élément ayant conduit à une prise en compte plus sérieuse des règles par les entreprises. En effet, outre l'intérêt que les procédures négociées représentent pour l'Autorité de la concurrence, il faut évoquer le fait que ces dernières peuvent très bien être utilisées à des fins stratégiques par les entreprises elles-mêmes. Le recours à une procédure de clémence par exemple peut être « un moyen efficace de sortir d'un accord de cartel qui ne serait plus guère profitable ou qui paraîtrait trop instable sans subir le coût d'une condamnation concurrentielle et en affaiblissant parallèlement ses concurrents »⁵⁸⁷.

Dès lors, il semblerait qu'à l'égard des grandes entreprises, plus l'infraction est grave et la sanction encourue élevée, plus les procédures de négociation sont attractives.

⁵⁸⁴ Décision de la Commission européenne du 2 avril 2003, affaire Comp/C.38.279/F3, viandes bovines françaises.

⁵⁸⁵ Les pratiques anticoncurrentielles en France tombent sous le double coup du droit de l'Union européenne et du droit national.

⁵⁸⁶ Une des premières applications de la négociation en matière de droit de la concurrence (*antitrust*) aux États-Unis fut observée lors de la signature du *Consent Decree*. Il s'agit d'un décret judiciaire selon lequel une entreprise conclut un accord avec le gouvernement américain au terme duquel elle s'engage à cesser les pratiques prohibées en échange d'un abandon des poursuites et qui est intervenue suite au procès de la compagnie *Western Electric*, responsable de restrictions au libre jeu de la concurrence entre les différentes compagnies de télécommunications en 1982 ; v. M. WEINER, *Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree*, *Antitrust*, Fall 1995, p. 4.

⁵⁸⁷ F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, préc. p. 36.

121. Bilan : une large étendue des personnes éligibles à l'application de la négociation en matière pénale. L'analyse de la négociation au regard des auteurs d'infractions pouvant y donner lieu démontre que ces procédures sont applicables à tous. À l'exception, pour l'heure, des mineurs de 18 ans pour la CRPC et de 13 ans pour la composition pénale, les procédures négociées, qu'il s'agisse d'infractions au droit pénal commun ou au droit de la concurrence, concernent tant les auteurs personnes physiques (auteur d'une infraction professionnelle ou non) que les auteurs personnes morales (quelle que soit l'importance de leur capital et de leur secteur d'activité). Ainsi, le champ d'application de la négociation en matière pénale en droit français est, à l'exception du cas des mineurs déjà exposé, sensiblement identique à celui du droit américain.

122. Volonté individuelle et Ordre public. Cette large étendue du champ d'application de ces procédures à l'égard des auteurs – essentiellement fondées sur l'aveu⁵⁸⁸ et sur le consentement à la sanction proposée – met l'accent sur l'importance croissante apportée à la volonté individuelle au sein de la justice pénale. Illustration d'une exécution plus horizontale de la loi, le fait que tous les auteurs d'infractions dans les limites d'âge et de la nature de l'infraction réalisée puissent être éligibles à la mise en œuvre d'une procédure de négociation avec l'autorité de poursuite met en lumière le rôle joué par la volonté individuelle en la matière au détriment de celui de la volonté générale, c'est-à-dire l'ordre public. La dichotomie, justice négociée / justice imposée commence à prendre ici tout son sens⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ V. *infra* n° 173 et s.

⁵⁸⁹ D. MONDON, *Justice imposée, justice négociée : les limites d'une opposition, l'exemple du parquet*, Droit et Société, 30/31, 1995.

Conclusion du Chapitre 1

123. Un équilibre complexe. L'analyse du domaine de la négociation permet d'affirmer l'existence d'un mouvement d'expansion de ce mécanisme au sein de la matière pénale. Face à la problématique commune aux systèmes français et américains des lenteurs excessives de la justice pénale traditionnelle et de l'explosion des affaires devant les juridictions, le législateur français semble avoir adopté nombre de procédures relativement similaires à celles qui sont à l'œuvre outre-Atlantique. L'objectif affiché de traitement accéléré des infractions pénales qui a présidé au développement des procédures négociées et à l'extension de leur champ d'application, tant matériel que personnel, pose toutefois la question de la faisabilité d'une logique de négociation au sein du contexte procédural français. Les influences d'une politique pénale managériale anglo-saxonne ne doivent pas occulter les contraintes liées à l'architecture du procès pénal à la française⁵⁹⁰ et notamment les impératifs liés à la place de la victime ou au rôle et au statut du procureur de la République. Aussi, à la suite de l'examen approfondi du domaine de la négociation dans notre droit, l'analyse de la mise en œuvre du processus de négociation en matière pénale implique de se consacrer à l'étude des acteurs de ce processus.

⁵⁹⁰ Pour une étude de la structure et de la dynamique du procès pénal en lien avec l'histoire politique française, V. D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, 2010 ; V. également, F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., p. 446, spéc. n° 625 et s. ; C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, thèse, Dalloz, 2012, p. 466 et s.

Chapitre 2. Les acteurs de la négociation

124. Consécration d'une justice horizontale. Si l'infraction commise figure au premier rang des conditions préalables au déclenchement du processus de négociation en matière pénale, les différents acteurs de la justice pénale doivent être étudiés en ce qu'ils sont nécessairement les ouvriers dans la mise en œuvre de celui-ci. L'étude de la place et du rôle respectifs des protagonistes au sein de la procédure pénale au sens « traditionnel » d'un côté et à l'occasion des procédures négociées de l'autre, met en lumière des changements certains. Ainsi, au-delà de l'implication des différents acteurs du procès pénal scindés entre les autorités de poursuite et de jugement d'une part, l'auteur de l'infraction et la victime d'autre part, c'est une véritable redistribution et une « certaine inflexion du rôle des acteurs traditionnels »⁵⁹¹ qui s'illustrent dans le déroulement des différentes procédures négociées. Témoins d'un fonctionnement plus horizontal de la justice pénale, les différents domaines dans lesquels s'inscrit la négociation semblent répondre à une logique de répartition des rôles semblable. De là, il apparaît que les diverses figures d'autorités de poursuite occupent la position d'acteurs principaux lors du déroulement des procédures négociées et ce, aux côtés des auteurs du comportement infractionnel. Parallèlement, les autorités juridictionnelles ainsi que les victimes sont renvoyées à un rôle relativement circonscrit. L'étude des acteurs de la négociation en matière pénale suscite dès lors une présentation reposant sur une distinction simple entre les acteurs bénéficiant d'un rôle principal lors de la négociation (Section 1) et ceux qui ne bénéficient que d'un pouvoir d'action secondaire (Section 2).

Section 1. Des acteurs principaux

125. Ministère public et auteur de l'infraction. L'analyse des différentes procédures négociées, quelle que soit l'infraction qui en est à l'origine, a permis le constat suivant : l'essentiel du contenu de la négociation et ses chances de succès tiennent principalement à l'interaction de deux figures, l'autorité de poursuite et l'auteur de l'infraction. Si ces deux

⁵⁹¹ B. de LAMY, *L'incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès*, D. pén., septembre 2007, n° 8, p. 1

acteurs ont toujours joué un rôle dans le processus pénal traditionnel, il apparaît que celui-ci a été particulièrement renforcé à l'occasion de l'avènement de la logique de négociation au sein de la matière pénale. Ce renforcement, témoin de l'étendue des pouvoirs respectifs de ces deux parties à la négociation, met également en exergue l'évolution de certains principes qui leurs sont liés. Ainsi, les principes d'opportunité des poursuites, d'indisponibilité de l'action publique ou encore de présomption d'innocence se retrouvent au cœur de l'analyse en ce qu'ils illustrent une évolution du contexte procédural. Dès lors, plus qu'un simple accroissement des rôles de ces deux acteurs, c'est d'une transformation de la logique procédurale qui les sous-tend dont témoigne la multiplication des procédures négociées. L'analyse de la place et du rôle dévolus respectivement à l'autorité de poursuite (§1) et à l'auteur de l'infraction (§2) lors de la mise en œuvre de la négociation de la sanction permet d'en rendre compte.

§1. L'autorité de poursuite

126. Maître d'œuvre des procédures négociées. Au même titre que le circuit procédural ordinaire, l'origine du déclenchement d'une procédure de négociation se trouve naturellement dans la commission d'une infraction. Qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, l'infraction peut donner naissance contre son auteur à une action dénommée action publique. Aussi appelée « action pour l'application des peines »⁵⁹², celle-ci va avoir pour but de réprimer le trouble social engendré par le comportement infractionnel. C'est une action d'intérêt général ou d'ordre public, par opposition à l'action civile qui est d'intérêt privé⁵⁹³. En réaction à l'atteinte à la valeur sociale protégée causée par l'infraction, l'action publique est exercée au nom de la société par des magistrats nommés par le pouvoir exécutif, amovibles et révocables par le Garde des Sceaux, qui forment le Parquet⁵⁹⁴. Lorsqu'il est question de l'ordre public économique, et plus spécialement de la mise en œuvre de procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence, c'est la figure du rapporteur

⁵⁹² Art 1. C. pr. pén.

⁵⁹³ B. BOULOC, *Procédure pénale*, 24^e éd., 2014, p. 142, spéc., n° 171 ; F. GOYET, *Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique*, Dalloz, 1953.

⁵⁹⁴ Art. 13, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 et articles 5, 26, 48 et s. de l'Ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.

général qui dispose des pouvoirs relatifs au déroulement de la procédure et à l'activité des services d'instruction⁵⁹⁵.

Si la distinction entre les systèmes accusatoires et inquisitoires doit être relativisée en ce qu'elle ne serait pas fondée juridiquement et constituerait seulement « une création d'auteurs qui ont vu en elle un excellent instrument pédagogique »⁵⁹⁶, elle permet toutefois d'opérer une distinction simple entre les différents systèmes procéduraux contemporains. Ainsi, en ne cherchant pas à recouvrir toutes les situations légales au risque de tomber dans l'approximation juridique, cette dichotomie a le mérite de simplifier l'analyse de l'évolution d'une figure de la procédure pénale en fonction des époques tantôt d'inspiration inquisitoire, tantôt accusatoire. Afin d'appréhender de manière concrète les mutations qu'a connu la fonction de parquetier (B), une approche historique de son rôle semble opportune (A).

A. Rôle historique du ministère public

127. Permanence de la figure du procureur. Le ministère public est une institution d'origine typiquement française⁵⁹⁷. En France, dès le XIII^e siècle, « il existait autour de différentes juridictions, une classe nombreuse d'agents, les *procuratores*, qui prenaient la mission de représenter les parties devant la justice. Les seigneurs utilisaient eux-mêmes un « procureur » pour la défense de leur intérêts fiscaux et les rois firent de même »⁵⁹⁸. Progressivement, ces agents prirent le pas sur le plaignant victime de l'infraction et, au sein de l'ordonnance criminelle de 1670, le procureur royal devient le principal organe de la poursuite pénale.

Si la figure de l'organe de poursuite subit diverses modifications, notamment au travers de la Révolution française de 1789, c'est au sein du Code d'instruction criminelle de 1808 que son rôle semble avoir été cristallisé⁵⁹⁹, les magistrats étant alors chargés de lancer la poursuite et

⁵⁹⁵ V. C. VILMART, *Naissance de l'Autorité de la concurrence, une réforme fondamentale mais inachevée*, JCP, E, 2009, p. 1077, n° 40.

⁵⁹⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'inquisitoire et de l'accusatoire dans l'instruction préparatoire*, Thèse, Bordeaux IV, 2000, Tome 1, p. 22.

⁵⁹⁷ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^e éd., 2001, Cujas, p. 49 et s., spéc., n° 31.

⁵⁹⁸ F. HÉLIE cité in G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, 19^e éd. Dalloz, 2004, p. 47, spéc., n° 55.

⁵⁹⁹ V. FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 1866 ; A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal, Tome 2 : La procédure criminelle*, éd. Cujas, 1979 ; A. ESMEIN, *Histoire de la procédure*

de soutenir l'accusation à l'audience. Le Code de procédure pénale actuel illustre une conception sensiblement identique dans l'article 31 qui dispose que « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi ».

Aux côtés d'un mouvement de promotion de la procédure accusatoire relayé par des penseurs et philosophes tels que Montesquieu et Cesare Beccaria, la logique inquisitoire n'a eu pourtant de cesse de prendre le relai dans l'évolution de la procédure pénale au cours de différentes époques⁶⁰⁰. Au sein du Code de procédure pénale de 1958, c'est finalement le choix d'un système procédural résolument mixte qui semble satisfaire au principe constitutionnel de séparation des autorités de poursuite et d'instruction⁶⁰¹.

L'institution d'une autorité incarnant la poursuite pénale des faits venus léser la société se retrouve dans tous les systèmes procéduraux⁶⁰², qu'ils soient d'inspiration davantage inquisitoire ou accusatoire. Bien que les modalités d'exercice de cette action et son statut varient selon les États, c'est de manière constante que le ministère public est chargé de l'exercice de l'action publique.

128. Identité des solutions, identité des dérives. Toutefois, lorsqu'une institution se retrouve dans différents pays, son esprit est rarement tout à fait le même. Il en est ainsi historiquement des organes représentant l'autorité de poursuite en France et aux États-Unis. En effet, aux États-Unis, nation traditionnellement inspirée par une procédure dite accusatoire

criminelle en France depuis le XIIIe siècle, 1882, rééd. 1978 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd. PUF, coll. Droit Fondamental, 2014, p. 155, n° 76.

⁶⁰⁰ La procédure inquisitoire apparaît à la fin de l'époque romaine, au Bas Empire, pour disparaître avec celui-ci et réapparaître au sein des juridictions ecclésiastiques, au XIIIe siècle, puis dans les juridictions laïques royales de l'ensemble des monarchies européennes. Sa consécration la plus éclatante se trouve dans l'ordonnance royale de 1670. V. S. GUINCHARD, S. BUISSON, *Procédure pénale*, 9^e éd., LexisNexis, coll. Manuels, 2013, p. 47, spéc., n° 41 et s.

⁶⁰¹ V. Art. Préliminaire, C. pr. pén. et Cons. const n° 95-360 DC 2 février 1995 : « le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle » (cons. 5).

⁶⁰² V. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, préc., p. 189, spéc. n° 142 ; F. TULKENS, *Les systèmes de justice pénale comparés : de la diversité au rapprochement. Les politiques pénales et le comparativisme*, in Actes de Conférence Internationale à l'occasion du 25^e anniversaire de l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles, 16-20 décembre 1997, Nouvelles études pénales, n°17, 1998, p. 62 ; R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, RIDC, Vol. 17, n°1, Janv-Mars 1965, pp. 254-257 ; J. PRADEL, *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes*, Rapport de synthèse des colloques de l'ISISC, Association internationale de droit pénal, éd. Erès, n°15, 1998 ; A. PERRODET, *Étude comparée des ministères publics anglais et gallois, écossais, français et italien*, thèse Paris I, 1997.

connue à l'origine en Angleterre⁶⁰³, l'activité de poursuite doit être distinguée selon que l'on se situe au niveau du gouvernement fédéral ou des États fédérés et ce, même si le pouvoir d'engager des poursuites pénales se retrouve à ces deux niveaux. Si à la distinction « États / Gouvernement fédéral », il faut ajouter la complexité suscitée par les différences entre les procédures pénales pratiquées par les États, il est néanmoins possible de dégager certains principes fondamentaux concernant les poursuites en matière pénale, notamment celui de l'opportunité des poursuites conférant au procureur américain une liberté quasi absolue pour prendre sa décision. Cependant, de manière identique à la France, cette liberté est tempérée par la subordination hiérarchique au pouvoir exécutif⁶⁰⁴. Mais en l'absence de la figure du juge d'instruction, le système procédural américain confère des prérogatives beaucoup plus étendues au procureur (*attorney*) que celles dont dispose le parquet français en matière d'enquête. La seule limite au pouvoir du procureur américain dans l'exercice des poursuites est l'institution du *Grand Jury*⁶⁰⁵, empreinte inquisitoire, qui est un organe d'enquête et de mise en accusation. S'il est davantage usité au niveau fédéral qu'étatique⁶⁰⁶, l'organe du *Grand Jury* permet de rétablir un certain équilibre face à la puissance du procureur en ce que son pouvoir d'investigation n'est pas limité aux enquêtes initiées par la poursuite. En effet, tout citoyen, à l'instar de la victime française qui a la possibilité d'intenter elle-même les poursuites⁶⁰⁷, a le droit de demander directement au *Grand jury* d'enquêter sur telle situation infractionnelle⁶⁰⁸.

129. Objectif de régulation et équivalence des institutions. Aux côtés des similitudes et des différences relatives à l'autorité de poursuite en France et aux Etats-Unis provoquées par

⁶⁰³J. PRADEL, L. H. LEIGH, *Le ministère public, Examen comparé des droits anglais et français*, RDPC, 1989, p. 223 et s.

⁶⁰⁴J. CEDRAS, *La justice pénale aux Etats-Unis*, préc., p. 35 et s. Sur le plan fédéral, les procureurs sont nommés par le président des États-Unis, ils sont ainsi membres du gouvernement. Au niveau étatique, les procureurs sont élus et sont donc relativement indépendants du pouvoir exécutif ; V. également, A. LEVASSEUR, *Le droit américain*, Dalloz, 2004, p. 53.

⁶⁰⁵ Aux États-Unis, le droit d'être mis en accusation par un *Grand Jury* est défini par le V^e amendement à la Constitution : « Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans acte de mise en accusation d'un *Grand Jury* ».

⁶⁰⁶ Depuis un arrêt de la Cour Suprême, *Hurtado v. California*, n°110 US 51 datant de 1884, le droit à un jury de mise en accusation n'a force obligatoire que pour les procédures portées devant les tribunaux fédéraux. Cela explique qu'au niveau étatique, seule une vingtaine d'États connaissent du *Grand jury* et implique donc que la limite aux pouvoirs du procureur doit être relativisée.

⁶⁰⁷ Art 1^{er} C. pr. pén. V. Cass. crim. 8 déc. 1906, Dr. pén 1907. 1, p. 207 : « La plainte déposée entre les mains d'un juge d'instruction par la personne qui se dit victime d'une crime ou d'un délit, lorsqu'elle est accompagnée d'une constitution de partie civile, produit, pour la mise en mouvement de l'action publique, les mêmes effets qu'un réquisitoire du procureur de la république ».

⁶⁰⁸ J-F. HOLDERMAN, C-B. REDFERN, *Pre-indictment Prosecutorial Conduct in the Federal System Revisited*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 96, n°2, Winter 2006, pp. 527- 577.

les influx croisés entre les époques à dominante accusatoire et inquisitoire de la procédure pénale, une problématique commune aux deux pays a poussé à l'adoption de solutions similaires : celle de l'explosion du nombre des affaires pénales et donc de l'insuffisance du système traditionnel de poursuite permettant aux autorités d'y faire face⁶⁰⁹. Si certains auteurs ont pu conclure à une américanisation de la procédure pénale⁶¹⁰, il semble qu'il faille, sur ce point de nouveau⁶¹¹, voir davantage une volonté du législateur français de remédier à des maux connus des deux côtés de l'Atlantique par des remèdes ayant prouvé leur efficacité aux États-Unis.

Les besoins juridiques sont très souvent similaires d'un pays à l'autre, surtout si ces pays sont parvenus à un niveau égal de développement. Mais, « par l'effet du génie propre à chaque peuple, ces mêmes besoins sont fréquemment assurés par des techniques différentes et c'est ainsi que la doctrine a parlé d'une équivalence des institutions »⁶¹². Ce constat pouvait se vérifier tant que les procureurs français tentaient de réguler la poursuite des infractions de masse à l'aide de leur option traditionnelle entre la poursuite et le classement sans suite et que les *attorney* développaient la pratique de la négociation à l'aide du « concept » de poursuite conditionnée à un aveu de culpabilité. Cependant, au terme de multiples réformes⁶¹³, il semble que le législateur a fait œuvre d'adoption et non d'adaptation du remède américain à la « crise » de la justice pénale. Notre procédure pénale ne s'est pas simplement dotée de nouvelles options procédurales concernant l'action publique mais s'est imprégnée d'un esprit et d'une logique de négociation demeurés jusque-là étrangers à la matière pénale française. Partant, l'inspiration et l'adoption des procédures négociées connues du système américain ont ouvert la porte au contexte procédural qui y est affilié et, par conséquent, ont nécessairement provoqué une évolution du rôle et de la position de l'acteur central de ces

⁶⁰⁹ Les taux d'augmentation des saisines des parquets français rien qu'en matière délictuelle sur la période allant de 2000 à 2010 est de presque 8 %, source : Site du Ministère de la justice, *Les chiffres clés de la justice*. Aux États-Unis, au niveau fédéral seulement, le nombre de suspects condamnés a augmenté d'environ 30 % entre 1995 et 2009, source : site du *Bureau of Justice statistics, U.S Department of Justice*.

⁶¹⁰ J. CEDRAS, *L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français : l'américanisation du droit*, Arch. ph. Droit., Vol. 45, 2001, pp. 149-157 ; D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Procédure pénale, une réforme pénale à double fond*, Le Monde, éd. 10 mai 2003 ; N. DONGOIS et B. VIREDAZ, *De l'américanisation des sciences pénales européennes*, in *Mélanges offerts à R. GASSIN*, PUAM, 2007, p. 215.

⁶¹¹ V. *supra* n° 17.

⁶¹² J. PRADEL, L. H. LEIGH, *Le ministère public, examen comparé des droits anglais et français*, préc. p. 223.

⁶¹³ Notamment Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale et Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, V. aussi le Rapport d'information n° 162 de J-R LECERF et J-P MICHEL fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction, enregistré à la présidence du Sénat le 8 décembre 2010, pp. 5 et 43.

procédures : le ministère public⁶¹⁴. L'équivalence des institutions est ainsi poussée à son paroxysme. Par l'effet de la convergence de solutions adoptées en réponse à des difficultés communes, il apparaît légitime de craindre, de la même façon, une proximité des dérives.

B. Évolution du rôle du ministère public

130. Modification de la logique de la poursuite pénale. L'application de l'analyse économique du droit appliquée à la matière pénale⁶¹⁵ est venue apporter un début de solution aux problématiques liées à l'explosion des contentieux tant pour ce qui concerne le domaine du droit commun, de la criminalité organisée, que celui du droit pénal économique. Par le biais des procédures négociées, et quel que soit le domaine procédural dans lequel elles s'inscrivent, c'est tout un pan de la procédure axée sur la recherche des preuves qui est éludé. En effet, l'auteur même de l'infraction concourt à l'apport de la preuve, soit par un aveu de culpabilité⁶¹⁶, soit par la dénonciation de la culpabilité d'autrui⁶¹⁷, entraînant ainsi une modification profonde tant des modalités d'exercice de l'action publique dirigée par le ministère public, que de la mise en œuvre du principe de l'opportunité des poursuites.

Dans un mouvement de rapprochement avec la figure de l'autorité de poursuite américaine⁶¹⁸ disposant d'un large panel de solutions et dont l'ambition est d'apporter une réponse

⁶¹⁴ Ce phénomène a conduit le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à adopter, le 6 octobre 2000, une recommandation sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, R (2000)19. L'autorité de poursuite y est ainsi définie : « autorité chargée de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée, en tenant compte, d'une part, des droits des individus et, d'autre part, de la nécessaire efficacité du système de justice pénale ». L'analyse se retrouve à l'égard de l'action du rapporteur général dans le cadre des procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence. V. L. IDOT et C. LEMAIRE, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France. L'autorité de la concurrence en France*, JCP G, 2009, I, p. 125, n° 31 ; C. VILMART, *Naissance de l'Autorité de la concurrence, une réforme fondamentale mais inachevée*, préc., p. 1077, spéc. n°40 ; Pour une analyse similaire de l'évolution de la place du procureur aux États-Unis, v. E. LUNA, M. WADE, *Prosecutors as Judges*, 67 Washington and Lee Law Review, 2010, Article 6, pp. 1414-1532.

⁶¹⁵ V. G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et économie », préf. F. STASIAK, 2009 ; C. BARRÈRE, *Les approches économiques du système judiciaire*, in *Économie de la justice*, 2001, n° 3, p. 153.

⁶¹⁶ Art. 41-2 C. pr. pén. pour la procédure de composition pénale, Art. 495-7 C. pr. pén. pour la procédure de CRPC et Art. L. 464-2 I du Code de commerce pour la procédure d'engagement.

⁶¹⁷ Art. 132-78 du Code pénal concernant la collaboration procédurale en matière de criminalité organisée et Art. L. 464-2 C. com. pour la procédure de clémence en droit pénal économique.

⁶¹⁸ V. *United States Attorney Manual (USAM)*, Title 9, *Criminal division, Chapter 9, Pleas Federal rule of criminal procedure*. L'accroissement des pouvoirs du procureur est unanimement constaté par la doctrine et par les juges fédéraux eux-mêmes ; v. K. STITH et J. CABRANES, *Fear of Judging : Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, University of Chicago Press, Chicago, 1998, pp. 130-142. La ressemblance s'arrête toutefois lors de la comparaison des statuts des deux autorités. Le procureur américain, au niveau étatique, étant une autorité indépendante. V. M. J. ELLIS, *The origins of the elected prosecutor*, Vol. 121, *Yale Law Journal*, p. 1528. L'auteur souligne que les États-Unis sont le seul pays au monde où la population élit les procureurs.

judiciaire systématique au moyen de procédures rapides et consensuelles⁶¹⁹, le législateur français a bouleversé le schéma dual initial dans lequel l'autorité de poursuite était cantonnée.

En ce que les solutions à la disposition de l'autorité de poursuite⁶²⁰ tentent d'offrir à un acte délinquant une réponse judiciaire adaptée à la situation de l'auteur, à celle de la victime ainsi qu'aux besoins de la société⁶²¹, les différentes réformes intervenues⁶²² sont louables. Néanmoins, l'adoption de ces procédures s'est faite en France en réaction à l'augmentation devant les juridictions des affaires pénales, tandis qu'aux États-Unis, certes il s'agit également d'un outil de gestion des « flux pénaux », mais au-delà de la politique gestionnaire, les procédures négociées en droit pénal américain sont sous-tendues par un raisonnement, une culture du procès et de la vérité différente de la nôtre⁶²³.

Ainsi l'adoption de ces procédures, passé l'aspect positif de régulation, a transformé de manière profonde l'autorité principale agissant au sein de celles-ci. Désormais véritable

⁶¹⁹ H. JUNG, *Plea bargaining and its Repercussions on the Theory of Criminal Procedure*, European Journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 5/2 1997, pp. 112-122.

⁶²⁰ Art. 41-2 C. pr. pén. pour la procédure de composition pénale, Art. 495-7 C. pr. pén. pour la procédure de CRPC et Art. L. 464-2 du Code de commerce pour les procédures de non contestation des griefs et de clémence.

⁶²⁰ Art. 132-78 du Code pénal concernant la collaboration procédurale en matière de criminalité organisée et Art.L. 464-2 C. com. pour la procédure de clémence en droit pénal économique.

⁶²¹ F. FELTZ, *La nouvelle action publique*, RPDP, sept. 2003, p. 461 ; J. SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010, p. 472 et s.

⁶²² Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite « Perben II », Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à la répartition de certaines procédures juridictionnelles.

⁶²³ V. M.R. DAMASKA, *Structures of authority and Comparative criminal procedure*, Yale Law Journal, 1975, n° 84, p. 480 et s., spéc., p. 509. L'auteur évoque le fait que le système américain renvoie à une logique « participative », qui traduit l'idée d'un système qui fonctionne par la mobilisation de tous les acteurs dans la production de la norme, de la décision de justice et de la vérité. Comme décrit dans l'introduction, la vérité dans les systèmes de *Common Law*, dite « matérielle », ne s'extrait pas seulement de la recherche de la preuve mais essentiellement du débat autour de celle-ci. C'est à cet endroit que se sont creusées les différences et les contrastes entre le système américain et le système français, qualifié de « hiérarchique » qui rend compte d'une culture dans laquelle le juge n'est pas vu comme le médiateur entre une loi souveraine et une réalité sociale complexe, mais un représentant de l'État considéré comme source ultime et unique de vérité. Le contraste avec le système participatif américain se révèle, la production normative n'est pas horizontale mais parfaitement verticale et rigoureusement hiérarchisée, en témoigne par exemple l'organisation hiérarchique très prononcée du ministère public : J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 128, spéc. n° 155 et s ; V. F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 34 et s. L'auteur cite Pascal : « comme il y a des vérités de diverses sortes, il y a aussi différentes espèces de preuves » qui constituent l'écart entre systèmes hiérarchiques et systèmes participatifs et dans le prolongement, entre droit américain et droit français ; V. B. PASCAL, *Pensées* 230, (69), in *Œuvres complètes*, Gallimard, La pléiade, Paris, 1954, p. 1149. Liée à cette notion de vérité qui n'est rien sinon plurielle, la place du juge américain diffère par rapport à celle du juge français, la première ne pouvant se comprendre que par rapport au jury qui est dépositaire de la fonction la plus sacrée, celle de dire la vérité des faits, V. R. JACOBS, *La décision judiciaire dans la perspective de l'histoire comparée*, in R. JACOB, (dir.), *Juge et jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 347. V. également A. GARAPON, *Bien juger*, préc., p. 163. L'auteur souligne qu'entre procès français et procès américain ce n'est pas la même chose qui est célébrée : « Dans un cas c'est l'ordre, dans l'autre, un droit constitutionnel. De là deux économies symboliques radicalement différentes ; en France l'intensité symbolique variera selon la gravité du trouble social ; aux États-Unis, en fonction du risque de condamner un innocent quelle que soit la peine encourue. Le procès français rappelle la supériorité de l'ordre sur le désordre, du collectif sur l'individuel, le procès américain, le jeu, ses règles, et les gains ou les pertes possibles ».

maître d'œuvre de la réponse judiciaire⁶²⁴, l'augmentation des pouvoirs du ministère public par l'instauration des procédures de négociation de la sanction en matière pénale semble avoir engendré divers travers au regard de la cohérence de son action d'une part (1), et de ses rapports avec les autres acteurs de la procédure d'autre part (2).

1) Les incohérences dans l'action du ministère public

131. Risques internes à son action. La fonction de réponse judiciaire de toute autorité de poursuite à une infraction est censée s'inscrire dans le cadre de principes directeurs contenus notamment dans la recommandation 2000 du Conseil de l'Europe⁶²⁵ sur « le rôle du ministère public dans le système de justice pénale ». À ce titre, le respect de l'égalité du citoyen devant la loi doit guider son action⁶²⁶. Ce principe d'égalité⁶²⁷ induit nécessairement celui de la cohérence. En effet, l'égalité des justiciables devant la loi oblige à des réponses pénales cohérentes à l'échelon national, régional et local⁶²⁸. Or, la multiplication des modalités de poursuite à la disposition du parquet, dont témoigne l'étendue de l'article 41-1 du Code de procédure pénale en cas d'une décision d'absence de poursuite, ainsi que les articles 41-2 et 495-7 du même code dans le cas contraire, ne semble pas aller dans le sens d'une cohérence d'ensemble des pouvoirs du ministère public. Cette diversification des réponses, certes respectueuse du principe de personnalisation dès la décision d'orientation de la procédure, pose pourtant un problème de visibilité et de lisibilité de la procédure pénale dans le sens où l'accroissement considérable des options offertes au ministère public risque d'entraîner des divergences selon la nature de l'affaire d'une juridiction à une autre, voire peut-être au sein d'un même parquet.

Aux côtés de la perte de cohérence de son action, il faut également souligner que la multiplication des réponses pénales, illustrée tout particulièrement par les procédures de

⁶²⁴ G. CLÉMENT, *Les métamorphoses du ministère public en matière pénale*, in *Le droit pénal à l'aube du III^e millénaire, Mélanges offerts à J. PRADEL*, éd. Cujas, Paris, p. 280.

⁶²⁵ Recommandation, Rec (2000) 19. V. J. PRADEL, *Le ministère public, autorité omnipotente ou colosse aux pieds d'argile. Observations sur quelques législations pénales européennes*, RPDP, n°3, oct. 2001, p. 464.

⁶²⁶ Art. 2, DDHC de 1789 et Art 2, Constitution de 1958.

⁶²⁷ Le principe d'égalité implique celui de l'équité et renvoie à l'exigence d'un traitement identique des justiciables placés dans des situations similaires.

⁶²⁸ G. CLÉMENT, *Les métamorphoses du ministère public en matière pénale*, préc. p. 277. V. La Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique qui modifie l'article 30 du Code de procédure pénale. V. É. BONIS-GARÇON, O. DÉCIMA, *Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques*, JCP, 2013, p. 955.

négociation⁶²⁹, pose un problème nouveau et relatif à la transparence de l'action judiciaire dans la mesure où les procédures négociées n'ont, pour l'essentiel, et à l'inverse d'une audience traditionnelle devant le juge pénal⁶³⁰, aucun caractère public⁶³¹. Étant donné que ces procédures concernent un contentieux auparavant soumis à un débat contradictoire lors d'une audience de jugement à proprement parler, c'est « un pan entier de la justice pénale publique qui va sans doute glisser vers une justice pénale à l'abri des regards et de la publicité »⁶³². Partant, la question des garanties offertes aux justiciables apparaît primordiale.

2) Les difficultés liées à l'interaction de son action avec les autres acteurs de la procédure

132. Transformations des rapports aux autres acteurs. Au regard de la personne auteur de l'infraction, l'autorité de poursuite ne se place pas non plus dans une logique de répression verticale, mais bien horizontale. Quel que soit le domaine concerné, une certaine collaboration se met en place entre le ministère public et l'auteur de l'infraction. Au sein des procédures négociées en droit de la concurrence, l'Autorité compétente, sous la « menace » du prononcé des sanctions normalement encourues, oblige les entreprises à interagir avec elle afin d'aboutir à une clôture des poursuites par un jugement anticipé plus ou moins formel⁶³³. Lors de poursuites engagées pour la répression d'infractions de droit commun ou relevant de la criminalité organisée, le ministère public se place en véritable architecte œuvrant à l'élaboration d'un accord permettant de contourner le circuit procédural ordinaire et ce, avec le concours du délinquant. Cette liberté procédurale, ainsi que la discussion qui s'engage désormais dans des sphères où l'application de la justice pénale avait coutume d'être non pas discutée, mais imposée, n'est pas sans soulever quelques difficultés d'ordre pratique.

En témoigne une situation dans laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà eu à se prononcer et qui concerne le cas où, après avoir choisi la voie de la négociation à travers l'une des procédures mises à sa disposition⁶³⁴, le parquet considère, *a posteriori*, que ce choix procédural n'était pas finalement le plus approprié. *Quid*, dans ce cas, de la

⁶²⁹ Dont le champ d'application se recoupait largement jusqu'à l'introduction de la Loi du 13 décembre 2011.

⁶³⁰ F. FELTZ, *La nouvelle action publique*, préc. p. 469.

⁶³¹ V. *infra* n° 246.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ A. VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, préc. p. 159.

⁶³⁴ Aux art. 41-2 et 495-7 C. pr. pén et 132-78 C. pén.

possibilité pour le parquet, tant que l'autorité juridictionnelle n'a pas été saisie, de mettre en mouvement l'action publique ? Étant donné le caractère consensuel de ces procédures et l'aveu donné par l'auteur de l'infraction, il paraît légitime que le choix procédural effectué par le parquet soit irrévocable même si cela contraint le ministère public à ne pas pouvoir modifier le cadre procédural de son action, alors même que celui-ci s'avère finalement inadapté. Certains penseront qu'il s'agit là d'une atteinte au pouvoir d'appréciation des poursuites conféré par la loi au procureur et d'une restriction du devoir d'individualisation de la réponse judiciaire. Toutefois, la chambre criminelle⁶³⁵ a estimé que lorsque l'auteur des faits a donné son accord aux mesures proposées par l'autorité de poursuite, celle-ci ne recouvre la possibilité de mettre en mouvement l'action publique que si l'autorité juridictionnelle refuse d'avaliser la procédure, ou bien si une défaillance dans le comportement de l'auteur est observée par la suite. La jurisprudence de la Cour de cassation doit, semble-t-il, être saluée dans le sens où elle impose un respect du caractère consensuel des procédures négociées en « liant » en quelque sorte l'autorité de poursuite à l'accord formé entre cette dernière et le justiciable. Si l'expression de « contractualisation » de la procédure pénale doit être relativisée, il apparaît cependant que la jurisprudence de la Cour de cassation, sur ce point, en fasse émerger les fondements.

S'agissant des rapports avec le juge du siège, si le ministère public ne disposait autrefois que d'un pouvoir de réquisition exercé oralement au moment de l'audience de jugement, c'est aujourd'hui un véritable pouvoir de proposition qui lui est accordé notamment par le biais des procédures de composition pénale et de CRPC. Pour certains auteurs, cet accroissement des pouvoirs du ministère public, outre la confusion pouvant être générée dans l'esprit du justiciable entre les rôles respectifs du siège et du parquet, constitue un transfert de compétence⁶³⁶. Cette opinion peut être contestée, le juge judiciaire restant l'autorité décisionnaire quant à la validité des accords intervenus⁶³⁷. Néanmoins, il peut être avancé que la peine n'est désormais plus le domaine réservé du magistrat du siège⁶³⁸.

⁶³⁵ V. Cass. crim., 27 nov. 2007 pour une affaire concernant une mesure de composition pénale, D. 2008, note Y. RATINEAU, p. 1035 et Cass. Crim. 4. oct. 2007 à propos d'une procédure de CRPC, D. 2007. Jur.58, note P-J. DELAGE ; AJ pénal 2007, p. 29, note J. LEBLOIS-HAPPE ; Rev. sc. crim., 2007, p. 118, note A. GIUDICELLI ; D. pén. 2007, Comm. n° 45, obs MARON ; Procédures 2007, Comm. n° 44, obs. BUISSON.

⁶³⁶ C. LAZERGES, *La dérive de la procédure pénale*, Rev. sc. crim., 2003, p. 644. V. également, J-C. SAINT-PAU, *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège*, D. Pén. 2007, n°14.

⁶³⁷ H. DALLE, *Juges et procureurs dans la Loi Perben II*, in H. DALLE, J. DANET, M. JANAS, et al. (dir.), *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, éd. Dalloz, 2004, p. 453 et s.

⁶³⁸ Sur ce point, v. le rapport de la Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de J-L. NADAL, intitulé : « *Refonder le ministère public* » remis à Mme la garde des sceaux le 28 novembre 2013. Il est souligné que « Le parquet n'a cessé d'innover, d'adapter ses méthodes et de se transformer. (...) En instaurant les procédures de composition pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la loi lui a

133. Le statut du ministère public en question. Le constat d'une nouvelle répartition des rôles des autorités intervenant à l'occasion des procédures consensuelles illustre une fois encore le fait que l'action du législateur français va dans le sens d'une adoption des mécanismes procéduraux développés aux États-Unis. Toutefois, aux côtés des difficultés d'ordres pratique et théorique qui ont pu être évoquées, la question fondamentale qui reste en suspens est celle du statut des magistrats du parquet en droit français⁶³⁹. En effet, les caractères inhérents au ministère public ne correspondent pas à la fonction de « quasi-juge » de ses membres, acteurs principaux de cette nouvelle forme de justice⁶⁴⁰. Alors que la jurisprudence européenne ne considère pas le ministère public comme une autorité judiciaire⁶⁴¹ et que le Conseil constitutionnel lui interdit de se prononcer sur la culpabilité d'un mis en cause ainsi que sur la peine qu'il convient de lui infliger⁶⁴², l'accroissement de ses pouvoirs engendré par le développement des procédures négociées pose, plus que jamais, la question de son autonomie au regard des formes hiérarchiques qui le structurent⁶⁴³. L'opportunité des poursuites, qui constitue la fonction organique du parquet « s'est muée en orientation des procédures dans une pluralité de canaux⁶⁴⁴ ». Partant, la question de l'indépendance du parquet se polarise autour du double enjeu du « pilotage gouvernemental »⁶⁴⁵ des politiques pénales et de sa place au sein de la procédure judiciaire. Si le législateur français souhaite aller plus loin dans l'attribution des pouvoirs à l'autorité de poursuite, ce mouvement ne doit pas se limiter à l'adoption de procédures efficaces à l'étranger d'un point de vue gestionnaire, mais doit s'accompagner d'une adaptation en profondeur de celles-ci à nos spécificités procédurales et/ou d'une redéfinition du statut et des fonctions du parquet, comme l'indique la Cour européenne des droits de l'Homme⁶⁴⁶.

accordé de se muer en quasi-juge, au risque d'une certaine perte des repères. (...) Plus que jamais le procureur occupe une place centrale au sein de la justice pénale ».

⁶³⁹ V. M-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Thèse, LGDJ, Paris, 1967.

⁶⁴⁰ J-C. SAINT PAU, *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège*, préc. p. 16.

⁶⁴¹ CEDH, *Medvedyev c/France*, n°3394/03 du 29 mars 2010 et CEDH, *Moulin c/France*, n° 37104/06 du 23 novembre 2010.

⁶⁴² Cons. const. Decision. 95-360, DC, 2 fevr. 1995, relative à l'injonction pénale, JO 7 fevr., RFD const. 1995, p. 405, note T. RENOUX.

⁶⁴³ Ainsi que de son impartialité notamment au regard de l'article 31 du Code de procédure pénale, modifié par la Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ».

⁶⁴⁴ Ph. MILBURN, *Les procureurs de la République ; passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales ? »*, Droit et Société, 2010/1, n°74, p. 86.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03 ; CEDH, 20 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06 ; J-P. MARGUENAUD, *Tempête sur le Parquet*, comm. sous CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France*, Rev. sc. crim., 2009, p. 176 ; F. SUDRE, *Le glas du parquet*, comm. sous

Le processus de négociation en matière pénale reposant sur un accord entre l'autorité de poursuite et l'auteur de l'infraction, l'évolution du rôle de la première entraîne nécessairement une modification de la place du second.

§2. L'auteur de l'infraction

134. Recours au consentement systématique. L'étude des différentes procédures mettant en œuvre une négociation entre l'autorité de poursuite et l'auteur de l'infraction montre l'importance du rôle de ce dernier. Dans la mesure où célérité et simplification des procédures sont les objectifs à atteindre, le déroulement des procédures faisant appel à la négociation doit comporter le moins de discussions et de contestations possibles, le débat et les oppositions à la procédure étant deux sources éventuelles de lenteur de la procédure⁶⁴⁷. Outre la minoration de l'acte de juger⁶⁴⁸ et la suppression du débat judiciaire, l'efficacité de la négociation passe ainsi par la mise à l'écart des facteurs de ralentissement, au premier rang desquels se trouve la recherche de la preuve. Ainsi, si le recours au consentement de la personne poursuivie apparaissait surprenant⁶⁴⁹ du fait de l'appartenance du droit pénal à l'« *imperium étatique* »⁶⁵⁰, le développement des procédures négociées, tant pour les infractions de droit pénal commun que pour celles qui y sont dérogatoires, illustre aujourd'hui l'acceptation et l'intégration – bonne ou mauvaise⁶⁵¹ – du phénomène au sein de la matière pénale.

CEDH, 20 novembre 2010, *Moulin c/ France*, JCP G, n° 49, 6 décembre 2010 ; J-F. RENUCCI, *Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire*, D., 2009, p. 600 ; J. FICARA, *Chronique de droit pénal français. Réflexion pour la constitution d'un ministère public français indépendant*, RIDP, *La justice négociée*, 3^e /4^e trimestres 2012, p. 599. V. également les conclusions du rapport de la Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de J-L. NADAL, préc. L'évolution du statut du ministère public est la première proposition, sans conteste la plus impérieuse, que la Commission entend formuler. V. enfin CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c/ France*, req. n° 69736/09, AJ. pén. 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; Rev. sc. crim. 2013, p. 656, obs. D. ROETS.

⁶⁴⁷ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré : étude des transformations du jugement pénal*, préc., p. 305.

⁶⁴⁸ V. *infra* n° 144.

⁶⁴⁹ Ph. MILBURN, *De la négociation dans la justice imposée*, *Négociations*, n°1, 2004, p. 27 ; M. DANTI-JUAN, *Le consentement et la sanction*, in *Mélanges offerts à P. COUVRAT*, Paris, PUF, 2001, p. 367 : « Rien n'est plus saugrenu, au demeurant, qu'un rapprochement du consentement et de la sanction (...) parce que le droit de la sanction, principalement le droit pénal (...) se compose de règles qui relèvent par excellence de l'ordre public le plus impérieux et sur lequel les volontés particulières ne doivent pas avoir la moindre conséquence ».

⁶⁵⁰ Ph. MILBURN, *De la négociation dans la justice imposée*, préc. p. 31.

⁶⁵¹ V. *infra*, n° 167 et s.

En ce sens, un auteur a identifié un type de consentement relatif à la mesure pénale et correspondant au « cas où une mesure intéressant le procès ou la sanction pénale ne peut être mise en œuvre que si elle est acceptée par la personne concernée »⁶⁵². Au sein de ce cas de figure il distingue le consentement doté d'un caractère « abdicatif »⁶⁵³ et le consentement « substitutif »⁶⁵⁴. Ce dernier « découle d'un choix entre deux séries de règles comportant chacune des sujétions et des prérogatives »⁶⁵⁵. La définition apposée à ce dernier type de consentement illustre parfaitement l'objet de cette étude. En effet, l'auteur d'une infraction susceptible de se voir appliquer une mesure répondant à un processus de négociation⁶⁵⁶ a la possibilité d'éviter totalement le circuit pénal traditionnel où débats et jugement sont des apanages indispensables, pour lui préférer une procédure d'une autre nature, reposant sur son consentement.

Concernant le consentement de type « abdicatif », cet auteur l'envisage comme « permettant d'abandonner un droit ou une prérogative légale sans contrepartie »⁶⁵⁷. Il semble que cette définition limite quelque peu les cas où ce type de consentement peut être identifié. En effet, dans l'objectif d'accélération de la procédure lors de la phase préparatoire⁶⁵⁸ ou décisive⁶⁵⁹ du procès, l'abandon d'un droit ou d'une prérogative légale sans contrepartie, s'il fait l'objet de diverses applications, n'est pas exactement perceptible lors de la mise en œuvre des procédures négociées. Dans les hypothèses où l'on caractérise l'existence d'un processus de négociation, il apparaît que l'auteur de l'infraction doit abdiquer certaines des prérogatives attachées à son statut de mis en cause⁶⁶⁰ en contrepartie justement du choix qui lui est offert d'être le sujet d'une procédure impérative ou bien l'acteur d'une procédure négociée.

⁶⁵² X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 327 et s. L'auteur distingue deux catégories de consentement : le consentement à l'infraction et celui à la mesure pénale.

⁶⁵³ Sur le consentement abdicatif, v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., pp. 337-515.

⁶⁵⁴ Sur le consentement substitutif, v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., pp. 517-647.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ Telle que les procédures de composition pénale, de CRPC, d'exemption ou de réduction de peine ou encore les procédures négociées devant le Conseil de la concurrence, V. *supra*, Chapitre 1.

⁶⁵⁷ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 337.

⁶⁵⁸ On citera par exemple les cas de consentement emportant renonciation à un délai pour préparer sa défense tels que le consentement à l'interrogatoire immédiat (art. 116 al. 4 C. pr. pén.) et les cas de consentement emportant renonciation à la présence d'un avocat lors d'un interrogatoire (art. 144 C. pr. pén.).

⁶⁵⁹ On citera ici les cas de consentement à la saisine accélérée des juridictions de jugement tels que le comparution volontaire (art. 388 C.P.P. devant le tribunal correctionnel) ou la procédure de comparution immédiate ou comparution sur procès-verbal (art. 394 à 397-7 C. pr. pén.) pour laquelle le mis en cause peut renoncer au délai minimum pour préparer sa défense prévu à l'art. 552 C. pr. pén.

⁶⁶⁰ Telles que le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer que la CEDH érige en deux concepts distincts dans les arrêts suivants : CEDH, *Saunders c. Royaume Uni*, 17 déc. 1996, Rec. 1996-VI, § 68 et CEDH, *Brusco c. France*, 14 oct. 2010, req. n° 1466/07 ; V. aussi, D. ROETS, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, AJ. Pénal 2008, p. 119 ; CEDH, Gr.ch. *O. Halloran et Francis c. Royaume Uni*, 29 juin. 2007, Dr. pén. 2008, chron. 3, obs. DREYER. V. *infra* n° 230 et s.

En pratique donc, l'auteur de l'infraction éligible à la mise en œuvre du processus de négociation donne un consentement de deux types différents, mais intrinsèquement liés. Son consentement à la substitution de procédures engendre nécessairement celui d'abdiquer certaines prérogatives.

135. Protection du consentement. Au-delà d'une donnée au service de la rationalisation des procédures, le consentement de l'auteur de l'infraction à un remplacement du procès pénal traditionnel par un circuit alternatif est devenu une véritable exigence légale présidant à leur mise en œuvre. De plus, et à la différence de certains des nombreux autres cas de figure dans lesquels on peut identifier un consentement « abdicatif » ou « substitutif » en procédure pénale⁶⁶¹, la spécificité du consentement requis en matière de procédures de négociation se situe dans son couplage avec la notion d'aveu.

En effet, les procédures mises en œuvre à la suite d'une infraction de droit commun (mesures de composition pénale et CRPC), d'une infraction relevant de la criminalité organisée (mesure d'exemption ou de réduction de peine à l'égard des repentis) ou encore d'une infraction au droit de la concurrence (procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence), impliquent sans exception l'existence d'un aveu⁶⁶² venant tacitement faire œuvre de consentement. La réciprocité du « compromis », critère essentiel de toute négociation entre deux agents, se retrouve ainsi pleinement au sein de la matière pénale. C'est parce que l'autorité répressive consent à la modulation de la sanction par le biais d'un évitement du procès pénal que l'auteur de l'infraction consent à avouer sa culpabilité ou celle de ses complices ou co-auteurs, et *vice versa*.

L'importance du consentement au sein de ces procédures, son rôle désormais de « condition de validation de l'action pénale »⁶⁶³ ainsi que son caractère de moteur des procédures contournant le débat judiciaire classique, impliquent de s'interroger sur sa protection, spécialement au regard de l'application de la composition pénale aux mineurs de plus de 13 ans⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc. Les cas de consentement « abdicatifs », pp. 389 -515, et les cas de consentement « substitutifs », pp. 559-642.

⁶⁶² Portant soit sur la culpabilité propre de son auteur, soit sur la culpabilité d'autrui. V. *infra*, n° 175 et s.

⁶⁶³ Ph. MILBURN, *La fin du disciplinaire ? Rationalité pénale et processus de normalisation au 21^e siècle*, in Marco CICCHINI, M. PORRET (dir.) *Les sphères du pénal avec Michel Foucault : Histoire et sociologie du droit de punir*, Antipodes, Lausanne, 2007, spéc. p. 200.

⁶⁶⁴ V. *supra* n° 105 et s.

136. Qualité du consentement et rôle de l'avocat. La protection du consentement passe nécessairement par la reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat. Consacré expressément à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, le droit d'être assisté par un conseil tout au long de la procédure est un droit naturel dont toute personne doit pouvoir bénéficier, qu'elle soit physique ou morale⁶⁶⁵. Garantie essentielle des droits de la défense⁶⁶⁶, le lien entre avocat et respect des droits fondamentaux n'apparaît pas aussi solide lorsqu'il s'agit des procédures négociées. Concernant la mise en œuvre d'une procédure de CRPC, le législateur a certes consacré l'obligation d'être assisté d'un avocat tout au long de la procédure⁶⁶⁷. Néanmoins, l'auteur d'une infraction susceptible de faire l'objet d'une mesure de composition pénale ne bénéficie pas des mêmes garanties puisque l'article 41-2 du Code de procédure pénale ne fait de la présence de l'avocat qu'une donnée optionnelle. S'agissant de l'auteur d'une infraction relevant du domaine de la criminalité organisée, dès lors qu'il est sujet d'une procédure négociée impliquant une collaboration procédurale avec les autorités, il *peut* également bénéficier de l'assistance d'un avocat selon les modalités propres à la procédure applicable lors de la commission d'infractions relevant de la criminalité organisée⁶⁶⁸. Enfin lors des procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence, la Cour de cassation considère que « les particularités et la souplesse qui caractérisent les procédures négociées devant cette Autorité ne justifient pas qu'il soit porté atteinte aux droits fondamentaux des parties⁶⁶⁹ » dans lesquels figurent le droit à l'assistance d'un défenseur.

Ainsi, seule la procédure de CRPC⁶⁷⁰ comporte expressément l'obligation de se faire assister par un avocat. Si cette obligation peut sembler satisfaisante, cela ne constitue cependant pas une garantie suffisante pour l'effectivité des droits de la défense à l'occasion des procédures négociées⁶⁷¹. Aux côtés des procédures dans lesquelles l'assistance d'un avocat n'est qu'une faculté, la CRPC illustre sans différence un large repositionnement du rôle de l'avocat. Lorsque la procédure repose toute entière sur l'incitation à l'auto-incrimination⁶⁷² ou à

⁶⁶⁵ Cass. com., 4 nov. 1987, JCP G. 1988, II, n° 21087, note. L. CADIET.

⁶⁶⁶ J.-M. VARAUT, *La défense pénale*, RPD, 2003, p. 719 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 3^e éd., 2013, p. 362, n° 508.

⁶⁶⁷ Art. 495-8 al. 4 C. pr. pén. ; V. en ce sens l'affirmation quelque peu excessive de F. MOLINS pour qui la procédure de CRPC « respecte pleinement les droits de la défense puisque le prévenu ne peut pas renoncer à l'assistance d'un avocat » in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, D. 2004, p. 381.

⁶⁶⁸ Art. 706-63 et s. C. pr. pén.

⁶⁶⁹ Cass. com. 4 nov. 2008, pourvoi n° 07-21275.

⁶⁷⁰ Dans le cadre d'une procédure de CRPC, il entre dans la mission de l'avocat de « vérifier que les aveux n'ont pas été obtenus par la force ou la pression et consentis librement sous peine de nullité ». V. Y. MSIKA, *Le plaider coupable et le rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs*, AJ. Pén. 2005, p. 445.

⁶⁷¹ V. *infra* n° 294.

⁶⁷² Expression tirée de la proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, document du Sénat, n° 13, Session 2013-2014

l'incrimination d'autrui en contrepartie d'une modulation de la sanction, qu'il soit permis de s'interroger sur la portée de ce devoir de défense. Au-delà du caractère gradué des sanctions répressives pouvant être prononcées à la suite de l'ensemble de ces procédures, quelle peut être la justification d'une présence obligatoire de l'avocat pour l'une et d'une simple faculté pour les autres ? D'autant que si l'obligation de se faire assister d'un avocat a pu apparaître comme un inconvénient en ce qu'elle viendrait contrer l'objectif de célérité et de simplification⁶⁷³ de la procédure à la suite d'infractions « simples et ne présentant aucune difficulté juridique »⁶⁷⁴, c'était sans compter sur la formidable extension du champ d'application de la CRPC⁶⁷⁵. Au même titre que les différents acteurs de la négociation en matière pénale, la faculté de choix qui est offerte au délinquant entraîne une nécessaire reconsidération du rôle de l'avocat qui semble revêtir davantage les aspects d'un « porte-parole au service de la poursuite »⁶⁷⁶ lors de l'audience juridictionnelle, que ceux d'un véritable défenseur. Par opposition à l'audience classique focalisée sur l'innocence ou la culpabilité du prévenu, les procédures négociées transfèrent le débat de la culpabilité vers la sanction. Ce repositionnement amoindrit nécessairement le rôle de la plaidoirie, anéantit la dramaturgie de l'audience et des « effets de manche »⁶⁷⁷ au profit d'une activité, relativement réduite, de conseil⁶⁷⁸.

Élément clé du développement du consensualisme au sein de la matière pénale et vecteur de dérogations procédurales importantes⁶⁷⁹, le consentement et son corollaire au sein des procédures négociées – l'aveu – nécessite ainsi une protection accrue. En effet, la pérennité et l'efficacité de ces procédures passent par une nécessaire mise en balance du respect des exigences constitutionnelles et conventionnelles, notamment au regard des modalités d'obtention du consentement, avec l'efficacité globale du processus de négociation. Le bon déroulement du processus de négociation repose sur l'idée que nul ne consentirait à des modifications procédurales si elles étaient défavorables. Toutefois, la pratique démontre que

⁶⁷³ M. SEURIN, *Le point de vue du magistrat du parquet*, in *Le plaider coupable*, Journée d'études organisée par la Société générale des prisons et de législation Criminelle, RPDP, 2005, p. 382.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ V. *supra* n° 81.

⁶⁷⁶ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 385 et s.

⁶⁷⁷ F. DEBOVE, *La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages*, D. pén., n° 11, novembre 2006, étude 19, p. 7.

⁶⁷⁸ Ce constat doit être appréhendé au regard de la jurisprudence de la CEDH qui pose le principe que « la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à un accusé » et qu'il appartient à l'État « d'adopter les mesures positives permettant à la défense d'être effective et concrète » (not. CEDH, 9 avr. 1984, *Goddi c. Italie*, §27).

⁶⁷⁹ V. *infra* n° 226 et s.

le consentement est largement motivé par la crainte de l'action répressive de la justice pénale⁶⁸⁰. Ce postulat engendre un dilemme entre garantir la liberté du consentement et favoriser l'efficacité des procédures négociées et met plus particulièrement en lumière une fracture devenue aujourd'hui évidente entre « procédure garantiste et procédure simplifiée »⁶⁸¹.

137. Un calcul coûts/avantages. Très imprégnées de l'esprit contenu dans l'analyse économique du droit⁶⁸² au sein de laquelle l'efficacité semble être la fin qui justifie les moyens, les procédures étudiées favorisent l'obtention du consentement de l'auteur de l'infraction par la mise en avant d'un intérêt à consentir⁶⁸³. En effet, quel que soit le domaine dans lequel le processus de négociation s'inscrit, il est présenté comme plus favorable que le circuit pénal traditionnel. En droit pénal commun, le débat judiciaire est présenté négativement, comme une source d'inconvénients, alors que les avantages consubstantiels à l'adhésion du mis en cause à la négociation sont mis en avant⁶⁸⁴. En droit pénal économique, le dialogue entre les opérateurs économiques et l'Autorité de la concurrence conduisant à une réduction de la sanction est largement suggéré face à la lourdeur des frais engendrés par l'établissement de la vérité et la sévérité des sanctions pécuniaires encourues. Les entreprises mesurent ainsi pour elles-mêmes les « gains d'efficacité procéduraux et probatoires »⁶⁸⁵ de leur stratégie.

L'auteur de l'infraction se retrouve donc systématiquement en face d'un choix dont l'issue peut être aisément prédite par un calcul coût/avantage. Désormais associé à la décision sur le principe et le *quantum* de la peine, le délinquant devient ainsi « co-auteur de la décision de justice et ne peut plus en contester le bien-fondé »⁶⁸⁶. S'il est permis de douter de la réalité d'une prétendue prise de conscience par le délinquant, à travers ce consensualisme, de la

⁶⁸⁰ V. *infra* n° 212 et s. V. également, F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, Thèse, LGDJ, 2009, p. 372, spéc., n° 527. L'auteur estime que la CRPC est fondée sur la crainte éprouvée par justiciable.

⁶⁸¹ J-P. JEAN, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, AJ. Pénal, 2009, p. 493.

⁶⁸² R. A. POSNER, *L'analyse économique du droit*, préc. ; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2008, Paris ; C. JAMIN, *Économie et droit*, in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003 et B. DEFFAINS, *Économie de la justice*, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004 ; G. CANIVET, *Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, in Mélanges en l'honneur de P. DRAI, éd. Dalloz, 2000, p. 253.

⁶⁸³ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré : étude des transformations du jugement pénal*, préc., p. 331.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ L. BOY, *Les procédures négociées en droit de la concurrence : Quid de l'ordre concurrentiel*, in Les procédures négociées en droit de la concurrence, Les dossiers de la RIDE, n°4, éd. de Boeck, 2011, p. 7.

⁶⁸⁶ J-P. JEAN, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, préc., p. 494.

gravité de son acte⁶⁸⁷, la négociation présente certains avantages. En effet, au-delà de l'intérêt majeur résidant dans la réduction de la sanction pénale et la certitude quant au sort du délinquant, celle-ci permet de trouver une solution « acceptable », sans nécessairement jeter un discrédit définitif sur l'auteur de l'infraction, les stigmates indélébiles d'un procès en bonne et due forme étant évités. De plus, le recours au consentement de la personne physique ou morale mise en cause participe d'un phénomène de responsabilisation dans le sens où le déclenchement des procédures négociées, au sens général du terme, peut émaner – en théorie du moins – du délinquant lui-même et ce tant en droit pénal commun qu'en matière de droit de la concurrence.

138. Modification du rôle des autres acteurs. Le développement des procédures de négociation et l'extension de leur champ d'application ont engendré une redistribution des rôles des différents protagonistes de la procédure pénale. L'étude des acteurs « centraux » du processus de négociation a mis en lumière le rôle conséquent qui y est désormais tenu par l'autorité de poursuite et l'auteur de l'infraction en termes de stratégie d'évitement des lenteurs inhérentes à la tenue d'un procès. Toutefois, l'ensemble des procédures de négociation ne saurait s'inscrire pleinement dans le système répressif sans l'apposition du sceau juridictionnel, en aval du dialogue entre les acteurs principaux.

De manière pragmatique, il convient de souligner que l'importance prise par la notion de consensus en matière pénale exerce une influence considérable sur le rôle désormais secondaire des autres acteurs de la matière pénale.

Section 2. Des acteurs secondaires

139. Autorité juridictionnelle et victime. Si le Conseil constitutionnel a clairement sanctionné l'accroissement des pouvoirs du parquet sans intervention du juge du siège⁶⁸⁸,

⁶⁸⁷ V. J-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite en droit comparé*, Thèse, éd. Cujas, coll. Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1993, p. 412.

⁶⁸⁸ Cons. const. Déc. n°95-360 DC du 2 février 1995 à propos de l'injonction pénale : « Le prononcé et l'exécution de mesures constituant des sanctions pénales, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression des délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ».

l'étude des procédures négociées aboutit toutefois au constat d'un large cantonnement du rôle de ce dernier. Également, lorsque l'infraction commise comporte une victime identifiée, et en dépit d'une doctrine peu abondante sur ce sujet, il est intéressant de constater que le développement de la négociation en matière pénale n'est pas sans incidence à son égard. D'importance minorée au regard du triptyque formé par l'autorité de poursuite, l'auteur de l'infraction et l'autorité juridictionnelle, la victime trouve néanmoins sa place dans l'étude des acteurs de la négociation en matière pénale.

Ainsi, le caractère secondaire de ces acteurs doit être analysé par le biais des transformations du rôle de l'autorité juridictionnelle d'une part (§1), et de la place de la victime au sein des procédures négociées d'autre part (§2).

§1. L'autorité juridictionnelle

140. Concept de négociation et influences anglo-saxonnes. S'il est une figure qui a connu une nette évolution de son rôle à la suite de l'instauration en procédure pénale française de mécanismes inspirés des pays de *Common Law* et ressemblant fortement à la pratique nord américaine, c'est bien le juge. L'avènement d'une justice négociée⁶⁸⁹ et l'expansion corrélative de procédures plus souples et plus informelles tendant à favoriser le consensus ont eu une répercussion majeure sur le rôle traditionnellement dévolu à cette autorité juridictionnelle⁶⁹⁰. Le concept de négociation – dont le développement est largement lié au caractère essentiellement oral et accusatoire du procès de *Common Law* opposant l'accusation et la défense sans que le juge y joue un rôle actif – a engendré une modification incontestable du rôle des magistrats du siège français.

141. Deux temps pour deux autorités. D'un domaine restreint d'initiative dans le cadre de l'opportunité des poursuites, le ministère public voit ses fonctions⁶⁹¹ s'amplifier pour glisser vers un rôle de « quasi juge »⁶⁹² ou de « magistrat négociateur »⁶⁹³. Associé à l'accélération

⁶⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe, Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie*, PUF, Thémis Droit privé, 1995, p. 552.

⁶⁹⁰ V. D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994, p. 259.

⁶⁹¹ Concernant les procédures de composition pénale, CRPC et collaboration procédurale.

⁶⁹² J.-C. SAINT PAU, *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège*, Droit pén. 2007, étude 14.

temporelle de l'avant procès⁶⁹⁴ ce constat permet d'affirmer que la plus grande partie du travail s'effectue à l'occasion de la première phase des procédures négociées, qui se déroule sans la présence d'un juge. En effet, « l'unité de temps et de lieu, fait place à une procédure en deux temps regroupant, à chaque fois, deux acteurs seulement. Premier temps, le procureur propose et le prévenu (avec son défenseur)⁶⁹⁵ accepte ou refuse. Second temps, le prévenu (avec son défenseur) accepte et le juge homologue ou pas la proposition du procureur, préalablement acceptée par l'intéressé »⁶⁹⁶. Si cette dualité temporelle est ici décrite à propos de la procédure de CRPC, on la retrouve dans l'ensemble des hypothèses de négociation identifiées dans cette étude.

En effet, la composition pénale⁶⁹⁷ illustre une dualité de phases pour sa mise en œuvre en ce que l'individu qui reconnaît les faits se voit, dans un premier temps, proposer le déclenchement d'une telle procédure par un magistrat du parquet, avant d'être présenté, dans un second temps, devant un juge qui doit se prononcer sur la validité de la première phase et de son déroulement⁶⁹⁸.

S'agissant du mécanisme de collaboration procédurale⁶⁹⁹ impliquant la participation de l'auteur de l'infraction à la constitution des preuves, on observe que la procédure se déroule également en deux temps⁷⁰⁰. Une fois que les révélations concernant ses complices ou co-auteurs, au stade de la poursuite, ont permis d'éviter la réalisation de l'infraction⁷⁰¹ ou de la faire cesser⁷⁰², la phase de jugement n'est plus que le stade d'homologation des résultats obtenus auparavant⁷⁰³ avec les conséquences que cela entraîne en termes de limites au pouvoir du juge d'individualiser la peine.

Enfin, de manière identique, sur la scène du droit de la concurrence, et alors que dans les systèmes allemands et britanniques les mêmes personnes supervisent les investigations et

⁶⁹³ D. CHARVET, *Réflexion autour du plaider coupable*, D. 2004, chron, p. 2519.

⁶⁹⁴ A. BINET-GROSCLAUDE, *L'avant procès pénal : étude comparée Angleterre France*, Thèse, Bruylant, 2008, p. 484. L'auteur parle de « compression du temps judiciaire ».

⁶⁹⁵ Obligatoire ou facultatif. V. *supra* n° 136.

⁶⁹⁶ D. CHARVET, *Réflexion autour du plaider coupable*, préc. p. 2519.

⁶⁹⁷ V. *supra* n° 68 et s.

⁶⁹⁸ Art. 41-2 al. 6 C. pr. pén.

⁶⁹⁹ Art. 132-78 C. pén.

⁷⁰⁰ Le législateur est revenu sur le fait que la collaboration procédurale doit intervenir avant toute poursuite sauf en matière d'association de malfaiteurs, art. 450-2 C. pén, V. *supra* n° 86 et s.

⁷⁰¹ Art. 132-78 al. 1. C. pén.

⁷⁰² Art. 132-78 al. 2. C. pén.

⁷⁰³ G. ROUSSEL, *L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur*, AJ. Pénal, 2005, p. 363.

prennent les décisions⁷⁰⁴, ces tâches sont ici réparties entre des interlocuteurs différents, et ce dans le respect d'une jurisprudence de la Cour de cassation datant de 1999⁷⁰⁵ sur l'application de l'article 6 CEDH au droit de la concurrence⁷⁰⁶. La phase de négociation proprement dite se déroule donc devant des organes d'enquête et d'instruction incarnés par les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence, sous l'autorité du Rapporteur général⁷⁰⁷. L'accord qui en est issu est ensuite soumis à l'organe de décision – le collège de l'Autorité de la concurrence – afin qu'il contrôle les engagements et/ou actes de collaboration de la part des entreprises ainsi que la proportionnalité de ces derniers⁷⁰⁸. Une nette scission entre les organes chargés de proposer les sanctions et ceux qui les valident est donc consacrée⁷⁰⁹.

142. La célérité par la suppression des débats. Également, l'aveu, élément commun et déterminant des procédures de négociation en matière pénale, engendre nécessairement une suppression du débat sur la culpabilité. Ici encore, seule la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, de par sa dénomination, met en évidence ce constat. Toutefois, il en est de même concernant les autres procédures négociées. Par exemple, lors d'une composition pénale, l'auteur de l'infraction doit reconnaître sa participation aux faits reprochés⁷¹⁰, ce qui illustre de toute évidence la nécessité d'un aveu de culpabilité et selon l'article 41-2 al. 6 du Code de procédure pénale, le débat est par principe exclu lors de l'intervention du juge.

Enfin, le mécanisme de collaboration procédurale prévu à l'article 132-78 du Code pénal ainsi que le programme de clémence prévu devant l'Autorité de la Concurrence reposent également

⁷⁰⁴ B. LASSERRE, *Clémence et transaction en matière de concurrence, premières expériences et interrogations de la pratique*, Colloque du 19 janvier 2005, Gaz. Pal., 14 et 15 octobre 2005, p. 43.

⁷⁰⁵ Cass. Com., 5 oct. 1999, JCP 1999. II. 10203, concl. J. SAINTE-ROSE.

⁷⁰⁶ Imposant une stricte séparation entre les fonctions d'investigation et d'instruction d'une part, et celles de décision, d'autre part.

⁷⁰⁷ Dans la pratique en matière de clémence, avant la tenue d'une séance devant l'Autorité de la concurrence, une première étape de préparation de la demande doit être organisée de manière rigoureuse par l'entreprise. Lors de cette première étape, celle-ci demande à l'Autorité de la concurrence un « marqueur ». Le « marqueur » confère à l'entreprise un rang d'arrivée des demandes de clémence et à partir de là, le demandeur dispose d'un délai d'un mois pour formaliser une demande de clémence proprement dite, c'est-à-dire remettre à l'Autorité des éléments matériels qui vont étayer ses déclarations. V. E. CUZIAT, *La clémence, une pratique exigeante*, Concurrences, n° 3, 2013, p. 204.

⁷⁰⁸ V. *supra* n° 98 et s.

⁷⁰⁹ V. notamment Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-19-102. Une entreprise avait accepté de ne pas contester les griefs à la condition que le Conseil de la concurrence s'en tienne à la validation de la proposition du rapporteur général. Cette mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs est rejetée par la chambre commerciale qui estime que le Conseil de la concurrence n'est pas lié par la proposition du rapporteur général et marque ainsi une séparation entre la proposition du rapporteur et le prononcé de la sanction par le Conseil.

⁷¹⁰ Art. 41-2 C. pr. pén.

sur un aveu. Ce dernier porte sur l'incrimination d'autrui, mais n'en cantonne pas moins le juge dans un rôle d'homologation.

La simplification de la recherche de la preuve et la suppression des débats devant l'autorité juridictionnelle provoquent ainsi une minoration évidente de son action pour chaque procédure identifiée comme appartenant au processus de négociation.

Enfin, le juge n'ayant plus que la faculté d'avaliser ou non de manière générale l'accord intervenu entre le délinquant et l'autorité de poursuite, c'est toute la question de la peine qui n'a plus à être traitée lors de l'audience, second temps des procédures de négociation.

143. Du juge acteur au juge contrôleur. L'amplification du rôle de l'autorité de poursuite, l'empiètement de l'avant-procès sur la phase décisionnelle⁷¹¹ et la suppression des débats tant à l'égard de la culpabilité qu'à celui de la peine, ont bouleversé les modalités d'application de la fonction de juger. Si la figure du juge n'est pas sensiblement la même en France et aux États-Unis⁷¹², il semble que l'importation de la logique de négociation au sein de la matière pénale se soit accompagnée d'une adoption par l'autorité juridictionnelle française de caractères communs avec son homologue américaine. En effet, d'un juge acteur il devient dans ce cadre un juge arbitre, exerçant davantage une fonction de contrôle que de jugement⁷¹³. Toutefois, si l'acte de jugement apparaît clairement minoré (A), il semble important de s'interroger sur l'existence d'un réel bouleversement de la fonction de juger en elle-même (B).

A. Minoration de l'acte de jugement

144. Suppression du rôle processuel du juge. Par souci d'efficacité et surtout de rapidité, le législateur, par le biais du développement de la négociation en matière pénale, semble avoir retiré « purement et simplement toute initiative procédurale »⁷¹⁴ au juge. Par la quasi

⁷¹¹ A. BINET-GROSCLAUDE, *L'avant procès pénal, étude comparée Angleterre – France*, préc. p. 468.

⁷¹² V. *supra*, note de bas de page n° 623.

⁷¹³ La place du juge américain ne peut être envisagée sans raisonner sur celle qui est dévolue au jury. C'est à ce dernier que revient la charge ultime de dire la vérité des faits. V. R. JACOB, *La décision judiciaire dans la perspective de l'histoire comparée*, in *Juge et jugement dans les traditions juridiques européennes*, R. JACOB (dir.), LGDJ, Paris, 1996, p. 398 et s.

⁷¹⁴ Y. CAPDEPON, *Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?*, D. Pén., 2007, étude 15, p. 18.

disparition des débats et en raison du déplacement de l'objet du procès au stade des poursuites, le juge a perdu tout pouvoir d'action personnelle sur la procédure qui lui est transmise « en l'état » sans qu'il ne puisse y prendre part ultérieurement⁷¹⁵.

Vidé de ses enjeux traditionnels que sont la détermination de la culpabilité et le cas échéant, le prononcé d'une peine dans le respect du principe de personnalité⁷¹⁶ et d'individualisation⁷¹⁷ de celle-ci, l'audience lors de laquelle l'autorité juridictionnelle donne son approbation à l'accord intervenu dans le premier temps des procédures étudiées apparaît être une formalité plus technique que juridique.

145. Diversités des termes, unicité du rôle. On trouve selon les procédures, les termes de validation (composition pénale, procédure de clémence et de non-contestation des griefs) ou d'homologation (CRPC, jugement des repentis). La notion de validation est définie par le Doyen Cornu comme « une opération (déclarative) de vérification, consistant pour une autorité (juge, administration) ou une assemblée à reconnaître la véracité d'un fait (...) ou la régularité d'un acte (...) »⁷¹⁸. Quant à l'homologation, elle est présentée comme « une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice »⁷¹⁹.

146. En matière de procédure pénale. Si ces termes sont souvent utilisés de manière indifférente, c'est en raison semble-t-il de l'identité du rôle du juge qu'ils désignent⁷²⁰. En effet, si les dispositions relatives à la validation⁷²¹ sont particulièrement lacunaires, il est permis de penser que la teneur du contrôle effectué par le juge, quelle que soit la procédure en

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Art. 8 et 9 de la DDHC, art. 121-1 C. pén : « Nul n'est pénalement responsable que de son propre fait », V. Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC.

⁷¹⁷ V. justement à propos de la CRPC, Const. const. 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC.

⁷¹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, v° « Validation ».

⁷¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° « Homologation ».

⁷²⁰ Sur ce point il convient de souligner que certains auteurs n'attachent pas d'importance à la différence de terminologie, et indiquent, s'agissant de la composition pénale que « la proposition est homologuée par un juge à l'issue d'une audience sommaire », E. VERGÈS, *Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables*, D. 2007, p. 1441. Pour une distinction des ordonnances de validation et d'homologation, V. A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, thèse, LGDJ, 2010, p. 178, spéc., n° 319 et s.

⁷²¹ Art. 41-3 al. 3 C. pr. pén, le juge saisi d'une requête en validation ne peut opérer qu'un contrôle de légalité de la mesure sans pouvoir vérifier ni l'opportunité de la procédure, ni celle de la mesure proposée.

cause, est identique sinon proche de l'homologation, cette dernière n'impliquant qu'une simple vérification de la réalité des faits et de leur qualification juridique⁷²².

147. En matière de procédure para-pénale. Concernant les procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence, celles-ci ont eu également pour effet de modifier sensiblement l'office du juge⁷²³. Ses décisions s'inscrivent dans une nouvelle perception de la répression dans laquelle l'entreprise auteur de la pratique illégale est un véritable acteur. De manière générale, le juge ne peut remettre en cause l'octroi des bénéfices relatifs à la sanction. S'il opère une vérification du respect des droits fondamentaux, le caractère partiellement « contractuel » de la procédure conduit le juge à limiter son contrôle⁷²⁴. Soucieux d'une action pédagogique et contraints à des choix plus gestionnaires que juridictionnels, les juges appliqueront ainsi le droit par la recherche du consensus, préférant le suivi des suites de la négociation au couperet d'une décision ou d'un jugement⁷²⁵. Les juges et/ou les décideurs se révèlent être ainsi des « entraîneurs »⁷²⁶ agissant dans une logique pragmatique.

148. Cantonnement des pouvoirs du juge. En droit pénal, au contraire de l'audience postérieure à un *plea bargaining*, et alors que ce fut au départ proposé lors de la discussion de la loi qui devait instaurer la CRPC, le juge « homologateur » ne peut inviter les parties à renégocier leur accord⁷²⁷. Même si cela ne fait que renforcer le constat d'un cantonnement de la mission du juge, cela a toutefois le mérite d'être cohérent avec les discussions⁷²⁸ qui ont poussé à l'affirmation expresse du caractère non obligatoire de la présence du ministère public

⁷²² Art. 495-2 al 2 C. pr. pén pour la procédure de CRPC ; V. M. VAN DE KERCHOVE, *Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, Rev. sc. crim., n°4, 2008, spéc. p. 813. Pour de plus amples développements sur les ordonnances de validation et d'homologation, v. *infra* n° 431 et s. V. également A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préc. p. 168, spéc., n° 299.

⁷²³ A. PIROVANO (dir.), *Changement social et droit négocié*, Paris, Economica, 1988, pp. 330 et s.

⁷²⁴ CA Paris, 19 janvier 2010, RG 2009/00334, p. 38 à propos d'une procédure de clémence : « L'utilisation de cet instrument, qui relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confié au Conseil puis à l'Autorité de la concurrence, repose pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la Cour d'appel de Paris » ; Revue Lamy Concurrence, mai/juin 2010, n°23, p. 21.

⁷²⁵ L. BOY, *Les formes de traitement juridictionnel du contentieux économique*, in A. PIROVANO, préc. p. 33, V. également D. WAELBROECK, *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées ; que va-t-il rester aux juges ?*, GCLC Working paper 01/08, Belgium, 2008, pp. 1-49, V. <http://www.coleurope.eu>.

⁷²⁶ F. OST, *Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur, trois modèles de justice*, in Ph. GERARD, F.OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, 1983, p. 1.

⁷²⁷ Commission des lois du Sénat, Rapport n° 209.

⁷²⁸ À propos de l'audience de CRPC, avis de la Cour de Cassation, 18 avril 2005, V. Bull. officiel du ministère de la justice, n° 99.

lors de l'audience d'homologation⁷²⁹, dérogeant ainsi aux dispositions générales de l'article 32 du Code de procédure pénale qui exige la présence du procureur de la République « lors des débats devant les juridictions de jugement ». Au vu de la substance toute relative des débats lors des audiences qui suivent un accord entre le délinquant et l'autorité de poursuite, la disposition légale n'est pas étonnante⁷³⁰. Cette absence d'obligation pour le parquet d'être présent à l'audience d'homologation vient confirmer de manière à peine voilée que l'audience est une perte de temps et que ce qui est important s'est passé auparavant, dans le secret du cabinet du procureur. Aussi, un auteur souligne que « la polémique qui a surgi quant à la présence ou non d'un représentant du ministère public à l'audience a corroboré de manière criante cette translation du véritable pouvoir de fixer la peine (...) et témoigne d'un souci affirmé d'ôter au juge, théoriquement investi du pouvoir de prononcer une condamnation, toute possibilité de discuter ou de simplement questionner l'appréciation de l'accusation quant à la peine choisie »⁷³¹.

Ne pouvant pas juridiquement prononcer la culpabilité ou l'innocence de la personne, pas plus qu'il ne peut davantage prononcer une autre peine que celle proposée, force est de constater que le juge est radicalement dépossédé de ses prérogatives habituelles⁷³², pour n'effectuer que le contrôle d'un procès dont l'issue a déjà été déterminée en amont. Bien que ces mécanismes n'épargnent pas le recours au juge, ils en altèrent profondément l'office⁷³³. En effet, alors que dans un procès traditionnel au terme duquel le juge prononce le Droit, c'est la réalité du fait avoué qui motive la décision, les procédures négociées cantonnent le juge à l'appréciation de la réalité du fait de l'aveu⁷³⁴. Aussi, ce qui semble désormais décisif dans l'action du juge, c'est le fait de la reconnaissance et non son contenu. Partant, la figure du juge ne semble plus qu'un « détour technique obligatoire » au détriment « d'un véritable pouvoir »⁷³⁵. Ce constat paraît renforcé par le fait qu'à l'exception de l'Allemagne, aucun système juridique ne semble

⁷²⁹ Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ; Const. Const. Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005.

⁷³⁰ Art. 495- 9 al. 2 C. pr. pén.

⁷³¹ D. COHEN, *Le juge, gardien des libertés ?*, Pouvoirs, n° 130, 2009, spéc. pp. 118- 119.

⁷³² A. VALOTEAU, *Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ?*, D. pén., 2006, étude 8.

⁷³³ V. sur ce point, F. OST, *Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur, trois modèles de justice*, in Ph. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p. 32.

⁷³⁴ V. F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, thèse, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2013, p. 248.

⁷³⁵ A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, préc. p. 234.

admettre de façon explicite une participation active du juge à la négociation⁷³⁶. Cependant, la modification des modalités d'exercice de la fonction de juger entraîne-t-elle automatiquement une remise en cause profonde de la fonction elle-même ?

B. Renforcement de la fonction de juger

149. Une passivité apparente. Si l'efficacité recherchée lors de la mise en œuvre des procédures négociées se révèle pour une large part dans la limitation de l'aléa judiciaire et dans le gain de temps devant le juge du siège⁷³⁷, la décision finale reste toutefois de la compétence de ce dernier. À travers son pouvoir d'homologation, d'approbation ou encore de validation, cette autorité ne serait passive qu'en apparence, en ce que son contrôle portant à la fois sur la légalité et l'opportunité des mesures⁷³⁸ est indispensable au succès des procédures.

150. *Jurisdictio et imperium*, une fonction de juger intacte. L'utilisation de la notion d'acte juridictionnel peut permettre d'appréhender la fonction de juger de manière plus concrète. Est qualifié de tel, l'acte par lequel le juge dit et impose le Droit, acte de *jurisdictio* par lequel il tranche une contestation⁷³⁹. Dans le cadre des procédures négociées en droit commun, il n'y a pas au sens juridique du terme de caractère litigieux. Toutefois, celles-ci, tout en retirant au juge la fonction de se prononcer sur la culpabilité ou de déterminer une sanction, n'excluent cependant pas celle de dire le Droit. Il s'agirait ainsi de procédures répondant à une nature gracieuse⁷⁴⁰, et exigeant comme toutes les affaires de cette nature

⁷³⁶ M. CHIAVARIO, *La justice négociée : une problématique à construire*, Arch. pol. crim., 1993, n°15, p. 33 ; J. I. TURNER, *Judicial participation in plea negotiation, A comparative view*, The American Journal of Comparative Law, vol. 54, 2006, p. 501.

⁷³⁷ J-P. JEAN, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, préc. p. 473.

⁷³⁸ F. MOLINS, *Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ?*, in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, spéc. pp. 382-383 ; V. également *Les conventions homologuées en droit de la famille*, Gaz. Pal. 9 septembre 2003, n° 252, p. 4.

⁷³⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. p. 505 ; V. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, préf. M. TROPER, Dalloz, 2005 ; D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle ; dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994.

⁷⁴⁰ Sur ce point, v. P. CALLE, *L'élévation du contentieux*, Procédures, 2003, chron. 6 ; G. WIEDERKEHR, *L'évolution de la justice gracieuse*, in *Mélanges offerts à P. DRAI*, éd. Dalloz, 2000, p. 483 ; D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. 259. L'auteur souligne que la matière gracieuse doit son originalité au fait qu'elle est rendue par un juge dont le rôle s'apparente plutôt à celui d'un administrateur ; S. GUINCHARD et al. *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd. 2013, p. 1362 : « La CRPC, c'est à un peu la matière gracieuse du juge répressif ». V. également L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., 2013, p. 87, spéc. n° 98 et s.

qu'elles soient soumises à un contrôle de la part d'une autorité juridictionnelle⁷⁴¹. En effet, en raison de l'unité substantielle existant entre l'activité judiciaire contentieuse et l'activité judiciaire gracieuse, leur différence est en réalité de degré plus que de nature, l'absence ou l'existence d'un litige n'est donc pas au fond déterminante de la qualification retenue⁷⁴².

Également, en matière de procédures négociées en droit de la concurrence, il ne s'agit pas d'obtenir la résolution d'un conflit, déjà né ou à naître entre les parties comme dans le cadre d'une transaction visée par l'article 2044 du Code civil, mais bien une résolution consensuelle par un représentant de l'autorité publique, en l'occurrence, une g⁷⁴³ en charge d'une partie de l'intérêt général.

Ainsi, que le rôle du juge s'inscrive dans un schéma traditionnel ou bien qu'il se cantonne à un contrôle de validité, la nature juridictionnelle de son action reste la même⁷⁴⁴. L'existence d'une contestation n'étant plus le critère nécessaire de l'acte juridictionnel⁷⁴⁵, le caractère gracieux des procédures n'est pas exclusif de la nature juridictionnelle de l'intervention du juge⁷⁴⁶.

Une nuance doit toutefois être apportée ici en raison de la nature encore discutée des décisions en matière de négociation en droit de la concurrence. Mi-contrats, mi-décisions ou encore actes juridictionnels⁷⁴⁷, les décisions de l'Autorité de la concurrence ne semblent toujours pas

⁷⁴¹ G. WIEDERKEHR, *L'évolution de la justice gracieuse*, préc., p. 484 ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse, Université Paris I, 1995, p. 52 ; L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, *Justices*, n°5, 1997, p. 135.

⁷⁴² Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, préc., p. 51, spéc., n° 54. Cette analyse résulte de ce que le juge doit confronter la prétention aux exigences légales et peut accorder ou refuser la mesure sollicitée. La confrontation du fait au droit suppose alors du juge une appréciation de nature juridictionnelle. V. également J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd. Montchrestien, 2012, p. 260, spéc., n° 315.

⁷⁴³ F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, préc. p. 23.

⁷⁴⁴ L'affirmation du caractère *sui generis* et non juridictionnel de la décision du juge qualifiée pourtant d'ordonnance, par la circulaire d'application du 11 juillet 2001 de Présentation des dispositions concernant la composition pénale semble ainsi pouvoir être discutée. V. Circulaire n° CRIM – 01-14/F1 du 11 juillet 2001.

⁷⁴⁵ V. *contra*, I. BALENSI, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, *RTD Civ.*, 1978, n° 4, p. 46 et s ; Pour une présentation des critères de qualification, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 414 et s.

⁷⁴⁶ Le juge ne fait pas que constater l'accord, il le contrôle. V. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., p. 416 et p. 423 : « (...) la possibilité d'exercer une voie de recours contre ces décisions gracieuses est symptomatique : comment la procédure gracieuse pourrait ne pas être juridictionnelle alors que la décision gracieuse est susceptible d'appel et que l'appel se définit comme la remise en question de l'autorité de la chose jugée ? » sous D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, 1975 ; D. LE NINIVIN, *Matière et procédure gracieuses*, *J.C.I. Proc. civ.*, fasc. 116, 1994, n° 134 et s., refondu par Y. STRICKLER. L'auteur souligne que : « ce que l'on demande au juge du gracieux, c'est bien de dire le droit, en accordant ou en refusant la mesure sollicitée selon qu'elle se présente ou non en harmonie avec l'ordonnement juridique ».

⁷⁴⁷ V. R. CHAPUS, *Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative*, Mélanges offerts à C. EISENMANN, éd. Cujas, 1975, p. 265 et s., spéc., p. 292. V. également la jurisprudence à propos de l'AMF, CE 29 déc. 2000, *Banque et droit*, mars. avril. 2001, p. 30, obs. VAUPLANE et DAIGRE ; RD bancaire et fin., 2001, n° 82, obs. FRISON-ROCHE, GERMAIN, MARIN et PENICHON.

avoir reçu de qualification qui fasse l'unanimité⁷⁴⁸, même si de nombreux auteurs s'accordent à reconnaître à l'AAI les attributs essentiels de l'acte juridictionnel⁷⁴⁹. Ainsi, sans remettre en cause le mouvement global de la fonction, il apparaît que l'évolution de la fonction juridictionnelle n'est pas tout à fait identique selon le domaine de la négociation en cause⁷⁵⁰.

L'autre constat permettant de nuancer l'hypothèse d'un recul de la fonction de juger, du moins en droit pénal commun, réside dans l'absence de force exécutoire de l'accord sans l'intervention d'une autorité juridictionnelle. Sans cette action du juge, les procédures de négociation ne seraient réduites qu'à un accord, plus ou moins informel, constitué entre l'autorité de poursuite et l'auteur des faits et dénué d'autorité sur le plan juridique⁷⁵¹. Aussi, l'intervention du juge du siège constitue le titre exécutoire en vertu duquel l'individu sera tenu d'exécuter la sanction proposée par le ministère public. Partant, que l'action du juge soit celle de véritablement juger ou bien de contrôler, il fait acte de *jurisdictio*⁷⁵² et sa décision est revêtue de l'*imperium*⁷⁵³. À l'heure de l'homologation de l'accord entre délinquant et poursuite, la teneur de l'action juridictionnelle change, mais non sa nature⁷⁵⁴.

S'agissant des procédures para-pénales, l'Autorité de la concurrence tire son pouvoir de dire le droit de l'article L. 426-6 alinéa 1^{er} du Code commerce. En vertu de ce texte : « L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ d'application des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions ». Effectuant ainsi une opération de qualification juridique des faits, et étant habilitée à prononcer des sanctions, ses pouvoirs de *jurisdictio* et d'*imperium* sont ici clairement illustrés⁷⁵⁵.

⁷⁴⁸ L. BOY, *Procédures négociées en droit de la concurrence : Quid de l'ordre concurrentiel ?*, préc. p. 16.

⁷⁴⁹ J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd. 2009, n° 49 ; G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, Thèse, 2007, p. 272.

⁷⁵⁰ V. *infra* n° 441.

⁷⁵¹ V. *infra* n° 466 et s.

⁷⁵² Avis. Cass. Crim. 18 avril 2005, Bulletin d'information n° 622, Cons. const. Décision n° 2005-520 D C du 22 juillet 2005.

⁷⁵³ Y. CAPDEPON, *Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?*, préc. p. 19 ; V. également C. SAAS, *De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur*, Rev. sc. crim., n° 4, 2004, p. 840.

⁷⁵⁴ V. notamment pour la CRPC, Cons. Const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 118 : « constitue une décision juridictionnelle l'homologation ou le refus d'homologation par le président du tribunal de grande instance de la peine proposée par le parquet » ; Art. 495-11 al 2 CPP : « L'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation, elle est immédiatement exécutoire ».

⁷⁵⁵ Spécialement dans le cadre des procédures négociées en droit de la concurrence à l'occasion desquelles l'Autorité opère un contrôle de l'adéquation des engagements pris par les entreprises et plus encore de la proportionnalité de ces derniers, V. L. IDOT, *Retour sur la pratique des engagements au cours du second semestre 2007*, Revue des contrats, 2008, n°2, p. 335.

151. Caractère non juridictionnel de l'action de l'autorité de poursuite. Le renforcement de l'action juridictionnelle, ou du moins sa préservation, se caractérise également par le fait que si le déplacement de l'objet juridique du procès s'exprime en faveur de l'autorité de poursuite, sa fonction lors de la première phase des procédures négociées n'est pas de nature juridictionnelle, et ce bien qu'il soit assez répandu de comparer l'action du procureur à une mission juridictionnelle ou de débattre de son statut de « quasi - juge »⁷⁵⁶. Comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'Homme⁷⁵⁷ suivie par la Cour de cassation⁷⁵⁸, le procureur ne saurait s'arroger la place d'exception qu'occupe structurellement le juge. Malgré des points de vue divergents⁷⁵⁹, il semble ainsi abusif de parler de délégation de la fonction de juger du magistrat du siège au ministère public. La décision relative à la sanction n'est en effet pas déléguée, elle demeure sous le contrôle⁷⁶⁰, exigé par le Conseil constitutionnel, du juge.

152. Le siège, rempart contre un exercice excessif des pouvoirs du parquet. Enfin, si dans la pratique le taux de refus d'homologation des procédures négociées est relativement faible⁷⁶¹, cela ne doit pas pousser à en conclure que la fonction de juger est vidée de sa substance et que le juge se soumet automatiquement à l'accord intervenu au préalable. Il faut sans doute y voir davantage le signe d'une collaboration étroite entre siège et parquet. L'adhésion généralisée du siège trouve en effet son origine dans un travail commun effectué en amont avec le parquet, dans le but d'atteindre les objectifs qui ont présidé à l'instauration successive de mécanismes consensuels. Un rapport parlementaire sur les procédures accélérées du jugement en matière pénale⁷⁶² estime que « le succès de ces procédures (...) est

⁷⁵⁶ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré : étude des transformations du jugement pénal*, préc. p. 88.

⁷⁵⁷ CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/France*, AJDA 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; D. 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC, note J. PRADEL.

⁷⁵⁸ Crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674, D. 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC, note J. PRADEL ; Cahiers du Cons. Const. 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI.

⁷⁵⁹ F. DESPREZ, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier*, Arch. pol. crim. n° 28, 2006, p. 115 ; C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, préc. p. 79 et s.

⁷⁶⁰ Sur les caractères et l'étendue de ce contrôle, v. *infra*, n° 442 et s.

⁷⁶¹ D'après les informations communiquées par le site du ministère de la justice, « *Les chiffres clé de la justice* », le nombre d'affaires traitées en CRPC a atteint 23 035 en 2005, 51 655 en 2007 et 56 339 en 2009, avec, à chaque fois, un taux d'homologation approchant les 88 %.

⁷⁶² F. ZOCHETTO, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information sur les procédures accélérées du jugement en matière pénale, Sénat, session ordinaire, 2005-2006, n°17, V. également J. DANET, *La CRPC, du modèle législatif aux pratiques ... et des pratiques vers quels modèles ?*, AJ. Pén. n° 12, 2005, p. 433.

dû en grande partie au fait que celles-ci font l'objet d'une étroite concertation entre le parquet, le siège et le barreau ». De plus, à la différence des procédures alternatives aux poursuites, telles que la médiation pénale ou les différents classements sous condition⁷⁶³, le succès des procédures négociées ne peut se faire sans l'aval des autorités juridictionnelles. Le statut du juge, partie intégrante du processus de négociation en matière pénale, participe donc, aux côtés d'une diversification de son rôle, à la limitation de la mainmise du parquet sur ces procédures. En constante évolution, la matière pénale se trouve désormais partagée *de facto* entre ces deux catégories de magistrats, l'un préparant de façon particulièrement aboutie les modalités de l'intervention ainsi que la décision de l'autre.

Aux côtés du triptyque, ministère public – délinquant – juge, il est un dernier acteur qu'il convient d'étudier. Relativement peu évoquée, la victime occupe une place variable selon le domaine dans lequel s'inscrit la négociation.

§2. La victime

153. L'absence d'une position homogène et satisfaisante. Le développement des procédures de négociation met l'auteur du comportement infractionnel au cœur du processus pénal, au détriment de la victime. Avec la disparition de l'aspect contentieux et la promotion de la logique de négociation et de discussion, la notion de réparation peine à trouver sa place⁷⁶⁴.

L'article préliminaire du Code de procédure pénale prévoit que « l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale »⁷⁶⁵. Cette exigence s'applique logiquement à l'ensemble des procédures pénales, y compris celles mettant en œuvre un processus de négociation. Qu'il s'agisse d'un circuit procédural alternatif ou d'un procès pénal classique, il semble légitime de penser que la victime possède un statut identique. Néanmoins, dans la pratique des procédures de négociation, il apparaît que les droits qui lui sont conférés ne recouvrent pas pleinement ceux de la partie civile dans le cadre

⁷⁶³ Art. 41-1 C. pr. pén.

⁷⁶⁴ 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, n° spécial 2010, p. 27-30.

⁷⁶⁵ V. art 1 de la Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

des modes de poursuite traditionnels⁷⁶⁶. La célérité et l'efficacité des procédures négociées conduisent en effet à ce que les droits des victimes ne soient pas systématiquement mis en œuvre. L'étude des droits dont les victimes disposent dans le cadre du processus de négociation illustre la volonté du législateur de les prendre en considération, sans toutefois leur permettre de remettre en cause le choix effectué par le procureur quant au mode de réponse pénale mis en application. Cela se révélerait en pratique incohérent et chronophage au regard de l'objectif affiché de simplification et de rationalisation de ces procédures.

Afin d'avoir une vision d'ensemble du statut de la victime au sein des procédures négociées⁷⁶⁷, il convient de distinguer selon le domaine de la négociation dans lequel elle se situe. Aussi, nous envisagerons successivement la place de la victime dans les procédures de négociation devant le juge pénal (A) et devant l'Autorité de la concurrence (B).

A. La place de la victime dans les procédures de négociation devant le juge pénal

154. L'information, seul et unique droit effectif ? Le premier élément qu'il convient de souligner concernant la place de la victime au sein du processus de négociation est celui de son droit à l'information. La loi du 9 mars 2004⁷⁶⁸ a mis en place à la charge du ministère public une obligation d'information concernant les modalités de la réponse pénale. L'article 40-2 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale prévoit ainsi une obligation d'aviser les victimes, plaignants (...) et autorités compétentes, des poursuites ou mesures alternatives qui ont été décidées (...).

Si l'imprécision du texte⁷⁶⁹ contribue à une certaine « superposition des victimes ou de personnes qualifiées comme telles »⁷⁷⁰, il faut toutefois saluer le fait que cet article ne vise pas seulement la personne ayant déclenché ou participant à l'action publique, mais de façon plus

⁷⁶⁶ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, préc. p. 464, spéc. n° 441.

⁷⁶⁷ Pour une étude plus large de la place de la victime dans le processus pénal, v. S. COROLIAND, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse, Université de Strasbourg, 2009.

⁷⁶⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 68.

⁷⁶⁹ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, préc. p. 472, spéc. n° 48. L'auteur souligne notamment l'imprécision concernant la distinction légale entre victime et plaignant.

⁷⁷⁰ E. FORTIS, Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale, *Arch. pol. crim.*, n° 28, 2006, p. 47.

large, toutes celles ayant subi le dommage, « qu'elles aient ou non porté plainte et qu'elles se soient ou non constituées partie civile »⁷⁷¹ .

Ainsi, le dispositif de la composition pénale prévoit que « lorsque la victime est identifiée (...) le procureur de la République propose à l'auteur d'indemniser la victime (...), il doit l'informer de cette proposition et recueillir son accord »⁷⁷² . En matière de CRPC, l'article 495-13 du CPP prévoit que la victime est « informée sans délai, par tout moyen, de cette procédure ». Une fois informée de la décision du procureur de recourir à une procédure de CRPC, la victime est « invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat, devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice ».

À ce stade on peut constater que même si aucune disposition spécifique à ces deux procédures ne vient préciser expressément le moment et la teneur de cette obligation d'information, elle est néanmoins exigée au titre de l'article 40-2 du Code de procédure pénale.

155. Droit au recours symbolique. Si un droit à l'information est donc reconnu à la victime, cela constitue une maigre compensation au regard du caractère symbolique de son droit de recours. En effet, afin d'éviter le risque d'une réaction de la victime au choix du parquet de recourir à la poursuite consensuelle, le législateur a prévu des recours dont la substance apparaît dérisoire.

À l'occasion de la mise en œuvre des alternatives aux poursuites⁷⁷³, la victime dispose 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, comme la constitution de partie civile devant le juge d'instruction, entraîne l'exercice de l'action civile, met en mouvement l'action publique⁷⁷⁴ et saisit une juridiction de jugement⁷⁷⁵.

Or, comme on a pu le constater lors de l'analyse du mécanisme de la composition pénale, le législateur précise que la correcte exécution des mesures emporte l'extinction de l'action

⁷⁷¹ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, préc., p. 464.

⁷⁷² Art. 41-2, alinéa 2, C. pr. pén.

⁷⁷³ Art. 40-1 C. pr. pén.

⁷⁷⁴ V. Cass. crim, 15 novembre 1945, Rec. Dalloz, 1946, p. 111 ; Cass. crim 22 janvier 1953, Rec. Dalloz 1953, p. 109.

⁷⁷⁵ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 9^e éd., LexisNexis, coll. Manuels, 2013, p. 982, spéc. n° 1544 et s.

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 la composition pénale, 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 ». En matière de composition pénale, on observe donc qu'a été mise en place une citation directe sur les intérêts civils, on parle de citation « extraordinaire »⁷⁷⁶.

Ainsi, et malgré certains flottements notamment au regard des conséquences d'une citation directe avant même que l'extinction de l'action publique ne soit acquise⁷⁷⁷, la victime peut utiliser la citation sur les intérêts civils mais non empêcher le déroulement de la composition pénale. En conséquence, « le visage de la citation directe est profondément modifié au point de constituer un dispositif d'une tout autre nature puisque la juridiction pénale est saisie de la seule action civile »⁷⁷⁸.

Ce dispositif a été logiquement repris dans le cadre de la CRPC⁷⁷⁹ où l'article 495-13, al. 2 du Code de procédure pénale précise que si « le procureur de la République doit l'informer (la victime) de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel (...) le tribunal statue alors sur les seuls intérêts civils ». Cette audience à juge unique statuant sur les seuls intérêts civils n'est guère satisfaisante en ce qu'elle ne permet d'atteindre que le seul objectif indemnitaire, en éludant tout échange avec la victime « qui n'est pas écoutée alors qu'elle compte sur un véritable procès pour faire le deuil du préjudice subi à la suite de l'infraction concernée »⁷⁸⁰.

156. Dénaturation de la citation directe et complexité du processus. À cette privation du droit de déclencher l'action publique, la victime est également confrontée à la complexité issue de la possibilité depuis la loi du 13 décembre 2011 de mettre en œuvre une procédure de CRPC après une information judiciaire⁷⁸¹. Un auteur souligne à juste titre que, « selon que la

⁷⁷⁶ S. DETRAZ, Note sous Cass. crim. 24 juin 2008, « Chose jugée », Gaz. Pal., 2008, n° 274, p. 10.

⁷⁷⁷ V. Cass. crim. 24 juin 2008, Bull. crim. n° 162 et les incertitudes demeurant sur le moment où la victime souhaitera recourir à une citation directe et ses conséquences puisque en tout état de cause, seule l'exécution définitive de la composition pénale est censée, selon l'article 41-2, éteindre l'action publique.

⁷⁷⁸ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, préc., p. 487.

⁷⁷⁹ Art. 137 de la Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁷⁸⁰ J-L. COLOMB, *Les failles de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, Gaz. Pal., 2011, n° 365, p. 21 et s.

⁷⁸¹ Art. 180-1 C. pr. pén. issu de la Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, art. 27-1°.

CRPC est ou non exécutée dans les délais impartis, selon que le prévenu accepte ou non les peines proposées et selon que le juge décide de les homologuer, les victimes ne sont pas en mesure d'assimiler les nombreuses passerelles entre procédure de CRPC et procédure classique⁷⁸² ».

Force est de constater que cette prise en considération – toute relative – de la victime dans le cadre des procédures négociées, a conduit le législateur à modifier la logique présidant au mécanisme de la citation directe. Dans ce cadre précis en effet, celle-ci ne permet plus de déclencher les poursuites et ne revêt en réalité qu'un caractère simplement protecteur des intérêts civils, illustrant par là même les difficultés d'une transposition de la logique de l'action civile aux procédures négociées. Selon un auteur⁷⁸³, ce maintien de la compétence des juridictions pénales au regard de l'action civile alors que l'action publique est éteinte, dénature le rôle même des juridictions répressives et revient à offrir à la victime non un véritable droit mais un lot de consolation.

157. Compensation dérisoire. Seul le droit de recours de la victime contre l'ordonnance d'homologation d'une procédure de CRPC⁷⁸⁴ semble venir compenser, de façon dérisoire, ce cantonnement du droit d'action de la victime au profit de l'idéal de rapidité et de simplicité, la procédure de composition pénale ne prévoyant, quant à elle, aucune possibilité pour la victime d'agir contre l'ordonnance de validation.

Dans ces conditions, si la victime détient une place au sein du processus, sa participation demeure largement passive sur le plan pénal⁷⁸⁵. Les procédures négociées en droit commun semblent avoir été organisées de manière à restreindre au maximum toute contestation de sa part, ce qui n'apparaît guère surprenant étant donné que le système français réceptionne l'influence d'un modèle au sein duquel la notion de partie civile n'existe pas⁷⁸⁶. En effet, la procédure pénale américaine ne conférant à la victime qu'une place de témoin, celle-ci, sauf rare exception, ne peut réclamer l'indemnisation de son préjudice devant le juge répressif⁷⁸⁷.

⁷⁸² A. TALEB, *Les procédures de reconnaissances préalable de culpabilité – étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 706, spéc., n° 1170.

⁷⁸³ Ph. CONTE, *La participation de la victime au processus pénal : de l'équilibre procédural à la confusion des genres*, RPDP, 2009, p. 528.

⁷⁸⁴ Art. 495-13 C. pr. pén.

⁷⁸⁵ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 505.

⁷⁸⁶ J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 211, spéc. n° 463.

⁷⁸⁷ *Ibid.* V. également M. DELMAS-MARTY, *Des victimes, repères pour une approche comparative*, Rev. sc. crim., 1984, p. 215.

Par conséquent, que la poursuite se solde par une négociation sur la peine ou bien par un procès devant des jurés ne change rien à son statut ni à ses droits.

L'examen des diverses dispositions relatives à la victime au sein des procédures de composition pénale et de CRPC permet de constater le caractère limité de la place qui lui est octroyée. Afin de bénéficier d'une vision d'ensemble de la victime au sein du processus de négociation en matière pénale, il convient désormais d'étudier sa position à l'occasion de la mise en œuvre des procédures de négociation devant l'Autorité de la concurrence.

B. La place de la victime dans les procédures devant l'Autorité de la concurrence

158. Répression et réparation. La logique sous tendue par les procédures négociées en droit de la concurrence semble davantage tournée vers l'instauration de solutions pour l'avenir plutôt que la répression de comportements passés. En ce sens, dans son communiqué de procédure en date du 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence a souligné que « sa mission d'ordre public économique l'habilite à rendre des décisions non pas pour satisfaire à la demande de la partie plaignante, mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence »⁷⁸⁸. La question de la suppression du dommage à l'économie apparaît ainsi bien plus au centre des préoccupations de l'Autorité que celle de la réparation du dommage causé aux victimes. Aussi, en matière d'engagements, le plaignant ne peut pas s'opposer au choix de l'Autorité d'abandonner la procédure contentieuse au profit d'une régulation négociée, alors même qu'il peut estimer qu'il y a eu une véritable infraction méritant sanction. Cela s'explique par le fait que le choix de l'Autorité de la concurrence de s'orienter vers une procédure négociée n'est pas une « décision discutable mais une sorte d'acte préparatoire à la décision approuvant et rendant obligatoires les engagements et qui, elle, pourra être frappée de recours »⁷⁸⁹.

Bien que les droits à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles soient constitutionnellement protégés⁷⁹⁰, le risque de voir l'efficacité des procédures négociées remise en cause semble primer.

⁷⁸⁸ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagements_antitrust.pdf.

⁷⁸⁹ V. SELINSKY, *Procédures négociées et stratégies des entreprises*, RIDE, dossier n°4, 2011, p. 66.

⁷⁹⁰ V. D. MAZEAUD, *L'exemple français de l'action en réparation devant le juge administratif*, in Actes du Colloque relatif au Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles

159. Immunité et poursuites pénales. À titre d'exemple, il importe d'évoquer le cas dans lequel l'Autorité de la concurrence met en place une procédure de clémence. Fondée sur une incitation des entreprises à être les premières à dénoncer la pratique illégale et ses participants⁷⁹¹, cette procédure permet à l'Autorité d'octroyer une immunité. Cependant, l'octroi de cette immunité au titre de la clémence n'empêche ni les poursuites pénales, ni les actions civiles subséquentes⁷⁹². Ainsi, afin d'éviter que les dénonciateurs potentiels hésitent à approcher l'Autorité, cette dernière a cherché à apporter des garanties pour continuer à préserver le caractère incitatif de la procédure. Sur le plan pénal, l'Autorité de la concurrence promet qu'elle ne transmettra pas le dossier au procureur de la République, évitant ainsi que le dénonciateur repentí subisse les conséquences de sa dénonciation dans le cadre d'une procédure de droit commun⁷⁹³.

160. Obstacles à l'action civile. S'agissant des actions civiles, les difficultés sont ici plus délicates à appréhender dans le sens où les autorités européennes doivent faire face aux procédures de « *discovery* »⁷⁹⁴ que n'hésitent pas à lancer par exemple les plaignants américains sans tenir compte des règles posées par la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger⁷⁹⁵. À la vue des montants faramineux que les participants à un cartel s'exposent à verser aux victimes, l'enjeu est considérable. Pour faire face à cette menace, les autorités européennes ont élaboré des procédures *paperless* qui consistent à ne collaborer que de manière orale, sans laisser aucune trace matérielle de la collaboration⁷⁹⁶ entre l'entreprise repentíe et les autorités, afin de contrecarrer les demandes de *discovery* sans pour autant abandonner l'incitation à collaborer. Les informations divulguées au cours de la procédure ne peuvent donc pas être utilisées à l'occasion d'une action en dommages et intérêts.

communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, *Concurrences*, n° 2-2009, p. 45.

⁷⁹¹ Art. L. 464-2 IV C. com. V. *supra* n° 101.

⁷⁹² J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2008, p. 431.

⁷⁹³ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français. *préc.*

⁷⁹⁴ Rule 26 (b) of the Federal Rules of Civil Procedure.

⁷⁹⁵ Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, RS 0. 274.132 ; RO 1994 2824. Sur ce point, V. H. GAUDEMET-TALLON, C. KESSEDJAN, *La dimension internationale des actions en réparation ; Rapports intra-communautaires et rapports externes (notamment avec les Etats-Unis)* in Actes du Colloque relatif au Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaire sur les ententes et les abus de position dominante, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008.

⁷⁹⁶ J.-C. RODA, Programmes de clémence en droit interne et européen de la concurrence : état des lieux et perspectives, *RIDE*, n°4, 2011, p. 152.

À travers ces différents caractères, il semble que les procédures de négociation induisent potentiellement un risque de déni de justice pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles en cause puisque la sanction, ou du moins en pratique le démantèlement des ententes, l'emporte nettement sur la réparation⁷⁹⁷.

161. Variabilité de la place de la victime. L'examen de la place de la victime en tant qu'acteur au sein de la négociation en matière pénale démontre que celle-ci possède un statut hétérogène en fonction de la procédure en cause, d'une part, et que la dimension pénale de son action tend à se diluer face aux objectifs de célérité, d'autre part. Sous couvert de dispositions favorables⁷⁹⁸, les modalités d'intervention de la victime sont transformées par rapport au modèle classique de l'action civile. Bien que peu surprenant au regard de la redistribution générale des rôles des différents acteurs intervenant dans le cadre du processus de négociation en matière pénale, le sacrifice de la place de la victime semble en décalage avec l'évolution du procès pénal traditionnel dans lequel on relève au contraire l'importance croissante de cette dernière⁷⁹⁹. Ce constat semble pouvoir s'expliquer par l'accent mis sur la nécessité de l'aveu et donc sur le rôle majeur conféré au mis en cause ainsi que la logique gestionnaire qui préside à la mise en place de la négociation.

⁷⁹⁷ D. FASQUELLE, *Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle*, Revue de la concurrence et de la consommation, 2000, n° 115, pp. 14-24.

⁷⁹⁸ Notamment le développement du droit à l'information à l'égard des victimes lors des procédures de composition pénale et de CRPC, V. *supra* n° 154.

⁷⁹⁹ Sur ce point V. D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, coll. Essais, Débats, 2010, p. 183 : « La présence de la victime au procès pénal a toujours été reconnue, et ce sous la forme subsidiaire de la partie civile par rapport à la relation triangulaire dominante (procureur-accusé-juge), (...) il n'en reste pas moins que la reconnaissance récente d'une participation plus directe de la victime au procès pénal renverse le système de rôle traditionnel » ; V. également F. TULKENS, *Victimes et droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Arch. pol. crim., 2002, vol. 24, pp. 41-45, spéc., p. 41. L'auteur parle d'un : « retour de la victime dans la pensée pénale contemporaine » ; V. M. VERDUSSEN, *La Convention européenne des droits de l'Homme et les droits de la victime dans le procès pénal*, in *La place de la victime dans le procès pénal*, Les cahiers de l'institut d'études sur la Justice, éd. Bruylant, 2005, p. 147 et s. ; J-B. THIERRY, *L'omniprésence envahissante de la victime en matière pénale*, in V. MALABAT, B. de LAMY, M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 240. L'auteur souligne : « l'incursion de la réparation dans la matière pénale » qui ne serait « qu'une illustration parmi d'autres de la place prise par la victime dans le droit criminel : elle est aujourd'hui l'acteur majeur du procès pénal ».

Conclusion du Chapitre 2

162. Incidences structurelles de la négociation. Les procédures étudiées ont engendré une modification des rôles des différents acteurs du procès pénal, et ce, quel que soit le domaine dans lequel s'exerce la négociation en matière pénale. Symbole d'un abandon de l'exercice de la mission étatique au profit du justiciable⁸⁰⁰, illustration d'un affaiblissement de l'État ou encore phénomène de « privatisation du procès pénal »⁸⁰¹, l'économie des procédures négociées ainsi que leurs caractères propres ont eu un retentissement majeur sur les rapports que les figures du procès entretiennent avec l'institution, d'une part, et sur la dynamique relationnelle qui se joue traditionnellement entre elles, d'autre part. Ces changements constituent le socle de la justice informelle, qu'un auteur définit comme « l'assouplissement des règles de procédure par les acteurs de justice ou par la loi elle-même, (...) la confusion des lieux, des moments, des acteurs et des faits »⁸⁰².

⁸⁰⁰ F. ALT-MAES, *La contractualisation du droit pénal, Mythe ou réalité ?*, Rev. sc. crim., 2002, p. 514,

⁸⁰¹ X. PIN, *La privatisation du procès pénal*, Rev. sc. crim. n°2, 2002, p. 245.

⁸⁰² A. GARAPON, *Bien juger*, éd. Odile Jacob, 2001, p. 257.

Conclusion du Titre 1

163. Propagation de la négociation au cœur du système répressif. L'analyse du domaine de la négociation à travers les différentes catégories d'infractions concernées illustre sans conteste une expansion considérable du champ d'application des procédures de négociation au sein de la matière pénale. D'un cadre initialement circonscrit, le législateur semble avoir eu la volonté de faire passer la négociation au rang de disposition générale de procédure pénale. Si l'on a parfois pu entrevoir une distinction entre les procédures impliquant une réelle négociation⁸⁰³ et celles appelant seulement le consentement de l'auteur, l'analyse globale de la dynamique de ces procédures laisse cependant penser que cette distinction est plus formelle que réelle⁸⁰⁴. Si elle se décline en des hypothèses plurielles et à des degrés d'intensité divers, l'étude des acteurs de la négociation a pu démontrer l'existence d'un processus unique émergeant aux côtés du système procédural classique. L'étendue actuelle du champ d'application de la négociation montre que droit pénal commun et droit pénal économique, tous deux fondés traditionnellement sur un volet répressif, sont des Droits qui intègrent désormais la notion de compromis par le biais d'une association des destinataires de la norme à son application.

Qui, au regard de ce constat, ne serait pas tenté d'affirmer l'influence de la part de la procédure pénale américaine ? Comparé au fonctionnement traditionnel de notre institution, le système procédural américain met en effet en lumière – plus que n'importe quel autre système de *Common Law* – une application négociée, consensuelle et relativement informelle de la justice pénale. Le constat de l'existence d'une logique de négociation au sein de la matière pénale, d'une part, et la démarche explicative quant à sa mise en œuvre, d'autre part, permettent d'affirmer la réalité de l'influence américaine sur le droit pénal français⁸⁰⁵.

164. L'influence américaine en question. Toutefois, le constat de ressemblances autant que celui d'une apparition de tel ou tel mécanisme américain bien avant qu'il n'existe en droit

⁸⁰³ V. *supra* n° 86 et s.

⁸⁰⁴ V. sur ce point, A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, RIDP, 1^{er}/2^e trimestres 2012, p. 85.

⁸⁰⁵ J-C. MAGENDIE, *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe*, Arch. ph. dt, tome 45, Dalloz, 2001, p. 13.

français ne peuvent à eux seuls suffire pour déduire l'existence d'une influence du premier sur le second. Le concept de « système américain » en lui-même est d'ailleurs réducteur en ce que le droit américain n'est « qu'une facette (...) du système de *Common Law* dont l'Angleterre est la matrice »⁸⁰⁶. Davantage qu'une influence, il s'agit de la mise en œuvre de la part des démocraties occidentales de ripostes semblables à des problématiques communes. L'universalisme des valeurs à protéger entraînerait ainsi un universalisme des moyens de protection efficaces. Dans un objectif de régulation du contentieux de masse et de rationalisation des procédures, il n'y a de toute façon pas mille solutions envisageables pour contourner les lenteurs inhérentes au procès, si ce n'est justement l'éviter.

165. La diffusion du courant *Law and Economics*. S'il est une loi physique qui veut que les mêmes causes produisent toujours les mêmes effets, l'exemple de la négociation semble démontrer que cette loi investit les règles de droit⁸⁰⁷. Face aux contingences de temps⁸⁰⁸ et d'efficacité, des systèmes très différents sont amenés à adopter certaines pratiques du droit américain. Bien plus qu'une imitation simpliste, ces évolutions sont l'illustration de la diffusion d'un modèle de justice fondé sur l'incitation à la coopération et sont le reflet de l'émergence d'une philosophie utilitariste au cœur de la matière pénale.

Ainsi, sans nécessairement conclure à une mutation du procès pénal français en une entité purement accusatoire, la procédure pénale se trouve néanmoins largement imprégnée de l'idée d'une diversification des moyens de la coercition.

166. Instrumentalisation de la sanction. Cette intrusion de l'analyse économique dans le champ juridique a pour effet de transformer la problématique pénale. La sanction n'est plus un critère envisagé de manière isolée mais devient « un des paramètres parmi d'autres du bilan coût/avantage que doit faire tout opérateur tenté par l'illicéité »⁸⁰⁹. Elle est désormais un outil par lequel les autorités peuvent influencer les comportements à sanctionner⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ J. CEDRAS, *L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français*, Arch. ph. dt. Tome 45, Dalloz, 2001, p 150.

⁸⁰⁷ V. SAINT JAMES, Conseil constitutionnel et tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, *Regards convergents de deux juges sur le plaider coupable*, in Mélanges en l'honneur de J-F. LACHAUME, *Le droit administratif, permanence et convergence*, Dalloz, 2007, p. 926.

⁸⁰⁸ « Le temps est un élément de la guerre économique et répressive », in F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999.

⁸⁰⁹ A. VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, RIDE, 2007/2-t. XXI, 2, p. 158.

⁸¹⁰ Sur ce point, V. Actes du colloque « *Environnement et peine privative de liberté* », in Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, éd. Cujas, n°2, 2013, p. 96 et s., notamment A. ZABALZA,

Plus qu'à un « monde qui s'américanise »⁸¹¹, la généralisation des procédures négociées en matière pénale tient à l'internationalisation des règles juridiques, au libre échange et au développement d'une délinquance plus ou moins similaire selon les États. Si l'impulsion de départ a pu être donnée par le droit américain, le ralliement des autorités européennes et françaises ne doit cependant pas être perçu comme le triomphe de l'esprit messianique qui anime le droit américain⁸¹². Il semble plus juste de voir dans la similitude comportementale des législations françaises et, au-delà, européennes, un signe d'ouverture et de « construction juridique pluraliste et évolutive »⁸¹³. Cela étant, en ce qui concerne la matière pénale française, la réception de ce mouvement, l'imprégnation corrélative de l'analyse économique du droit et l'adoption de procédures négociées ont des répercussions venant fragiliser, sinon modifier, l'édifice procédural français. En témoignent les transformations des rôles respectifs des acteurs de la procédure pénale.

L'intégration, par le biais de procédures simplifiées, d'une logique de résultat – en termes d'efficacité et de coût – dans les objectifs de la politique criminelle⁸¹⁴, peut-elle se réaliser en adéquation avec les principes fondamentaux de la procédure pénale ? L'analyse de la mise en œuvre pratique du processus de négociation a mis l'accent sur l'existence, dans un droit de tradition impérative, d'une logique générale de récompense des formes diverses de coopération de la part des auteurs de comportements illégaux. Si cela provient d'une hypothétique influence exercée de la part des systèmes de *Common Law*, qu'en est-il de la réception de celle-ci ? Si par le passé la justice était une question de vérité et de respect des droits de la défense pour tous, il semble que désormais le débat repose essentiellement sur l'efficacité et la célérité des procédures. Reste à s'interroger sur le point d'équilibre⁸¹⁵.

Conscience de l'environnement et peine d'emprisonnement, p. 97, spéc. p. 98. L'auteur parle de la part invisible de la nature, qui se serait imposée au regard du monde contemporain, sous peine de nouvelles formes de servitudes à venir. V. également p. 104 : « La prison a ceci de particulier qu'elle est d'une certaine façon bien apparente aux yeux de tous, mais en même temps invisible aux yeux de chacun. Elle joue dans les sociétés contemporaines un rôle de limitation et de régulation institutionnel de la normalité ».

⁸¹¹ A. SIEGFRIED, *Les États-Unis d'aujourd'hui*, Paris, Armand Colin 1927, in J. CEDRAS, *L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français*, préc. p. 149.

⁸¹² J. CEDRAS, *L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français*, préc., p. 149.

⁸¹³ M. DELMAS - MARTY, *Le Monde* du 6 août 1999, p. 13.

⁸¹⁴ J-P. JEAN, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, AJ pén. 2006, p. 473.

⁸¹⁵ A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, préc., p. 86.

TITRE 2. LA LÉGALITÉ DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION

167. Évaluation de la légalité du processus. Comment s'articulent les procédures négociées avec les fondements de la procédure pénale ? S'interroger ainsi implique de procéder à une évaluation de la légalité du processus de négociation. En d'autres termes, il s'agit de tester la compatibilité de la nouvelle économie du système pénal avec les principes du procès équitable⁸¹⁶. Si, *a priori*, toute garantie procédurale constitue un frein à l'efficacité des politiques pénales, l'équilibre entre les deux semble reposer sur les principes édictés par le droit européen⁸¹⁷. En effet, la philosophie de protection des droits de l'Homme en matière pénale issue de la Convention européenne des droits de l'Homme intègre pleinement le nouveau paradigme de l'efficacité⁸¹⁸ et de la célérité présidant au développement de la négociation. C'est dans ce sens que le Conseil de l'Europe a créé la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)⁸¹⁹, dont les raisonnements s'opèrent à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui considère que les principes du procès équitable ne s'opposent pas à la mise en œuvre de procédures largement simplifiées. L'objectif affiché est clair : diminuer le coût économique et politique de l'exercice du droit de punir⁸²⁰.

168. Exemples étrangers, exigences internationales et supranationales. Dans la poursuite de ce but, c'est sur le plan de la coopération internationale nouée sous l'égide des Nations Unies⁸²¹ que les premiers rapprochements entre procédures accusatoires et inquisitoires sont apparus. De manière similaire, le recours à la négociation, quel que soit le domaine identifié, a été vivement encouragé sous la pression des attentes internationales et communautaires ainsi

⁸¹⁶ J.-P. JEAN, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, préc. p. 6.

⁸¹⁷ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (87) 18 du 17 septembre 1987 : « Chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettent, il faudrait instituer soit la procédure des *guilty pleas*, par laquelle l'inculpé est appelé à comparaître devant un tribunal à un stade précoce de la procédure pour déclarer publiquement s'il reconnaît ou nie les charges retenues contre lui, soit des procédures analogues ».

⁸¹⁸ Ph. CONTE, « Effectivité », « inefficacité », « sous effectivité », « sur efficacité »... *Variations pour droit pénal*, in *Mélange offerts à P. CATALA*, éd. Litec, 2001, p. 125

⁸¹⁹ Résolution Res (2002) 12 du 18 septembre 2002.

⁸²⁰ P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002, p. 638.

⁸²¹ J. PRADEL, *Inquisitoire Accusatoire, une redoutable complexité*, Rapport de synthèse, RIDP, 1^{er} et 2^{ème} trimestre 1997, p 216.

qu'en raison des exemples tirés de pays, tels que les États-Unis⁸²² ou l'Italie⁸²³, précurseurs en matière de négociation procédurale.

Pour ce qui est de la négociation en droit pénal, la logique des procédures de CRPC et de composition pénale a été largement insufflée par le Conseil de l'Europe⁸²⁴ et la jurisprudence de la CEDH⁸²⁵. Concernant le mécanisme de recours aux repentis dans la lutte contre le phénomène de criminalité organisée qui présente un visage de plus en plus transnational, la Convention des Nations Unies du 15 décembre 2000, dite Convention de Palerme, a fortement incité les États à envisager la possibilité d'alléger la peine applicable, ou même d'accorder l'immunité de poursuite aux prévenus qui « coopèrent de manière substantielle à l'enquête ou aux poursuites (...) »⁸²⁶, imitant ainsi le Conseil de l'Union Européenne⁸²⁷. Enfin, s'agissant des procédures négociées en matière de droit de la concurrence, la Commission européenne enjoint aux États, depuis 1996⁸²⁸, d'utiliser des programmes de gestion négociée des infractions au libre jeu de la concurrence.

Si la mise en œuvre d'un processus de négociation est issue d'impulsions plurielles transcendées par la mondialisation⁸²⁹, la question de son intégration au milieu des principes du droit interne reste néanmoins en suspens. En ce sens, il convient de s'interroger sur l'impact de ce processus sur les principes directeurs en matière pénale, tant à l'égard des garanties processuelles que des droits substantiels.

⁸²² V. *supra* n° 12 et s.

⁸²³ V. E. ZAPPALA, *Le procès italien entre système inquisitoire et système accusatoire*, RIDP, 1^{er} et 2^e trimestre 1997, p. 117. V. *supra* n° 18.

⁸²⁴ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (87), préc.

⁸²⁵ V. notamment CEDH, *Deweert c/ Belgique*, 27 févr. 1980, req. n° 6303/75 ; CEDH, *Oztürk c/ Allemagne*, 21 févr. 1984, req. n° 8544/79 ; CEDH, *Lutz c/ Allemagne*, 25 août 1987, req. n° 9912/82 ; CEDH, *Belilos c/ Suisse*, 29 avr. 1988, req. n° 10328/83.

⁸²⁶ Art. 26 de la Convention de Palerme adoptée le 15 nov. 2000, entrée en vigueur en France le 29 sept. 2003.

⁸²⁷ Résolution du Conseil du 20 décembre 1996 relative aux collaborateurs à l'action de la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, J.O.C.E., n° C 010, 11 janv. 1997, pp. 1-2.

⁸²⁸ Pour l'application d'un programme de clémence, v. Décision de la Commission européenne du 21 nov. 2001, J.O.C.E. L 6, 10 janv. 2003 ; Pour la procédure d'engagement : l'article 5 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, prévoit que les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour « accepter des engagements ».

⁸²⁹ A. GARAPON, *La culture juridique française au choc de la mondialisation*, in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Étude d'histoire comparée*, Actes du colloque international des 16-18 septembre 1993, Centre d'études d'histoire juridique, Institut des hautes études sur la justice, LGDJ, coll. Droit et société, 17, 1996, p. 386 et s.

169. Approche utilitariste ou déontologique. Il serait réducteur et erroné d'affirmer que les préoccupations gestionnaires peuvent expliquer à elles seules la possibilité donnée aux délinquants de négocier avec l'appareil d'État. Des raisons politiques, philosophiques et sociologiques plus larges peuvent en effet être à l'origine de cette évolution. À ce titre, la problématique de l'adéquation entre les droits de la défense, inscrits dans la tradition de l'État de droit, et les procédures négociées qui obéissent à une autre logique, doit être envisagée de manière dialectique entre différents types d'approches.

L'opposition principalement illustrée par la doctrine⁸³⁰ s'opère entre une approche déontologique et une approche utilitariste. L'approche déontologique repose sur un certain nombre de valeurs considérées comme devant être garanties de manière inconditionnelle et indépendamment de toute considération d'efficacité⁸³¹, alors que l'approche utilitariste⁸³² vient légitimer une évaluation de la justice pénale en termes de « coût/bénéfices » où tout moyen peut être justifié en principe, pourvu qu'un avantage suffisant puisse en résulter.

Plutôt que donner la primauté à une approche purement déontologique ou seulement utilitariste, il faut s'efforcer de faire droit à la nécessaire tension qui semble devoir exister entre ces deux conceptions. De fait, si l'inadéquation des procédures négociées avec certains principes fondamentaux ne doit pas être occultée, celle-ci ne doit pas pour autant conduire à la condamnation de ces procédures, mais plutôt au constat selon lequel il n'y aurait pas une seule et unique approche de l'application de la justice pénale mais plusieurs, qui nous imposent des « exigences indépendantes, et pour partie, contradictoires »⁸³³.

Ainsi, le développement de la négociation en matière pénale semble participer d'un mouvement d'oscillation du système répressif entre « éthique de la règle et éthique du résultat »⁸³⁴.

⁸³⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, p. 219 et s.

⁸³¹ A. BERTEN, *Déontologisme*, in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 4^e éd., 2004, p. 378. C'est Kant qui apparaît comme la figure la plus emblématique de ce courant, v. A. PIRES, *Kant face à la justice criminelle*, in C. DEBUYST, F. DIGNÉFFE et A. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome 2, la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, De Boeck, 2008, p. 175 et s.

⁸³² C. AUDARD, « Utilitarisme » in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, préc., p. 1568. Sur cette question, Beccaria et Bentham sont présentés comme les précurseurs de l'utilitarisme, v. A. PIRES, *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*, in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, préc., p. 109 et s. ; v. également C. AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme, J. Bentham et ses précurseurs*, PUF, 1999.

⁸³³ M-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, préc., p. 422.

⁸³⁴ *Ibid.*

170. Inquisitoire, accusatoire, une distinction obsolète. Aux côtés de la recherche d'un point d'équilibre entre le « règne du calcul » et le « règne des droits fondamentaux »⁸³⁵, l'étude des procédures négociées permet de s'interroger sur la pérennité de la distinction entre les « dogmes accusatoires et inquisitoires »⁸³⁶. À cet égard, la Commission justice pénale et droits de l'Homme, dans son rapport final sur la mise en état des affaires pénales⁸³⁷, avertissait déjà en 1990 qu'il « ne s'agit plus aujourd'hui de s'enfermer dans le choix entre un système dit accusatoire et un système dit inquisitoire, mais de tirer les leçons de l'expérience qui a fait apparaître les insuffisances de l'un et de l'autre ». Dans le même temps, le Statut de la Cour pénale internationale envisage la mise en œuvre d'une procédure pénale d'ensemble fondée sur des règles de fonctionnement appartenant aux différents modèles de justice criminelle⁸³⁸.

Ces évolutions atteignent les systèmes nationaux qui, « n'appartenant plus à l'un ou à l'autre de ces modèles, tentent de s'en défaire⁸³⁹ ». Dès lors, la question de la légalité du processus de négociation doit être posée autour de l'idée non pas tant d'une « américanisation du droit »⁸⁴⁰, mais bien de l'évolution du système pénal vers un modèle dominant véhiculé par les institutions internationales et européennes⁸⁴¹.

171. Plan. C'est à l'aune de ce constat que doit s'effectuer l'examen de la légalité du processus de négociation. Cela implique dès lors une analyse de l'adéquation des procédures négociées aux finalités de la justice pénale d'une part (Chapitre 1), ainsi qu'une étude de leur

⁸³⁵ A. PIRES, *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*, préc., p. 112 et s.

⁸³⁶ G. DI MARINO, *L'implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire*, RIDP, 1^{er} et 2^e trimestre 1997, Rapport introductif, p. 17 ; sur la remise en cause de la distinction, v. C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, préc

⁸³⁷ Commission justice pénale et droit de l'Homme, *La mise en état des affaires pénales*, Rapports, Paris, La documentation française, 1991, p. 107.

⁸³⁸ V. art. 21 du Statut de Rome: « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridique du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues » ; M. DELMAS-MARTY, *La CPI et les interactions entre droit interne et international*, Rev. sc. crim., 2003, p. 1 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., p. 172, spéc., n° 129 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 100, spéc. n° 187 ; v. intervention de R. BADINTER, *L'avenir: vers une justice européenne ?*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, Actes, 2007, p. 299 et s. ; R. RAUXLOH, *Plea bargaining in National and International Law*, éd. Routledge, New York, 2012, p. 204 ; v. *supra* n° 20.

⁸³⁹ A. TALEB, *Les procédures de reconnaissances préalables de culpabilité – étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 877.

⁸⁴⁰ Expression tirée d'un numéro de la revue Arch. pol .crim. n° 45, 2001, « L'américanisation du droit ».

⁸⁴¹ Sur ce point, v. P. LEGRAND, *How to compare now*, in *Legal Studies*, vol. 16, 1996, p. 232 ; v. également l'analyse selon laquelle les modèles de *Civil Law* et de *Common Law* ne coexistent plus mais sont désormais activement reliés ensemble au travers l'« *European community Law* » in R. RAUXLOH, *Plea bargaining in national and international law*, éd. Routledge, 2012, p. 9.

impact en termes de respect des principes directeurs de la matière pénale d'autre part
(Chapitre 2)

Chapitre 1 : Négociation et finalités de la justice pénale

Chapitre 2 : Négociation et principes directeurs en matière pénale

Chapitre 1. Négociation et finalités de la justice pénale

172. L'évolution du contenu des finalités de la justice pénale. L'étroitesse de la relation entre la fin et les moyens en matière pénale apparaît telle que seule une analyse approfondie de cette finalité semble permettre une juste appréciation de la valeur des procédures négociées. De nombreuses conceptions successives du but de la procédure pénale, loin de se chasser les unes les autres, se sont juxtaposées au fil des siècles dans des combinaisons qui n'ont cessé de complexifier la perception de ces finalités⁸⁴².

L'adaptation devenue nécessaire des systèmes de justice pénale ne disposant que de ressources faibles pour traiter un nombre croissant d'infractions dites « mineures »⁸⁴³ illustre une évolution certaine des buts de la procédure pénale. Aux côtés de l'objectif de répression sous-jacent à la nature impérative de la matière pénale, un auteur écrivait que le but de la procédure pénale « est la complète manifestation de la vérité judiciaire »⁸⁴⁴. Le développement des procédures négociées, légitimées par l'intervention de l'aveu, a engendré une modification du contenu de ces finalités.

En effet, la promotion de l'aveu au rang de critère déterminant la mise en œuvre du processus de négociation semble avoir entraîné avec elle un dépérissement corrélatif du droit de la preuve d'une part, et une modification de la nature de la vérité d'autre part. Également, l'incitation à la collaboration probatoire pose la question des fonctions de la peine autant qu'elle illustre une « modification de la perception de l'ordre public »⁸⁴⁵.

Partant, la réponse aux interrogations relatives aux rapports qu'entretiennent négociation et finalités de la justice pénale s'articule autour de deux notions, celles de la vérité (Section 1) et de la répression (Section2).

⁸⁴² R. GASSIN, *Considérations sur le but de la procédure pénale*, in *Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 109.

⁸⁴³ Sur la notion de « délits mineurs par nature », P.PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?* PUF, 1998.

⁸⁴⁴ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Bruylant-Christophe, 1866, t. I, p.3, spéc., n°5.

⁸⁴⁵ Ph. CONTE, *Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public*, in *Études offertes à J. BEGUIN, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 142.

Section 1. Variation de la notion de vérité

Pilate Lui dit : « *Qu'est-ce que la vérité ?* »

(Jean :18,38)

173. Vrai ou vraisemblable. Si tout système juridique se rapporte *in fine* à un mode de production de la vérité⁸⁴⁶, les différences qui existent entre *Common Law* et droit romano-germanique ne se voient nulle part plus clairement que dans le droit de la preuve⁸⁴⁷. « 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 »⁸⁴⁸. Là où l'imaginaire inquisitoire est de « tout savoir », l'imaginaire accusatoire est de ne pas savoir, en s'accommodant très bien d'une vérité conventionnelle⁸⁴⁹. Si, selon Domat, « on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité »⁸⁵⁰, il convient de souligner comme le fait un auteur qu'il est question d'une vérité et non de la vérité⁸⁵¹.

Alors que la distinction des systèmes pénaux basée sur les concepts d'inquisitoire et d'accusatoire révèle aujourd'hui ses limites⁸⁵², c'est alors la notion de vérité, nécessairement plurielle, qui apparaît la plus à même de retranscrire l'opposition entre les différentes procédures. En effet, bien que l'objet du procès pénal coïncide dans les procédures accusatoire et inquisitoire, la vérité ne pouvant être autre chose que le résultat d'une recherche approfondie et loyale de tous les aspects de la réalité⁸⁵³, elle se conçoit de manière formelle

⁸⁴⁶ La polysémie du terme vérité impose une distinction entre vérité judiciaire, comprise comme le résultat d'un syllogisme parfait et qui résulte de l'intervention du juge d'instruction et de jugement (aussi appelée vérité matérielle ou vérité « vraie ») et vérité « vraisemblable » entendue comme une vérité approximative, résultat de l'action des parties portant l'accusation devant le tribunal (et qui correspond à la vérité formelle). C'est la distinction matérielle / formelle que nous retiendrons. V. A. WALD, *Rapport général*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXXVIII, *La vérité et le droit*, Paris, Economica, 1987, p. 532-537.

⁸⁴⁷ V. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome I, Procédure pénale*, 7^e éd., Cujas, 1997, n°120 : « La procédure pénale toute entière gravite autour du problème de la preuve ».

⁸⁴⁸ X. LAGARDE, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc., v° *Preuve*,

⁸⁴⁹ A. GARAPON, *Bien juger*, préc., p. 158.

⁸⁵⁰ J. DOMAT, *Œuvres complètes de J. DOMAT, Nouvelle édition, revue corrigée et précédée d'une notice historique sur Domat*, t. 2, éd. Alex-Gobelet Librairie, Paris, 1825, p. 138.

⁸⁵¹ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 34, spéc. n°7, v. également X. LAGARDE, *D'une vérité l'autre*, Gaz. Pal., 22 juil. 2010, p. 6 ; X. LAGARDE, *Finalités et principes du droit de la preuve, ce qui change*, JCP G, 2005, I, p. 133.

⁸⁵² V. C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, préc. ; A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité - Étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 98 et s.

⁸⁵³ C. ATIAS, *Les différentes approches : quelle procédure pénale pour quel droit ?*, in Actes du colloque international, *Inquisitoire-accusatoire : Un écroulement des dogmes en procédure pénale ?*, RIDP, 1997, p. 31.

dans le système accusatoire⁸⁵⁴ et se manifeste dans sa conception matérielle dans le système inquisitoire⁸⁵⁵.

La notion de vérité étant intimement liée à celle de la preuve, l'utilisation de l'aveu comme moyen unique et suffisant de preuve au sein des procédures négociées engendre nécessairement une évolution de ces notions. La preuve s'intègre alternativement dans un système participatif (*Common Law*) ou hiérarchique (droit français)⁸⁵⁶. Le modèle hiérarchique est marqué par un État fort, lequel a construit le droit de la preuve autour du juge. Toutefois, la minoration de l'acte de jugement entraîne une relativisation du travail de vérification du juge, traditionnel corollaire de l'office de juridiction⁸⁵⁷ au profit du modèle participatif dans lequel le juge doit atteindre un certain seuil de probabilité au-delà duquel il doit tenir sa conviction pour formée. Aussi, l'exemple des systèmes de *Common Law* et plus spécialement du *plea bargaining* américain contribue à ce que le contenu de la preuve française se retrouve considérablement allégé, pour ne pas dire schématisé. La notion de vérité répond ainsi davantage à une logique de consensus autour de ce qui paraît vraisemblable qu'à un idéal de parfaite corrélation avec la réalité des faits. On retrouve ici la distinction entre vérité formelle et vérité matérielle⁸⁵⁸ permettant de révéler la qualité du système en cause⁸⁵⁹.

174. Justification du critère de l'aveu. L'emploi de l'aveu comme critère déterminant dans la mise en œuvre du processus de négociation est fondé sur le constat de sa présence

⁸⁵⁴ A. BINET-GROSCLAUDE, *L'avant-procès pénal; étude comparée Angleterre-France*, préc., p. 326. Dans le système dit "accusatoire", la découverte de la vérité "réalité" apparaît secondaire. Les véritables préoccupations relèvent davantage de l'éviction de toutes les difficultés procédurales en vue de l'audience pénale au cours de laquelle, par la suite, chaque partie s'efforcera de convaincre son auditoire de la pertinence de sa démonstration au détriment de celle de son adversaire.

⁸⁵⁵ J. PRADEL, *Défense du système inquisitoire*, Regards sur l'actualité 2004, n° 300, p. 57; A. TALEB, préc., p. 109. La vérité pénale dans le système inquisitoire est une vérité posée et décidée. Elle est le résultat d'une décision et fait indéniablement du procès pénal une question de pouvoir.

⁸⁵⁶ La qualification de systèmes « hiérarchiques » ou « participatifs » provient d'une distinction opérée par le comparatiste américain Mirjan DAMASKA. V. M. DAMASKA, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, Yale Law Journal, 1975, n° 84, p. 480.

⁸⁵⁷ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 32.

⁸⁵⁸ V. P. LOUIS-LUCAS, *Vérité matérielle et vérité juridique*, in Mélanges offerts à R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 583 ; v. également, C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, préc., p. 305 ; Y. MULLER, *L'idéal de vérité dans le procès pénal*, in Mélanges offerts à J-H. ROBERT, éd. LexisNexis, Paris, 2012, p. 531. L'auteur souligne que « la vérité – c'est-à-dire ce qui est objectivement vrai – est une construction établie par un raisonnement logique ; la vérité est dans le jugement et non dans les choses » ; J. BILLIER, *La manifestation de la vérité en question : pour une éthique de la vérité judiciaire*, 2007, www.raison-publique.fr : « La vérité judiciaire est avant tout procédurale, elle est un récit construit depuis l'établissement des faits jusqu'au jugement ».

⁸⁵⁹ Sur la diversité des vérités et des preuves, V. P. RICOEUR, *Histoire et vérité*, éd. Seuil, Parsi, 1955, p. 143 : « L'esprit de vérité est de respecter la complexité » des « ordres de vérités ; c'est l'aveu du pluriel » ; v. également M. VAN DE KERCHOVE, *La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ?* Déviance et société, 2000, vol. n° 24, 1, p. 95.

systematique dès lors que l'on parle de négociation en matière pénale. Chacune des procédures dans lesquelles elle est mise en œuvre requiert en effet un aveu de la part de l'auteur du comportement infractionnel. Sésame permettant le déclenchement du processus, l'aveu en tant que critère déterminant apparaît ainsi être une clé indispensable à l'analyse de la négociation.

175. Application du critère de l'aveu. L'utilisation de l'aveu permet d'opérer une distinction majeure parmi les hypothèses de négociation. Avouer se définit comme le fait pour une personne de reconnaître qu'elle est l'auteur, la responsable d'une action blâmable⁸⁶⁰. L'aveu s'inscrit donc dans des procédures nécessitant que l'auteur d'une infraction se reconnaisse en tant que tel. Toutefois, on ne saurait se limiter à ce seul sens. Étymologiquement, avouer vient d'*advocare* qui signifie « recourir à ». Ainsi, lorsqu'il s'agit d'aveu il faut envisager les cas dans lesquels un individu a recours à la révélation non seulement de ses propres actes (§1) mais également de ceux commis par autrui et qui renvoie à la notion de dénonciation (§2).

§1. Négociation et auto-incrimination

176. L'aveu comme dispense de preuve. Alors que l'aveu, considéré comme vestige de l'ancienne procédure inquisitoire⁸⁶¹, est appréhendé avec méfiance et nécessite d'être corroboré par d'autres éléments de preuve au sein du circuit pénal traditionnel où le ministère public, voire, dans les cas les plus graves, le juge d'instruction, cherchent la vérité matérielle⁸⁶², cette « reine des preuves » semble au contraire se suffire à elle-même au sein des procédures basées sur l'auto-incrimination.

Qu'il corresponde ou non à la vérité « vraie », lorsqu'il s'agit des procédures où la négociation entre auteur de l'infraction et autorité de poursuite est à l'œuvre, l'aveu est recherché et admis presque sans condition. Lorsque l'aveu d'une personne poursuivie porte sur ses propres agissements, l'autorité de poursuite se retrouve dispensée de démontrer sa

⁸⁶⁰ Le Petit Larousse, 2010, Paris.

⁸⁶¹ R. DULONG, (dir.), *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, Droit et Justice, 2001.

⁸⁶² V. art. 428 C. pr. pén : « L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges ».

culpabilité. Alors qu'en principe il ne suffit pas « qu'un accusé consente à être condamné pour que sa condamnation soit légitime, il faut que sa culpabilité soit établie »⁸⁶³, force est de constater que lors du déroulement des poursuites alternatives, la condamnation pénale de l'auteur de l'aveu apparaît légitime par l'effet de ce seul consentement. Ce constat n'est pas sans rappeler la logique procédurale à l'œuvre aux États-Unis où le *plea guilty*, quel que soit le type de comportement infractionnel auquel il se rapporte, « revêt la force probante d'une preuve légale absolue »⁸⁶⁴ et permet ainsi d'évacuer la quasi-totalité des affaires – que les preuves de la culpabilité soient nombreuses ou non⁸⁶⁵ – par la négociation qui s'en suit, le *plea bargaining*.

177. Outil ancien et formes nouvelles. L'aveu, désigné par un philosophe⁸⁶⁶ comme l'une des « pratiques les plus hautement valorisées pour produire le vrai dans nos sociétés occidentales » a connu un succès et des usages variables au sein de l'institution judiciaire. Loin de faire apparaître une notion qui n'a jamais véritablement été absente de la tradition juridique française, les procédures s'ouvrant par la parole auto-incriminante illustrent cependant une évolution dans la manière dont l'aveu est envisagé au sein de la procédure pénale. Au-delà du constat d'une utilisation d'un outil ancien dans des formes nouvelles, témoignant semble-t-il d'un constant va-et-vient entre les différents niveaux historiques, il apparaît primordial de se pencher sur la valeur de l'aveu en ce qu'elle est intrinsèquement liée à la nature de la vérité à laquelle le système procédural en cause est traditionnellement attaché.

178. Vecteur de l'évolution du contenu de la notion de vérité. L'aveu, au sein des procédures négociées, agit en effet comme vecteur d'une vérité plus formelle. Son instrumentalisation généralisée semble caractériser un phénomène d'acculturation qu'exerce sur le système de preuve français la logique probatoire des systèmes de *Common Law*, promue par la CEDH. Ce phénomène ne doit pas pour autant occulter les questions liées à la

⁸⁶³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, 1912-1929*, t II, n° 459.

⁸⁶⁴ C. AMBROISE -CASTEROT, *Le consentement en procédure pénale*, in *Mélanges offerts à J. PRADEL*, éd. Cujas, 2006, p. 29 et s.

⁸⁶⁵ Sur l'efficacité du *plea bargaining* dans les affaires où les preuves sont peu nombreuses, v. J.I. TURNER, *Prosecutors and Bargaining in Weak Cases : A comparative view*, 76 Michigan Law Review, 2011. L'auteur relève que l'utilisation la plus controversée du pouvoir discrétionnaire du procureur en matière de *plea bargaining* s'illustre au sein des affaires où les preuves à charge sont presque inexistantes.

⁸⁶⁶ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

subjectivité évidente de ce mode de preuve, ce qui justifie que l'accent soit mis sur le caractère faillible de l'aveu et sur les exigences de corroboration qui en découlent.

Il convient de présenter la place de l'aveu en tant qu'acte auto incriminant dans les différents systèmes procéduraux qui se sont succédés dans l'histoire de la justice française avant d'analyser son rôle nouveau au sein de la procédure pénale contemporaine et les questionnements que ces transformations entraînent. L'évolution temporelle de la notion d'aveu (A) semble en effet s'être accompagnée d'une évolution fonctionnelle critiquable (B).

A. Évolution temporelle de la notion d'aveu auto incriminant

179. L'aveu dans l'Antiquité. « Avouer, c'est en quelque sorte s'instituer juge de soi-même et se condamner. La phase du jugement apparaît alors superflue lorsque le défendeur à l'action avoue un comportement passé et se désigne lui même comme en étant l'auteur »⁸⁶⁷. Telle est attestée vers le commencement du III^e siècle, la première « justification » connue de l'utilisation de l'aveu. À Athènes, le système de preuve légale n'existe pas et si l'aveu est admis en tant que preuve, il tient une place marginale⁸⁶⁸. Il s'agissait en effet d'une conduite jugée dégradante et dépourvue de réelle valeur probatoire en elle-même.

Il n'en allait pas différemment à Rome où, jusqu'à la fin de la République, l'aveu était le fait de ceux qui occupaient un rang marginal. La torture à l'époque ne s'appliquait qu'aux esclaves, êtres considérés comme inférieurs. L'aveu par la torture, simple technique de preuve, avait donc un domaine restreint et ne concernait que les non-citoyens⁸⁶⁹ durant toute cette période où la procédure est décrite comme contradictoire et orale⁸⁷⁰.

Dans le domaine de la justice criminelle, comme dans d'autres, les vestiges de l'âge républicain coexistent d'abord avec les institutions nouvelles, mais ces vestiges sont voués à une progressive extinction⁸⁷¹. Ainsi, initialement prohibée à l'égard des citoyens, la torture

⁸⁶⁷ R. DULONG, *L'aveu, Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, 2001. p.7.

⁸⁶⁸ A. VAUCHEZ, *L'aveu entre le langage et l'histoire*, Coll. de l'école française de Rome, 1988, p. 417.

⁸⁶⁹ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, préc., n°49 à 51.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ J-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, coll. Droit fondamental, 1990, n° 13 ; v. également du même auteur, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2014, p. 189, spéc., n° 96.

s'appliquera peu à peu au suspect et à ses esclaves, puis aux témoins⁸⁷², avant de devenir au Bas-Empire un procédé général et habituel d'investigation pénale.

180. L'évolution de la preuve au Bas-Empire. À cette époque, deux modes de poursuites coexistent. En effet, le juge, fonctionnaire impérial, poursuit les crimes d'office ou sur dénonciation, mais la voie de l'accusation reste ouverte pour les crimes « ordinaires » et un particulier peut donc se constituer accusateur devant le tribunal⁸⁷³. Un auteur⁸⁷⁴ a pu en déduire que « la procédure pénale du Bas-Empire ne se réduit pas à un système inquisitoire ». Toutefois, le principe d'une accusation populaire connaîtra progressivement un net recul pour laisser place à une procédure presque entièrement orchestrée par ce magistrat impérial devenant de plus en plus puissant au sein d'une procédure devenue secrète et écrite⁸⁷⁵. Si rien n'est absolument tranché et définitif et qu'il ne se dégage à l'époque « aucun modèle rigide »⁸⁷⁶ en terme d'inquisitoire ou d'accusatoire, la preuve en revanche évolue de manière plus nette. D'un système de preuve morale, l'importance nouvelle accordée à l'aveu, très apprécié pendant l'Empire, illustre le passage à un système de preuve légale. La torture, moyen privilégié d'obtention de l'aveu, est donc étendue aux hommes libres. L'aveu prend ainsi une autre dimension et son rapport à la vérité est entaché par l'image d'une pression insoutenable subie par l'accusé. Pas nécessairement conforme à la réalité des faits, la confession de l'acte n'est que le résultat d'une capitulation face à plus fort que soi. La notion de vérité formelle et le schéma d'un justiciable s'auto-incriminant afin de bénéficier de la clémence de l'autorité de poursuite, à l'œuvre au sein des procédures négociées contemporaines, font incontestablement écho à cette époque.

181. L'aveu dans l'ancien droit français. Jusqu'au XIII^e siècle, l'aveu⁸⁷⁷ semble perdre de son importance au profit des preuves irrationnelles dérivées du jugement de Dieu⁸⁷⁸. Évoluant au sein d'une procédure de nouveau accusatoire⁸⁷⁹, c'est à l'accusé de faire la preuve de son innocence, « ou au moins de sa pureté et par là même de l'inanité de l'accusation »⁸⁸⁰. Le

⁸⁷² Au début du III^e siècle.

⁸⁷³ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit*, Que sais-je, 2010, p. 35 et s.

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Tome I, 7^e éd. Cujas, 1997, n°117.

⁸⁷⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, préc., p. 33.

⁸⁷⁷ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, préc., n° 175. Il est intéressant de constater que selon cet auteur, il existait à cette époque un principe selon lequel « nul n'est tenu de faire serment contre soi-même ».

⁸⁷⁸ R. JACOB, *Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne*, Arch. ph. dr., tome 39 : Le procès, éd. Sirey, 1995, p. 87.

⁸⁷⁹ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle à nos jours*, coll. Les introuvables, LGDJ, réédition, 1882, p. 9 et s.

⁸⁸⁰ J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, préc., n° 36.

duel, combat judiciaire, l'emporte alors sur tout autre mode de preuve aux côtés du serment purgatoire, des témoignages et des ordalies⁸⁸¹. Au sein de cette procédure accusatoire et publique, il n'y avait aucune place pour la torture⁸⁸². C'est à partir du XIII^e siècle, sous l'impulsion du Christianisme, de la justice ecclésiastique ainsi que du pouvoir royal, que la procédure pénale française connaît une mutation profonde provoquant le passage d'un système qualifié d'accusatoire à la procédure dite inquisitoire lors de laquelle l'aveu va véritablement asseoir son hégémonie.

182. Le tournant inquisitoire ou l'hégémonie de l'aveu. Avant l'impulsion d'Innocent III qui créa l'Inquisition⁸⁸³, la justice ecclésiastique se fondait sur une procédure dont les modes de preuve étaient identiques à ceux utilisés devant les tribunaux laïcs⁸⁸⁴, mais l'aveu – considéré comme une « preuve complète dispensant l'accusation de faire la sienne »⁸⁸⁵ – y avait toutefois une place prépondérante. Avec l'introduction dans le droit canonique de la procédure *per inquisitionem*, l'importance de l'aveu connut en effet une fulgurante ascension. Le juge, sur sa seule initiative, procédait à une enquête secrète au cours de laquelle témoins et suspects prêtaient serment de dire la vérité, vérité souvent extirpée au moyen de la question qui devint alors un moyen ordinaire au service de la conviction du magistrat. Au sein du système de preuve légale de l'époque, l'insuffisance des preuves de la procédure écrite et son impuissance à emporter la certitude du juge, amenaient ce dernier à attacher à la confession de l'accusé une force probante absolue⁸⁸⁶. « Les juges regardaient la confession de l'accusé comme une victoire sur le crime qu'il fallait remporter à tout prix, ils ne soupçonnaient pas que dans cette lutte horrible de l'homme et de la douleur, la douleur pouvait être aux prises avec l'innocence »⁸⁸⁷.

Aux côtés de la procédure ecclésiastique, c'est ensuite la monarchie qui sera source d'importantes évolutions de la procédure criminelle dans l'Histoire. Au regard des preuves, la mainmise du pouvoir royal sur la justice provoque la disparition des preuves irrationnelles et

⁸⁸¹ G. GUYON, *Utopie religieuse et procès pénal, l'héritage historique : V-XV^e siècle*, Arch. ph. dr., 1995, *Le procès*, p. 105.

⁸⁸² A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle à nos jours*, préc., p. 12.

⁸⁸³ G. TESTAS et J. TESTAS, *L'Inquisition*, PUF, Que-sais-je ?, n° 1237, 6^e éd. 1994.

⁸⁸⁴ Serments, purgatoire, ordalies, etc.

⁸⁸⁵ H. MARIOTTE, *Le principe inquisitoire, ses origines, sa nature, son évolution dans le droit français*, Thèse, Paris, 1902, p. 27.

⁸⁸⁶ A. CUAZ, *L'aveu en matière pénale*, Thèse, Paris, 1908, p. 27.

⁸⁸⁷ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, préc., p. 351.

le renforcement des preuves dites rationnelles, le témoignage et l'aveu. Cette *probatio probatissima*, comme les sombres instruments utilisés pour l'obtenir, règneront de manière constante au sein des Ordonnances majeures de l'époque⁸⁸⁸, et ce, jusqu'à la Révolution.

183. L'apport des Lumières. Vers la fin du XVIII^e siècle, sous l'impulsion de la glorification par Montesquieu de la procédure anglaise qualifiée d'accusatoire⁸⁸⁹, le système des preuves légales allait disparaître et avec lui, la question, en 1788⁸⁹⁰. Voltaire et Beccaria condamnent sévèrement les « livres qui tiennent lieu de code en France et qui ne sont composés que de bourreau »⁸⁹¹. L'Assemblée constituante pose dès 1789 les bases d'une « autre justice »⁸⁹² et provoque un bouleversement du système procédural connu jusqu'alors en introduisant le principe du jury criminel inspiré du système anglo-saxon ou encore celui de l'élection des juges. L'arithmétique rigoureuse des preuves légales sur lesquelles l'aveu régnait⁸⁹³ laisse place à l'intime conviction du juge. Cette subjectivation du rôle du juge entraînera une objectivation de la preuve conférant finalement à l'aveu une valeur identique aux autres moyens de preuves. L'aveu ne suffit plus pour faire condamner, la confession libre et volontaire de l'accusé ne forme point preuve complète contre lui : « *nemo non auditur perire volens* »⁸⁹⁴. Le code d'instruction criminelle de 1808 ne fait pas mention de l'aveu comme moyen de preuve mais il n'en reste pas moins un élément de conviction dont les juges disposent. Dans une espèce où un jugement de condamnation s'était fondé sur l'aveu du prévenu, ce dernier excipait à l'appui de son pourvoi de la maxime *nemo non auditur perire volens*. La Cour de cassation rejeta le pourvoi « attendu que la violation d'une maxime de jurisprudence ne peut constituer un moyen de cassation qu'autant que cette maxime serait revêtue du caractère législatif, et qu'aucune loi ne défend aux juges correctionnels de faire

⁸⁸⁸ L'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, l'Ordonnance de Blois de 1579, et enfin l'Ordonnance criminelle de 1670. V. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle à nos jours*, préc., p. 135 et p. 177.

⁸⁸⁹ MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, Lettre 78, éd. Folio, coll. Folio classique, 2003, v. également, *L'esprit des Lois*, Livre XII, Chap. II, éd. Gallimard, coll. Folio Essais, 1995, p. 302.

⁸⁹⁰ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1906-1929, 6 tomes, tome I, n° 48 ; Plus précisément, la question, prévue par le titre XIX de l'Ordonnance criminelle de 1670 fut supprimée en 1788 par Louis XVI, v. J. GILISSEN, *La preuve en Europe du XVI^e siècle au début du XIX^e siècle, La preuve. Moyen-Âge et Temps modernes, Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. XVII, éd. de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1965, p. 798.

⁸⁹¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, éd. Flammarion, coll. GF, 2006, p. 91 ; VOLTAIRE, *Prix de la Justice et de l'humanité*, éd. L'Arche, 1999, p. 24.

⁸⁹² Titre de l'ouvrage publié sous la direction de R. BADINTER, *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la révolution française*, Paris, 1989.

⁸⁹³ M-J. ARCAUTE-DESCAZEAUX, *L'aveu, essai d'une contribution à l'étude pénale de la justice négociée*, Thèse, 1998, p. 56.

⁸⁹⁴ Nul n'est recevable à produire un moyen de droit pouvant entraîner sa propre mort, v. M-J. ARCAUTE-DESCAZEAUX, *L'aveu, essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, préc., p. 57.

entrer dans leurs éléments de conviction l’aveu du prévenu, et ne leur impose à cet égard des règles différentes de celles qui existent pour les jurés »⁸⁹⁵. Si l’aveu a donc perdu de sa superbe, la législation moderne lui confère tout de même une force probante et il sera finalement codifié⁸⁹⁶ au sein du Code de procédure pénale qui se substituera au Code d’instruction criminelle.

B. Évolution fonctionnelle de la notion d’aveu auto-incriminant

184. L’aveu dans la procédure pénale contemporaine, la concurrence des preuves scientifiques. L’étude de l’aveu dans une perspective historique a montré que « cet aveu arraché à la bouche, preuve extraite du corps – le cerveau – à l’intérieur duquel il était retenu »⁸⁹⁷ ne connaissait pas de concurrent aussi efficace jusqu’au développement des preuves dites scientifiques. Concurrent, le mot est à nuancer toutefois en raison des premiers procédés scientifiques connus à partir des années 1950 qui seront en réalité mis au service de l’aveu puisque développés pour faciliter son obtention. Il en allait ainsi de l’hypnose, de la narco-analyse⁸⁹⁸ par injection de penthotal appelé « sérum de vérité » ou du détecteur de mensonge⁸⁹⁹, procédés qui en dépit de leur aspect scientifique présentent, selon un auteur⁹⁰⁰, les mêmes inconvénients que le banc de torture jadis. « On passe de l’ordalie de superstition à l’ordalie scientifique »⁹⁰¹. Formellement interdits dans la procédure pénale française, on pouvait en effet douter de l’adéquation de ces moyens d’obtention de l’aveu, comparables à une « violation de l’esprit », avec le respect des droits fondamentaux de la personne au premier rang desquels se situe le droit au silence. Plus tard, ce sont les prélèvements corporels qui viendront véritablement se substituer à la suprématie de l’aveu par la bouche, la vérité tirée du corps. La Loi du 18 mars 2003⁹⁰² est venue autoriser les prélèvements externes sur le

⁸⁹⁵ Cass. crim., 23 septembre 1837, Bull., n°293.

⁸⁹⁶ Art. 428 C. pr. pén.

⁸⁹⁷ C. AMBROISE-CASTEROT, *De l’accusatoire et de l’inquisitoire dans l’instruction préparatoire*, préc., p. 371, spéc., n° 514.

⁸⁹⁸ G. HEUYER, *Narco-analyse et narco-diagnostic*, Rev. sc. crim. 1950, p. 7 et s. ; T. GAMBIER, *La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française*, D. Pén. Déc. 1992, ch. 66.

⁸⁹⁹ S. CLÉMENT, *Songes d’une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges*, RI crim. et pol. techn. 2004, p. 55 ; J. J. PALMATIER, *Systèmes d’analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonges ? Un point de vue des États-Unis*, AJ pénal 2008. 124.

⁹⁰⁰ W. P. J. POMPE *La preuve en procédure pénale*, Rev. sc. crim., 1961, p. 274.

⁹⁰¹ J. SUSINI, *La polygraphie du mensonge en 1983*, Rev. sc. crim. 1983, p. 525.

⁹⁰² Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

corps des personnes soupçonnées en phase d'enquête ou d'instruction⁹⁰³. L'utilisation du corps humain comme terrain d'investigation a également connu une plus grande avancée avec la codification de l'utilisation des empreintes génétiques par la loi du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain⁹⁰⁴ et la Loi du 15 novembre 2001⁹⁰⁵ créant un fichier national des empreintes génétiques⁹⁰⁶.

Qu'il s'agisse de briser les résistances psychologiques d'un individu au moyen de procédés peu orthodoxes ou bien de faire parler le corps, on constate que l'objectivation de la preuve n'empêche pas une résurgence des méthodes inquisitoires. « Le médecin, et non plus le bourreau, vient au service de l'inquisiteur des temps modernes. Ce progrès n'en constitue pas moins un retour au cœur de l'inquisition »⁹⁰⁷. Malgré l'apparition de nouveaux procédés scientifiques au service d'une quête de certitude du vrai, le mouvement de renaissance et de décadence des modèles procéduraux laisse apparaître une stabilité constante de l'aveu en tant qu'instrument privilégié pour conforter la justesse de l'accusation et rassurer l'enquêteur et le juge⁹⁰⁸.

185. Fonction de l'aveu et système de preuve. Le système de preuve légale⁹⁰⁹ appliqué sous l'ancien Régime fait une place considérable si ce n'est absolue à l'aveu en tant que moyen de preuve. Aboli sous la Révolution française, ce système de preuve tarifée fait de l'aveu une preuve en présence de laquelle le juge doit se considérer convaincu de la

⁹⁰³ Trois dispositions pour les trois types d'enquêtes : art. 55-1 C. pr. pén pour la flagrance, art. 76-2 C. pr. pén. pour l'enquête préliminaire, art. 154-1 C. pr. pén. pour l'instruction préparatoire. Mais les deux derniers textes renvoient à l'art. 55-1. V. C. AMBROISE- CASTEROT, *Recherche et administration des preuves en procédure pénale, la quête du Graal de la vérité*, AJ. Pén, 2005, p. 261.

⁹⁰⁴ Loi n° 94-653 relative au respect du corps humain, article 16-11 C. civ précisant que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques « ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ».

⁹⁰⁵ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, entièrement refondue par la Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁹⁰⁶ Sur l'évolution des preuves scientifiques dans la procédure pénale, v. C. BYK, *Test génétiques et preuve pénale*, RIDC, vol. 50, n°2, 1998, p. 683: « Cette quasi-certitude de pouvoir obtenir une preuve parfaite, alors que l'erreur judiciaire est une obsession qui hante l'histoire du régime de la preuve en matière pénale, devait faire rapidement admettre la légitimité de l'usage des techniques d'identification génétique » ; J-R. DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Thèse, LGDJ, 2012. L'auteur souligne que la force probante inégalée de certains procédés scientifiques remet aujourd'hui radicalement en cause les classifications séculaires des différents modes de preuve.

⁹⁰⁷ R. MERLE, *Le corps humain, la justice pénale et les experts*, JCP, 1955, I, 1219, n° 7.

⁹⁰⁸ V. T. GAMBIER, *La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française*, préc., p. 2 et s.

⁹⁰⁹ V. B. BOULOC, *Procédure pénale*, 24^e éd., 2014, Dalloz, coll. Précis, p. 54, spéc., n° 63 et s. et p. 134, spéc., n° 162 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 405 et s., spéc., n°561 ; V. aussi A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, p. 8, spéc. n° 7 et s.

culpabilité de la personne poursuivie⁹¹⁰. Vecteur d'une vérité nécessairement plus vraisemblable que correspondant véritablement à la réalité des faits, ce système de preuve est l'apanage des pays ayant une conception formelle de la vérité au rang desquels les États-Unis font figure d'emblème. Le succès de la procédure de *plea bargaining* en constitue l'éclatante illustration. En France, le système de preuve légale fut remplacé par celui de l'intime conviction⁹¹¹. Cheminement selon lequel le juge forme librement sa conviction à partir des éléments de preuve présentés devant lui⁹¹², il apparaît que le système de l'intime conviction accorde une importance bien moindre à l'aveu, preuve d'égale valeur aux autres⁹¹³. Si là s'explique la différence de conception de la vérité entre les systèmes procéduraux français et américain, il serait toutefois erroné de sous-entendre que la procédure pénale accusatoire ne connaît pas la règle « de la certitude morale et de la compréhension de la vérité par l'intelligence et la conscience du juge »⁹¹⁴. En effet, le modèle américain prévoit un système d'appréciation de la preuve et, partant, de la culpabilité du prévenu « au delà de tout doute raisonnable »⁹¹⁵. Ainsi, comme l'a souligné un auteur⁹¹⁶, il s'agirait également du principe de l'intime conviction mais simplement abordé d'une manière différente de la nôtre. Néanmoins, et du fait d'une prédominance du système de preuve légale ou morale au cœur du modèle procédural en cause, l'aveu ne revêt pas la même importance. Aussi, en France, l'intime conviction et l'attachement corrélatif à la conception matérielle de la vérité venait justifier le déclin de l'engouement pour l'aveu. Or, le développement dès les années 1990 des procédures négociées fondées sur l'auto-incrimination est venu lui donner une vigueur nouvelle.

186. L'aveu et les procédures négociées en matière pénale. Comme cela a été décrit⁹¹⁷, la justice pénale française s'est dotée au fil de différentes réformes depuis les années 1990 de modes alternatifs ou de règlement accéléré des contentieux⁹¹⁸ dans le but de désengorger les

⁹¹⁰ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey 1906-1929, tome I, n° 249 ; J. CADENÉ, *La preuve en matière pénale*, Thèse Montpellier, 1963.

⁹¹¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 780, spéc. n° 851 ; J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Procédure pénale*, Dalloz, 23^e éd., 2014, p. 3 et s.

⁹¹² R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, préc., n° 250.

⁹¹³ Art. 428 C. pr. pén.

⁹¹⁴ F. HÉLIE, *Traité d'instruction criminelle*, tome IV, 2^e éd. Plon, 1866, n° 1770.

⁹¹⁵ *Beyond a reasonable doubt*.

⁹¹⁶ C. AMBROISE CASTEROT, *De l'inquisitoire et de l'accusatoire dans l'instruction préparatoire*, préc., p. 393.

⁹¹⁷ V. *supra* n° 61 et s.

⁹¹⁸ V. Circ. CRIM 2000-07 E1 du 2 oct. 2000, décrivant « une troisième voie ».

juridictions⁹¹⁹. Toutes fondées sur une auto-incrimination par l'auteur des faits reprochés, trois procédures en particulier sont venues transformer le paysage de la procédure pénale à partir de ce critère déterminant qu'est l'aveu. En ce qui concerne les infractions de droit pénal commun, il s'agit des procédures de composition pénale⁹²⁰ et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁹²¹. Quant à certaines infractions propres au droit pénal économique, celles-ci peuvent également se voir traiter différemment par l'Autorité de la concurrence selon que l'auteur du comportement infractionnel aura opté ou non pour la procédure de non-contestation des griefs⁹²². L'ensemble de ces procédures repose sur un dialogue autour de l'auto-incrimination motivée par l'attrait d'une modulation de la sanction. En effet, afin de récolter les fruits de l'intégration de l'auteur des faits au processus probatoire et d'éviter la conduite de procédures longues et coûteuses, le système répressif se doit de consacrer des règles juridiques « incitatrices »⁹²³. Cette incitation passe par la promesse d'une sanction pénale réduite. Concerné par un calcul « coût-avantage » que le système judiciaire le pousse à faire, l'auteur de l'infraction se retrouve dans une position qui constitue l'illustration parfaite de l'analyse économique du droit et de la théorie des jeux⁹²⁴. Issues de la pratique américaine, ces analyses induisent que le règlement négocié est économiquement préférable au règlement imposé du litige, car il conduit à une solution optimale pour chacune des parties en présence⁹²⁵. L'aveu est ainsi une preuve économique, elle permet un gain de moyens et de temps.

Au-delà du constat de l'imprégnation par la matière pénale de théories propres à la science économique, il est intéressant de remarquer que quelle que soit la période historique, le système de preuve à l'œuvre ou bien le modèle dominant, l'aveu s'érige en

⁹¹⁹ F. ZOCHETTO, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport du sénat, n°17, 2005-2006.

⁹²⁰ Art. 41-2 C. pr. pén. V. *supra* n° 66.

⁹²¹ Art. 495-7 C. pr. pén. V. *supra* n° 78 et s.

⁹²² Art. L. 462-2 C. com.

⁹²³ G. ROYER, *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaires*, in M. MASSÉ, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post moderne ?*, PUF, coll. Droit et justice, 2009, p. 313 et s.

⁹²⁴ V. H. MITCHELL CADWELL, *Coercive plea bargaining, the unrecognized scourge of the justice system*, 61 *Cath. University Law Review*, 2012, p. 66 et s., spéc. p. 67 : « *Plea bargaining through the lens of Game Theory* ».

⁹²⁵ R. COASE, *The problem or social cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 et s. ; A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 140 et s. ; B. DEFFAINS, « *Jeux (théorie des)* », in L. CADIET, (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004 ; M-A. FRISON-ROCHE, *L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit*, in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, p.22 et s.

constante⁹²⁶. Notion sur laquelle a longtemps pesé un « discrédit légal »⁹²⁷ en raison d'un passé sulfureux, l'aveu – parole auto-incriminante – est aujourd'hui le critère fondamental et déterminant de procédures dont les pays de *Common Law* ne peuvent pas faire l'économie et autour duquel le système français tend à construire un circuit procédural parallèle.

187. Double mouvement. L'étude de la place de l'aveu à travers l'histoire de la procédure pénale et le constat de sa pérennité malgré les multiples modèles de procès qui se sont succédés invite à rejeter l'idée selon laquelle l'utilisation de l'aveu au sein des procédures négociées serait le résultat d'une imitation des techniques procédurales à l'œuvre outre - Atlantique. Empreinte d'accusatoire ou d'inquisitoire, la notion d'aveu et son utilisation à titre de preuve ont toujours fait partie intégrante du modèle procédural français. En revanche, le critère permettant d'affirmer une perméabilité des différents systèmes (*Common Law, Civil Law*) se situe bien au niveau de la fonction nouvellement attribuée à l'aveu.

Partant de ce constat, l'émergence de la négociation est le fruit d'une double évolution de la notion d'aveu. Une évolution temporelle d'une part, entre les différents niveaux historiques, en ce que sa vigueur nouvelle témoigne ni plus ni moins de la continuité d'un va-et-vient entre les périodes marquant l'adoption d'un système à dominance accusatoire ou inquisitoire en procédure pénale. Une évolution fonctionnelle d'autre part, en ce que cet instrument juridique et politique, élément jadis indispensable pour la tenue d'un procès, est aujourd'hui recherché afin de légitimer un système procédural qui en fait au contraire l'économie.

188. Critiques. Cette évolution fonctionnelle n'est pas exempte de critiques. Quel peut être en effet l'apport d'une telle instrumentalisation de l'aveu, preuve faillible par excellence, au regard de l'idéal de vérité judiciaire ? L'objectif affiché d'efficacité ne conduit-il pas à un mouvement de « sous-investissement du droit de la preuve »⁹²⁸? Car c'est à une vérité transfigurée qu'aboutissent les mécanismes de négociation. Plus que d'une approche accusatoire de la procédure, c'est d'une culture du chiffre et d'une vérité convenue dont l'aveu est devenu le vecteur.

⁹²⁶ V. sur ce point, J. LANGBEIN, *Torture and Plea bargaining*, 46 *The University of Chicago Law Review*, 1978. L'auteur compare le *plea bargaining* à la torture judiciaire pratiquée durant l'époque médiévale avant d'affirmer que tant le *plea bargaining* que la torture sont inhérents aux systèmes de répression mettant en œuvre des condamnations sans procès équitable.

⁹²⁷ A. CUAZ, *L'aveu en matière pénale*, Thèse, Université de Lyon, 1908, p. 15.

⁹²⁸ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, *Arch. pol. crim.*, 2004, n° 26, p. 340.

Ces mécanismes de négociation fondés sur une auto-incrimination, largement encouragés par la CEDH, risquent de véhiculer les dérives traditionnellement attribuées aux systèmes attachés à une conception formelle de la vérité. L’aveu n’est même plus une révélation mécanique de vrai ou du réel, mais une recherche d’accord⁹²⁹. L’évolution fonctionnelle de l’aveu démontre ainsi que la vérité substantielle, matérielle, n’entre pas simplement en conflit avec d’autres valeurs telles que l’efficacité et la célérité, mais se trouve en réalité sacrifiée à leur profit. Si les mécanismes français basés sur l’auto-incrimination ne sont pas en tout point identiques avec le *plea bargaining*, force est toutefois de constater que le réalisme du système américain, dans lequel l’essentiel n’est pas l’établissement de la vérité, mais l’intérêt de chaque partie au résultat de l’accord négocié, vient heurter de plein fouet notre conception traditionnelle du procès pénal⁹³⁰ et remet en cause la définition du « bien juger »⁹³¹.

Si l’histoire et le fonctionnement de l’auto-incrimination confortent l’idée que l’aveu – au sein des procédures concernées – s’érige en critère commun, celui-ci permet en outre d’opérer une distinction parmi l’ensemble des modalités du processus de négociation en matière pénale. Aux côtés des procédures recourant à l’aveu comme acte d’auto-incrimination, l’étude de la légalité du processus au regard de la finalité de manifestation de la vérité ne serait en effet pas complète sans la présentation de l’autre aspect de l’aveu : l’incrimination d’autrui.

§2. Négociation et incrimination d’autrui

189. Sens des mots. L’aveu qui porte sur la faute d’autrui renvoie directement aux notions de dénonciation⁹³² et de délation. Présentées comme « les facettes opposées d’un phénomène unique »⁹³³, la dénonciation et la délation n’en demeurent pas moins différentes. Le choix des mots n’est pas innocent et il apparaît abusif de confondre ou assimiler dénonciation et délation. Au sens large du terme, la dénonciation est l’acte par lequel un citoyen informe les

⁹²⁹ A. SCATTOLIN, *La volonté de la personne poursuivie*, préc., p. 174.

⁹³⁰ J-P. JEAN, *De l’efficacité en droit pénal*, préc., p. 136.

⁹³¹ Ph. CONTE, *Les propositions du pré rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, Dr. pén., 2009, Étude 11, spéc., p. 8. L’auteur souligne que « (...) la priorité est le rite procédural, investi d’une valeur en soi. La définition du bien juger en est remise en cause : ce n’est pas révéler la vérité, c’est conduire la procédure comme il le faut (...) ».

⁹³² V. sur ce point, E. BONIS-GARÇON, *Plainte et dénonciation*, Rep. pén., Janv. 2012, mise à jour Oct. 2013.

⁹³³ J-F. GAYRAUD, *La dénonciation*, PUF, 1995, p. 16.

autorités compétentes de la commission d'une infraction⁹³⁴. Plus précisément, il s'agit de l'acte par lequel un tiers, qui n'a pas été lui-même victime de l'infraction, la porte à la connaissance des autorités de police ou de justice. La dénonciation *stricto sensu* s'oppose donc à la plainte, celle-ci étant la dénonciation non pas d'un tiers mais de la victime⁹³⁵. Selon un auteur⁹³⁶, le droit pénal repose, pour l'essentiel, sur la dénonciation. Pratiquement l'ensemble de la réaction sociale contre le crime reposerait donc sur les déclarations de certaines personnes relativement à la conduite de certaines autres. Aux côtés de la plainte, l'aveu incriminant autrui constitue en volume, sinon en qualité, un canal majeur d'information pour la découverte des infractions⁹³⁷. Ainsi, la distinction avec la notion de délation est primordiale.

Le terme délation vient du latin *delatio* et *delator* dérivé de *delatus*, participe passé du verbe *deferre*, signifiant « rapporter, dénoncer »⁹³⁸. L'opposition est donc moins sémantique qu'attachée au sens que l'Histoire a donné à ce mot. La délation est une sorte d'étiquette infamante apposée sur un comportement donné. Le mot a un sens polémique et se distingue de la dénonciation en ce que la nature du mobile est vile et impure. Là où le dénonciateur informe la justice⁹³⁹ dans un but qui serait louable, le délateur est mû par un sentiment intéressé, individualiste et sombre. Le terme délation s'apparente à une arme de lutte idéologique et politique⁹⁴⁰, et il appartient ainsi moins au droit qu'au jugement historique et moral. D'ailleurs, la délation n'a pas de sens juridique. Le droit pénal ne connaît pas ce terme car le mobile est indifférent. Peu importe que l'information fournie à la justice soit la manifestation d'une « perversion morale »⁹⁴¹ ou d'un devoir civique louable, le droit pénal ne connaît que la dénonciation.

Pourtant, ce n'est pas ce vocable qui est utilisé pour désigner ceux qui, ayant participé à des activités criminelles, coopèrent avec les autorités judiciaires en dénonçant leurs complices ou co-auteurs en échange de différents avantages concernant la peine qu'ils encourent. En effet,

⁹³⁴ R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, p. 331, spéc., n° 266 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 24^{ème} éd. 2014, Dalloz, p. 57, spéc., n° 67.

⁹³⁵ Sur la distinction entre dénonciation et plainte, art. 17 et 40 C. pr. pén.

⁹³⁶ J. SUSINI, *Un chapitre de la psychologie policière : la dénonciation*, Rev. sc. crim., 1964, p. 887.

⁹³⁷ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 9^e éd. 2014, LexisNexis, coll. Manuel, p. 812, spéc., n° 1142 et s.

⁹³⁸ J. DUBOIS, H. MITTERAND, A. DAUZAT, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2007.

⁹³⁹ Le terme « dénonciation » est emprunté du latin « *dēnuntiatio* » signifiant « action d'annoncer » et *dēnuntiare*, « faire savoir ». V. *Dictionnaire étymologique et historique du français*, v° dénonciation.

⁹⁴⁰ L.-J. COLANERI et G. GERENTE, *La dénonciation et les dénonciateurs*, PUF, Bibliothèque de Philosophie Contemporaine, 1948, p. 2.

⁹⁴¹ J.-F. GAYRAUD, *La dénonciation*, préc., p. 29.

là où dans les manuels la dénonciation concerne un tiers qui n'a pas été lui-même victime de l'infraction, rien n'est dit, ou très peu, de ceux qui dénoncent sans avoir été victimes de l'infraction mais au contraire auteur, complice ou co-auteur de celle-ci. Ni plainte ni dénonciation à proprement parler mais il y a pourtant bien un aveu incriminant autrui. Il est question ici de repentis⁹⁴², légalement appelés « collaborateurs de justice »⁹⁴³.

190. Plan. À l'instar de l'auto-incrimination, la pratique consistant à octroyer une forme d'impunité plus ou moins étendue à l'auteur qui dénonce ses complices est fort ancienne (A). Illustration d'une théorie issue de la science économique très connue aux États-Unis sous le nom de « *Theory of Games* »⁹⁴⁴, le mécanisme probatoire basé sur la dénonciation d'autrui connaît aujourd'hui un regain et un succès sans précédent au sein de la matière pénale française, illustrant de nouveau l'instrumentalisation de l'aveu non plus comme vecteur d'une quelconque vérité mais comme monnaie d'échange d'une certaine impunité (B).

A. Évolution temporelle de l'aveu incriminant autrui

191. Aux origines. Historiquement, le phénomène de la dénonciation semble « immémorial »⁹⁴⁵. À Athènes puis à Rome, celle-ci a fonctionné « comme une donnée normale de la vie civique »⁹⁴⁶. C'est Solon⁹⁴⁷ qui, à la fin du VI^e siècle av. J.-C., pour éviter que certaines victimes ne restent sans défense, décida que chaque citoyen pouvait devenir accusateur et intenter une action en justice pour une infraction dont il n'était pas lui-même la

⁹⁴² L'utilisation du terme « repentis » par la doctrine pour désigner les auteurs ou les complices d'infractions collaborant avec la justice n'est pas la plus adéquate dans le sens où le repentir actif est en droit pénal l'action de celui qui, ayant commis une infraction, s'efforce de remédier aux effets produits par celle-ci. Or dans le cas de l'auteur d'une infraction avouant une faute commise par autrui, il est plus raisonnable de considérer que le délinquant est davantage attiré par le désir d'échapper à la peine à laquelle il s'est exposé que par une réelle volonté de faire pénitence. V. *supra* n° 84.

⁹⁴³ V. M-A. BEERNAERT, « Repentis » ou « collaborateurs de justice », quelle légitimité dans le système pénal ?, *Droit et Société* 3/2003, n° 55, pp. 693-711.

⁹⁴⁴ Les fondements de la théorie des jeux modernes sont décrits et développés pour la première fois par Oskar MORGENSTERN et John von NEUMANN, tout deux mathématiciens et économistes au sein de leur ouvrage *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 2007.

⁹⁴⁵ M-A. BEERNAERT, *De l'irrésistible ascension des « repentis » et « collaborateurs de justice » dans le système pénal*, *Déviance et société*, 2003, Vol. 27, n°1, p. 77.

⁹⁴⁶ J. MELEZÉ-MODRZEJEWSKI, *Sycophantes et délateurs, un mal dans la cité*, in *La délation*, éd. Autrement, 1992, Paris, pp. 225-234.

⁹⁴⁷ Considéré comme l'inventeur de la démocratie athénienne et devenu premier magistrat dirigeant la cité en 594 av. J.-C., Solon mit en place une réforme sociale et politique qui engendra l'essor d'Athènes. V. Y. SINTOMER, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage au sort et politiques d'Athènes à nos jours*, éd. La Découverte, Paris, 2011.

victime directe. Dans la pratique, le système fut détourné de son objectif en raison de la récompense réservée au citoyen accusateur qui pouvait obtenir une partie de la fortune du condamné en cas de confiscation de ses biens. Évidemment l'intérêt personnel l'emporta sur les préoccupations civiques, et l'on vit apparaître des délateurs professionnels : les « sycophantes »⁹⁴⁸.

Rome a vécu une expérience similaire, que Montesquieu évoque en ces termes dans l'Esprit des lois : « À Rome, il était permis à un citoyen d'en accuser un autre. Cela était établi selon l'esprit de la République, où chaque citoyen doit avoir pour le bien public un zèle sans borne ; où chaque citoyen est censé tenir tous les droits de la patrie dans ses mains »⁹⁴⁹.

Caractérisé par un système de preuves irrationnelles dérivées du jugement de Dieu⁹⁵⁰, le Moyen-Âge ne semble pas avoir constitué une époque durant laquelle l'incitation à l'incrimination d'autrui était à l'œuvre.

Au XVI^e siècle en revanche, époque qualifiée d'inquisitoire, lors de laquelle la pratique de la question se généralisa, il ne s'agissait plus d'encourager la dénonciation de complices en promettant au délinquant l'impunité, mais bien de lui extorquer des noms par la torture. Toutefois, à la différence de la question préparatoire ordonnée avant le jugement définitif pour obtenir les aveux auto-incriminants de l'accusé et disposer contre lui d'une preuve complète⁹⁵¹, c'est une question dite *préalable* qui était subie par le condamné à mort « dans le but d'avoir révélation de ses complices »⁹⁵².

À l'époque révolutionnaire, c'est Beccaria qui évoque le premier le fait que « certains tribunaux promettent l'impunité au complice d'un délit grave qui dénonce ses

⁹⁴⁸ Le terme signifie littéralement : révélateur de la figue. Cette dénomination vient du fait qu'à l'origine les sycophantes dénonçaient les contrebandiers de figues. V. D. LOCHAK, *La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ?*, in Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT, éd. Dalloz, 1996, pp. 451-471.

Il convient de souligner ici que le droit espagnol connaît d'un système d'accusation dite « populaire » pour tous les délits publics. Sur ce point, v. M. LACAZE, *Les acteurs de l'enquête pénale en Espagne*, in J-C. SAINT-PAU (dir.), *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, n°5, Cujas, 2014, à paraître. L'auteur souligne que cette action, quoique à l'origine inspirée du modèle anglo-saxon, est une caractéristique du système espagnol qui permet à tout citoyen disposant de la plénitude de ses droits civils et sans avoir souffert de préjudice particulier, d'exercer une action pénale. À l'instar du système d'accusation mis en place par Solon au VI^e siècle av. J-C., l'auteur évoque que cette procédure est aujourd'hui contestée au regard de son dévoiement pratique pour servir des intérêts particuliers ou politiques.

⁹⁴⁹ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre VI, chap. VIII, Des accusations dans les divers gouvernements, cité par D. LOCHAK, *La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ?*, préc.

⁹⁵⁰ R. JACOB, *Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne*, préc., p. 87.

⁹⁵¹ V. *supra* n° 181 et s.

⁹⁵² A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal. La procédure criminelle*, préc., pp. 116-117 ; M-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : Analyse comparée et critique*, éd. Bruylant, 2002, p. 17.

compagnons»⁹⁵³. Réticent à « autoriser les Saintes lois, monument sacré de la confiance publique et base de la morale humaine, à se servir de la trahison et de la dissimulation »⁹⁵⁴, il évoque toutefois les avantages de l'incitation pénale à la dénonciation. Cela permet de « prévenir des délits importants qui effrayent le peuple parce que les effets en sont connus et les auteurs mystérieux » et « une loi générale promettant l'impunité au complice qui dénonce un délit pourrait empêcher les ententes de se former, chacun des complices craignant d'être le seul à s'exposer »⁹⁵⁵.

Plus tard, les codes de la Révolution et de l'Empire n'obligeaient les particuliers à apporter leur concours à la justice par le biais de la dénonciation d'autrui que dans un petit nombre d'hypothèses. Le Code pénal de 1810 réprimait en effet la non-dénonciation des complots ou des crimes attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État. Concernant ces infractions, la dénonciation était envisagée de deux façons différentes. C'était d'abord une obligation pénalement sanctionnée de dénoncer les infractions qui nuisent à la défense nationale⁹⁵⁶. C'était ensuite un moyen de politique criminelle offrant au coupable d'une infraction à la sûreté de l'État qui en informait les autorités, le bénéfice d'une excuse de dénonciation⁹⁵⁷. Ce serait là l'origine légale véritable de la récompense accordée au « repent » qui collabore avec les autorités judiciaires.

192. Distinction des collaborateurs de justice et autres techniques de renseignements humains. La définition et l'histoire de la pratique de la collaboration probatoire permettent de la différencier d'autres méthodes voisines⁹⁵⁸.

Tout d'abord, il ne faut pas confondre la notion de collaborateur de justice avec celle d'indicateur. Envisagé au sein de la loi du 21 janvier 1995⁹⁵⁹, l'indicateur peut être toute personne étrangère aux administrations publiques qui fournit des renseignements aux services

⁹⁵³ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, préc., p. 91.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, préc., p. 92. Contrairement à C. BECCARIA, J. BENTHAM estime qu'il « qu'il faut bien se garder, relativement à des crimes graves, de fixer de telles récompenses par une loi générale. Une loi générale serait une invitation à toutes sortes de délits », in *Théorie des peines et des récompenses*, Œuvres de J. BENTHAM, trad. Par P.E.L DUMONT et B. LAROCHE, t. II, Aelen, Scientia, 1969, p. 159 ; v. M-A. BEERNAERT, « Repentis » et « collaborateurs de justice » : quelle légitimité dans le système pénal ?, préc., p. 19.

⁹⁵⁶ Art. 100 al. 1^{er} C. pén. de 1810. Sur cette question, v. R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 1982, Paris, p. 88. V. A-C. de LAMY, *Les dénonciations et le droit pénal*, thèse, Toulouse, 2002.

⁹⁵⁷ Art. 101 al. 1 à 3 C. pén. de 1810.

⁹⁵⁸ V. *supra* n° 189.

⁹⁵⁹ Art. 15-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

de police ayant amené directement soit, à la découverte de crimes ou de délits, ou bien ayant permis l'identification de leurs auteurs. On peut observer que si tout collaborateur de justice est un indicateur de fait, tout indicateur ne sera pas forcément un collaborateur de justice. En effet, l'indicateur, même s'il est en contact avec l'organisation criminelle, n'a pas participé à l'infraction. De plus, les renseignements et données qui sont transmis par eux aux services de police ne servent souvent qu'au démarrage de l'enquête et non à titre de preuve au cours du procès.

De la même façon, le recours aux collaborateurs de justice ne saurait être assimilé à l'obligation pénalement sanctionnée que connaît le droit français de dénoncer certaines infractions. Lors de la commission d'une infraction, le plus souvent celle-ci n'est pas immédiatement « visible » pour le système pénal et doit lui être « renvoyée »⁹⁶⁰ par des particuliers, témoins ou victimes. C'est dans ce sens que l'on a pu écrire que le « droit pénal repose pour l'essentiel sur la dénonciation »⁹⁶¹. Ainsi par exemple l'article 434-2 du Code pénal prévoit au sein d'un chapitre IV « Des atteintes à l'action de la justice », que « le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ».

Également, selon l'article 434-3 du Code pénal, « le fait pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'autres atteintes sexuelles infligées à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie ou d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives » est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

Enfin, et à distinguer encore de la collaboration prêtée par le repentir, il apparaît qu'une certaine forme de dénonciation soit imposée aux professionnels tenus normalement au secret énoncé par l'article 226-13 du code pénal.

À côté de cette obligation de dénoncer, il faut également distinguer le système des collaborateurs de justice de l'obligation de déposer en tant que témoin.

⁹⁶⁰ P. ROBERT et C. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, éd. Le Centurion, 1980, Paris, pp. 32-33.

⁹⁶¹ J. SUSINI, *Un chapitre de la psychologie policière : la dénonciation*, Rev. sc. Crim., 1964, p. 887.

Ainsi par exemple, au terme de l'article 109 du code de procédure pénale toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer à peine d'encourir une amende⁹⁶².

On voit bien ici que ces mécanismes permettant de contraindre pénalement une personne à dénoncer certains faits ou à déposer dans le cadre d'un procès, présentent d'importantes différences avec le recours aux collaborateurs de justice. À la différence de ceux-ci, la personne dont on cherche à obtenir la dénonciation ou la déposition n'a pas pris part aux infractions. De plus, elle risque d'encourir une peine si elle se soustrait à son obligation de dénoncer ou de déposer alors que le collaborateur de justice, loin d'être obligé de collaborer à l'enquête, va bénéficier en tant qu'accusé d'un droit au silence. Il n'est donc pas puni à raison de son silence mais récompensé pour avoir parlé⁹⁶³.

Traiter de ce qu'ont été les origines de l'utilisation de l'aveu en tant que preuve dans un but d'incrimination d'autrui et distinguer cette pratique d'autres méthodes à l'œuvre en procédure pénale conduit à envisager désormais la manière dont a évolué la matière pénale française contemporaine par le biais de l'imprégnation de cette logique de dénonciation.

B. Évolution fonctionnelle de l'aveu incriminant autrui

193. Réception juridique contemporaine de l'incrimination d'autrui⁹⁶⁴. Comme il a déjà été décrit⁹⁶⁵, la négociation par l'incrimination d'autrui est illustrée en matière pénale en France par deux procédures.

Celle de l'article L. 464-2, IV du Code de commerce qui traite des dispositifs de clémence devant l'Autorité de la Concurrence pour la répression des pratiques anticoncurrentielles. Cette procédure est utilisée lors d'ententes entre plusieurs entreprises. Il s'agit d'un outil de dénonciation légale, plus moralement appelé « d'aide à l'enquête »⁹⁶⁶, où l'une des entreprises

⁹⁶² Art. 438 C. pr. pén. : « Le témoin qui ne comparaît pas ou qui refuse, soit de prêter serment, soit de faire sa déposition, peut être, sur réquisition du ministère public, condamné par le tribunal à une amende de 3750 € ».

⁹⁶³ On peut malgré tout se demander si, dans les cas où la personne se voit infliger la peine pour avoir refusé de collaborer, une partie de cette peine ne viendrait pas sanctionner ce refus de coopération en même temps que l'infraction commise.

⁹⁶⁴ Titre de G. ROYER, in *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaires*, préc., p. 322.

⁹⁶⁵ V. *supra* n° 86 et n° 96.

⁹⁶⁶ A. VIALFONT, *Analyse économique des procédures négociées en droit de la concurrence*, préc., p. 1.

de l'entente se voit offrir une immunité d'amende si elle révèle sa participation à la pratique collusive ainsi que les autres participantes⁹⁶⁷.

Ensuite, pour ce qui est du droit pénal *stricto sensu*, l'article 132-78 du Code pénal prévoit un mécanisme d'exemption ou de réduction de peine en cas de dénonciation par le délinquant de ses complices ou co-auteurs.

Mettant en œuvre un traitement négocié de l'incrimination d'autrui, ces deux procédures prennent la forme d'un modèle des sciences économiques appelé « le dilemme du prisonnier » – célèbre représentation de la théorie des jeux⁹⁶⁸ – au sein de laquelle la manifestation de la vérité semble être devenue davantage la charge du dénonciateur que celle des autorités.

194. Approche économique. Énoncé en 1950 par A.W. Tucker, mathématicien américain, le dilemme du prisonnier⁹⁶⁹ caractérise une situation dans laquelle deux individus auraient intérêt à coopérer mais où de fortes incitations peuvent convaincre un individu rationnel de trahir l'autre. Le postulat essentiel de ce mécanisme réside dans la rationalité de tous les agents en cause. C'est la raison pour laquelle le procédé est particulièrement utilisé en droit de la concurrence où l'une des particularités du domaine des pratiques anticoncurrentielles par rapport au droit pénal est que l'on peut prêter aux entreprises « un comportement économique rationnel »⁹⁷⁰.

La première expérience concrète du dilemme du prisonnier⁹⁷¹ a été réalisée aux États-Unis sous la forme suivante. Deux suspects sont arrêtés par les autorités de police. N'ayant pas suffisamment de preuves de leur culpabilité, l'autorité de poursuite procède à une interrogation séparée et simultanée des suspects en leur faisant une offre identique formulée en ces termes : si l'un dénonce l'autre, alors le dénonciateur sera remis en liberté et l'autre sera condamné à la peine maximale encourue. Si chacun dénonce l'autre, alors chacun écopera d'une peine relativement élevée. Enfin, si les deux suspects gardent le silence, la peine qui leur sera appliquée sera réduite au minimum.

⁹⁶⁷ V. D. REDON, *Libres propos sur la procédure de clémence : loyauté, dénonciation et droit de la concurrence*, Gaz. Pal., 2007, p. 740.

⁹⁶⁸ B. DEFFAINS, *Jeux (théorie des)*, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc.

⁹⁶⁹ Sur ce point V. E. MACKAY, *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, in B. DEFFAINS, (dir). *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, p. 11 et s.

⁹⁷⁰ A. VIALFONT, *Analyse économique des procédures négociées en droit de la concurrence*, préc., p. 2.

⁹⁷¹ N. EBER, *Le dilemme du prisonnier*, La découverte « Repères », 2006, p. 3-8.

L'efficacité de ce mécanisme réside dans le fait que chaque suspect ne connaît pas le comportement adopté par l'autre⁹⁷² et chaque participant est considéré comme un *homo œconomicus* qui recherche la maximisation de sa situation. Dans cette logique, les considérations temporelles sont très présentes. Ainsi un allègement de la sanction, modulée selon l'ordre d'arrivée des agents dans le mécanisme de collaboration probatoire⁹⁷³ et selon le moment de la commission de l'infraction, permet de dissoudre les diverses hypothèses de délinquance de groupe saisies par le droit⁹⁷⁴. Également, la stratégie de dénonciation apparaît comme la stratégie dominante pour les deux « prisonniers ». En effet, quel que soit le choix de l'autre, chaque prisonnier obtient toujours un résultat meilleur en dénonçant son complice.

195. Applications pratiques. Selon l'alinéa 1 de l'article 132-78 du Code pénal, une exemption de peine est accordée à l'agent qui a tenté de commettre un crime ou un délit et qui « ayant averti l'autorité administrative et judiciaire, a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices ». Pour ce qui est du second alinéa, la récompense accordée ne sera qu'une réduction de la peine puisque l'intervention de l'agent se situe postérieurement à la commission de l'infraction⁹⁷⁵. Le premier des participants à l'entreprise criminelle qui dénonce dispose de la récompense et cette dénonciation initiale ferme la porte aux éventuelles collaborations probatoires subséquentes de l'un des membres du groupe⁹⁷⁶.

On peut constater le même mécanisme en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles. En effet, la procédure de clémence mise en place par la loi sur les nouvelles régulations économiques⁹⁷⁷, codifiée à l'article L. 464-2 du Code de commerce et précisée par un communiqué de procédure émanant de l'Autorité de la concurrence le 2 mars 2009, prévoit une exonération totale de sanction pécuniaire à l'entreprise qui fournit la première des informations et preuves de l'existence d'une entente prohibée dont elle fait partie⁹⁷⁸. Cette favorisation d'une dynamique de course à la dénonciation en accentuant les différentiels de situation entre le délateur et ses anciens complices peut même aller, comme

⁹⁷² G. ROYER, *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaires*, in M. MASSÉ, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post moderne ?*, PUF, coll. Droit et justice, 2009, p. 313 et s.

⁹⁷³ M-A. FRISON-ROCHE, M-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, éd. Dalloz, 2013, n° 315.

⁹⁷⁴ E. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Thèse, LGDJ, 2002, n° 603.

⁹⁷⁵ Art. 132-78 al. 2. C. pén.

⁹⁷⁶ G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique*, préc., p. 488.

⁹⁷⁷ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁹⁷⁸ Adlc., 2 mars 2009, communiqué relatif au programme de clémence français.

c'est le cas au Royaume-Uni, jusqu'à un intéressement financier du premier dénonciateur⁹⁷⁹. L'Autorité de la concurrence anglaise, l'OFT (*Office of Fair Trading*) a en effet mis en œuvre, à titre expérimental, une logique de récompense pécuniaire à toute personne permettant de mettre au jour et de démanteler une entente anticoncurrentielle. Le système français n'en est pas encore là, la rétribution des dénonciateurs se limitant à la seule réduction ou exemption de peine, mais la perméabilité croissante des systèmes ne permet pas d'exclure totalement une telle évolution.

196. Déclinaisons de la logique utilitariste. Inséré dans un système procédural français traditionnellement hostile à la gestion négociée des litiges répressifs⁹⁸⁰, le dialogue probatoire exclusivement tourné vers la révélation de la culpabilité d'autrui⁹⁸¹ semble être aujourd'hui une donnée normale de l'arsenal pénal. Au nom du libre jeu de la concurrence et de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme, ces mécanismes accordant une prime à la dénonciation sont aujourd'hui élevés au rang d'instruments juridiques indispensables et ce, en France comme à l'étranger. Au départ tourné vers un type de délinquance particulièrement difficile à appréhender parce que bâti sur le silence – ciment propre aux communautés criminelles – l'étude du champ d'application de ces procédures a mis en lumière la formidable expansion des cas dans lesquels l'aveu dénonciation peut être utilisé⁹⁸². Au-delà de l'évolution des règles de preuve que cela implique (puisque le délinquant se retrouve participant à l'administration des preuves à charge) c'est une logique utilitariste, traditionnellement l'apanage du domaine économique, qui semble avoir été inoculée dans le système procédural français.

197. Exigence de corroboration des dénonciations. Si « les trahisons ne sont pernicieuses qu'autant que les conventions sont innocentes »⁹⁸³, il apparaît que l'essor des procédures fondées sur une négociation de la sanction au prix d'un aveu des fautes d'autrui est le signe d'une procédure pénale servant davantage un idéal utilitariste que déontologique. Ces mécanismes de collaboration probatoire posent un ensemble de questions dont les réponses

⁹⁷⁹ F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, préc., p. 37, v. A.I. GAVIL, W.E. KOVACIC et J.B. BACKER, *Private monitoring and Antitrust Enforcement : Paying Informants to Reveal Cartels*, 69 *George Washington Law Review*, 2001, p. 766.

⁹⁸⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 772.

⁹⁸¹ G. ROYER, *Analyse économique et traitement négocié de la délinquance d'affaire*, préc., p. 321.

⁹⁸² V. *supra* n° 86 et n° 96.

⁹⁸³ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, ouvrage extrait des écrits de J. BENTHAM, juriconsulte anglais, éd. Bossange et Masson, 2^e éd, Paris, 1818, p. 163.

semblent sacrifiées au nom d'une fin qui justifierait les moyens. Plus que dans les cas d'auto-incrimination, les procédures fondées sur la dénonciation renvoient à la question de la corroboration d'un tel moyen de preuve. Si les aveux incriminant autrui sont susceptibles de permettre aux autorités de démanteler efficacement des réseaux de criminalité organisée ou des ententes anticoncurrentielles, leur appréciation ne saurait être irrémédiablement décisive sur le sort du ou des dénoncés. Si l'exigence de corroboration peut, certes, aller à l'encontre des objectifs de célérité et de simplification posés par le législateur, il semble que celle-ci serve un impératif supérieur de respect des droits de l'Homme.

En effet, les dénonciations faites par des co-auteurs ou complices dans la commission d'une infraction sont légitimement sujettes à caution. Elles peuvent être le résultat de multiples causes allant de la manipulation jusqu'à la vengeance personnelle, en passant par le désir pur et simple d'obtenir les bénéfices prévus par la loi. Les révélations d'un collaborateur de justice, tant dans le domaine du droit de la concurrence que du droit pénal commun étant rarement désintéressées, leur fiabilité apparaît plus que douteuse et leur correspondance à la vérité matérielle également.

À la lumière du principe de l'intime conviction connu du droit français, cette constatation doit nécessairement conduire à limiter le pouvoir d'appréciation du juge, en prohibant la condamnation d'un individu qui aurait été mis en cause par un repentir sur la seule base des déclarations de celui-ci et cela même si le juge est intimement convaincu par les révélations.

Si rien n'est précisé dans les textes relatifs à la procédure de clémence fondée sur l'incrimination d'une entreprise concurrente devant l'Autorité de la concurrence, l'exigence de corroboration est toutefois la position qui a été adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme⁹⁸⁴ dans le cadre de la procédure décrite à l'article 132-78 du Code pénal. Elle exige en ce sens que les déclarations d'un repentir soient corroborées par d'autres éléments de preuve pour fonder une condamnation conforme à l'article 6 de la Convention. C'est sans doute la raison d'être du dernier alinéa de l'article 132-78 du Code pénal qui prévoit qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions du présent article ». Ce garde-fou est indispensable afin de limiter les conséquences qu'une utilisation incontrôlée des révélations

⁹⁸⁴ CEDH, *Labita c/ Italie*, req. n° 26772/95, 6 avril 2000, n° 156 : « En l'espèce, les allégations formulées contre le requérant provenaient d'une seule source, un repentir (...) consciente que la collaboration des repentis représente un instrument très important dans la lutte que les autorités italiennes mènent contre la mafia, l'utilisation de leurs déclarations pose cependant un certain nombre de problèmes délicats (...) la nature parfois ambiguë de ces déclarations et le fait qu'une personne puisse être mise en accusation et arrêtée sur la base d'allégations non contrôlées et pas forcément désintéressées ne doivent pas dès lors être sous-estimés ».

des collaborateurs de justice entraînerait. Cela marque très certainement un recul du principe de l'intime conviction mais il semble que l'exigence de corroboration soit plus que justifiée au regard des garanties qu'elle préserve. Notons qu'à l'exception du système fédéral américain, la plupart des législations qui connaissent le système des repentis ont introduit cette règle selon laquelle une condamnation ne saurait être fondée sur les seuls dires d'un collaborateur de justice⁹⁸⁵. Toutefois en France, les affaires dans lesquelles des repentis sont susceptibles d'intervenir relèveront pour l'essentiel de la Cour d'assises. Lorsque ses arrêts n'avaient pas à être motivés⁹⁸⁶, il était difficile de savoir comment, dès lors, contrôler l'importance qu'avaient eu les déclarations d'un repentis au sein du verdict. L'exigence, depuis le 1^{er} janvier 2012⁹⁸⁷, de motivation des arrêts d'assises a permis une certaine avancée sur ce point. On peut également noter ici que la question de la crédibilité des déclarations se pose surtout au stade de l'instruction. Ainsi, lors de la phase de jugement devant la Cour d'assises, il est permis de penser que le dossier des charges est suffisamment étayé et que la dénonciation ne constitue plus qu'un élément parmi d'autres. Il ne reste pas moins que cette exigence de corroboration ne concerne qu'une seule des deux procédures de négociation ayant recours à l'incrimination d'autrui, les textes relatifs à la procédure de la clémence, tant en droit interne⁹⁸⁸ qu'en droit européen⁹⁸⁹, étant à l'heure actuelle toujours silencieux sur ce point.

198. Appréciation critique. De plus, si l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme, pour faire en sorte que les déclarations des repentis soient corroborées par d'autres éléments de preuve, semble avoir résolu le problème de la valeur probatoire de la dénonciation, une nuance doit toutefois être apportée. En effet, selon l'avis de la Commission

⁹⁸⁵ *Les repentis face à la justice pénale*, documents de travail du Sénat, Études de législation comparée, préc., disponibles sur le site internet du Sénat.

⁹⁸⁶ Avant la réforme introduite par la Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, v. les articles 10, 11 et 12 prévoyant les dispositions relatives au déroulement de l'audience et à la motivation des décisions de la Cour d'assises suite à l'arrêt de la CEDH, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/05, 13 janvier 2009. V. art. 365-1 C. pr. pén. Plus précisément sur l'articulation de la motivation des arrêts d'assises avec l'exigence du procès équitable, V. CEDH, *Agnelet c/ France*, req. n° 61198/08, 1^{er} fév. 2013.

⁹⁸⁷ Entrée en vigueur de la Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

⁹⁸⁸ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, v. C. LEMAIRE, *L'Autorité de la concurrence publie deux nouveaux communiqués de procédure en matière d'engagements et de clémence*, Concurrences, 2009, n° 2.

⁹⁸⁹ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, 8 décembre 2006, J.O.U.E, n° C 298/17.

nationale consultative des droits de l'Homme⁹⁹⁰ adopté le 17 mars 2003, la précision selon laquelle aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations d'un repentir ne constitue qu'une garantie sans portée suffisante. Le système des collaborateurs de justice, qu'elle compare à celui de l'infiltration procède, selon la Commission, d'une conception dégradante de la justice pénale et ne peut qu'aboutir à des résultats contestables.

Issus d'influences étrangères, communautaires ou d'autres disciplines, les moyens de lutte contre les phénomènes criminels contemporains doivent ainsi être analysés, certes au travers de leur efficacité⁹⁹¹, mais également au regard de leur adéquation avec les principes fondamentaux⁹⁹², afin que la balance⁹⁹³ – entendue ici dans le sens argotique du terme – soit véritablement symbole de justice.

199. La nécessaire coexistence de l'efficacité et de la vérité. L'aveu qui, comme le soulignait un auteur, « porte trop directement la trace de la subjectivité humaine »⁹⁹⁴ ne saurait donc constituer l'unique base d'une condamnation. L'ensemble des modalités du processus de négociation, que celles-ci mettent en œuvre l'application d'une sanction par le biais d'une auto-incrimination ou d'une incrimination d'autrui, semble aller à l'encontre de cette affirmation. Partant, il serait souhaitable de converger vers un système de corroboration effective des aveux. Un tel souhait n'irait pas forcément à l'encontre du principe même de la justice négociée, « le système de la corroboration des preuves n'empêchant pas le jugement de l'affaire en l'état avec le consentement de la personne poursuivie »⁹⁹⁵, et permettrait, en outre, de se rapprocher davantage d'une vérité, si ce n'est correspondant totalement à la réalité des faits⁹⁹⁶, du moins conforme à l'idéal de notre tradition juridique. Une vérité⁹⁹⁷ qui

⁹⁹⁰ CNCDH, Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté le 27 mars 2003, v. <http://www.cncdh.fr>.

⁹⁹¹ R. DAVID, *Le dépassement du droit et les systèmes juridiques contemporains*, Arch. ph. Dr., t.8, 1963, p. 10 et s. spéc. p. 19.

⁹⁹² V. *supra* n° 167 et s.

⁹⁹³ Inspiré d'un titre de M-A. BEERNAERT, *La balance, symbole de justice ?*, in *Repentis et collaborateurs de justice : quelle légitimité dans le système pénal*, Droit et société, n°55, 2003, pp. 693-713, spéc. p. 712.

⁹⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, *La preuve pénale*, Droits, Revue française de théorie de philosophie et de culture juridiques, 1996, n° 23, p. 56.

⁹⁹⁵ B. PEREIRA, *Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?*, préc., p. 2049.

⁹⁹⁶ V. A. FABBRI et C. GUERY, *La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue*, Rev. sc. crim. 2009, p. 343 et s. ; J-C. BILLIER, *Vérité et vérité judiciaire*, Cah. Justice n° 2, Dalloz, 2007, p. 201 ; B. WILLIAMS, *Véracité et vérité, essai de généalogie*, Gallimard, 2006.

⁹⁹⁷ Sur les différentes « sortes de vérités », v. F. GIRARD, *La preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 34, spéc., n° 7 ; v. également Y. MULLER, *L'idéal de vérité dans le procès pénal*, préc., p. 531.

ne doit pas être sacrifiée à l'efficacité de la répression, notion dont il convient également d'analyser l'évolution au regard du développement de la négociation en matière pénale.

Section 2. Évolution de la notion de répression

200. Notion de répression. Selon un auteur, la répression, « c'est la justice pénale »⁹⁹⁸. Aussi, l'étude de la conformité de la négociation avec les finalités de la justice pénale conduit nécessairement à présenter l'objectif de répression. La justice répressive étant l'expression d'un système sanctionnateur conduisant à l'infliction d'une sanction pénale en réponse à un comportement qualifié d'infraction pénale⁹⁹⁹, la notion de répression renvoie nécessairement à la peine et à son mode d'élaboration. En d'autres termes, la répression repose sur l'existence d'une sanction pénale, élément révélateur de la punition, et sur l'application de cette dernière sous une forme imposée. Parler de négociation au regard de la finalité répressive de la justice pénale, c'est apprécier cette conception traditionnelle de la répression à la lumière de la logique de négociation.

201. Convergence entre consentement et sanction. Il a été souligné « qu'à une époque où ce qui est imposé unilatéralement est de plus en plus mal ressenti, on peut imaginer que le droit pénal amorce une démarche originale consistant à faire reposer les sanctions ou du moins certaines d'entre elles, sur le consentement du délinquant (...) »¹⁰⁰⁰. Il peut être constaté « un déclin de la justice de répression au profit de la prévention et de la réparation où l'on traiterait par contrat ce qui relève ordinairement de la sanction »¹⁰⁰¹. À côté de l'idée d'une apparition du contrat au sein de la matière pénale qui, semble-t-il, doit être remise en cause¹⁰⁰², c'est l'affirmation du déclin de l'application de la loi pénale par le fait de l'intervention du consentement qu'il faut nuancer.

⁹⁹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, éd. PUF, Paris, 1980, p. 7.

⁹⁹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009, v° « Répression ».

¹⁰⁰⁰ Ph. SALVAGE, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim., 1991, p. 699 et s. ; F. ALT-MAES, *Autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou demain*, Rev. sc. crim., 1987, p. 347.

¹⁰⁰¹ F. CASORLA, *La justice pénale à l'épreuve du concept de restorative justice*, RPDP, 2000, p. 31.

¹⁰⁰² V. *infra* n° 371 et s.

Puisque l'aveu préalable, exigé au sein des procédures négociées, s'apparente à un consentement à reconnaître sa culpabilité ou à dénoncer celle d'autrui, il apparaît légitime de s'interroger sur les enjeux d'une convergence entre consentement et sanction, ainsi que sur l'impact de l'introduction de données consensuelles sur l'exercice du droit de punir.

202. Modulation et suppression de la sanction. À première vue, les différentes modalités d'application du processus de négociation en matière pénale illustrent une intervention du consentement du délinquant pour moduler les termes de la sanction d'une part, et agir sur son existence même d'autre part. En effet, concernant les hypothèses de négociation impliquant le consentement de l'auteur de l'infraction à s'avouer coupable, telles que les procédures de composition pénale et de CRPC en droit pénal commun ou de non-contestation des griefs en droit de la concurrence, l'impact de la négociation sur la finalité répressive se traduit par une réduction du *quantum*¹⁰⁰³ de la peine normalement encourue.

En revanche, les hypothèses de négociation incitant l'auteur à consentir à la dénonciation de ses complices ou co-auteurs¹⁰⁰⁴ engendrent, par le biais d'une exonération, une exclusion totale de la sanction normalement encourue, en récompense de l'aveu incriminant autrui.

L'étude de l'impact de ces différentes hypothèses sur la finalité répressive de la justice pénale permet de mettre en lumière des transformations inhérentes à la peine. Toutefois, il semble que l'altération de la répression ne soit qu'un phénomène apparent. En effet, si la sanction pénale, élément fédérateur de la répression, subit certaines formes d'atteintes sous l'impulsion consensuelle, la vérité n'est pas celle d'un effacement du répressif au profit d'une logique humaniste et pacificatrice, véhiculée par les partisans des idées de consensualisme et de contractualisation. Au contraire, comme le souligne un auteur : « il ne faut pas céder aux effets de mode, voire à l'engouement du tout conventionnel – ou consensuel. Une vigilance sociologique minimale nous enjoint de débusquer la permanence des rapports d'autorité sous les formes renouvelées du discours de la communication et de la pratique de la négociation »¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ Il convient ici de noter que la réduction de la peine, entraînée par l'application de l'article 132-78 al. 2 du Code pénal, de moitié ou à vingt ans de réclusion lorsque l'auteur encourt la perpétuité va au-delà des droits étrangers qui n'admettent qu'une réduction de 30 %. V. *Les repentis face à la justice pénale*, Les documents de travail du Sénat, n° LC 124, juin 2003.

¹⁰⁰⁴ Les hypothèses sont au nombre de deux : la procédure de recours aux collaborateurs de justice (repentis) prévue à l'article 132-78 al 1 du Code pénal et la procédure de clémence devant l'Autorité de la concurrence.

¹⁰⁰⁵ F. OST, *Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites*, in P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, (dir.), *Droit négocié, Droit imposé ?*, Bruxelles, Pub. des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1996, p. 19.

203. Plan. Ainsi, qu'il s'agisse des procédures dans lesquelles la sanction est seulement modulée (§1) ou bien entièrement évitée (§2), les transformations relatives à la peine n'entraînent qu'une apparente remise en cause de la finalité répressive de manière générale.

§1. Négociation et modulation de la sanction

204. Altération des principes relatifs à la peine et constance de l'esprit de répression.

L'étude des procédures permettant une modulation de la sanction permet d'avancer que la négociation comporte une atteinte certaine aux principes directeurs applicables à la peine¹⁰⁰⁶ (A). Toutefois, le recours au consentement lors de la mise en œuvre de ces procédures, loin de remettre en cause la finalité répressive, participe au contraire à sa promotion au travers d'une menace constante et implicite (B).

A. Atteinte aux principes directeurs relatifs à la peine

205. L'incidence du recours à l'aveu sur les principes directeurs relatifs à la peine.

Deux principes fondamentaux du droit pénal doivent être particulièrement analysés à la lumière de l'utilisation mécanique, systématique, de l'aveu qui est faite au sein des procédures permettant une modulation de la sanction pénale. Il s'agit d'une part du principe de légalité des peines¹⁰⁰⁷, qui voudrait que la peine susceptible d'être infligée pour telle ou telle infraction puisse être connue à l'avance avec le plus de précision possible et, d'autre part, du principe d'égalité¹⁰⁰⁸, qui enjoint qu'une même peine soit infligée à des personnes ayant commis une infraction identique dans des circonstances similaires (1). Également, le principe de subjectivité relatif à la détermination et au régime des peines¹⁰⁰⁹, qui impose de moduler la sanction en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction, ne semble pas être respecté lors de la mise en œuvre des procédures en cause (2).

¹⁰⁰⁶ Sur ce point v. E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, préc., p. 103 et s.

¹⁰⁰⁷ Art. 8 de la DDHC. Corrélativement à ce principe, la loi est d'interprétation stricte, art. 111-4 C. Pén, v. J-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le principe de la légalité des délits et des peines*, in Mélanges en l'honneur de P. BOUZAT, éd. Pédone, 1980, p. 149 ; M. HERZOG EVANS, *Le principe de légalité et la procédure pénale*, Les petites affiches, 6 août 1999, p. 4 et s.

¹⁰⁰⁸ Art. 6 de la DDHC.

¹⁰⁰⁹ J. LEROY, *Droit pénal général*, 3^e éd. LGDJ, 2010, p. 342.

1) Négociation, légalité et égalité.

206. Négociation et légalité des peines. De la confrontation des procédures négociées permettant une modulation de la sanction¹⁰¹⁰ avec l'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* »¹⁰¹¹, résultent différentes observations.

Appliqué à l'incrimination, le principe de légalité criminelle¹⁰¹² conduit à ce que toute incrimination soit prévue dans un texte de loi (légalité formelle) et que celle-ci soit suffisamment claire, précise et accessible pour le justiciable (légalité matérielle¹⁰¹³). Plus que sur le terrain de l'incrimination, l'appréciation de la conformité des procédures négociées en question se joue en réalité sur celui de la sanction. C'est donc plutôt à cet égard qu'il faut s'attacher à définir le principe de légalité.

Appliqué à la sanction, ce principe conduit à ce que « le juge ne puisse choisir, à sa guise, la nature et le quantum et de la peine qu'il entend infliger au coupable que dans la limite de *maxima*, et parfois de *minima*, légaux »¹⁰¹⁴. Il découle en outre de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'une peine doit être prononcée dans le respect du principe de proportionnalité. Si la volonté de parvenir à une sanction sans cesse mieux individualisée a engendré une augmentation dans l'indétermination de la peine au sein des incriminations, cette indétermination apparaît être une atteinte légitime au principe de légalité. Les procédures mettant en œuvre une modulation de la sanction en réponse à un consentement de l'auteur à s'auto-incriminer semblent au contraire constituer une atteinte difficilement justifiable.

On peut en effet critiquer la compensation qui est opérée lors d'une procédure de composition pénale ou de CRPC entre l'aide apportée par le délinquant quant à la charge de la preuve et la

¹⁰¹⁰ Composition pénale et CRPC pour ce qui est du droit pénal commun et procédure de non-contestation des griefs pour le droit de la concurrence.

¹⁰¹¹ Art. 111-3 C. pén. « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.

Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

¹⁰¹² W. JEANDIDIER, *Principe de légalité criminelle*, JurisClasseur Pénal, fasc. 10, n° 4, 2011 : « Le principe de légalité criminelle doit dominer le droit criminel tout entier, notamment la procédure pénale » ; E. DREYER, *Droit pénal général*, éd. LexisNexis, 2^e éd. 2012, p. 12-13, spéc. n° 26.

¹⁰¹³ Cette conception de la légalité résulte de la jurisprudence de la CEDH, v. arrêt *Sunday Times c/ Royaume Uni*, 26 avril 1979, req. n° 6538/74. Article 7§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Convention s'appliquant à des pays de *Common Law* qui ne sont pas autant attachés que les pays de tradition romano-germanique au droit écrit, la Cour européenne a une conception de la légalité nécessairement différente ; v. sur la notion de clarté et précision du texte : Cons. const. décision n° 84-182 DC, 18 janv. 1985, 2^e esp., D. 1986, p. 425, note RENOUX ; v. Crim. 1^{er} février 1990, B. n°56, Rev. sc. crim., 1991, p. 555, obs. VITU.

¹⁰¹⁴ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, préc., p. 13, spéc., n° 30.

peine qui lui sera appliquée. Dans le cadre d'une composition pénale, l'écart entre la peine appliquée en récompense de l'aveu et la peine normalement encourue est relativement important. En effet, le domaine d'application de la composition pénale peut concerner des délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans. Dès lors que l'aveu sera intervenu, la sanction qui sera finalement appliquée (sous réserve de la validation par le président du tribunal) ne pourra, selon les termes de l'article 41-2 du Code procédure pénale, comporter une quelconque durée d'emprisonnement. Plus encore, c'est à l'occasion de la mise en œuvre d'une procédure de CRPC que l'écart se fait considérable. En effet, depuis la loi du 13 décembre 2011, cette procédure négociée est applicable aux délits punis d'une durée supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Ainsi, sachant qu'en récompense à l'auto-incrimination, le procureur ne pourra proposer une peine d'emprisonnement dont la durée dépasserait un an ou la moitié de la peine encourue, il semble légitime de s'interroger ici sur la notion de proportionnalité entre l'acte et sa sanction.

La même observation peut être faite s'agissant de la procédure de non-contestation des griefs devant l'Autorité de la concurrence visée par l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Celui-ci prévoit que le rapporteur général peut proposer à l'Autorité, en cas de non-contestation par l'entreprise délinquante des griefs qui lui sont notifiés – sorte d'aveu silencieux – une réduction de moitié de la sanction maximum encourue.

207. Vers un droit pénal de l'auteur. Il ne fait pas de doute que de telles réductions de peine, normalement applicables à l'auteur d'infractions entrant dans le champ d'application des procédures négociées précitées, constituent une atteinte au principe de légalité des sanctions pénales. En effet, peut-on encore établir un rapport entre la peine prononcée à l'égard d'un individu qui a consenti à reconnaître les faits et la gravité de l'infraction ? Il semble que ces mécanismes de négociation provoquent une déconnexion totale de l'acte de l'auteur avec la réponse de la société à son égard¹⁰¹⁵. La norme pénale est en effet évincée par le prononcé d'une sanction s'éloignant largement de celle portée par le texte d'incrimination. À cet égard, peut-on encore parler de prévisibilité de la sanction pénale ? Si le principe de proportionnalité de la sanction conduit à ce que la peine ne soit pas d'une sévérité excessive au regard de la gravité réelle du comportement interdit¹⁰¹⁶, on peut penser qu'il impose *a*

¹⁰¹⁵ Sur ce point, v. B. S. GOWDY, *Leniency Bribes : Justifying the Practice of Offering Leniency for Testimony*, Winter 2000, *L.A Law Review*, p. 447.

¹⁰¹⁶ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Amand Colin, 2004, p. 68, spéc. n° 100 ; V. aussi, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, p. 413, spéc. n° 495 et s ;

contrario que la peine ne soit pas non plus d'une clémence démesurée au regard de la gravité de la faute commise. Or, la peine apparaît désormais moins en tension avec l'acte qu'avec l'aveu, illustrant ainsi un glissement d'un droit pénal de l'acte vers un droit pénal de l'auteur. Montesquieu affirmait que « la cause de tous les relâchements se trouve davantage dans l'impunité des crimes que dans la modération des peines »¹⁰¹⁷. Toutefois, quel peut encore être le contenu de la légalité de la sanction pénale lorsque celle-ci devient un instrument de négociation destiné à susciter des comportements qui – sans rien enlever à la gravité objective ou subjective de l'infraction commise, ni attester d'une quelconque diminution de la dangerosité supposée de l'auteur – sont simplement destinés à permettre d'accélérer et de simplifier le cours de la procédure¹⁰¹⁸ ?

208. Négociation et égalité des justiciables. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 proclame l'égalité devant la loi aux articles I et VI. En France, ce principe a été inséré en procédure pénale par les lois des 16 et 24 août 1790 et le Code de procédure pénale rappelle dans son article préliminaire que « les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles ». L'élargissement du panel de choix dont dispose le ministère public au regard de la réponse pénale à un comportement infractionnel permet d'adapter les règles procédurales à différentes situations. Toutefois, le fait qu'une infraction soit traitée à travers le schéma procédural classique ou bien négocié semble dépendre de facteurs trop nombreux. En effet, ce choix peut reposer sur la complexité de l'affaire, sur la propension de l'auteur à s'avouer coupable ou encore sur la nécessité d'une bonne administration de la justice, terme aux contours si ce n'est flous, du moins susceptibles de variation dans le temps et l'espace. Cela amène au constat de l'existence d'un risque de rupture d'égalité devant la loi¹⁰¹⁹. Si la marge de manœuvre du ministère public repose sur le principe de l'opportunité des poursuites¹⁰²⁰, l'application des procédures permettant une discussion et un accord entre cette

J. PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., Cujas, coll. Référence, 2013, p. 474. Sur l'application du principe de proportionnalité par la CJUE, v. CJCE, *Schröder*, 11 juil. 1989, 265/87, Rec. CJUE, pp. 2237-2269, J. PRADEL, G. CORTENS et G. VER-MEULEN, n° 489.

¹⁰¹⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des Loix*, Livre VI, De la puissance des peines, préc., p. 103.

¹⁰¹⁸ V. M-A. BEERNAERT, obs. sous CEDH, *Borghi c. Italie*, 20 juin 2002, req. n° 55/2003, Rev. trim. dr. h., p. 973 ; M-L. CESONI, C-N. ROBERT, *Du délateur au collaborateur de justice : un parcours de légitimation ?* Déviance et société, 1998, vol. 22, n° 4, p. 415.

¹⁰¹⁹ V. D. DÉCHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, Thèse, LGDJ, Paris, 2008, p. 9, spéc., n° 10 et 11.

¹⁰²⁰ V. Art. 40 C. pr. pén., v. J. GRAVEN, *Le principe de la légalité et le Principe d'opportunité des poursuites pénales*, RIDP, 1947, p. 46 ; M-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, préc., n° 305 ; G. ACCOMANDO et C. GUERY, *Le ministère public en Europe*, in *Le Parquet dans la République : vers un nouveau Ministère public ?* Colloque organisé les 29 et 30 mai 1995 à l'Assemblée nationale, édité par

autorité et l'auteur de l'infraction peut faire craindre « un glissement du discrétionnaire à l'arbitraire »¹⁰²¹. Critère déterminant le choix d'enclencher une procédure de négociation, l'aveu de culpabilité va permettre à deux individus, auteurs d'une même infraction de se retrouver au sein d'un circuit procédural totalement différent selon leur propension respective à s'auto-incriminer et à renoncer aux garanties d'un procès équitable. Au regard de la subjectivité déjà évoquée de l'aveu en tant que mode de preuve, il apparaît que les procédures de composition pénale et de CRPC devant le procureur de la République ainsi que la procédure de non-contestation des griefs devant le rapporteur général près l'Autorité de la concurrence ne renferment pas de critère permettant d'assurer l'objectivité du choix présidant à leur mise en œuvre. Si ces procédures font, jusqu'à un certain point, disparaître pour le justiciable une forme d'aléa de la peine, l'aléa de la procédure, lui, s'est accru¹⁰²².

À cet égard, il est intéressant de souligner la manière dont les États-Unis traitent de la question de l'égalité et de la négociation des sanctions pénales. Sans remettre en cause l'existence d'un risque réel de rupture d'égalité, la Cour suprême considère qu'aucune loi n'interdit à l'organe de poursuite de faire une proposition de peine attractive pour encourager un mis en cause à renoncer au droit à un procès classique et préconise ainsi de laisser une marge de manœuvre considérable au procureur pour négocier¹⁰²³. De la même manière, la circulaire du 2 septembre 2004¹⁰²⁴ invite les parquetiers français à inciter les prévenus à plaider coupable en proposant un allègement considérable de la peine. Cette marge de manœuvre semble permettre à l'autorité de poursuite de prendre en compte autant de facteurs qu'il y a d'auteurs d'infractions. En effet, est-ce la sanction encourue ? Le type d'infraction ? La dangerosité du délinquant ? Ou bien le dommage causé à la victime associé à la volonté de s'avouer coupable qui préside au choix du procureur d'entrer en négociation ?

l'Association d'étude et de recherche de l'ENM, 1996 ; A. BUREAU, *Le principe de l'indisponibilité de l'action publique*, Thèse, Université de Poitiers, 2010. Sur le fait de savoir si le pouvoir discrétionnaire du procureur de la République de choisir le mode de poursuite contrevient au principe d'égalité des citoyens devant la loi et devant la justice, v. deux QPC avec non lieu à renvoi au Conseil constitutionnel lors desquelles la Cour de cassation a statué que : « le pouvoir discrétionnaire du procureur de la République de choisir le mode de poursuite (...) ne prive pas la personne d'un procès juste et équitable ». Cass. crim. 11 fév. 2014, n° 13-83. 251, inédit, QPC incidente ; Cass. crim. 6 mars 2013, n° 12-90078, inédit, QPC seule. V. Cah. Cons. const. n° 40-Juin 2013, p. 186, obs. E. BONIS-GARÇON.

¹⁰²¹ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 133, spéc n° 133.

¹⁰²² J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, préc., p. 120.

¹⁰²³ Cour Suprême des États-Unis, arrêt *Bordenkircher v. Hayes*, n° 76- 1335, 434 U.S. 357, 362, 1978. Pour une analyse critique de la rupture d'égalité entre les justiciables aux États-Unis en raison de la pratique de la négociation du plaidoyer de culpabilité, v. note *The influence of the defendant's plea on judicial determination of sentence*, 66 *Yale Law Journal*, 204, 1956, pp. 205-222 ; également, v. R. J.R. LEVESQUE, *The psychology and Law of criminal justice processes*, Nova Science Publisher, 2006, p. 261, *Chapter 6 : Bargaining with defendants*.

¹⁰²⁴ Circulaire CRIM 04-12 E08 du 2 septembre 2004.

Ajoutée à la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que « les juridictions répressives ne sauraient sans excès de pouvoir, critiquer l'exercice que le procureur de la République fait de ses droits quant à l'opportunité des poursuites »¹⁰²⁵, l'absence de critère objectif pour l'application ou non d'une procédure négociée entraîne de manière évidente une rupture d'égalité des justiciables devant la loi. Par ailleurs, la pratique révèle une très grande disparité dans l'application des procédures de composition pénale et de CRPC d'un tribunal à un autre et, au sein d'une même juridiction, d'un juge à un autre¹⁰²⁶.

Tout comme la Cour de Cassation, le Conseil constitutionnel considère que « le principe d'égalité devant la loi pénale n'a jamais interdit au procureur de la République, qui apprécie l'opportunité des poursuites, de choisir tel ou tel mode de poursuites ou d'alternatives aux poursuites à la suite de la commission d'une infraction »¹⁰²⁷. Cette jurisprudence semble pouvoir être justifiée au regard de la nature non imposée des procédures de négociation mais encore faut-il se convaincre de la réalité de la liberté de choix du mis en cause¹⁰²⁸.

2) Négociation et personnalisation des peines

209. Théorie et pratique du principe de personnalisation des peines. La personnalisation judiciaire de la sanction est érigée en principe par le législateur¹⁰²⁹, qui charge les juridictions de prononcer les peines et de fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur¹⁰³⁰. Ce principe n'ayant guère de signification à l'égard d'un coupable personne morale, il convient de n'examiner le respect de ce principe qu'au regard des procédures de composition pénale et de CRPC et d'exclure ainsi la procédure de non-contestation de griefs devant l'Autorité de la concurrence.

¹⁰²⁵ Cass. crim. 21 mai 1979, Bull. crim., n° 178.

¹⁰²⁶ F. ZOCHETTO, Rapport d'information n° 17 sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Sénat, session ordinaire 2005-2006, annexe au procès-verbal de la séance du 12 octobre 2005 ; J.-L. WARSMANN, Rapport d'information n° 2378 sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, enregistré à l'Assemblée nationale le 15 juin 2005.

¹⁰²⁷ Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

¹⁰²⁸ Dans sa thèse sur l'égalité en matière pénale, D. DÉCHENAUD, estime que : « la réalisation de l'égalité paraît être une quête perpétuelle. Telle est semble-t-il la destinée de l'égalité, toujours recherchée, jamais accomplie ». p. 535, spéc., n° 779.

¹⁰²⁹ Ce terme est utilisé depuis la création de l'actuel Code pénal en 1992 et a succédé à celui d'individualisation avant que ce dernier ne réapparaisse au sein de la Loi n° 2014-896 du 15 août 2014, JORF n° 0189 du 17 août 2014.

¹⁰³⁰ Art. 132-19 C. pén., v. Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, préc., p. 315, spéc. n° 553 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, p. 839, spéc. n°879.

Si, en théorie, la logique de personnalisation de la sanction vaut pour les peines que l'autorité juridictionnelle décide de valider ou d'homologuer à la suite d'une procédure de négociation lors de laquelle le mis en cause s'est avoué coupable, la pratique pousse néanmoins à un constat plus mitigé.

L'article 132-19 du Code pénal¹⁰³¹ renvoie au juge le soin de personnaliser la peine. Or, l'analyse des acteurs de la négociation a mis en lumière la minoration certaine de l'acte de jugement en ce que le processus de négociation retire au juge la fonction de se prononcer sur la culpabilité ou de déterminer une sanction¹⁰³², ce rôle étant dévolu à l'autorité de poursuite. De fait, il semble que le *quantum* de la peine fait plutôt l'objet d'une réduction légale en fonction de l'aveu de culpabilité, et non pas judiciaire en fonction de l'examen de la personnalité de l'intéressé.

De plus, il est intéressant de constater que la pratique de la composition pénale et de la CRPC a engendré la création de barèmes au sein des parquets, parfois quasi officiels et organisés au sein de fascicules à usage interne, parfois plus officieux¹⁰³³. Issue d'une concertation entre les différents acteurs judiciaires (procureur, juge et avocat)¹⁰³⁴, quant aux modalités d'application des procédures de négociation, ces barèmes de sanctions se présentent comme des tableaux à double entrée permettant, selon différents critères tels que l'infraction commise ou le profil pénal de l'auteur, de connaître précisément la procédure à utiliser et le *quantum* des sanctions à proposer¹⁰³⁵. Loin de l'idéal de personnalisation des peines incombant traditionnellement au magistrat du siège, ces barèmes se révèlent toutefois particulièrement utiles en ce que la

¹⁰³¹ Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, l'essentiel des dispositions relatives au mode de personnalisation des peines se trouvait à l'article 132-24 du Code pénal. Ce dernier étant désormais vidé de sa substance, il convient de se référer à l'article 132-19 du Code pénal en vigueur depuis le 1^{er} oct. 2014. V. R. BADINTER, P. BEAUVAIS, *À propos de la nouvelle réforme pénale*, D. 2014, p. 1829.

¹⁰³² V. *supra* n° 139 et s.

¹⁰³³ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, préc., p. 325, spéc. n° 307.

¹⁰³⁴ La concertation a été vivement encouragée au départ entre les magistrats du siège et du parquet afin d'éviter les refus de validation lors de la mise en œuvre des procédures de composition pénale avant d'être étendue par la suite aux Barreaux, par la circulaire n° CRIM-04-12/E8 du 2 septembre 2004 de la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) qui préconisait ces échanges quant à la mise en œuvre de la CRPC. V. J. DANET, S. GRUNDVALD, *Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale*, AJ. Pén., 2004, n° 5, p. 197. S'agissant de la composition pénale, v. la circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2011 qui prévoit que : « En principe, les concertations préalables intervenues entre magistrat du parquet et magistrat du siège sur les conditions d'application de la procédure de composition pénale devraient conduire à ce que, dans la plupart des cas, les mesures proposées et acceptées fassent l'objet d'une validation ». V. également, J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^e éd., 2013, p. 555, spéc. n° 599 : « La composition pénale est une belle manifestation de l'idée de barémisation. (...) Grâce à ces accord informels entre magistrats qui génèrent des barèmes, les sanctions sont plus homogènes et les refus de validation plus rares » ; H. DALLE, *Juges et procureurs dans la loi Perben II*, in *Le procès pénal après la loi Perben II*, préc., p. 453 et s. spéc. p. 461.

¹⁰³⁵ Il convient de préciser que ces barèmes sont essentiellement relatifs au contentieux routier et concernent surtout les conduites sous l'emprise d'un état alcoolique dites « CEA », les conduites sans permis et les conduites sous l'influence des stupéfiants.

concertation qui les a précédés supprime l'incertitude du parquet quant à la validation ou l'homologation de sa proposition de peine. Le refus d'apposer le sceau juridictionnel à l'accord intervenu entre le prévenu et le parquet se révèle en effet particulièrement chronophage en ce que les poursuites doivent, sauf élément nouveau, être déclenchées selon la voie classique pour la CRPC, ou refaire l'objet d'une appréciation par le parquet quant aux suites à donner à l'infraction en cas de composition pénale¹⁰³⁶. Avec le mécanisme des barèmes de peine, les chances de satisfaire à l'objectif de célérité et de simplification des procédures sont décuplées. Ainsi, dès lors que le parquet respecte les conditions déterminées à l'avance, il obtient logiquement l'aval de l'autorité juridictionnelle.

210. Analogie entre les pratiques françaises et américaines. En ce qu'elle consacre une diminution majeure du pouvoir du juge de personnalisation des peines, cette tendance à la « barémisation »¹⁰³⁷ n'est pas sans rappeler la pratique des *sentencing guidelines* (grilles de peine) en vigueur aux États-Unis depuis la réforme pénale de 1984¹⁰³⁸. Cette réforme a fait écho à de nombreuses critiques à l'égard du système de détermination de la peine en vigueur auparavant. En effet, le choix de la peine, comme en France, était laissé à l'appréciation du juge, seul le maximum de la peine étant fixé par la loi. Toutefois, le juge n'était pas tenu de motiver le choix de la peine à laquelle il condamnait un accusé, sa décision n'était pas susceptible de recours et les actions des condamnés étaient souvent déclarées irrecevables¹⁰³⁹. Cette situation faisant l'objet de vives critiques, le *Sentencing Reform Act* fut voté par le Congrès. Cette réforme établit des peines minimales, abrogea la libération conditionnelle et mit en place la *Federal Sentencing Commission* chargée de promulguer les fameuses directives. Déclarées conformes à la Constitution des États-Unis dans un arrêt de la Cour suprême datant de 1989¹⁰⁴⁰, ces directives se présentent sous la forme d'une grille dont l'axe vertical correspond à la gravité de la faute commise et l'axe horizontal au passé pénal de

¹⁰³⁶ V. *infra* n° 524.

¹⁰³⁷ B. BASTARD, C. MOUHANNA, *L'urgence comme politique pénale ?*, Arch. pol. crim., n°28, 2006, p. 161 ; v. également, N. AUBERT, *Le culte de l'urgence. La société malade du temps*, éd. Flammarion, 2003, Paris.

¹⁰³⁸ *Sentencing Reform Act of 1984*, v. <http://www.rip.uscourts.gov> ; E.C. VIANO, *Plea bargaining in the United States : A perversion of justice*, RIDP, n° 83, 1^{er}/2^e trimestre 2012, p. 113. Connues sous le même nom, ces directives existent également en Allemagne afin d'harmoniser les pratiques en matière de *Einstellung*, forme simplifiée de jugement comparable à la composition pénale et à la CRPC, v. C.SAAS, *Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ?*, RPDP 2008, pp. 17-36.

¹⁰³⁹ J.CEDRAS, *Le droit pénal américain*, coll. Que sais-je, PUF, 1997, pp. 59-60.

¹⁰⁴⁰ Cour suprême des États-Unis, *Mistretta v. United States*, 488 US 361, 1989. V. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême*, préc., p. 188.

l'auteur¹⁰⁴¹. On se réfère ensuite à l'intersection de ces deux axes pour déterminer la peine à prononcer. Principal instrument au service des procureurs, ces directives étendent considérablement leur pouvoir quant au choix de la peine et cantonnent les juges à un rôle très limité d'appréciation du *quantum* de celle-ci¹⁰⁴². Si la conformité de ces directives avec le sixième amendement¹⁰⁴³ de la Constitution des États-Unis a pu être rediscutée à partir de 2004¹⁰⁴⁴, il n'en reste pas moins que les procureurs ont acquis par leur biais un large pouvoir concernant la possibilité d'accorder ou non au prévenu le bénéfice d'une peine inférieure à celle prévue par la loi, en échange de son auto-incrimination. Le pouvoir discrétionnaire dont dispose normalement le juge pour individualiser la sanction est ainsi quasiment transféré au procureur. Au regard des barèmes de peine, il semble légitime de penser que la pratique française puisse aboutir au même résultat, étant donné que le pouvoir du juge se cantonne à une acceptation ou à un refus, sans possibilité de moduler la proposition de peine ou de n'homologuer que partiellement l'accord. La Cour suprême a finalement été amenée à contester la constitutionnalité de certaines dispositions légales sur les *sentencing guidelines* en ce qu'elles portaient une atteinte caractérisée au principe d'individualisation des peines. Bien que ces grilles de peines ne soient pas exactement semblables aux barèmes issus de la concertation entre les acteurs des procédures négociées françaises, il semble que notre procédure pénale s'accommode toutefois de « ce système de fixité des peines dont témoigne la pratique des barèmes »¹⁰⁴⁵. Finalement, au regard du « projet de jugement »¹⁰⁴⁶ que le procureur soumet au juge, il ne reste guère de place pour un quelconque respect du principe de personnalisation des peines.

211. Articulation critiquable des procédures de négociation avec les principes relatifs à la sanction pénale. L'étude de la conformité des procédures de modulation de la sanction au regard des principes de légalité, d'égalité et de personnalisation des peines, a démontré que celles-là ne respectaient pas ceux-ci. Il importe désormais de s'interroger sur le fait de savoir

¹⁰⁴¹ Sur la philosophie pénale présidant au fonctionnement des *Sentencing guidelines*, V. F. TULKENS, *Les transformations du droit pénal aux États-Unis*, Rev. sc. crim., pp. 210-237.

¹⁰⁴² V. ANNEXE 2 : *Sentencing table (in months of imprisonment)*.

¹⁰⁴³ Les amendements peuvent être considérés comme des articles complémentaires de la Constitution fédérale des États-Unis. Ils imposent le respect de certaines garanties de la défense et définissent les standards minimaux de loyauté de la procédure. Les dix premiers amendements, votés en 1789, ont reçu l'appellation significative de *Bill of Rights* (Charte des libertés). V. J.CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., pp. 97-98.

¹⁰⁴⁴ Cour suprême des États-Unis, *Blakely v. Washington*, 542 US 296, 2004 ; *United States v. Booker*, 543 US 220, 2005 et *United States v. Fanfan*, n° 04-105, 2005.

¹⁰⁴⁵ J. EL HACHEM, *Les procédures pénales accélérées*, Thèse, Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2007, p. 512.

¹⁰⁴⁶ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 320.

si le coup porté aux principes directeurs relatifs à la peine – au travers notamment de la déconnexion patente entre l’acte et la sanction – induit par la négociation, entraîne pour autant une altération de la finalité répressive.

B. Efficacité de la menace de répression

*« M. le Cardinal eut peur :
et, comme ses peurs allaient toujours à négocier, il négocia »¹⁰⁴⁷*

212. Ambivalence du consentement. La problématique relative à un éventuel bouleversement de la finalité répressive semble devoir s’analyser au regard des caractères du consentement donné par le mis en cause à l’application d’un circuit pénal alternatif. En effet, l’immixtion d’une donnée consensuelle au cœur du mécanisme de répression laisse à penser que les personnes privées sont désormais aptes à élaborer les termes de la réponse à leur comportement infractionnel. C’est de manière logique que la justice pénale, par essence punitive et imposée, se trouve modifiée, et c’est dans ce sens que la doctrine a pu observer un rapprochement entre justice pénale et justice civile au travers d’un phénomène dénommé « contractualisation du droit pénal »¹⁰⁴⁸. Toutefois, une appréciation critique de la liberté du consentement impose de ne pas déduire des apparences des conclusions trompeuses.

Il est incontestable que l’application d’une procédure de négociation aboutissant à une diminution de la sanction présente des avantages pour les deux parties à l’accord. L’auteur de l’infraction se voit en effet appliquer une peine moins importante que celle normalement encourue, tandis que l’autorité de poursuite fait l’économie d’une recherche de la preuve et fait bénéficier le système pénal d’une réponse plus rapide et moins coûteuse.

¹⁰⁴⁷ J-F. PAUL DE GONDI, Cardinal de RETZ, Mém, t. III, livre IV, p. 434 dans POUGENS.

¹⁰⁴⁸ F. ALT-MAES, *La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité*, Rev.sc.crim., 2002, p. 501 ; M. DANTI-JUAN, *Le consentement et la sanction*, in *Mélanges offerts à P. COUV RAT*, PUF, 2001, p. 376 ; Ph. SALVAGE, *Le consentement en droit pénal*, Rev.sc.crim., 1991, p. 699 ; B. DE LAMY, *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, 2^e partie : Efficacité et diversification de la réponse pénale*, D. 2004, p. 1982 ; O. DUFOUR, *Le plaider coupable à la française inquiète le monde judiciaire*, Les petites affiches, 25 mai 2004 ; J-P. JEAN, *De l’efficacité en droit pénal*, préc., p. 135 et s. ; F. DEBOVE, *La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages*, D. Pén., n° 11, Novembre 2006, étude 19 ; F. OST, *Au carrefour de l’autonomie et l’hétéronomie, de la délibération et du marchandage : la négociation*, in Ph. GERARD, F.OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé*, préc., p. 7 ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale : Justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée*, in *Droit négocié, droit imposé*, préc., p. 529 ; Y. JOSEPH-RATINEAU, *Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet*, D. 2008, comm., p. 1035 et s ; P. COUV RAT, *Contractualisation en matière pénale, en général*, in L. CADIET, L. RICHER, *Réforme de la justice, réforme de l’Etat*, PUF, coll. Droit et Justice, 2003, p. 198 ; F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 246.

Cependant, cette réciprocité de bénéfices, permise par le recours au consentement du mis en cause, n'emporte pas de profonde mutation de la justice pénale au point d'en altérer la nature particulière. Le choix de consentir à l'application d'une procédure alternative apparaît moins relever de l'expression de sa liberté d'action que de la crainte d'une menace répressive. Lorsqu'à l'occasion d'une procédure de CRPC ou de composition pénale, le choix de l'auteur des faits se traduit entre, d'un côté, une réduction substantielle de la peine d'emprisonnement voire son « évitement » au profit d'autres sanctions pénales et, de l'autre, la condamnation à une peine pouvant aller de 5 à 10 ans d'emprisonnement à l'issue d'un procès pénible et long, peut-on réellement parler de libre exercice de la volonté individuelle¹⁰⁴⁹ ?

L'alternative procédurale qui sera appliquée en cas de refus de consentir à un accord avec l'autorité de poursuite, ou même lors d'un refus de l'autorité juridictionnelle d'avaliser l'accord intervenu¹⁰⁵⁰, démontre l'absurdité de l'idée selon laquelle le consentement du mis en cause serait revêtu des attributs de celui donné par le cocontractant en matière civile – à moins bien sûr de considérer que le rôle de ce dernier se ramène à choisir entre deux propositions – dont l'une est pire que l'autre, et qui lui sera de toute façon imposée par son interlocuteur. L'illusion d'un consentement donné librement est orchestrée par l'incitation mise en œuvre par le législateur. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une proposition neutre soumise au bon vouloir de l'acceptant mais d'un schéma plus subtil, recelant une dose de déterminisme¹⁰⁵¹, par le biais d'un procédé visant à montrer la voie à choisir, en rappelant bien tout l'aspect négatif du choix inverse.

¹⁰⁴⁹ Sur l'exercice de la volonté en matière pénale, v. A. SCATTOLIN, *La volonté de la personne poursuivie*, thèse, Université de Poitiers, 1997.

¹⁰⁵⁰ En matière de composition pénale par exemple, l'alinéa 11 de l'article 41-1 C. pr. pén dispose que le ministère public appréciera la suite à donner à la procédure et donc notamment de la mise en mouvement l'action publique. En matière de CRPC, l'article 495-12 C. pr. pén prévoit que le procureur de la République doit déférer le prévenu devant le Tribunal correctionnel par le biais d'une convocation par procès-verbal, d'une comparution immédiate ou d'une citation directe. La pratique de la double convocation, initialement interdite par la Cour de cassation, (V. Cass. crim., 4 octobre 2006 : Bull. crim., n° 244 ; D. 2007, jur. 58, note DELAGE ; *CRPC et citation devant un tribunal : pas de concomitance possible*, AJ Pénal 2007, p. 79, note LEBLOIS-HAPPE ; Dr. pén. 2007, comm. n° 27, note MARON ; Rev. sc. crim. 2007, p. 118, obs. GIUDICELLI ; Cass. avis, 23 avril 2007 : D. 2007, act. jurispr., p. 1503 ; Cass. crim., 14 octobre 2008, D. 2008, act. jurispr., p. 2796, obs. M. LENA ; AJ Pénal 2008, p. 517, obs. M-E. CARTIER ; Procédures 2008, comm., p. 340, obs. J. BUISSON) est finalement prévue à l'article 495-15-1 C. pr. pén. V. Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et d'allègement des procédures ; Cass. crim., 24 novembre 2009, note Y. JOSEPH-RATINEAU, *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, à nos actes manqués ...*, D. 2010, p. 875 et s ; A. BUREAU, *Le principe d'indisponibilité de l'action publique*, préc., p. 414. Ce changement vient incontestablement renforcer le caractère contraignant du choix à effectuer pour le justiciable. Sur les craintes d'une sanction indirecte du refus de collaborer, V. M-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal, analyse comparée et critique*, préc., p. 460.

¹⁰⁵¹ W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, préc., p. 153.

Au sein d'une négociation dont les deux branches de l'option procédurale sont d'un degré de contrainte très différent, le choix ne peut être qu'apparent. La démarche consensuelle reste cantonnée dans le cadre de la répression, l'attitude de l'intéressé n'étant gouvernée que par une constante pression¹⁰⁵². En effet, « quel est celui qui acceptera, après avoir reconnu les faits, de recourir à une audience judiciaire alors qu'il sait que le risque est considérable, puisqu'il a reconnu les faits, que soit prononcée à son encontre une peine plus forte que celle qui lui est alors proposée ? »¹⁰⁵³. Pourtant, le Conseil constitutionnel, saisi le 5 octobre 2010 d'une QPC relative à la constitutionnalité de la convocation simultanée a considéré que l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale ne portait atteinte ni aux droits de la défense, ni à la présomption d'innocence¹⁰⁵⁴. Malgré cet aval du Conseil, la proposition de loi portant réforme de la CRPC déposée en première lecture au Sénat le 2 octobre 2013 plaidait pour la suppression de la possibilité pour le procureur de mettre en œuvre à la fois une procédure classique et une procédure de CRPC¹⁰⁵⁵.

213. L'illusion de la réinsertion¹⁰⁵⁶. Au-delà, les bénéfices avancés par les partisans du « consentement - participation », en termes de réinsertion du condamné, paraissent dérisoires. En effet, d'une part, le prétoire, faute de réelle audience, cesse d'être le lieu d'un rituel où se joue précisément la réinsertion du condamné¹⁰⁵⁷, et d'autre part, l'auteur n'accepte logiquement la proposition du procureur que dans le but de bénéficier d'une modération de sa sanction et non pas parce qu'il souhaite donner un quelconque sens à la réponse pénale à laquelle il a consenti¹⁰⁵⁸. À ce titre, un auteur s'interroge justement sur le fait de savoir s'il est possible de « nourrir des espoirs de resocialisation sans tenir le langage de la vérité et en lui

¹⁰⁵² W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, préc., p. 145.

¹⁰⁵³ R. BADINTER, Discussion de la proposition de la loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la CRPC, Séance du 23 juin 2005, JO, CR, p. 4504.

¹⁰⁵⁴ Cons. Const. décision n° 2010-77 QPC du 10 déc. 2010, J. BUISSON, Note sous Cons. Const. déc. 10 déc. 2010, n° 2010-77 QPC, *Question prioritaire de constitutionnalité : comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, Procédures 2011, Comm. 71 ; J-B. PERRIER, Note sous Cons. Const. déc. 10 déc. 2010, n° 2010-77 QPC, *La constitutionnalité de la légalisation de la pratique de la double convocation en matière de CRPC*, AJ. Pén. 2011, p. 188-190.

¹⁰⁵⁵ V. *infra* n° 537 et s. La commission des lois n'a pas adopté cette proposition et maintient l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale. V. texte de la commission n° 121.

¹⁰⁵⁶ Sur ce point v. G. CLEMENT et J-P. VICENTINI, *Les bureaux de l'exécution des peines*, Rev. sc. crim., 2009, p. 139. Les objectifs sont les suivants : favoriser le traitement accéléré d'affaires, inscrire la politique pénale dans un souci d'économie de l'administration de la preuve sur la foi d'un aveu et promouvoir une politique de réponse pénale rapide et globale pilotée par le ministère public. L'objectif de réinsertion n'est absolument pas évoqué.

¹⁰⁵⁷ E. MATHIAS, *Alternatives punitives consensuelles : lettre et travers de la répression volontaire*, Gaz. pal., Septembre-Octobre 2006, p. 2835 ; v. également, F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, LGDJ, 2009, p. 374. L'auteur observe que la mise en valeur de la parole vient justifier les atteintes au rituel judiciaire.

¹⁰⁵⁸ V. ANTOINE, *Le consentement en procédure pénale*, thèse, Montpellier, 2011, préc., p. 343.

préférant on ne sait trop quel contrat de confiance qui naîtrait miraculeusement de la crainte inspirée par la prison ? »¹⁰⁵⁹

214. La promotion de la répression. La menace constante d'un abatement de la sévérité de la justice pénale sur les épaules du justiciable implique que la notion de participation de l'individu à la détermination de sa sanction n'est pas exclusive de l'idée de soumission, celui-ci devant renoncer à certains droits fondamentaux, tels que le droit à un procès équitable ou encore la présomption d'innocence¹⁰⁶⁰, pour bénéficier de l'alternative procédurale favorable. Loin de caractériser une atteinte à la finalité répressive de la justice pénale, les procédures décrites, fondées sur un consentement à s'auto-incriminer, sont au contraire révélatrice d'une « écorce répressive »¹⁰⁶¹. Plus encore, la négociation permet une promotion de la répression en ce qu'elle met en place un phénomène d'anticipation punitive en marge de tout procès, remettant ainsi en cause le lien obligatoire entre procès et peine¹⁰⁶². À ce propos, un auteur souligne que « si le législateur et les magistrats se sont donnés bonne conscience en grimant la répression avec les oripeaux d'un contrat »¹⁰⁶³, rien n'autorise à penser que le recours au consentement limite l'exercice de la coercition. Au contraire, l'accroissement de la répression apparaît sous-jacent à la justice consensuelle¹⁰⁶⁴. Si le cérémonial a disparu, le caractère répressif de la justice pénale est omniprésent, et la caractérisation de la constante menace de sanction est bien la preuve, en dépit des apparences, que la justice négociée n'emporte pas d'altération de la finalité répressive de la justice pénale.

Il importe désormais de démontrer en quoi ce constat s'applique également à l'égard des procédures permettant non plus une simple modulation de la sanction mais une exemption totale de celle-ci au profit de l'auteur de l'infraction.

¹⁰⁵⁹ M. DANTI-JUAN, *Le consentement et la sanction*, préc., p. 378.

¹⁰⁶⁰ V. J. DESCAMPS, *La présomption d'innocence : entre vérité et culpabilité (confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)*, Thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 1998.

¹⁰⁶¹ R. MERLE, *Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale*, *Rev. sc. crim.*, 1964, p. 733.

¹⁰⁶² P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome 2, Dalloz, 1963, p. 879, n° 936. Les ouvrages récents nuancent le lien obligatoire entre procès et peine, v. par exemple, F. DEBOVE et F. FALLETI, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 2006, p. 8. Les auteurs soulignent que « la justice pénale ne s'exprime pas toujours par un véritable procès ».

¹⁰⁶³ M. DANTI-JUAN, *Le consentement et la sanction*, préc., p. 378.

¹⁰⁶⁴ À titre d'exemple pour la procédure de non-contestation des griefs devant l'Autorité de la concurrence, v. D. BRAULT et R. MAULIN, *La procédure de non-contestation des griefs : un succès incontestable*, *Concurrences*, 2011, n° 2, p. 80.

§2. Négociation et exemption de la sanction

215. Dénonciation contre exemption. Les procédures de négociation entre l'auteur d'une infraction et l'autorité répressive pouvant aboutir à une exemption de peine en matière pénale sont au nombre de deux. Il s'agit du mécanisme prévu à l'article 132-78 alinéa 1 du Code pénal à l'égard des collaborateurs de justice d'une part, et de la procédure de clémence décrite à l'article L. 464-2 IV du Code de commerce devant l'Autorité de la concurrence d'autre part. L'examen de la conformité des procédures permettant seulement une modulation de la sanction à la finalité répressive de la justice pénale a permis de constater à la fois une altération des principes relatifs à la peine et une permanence de la coercition. Lorsqu'il est question d'exemption de peine, il apparaît logique de penser que la finalité répressive ne peut cette fois être remplie. Néanmoins, l'analyse du fonctionnement des procédures, neutralisant l'application de la sanction par le biais d'une négociation, révèle un paradoxe identique à celui qu'illustrent les procédures de réduction de la sanction. Au-delà de la distinction déjà opérée au moyen du critère de l'aveu¹⁰⁶⁵, il semble que le consentement requis lors d'une négociation sur l'exemption de peine est d'une teneur différente. Fondées sur un consentement à la dénonciation, ces procédures impliquent en effet une collaboration plus étroite avec l'autorité de poursuite, en ce qu'elles s'adressent à des membres d'une organisation criminelle. Si ces procédures entraînent la neutralisation de la sanction à l'égard de l'auteur de l'infraction¹⁰⁶⁶, c'est pour mieux réprimer les autres participants. Basées sur l'incrimination d'autrui, ces procédures entraînent une neutralisation de la répression des repentis au profit de la réalisation d'un objectif de démantèlement. En d'autres termes, la neutralisation de la répression individuelle (A) est mise au service d'un renforcement de la répression du groupe (B).

¹⁰⁶⁵ V. *supra* n° 174 et s.

¹⁰⁶⁶ Une nuance est à apporter ici en ce qu'à l'occasion d'une procédure de clémence en droit de la concurrence, l'immunité totale est accordée à l'entreprise qui a participé de manière effective à l'entente illicite, alors que lors de la procédure prévue par l'article 132-78 al 1 C. Pén, l'exemption est accordée au repentis qui a seulement tenté de commettre l'infraction.

A. Neutralisation de la répression individuelle

216. Le règne de la loi du silence. Qu'il s'agisse de crimes organisés ou d'ententes illicites, il s'agit de phénomènes infractionnels difficiles à appréhender pour les autorités. En effet, outre les difficultés liées à leur développement spectaculaire sur la scène internationale en raison de la mondialisation, le fait est qu'en ces matières, l'on se retrouve « aux frontières de l'occulte et de l'apparent, du caché et du découvert »¹⁰⁶⁷. Les membres d'une organisation criminelle doivent leur impunité en majeure partie à la loi du silence qui caractérise si bien les entreprises mafieuses. Cette *omertà* se retrouve aisément sur la scène des pratiques anticoncurrentielles. C'est le cas des cartels secrets, difficiles à détecter, engendrant ainsi des coûts d'instruction élevés aux conséquences dommageables pour l'économie¹⁰⁶⁸. Aussi, c'est de l'intérieur que les autorités entendent attaquer ces entreprises illicites.

217. Réciprocité des bénéfiques. Comme pour les procédures de composition pénale, de CRPC ou encore de non-contestation des griefs, la procédure de clémence en droit de la concurrence ainsi que celle mettant en jeu des collaborateurs de justice en droit pénal sont fondées sur une réciprocité des avantages. Par son consentement à incriminer les participants à l'entreprise criminelle dont il fait partie, l'auteur de l'infraction bénéficie d'une exemption de peine permettant ainsi à l'autorité répressive de renforcer ses capacités de détection et de sanction à l'égard de l'ensemble des membres participants à l'organisation.

218. Une collaboration contrainte. Toutefois, la critique relative à la qualité du consentement donné par le mis en cause lors d'une négociation pour une réduction de la sanction semble devoir également s'appliquer dans ce domaine. En effet, une même disproportion, si ce n'est encore plus flagrante, existe entre les deux termes de l'alternative offerte au délinquant. Entre une exemption totale de peine, conditionnée à une collaboration efficace avec les autorités, et une condamnation à des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité en droit pénal interne, et des peines d'amende

¹⁰⁶⁷ N. QUELOZ, Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée : le cas de l'Europe, Rev. sc. crim., n° 4, 1997, p. 76.

¹⁰⁶⁸ A. PERROT, La mise en œuvre des procédures négociées : aspects économiques et pratiques de l'autorité de la concurrence, in Les procédures négociées en droit de la concurrence, Dossier de la RIDE, éd. de Boeck, n° 4, 2011, p. 50 ; J. THERY-SCHULTZ, Pratiques continues et infractions complexes, CCC, 2009, Étude n° 3.

s'élevant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise en droit de la concurrence, il semble que l'on puisse légitimement parler de collaboration contrainte¹⁰⁶⁹.

219. La carotte et le bâton. La clémence octroyée par les autorités de concurrence dans le domaine des ententes¹⁰⁷⁰, tout comme l'exemption accordée au repentis dans le cadre de la criminalité organisée, ne sont en rien les marques d'une quelconque bienveillance. L'exemption de peine qui en résulte, cette immunité avancée telle une « carotte », n'est que la monnaie d'échange d'une négociation reposant sur une offre de trahison. Instrument de détection et d'investigation, ces procédures sont ainsi, avant tout, d'une redoutable efficacité répressive en ce qu'elles « jettent la défiance entre les scélérats, les rendent suspects et redoutables l'un à l'autre et leur font craindre sans cesse dans leur complices, autant d'accusateurs »¹⁰⁷¹. Ainsi, la réponse d'un seul des membres du réseau criminel à l'appel de l'impunité permet aux autorités d'assurer la répression de l'ensemble du groupe.

B. Renforcement de la répression du groupe

220. Ineffectivité des objectifs traditionnels de la peine. « Laissant apparaître les incertitudes des autorités et la faiblesse de la loi, réduite à implorer l'aide de ceux qui l'ont violée »¹⁰⁷², les procédures de négociation sur une éventuelle exemption de peine apparaissent peu conciliables avec les objectifs traditionnels de la peine tels que l'intimidation et la réadaptation. En effet, puisqu'au terme de l'accord, le délinquant échappe aux rigueurs de la loi, l'intimidation paraît bien incertaine. Quant à la réadaptation, le doute est également permis. « Sans vouloir sonder les cœurs et les âmes »¹⁰⁷³, il est tout de même plus raisonnable de considérer que l'auteur qui révèle une infraction et dénonce ses complices est davantage attiré par le désir d'échapper à la peine à laquelle il s'est exposé que par une réelle volonté

¹⁰⁶⁹ V. *infra* n° 339

¹⁰⁷⁰ Si, par le jeu du programme de clémence un cartelliste échappe en effet à la sanction, les autres participants à l'entente sont eux, lourdement sanctionnés, V. Y. CHAPUT, *Philosophie des programmes de clémence et de transaction*, in Colloque « Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique », sous la direction de M. DARMON, CCI/CREDA, Gaz. Pal., 14-15 oct. 2005, n° 287, p. 14.

¹⁰⁷¹ DIDEROT, cité par M-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal*, préc., p. 19.

¹⁰⁷² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, cité in Projet de loi d'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, documents du Sénat, Chapitre II, Procédure, art. 3.

¹⁰⁷³ M-E. CARTIER, *Le terrorisme dans le nouveau code pénal*, Rev. sc. crim., 1995, pp. 225-229.

d'amendement¹⁰⁷⁴. Bien que certaines finalités particulières de la peine soient bafouées, l'objectif général de répression semble en revanche relativement atteint.

221. Efficacité des programmes de clémence en droit de la concurrence. Venue des États-Unis, l'introduction d'un système de repentis en droit de la concurrence révèle davantage son efficacité sur sa terre d'origine. Entre 1971 et 2000, le nombre d'affaires d'ententes horizontales poursuivies par la division *Anti trust* du *Department of Justice*, et ayant fait l'objet de condamnations pénales grâce à une procédure de clémence, est passé d'une moyenne de 28,1 à 62,2 affaires par an¹⁰⁷⁵. Un net ralentissement peut être observé ensuite puisque 56 poursuites ont été orchestrées en 2000 pour seulement 19 en 2003 et 24 en 2012, soit une diminution de 57 %¹⁰⁷⁶. Selon un auteur¹⁰⁷⁷, ce phénomène peut être expliqué par le fait que les premiers chiffres ne concernaient que des petites structures représentant des cibles faciles pour l'autorité de la concurrence américaine, avant de prendre en compte les pratiques les plus graves – les « *hardcore cartels* » internationaux – contre lesquelles la lutte s'avère beaucoup plus complexe. Si l'efficacité des procédures de clémence n'a évidemment pas la même ampleur sur le territoire français, les techniques américaines, rapidement assimilées par les autorités de concurrence de l'Union européenne, ont toutefois permis un démantèlement croissant des cartels au niveau de l'ensemble des États membres. En effet, sur une période d'environ vingt années précédant l'adoption du programme de clémence en matière communautaire en juillet 1996, la Commission européenne découvrait et sanctionnait en moyenne un peu moins de 2,4 cartels par an¹⁰⁷⁸. Au total entre 1996 et 2007, la Commission a démantelé et condamné 55 cartels, soit une moyenne de 5 cartels chaque année. Récemment, l'amélioration du « programme modèle » de clémence par le Réseau Européen de concurrence (REC) a permis une certaine constance dans l'efficacité de la répression des cartels s'articulant désormais autour de 6 à 8 condamnations par an¹⁰⁷⁹. Pour ce

¹⁰⁷⁴ Dans son ouvrage sur la dénonciation, J-F. GAYRAUD parle de « comédien calculateur », v. *La dénonciation*, préc., p. 192

¹⁰⁷⁵ J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 387.

¹⁰⁷⁶ V. les *Workload Statistics*, en ligne sur le site internet de la *Division Antitrust* américaine. <http://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>.

¹⁰⁷⁷ J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 390.

¹⁰⁷⁸ A. JACQUES, *Politique de la concurrence contre la collusion*, article en ligne sur le site internet de l'université de la Réunion, 2011, p. 23.

¹⁰⁷⁹ En 2011, dans une affaire d'entente sur le prix du verre pour tubes cathodiques destinés à la fabrication de téléviseurs et ordinateurs, la commission européenne a infligé une amende d'un montant jusque là jamais atteint pour une affaire de cartel. Sept entreprises, dont LG Electronics, Samsung, Philips et Panasonic ont été condamnées à payer 1, 47 milliards d'euros alors que l'entreprise délatrice, le groupe taïwanais Chunghwa a bénéficié d'une immunité totale. V. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1317_fr.htm?locale=FR. V. également, communication de la Commission sur l'immunité d'amende dans les affaires portant sur les ententes,

qui est des résultats spécifiques au droit français, il faut prendre en compte le fait que la durée d'expérience de l'Autorité de la concurrence rend les statistiques moins importantes en ce domaine que les autorités européennes ou encore américaines¹⁰⁸⁰. Ainsi en 2011, les pratiques sanctionnées ont porté essentiellement sur des ententes¹⁰⁸¹ ; en 2012, une seule décision peut être recensée dans le secteur des farines alimentaires, l'entreprise meunière mise en cause ayant été totalement exonérée de sanction¹⁰⁸². Pour l'année 2013, si la synthèse du rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence fait état de sept demandes de clémence¹⁰⁸³, une seule décision accordant une exonération totale peut être recensée¹⁰⁸⁴. Relative à la commercialisation des commodités chimiques, elle est venue clarifier la pratique décisionnelle de l'Autorité, notamment sur les droits et obligations de l'entreprise auteur de la dénonciation.

222. Efficacité de la collaboration des repentis en droit pénal interne. Si l'incitation à l'incrimination d'autrui en échange d'une exemption totale de peine apparaît efficace sur les plans européen et français en matière de condamnation des pratiques anticoncurrentielles, le succès de ce mécanisme sur le plan du droit pénal interne doit être relativisé. Selon des informations obtenues auprès de praticiens¹⁰⁸⁵, l'expérience des repentis s'est en effet limitée depuis 2004 à deux affaires sur l'ensemble du territoire, l'une instruite par la Juridiction inter-régionale spécialisée de Bordeaux, l'autre à Marseille. Toutefois, dans les deux cas, l'examen des conséquences de la collaboration de l'auteur de l'infraction a démontré qu'en réalité, loin

disponible sur le même site ; F. LEVEQUE, *L'efficacité multiforme des programmes de clémence*, Concurrences, 2006, n° 4, p. 31 et s.

¹⁰⁸⁰ La procédure de clémence n'ayant été introduite en droit de la concurrence français qu'en 2001.

¹⁰⁸¹ Autorité de la concurrence, 11-D-17, 8 décembre 2011. Il s'agissait de l'affaire dite du cartel des lessives. Unilever, arrivant le premier au guichet de la repentance, a échappé à une sanction qui aurait pu atteindre 248 millions d'euros alors que les sociétés Henkel, Colgate Palmolive et Procter & Gamble ont respectivement été condamnées à 35,92 et 240 millions d'euros.

¹⁰⁸² Autorité de la concurrence, décision 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

¹⁰⁸³ V. synthèse du rapport pour l'année 2013, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence : « *La clémence : une procédure qui cartonne* ».

¹⁰⁸⁴ Décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à la commercialisation des commodités chimiques. L'Autorité a sanctionné les quatre principaux distributeurs de produits chimiques en France (solvants, alcools, acides, javel, etc.) à hauteur de 79 millions d'euros. Les pièces du dossier montrent que, de 1998 à mi-2005, ils se réunissaient régulièrement et secrètement dans des hôtels ou des restaurants, ou échangeaient par téléphone, parfois sur des lignes dédiées (pour éviter toute trace de ces communications), afin de se répartir la clientèle et coordonner leurs prix.

Solvadis, première entreprise à s'être auto incriminée et à avoir révélé le cartel, a bénéficié d'une immunité totale de sanction au titre de la clémence. V. E. CUZIAT, *La clémence, une pratique exigeante*, préc., p. 204.

¹⁰⁸⁵ Informations recueillies au cours d'entretiens avec M. GENTIL, ancien Vice-président chargé de l'instruction au sein de la JIRS de Bordeaux et M. D. CHAUSSERIE LAPRÉE, ancien Vice-procureur au parquet de Bordeaux.

d'être relayée au second plan, la finalité répressive se diversifiait. Au-delà de la seule personne du délinquant repentini appréhendé, c'est sur l'organisation criminelle toute entière à laquelle il appartient que la répression s'oriente. L'objectif de démantèlement des réseaux criminels et de répression de l'ensemble de leurs membres prend ainsi le pas sur la répression d'un seul.

S'interroger sur l'évolution de la notion de répression au regard de la mise en œuvre des procédures de négociation en matière pénale a fait émerger le constat selon lequel l'altération des principes inhérents à la sanction ne signifiait pas nécessairement celle de l'objectif de répression. Parfois plus redoutable et diversifiée, la permanence de la finalité répressive indique que la compétence judiciaire comporte désormais une part significative de capacité de contrôle d'un processus de négociation qui reste conforme à ses exigences.

Conclusion du Chapitre 1

223. Utilitarisme pénal. La problématique de la négociation au regard des finalités de la justice pénale a permis d'illustrer un phénomène « d'utilitarisme pénal »¹⁰⁸⁶.

L'évolution fonctionnelle de l'aveu au sein des procédures négociées démontre qu'il peut être aujourd'hui le critère unique et déterminant de condamnations pénales¹⁰⁸⁷. Ce succès de l'aveu tient sans doute à ce qu'il est porteur de quelque chose de « magique » : il suspend les doutes, désamorce la critique et neutralise les hypothèses concurrentes¹⁰⁸⁸. N'étant soumis, pour l'essentiel des procédures, à aucune obligation de corroboration¹⁰⁸⁹, l'aveu est en effet le pilier d'un système qui associe le délinquant au circuit pénal à mettre en œuvre, tout en lui retirant l'essentiel des garanties traditionnellement attachées au procès.

224. Perméabilité du droit pénal. Le droit pénal, parce qu'il est l'expression même des fonctions régaliennes d'une nation, apparaissait moins exposé que ses disciplines voisines en droit privé à la concurrence ou à la perméabilité des droits étrangers, en particulier du droit anglo-saxon¹⁰⁹⁰. Pourtant, l'instrumentalisation de l'aveu par les procédures étudiées a bien fait apparaître une variation de la notion de vérité¹⁰⁹¹, un glissement de sa conception matérielle vers un contenu plus formel, propre aux systèmes de *Common Law*. Pascal

¹⁰⁸⁶ Sur cette expression v. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, éd. Gallimard, 1975, p. 299 et s. ; X. BEDIN, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, l'Harmattan, 2006.

¹⁰⁸⁷ Une nuance doit être apportée sur ce point au regard de la procédure de clémence en droit de la concurrence. En effet, outre les déclarations de l'entreprise repentie, l'Autorité de la concurrence utilise de nombreuses informations de natures diverses. Aux côtés des entreprises ayant participé à l'entente, l'entreprise dénonciatrice doit communiquer des documents originaux attestant de la pratique anti concurrentielle (agendas, notes de frais, comptes-rendus de réunion, courriels ...) et renseigner l'Autorité sur les produits ou services concernés, l'aire géographique touchée par les faits, la durée des agissements, etc. V. E CUZIAT, *La clémence, une pratique exigeante*, préc., p. 205.

¹⁰⁸⁸ Ph. ARTIERES, *Compte rendu*, in *Annales, histoire, sciences sociales*, 2002, vol. 57, n° 6, p. 1641; R. DULONG, (dir.), *L'aveu, histoire, sociologie, philosophie*, in *Droit et Justice*, PUF, Paris, 2001.

¹⁰⁸⁹ V. Note de bas de page n° 1087.

¹⁰⁹⁰ J. PRADEL, cité par J-P. JEAN, *De l'efficacité en droit pénal*, in *Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 135.

¹⁰⁹¹ V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 260. Selon cet auteur, la justice négociée « n'est pas en accord avec l'esprit de la procédure pénale française, principalement en ce qu'elle relègue au second plan le principe fondamental de la recherche de la vérité et qu'elle comporte des risques évidents de marchandage ».

affirmait que l'accès à la vérité judiciaire varie grandement d'un pays à l'autre¹⁰⁹², c'était sans compter sur la modification de ce qu'on entend par vérité judiciaire, la négociation en matière pénale agissant en effet comme vecteur d'un rapprochement notionnel.

225. L'illusion de la contractualisation. Devant ce spectacle d'une procédure pénale faite de fragments de plus en plus disparates, un auteur s'interrogeait sur le point de savoir si la procédure pénale française avait encore un but¹⁰⁹³. Certes, la réduction ou l'exemption de peine issues des accords négociés entre délinquants et autorités pouvaient faire douter de la finalité répressive. Néanmoins, l'analyse du fonctionnement des modalités du processus de négociation a montré qu'il n'en est rien. La contractualisation est un leurre, et ce que l'on confond avec le consentement à un contrat n'est pas autre chose, le plus souvent, qu'une incitation à acquiescer explicitement à la sanction, afin d'en renforcer l'efficacité¹⁰⁹⁴. Ces techniques d'incitation à la collaboration à la preuve semblent remplir un office bien précis, et contrairement à certains points de vue¹⁰⁹⁵, la perte du caractère punitif de l'institution judiciaire n'en est pas un. Au contraire, les procédures négociées sont là pour diminuer le coût économique et politique de l'« art de châtier »¹⁰⁹⁶, en augmentant son efficacité et en multipliant ses circuits par le biais d'un passage d'un système fondé sur « la vérité du droit à celui de la licéité d'un accord entre les parties »¹⁰⁹⁷. Ainsi, le consentement se révèle une illusion au service de la promptitude d'une répression économique, tandis que « l'échange autour de la peine entraîne une réduction de la sacralité de la loi et du rite »¹⁰⁹⁸.

S'interroger sur la conformité de la négociation aux finalités de la justice pénale impliquait de relever les effets pénaux de celle-ci. L'étude de la légalité du processus de négociation implique désormais d'analyser ses effets procéduraux.

¹⁰⁹² Cité par E. JEULAND, *Preuve judiciaire et culture française*, Revue internationale interdisciplinaire, 50/2005-2, p. 149-170.

¹⁰⁹³ R. GASSIN, *Considérations sur le but de la procédure pénale*, préc., p. 119.

¹⁰⁹⁴ M. DANTI-JUAN, *Le consentement et la sanction*, préc., p. 378.

¹⁰⁹⁵ Notamment celui de J. SEGAUD dans sa thèse intitulée : « *Essai sur l'action publique* », préc., p. 545, spéc. n° 959.

¹⁰⁹⁶ P. PONCELA, *L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français*, in M. ANQUETIL, S. BUFFARD, Y. CASTAN, P. PONCELA, L-M. RAINGEARD de la BLÉTIÈRE, P. ROBERT, *La peine quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Recherches morales, éd. du Cerf, 1983, p. 56.

¹⁰⁹⁷ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 287.

¹⁰⁹⁸ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, LGDJ, 2009, p. 374, spéc. n° 529.

Chapitre 2. Négociation et principes directeurs en matière pénale

226. Notion de principes directeurs en matière pénale. À la différence du Code de procédure civile au sein duquel les principes directeurs de la matière figurent depuis 1976¹⁰⁹⁹, cette catégorie juridique¹¹⁰⁰ n'a été explicitement introduite dans le Code de procédure pénale qu'avec la loi du 15 juin 2000¹¹⁰¹, parfaite ensuite par celle du 9 mars 2004¹¹⁰². Aussi, un article préliminaire scindé en trois parties figure « au fronton »¹¹⁰³ du Code de procédure pénale. La première partie vise à garantir une procédure équitable, contradictoire et préservant les droits des parties. La seconde est tout entière consacrée aux droits des victimes, et la dernière partie est relative à la garantie des droits de la personne suspectée ou poursuivie.

S'il est vrai que l'article préliminaire a le mérite de regrouper dans un même texte « des règles qui contiennent un caractère tout à la fois conceptuel, général et fondamental »¹¹⁰⁴, les principes directeurs restent toutefois un ensemble difficile à appréhender en raison de la pluralité des sources. En effet, si les principes directeurs sont, à l'origine, issus de sources essentiellement supra législatives, la nature de celles-ci est à la fois internationale¹¹⁰⁵, européenne¹¹⁰⁶ et constitutionnelle¹¹⁰⁷. Nourrissant l'imprécision des contours de la notion de principes directeurs, cette diversité a cependant contribué à la construction d'un fond commun procédural qui s'impose à tous les États soumis aux instruments internationaux vecteurs de l'influence supra législative. Véritable socle de standards d'une bonne justice, ces droits fondamentaux du procès impliquent une « modélisation des procès, quel que soit d'ailleurs le

¹⁰⁹⁹ Art. 1^{er} à 24, C. pr. civ., issus d'un décret du 9 septembre 1971, v. H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, D. 1972, p. 91.

¹¹⁰⁰ E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, Thèse, Aix-Marseille, 2000 ; R. MARTIN, v. *Principes directeurs du procès*, Dalloz, Rép. pr. civ., 2010, spéc., n° 247.

¹¹⁰¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JO du 16 juin 2000, n° 138.

¹¹⁰² Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, préc.

¹¹⁰³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., p. 365, spéc., n° 369 (b).

¹¹⁰⁴ E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, préc., p. 17.

¹¹⁰⁵ Pacte relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966.

¹¹⁰⁶ Convention européenne des droits de l'Homme signée à Rome le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974 ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 et le Livre vert sur les garanties procédurales du 19 février 2003.

¹¹⁰⁷ V. *Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes* : CCC. 2001-10, Dalloz, p. 112, spéc. I : « Le fondement constitutionnel des principes directeurs de la procédure pénale ».

type de contentieux, quel que soit le pays »¹¹⁰⁸. Autrement dit, ils forment une sorte de *jus commune* construit autour de la notion de procès¹¹⁰⁹.

227. Principes directeurs et procès équitable. En Europe, c'est sous la notion de procès équitable que sont regroupées les garanties inhérentes aux principes directeurs du procès pénal. Si le droit à un procès équitable n'était pas prévu explicitement dans la Convention européenne des droits de l'Homme – l'arrêt *Golder*¹¹¹⁰ étant en effet à l'origine de cette notion – l'article 6 en est aujourd'hui l'emblème incontestable. Aux côtés des modèles internationaux et européens du procès, il apparaît que les méthodes d'interprétation du droit européen de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme ont également œuvré à la convergence entre différents systèmes¹¹¹¹. Parmi ces méthodes, l'autonomie des notions¹¹¹² et l'approche globale du procès¹¹¹³ semblent avoir véhiculé une autre logique que celle qui sous-tend « le raisonnement juridique traditionnel français »¹¹¹⁴, une logique plus pragmatique répondant davantage aux standards processuels des pays anglo-saxons. En témoigne l'expression « procès équitable »¹¹¹⁵, « *fair trial* » dans la version en langue anglaise de la Convention, dont on sent bien la parenté avec le *due process*, la *due manere* qui figurait dans les premiers textes anglais¹¹¹⁶ et qui sera ensuite reprise par le *Bill of Rights* américain¹¹¹⁷.

¹¹⁰⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 9^e éd., LexisNexis, coll. Manuels, 2014, p. 367, spéc. n° 371.

¹¹⁰⁹ S. GUINCHARD, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., Dalloz, coll. Précis Droit Privé, 2009 p. 445 et s.

¹¹¹⁰ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 18, AFDI, 1975, p. 330, note PELLOUX.

¹¹¹¹ V. J-F.FLAUSS, *Les nouvelles frontières du procès équitable*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 81 et s ; v. aussi P. BEAUVAIS, *Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des Cours européennes*, Arch. pol. crim., 2007/1, n°29, p. 3. L'auteur souligne que « La protection des droits fondamentaux par les Cours européennes est marquée par un haut degré de convergence, qui se manifeste surtout par l'influence qu'exerce la Convention européenne des droits de l'Homme sur le système de l'Union européenne ».

¹¹¹² V. *supra* n° 38.

¹¹¹³ Selon cette approche, la Commission et la Cour EDH ne recherchent pas l'effectivité de la notion de procès équitable à travers un seul stade de la procédure mais plutôt au regard de l'ensemble du procès. V. F. MASSIAS, *Le champ d'application pénal européen selon la Cour EDH : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention EDH*, in Mélanges offerts à R. OTTENHOF, Dalloz, 2005 ; S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, Justices, 1999, p. 91 ; du même auteur, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du III^e millénaire*, in *Clefs pour le siècle*, Paris II, Dalloz, mai 2000.

¹¹¹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Vers une autre logique : à propos de la jurisprudence de la Cour EDH*, D. 1988, Chron. p. 221.

¹¹¹⁵ En matière pénale le droit au procès équitable ne se réduit pas au §1 de l'article 6 de la Conv. EDH mais se fonde également sur les articles 5 et 7 ainsi que sur le protocole n° 7.

¹¹¹⁶ La grande Charte des libertés (*Magna Carta*) de Jean sans Terre du 15 juin 1215. V. www.aidh.org, point n° 39.

¹¹¹⁷ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 721 ; J. HAUTBERT et S. SOLEIL (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, t.2, actes du colloque d'Angers, 18-19 oct. 2007, éd. EJT, 2008, spéc. p. 13 ; L. PRIMOT, *Le mythe de l'Habeas*

228. Principes directeurs et *due process*. Aux États-Unis, c'est au sein de la terminologie *due process of law*¹¹¹⁸ que les principes directeurs s'articulent. Cette notion est prévue au V^e et XIV^e Amendement¹¹¹⁹ à la Constitution fédérale et interdit de priver une personne de vie, de liberté et de propriété, sans *due process of law*, c'est-à-dire « sans le bénéfice des garanties ou des protections dues par le droit »¹¹²⁰. Revêtu d'une dimension à la fois substantielle et procédurale¹¹²¹, le *due process of law* désigne ainsi tant les protections qui découlent de règles juridiques procédurales que celles qui résultent de règles juridiques de fond et postule un idéal dans l'exercice des pouvoirs au sein d'un État de droit.

229. Procès équitable vs *due process of law*. Toutes deux à la base d'une société démocratique, les notions de procès équitable et de *due process of law* offrent le cadre processuel indispensable à l'équilibre entre « deux intérêts également puissants, également sacrés qui veulent à la fois être protégés, l'intérêt général et l'intérêt des accusés qui lui aussi est un intérêt social qui exige une complète garantie des droits de la défense »¹¹²². Poursuivre les mêmes buts n'implique cependant pas toujours les mêmes moyens, c'est précisément sur ce point que les divergences apparaissent, et plus particulièrement en matière de procédures négociées. En effet, là où le système français est attaché à une conception hiérarchique de la justice pénale, la procédure américaine se présente comme un système participatif¹¹²³. Aussi, la procédure de *plea bargaining* aux États-Unis illustre l'idée d'une mobilisation de tous les acteurs dans la production de la décision de justice et de la vérité¹¹²⁴, là où l'insertion des

Corpus, JCP, 2009, act. 263 ; S. FIELD, *La procédure pénale anglaise et la tradition accusatoire*, in M. BENILLOUCHE (dir.), *Les procédures accusatoires*, PUF, 2012, p. 105 ; A.W. BRIAN SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire – Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, New York, 2001, spéc. chap. 14 et 15.

¹¹¹⁸ E. ZOLLER, *Due process of law*, in S. RIALS, D. ALLANT, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 556 ; v. également E. ZOLLER, *Procès équitable et due process of law*, D. 2007, p. 517.

¹¹¹⁹ La portée du *due process* diffère en principe selon qu'il s'agit du V^e ou du XIV^e amendement. Le V^e Amendement concerne des procédures mises en œuvres par le gouvernement fédéral pour la répression des crimes et délits fédéraux tandis que les garanties de procédure pénale imposées aux États relèvent du XIV^e Amendement.

¹¹²⁰ G. MARTIN, *Le due process of law aux États-Unis*, thèse, Paris II, 1997 ; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2^e éd., 2000.

¹¹²¹ Le *due process of law* substantiel protège des valeurs inhérentes au justiciable en tant que personne : dignité humaine, liberté d'expression, droit à la vie privée... Le *due process* procédural concerne le justiciable en tant que partie à la procédure : droit de se voir notifier la mesure privative de liberté, droit d'être entendu conformément aux règles du procès accusatoire, droit d'être assisté d'un avocat tout au long de la procédure... V. E. LIDDELL, *Le procès pénal aux États-Unis : démocratie, due process of law et justice ordinaire*, Thèse, Bordeaux III, 2005, p.1.

¹¹²² F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, préc., p. 4.

¹¹²³ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 55, spéc., n° 14.

¹¹²⁴ Entendue dans sa conception formelle, v. *supra* n° 173 et s.

procédures de négociation françaises se heurte au caractère vertical de l'organisation de l'État et du pouvoir judiciaire.

230. Négociation et renoncement. Aux États-Unis comme en France, la négociation emporte une renonciation à un certain nombre de garanties relevant du *due process of law* et du procès équitable. La Cour suprême, comme la Cour EDH fait dépendre la validité de la renonciation de son caractère conscient et volontaire¹¹²⁵. Toutefois, plus que sur les modalités de la renonciation, c'est sur sa portée qu'il convient de concentrer l'analyse. Aux États-Unis, la procédure de *plea bargaining* emporte une renonciation pure et simple des clauses du *due process of law*. Aussi on considère que si la loi accorde au mis en cause un droit à un procès en bonne et due forme, elle accorde également le droit d'y renoncer et de plaider coupable¹¹²⁶. Cette renonciation aux prérogatives inhérentes au *due process* ne pose pas de difficulté majeure pour la doctrine et les institutions américaines au sens où elle apparaît comme une modalité d'exercice de la liberté individuelle. Forte du courant *Law and Economics* qui véhicule l'idée que tout droit constitue un titre « marchandable »¹¹²⁷, la procédure pénale américaine permet au justiciable de disposer librement de ses droits comme des titres en les vendant ou en les échangeant afin d'améliorer sa situation¹¹²⁸. Parfait reflet d'une conception utilitariste de la philosophie pénale, le contenu de la renonciation en droit américain diffère de celui existant en droit français. En France, il est des droits et des principes qui, parce qu'ils mettent en cause la prééminence du droit au-delà des intérêts particuliers, ne sauraient être tributaires de la volonté individuelle¹¹²⁹. Toutefois, en fonction de la nature du droit en cause, la Convention EDH permet une renonciation non pas au droit mais à son exercice¹¹³⁰, la distinction reposant semble-t-il sur le caractère temporaire de la renonciation, permettant une protection effective de l'individu si celui-ci revient sur sa décision. Cette acceptation de la renonciation à l'exercice d'un droit constitue un facteur ayant favorisé l'implantation des procédures de négociation au sein de la matière pénale française, et s'apparente à une

¹¹²⁵ Cour suprême des États-Unis, *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970) ; *Mc Mann v. Richardson*, 397 U.S. 759, (1970) ; *Parker v. North Carolina*, 397 U.S. 790 (1970). « *A waiver from a due process right not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences* », CEDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, préc. § 41.

¹¹²⁶ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 93, spéc. n° 88.

¹¹²⁷ V. *supra* n° 97.

¹¹²⁸ I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 28.

¹¹²⁹ V. B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 94.

¹¹³⁰ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, coll. de droit international, éd. Bruylant, 2001, p. 580. V. *infra* n° 287 et s.

conséquence de ce que l'on peut appeler un « processus d'acculturation »¹¹³¹ du système français à des données étrangères, provenant plus particulièrement d'un système de type participatif de *Common Law* : le système américain.

231. Conception libérale et institutionnelle des droits fondamentaux. À cet égard, il est possible de réaffirmer le caractère désormais inadapté de la distinction accusatoire/inquisitoire¹¹³², en ce que l'étude du *due process of law* et du procès équitable semble en révéler une nouvelle. Il s'agirait d'une *summa divisio* entre deux conceptions des droits fondamentaux, l'une « institutionnelle » et l'autre, libérale¹¹³³. Selon cette dernière, l'accusé peut disposer de ses droits et y renoncer. En revanche, dans une conception institutionnelle des droits fondamentaux, les garanties du procès équitable ne peuvent faire l'objet d'un acte de libre disposition de la part de leur titulaire.

232. Pour l'élaboration d'un droit de la négociation. Les procédures de négociation, parce qu'elles impliquent nécessairement l'abandon de certains droits fondamentaux – aussi bien processuels que substantiels – illustrent une certaine adaptation de la conception libérale au sein de la matière pénale. Toutefois, le processus d'acculturation ne semble pas s'être fait de manière satisfaisante.

L'articulation de la négociation et des principes directeurs a tout d'abord entraîné un aménagement des principes inhérents à la tenue du procès. Si les différentes procédures étudiées mettent nécessairement en œuvre un ersatz de procès, celui-ci doit toutefois être entouré de garanties¹¹³⁴. Ensuite, le constat d'une renonciation à l'exercice de certains droits relevant de la catégorie des droits de la défense, aussi justifiée soit-elle, semble requérir davantage de protection.

Partant, l'aménagement des principes processuels (Section 1), et la renonciation aux droits substantiels (Section 2), rendent nécessaire un contrôle tout au long du processus de négociation afin que celle-ci s'apparente non pas à une irrégularité mais à un droit.

¹¹³¹ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 48, spéc., n° 11.

¹¹³² V. C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'inquisitoire et de l'accusatoire dans l'instruction préparatoire*, préc.

¹¹³³ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, coll. de droit international, préc., p. 143 ; J. DANIEL, *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Thèse Université Jean Moulin Lyon III, 2006, p. 289 et s.

¹¹³⁴ V. sur ce point M-A. BEERNAERT, *Les garanties du procès équitable dans la justice pénale consensuelle et négociée : analyse de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in F. DIGNEFFE, T. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale, Perspectives criminologiques*, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 361 et s.

Section 1. Aménagement des principes liés au procès

233. Déclin du rituel lié au procès. Selon certains auteurs, le procès « est le moyen par lequel se concrétise le droit »¹¹³⁵ et comprend d'une part, un formalisme procédural et d'autre part, un formalisme ritualisé¹¹³⁶. Aussi, la procédure et le rituel apparaissent-ils comme les vecteurs essentiels de la réalisation du droit¹¹³⁷. Malgré l'importance que peut revêtir le rituel judiciaire, particulièrement en matière pénale¹¹³⁸, le développement de procédures reposant sur la négociation semble illustrer son déclin. La volonté de parvenir à une bonne administration de la justice en poursuivant un objectif de célérité semble en effet faire émerger une justice moins formalisée et moins soucieuse des rites qui traditionnellement la caractérise. Intrinsèquement lié au temps et à l'espace, le rituel judiciaire trouve ainsi difficilement à s'exprimer au sein de procédures dont la rapidité est la première finalité. L'étude des différentes modalités du processus de négociation a montré que l'accélération du procès pénal se fonde pour une large part sur l'existence d'un dialogue, en amont de la phase décisive du procès, dialogue visant à la reconnaissance des faits par le mis en cause et évacuant ainsi les impératifs liés à la preuve. Essentiellement attachés à la phase d'audience et au rite, les principes liés au procès, tels que le contradictoire, se trouvent nécessairement corrompus dans leur application du fait de l'amputation de la phase de jugement de toute sa partie probatoire.

Illustration d'un procès *a minima*, les procédures de négociation ne caractérisent pas moins un processus, qui, afin de rendre acceptables les simplifications de la phase décisive traditionnelle, doit être entouré de garanties. Tout comme célérité ne veut pas dire précipitation, simplification du procès ne signifie pas absence de procès.

234. Plan. En ce sens, si l'altération de principes liés au rituel peut être justifiée (§1), certaines garanties inhérentes au déroulement des procédures négociées apparaissent au contraire impératives (§2).

¹¹³⁵ M-A. FRISON-ROCHE, *La philosophie du procès, propos introductifs*, Arch. ph. droit., tome 39, 1995, p. 23.

¹¹³⁶ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., p. 21, spéc., n° 26.

¹¹³⁷ Dans son ouvrage intitulé « *L'âne portant des reliques* », A. GARAPON relie les rites à la forme sensible de la justice, qui s'opposera à sa forme procédurale, éd. Le Centurion, 1985, p. 15.

¹¹³⁸ Sur ce point v. A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, éd. Odile Jacob, 2001, p. 149. L'auteur souligne que la procédure se présente « comme le conservatoire de l'esprit national plus encore que le fond du droit ».

§1. Justification de l'altération des principes liés au rituel

235. Mise en balance des intérêts. Contrairement au procès pénal classique, le processus de négociation ne repose pas nécessairement sur un jugement public, oral et contradictoire. Ce dernier donnant lieu en effet à une audience lors de laquelle le débat est réduit, c'est plus particulièrement l'application des principes de publicité et de contradiction qui semble devoir être relativisée. Parce qu'au sein des procédures de négociation le rituel devient un élément superflu avec lequel le législateur « joue » selon les orientations prises en matière de politique criminelle¹¹³⁹, il est intéressant de relever comment s'établit la balance entre le respect des principes directeurs et l'exigence de rationalisation et de simplification de la procédure. Dès lors, il convient de voir comment les principes du contradictoire (A) et de publicité des débats (B) s'articulent avec les procédures négociées.

A. Le principe du contradictoire

236. Contradictoire et influence européenne. À l'exception du débat contradictoire lors de la phase de jugement¹¹⁴⁰, le contradictoire en tant que principe est demeuré longtemps inconnu de la procédure pénale française¹¹⁴¹. Sous l'influence du droit européen, le contradictoire s'est progressivement imposé comme un principe fondamental du procès pénal¹¹⁴². Si le respect de ce principe induit par la notion de procès équitable paraît évident devant l'autorité juridictionnelle en droit pénal, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de l'Autorité de la concurrence. En effet, l'appartenance au procès judiciaire de la procédure

¹¹³⁹ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., p. 363, spéc. n° 513.

¹¹⁴⁰ S. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : Du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse, Nantes, 2007, p. 23, spéc. n° 21.

¹¹⁴¹ Parmi les ouvrages de référence en procédure pénale et publiés autour de la date de création du Code de procédure pénale, il n'est fait aucune mention du principe du contradictoire, V. F.HÉLIE, *Code d'instruction criminelle. Pratique criminelle des Cours et Tribunaux*, 1951 ; P. BOUZAT, J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, éd. Dalloz, 1963, p. 974 et 1038 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5e éd., Cujas, 2001, p. 846, spéc., n° 731 ; v. également, L. HUGUENEY, *Les droits de la défense devant le juge d'instruction*, Rev. sc. crim. 1952, p. 195 ; J. LEAUTÉ, *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense*, Rev. sc. crim. 1953, p. 47.

¹¹⁴² J. PRADEL, *Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes*, in *Mélanges offerts à G. Levasseur*, LexisNexis, 1992, p. 459 ; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006 ; L. MINIATIO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2008, p. 7 et s.

devant les autorités administratives indépendantes a soulevé certaines interrogations¹¹⁴³. L'exercice d'un pouvoir de sanction, pris aux juridictions, aux côtés d'un pouvoir réglementaire et d'administration, pris au gouvernement, en fait des entités d'une nature juridique complexe¹¹⁴⁴. Toutefois, au regard de la notion de tribunal dégagée par la Cour EDH¹¹⁴⁵ et parce que le fonctionnement des AAI dans leur pouvoir de sanction est assimilable aux poursuites judiciaires classiques, ces institutions sont soumises au respect d'un certain nombre de principes. De même, un auteur a pu affirmer que « lorsque la matière civile ou la matière pénale sont en jeu, c'est en tant qu'elles sont des tribunaux au sens européen du terme, que les AAI doivent aménager les garanties liées au procès équitable et à la juridiction impartiale »¹¹⁴⁶. Aussi, aux côtés des procédures de négociation en droit pénal (1), c'est également au regard de celles qui se déroulent devant l'Autorité de la concurrence (2) qu'il convient d'examiner l'altération de la contradiction traditionnellement à l'œuvre lors du procès.

1. Le contradictoire dans les procédures de négociation en droit pénal

237. L'objectif de célérité face à l'exigence de débats contradictoires. Selon la Cour EDH, le contradictoire implique « la faculté, pour les parties (...), de prendre connaissance de toutes les pièces ou observations présentées au juge (...) en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »¹¹⁴⁷. Consubstantiel aux droits de la défense¹¹⁴⁸, le principe du contradictoire leur

¹¹⁴³ V. J. GOURDOU, O. LECUCQ et J. Y. MADEC, *Le principe du contradictoire dans le procès administratif*, L'Harmattan, 2010.

¹¹⁴⁴ S. HUBAC, E. PISIER, *Les autorités face aux pouvoirs*, in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 117 ; v. M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, éd. Monchrestien, Paris, 1991.

¹¹⁴⁵ Une autorité qui ne figure pas parmi les juridictions d'un État peut, aux fins de l'article 6 §1, s'analyser néanmoins en un tribunal au sens matériel du terme. V. CEDH, *Sramek c/ Autriche*, 22 oct. 1984, req. n° 8790/79, §36 ; v. également, CEDH, *Chypre c/ Turquie*, (GC), 10 mai 2001, req. n° 25781/94. Dans cet arrêt, la Cour précise qu'un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher sur la base de normes de droit, avec plénitude de juridiction et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence.

¹¹⁴⁶ M-A. FRISON-ROCHE, in *Les autorités administratives indépendantes, un objet juridique non identifié*, Tome 1, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de législation n° 404 (2005-2006) de M. P. GELARD, déposé le 15 juin 2006, disponible sur le site du Sénat.

¹¹⁴⁷ CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen c/Belgique*, § 33, RTD civ. 1996, p. 1006 et s., obs. J-P. MARGUENAUD ; Justices 1997-5, p. 195 et s. obs. G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS.

¹¹⁴⁸ Les droits de la défense apparaissent comme une notion à géométrie variable. Ils peuvent être entendus, au sens strict, comme synonyme du principe du contradictoire. Mais ils peuvent aussi être compris, dans une acception extensive, comme une notion cadre englobant une pluralité de garanties telles que la présomption d'innocence, le principe du contradictoire, le droit à un juge indépendant et impartial, le droit à la publicité des débats ou celui d'exercer des voies de recours. V. F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne poursuivie*, thèse, Nancy, 1995, p. 25 ; C. SOURZAT, *Les*

sert principalement d'outil fonctionnel, il favorise leur exercice¹¹⁴⁹. Toutefois, au regard de l'objectif d'accélération de la justice pénale ayant présidé à la mise en place des procédures de composition pénale et de CRPC, l'exercice du contradictoire apparaît chronophage. En effet, il suppose non seulement de communiquer les informations pertinentes aux parties, mais aussi de leur permettre d'en discuter devant la juridiction répressive¹¹⁵⁰. Rendant les débats impératifs, ce principe s'articule difficilement avec des procédures qui illustrent des stratégies d'évitement des débats contradictoires.

238. Nature gracieuse des procédures. S'interroger sur l'applicabilité de ce principe directeur du procès judiciaire, dans le cadre de poursuites alternatives que sont la CRPC et la composition pénale, apparaît être une tâche délicate. Tout d'abord, l'existence d'un aveu de culpabilité, on l'a vu, confère à ces procédures une nature gracieuse¹¹⁵¹. Vidées de tout débat sur la culpabilité et sur la peine – l'une et l'autre se déterminant en amont devant le procureur¹¹⁵² – les audiences de validation et d'homologation se caractérisent par une absence du rituel et du décorum présidant à la discussion d'une prétention litigieuse. Or, c'est précisément l'office prédominant du principe du contradictoire que d'assurer la discussion des prétentions des parties à l'instance. Le ministère public n'ayant plus à démontrer la culpabilité, la discussion préconisée par le principe du contradictoire n'a plus pour objet la preuve de l'infraction et l'établissement de la responsabilité pénale, mais simplement la manière dont la personne sera poursuivie. Aussi, sans conflit relativement à la culpabilité du mis en cause, il apparaît logique d'estimer que le contradictoire n'a pas lieu de s'appliquer lors de l'audience¹¹⁵³. C'est la raison d'être semble-t-il de l'adoption de la loi du 26 juillet 2005¹¹⁵⁴, tranchant le débat sur le caractère obligatoire ou non de la présence du ministère

droits de la défense, Dr. Pén., 2011, étude n° 18 ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., p. 22, spéc., n° 22 et s.

¹¹⁴⁹ S. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : Du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, préc., p. 11, spéc. n° 3.

¹¹⁵⁰ D. DÉCHENAUD, *Le contradictoire et les procédures pénales accélérées*, in C. RIBEYRE (dir.) *Le contradictoire dans le procès pénal, nouvelles perspectives*, Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'institut de sciences criminelles de Grenoble, Cujas, coll. Actes et Études, 2012, p. 112.

¹¹⁵¹ V. *supra* n° 150 ; v. aussi Ph. CONTE, *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?*, préc., p. 190, spéc. n° 12.

¹¹⁵² A. GIUDICELLI, *Repenser le plaider coupable*, Rev. sc. crim. n° 3, 2005, spéc., p. 592.

¹¹⁵³ S. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : Du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, préc., spéc. n° 109. V. art. 25 et s. C. pr. civ.

¹¹⁵⁴ Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

public à l'audience d'homologation¹¹⁵⁵. Déclarée conforme à la Constitution¹¹⁵⁶, cette loi précise au travers l'article 495-9 alinéa 2 du CPP que la présence du procureur n'est pas obligatoire à l'audience d'homologation, illustrant par la même l'idée que lors de l'audience, toute discussion sur la peine est donc exclue. Aussi, le jeu du dialogue entre les parties lors de l'audience d'homologation est faussé par la présence facultative du parquet.

Que l'on soit en présence d'une composition pénale ou d'une CRPC, il semble que le seul véritable objet de la contradiction soit désormais la peine. De plus, la discussion n'a pas lieu au moment de l'audience de validation ou d'homologation, mais devant le parquet. Partant, l'altération du contradictoire lors de la phase de jugement est le résultat d'un changement relatif à l'objet et au moment d'application de ce principe¹¹⁵⁷.

239. Justification de l'éviction de la contradiction. Au sacrifice du contradictoire¹¹⁵⁸, il peut être opposé que l'évidence de la culpabilité, due à sa reconnaissance par l'auteur de l'infraction, permet de faire prédominer le principe de célérité sur celui de la discussion. Également, l'absence de rituel lié à la tenue d'un procès traditionnel entraîne une « marginalisation des débats »¹¹⁵⁹ justifiant l'inapplication des principes qui y sont liés. Selon une idée développée par un auteur¹¹⁶⁰, la renonciation du parquet à l'application de la peine normalement encourue – en ce qu'elle s'apparente à une faveur faite à l'accusé – entraîne de manière symétrique un évitement de certains droits de la défense, au premier rang desquels se situe le droit à une audience contradictoire.

Enfin, selon une distinction doctrinale entre garanties et droits¹¹⁶¹, il est possible de justifier l'inapplication du principe du contradictoire par l'idée selon laquelle « l'absence de litige, si

¹¹⁵⁵ V. *supra* n° 148. La Cour de Cassation et le Conseil d'État considèrent, à l'inverse de la Chancellerie et du législateur que le parquet doit être présent de manière obligatoire à l'audience d'homologation. V. Cass. crim. 18 avril 2005, Bull. crim. n°1 ; comm. J. PRADEL, *Le ministère public doit-il être présent à l'audience d'homologation dans le cadre de la procédure de plaider coupable ?*, D. 2005, p. 1200 ; CE, 11 mai 2005, n° 279833 et 279834, *Syndicat des avocats de France* ; v. L. DELPRAT, *La Cour de cassation et le Conseil d'État doivent-ils plaider coupable ?* Dr. pén., n° 7-8, 2005, pp. 6-13.

¹¹⁵⁶ Cons. const., décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005 ; v. J-E. SCHOETTL, *La réforme du plaider coupable devant le Conseil Constitutionnel*, Gaz. Pal., n° 216, 2005, spéc. p. 10.

¹¹⁵⁷ D. DÉCHENAUX, *Le contradictoire et les procédures pénales accélérées*, préc., p. 118.

¹¹⁵⁸ Tant pour l'audience de validation d'une composition pénale que pour l'audience d'homologation d'une CRPC.

¹¹⁵⁹ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, préc., p. 370, n° 338.

¹¹⁶⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, préc., p. 179.

¹¹⁶¹ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 143 ; E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire, Essai d'une catégorie juridique*, préc. ; S. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, préc., p. 23 ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., p. 25.

elle ne permet pas d'évincer l'applicabilité des droits de la défense, permet en revanche d'admettre que certaines garanties de défense puissent être méconnues sans que cela n'entraîne une atteinte aux droits de la défense »¹¹⁶². Aussi, l'inapplication du contradictoire ne serait source d'aucune atteinte aux droits de la défense en raison de l'accord portant à la fois sur la culpabilité et sur la peine et préalablement conclu entre l'auteur de l'infraction et un membre du ministère public. L'existence d'un consensus rendrait ainsi sans objet les débats sur ces questions.

2. Le contradictoire dans les procédures de négociation en droit de la concurrence

240. La notion de procès équitable devant les AAI. De prime abord, il n'est pas évident de considérer que les prescriptions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui prévoit le droit pour toute personne à un procès équitable, et donc à une procédure contradictoire, soient applicables aux autorités administratives indépendantes¹¹⁶³. Toutefois, comme cela a été exposé¹¹⁶⁴, l'autonomie des notions de tribunal¹¹⁶⁵ et d'accusation en matière pénale¹¹⁶⁶, dégagées par la Cour européenne des droit de l'Homme, a permis l'application de l'article 6§1 aux AAI. Les divergences entre la Cour de cassation et le Conseil d'État quant à l'intégration de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹¹⁶⁷ ont au départ engendré des difficultés au regard de l'application des exigences du procès équitable aux AAI. Cependant, un arrêt du Conseil d'État datant de 1999¹¹⁶⁸ a finalement consacré un alignement entre les juridictions administratives, judiciaires et européennes quant à l'application des prescriptions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de

¹¹⁶² Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, p. 484, spéc. n° 749.

¹¹⁶³ S. ETOA, J-M. MOULIN, L'application de la notion conventionnelle de procès équitable aux autorités administratives indépendantes en droit économique et financier, C.R.D.F., n° 1/ 2002, p. 50 ; F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne poursuivie*, préc. p. 120.

¹¹⁶⁴ V. *supra* n° 38.

¹¹⁶⁵ CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, Série A, req. n° 8790/79, § 36 ; CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, Série A, req. n° 10328/83, § 64. V. *supra* note de bas de page n° 1145.

¹¹⁶⁶ CEDH, 8 juin 1976, *Engel c/ Pays Bas*, Série A, n° 22, § 81.

¹¹⁶⁷ En effet, alors que la Cour de cassation a rapidement adopté la notion matérielle d' « accusation en matière pénale » la haute juridiction administrative s'en est tenue au départ à une démarche organiciste et formelle, v. J-F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'articles 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, A.J.D.A., 20 nov. 1999, p. 847 et s. ; J-C. BONICHOT, *Les juridictions administratives appliquent l'article 6 dans sa lettre et son esprit*, Petites affiches, 15 janv. 1999, n° 11, p. 10.

¹¹⁶⁸ CE, 3 déc. 1999, *Arrêt Didier*, RJDA 3/2000, n° 282 ; Rev. Banque et Dr., janv./fév. 2000, p. 53, obs H. de VAUPLANE, Juris. p. 509, note F. SUDRE ; M. COLLET, *Autorité de régulation et procès équitable*, A.J.D.A., 2007, p. 80.

l'Homme aux sanctions prononcées par certaines AAI. De plus, concernant spécialement l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris avait admis, dans un arrêt du 26 avril 1994¹¹⁶⁹, que « les prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'appliquent aux sanctions de caractère répressif prononcées par le Conseil de la concurrence (...) ». Puis, dans un arrêt du 15 juin 1999¹¹⁷⁰, la formule utilisée est plus précise : « Considérant que sont assimilées à une accusation en matière pénale les poursuites engagées en vue de sanctions pécuniaires ayant le caractère d'une punition prononcée par une autorité administrative, telles celles que peut infliger le Conseil ; que dès lors, dans l'exercice de son pouvoir de sanction, cette autorité est tenue au respect des garanties ci-dessus énoncées (l'article 6 §1 et 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme) »¹¹⁷¹. Si la rencontre entre droit de la concurrence et droits de l'Homme a passionné le débat à l'aube du XIX^e siècle¹¹⁷², on admet aujourd'hui assez naturellement que la Convention européenne des droits de l'Homme est entrée dans la « sphère concurrentielle »¹¹⁷³.

C'est à la lumière de cette évolution que le respect du principe du contradictoire doit être apprécié devant l'Autorité de la concurrence. Aussi, l'article L. 463-1 du Code de commerce affirme que « l'instruction et la procédure devant le Conseil de la Concurrence sont pleinement contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4 »¹¹⁷⁴.

241. Le respect du contradictoire en matière de non-contestation de griefs. S'agissant de la procédure de non-contestation des griefs¹¹⁷⁵, dès lors que l'entreprise renonce à contester les griefs qui lui sont notifiés et présente au rapporteur général des engagements permettant de mettre fin à la pratique anticoncurrentielle, ce dernier peut proposer cette procédure à l'Autorité ainsi qu'un taux de réduction de la sanction. L'Autorité, au terme d'un calcul

¹¹⁶⁹ CA Paris, 26 avr. 1994, *C.D.R.M. c/ Société France Loisirs S.A.R.L.*, BOCC, 18 mai 1994, p. 182.

¹¹⁷⁰ CA Paris, 1^{ère} ch. H. 15 juin 1999, *SA Canal plus c/ SNC Télévision par satellite (TPS) et a.*, JCP, G, 200, II 10254, p. 306.

¹¹⁷¹ F. SUDRE, C. PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, Paris, 2003, p. 77.

¹¹⁷² G. CANIVET, *L'obligation du procès équitable et les règles du contradictoire dans la procédure de sanction en matière de concurrence*, Rev. conc. consom., 1995, n° 86, p. 37 ; J-F. RENUCCI, *Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme*, Dr. & patr. Septembre 1999, p. 64 ; M-A. FRISON-ROCHE, *Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme*, Petites affiches, 1999, n° 29, p. 17 ; J-P. MARGUENAUD, *Le pouvoir de sanction des Autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la CEDH*, in *Mélanges en l'honneur de J. STOUFFLET*, LGDJ, 2001, p. 213.

¹¹⁷³ L. ARCELIN, *L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH*, RLC, 2007/ 2, p. 11.

¹¹⁷⁴ Ce texte prévoit un refus de communication du dossier au mis en cause lorsqu'est en jeu le secret des affaires.

¹¹⁷⁵ Art. L. 464-2 III C. Com., v. *supra* n° 99.

prenant en compte la sanction qui aurait été appliquée sans la procédure, décide ensuite souverainement du taux de réfaction de la sanction variant entre 20 % et 90 %. Outre l'incertitude caractérisée qui semble s'attacher à la sanction¹¹⁷⁶, il est intéressant de souligner qu'au terme de cette procédure, il ne peut être reproché à l'Autorité de concurrence, ni de ne pas avoir parfaitement suivi les propositions du rapporteur général quant au taux de diminution de la sanction, ni de ne pas avoir engagé de débat contradictoire avec l'entreprise à l'égard du *quantum*. En effet, la Cour d'appel de Paris a estimé dans un arrêt du 9 novembre 2004¹¹⁷⁷, que tant qu'un débat a eu lieu sur les engagements et sur le montant de base de la sanction, la procédure ne contourne pas l'exigence du contradictoire.

La justification apparaît lacunaire et insatisfaisante, d'autant que l'éviction du contradictoire se retrouve également au tout début de la procédure. Dès lors que l'entreprise renonce à contester les griefs, cette renonciation lui retire en effet toute possibilité de discussion quant à la réalité, la qualification et l'imputabilité desdits griefs.

242. Le respect du contradictoire en matière de clémence. Lorsque l'on s'intéresse à la procédure de clémence, les difficultés relatives à l'application du principe du contradictoire se révèlent de manière encore plus affirmée. D'une part, en effet, l'entreprise qui effectue une demande de clémence fait l'aveu de sa culpabilité en même temps que celle d'autrui, ce qui a pour effet – au même titre que les procédures en droit commun – de vider de leur substance d'éventuels débats et toute discussion qui suivrait sur la culpabilité et la peine. D'autre part, la pratique semble démontrer que le principe du contradictoire ne s'applique tout simplement pas à la procédure de clémence. C'est du moins la vision de la Cour d'appel de Paris, qui dans un arrêt du 24 avril 2007¹¹⁷⁸, a considéré que le Conseil de la concurrence n'était pas soumis au respect du principe du contradictoire. Dans les faits, une entreprise dénoncée et sanctionnée au terme d'une procédure de clémence, demandait que lui soit communiqué le rapport établi lors de l'instruction ainsi que le procès verbal de la séance d'audition de l'entreprise dénonciatrice¹¹⁷⁹, en se fondant sur le respect du principe du contradictoire. Parce que la procédure de clémence vise à débusquer les pratiques anticoncurrentielles occultes, et

¹¹⁷⁶ Incertitude que la Cour de Cassation a qualifiée de « juridiquement justifiable », Cass. 11 juillet 2005, avis, n° 0050006P.

¹¹⁷⁷ CA Paris, 1^{ère} ch., 9 nov. 2004, arrêt concernant la décision n° 04-D-08 du Conseil de la concurrence en date du 30 avril 2004.

¹¹⁷⁸ CA Paris, 1^{ère} ch. 24 avr. 2007, JH industrie ; V. C. ANADON, *Procédure de clémence et principe du contradictoire*, RLC, 2007, n° 18, p. 47.

¹¹⁷⁹ V. la procédure d'instruction de la demande de clémence et de l'avis de clémence, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence.

que celle-ci est conçue pour que les entreprises dénoncées en soient tenues à l'écart, la Cour d'appel a considéré que cette demande était irrecevable au motif que les entreprises tierces visées par la dénonciation n'ont pas qualité à agir pour discuter la régularité et le bien fondé de la procédure relative à la demande de clémence. Si l'éviction du principe peut être justifié en ce que, lors d'une procédure de clémence, le Conseil ne statue pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale – au sens de la CEDH – et n'est donc pas soumis au respect du contradictoire¹¹⁸⁰, la position de la Cour d'appel semble tout de même contestable. L'aveu du dénonciateur constitue la colonne vertébrale autour de laquelle se construit la thèse de la culpabilité des entreprises poursuivies¹¹⁸¹. Aussi, ne pas leur permettre d'obtenir des éléments pouvant fonder un débat sur la véracité et la portée de cet aveu apparaît particulièrement attentatoire au droit à ce que sa cause soit entendue et discutée de manière équitable¹¹⁸².

243. Le principe du contradictoire face à la confidentialité des procédures. Enfin, la question du contradictoire au sein de la procédure de clémence se pose au regard du caractère confidentiel des dénonciations. À ce titre, il convient d'effectuer un parallèle avec la procédure de recours aux collaborateurs de justice en droit commun. En effet, tant les entreprises qui coopèrent avec l'Autorité de la concurrence que les collaborateurs de justice souhaitent très souvent que leur coopération demeure confidentielle. S'agissant de déclarations pouvant être particulièrement sujettes à caution, il semble impératif que la défense puisse être mise en mesure de discuter leur fiabilité. Or, du point de vue des repentis, la difficulté provient de ce qu'ils sont en général des témoins tout particulièrement menacés, et les modalités de leur protection consistent précisément à éviter qu'ils ne soient confrontés directement aux personnes qu'ils ont dénoncées.

Autorisées par la Cour EDH, différentes méthodes telles que l'absence pure et simple de confrontation¹¹⁸³ ou l'audition du prévenu sous couvert d'anonymat¹¹⁸⁴, sont l'illustration

¹¹⁸⁰ G. DECOCQ, *Le principe du contradictoire ne s'applique pas à la procédure de clémence*, Conc. consom., n° 6, juin 2007, comm. 155.

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² V. également un arrêt de rejet, Cass. com. 22 février 2005 (Affaire des escaliers préfabriqués en béton) qui avait approuvé la Cour d'appel d'avoir jugé, qu'en l'espèce, le contradictoire avait été respecté au cours de l'instruction même en l'absence de confrontation des dénonciateurs avec l'entreprise dénoncée, dès lors que les déclarations recueillies étaient claires, circonstanciées, et corroborées par d'autres éléments.

¹¹⁸³ CEDH, 19 fev. 1991, *Isgro c/ Italie*, § 35.

¹¹⁸⁴ CEDH, 28 mars 1996, *Doorson c/ Pays bas*, § 68 ; D. 1997, somm. 207, obs J-F. RENUCCI. V. également J-C. SAINT-PAU, *Les obstacles au contradictoire ; l'exemple de l'anonymat des témoins*, in C. RIBÉYRE (dir), *Le contradictoire dans le procès pénal, nouvelles perspectives*, Cujas, coll. Actes et Études, 2012, p. 123. V. également CEDH., 16 décembre 1981, *X c/ Danemark*. Dans cette décision, la Cour reconnaît que l'audition des parties peut avoir lieu hors la présence de l'accusé mais en présence de son avocat.

d'une combinaison de l'exercice des droits de la défense avec la protection des intérêts du collaborateur. Toutefois, dès lors que la mise en œuvre de ces méthodes confronte la défense à des difficultés qui ne devraient normalement pas s'élever dans le cadre d'un procès pénal¹¹⁸⁵, il est impératif que la procédure suivie devant les instances judiciaires compense suffisamment ces difficultés. À l'heure actuelle, seule la garantie que la condamnation des personnes dénoncées ne sera pas fondée « uniquement, ni dans une mesure déterminante »¹¹⁸⁶ sur les aveux des dénonciateurs, vient caractériser cette compensation.

B. Le principe de publicité

244. Définition et valeur du principe. Élevé au rang d'élément substantiel du procès équitable¹¹⁸⁷, le principe de publicité de la procédure¹¹⁸⁸ est prévu à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui énonce d'une part, que toute personne qui fait l'objet d'une accusation en matière pénale a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement et d'autre part, que le jugement doit être rendu publiquement. Prévu également à l'article 14.1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques¹¹⁸⁹, le principe de publicité de la procédure est doté d'une valeur conventionnelle qui se double d'une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel considère en effet « qu'il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique »¹¹⁹⁰.

Selon les termes de l'article 6 §1 de la Convention, il convient de distinguer entre la publicité des débats et la publicité du jugement. Si l'étude du déroulement des procédures de négociation a montré la marginalisation certaine des débats¹¹⁹¹, il convient néanmoins de

¹¹⁸⁵ M-A. BERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le procès pénal*, préc., p. 490.

¹¹⁸⁶ CEDH, 28 mars 1996, *Doorson c/ Pays bas*, préc ; CEDH, 23 avril 1997, *Van Mechelen c/ Pays bas*, § 63, D. 1997, somm. p. 359 ; CEDH, 14 fév. 2002, *Visser c/ Pays bas*.

¹¹⁸⁷ A. VITU, *Le principe de publicité dans la procédure pénale*, rapport au 6^e colloque des Instituts d'études judiciaires, Toulouse, 1968, *Annale Fac. droit de Toulouse*, 1968, p. 293 et s.

¹¹⁸⁸ D. d'AMBRA, v^o *Publicité*, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc.

¹¹⁸⁹ Art. 14.1 PCPD adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966 prévoyant le droit à un procès équitable et l'indépendance de la justice.

¹¹⁹⁰ Cons. Const. 2 mars 2004, Décision n^o 2004-492 DC, Recueil, p. 66, considérant n^o 117 ; Déc. n^o 2011-641 DC du 8 déc. 2011, cons. n^o14.

¹¹⁹¹ Sur ce point v. A. COCHE, *La justice pénale sans audience, une justice en enfer*, D. 2008, p. 2180.

s'interroger sur la portée du principe de publicité lors de la mise en œuvre de ces différentes procédures – tant en droit pénal (1) qu'en droit de la concurrence (2).

1) La publicité dans les procédures de négociation en droit pénal

245. Double garantie. En ce qu'elle permettrait, d'une part, qu'il soit rapporté la preuve d'une violation des droits de la défense au cours du procès¹¹⁹², d'autre part, que l'œuvre du juge gagne en autorité morale¹¹⁹³, la publicité de la procédure se présente comme une garantie tant pour le justiciable que pour le magistrat du siège.

S'agissant des procédures de négociation, la renonciation à exercer les droits inhérents à la tenue d'un procès pénal traditionnel qu'entraîne nécessairement l'aveu¹¹⁹⁴, et le constat d'une évolution de la place du juge au sein des acteurs du processus¹¹⁹⁵ invite à s'interroger sur la valeur du principe de publicité dans le cadre de ces procédures, et plus précisément sur la mise à l'écart de sa finalité. Également, l'analyse des dispositions légales relatives à la composition pénale d'une part, et à la CRPC d'autre part, illustrent une prise en compte inégale de l'importance de ce principe au sein du processus de négociation.

246. Éviction de la publicité en matière de composition pénale. En effet, à la différence de l'article 495-9 du Code de procédure pénale relatif à l'audience de jugement dans le cadre d'une CRPC, l'article 41-2 du même code ne prévoit pas de garantir le principe de publicité de l'audience de validation d'une composition pénale.

À cette absence de garantie d'une audience publique dans le cadre de cette procédure, plusieurs justifications semblent pouvoir être trouvées.

Une justification liée à la politique pénale tout d'abord, en ce que la raison d'être de la composition pénale repose sur l'exigence de célérité des procédures que le législateur semble ici faire primer sur l'impératif de transparence. Une justification pratique ensuite, liée à

¹¹⁹² V. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., p. 214, spéc. n° 306. L'auteur s'interroge sur le fait de savoir si la publicité ne serait pas liée aux droits de la défense en ce qu'elle permettrait de rapporter la preuve du non respect de cette norme.

¹¹⁹³ R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, préc., p. 841, spéc., n° 728 et s.

¹¹⁹⁴ V. *infra* n° 273 et s.

¹¹⁹⁵ V. *supra* n° 143 et s.

l'absence d'obligation, tant pour le mis en cause¹¹⁹⁶ que pour le procureur¹¹⁹⁷, de comparaître à l'audience de validation. Sans la présence des parties à l'audience, l'application du principe de publicité de la procédure semble en effet revêtir une importance moindre. Une justification relative à la sanction enfin, en ce que le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 2 mars 2004, relie l'exigence de publicité à l'existence d'une peine privative de liberté. L'article 41-2 du Code de procédure pénale ne prévoyant pas une telle sanction, la nature des peines applicables apparaît être un critère justifiant l'éviction du principe de publicité.

En dépit des arguments au soutien de l'absence de publicité de l'audience de composition pénale, auxquels on peut d'ailleurs ajouter le fait que le champ d'application de cette procédure concerne les mineurs, le caractère « caché » de la composition pénale reste néanmoins contestable au regard de l'absence de garanties ultérieures permettant de faire ressortir les éventuelles irrégularités processuelles. En effet, d'une part, la décision de l'autorité juridictionnelle quant à la validation ou non de l'accord intervenu devant le procureur n'est pas susceptible de recours et d'autre part, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire¹¹⁹⁸ dans le cadre de cette procédure.

Par conséquent, bien que les spécificités de la procédure de composition pénale poussent à relativiser la nécessité de l'application du principe, la fonction de garantie des droits de la défense qu'il assure invite toutefois à regretter sa mise à l'écart.

247. Consécration du principe de publicité en matière de CRPC. Si l'étude de la portée du principe de publicité de la procédure lors d'une composition pénale a démontré que ce dernier ne faisait pas l'objet d'une application absolue, l'analyse des dispositions relatives, sur ce point, à la CRPC, pousse à nuancer ce constat.

Si l'on se réfère à la décision déjà évoquée du Conseil constitutionnel¹¹⁹⁹ qui énonce « que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à la privation de liberté doit, sauf

¹¹⁹⁶ V. art 411 C. pr. pén. L'absence de publicité se justifie également au regard de l'absence d'audition du mis en cause dans le cadre d'une composition pénale. Sur ce point, il convient de souligner que si à l'occasion de la phase de validation de l'accord, l'audition par le juge n'a, certes, jamais eu de caractère systématique, celle-ci devenait néanmoins obligatoire dès lors que l'intéressé en faisait la demande. Cette disposition, prévue à l'alinéa 6 de l'article 41-2 du Code de procédure pénale, a toutefois été supprimée par l'article 36 de la loi du 9 septembre 2002, retirant ainsi aux auteurs d'infractions traitées par le biais d'une composition pénale, le droit d'être entendus par un juge.

¹¹⁹⁷ V. Circulaire CRIM 2001-14 F1 du 11 juillet 2001.

¹¹⁹⁸ V. *supra* n° 136.

¹¹⁹⁹ Le Sénat était en faveur d'une audience d'homologation publique alors que l'Assemblée nationale souhaitait une audience en chambre du conseil. V. Sénat, séance du 8 octobre 2003, « *Evolution de la criminalité* », JO Sénat, Débats parlementaires, compte-rendu, 9 octobre 2003, p. 6408 et s. ; Assemblée nationale, séance du 22

circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique »¹²⁰⁰, c'est de manière logique que le principe de publicité doit s'appliquer à l'audience d'homologation.

Cela étant, à la lecture des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 9 mars 2004 instaurant la CPRC, l'importance de la publicité de l'audience d'homologation n'apparaît pas de manière évidente. Motivée par le respect de la présomption d'innocence, la volonté du gouvernement était initialement de ne pas prévoir d'audience publique lors de l'homologation. Même si l'article 495-14 alinéa 2 illustre des précautions relatives à la garantie du droit à la présomption d'innocence¹²⁰¹, les partisans d'une audience en chambre du conseil considèrent que l'absence de publicité permettait de véritablement garantir que personne ne pourrait faire état devant le tribunal correctionnel des déclarations faites par le prévenu¹²⁰². Cela étant, dans la mise en balance des risques pour la présomption d'innocence et de l'exigence de publicité, le conseil a tranché en faveur de la seconde, en considérant que « le caractère non public de l'audience au cours de laquelle le président du tribunal de grande instance se prononce sur la proposition du parquet, même lorsqu'aucune circonstance particulière ne nécessite le huis clos, méconnaît les exigences constitutionnelles »¹²⁰³.

Parmi les critiques formulées à l'encontre des partisans d'une procédure secrète, il a pu être avancé que la procédure de *plea bargaining* aux États-Unis prévoit que l'audience d'homologation ou de rejet d'une entente sur un plaidoyer de culpabilité se déroule en public. Si le parallèle n'est pas dénué de sens en soi, il importe tout de même de préciser que la question de la publicité, aux États-Unis, ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en France, étant donné que le prononcé de la sentence est clairement séparé du processus de détermination de la culpabilité¹²⁰⁴, là où dans la CRPC ces deux phases sont regroupées.

mai 2003, « *Adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* », JOAN, débats parlementaires, compte-rendu, 23 mai 2003, p. 4174 et s.

¹²⁰⁰ Cons. const. 2 mars 2004, Décision n° 2004-492, cons. n° 117.

¹²⁰¹ Art. 495-14 al. 2 C. pr. pén: « Lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure ».

¹²⁰² Sur cet argument v. B. de LAMY, La Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (suite et fin), préc., p. 1989 ; C. SAAS, De la composition pénale au plaider coupable, préc., p. 827.

¹²⁰³ Cons. const. Décision n° 2004-492, préc. cons. n° 118.

¹²⁰⁴ G. PUGH, *L'établissement de la culpabilité dans le système de justice criminelle des États-Unis*, RIDP, 1986, p. 731.

248. Inefficacité du principe. Consacrée juridiquement donc¹²⁰⁵, l'application du principe de publicité dans la CRPC doit cependant être relativisée en considération de la pratique. Si dans certaines juridictions, l'audience se déroule effectivement dans une salle d'audience ouverte au public, d'autres n'illustrent qu'une fiction de publicité se matérialisant par le fait que la porte du bureau du magistrat reste ouverte pendant l'audience d'homologation¹²⁰⁶. Aussi, si la Cour de Strasbourg exige la protection de droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs¹²⁰⁷, il apparaît que l'efficacité du principe de publicité est conditionnée ici à la taille et aux moyens de chaque juridiction. Si la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer que la publicité était garantie dès lors que les portes de la salle n'étaient pas closes¹²⁰⁸, elle a aussi affirmé qu'une audience n'était publique que si l'assistance peut entrer librement et sortir sans contrainte de la salle d'audience¹²⁰⁹. Or, le bureau d'un magistrat n'est pas à l'origine destiné à accueillir un public qui circulerait de manière libre et sans contrainte. Dès lors, même si la pratique de l'audience d'homologation dans le bureau du magistrat n'est pas générale¹²¹⁰, elle constitue néanmoins la marque de l'absence d'effectivité de la publicité du jugement.

249. Portée du principe de publicité en matière de procédures de négociation. L'étude de la portée du principe de publicité, au sein des procédures de composition pénale et de CRPC, permet d'aboutir au constat de l'émergence de nouvelles audiences pénales¹²¹¹, dénuées de véritables débats et réduisant de ce fait la publicité, de manière toute relative, à la phase d'homologation. Dans les manuels de procédure pénale, la publicité se présente comme une garantie pour le justiciable car il est assuré que la vérité ne sera pas étouffée par une juridiction aveugle ou partielle¹²¹². Dans la pratique des procédures négociées, l'évolution de la notion de vérité et l'impératif de célérité semblent écarter l'application du principe.

¹²⁰⁵ Art. 495-9 C. pr. pén.

¹²⁰⁶ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., p. 364, spéc. n° 517.

¹²⁰⁷ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, § 24.

¹²⁰⁸ Cass. Crim., 8 sept. 1999, n° 99- 80239.

¹²⁰⁹ Cass. Crim. 10 juil. 1974, n° 74-90.369.

¹²¹⁰ F. DESPREZ, *L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et à Béziers au regard du principe de la judiciarité*, Arch. pol. crim. n° 29, 2007, p. 159 ; F. DESPREZ, *La CRPC, 18 mois d'application à Montpellier*, Arch. pol. crim., n° 28, 2006, p. 118.

¹²¹¹ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, préc., p. 389.

¹²¹² J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 793, spéc. n° 848 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., p. 480, spéc. n° 456 et s ; M-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, 2^e éd, Ellipses, 2013, p. 640, spéc., n° 608. L'observation de plusieurs audiences d'homologation de CRPC au sein du TGI de Bordeaux nous permet de confirmer que la pratique de l'audience d'homologation dans le bureau du magistrat du siège n'est pas générale, celle-ci a en effet traditionnellement lieu dans une véritable salle d'audience.

Si ces procédures sont le résultat d'une influence exercée par la logique de négociation à l'œuvre outre-Atlantique, il semble que l'adage « *Justice is not only to be done, but to be seen to be done* », n'ait, lui, pas traversé l'océan. Sur ce point, un auteur met l'accent sur les dangers d'une justice qui émigre de la salle d'audience vers les bureaux et souligne qu'« alors que le relâchement du formalisme dans la justice de cabinet est censé améliorer le sort du justiciable, il favorise au contraire un contrôle plus grand de l'État. Le rituel judiciaire prend alors la figure inattendue d'un rempart contre l'intrusion intempestive de l'État dans sa propre justice »¹²¹³.

Non prévu, ou de manière relativement inefficace, dans le cadre des procédures de composition pénale et de CPRC, il importe désormais de voir comment s'articule le principe de publicité avec les procédures de négociation en droit de la concurrence.

2. La publicité dans les procédures de négociation en droit de la concurrence

250. Portée du principe devant l'Autorité de la concurrence. En matière de libre concurrence, deux principes contradictoires s'opposent : celui du procès équitable, qui postule le droit à une audience publique, et celui du secret des affaires, qui protège les entreprises contre la divulgation de leurs informations confidentielles. Pour concilier ces deux exigences antagonistes, le Code de commerce a posé le principe de non publicité des débats. En effet, l'article L. 463-7 du Code de commerce prévoit que « les séances de l'Autorité de la concurrence ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister »¹²¹⁴. Alors que le Conseil constitutionnel ne se réfère pas au principe de publicité lorsqu'il examine la conformité à la Constitution des textes instituant des AAI dotées de prérogatives répressives¹²¹⁵, l'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux procédures devant l'Autorité de la concurrence¹²¹⁶ aurait toutefois pu faire penser que celles-ci devaient garantir le respect de la publicité des débats et du jugement.

¹²¹³ A. GARAPON, *Bien juger*, éd. Odile Jacob, 2010, p. 263.

¹²¹⁴ Issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, art. 25-1.

¹²¹⁵ F. STASIAK, *Autorités administratives indépendantes*, Rep. pén, février 2004, dernière mise à jour janvier 2013, p. 36.

¹²¹⁶ V. *supra* n° 227.

251. Inapplication du principe lors des procédures négociées. Si l'argument relatif à l'éviction des débats en matière de composition pénale et de CRPC ¹²¹⁷, se rencontre également lors de la mise en œuvre des procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence, la question de l'application du principe de publicité se pose en des termes différents¹²¹⁸. En effet, lorsqu'il est question d'une procédure de non-contestation des griefs ou de clémence, c'est le caractère confidentiel de ces mécanismes qui vient justifier l'inapplication du principe. Consciente du fait que les entreprises qui coopèrent avec l'Autorité souhaitent en général que leur coopération demeure confidentielle, celle-ci s'assure en conséquence de la confidentialité de l'identité du demandeur de clémence pendant toute la durée de la procédure. Cette protection s'effectue notamment à travers l'absence de publication de l'avis de clémence rendu par l'Autorité. À ce titre, l'article 462-2 du Code de commerce prévoit : « *qu'à la suite de la démarche de l'entreprise, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence (...), cet avis est transmis à l'entreprise et au ministre, et n'est pas publié (...)* ». En matière de non-contestation des griefs, si la négociation aboutit, il est prévu qu'elle soit consignée dans un procès-verbal signé par l'entreprise et le rapporteur général. Si la pratique indique que le rapporteur informe les autres entreprises parties à la procédure de cette première négociation, rien n'est indiqué concernant la publicité de la décision de l'Autorité quant à l'appréciation du procès-verbal¹²¹⁹.

252. Justification jurisprudentielle. Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'absence de publicité devant l'Autorité de la concurrence est compensée par le fait que « les parties peuvent se pourvoir devant une juridiction »¹²²⁰. Cette décision fait écho à la position de la Cour européenne qui considère que « la méconnaissance du principe de publicité des débats devant le Conseil de la concurrence est compensée par un double contrôle juridictionnel de la Cour d'appel et de la Cour de cassation »¹²²¹. La Cour insiste notamment sur le fait que la Cour d'appel de Paris, statuant sur les recours formés à l'encontre des

¹²¹⁷ V. *supra* n° 244.

¹²¹⁸ V. R. FABRE et A. DOWDING, *La clémence : le cœur et la raison*, Cah. de l'entreprise, 2007, n° 1 ; L et J. VOGEL, *Du droit de la régulation de la concurrence : les programmes de clémence*, JCP E, 2005, p. 971 ; C. WILMART, *Les procédures alternatives aux sanctions en droit communautaire de la concurrence*, JCP E, 2007, p. 1648.

¹²¹⁹ V. le site internet de l'Autorité de la concurrence, étude thématique, non-contestation des griefs.

¹²²⁰ Cass. Com., 5 oct. 1999, *Campeon Bernard SGE*, BOCCRF, n° 2, p. 61 ; Gaz. Pal., 2 nov. 1999, Doctr., p. 2, comm. O. FLECHEUX ; D. 2000, n° 2, somm., obs. M-L. NIBOYET ; JCP E, 1999, p. 2018, note FOURGOUX.

¹²²¹ CEDH, 5 avril 2012, *Société Bouygues Télécom c/ France*, req. n° 2324/08.

décisions de l'Autorité de la concurrence, a la compétence de pleine juridiction et qu'elle est donc en mesure d'exercer ce contrôle. Ainsi, la soumission à un contrôle ultérieur de pleine juridiction se présente comme une dispense pour l'Autorité de concurrence d'observer certaines garanties du procès équitable, dont la publicité fait partie. Cela étant, les procédures de clémence et de non-contestation des griefs se caractérisent par une opacité initiale telle, qu'il semble contestable de considérer que cette dernière peut être compensée par la possibilité, *a posteriori*, d'un recours de pleine juridiction, sans parler du fait que les entreprises ayant bénéficié d'une procédure de négociation sont nécessairement peu enclines à exercer un recours devant la Cour d'appel de Paris.

Qu'il s'agisse d'une véritable mise à l'écart ou d'un simple aménagement, l'altération des principes pousse à envisager le processus de négociation au sein d'un cadre plus formalisé. Le constat d'un certain contournement des principes processuels ne doit pas conduire à condamner les procédures étudiées, mais plutôt à dégager un certain nombre de garanties, qui, revêtues d'un caractère impératif, permettrait justement d'attribuer à la négociation un cadre juridique satisfaisant, afin que « là où le rituel s'affaiblit, le droit des gens ne soit pas en péril »¹²²².

§2. Impérativité des garanties liées à la procédure

253. Les garanties procédurales d'un système parallèle. L'absence de rituel judiciaire, due à la reconnaissance des faits, implique la non application ou du moins l'inefficacité de certains principes directeurs du procès. Cela étant, l'élaboration d'un droit de la négociation passe nécessairement par le jalonnement du processus au moyen de certaines garanties qui apparaissent indispensables à la protection des droits du mis en cause.

Les voies de la justice négociée s'apparentent à un système évoluant en parallèle de la justice traditionnelle. Aussi, les différentes modalités du processus de négociation doivent s'organiser selon une trajectoire balisée par des règles qui, appliquées tout au long des étapes, empêcheront une disparition de la négociation dans le néant, ou pire, sa réalisation dans le chaos. Que l'on soit en présence d'une procédure dans laquelle le mis en cause s'avoue coupable ou bien dénonce autrui, le choix du justiciable de collaborer à l'administration de la

¹²²² V. A. GARAPON, *Bien juger*, préc., p. 262.

preuve le place dans une situation aussi ambiguë qu'elle est attractive. Susceptible de bénéficier, selon la procédure en cause, d'une réduction ou d'une exemption de peine, l'auteur de l'aveu risque également, en cas d'échec du processus de négociation, de se voir finalement appliquer la procédure de droit commun, tout en ne pouvant revenir sur cet aveu qui, dans tous les cas, l'incrimine. En dépit de cet aveu, et si l'on se réfère à la notion d'équité qui vient chapeauter l'ensemble de la procédure pénale, le mis en cause doit être mis en mesure de soutenir sa cause dans des conditions qui ne le désavantagent pas substantiellement par rapport à la partie adverse¹²²³, et qui supposent alors l'accès à un juge impartial ainsi que la possibilité de contester devant une juridiction supérieure la décision rendue sur la base d'un aveu¹²²⁴.

Partant, au titre des garanties indispensables devant faire office de garde-fous en matière de procédures de négociation, l'impartialité du juge (A) et l'existence d'un recours effectif (B) peuvent permettre d'aboutir à la légalité de l'ensemble du processus.

A. L'impartialité des procédures de négociation

254. Contours de la notion. Définie comme la qualité de celui « qui ne favorise pas l'un aux dépens de l'autre, qui n'exprime aucun parti pris »¹²²⁵, l'impartialité est une qualité du juge que l'on retrouve au sein de différents textes nationaux¹²²⁶ et internationaux¹²²⁷. C'est à l'occasion d'une décision datant de 1982¹²²⁸ que la Cour EDH a fixé les contours de l'impartialité à laquelle doit satisfaire tout tribunal visé par l'article 6§1 de la Convention¹²²⁹. Selon la Cour, l'interprétation de la notion d'impartialité¹²³⁰ doit faire l'objet d'une double

¹²²³ J-C. SOYER, M. de SALVIA, Commentaire de l'article 6, in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article, Economica, 1999, p. 239 et s., spéc. p. 265. V. CEDH, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 fév. 1997, Rec. 1997, I, p. 238, §53 ; CEDH, *Coëme et autres c/ Belgique*, 22 juin 2000, req. n° 32492/96.

¹²²⁴ V. CEDH, *Goedhart c/ Belgique*, 20 mars 2001, req. n° 34989/97.

¹²²⁵ Dictionnaire Larousse, préc., v° *impartialité*. V. CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*. série A, req. n° 8692/79.

¹²²⁶ Art. 6 Conv. EDH ; Art 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹²²⁷ Le Conseil constitutionnel déduit l'exigence d'impartialité de l'article 16 de la DDHC qui impose que soit assurée « la garantie des droits ». V. Cons. Const. décision n° 2003-466 DC, 20 févr. 2003 ; art. L. 111-5 du Code de l'organisation judiciaire ; art. Préliminaire et art 668 C. pr. pén ; art. 341 et s. C. pr. civ.

¹²²⁸ CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, préc.

¹²²⁹ F. TULKENS et J. LOTARSKI, *Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges, J. VAN COMPERNOLLE*, éd. Bruylant, 2004, p. 731.

¹²³⁰ V. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2013, p. 68, spéc. n° 71.

démarche. La première, subjective, tient à des critères tirés de la personne même du juge¹²³¹. Il s'agit de déterminer la conviction personnelle de ce dernier dans une affaire donnée¹²³². La seconde, objective, se fonde sur des critères fonctionnels et organiques, et consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits autorisent à suspecter son impartialité¹²³³. Si le principe s'est révélé d'application relativement naturelle devant les juridictions de droit commun¹²³⁴, il n'en va pas de manière identique devant les autorités administratives indépendantes. En effet, la notion d'impartialité, terrain de prédilection de la théorie de l'apparence¹²³⁵, implique que soit pris en compte non seulement la réalité de la situation, mais aussi le sentiment du justiciable d'avoir affaire à des juges véritablement impartiaux¹²³⁶. Aussi, les AAI n'étant pas désignées sous le vocable « juridictions », il a fallu tout d'abord mettre fin à l'idée que celles-ci n'avaient pas à être soumises, dans toute son ampleur, au principe européen d'impartialité¹²³⁷. C'est à la suite de la jurisprudence combinée de la Cour EDH¹²³⁸, de la Cour de cassation¹²³⁹ et plus récemment du Conseil constitutionnel¹²⁴⁰, que les AAI doivent désormais expressément respecter le principe d'impartialité¹²⁴¹, y compris celles qui ne disposent pas de pouvoir juridictionnel. En outre, l'association entre la notion d'impartialité et celle de l'apparence implique que soit garantie une séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement au sein des

¹²³¹ N. FRICERO, v° *Impartialité*, in L. CADIET (dir.) *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 607.

¹²³² CEDH, *Piersack c. Belgique*, préc., § 30; CEDH, *Fey c/ Autriche*, 24 février 1993, req. n° 14396/88, série A, §35; CEDH, *Wetstein c/ Suisse*, 21 mars 2001, req. n° 33958/96.

¹²³³ CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A, req. n° 9186/80, § 26 ; CEDH, *Kyprianou c/ Chypre*, 15 déc. 2005, req. n° 73797/01, § 66 et s.

¹²³⁴ V. notamment, v. V. MAGNIER, *La notion de justice impartiale*, JCP G, 2000, I, p. 252 ; R. KOERING-JOULIN, *Le juge impartial*, *Justices*, 1998, n° 10, p. 1 ; D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, Cujas, 1997.

¹²³⁵ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés*, préc., p. 227 ; v. également P. MERTENS, *La tyrannie de l'apparence*, RTDH, 1996, p. 640 ; M-A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, D. 1999, p. 55 : « La seule façon pour le système d'être assurément impartial, c'est de l'être manifestement, afin que chacun puisse avoir objectivement confiance en la justice. C'est dans ce sens, et dans ce sens seulement, que l'on peut parler d'apparence d'impartialité, non pas comme une impartialité de surface mais au contraire comme une impartialité directement appréhensible ».

¹²³⁶ CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, série A, req. n° 14570/89, §45 : « Un simple doute, aussi peu justifié soit - il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal ».

¹²³⁷ M-A. FRISON-ROCHE, *Le droit à un tribunal impartial*, in R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, (dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2008, p. 559, spéc. n° 687.

¹²³⁸ CEDH (cour plénière), 8 juin 1976, *Engel et autres c/Pays bas*, req. n° 5370/72.

¹²³⁹ Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, Bull. Civ., n° 1, p. 1.

¹²⁴⁰ Cons. Const. 12 octobre 2012, n° 2012-280 QPC, à propos de dispositions encadrant les pouvoirs de poursuites et de sanction de l'Autorité de la concurrence dans le cas précis d'une annulation d'une opération de concentration.

¹²⁴¹ P. GELARD, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapp. Sénat, tome 1, 2006.

autorités régulatrices. À cet égard, le Conseil de la concurrence a rendu plusieurs décisions¹²⁴².

Dans une perspective d'appréciation globale du principe d'impartialité des procédures au sein du processus de négociation, il semble opportun de recourir de nouveau à la distinction des procédures de négociation en droit pénal (1) et en droit de la concurrence (2).

1) Impartialité et procédures de négociation en droit pénal

255. Impartialité et indépendance. Confrontée aux procédures de composition pénale et de CRPC, la notion d'impartialité suscite quelques interrogations.

L'impartialité a tout d'abord fait l'objet de débats à propos de la composition pénale et de la CRPC au regard des prérogatives fonctionnelles du juge et du ministère public dans ces procédures. Toutefois, les souvenirs de la censure de l'injonction pénale¹²⁴³, lors de l'élaboration de la loi du 23 juin 1999 créant la composition pénale, ainsi que l'intervention décisive du Conseil constitutionnel le 2 mars 2004 à l'égard de la CRPC, permettent d'affirmer que ces procédures sont relativement conformes au principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement. En ce sens, certains auteurs soulignent d'ailleurs que « la tâche du magistrat chargé de l'homologation ne semble pas tellement éloignée de celle de tout juge du fond »¹²⁴⁴ et que « l'audience d'homologation telle que présentée par le Conseil constitutionnel révèle toutes les caractéristiques du procès équitable et respecte les principes directeurs du procès pénal »¹²⁴⁵.

256. Risque d'un préjugement. Si au regard de l'exigence de séparation des fonctions, la composition pénale et la CRPC apparaissent exemptes de critiques, la possibilité d'une intervention successive du même juge dans le cadre de ces procédures et lors de l'examen de l'affaire devant la juridiction de jugement, en cas d'échec de celles-ci laisse la question de

¹²⁴² Sur le cumul des fonctions consultatives et juridictionnelles, v. notamment CA Paris, 24 juin 2003, *Affaires des géomètres experts*, obs. E. Claudel, RTD Com. Janv-mars 2004, p. 83 ; CA Paris, 22 juin 2004, *Bétons du Var*, RLC n° 1, nov. 2004 / janv. 2005, p. 89 et s. ; CA Paris, 18 février 2003, *secteur de la distribution de l'eau* ; Cass. com., 9 juin 2004, *Affaire des géomètres experts*, BOCCRF du 9 déc. 2004.

¹²⁴³ Cons. Const., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995.

¹²⁴⁴ B. de LAMY, *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, (suite et fin)*, D. 2004, p. 1988.

¹²⁴⁵ C. LAZERGES, *Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle*, Rev. sc. crim., 2004, p. 735.

l'impartialité de ces procédures en suspens, et soulève plus particulièrement un risque de préjugement sur le fond.

257. Impartialité et procédure de CRPC. En matière de CRPC, l'article 495-14 du Code de procédure pénale dispose que « lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure ».

Garantie par la jurisprudence de la Cour de Cassation¹²⁴⁶ cette disposition visant à garantir l'impartialité de la procédure devant le tribunal correctionnel semble dénuée d'efficacité dès lors que le juge ayant refusé l'homologation peut être celui de jugement devant le tribunal correctionnel.

En ce sens, la circulaire d'application de la loi du 9 mars 2004 précise « qu'en raison des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le tribunal impartial, il semble que le même juge ne puisse statuer successivement dans le cadre d'une CRPC puis au sein du tribunal correctionnel, surtout s'il a refusé l'homologation au motif que les peines proposées par le procureur lui paraissaient insuffisantes »¹²⁴⁷.

258. La protection incertaine des droits du mis en cause. Néanmoins, il est ensuite indiqué « qu'un refus justifié par d'autres motifs (...) ne paraît pas en pratique pouvoir conduire le prévenu à contester l'impartialité du tribunal correctionnel, dont le jugement est en tout état de cause susceptible d'appel »¹²⁴⁸. Alors qu'un refus d'homologation¹²⁴⁹ peut concerner, outre la légalité et la proportionnalité de la peine, l'exactitude des faits reconnus, l'adéquation de la qualification juridique, ainsi que les conditions ayant entouré l'aveu de culpabilité¹²⁵⁰, la sélection que le législateur opère entre les motifs de l'ordonnance de refus

¹²⁴⁶ Cass. crim., 17 septembre 2008, Gaz. Pal., 13 nov. 2008, n° 318, p. 8, note F. DESPREZ.

¹²⁴⁷ Circ. CRIM. 04-12 E8 du 2 sept. 2004. L'existence d'une simple circulaire pour prohiber le cumul de fonction semble très insuffisante.

¹²⁴⁸ La circulaire précise sur ce point qu'« il convient de veiller à ce qu'un juge qui a refusé – ou qui a accepté – d'homologuer la proposition du parquet ne puisse, s'il vient à être nommé à la cour d'appel, connaître de la même affaire à la chambre des appels correctionnels ».

¹²⁴⁹ V. *infra* n° 503 et s.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

pouvant faire craindre un risque de partialité illustre un raisonnement qui semble fondé sur des considérations opportunistes et essentiellement liées aux impératifs de célérité. Que l'ordonnance de refus repose sur des considérations relatives au *quantum* de la peine ou sur les autres motifs mis en avant dans la circulaire, le constat d'un préjugement sur le fond et le risque d'atteinte au principe d'impartialité est le même, dès lors que le juge de l'ordonnance de refus siègera au sein de la juridiction de jugement.

259. Impartialité et composition pénale. Une problématique identique peut être soulevée à l'égard de la composition pénale. La circulaire du 11 juillet 2001¹²⁵¹ précisant qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le cumul de fonction de juge de validation et de juge de jugement pour une même affaire¹²⁵², il est légitime de penser qu'après saisine du tribunal, les affaires qui se sont soldées par un échec lors de l'audience de validation, sont transférées au même juge¹²⁵³.

Estimant, à l'instar du législateur, que l'ordonnance de validation ne constitue pas un jugement et que la fonction dévolue au magistrat chargé de contrôler l'accord¹²⁵⁴ n'implique pas que ce dernier ait connaissance des composantes du dossier, un auteur admet que le fait pour le juge ayant traité de l'affaire en composition pénale, de se prononcer de nouveau sur celle-ci après la saisine du tribunal correctionnel ne contrevient pas au principe d'impartialité¹²⁵⁵.

Certes, l'incompatibilité des fonctions de justice dépend, parfois, moins d'un critère organique que matériel, qui invite à se référer davantage à la nature des actes accomplis lors de la première ou de la seconde intervention du magistrat qu'au magistrat lui-même¹²⁵⁶. Pour autant, s'agissant des suites de l'ordonnance de refus de validation, raisonner à l'aide d'un critère matériel au détriment du critère organique ne permet pas non plus de conclure à la garantie du respect de l'impartialité.

¹²⁵¹ Circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juil. 2001, BOMJ 2001, n° 83, p. 61 et s.

¹²⁵² P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002, p. 644.

¹²⁵³ Il convient d'évoquer ici qu'une ordonnance de refus d'homologation oblige le parquet à saisir le tribunal correctionnel (art. 495-12) tandis qu'une ordonnance de refus de validation laisse la faculté au parquet de choisir la voie à suivre (Circ. CRIM n° 01-14-F1 du 11 juillet 2001, point 4.4.3), v. *infra* n° 523 et n° 524

¹²⁵⁴ V. *infra* n° 448 et s.

¹²⁵⁵ V. B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux regards des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 245, spéc. n° 234.

¹²⁵⁶ V. sur ce point, F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, Th. Université de Montpellier, 2005, p. 188.

Si l'on se réfère en effet aux motifs avancés par le législateur au soutien d'une ordonnance de refus de validation¹²⁵⁷ ainsi qu'à l'existence d'un aveu de culpabilité consigné au sein d'un procès-verbal de composition pénale¹²⁵⁸, il apparaît difficile d'admettre que l'exercice successif de la fonction de juge de validation et de juge du tribunal correctionnel ne constitue pas une situation de partialité subjective ou du moins, faute de pouvoir sonder les esprits, un risque de partialité¹²⁵⁹.

260. Un système perfectible. Aussi, au terme de cette analyse, il ressort que les procédures de composition pénale et de CRPC ne satisfont pas à la garantie d'un droit à un juge impartial prévue par la Convention européenne des droits de l'Homme. À cet égard, des modifications légales – notamment une interdiction de cumul des fonctions de juge de validation / homologation et de juge siégeant en audience correctionnelle – doivent être suggérées.

261. Relativisation de l'exemple américain. Consciente des difficultés que l'échec du processus de négociation engendre au regard de la mise en œuvre d'un procès de droit commun, l'association des barreaux des États-Unis¹²⁶⁰ milite, aux travers de *standards for Criminal justice*, pour qu'en plus de la neutralisation du procès verbal de la négociation¹²⁶¹, le juge qui désapprouve l'entente sur la peine¹²⁶² cède sa place à un autre juge lors du procès¹²⁶³. Pour autant, la pratique révèle que dans la majorité des cas, le juge de l'homologation du

¹²⁵⁷ À savoir des motifs qui supposent une appréciation par le juge du fond de l'affaire et une connaissance du dossier tels que la trop grande clémence ou bien la sévérité des mesures au regard de l'infraction commise, la non application de la procédure de composition pénale à l'infraction considérée ou encore le consentement de l'auteur de la déclaration de culpabilité. V. Circ. CRIM01-14 F1 du 11 juil. 2001.

¹²⁵⁸ Il convient de souligner qu'aucune disposition légale n'interdit de transmettre ce procès-verbal à la juridiction de jugement

¹²⁵⁹ Art. 668 9° C. pr. pén. On peut également souligner qu'au regard de l'objectif au soutien des procédures de négociation d'accélérer le traitement des dossiers en mobilisant le moins de magistrats possible, les difficultés organisationnelles au sein de petites juridictions peuvent être un facteur conduisant à un cumul systématique de fonction suite à l'échec d'une procédure de composition pénale et en cas de saisine du tribunal.

¹²⁶⁰ *American Bar Association*, dite « ABA ». V. A. ALSCHULER, *The trial judge's role in plea bargaining*, Part I, 76 *Columbia Law Review*, 1976, p. 1059 ; R. HOLLANDER-BLUMHOFF, *Getting to guilty, Plea bargaining as negotiation*, 2. *Harvard Law Review*, 1997, p. 115 ; B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 247, spéc. n° 239 ; J. I. TURNER, *Plea bargaining across borders*, Aspen Publisher, 2009, p. 23 ; J. E. ROSS, *The entrenched position of plea bargaining in United States*, préc. p. 112, in S. C. THAMAN, *World plea bargaining*, préc.

¹²⁶¹ Fed. R. Crim. Pr. (c) (4).

¹²⁶² Fed. R. Crim. Pr. (C) (3) (A).

¹²⁶³ Pour des arguments au soutien de cette interdiction, v. *United States v. Pollard*, 959 F. 2d 1011 (District of Columbia Circuit, 1992) ; *Godinez v. Moran*, 509 U.S 389 (1993) ; *State of Louisiana v. Bouie*, 817 so. 2d 48 (LA 2002).

bargain est le même que le juge de jugement de l'affaire¹²⁶⁴, illustration semble-t-il du triomphe de la célérité sur la garantie d'un jugement exempt d'un risque de partialité.

2) Impartialité et procédures négociées en droit de la concurrence

262. Procédure de clémence. Au sein du communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français¹²⁶⁵, il est prévu que l'entreprise qui effectue une demande de clémence auprès de l'Autorité s'adresse au rapporteur général qui établit un rapport sur la base duquel l'entreprise est convoquée devant le collège de l'Autorité de la concurrence. À l'issue de la séance, le collège adopte un avis dans lequel il est indiqué à l'entreprise si l'Autorité lui accorde une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires, et lui signifie officiellement les conditions à respecter¹²⁶⁶. Le problème posé par cette procédure au regard de la notion d'impartialité réside en ce que ce collège, présent au stade de l'adoption de l'avis de clémence, intervient également au stade ultérieur de la décision sur le fond. Aussi, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si la participation des mêmes membres du collège aux deux formations successives, n'entraîne pas un risque de préjugement à l'encontre de l'entreprise qui collabore¹²⁶⁷. Lorsque l'Autorité rend son avis de clémence, il apparaît difficile d'estimer qu'il n'y a pas de risque que les membres du collège présents ne se forment pas une conviction, ou du moins une certaine présomption sur le caractère illicite de la pratique¹²⁶⁸, qui viendra nécessairement vicier l'impartialité de la décision sur le fond prise par la suite en présence des mêmes membres.

263. Procédure de non-contestation des griefs. En revanche, en matière de non-contestation de griefs, l'absence d'avis rendu par le collège préalablement à sa décision sur le fond amène au constat d'un certain respect du principe d'impartialité par cette procédure. En

¹²⁶⁴ Informations recueillies lors de stages effectués en 2010 et 2012 auprès de P. PRYOR DEMBE, juge à la *Court of common pleas* de la ville de Philadelphie et présidente de la « *Criminal Law Section of the Pennsylvania Bar* » et D. PECHKUROW, juge à la *Court of common pleas* de la ville de Philadelphie.

¹²⁶⁵ Communiqué de procédure du 2 mars 2009, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence.

¹²⁶⁶ Ce n'est qu'ensuite, lors de l'examen de l'affaire au fond et si l'Autorité estime que les conditions posées ont été respectées, qu'elle accorde l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires telle qu'elle était indiquée dans l'avis de clémence.

¹²⁶⁷ D. de GILES, *Droit de la concurrence : une entreprise a-t-elle intérêt à dénoncer les ententes ?* Option finance, n° 737 du 19 mai 2003, p. 28. Sur l'application par le Conseil de la concurrence du principe d'impartialité, v. Adlc., décision n° 01-D-22 du 9 mai 2001 ; J. van COMPERNOLLE, *Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents*, in Mélanges offerts à P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 936.

¹²⁶⁸ J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 351, spéc. n° 404.

effet, en référence au communiqué du 10 février 2012¹²⁶⁹, l'impartialité semble garantie par la séparation des activités d'enquête et d'instruction conduites sous l'autorité du rapporteur général d'une part, et la prise de décision par le collège d'autre part, au même titre que lorsque l'Autorité impose une sanction pécuniaire à une entreprise n'ayant pas renoncé à contester les griefs notifiés.

264. Un risque de partialité cantonné à la procédure de clémence devant l'Autorité de la concurrence. Si la procédure de non-contestation de griefs se révèle respectueuse de la notion d'impartialité, l'Autorité de la concurrence devrait toutefois opérer un changement dans la composition du collège entre le moment où l'avis de clémence est adopté et celui où sa décision finale est prise. De plus, un auteur souligne que le coût impliqué par le remodelage des formations du collège est dérisoire par rapport à ceux liés à l'annulation de décisions pour défaut d'impartialité¹²⁷⁰.

La procédure de clémence a été validée, dans son ensemble¹²⁷¹, par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 24 avril 2007¹²⁷². Cela étant, dans cet arrêt, l'impartialité avait été invoquée non pas par l'entreprise ayant collaboré, mais par les membres du cartel qui avaient été dénoncés. Aussi, la Cour ayant considéré que seule l'entreprise dénonciatrice pouvait invoquer l'irrégularité de la procédure d'avis, la question de l'impartialité de la procédure à l'encontre de l'entreprise dénonciatrice elle-même apparaît non résolue. Mais là encore, la nature de la procédure – fondée sur une dénonciation en échange d'une immunité – rend peu probable les recours de la part de l'entreprise bénéficiaire de la clémence¹²⁷³.

À cet égard, il convient désormais d'envisager la légalité du processus de négociation au travers de la garantie du droit au recours.

¹²⁶⁹ Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence.

¹²⁷⁰ J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., n° 405 ; v. CA Paris, 22 juin 2004, *Bétons du Var*, préc., comm. V. SELINSKY.

¹²⁷¹ La Cour, au cours de son contrôle de légalité externe, n'a pas relevé d'incompatibilité entre cette procédure et les droits de la défense en général.

¹²⁷² CA Paris, 24 avr. 2007, *Secteur de fabrication des portes*, préc., Concurrences, n° 3-2007, p. 92, obs. E. CLAUDEL.

¹²⁷³ Réserve faite toutefois des hypothèses dans lesquelles celle-ci n'obtiendrait pas le taux d'exonération escompté et tenterait en conséquence de remettre en cause la décision de l'Autorité en invoquant une violation du principe d'impartialité.

B. Le droit au recours dans les procédures de négociation

265. Définition et sources. Le droit au recours est le droit de toute personne de pouvoir contester une mesure prise à son encontre, devant une instance investie d'un pouvoir de réformation de cette mesure et/ou de réparation de ses conséquences dommageables¹²⁷⁴. Une voie de recours peut ainsi être définie comme le « moyen juridictionnel tendant à la réformation, la rétractation ou la cassation d'une décision de justice »¹²⁷⁵. À l'instar de la notion d'impartialité, le droit à un recours est garanti par le droit international¹²⁷⁶, européen¹²⁷⁷ et national¹²⁷⁸. Confronté aux procédures de négociation en droit commun, ce droit se révèle assuré de manière inégale et parfois illogique.

266. Le droit au recours assuré de manière inégale entre les procédures de CRPC et de composition pénale. En matière de CRPC, il est prévu à l'article 495-11 alinéa 3 du Code de procédure pénale, que dans tous les cas, l'ordonnance d'homologation peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné¹²⁷⁹. Le Conseil constitutionnel a estimé que, « même lorsqu'il aura donné son accord lors de l'homologation, l'intéressé disposera d'un délai de dix jours pour faire appel de la condamnation »¹²⁸⁰. Guidé par la nécessité d'assurer la conformité de cette procédure aux exigences constitutionnelles et conventionnelles, le législateur a ainsi prévu une voie de recours pour l'individu soumis à une procédure de CRPC.

Alors que ce droit de recours semble venir en compensation du caractère dérogatoire de certaines procédures¹²⁸¹, il importe de souligner que cette garantie du procès équitable n'est pas prévue à l'égard de la composition pénale. En effet, l'article 41-2 alinéa 6 du Code de procédure pénale prévoit que la décision du juge relative à la composition pénale n'est pas

¹²⁷⁴ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^e éd., 1999, n° 2999.

¹²⁷⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° Voie de recours.

¹²⁷⁶ Art. 2 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹²⁷⁷ Art. 13 Conv. EDH. : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles » ; Art. 2 du protocole n° 7 de la Conv. EDH.

¹²⁷⁸ Art. préliminaire du Code de procédure pénale : « Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction ».

¹²⁷⁹ En application de l'article 498 du Code de procédure pénale, le délai d'appel est de dix jours à compter du jour où l'ordonnance, qui doit être immédiatement notifiée à la personne, est rendue.

¹²⁸⁰ Cons. Const., Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. n° 108 et 109.

¹²⁸¹ V. C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, préc., p. 430. L'auteur souligne que dans le cadre des procédures accélérées, l'exercice possible de recours ultérieurs vient compenser plusieurs dérogations aux droits du procès équitable tels que l'absence du juge (pour l'amende forfaitaire), l'absence d'audience et de contradictoire (pour l'ordonnance pénale) et la reconnaissance de culpabilité (pour la CRPC).

susceptible de voie de recours. Cette privation du droit au recours semble contestable pour deux raisons.

La première tient au fait que l'ordonnance de validation, au même titre que celle d'homologation, est un acte juridictionnel¹²⁸² s'apparentant à un titre exécutoire en vertu duquel l'individu sera tenu d'exécuter la sanction proposée par le ministère public. La seconde est que cette lacune ne trouve pas de justification légitime. En effet, même si la procédure de composition pénale ne permet pas d'aboutir au prononcé d'une peine d'emprisonnement, les mesures qui en sont issues n'en revêtent pas moins un caractère de peines prononcées à l'issue d'une condamnation¹²⁸³. De plus, lorsque l'article 495-11 du Code de procédure pénale évoque le droit d'appel à l'encontre d'une ordonnance d'homologation, il est précisé que l'ordonnance d'homologation peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné « dans tous les cas ». On peut donc estimer que cette expression renvoie à l'idée que le droit d'appel est prévu, que soit prononcée *ou non* une peine d'emprisonnement. C'est d'ailleurs ce qu'indique la circulaire du 2 septembre 2004 relative aux dispositions de la loi du 9 mars 2004 dans la partie relative aux effets de la CRPC¹²⁸⁴.

Aussi, le constat d'une inégalité, illégitime, dans le respect du droit au recours entre les procédures de CRPC et de composition pénale permet d'avancer l'idée d'une nécessaire extension du droit à un recours au sein de la procédure de composition pénale.

267. Le droit au recours assuré de manière illogique dans la procédure de CRPC. Au sein du rapport sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité¹²⁸⁵, le rapporteur relevait que la possibilité d'appel heurtait quelque peu la logique de la procédure de CRPC dès lors que la condamnation avait donné lieu à un accord entre le ministère public et le prévenu, et que cet accord avait été validé par un juge. Et d'ajouter que « l'on perçoit mal dans quelles hypothèses une telle possibilité pourrait être utilisée »¹²⁸⁶. Outre le fait que cette observation illustre bien l'idée que le droit de recours a été mis en place non pas tant au bénéfice du justiciable mais plutôt au service d'une légitimation des dérogations aux règles traditionnelles du procès pénal que la procédure entraîne, il importe de

¹²⁸² V. *supra* n° 150 et *infra* n° 469.

¹²⁸³ V. *supra* n° 70.

¹²⁸⁴ Circ. CRIM 2004 -12 E8/ 02-09-2004, préc., point n° 3.1.2.

¹²⁸⁵ Commission des lois du Sénat, Rapport n° 441 (2002-2003) sur le Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, déposé le 24 septembre 2003 par François Zochetto.

¹²⁸⁶ *Ibid.*

souligner le caractère doublement ineffectif du droit de recours au sein de la CRPC. En effet, si la possibilité d'un appel à l'encontre de l'ordonnance d'homologation apparaît peu susceptible d'être mise en œuvre dans la pratique, cette ineffectivité se trouve encore davantage renforcée par le fait que rien n'est prévu en cas d'ordonnance de refus d'homologation alors même que le Conseil Constitutionnel considère que la décision de refus d'homologation est une décision juridictionnelle¹²⁸⁷.

268. Inversion de la logique des voies de recours. Au delà, et par principe, un appel peut être formé en cas de désaccord avec la décision prononcée par une juridiction de jugement. Pour autant, dans le cadre de la CRPC, le législateur ne prévoit d'appel que dans le cas où les deux parties principales au procès sont d'accord et alors même que la décision du juge du siège d'entériner cet accord vient désamorcer toute contestation, révélant ainsi un raisonnement quelque peu « contraire à la logique des voies de recours »¹²⁸⁸.

Dans l'hypothèse où l'auteur de l'infraction a reconnu sa culpabilité et accepté la proposition du procureur, mais se voit opposer une ordonnance de refus d'homologation, l'appel serait en effet particulièrement utile en ce que le mis en cause pourrait souhaiter critiquer ce refus, et ce, d'autant plus que le principe de la CRPC suppose une proposition de peine inférieure à celle pouvant être prononcée au terme d'un procès de droit commun.

Outre l'inégalité des justiciables devant le droit de faire appel, selon qu'une procédure de CRPC ou de composition pénale aura été mise en œuvre, cette garantie du procès équitable se révèle finalement particulièrement ineffective au sein de la procédure de CRPC. C'est à l'aune de ce constat que le droit à un recours devrait être étendu à la procédure de composition pénale, d'une part, et être prévu en cas d'ordonnance de refus de la part de l'autorité juridictionnelle d'autre part, afin que la « compensation aux dérogations processuelles »¹²⁸⁹ voulue par le législateur se présente véritablement comme telle.

¹²⁸⁷ Cons. Const., 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, cons. n° 118 : « Considérant que constitue une décision juridictionnelle l'homologation ou le refus d'homologation par le président du tribunal de grande instance... ».

¹²⁸⁸ F. DESPREZ, *L'ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la CRPC*, D. 2007, p. 2043. Au soutien de cet argument, il est possible d'ajouter que la probabilité qu'un appel naisse d'une situation de réussite du processus de négociation est très faible comparée à celle d'un recours à l'encontre d'une décision refusant de donner force exécutoire à un accord porteur de la promesse pour le justiciable d'une peine minorée.

¹²⁸⁹ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, Étude des transformations du jugement pénal*, préc., p. 463, spéc. n° 440.

269. Le droit à un recours effectif à l'occasion des procédures devant l'Autorité de la concurrence. C'est à la suite de nombreux recours devant la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation qu'il est possible de constater une montée en puissance des droits de la défense dans le contentieux français de la concurrence¹²⁹⁰. En effet, au titre des droits des parties devant l'Autorité de la concurrence, se trouvent les possibilités de recours devant la Cour d'appel et la Cour de cassation. Assuré en matière de procédures « traditionnelles » devant l'Autorité, il est intéressant de se pencher sur le droit au recours à l'occasion des procédures de clémence et de non-contestation de griefs.

270. Absence de recours contre l'avis de clémence. À propos de la procédure de clémence, il a été observé que la procédure se déroule en plusieurs étapes, l'Autorité rendant d'abord un avis de clémence avant de prendre une décision finale sur le fait d'accorder ou non la clémence et sur ses conditions. À cet égard, il faut souligner que l'avis de clémence n'est pas susceptible de recours. En effet, dès lors que l'entreprise ne sera pas satisfaite par le degré de clémence octroyée, celle-ci ne pourra former un recours qu'à l'encontre de la décision finale de clémence selon les articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce. Cette absence de recours à l'égard de l'avis de clémence n'apparaît pas constituer une atteinte à la garantie d'un procès équitable puisqu'il ne s'agit pas d'une décision juridictionnelle prononçant une condamnation mais simplement d'une signification à l'entreprise du bénéfice conditionnel de la clémence. À ce titre, l'avis s'apparente à une mesure préparatoire de la décision¹²⁹¹, qui vaut engagement de la part de l'Autorité à accorder l'exonération, dès lors que l'entreprise remplit les conditions prévues à cet effet¹²⁹². Aussi, le caractère conditionnel de cet avis et la possibilité d'un recours à l'encontre de la décision finale viennent légitimer l'absence de recours à l'égard de l'avis de clémence.

271. Existence d'un droit de recours à l'encontre de la procédure de non-contestation de griefs. Si cette procédure implique une renonciation de la part de l'entreprise au droit de contester les griefs opposés par l'Autorité de la concurrence, il ressort de la jurisprudence de

¹²⁹⁰ V. O. ANCELIN, I. FOSSATI-KOTZ, *L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence*, JCP E, n° 24, 16 juin 2011, p. 1458 ; J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 86 ; F. JENNY, *Les nouvelles règles du droit français, la lutte contre les ententes économiquement injustifiables*, in *Répression et prévention des ententes économiquement injustifiables*, Matinées débats, Lamy/ LJA, 15 mai 2002, Paris.

¹²⁹¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd. Montchretien, coll. Précis Domat, 2008, p. 572.

¹²⁹² Art. L. 464-2, IV C. com. ; v. Ch. LEMAIRE, *Un regard français, de la loi NRE au programme de clémence*, Concurrences, 2005, n° 3, p. 19.

la chambre commerciale de la Cour de cassation¹²⁹³ que ce mécanisme n'entraîne aucun renoncement aux voies de recours ouvertes contre les décisions de l'Autorité. En effet, cette procédure de négociation n'empêche pas que les entreprises contestent le montant de l'amende infligée devant la Cour d'appel de Paris. Celle-ci admet que dans le cadre d'une telle procédure, il est toujours loisible aux entreprises concernées de contester au plein contentieux devant la Cour d'appel de Paris l'insuffisante indulgence de l'Autorité¹²⁹⁴.

Après avoir observé l'état du droit positif en matière de droit de recours au sein des procédures négociées, il convient d'affirmer que l'efficience de ce droit se retrouve davantage au cœur des procédures organisées devant l'Autorité de la concurrence que devant l'autorité juridictionnelle de droit commun.

272. Un processus perfectible. Si la disparition du rituel au sein des différentes modalités de négociation en matière pénale entraîne un aménagement des principes processuels qui y sont traditionnellement liés, la recherche d'une conformité du processus de négociation aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme permet d'affirmer sa perfectibilité à travers diverses modifications relatives, pour l'essentiel, à l'application impérative et uniforme de certaines garanties procédurales. Toutefois, l'élaboration d'un droit de la négociation ne peut se résumer à la confrontation de ces procédures avec les principes liés au procès mais doit, au surplus, s'accompagner d'une analyse portant sur les différents droits substantiels auxquels l'accusé semble renoncer à l'occasion de l'aveu de sa culpabilité.

Section 2. Renonciation aux droits substantiels

*« Nous ne savons renoncer à rien,
nous ne savons qu'échanger une chose contre une autre »¹²⁹⁵.*

273. Adoption d'une définition. En matière pénale comme dans d'autres domaines, l'idée de négociation évoque le compromis et les concessions réciproques¹²⁹⁶. L'étude des procédures négociées en matière pénale a permis d'affirmer la montée en puissance de la

¹²⁹³ Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-19. 108, *Dexxon Data Media*, BOCCRF, n° 6, 24 juil. 2008 ; v. D. BRAULT, R. MAULIN, *La procédure de non contestation des griefs : un succès non contestable*, préc.

¹²⁹⁴ CA Paris, 19 janv. 2010., préc.

¹²⁹⁵ S. FREUD, *La création littéraire et le rêve éveillé, in Essai de psychanalyse appliquée*, éd. Gallimard, 1980, p. 71.

¹²⁹⁶ A.W. ALSCHULER, *An exchange of concessions*, 1992, 142 *New Law Journal*, p. 937.

volonté individuelle et l'ancrage d'un phénomène de consensualisme dans le champ répressif. L'intégration de la notion de volonté en procédure pénale, si elle n'est pas chose nouvelle¹²⁹⁷, a toutefois engendré un développement des « manifestations techniques de sa présence »¹²⁹⁸, au premier rang desquelles se situe la faculté de renonciation.

Entendue de manière juridique, la renonciation se définit selon un auteur comme « un acte juridique par lequel le titulaire renonce à une prérogative ou un ensemble de prérogatives »¹²⁹⁹. Si cette définition a le mérite de mettre l'accent sur la double dimension abdicative et unilatérale de la renonciation, elle ne prend toutefois pas en compte d'autres caractères de cette notion qui se profilent dans le cadre des procédures de négociation étudiées¹³⁰⁰. C'est la raison pour laquelle une définition plus large sera préférée, qui rend compte du caractère essentiellement tacite de la renonciation ainsi que du contexte bilatéral dans lequel elle s'inscrit. Dès lors, la renonciation se définit comme tout procédé juridique traduisant la volonté expresse ou tacite d'un individu de se dépouiller d'une prérogative, de l'abandonner ou de l'abdiquer, alors qu'il pourrait encore la faire valoir¹³⁰¹.

274. Notion révélatrice. Confrontée à l'impérativité des règles de la procédure pénale et à l'indisponibilité des droits, l'existence de la renonciation en la matière serait le signe « d'une mutation structurelle de la procédure pénale »¹³⁰². Au-delà, il semble que la renonciation à certains droits de la défense opérée par l'individu par le biais de l'aveu de culpabilité nous renseigne sur la nature disponible de ces droits, illustrant par là même le triomphe d'une conception à la fois ancienne¹³⁰³ et libérale des droits fondamentaux.

275. Plan. Apanage traditionnel des pays de *Common Law*, cette conception paraît toutefois poussée à l'extrême dans la pratique du *plea bargaining* américain où la portée de la

¹²⁹⁷ V. Ph. SALVAGE, *Le consentement en droit pénal*, préc., p. 699, spéc. p. 701 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, thèse. préc., p. 53, spéc. n° 40.

¹²⁹⁸ C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, thèse, LGDJ, 2013, p. 10, spéc., n° 24.

¹²⁹⁹ D. HOUTCIEFF, *La renonciation*, Rép. Civ., 2014.

¹³⁰⁰ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 78, spéc. n° 74.

¹³⁰¹ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, LGDJ, 1985, p. 47, spéc., n° 25.

¹³⁰² C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 15, spéc. n° 32.

¹³⁰³ Justinien formula l'idée selon laquelle « *chacun est libre de renoncer à ce qui a été introduit en sa faveur* » cité par J. CARBONNIER, *Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé*, Rapport général Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XIII, 1959-1960, p. 283 : L'auteur souligne que « c'est la surabondance des lois, qui fait surabonder l'offense. Cette surabondance des lois pourrait bien faire retrouver (...) à la renonciation objective, sa fonction salutaire, salubre, de refoulement du droit objectif qui fut la sienne par le passé ».

renonciation est « infinie »¹³⁰⁴. Aussi, il importe de circonscrire la portée de la renonciation dans les procédures de négociation en droit français et d'en contrôler les modalités d'exercice. En ce sens, l'étude de la renonciation aux droits de la défense dans le cadre de la négociation en matière pénale (§1) précédera celle de sa protection (§2).

§1. La renonciation à l'exercice des droits de la défense

276. Appréciation du champ matériel de la renonciation. Aux États-Unis, la pratique du plaider coupable emporte une renonciation pure et simple aux prérogatives relevant du *Due process of Law*. Fondée sur la toute-puissance de la liberté individuelle¹³⁰⁵, la portée de la renonciation en matière de *plea bargaining* n'est toutefois pas identique à celle à l'œuvre lors des procédures négociées en droit français. Si notre processus de négociation n'emporte pas de renonciation à l'ensemble des droits de la défense, la délimitation du contenu de la renonciation ne se révèle pas moins délicate en ce que le contrôle effectué par les juridictions internes et européennes apparaît essentiellement concentré sur les modalités de celle-ci.

277. Clarification du champ personnel de la renonciation. Si la personne appelée à figurer au cœur du phénomène de renonciation est naturellement une personne physique, il importe de souligner que la négociation en matière pénale mettant en jeu des personnes morales, la question de la renonciation doit également se poser à leur égard.

Dès lors qu'un droit est compatible avec la nature de personne morale, rien ne s'oppose en effet à ce qu'elle en soit titulaire¹³⁰⁶. Aussi, une personne morale peut être l'auteur d'une renonciation au bénéfice d'un droit qui lui est valablement conféré¹³⁰⁷. L'étude de la négociation face aux principes directeurs de la matière pénale vient illustrer ce phénomène à

¹³⁰⁴ Cour suprême des États-Unis, *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 1970 ; *Parker v. North Carolina* 397 US 790, 1970 ; *McMann v. Richardson* 397 US 759, 1970. Dans les affaires ayant donné lieu à ces arrêts, les accusés avaient renoncé à leur droit à un jugement, au droit au silence ainsi qu'au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. V. J. PRADEL, *Le plaider coupable, confrontation des droits américains, italien et français*, préc., p. 481.

¹³⁰⁵ Et notamment sur la doctrine *Law and Economics* selon laquelle tout droit constitue un titre marchandable. V. *supra* n° 230.

¹³⁰⁶ S. MARCUS HELMON, *L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes morales*, JTDE, 1996, p. 151.

¹³⁰⁷ Ph. FRUMER, *La renonciation au droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 6, spéc. n° 8.

l'égard des garanties du procès équitable¹³⁰⁸, dont les personnes morales sont les titulaires au même titre que les personnes physiques¹³⁰⁹.

278. Identification de la nature de « l'objet abdiqué »¹³¹⁰. Si la licéité de la notion repose, aux Etats-Unis, sur l'idée que les droits de la défense s'apparentent à des denrées circulant au sein d'un commerce juridique, les fondements de la renonciation hexagonale en matière pénale doivent être identifiés ailleurs que dans une logique d'économie de marché. Bien que la procédure pénale française ne soit pas étrangère à la conception utilitariste du droit, la renonciation à des prérogatives – pourtant conférées à leur titulaire dans un souci de protection – conduit à s'interroger sur les caractères des droits abriqués plutôt que sur l'approche théorique qui sous-tend la renonciation.

Partant, l'étude de la renonciation à l'exercice des droits de la défense nécessite de se pencher d'abord sur le contenu (A) de celle-ci avant de dégager les fondements à la base de sa justification (B).

A. Contenu de la renonciation

279. Tentative de clarification. Dès lors qu'il s'agit de procédures négociées reposant sur un aveu de culpabilité, le débat à propos de la renonciation porte essentiellement sur le principe de la présomption d'innocence (1), du droit au silence (2) et du droit de ne pas s'auto-incriminer (3). Afin de déterminer la portée réelle de la renonciation en matière de négociation, il importe en premier lieu de définir ce que recourent ces notions et de clarifier les liens existant entre elles.

1) La présomption d'innocence

¹³⁰⁸ J. LEONNET, *Réflexion sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique*, Concurrences, janv. 1994, n° 10 et s. Le bénéfice du doute doit profiter aux entreprises poursuivies. Avis de la Com. de la Concurrence, 25 fév. 1982, *Oxyde de titane*, cité par A. PERROT et L. VOGEL, *Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement*, JCP E, 1993, Chron. 299, p. 542.

¹³⁰⁹ CEDH, 21 sept. 1993, *Zumtobel c/ Autriche*, Série A, req. n° 12235/86, § 34.

¹³¹⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 367, n° 442.

280. Définition. « Creuset dans lequel les règles de procédure pénale ont été fabriquées »¹³¹¹, la présomption d'innocence, prévue à l'article 9 de la D.D.H.C, implique que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Maintes fois réaffirmé¹³¹², ce principe fondamental du système répressif n'a pourtant été clairement énoncé au sein du Code de procédure pénale¹³¹³ qu'à partir de la loi du 15 juin 2000¹³¹⁴.

Emportant à la fois une règle de fond et une règle de preuve, ce principe signifie, d'une part, que lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction, elle ne peut être présentée comme coupable tant qu'elle n'a pas été déclarée comme telle par une juridiction¹³¹⁵, et, d'autre part, que c'est sur l'autorité de poursuite que repose la charge d'apporter la preuve de la culpabilité¹³¹⁶.

281. Relativité du principe. Au sein des diverses modalités de la négociation en matière pénale, il apparaît que l'aveu, socle commun aux procédures étudiées, vient quelque peu renverser la logique inhérente à la règle probatoire qu'implique la présomption d'innocence. En effet, qu'il porte sur sa propre culpabilité ou bien celle d'autrui, l'aveu constitue une offre de preuve¹³¹⁷ entraînant un allègement considérable de la charge reposant normalement sur le parquet. Au-delà, on peut considérer que cet aveu, recherché et admis presque sans condition revient en quelque sorte à une dispense de preuve¹³¹⁸. De plus, la présomption d'innocence ne gouverne pas seulement la charge de la preuve mais aussi la manière de prouver, qu'il s'agisse de l'administration des preuves ou de l'appréciation de leur force probante¹³¹⁹. Sur ce

¹³¹¹ F. DESPORTES, L. LAZERGUES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 131, spéc., n° 231.

¹³¹² Art. 6§2 Conv. EDH ; Art. 14§2 du Pacte international des droits civils et politiques ; Art. 48§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Présent au sein du bloc de constitutionnalité, ce principe a été visé dans plusieurs décisions du Conseil Constitutionnel, v. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 16^e éd., 2011.

¹³¹³ Art. Préliminaire, C. pr. pén. : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi. »

¹³¹⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹³¹⁵ E. VERGÈS, *Procédure pénale*, 3^e éd., LexisNexis, 2011, p. 55, n° 82 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 321, spéc. n° 383.

¹³¹⁶ Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, préc., n° 39 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, préc., n° 494 ; MM. MERLE & VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, préc., n° 142.

¹³¹⁷ A. SCATTOLIN, *La volonté de la personne poursuivie*, préc., p. 175.

¹³¹⁸ C. AMBROISE-CASTEROT, *L'aveu*, Rép. pén, 2011, p. 13.

¹³¹⁹ C. LAZERGES, *La présomption d'innocence en Europe*, Arch. pol. crim., 2004/1, n° 26, p. 135.

point, la consécration de l'aveu, seul élément de preuve au sein des procédures négociées¹³²⁰ – dont la corroboration apparaît difficilement assurée¹³²¹ – semble vider le principe de présomption d'innocence de sa substance.

Au regard de la difficile articulation du processus de négociation avec la logique probatoire sous-tendue par la présomption d'innocence, il apparaît, comme le souligne un auteur, qu'il ne faut pas partir du postulat « que la présomption d'innocence a une portée constante du début à la fin d'une procédure » mais comprendre au contraire qu'elle a « un caractère tout relatif et contingent »¹³²².

282. Écart d'une règle de preuve et renonciation aux droits attachés. Par son offre de preuve contre soi-même ou contre autrui¹³²³, l'auteur de l'aveu – critère déterminant des procédures de négociation en matière pénale – écarte l'application de la présomption d'innocence en tant que règle de preuve. Aussi, le doute ne bénéficiant plus à la personne poursuivie¹³²⁴, celle-ci renonce de manière implicite aux corollaires de la présomption d'innocence que sont les droits de se taire et de ne pas s'auto-incriminer.

Généralement confondus¹³²⁵, ces droits sont pourtant distincts. En les citant cumulativement, la Cour européenne des droits de l'Homme montre en effet qu'il s'agit de concepts à séparer¹³²⁶.

¹³²⁰ Contra, v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 374.

¹³²¹ V. *supra* n° 197.

¹³²² Ph. CONTE, *Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence*, Gaz. Pal., 2-3 juin 1995, p. 21 et 22.

¹³²³ A. SCATTOLIN, *La volonté de la personne poursuivie*, préc., p. 176.

¹³²⁴ L'adage latin « *in dubio pro reo* » (le doute profite à l'accusé), en tant qu'illustration du principe de la présomption d'innocence, ne s'applique logiquement que lorsque celui-ci n'est pas évincé par un aveu. Pour une application concrète de l'adage, v. art. 304 C. pr. pén., à propos des prescriptions que le président de la Cour d'assises adresse aux jurés : « *Vous jugerez et promettez (...) de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter* ».

¹³²⁵ Sur ce point, v. B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis*, préc., p. 364. L'auteur explique que la confusion vient de ce que la frontière entre les deux droits n'est pas rigide. En exerçant son droit au silence, le suspect évite de s'auto-incriminer, en ce sens le droit de ne pas s'auto-incriminer est un corollaire du droit au silence.

¹³²⁶ CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c/ France*, Série A, req. n° 10588/83, JCP, G, 1993, II, 22073, note R. GARNON et A. GARNON, la Cour admet l'existence d'un « droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer », droits déduits de la présomption d'innocence ; CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, Procédures, n° 12, Nov. 2010, Comm. p. 419, A-S. CHAVENT-LECLERE.

2) Le droit au silence

283. Fondements du droit au silence. Si aux États-Unis le droit au silence évoque, depuis 1966, la célèbre décision de la Cour Suprême *Miranda v. Arizona*¹³²⁷, en France cette prérogative a longtemps été débattue et contestée. Bentham écrivait en effet, que « l'innocence ne se prévaut jamais du droit au silence, elle réclame le droit de parler comme le crime invoque le privilège de se taire »¹³²⁸.

Aujourd'hui, le droit au silence, corollaire de la présomption d'innocence selon la Cour européenne des droits de l'Homme¹³²⁹, permet à l'accusé de refuser de parler mais aussi de ne pas s'exprimer par écrit¹³³⁰ sans encourir de sanction pénale et ce, « pour tous les types d'infractions criminelles, de la plus simple à la plus complexe »¹³³¹. Selon le stade de la procédure, ce droit recoupe différentes applications ayant fait l'objet de nombreuses évolutions législatives.

Au stade de l'enquête de police, ce n'est qu'à la faveur de la loi du 15 juin 2000 que le droit au silence fut inscrit pour la première fois au titre des droits de la personne gardée à vue¹³³². La loi du 4 mars 2002¹³³³, réaffirmant le droit d'être informé de son droit de garder le silence, est venue toutefois assouplir son expression en ce qu'elle rappelle d'abord la faculté de parler¹³³⁴. L'obligation de notification à la personne gardée à vue de son droit de se taire fut ensuite abrogée par la loi du 18 mars 2003. C'est à la suite d'une condamnation de la France par la Cour EDH¹³³⁵, que l'obligation de notifier le droit de se taire au gardé à vue a

¹³²⁷ Cour suprême des États-Unis, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966 ; S. SCHULHOFER, *Miranda v. Arizona : A modest but important legacy*, in C. S. STEIKER (éditeur), *Criminal procedure stories*, Foundation Press, New York, 2006, pp. 155-179.

¹³²⁸ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, T. II, Bruxelles, éd. Hauman et Cie, 3^e éd., 1840.

¹³²⁹ CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c/ France*, préc., Rev. sc. crim. 1993 p. 581 obs. L-E PETTITI ; D. 1993 p. 457 note J. PANNIER ; D. 1993, somm. p. 387, obs. J-F. RENUCCI. Pour une opinion contraire, v. M-A. BEERNAERT, *La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour EDH*, RTDH, n° 69, 2007, p. 85. Selon l'auteur : « La présomption d'innocence se borne à imposer le fardeau de la charge de la preuve à la partie poursuivante mais ne lui interdit nullement de fournir cette preuve en faisant parler l'accusé ».

¹³³⁰ CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c/ Royaume Uni*, req. n° 15809/02 et 25624/02, JCP 2008, I, p. 110, n° 6, obs. F. SUDRE ; RDP 2008/3, p. 954, obs. G. GONZALEZ.

¹³³¹ CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume Uni*, req. n° 19187/91, § 74, Rev. sc. crim., 1997, p. 478, obs. R. KOERING-JOULIN ; JCP 1997, I, 4000, n° 18, obs. SUDRE.

¹³³² Ancien art. 63-1 C. pr. pén qui prévoyait que : « La personne gardée à vue est immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs ».

¹³³³ Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

¹³³⁴ Ancien art 63-1 C. pr. pén issue de la loi du 4 mars 2002 : « La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».

¹³³⁵ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, req. n° 1466/07, JCP 2010, p. 1064, zoom par F. SUDRE.

finalement été réintroduite par la loi du 14 avril 2011¹³³⁶. Réaffirmé depuis la loi du 27 mai 2014 portant transposition de la directive européenne relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales¹³³⁷, ce droit au silence est prévu dans le régime de l'audition libre.

Au stade de l'instruction, l'article 116 alinéa 4 du CPP prévoit que le juge d'instruction « avertit la personne qu'elle a le choix, soit de se taire, soit de faire des déclarations (...) ». Par ailleurs, l'article 153 alinéa 3 issu de la loi du 9 mars 2004, a rétabli l'information sur le droit au silence pour les personnes gardées à vue dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire¹³³⁸.

Enfin, au moment du jugement, la personne mise en cause a, bien entendu, le droit de se taire¹³³⁹, même si le principe de l'intime conviction permet au juge d'interpréter ce silence comme il l'entend¹³⁴⁰. Il est intéressant de souligner qu'en la matière, le droit américain prévoit expressément que le silence de l'accusé ne peut en aucun cas être interprété contre lui par les magistrats ni par les jurés qui peuvent, à sa demande, être avertis par le juge que le silence de l'accusé ne peut être la source d'une présomption négative contre lui¹³⁴¹.

284. Renonciation au droit de se taire. Au regard des procédures dont le déroulement est conditionné à un aveu, il importe de souligner que la composition pénale et la CRPC peuvent être proposées dès le stade de la garde de vue. Sur ce point, si le rétablissement de l'obligation d'information du droit de se taire, à ce stade de la procédure, vient protéger l'individu, la possibilité pour l'officier de police judiciaire, sur demande du procureur, de recueillir un aveu en vue de la mise en œuvre d'une poursuite alternative implique nécessairement que le

¹³³⁶ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, art. 63- 1 C. pr. pén.

¹³³⁷ Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. V. E. VERGÈS, *Le statut du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale*, D. pén. n° 7-8, Juill- Août 2014, p. 10, Étude n° 15.

¹³³⁸ Sur l'application de cette disposition, v. Cass. crim. 14 janv. 2003, Bull. crim., n° 6 ; Rev. sc. crim., 2003, p. 884, obs. J-F. RENUCCI ; Cass. crim. 28 avr. 2004, Bull. crim. n° 103, Rev. sc. crim., 2005, p. 384, note J. BUISSON.

¹³³⁹ La loi du 27 mai 2014 prévoit que le Président de la Cour d'assises (art. 273 C.pr. pén.) ou du tribunal correctionnel (art. 406 C. pr. pén.) informe la personne poursuivie, préalablement à toute notification, de son droit d'être assisté par un interprète. De la même manière, le nouveau texte impose que le mis en cause devant la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel soit informé de son droit, « au cours des débats de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire » (art. 328 et 406 C. pr. pén.).

¹³⁴⁰ C. GIRARD, *Culpabilité et silence en droit comparé*, éd. L'Harmattan, 1997, p. 161.

¹³⁴¹ Guide des poursuites pénales aux États-Unis, v. www.oas.org; D. CHALUS, *La dialectique, aveu/ droit au silence dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit comparé*, Rev. Juridique Thémis, 2009, n° 43, p. 321.

suspect fasse un choix quant à l'exercice ou non de son droit au silence, et ce, dès le stade de la garde à vue.

Également, en raison de la nature des infractions pouvant donner lieu à la procédure envisagée à l'article 132-78 du Code pénal¹³⁴², la proposition de diminution ou d'exemption de peine à l'égard du collaborateur de justice interviendra au stade de l'instruction¹³⁴³. Malgré le choix laissé par l'article 116 al. 4 du Code de procédure pénale, l'incitation à l'aveu permise par la mise en œuvre de l'article 132-78 du Code pénal, pousse, ici aussi, à renoncer purement et simplement au droit de garder le silence.

Une fois la décision prise par l'auteur de l'infraction de renoncer au bénéfice du droit de se taire à travers l'aveu – parole auto incriminante ou incriminant autrui – il importe de souligner que les modalités du processus de négociation en matière pénale apparaissent également difficilement compatibles avec l'application du droit de ne pas contribuer à sa propre accusation.

3) Le droit ne pas contribuer à sa propre accusation

285. Sources. Conséquence du principe de la présomption d'innocence¹³⁴⁴, le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation, de ne pas s'auto-incriminer ou encore de pas contribuer à sa propre incrimination¹³⁴⁵, a été intégré en droit français sous l'influence du droit international¹³⁴⁶ et européen¹³⁴⁷. Le droit interne ne s'est véritablement approprié ce droit qu'à l'occasion de la saisine du Conseil Constitutionnel à propos de la loi du 9 mars 2004, ce dernier précisant qu'il « découle de l'article 9 de la DDHC de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser »¹³⁴⁸.

¹³⁴² V. *supra* n° 86 et s.

¹³⁴³ Depuis la loi du 13 décembre 2011, la procédure de CRPC peut également être proposée au stade de l'instruction. V. *supra* n° 81.

¹³⁴⁴ B. BOULOC, *Procédure pénale*, préc., p. 112, spéc. n° 132 et s. ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, préc., p. 29, spéc., n°45.

¹³⁴⁵ Pour l'exposé des différentes terminologies associées à ce droit, v. J. LEBLOIS-HAPPE, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, vol. 1, Cujas, 2011, , p. 295 et s.

¹³⁴⁶ Art. 14 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Art 55 § 1 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

¹³⁴⁷ CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c/France*, D. 1993, p. 467, note PANNIER ; Rev. sc. crim., 1993, p. 581, obs. PETTITI ; D. 1993, somm. p. 387, obs. RENUCCI.

¹³⁴⁸ Cons. Const., déc. 2004-492 DC du 2 mars 2004, consid. n° 110.

286. Un droit soumis à l'épreuve de la volonté individuelle. Alors que le droit au silence confère un pouvoir d'opposition passif à son titulaire, le droit ne pas contribuer à sa propre accusation constituerait un pouvoir actif d'entrave à toute contrainte ou pression directe ou indirecte exercée par l'accusation dans un but de rassemblement de preuve. En matière de droit de la concurrence par exemple, la Commission européenne ne peut imposer à l'entreprise contrôlée l'obligation de lui fournir des renseignements qui la conduiraient à reconnaître l'existence d'une infraction¹³⁴⁹.

Toutefois, à l'instar du droit au silence, ce droit est soumis à l'épreuve de la volonté individuelle. Aussi, la personne accusée d'une infraction a le droit ne pas contribuer à sa propre accusation, mais elle a aussi le droit d'y contribuer si elle le souhaite. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 2 mars 2004, a souligné cette faculté de renonciation en affirmant que « s'il découle de l'article 9 de la DDCH de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser, cette disposition ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité »¹³⁵⁰.

La formule est claire et illustre bien le mécanisme de renonciation à l'œuvre lors d'une procédure de négociation dans laquelle, l'accusé, par son aveu de culpabilité, renonce de manière tacite à son droit de ne pas contribuer à sa propre accusation.

Corollaires du principe de la présomption d'innocence, le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre accusation, représentent ainsi le champ matériel de la renonciation à l'œuvre en matière de négociation pénale. S'apparentant à des garanties de défense n'ayant pas lieu de s'appliquer dès lors que le principe qui les sous tend a été renversé dans sa logique, il importe de chercher plus loin les justifications d'un tel mécanisme.

B. Justifications de la renonciation

287. Développement d'une logique d'échange. Dotée d'un véritable « appareil contraignant »¹³⁵¹, la procédure pénale, de par sa nature impérative, se présente comme une matière en principe hostile à l'expression de la volonté individuelle. Pourtant, les difficultés

¹³⁴⁹ On pressent sur ce point la nécessaire renonciation dont ce droit fait l'objet dès lors qu'une entreprise communique à l'Autorité de la concurrence l'ensemble des informations permettant d'établir la preuve de sa culpabilité et de celle d'autrui. V. *supra* n° 96.

¹³⁵⁰ Cons. Const., déc. 2004-492 DC du 2 mars 2004, consid. n° 110

¹³⁵¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, préc., p. 16, spéc. n° 4.

inhérentes à la gestion de l'appareil répressif ont poussé à la mise en œuvre de mécanismes de négociation reposant sur une logique d'échange où « magistrats de l'ordre répressif et parties privées (...) conviennent d'exclure l'application des règles juridiques normalement applicables »¹³⁵².

288. Mouvement de « privatisation du procès pénal ». Alors que l'ordre public constitue un obstacle classique à toute manifestation de la volonté individuelle¹³⁵³ et se compose de règles impératives, les facultés de renonciation en procédure pénale, révélatrices du caractère disponible de l'objet renoncé, signalent l'existence de règles supplétives¹³⁵⁴ en la matière. Ne concernant que des intérêts individuels, ces règles peuvent être remaniées par la volonté des particuliers¹³⁵⁵. En ce sens, un auteur précise que le développement des facultés de renonciation en procédure pénale participe d'un mouvement de « privatisation du procès pénal », se traduisant par « l'émergence de règles de procédure protégeant davantage des intérêts individuels ou collectifs que l'intérêt général (...) et conduit à un brouillage des finalités du procès pénal et au recul du caractère impératif de ses règles »¹³⁵⁶.

289. Droits objectifs, droits subjectifs. La question d'une renonciation à la présomption d'innocence et aux droits qui en découlent semble également devoir être posée au regard de la nature des droits de la défense. Assimilés à des droits objectifs, les droits de la défense se révèlent indispensables à la tenue d'un procès équitable et leur appartenance à l'ordre public empêche que l'on puisse y renoncer¹³⁵⁷. Au contraire, parler de droits subjectifs, c'est considérer que les droits de la défense ne sont censés protéger que les intérêts privés de l'accusé. Sur ce point, l'expression « droit de » à l'encontre du droit de garder le silence et de ne pas s'auto accuser semble faire pencher vers une conception subjective de ces droits¹³⁵⁸, et vient justifier la faculté de renonciation qu'ils offrent à leur titulaire.

¹³⁵² J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé, Mélanges E. CORREIA*, Boletim da facultade do direito de Coimbra, 1988, p. 337.

¹³⁵³ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 367, n° 442.

¹³⁵⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996, p. 117, spéc. n° 194. L'auteur assimile la nature supplétive d'une règle à sa disponibilité.

¹³⁵⁵ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, éd. Armand Colin, 13^e éd., 2010, p. 87, spéc. n° 98.

¹³⁵⁶ X. PIN, *La privatisation du procès pénal*, préc., p. 244 et s.

¹³⁵⁷ F. SAINT-PIERRE, *La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal*, D. 2007, p. 260.

¹³⁵⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, *Le droit ne pas contribuer à sa propre accusation*, préc., p. 4 ; v. également P. COURBE, *Introduction générale au droit, le droit objectif, les droits subjectifs*, Dalloz, 11^e éd., 2009, p. 16 et s ;

À ce titre, il convient de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme juge que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, que ce soit de manière expresse ou tacite, aux garanties du procès équitable¹³⁵⁹. Il convient toutefois de rappeler que la libre faculté du titulaire de renoncer à ses garanties du procès équitable reposerait sur la distinction entre renonciation au droit et renonciation à l'exercice de ce droit¹³⁶⁰. Selon cette conception, les procédures de négociation seraient l'illustration d'un compromis spécial emportant renonciation à l'exercice du droit et non renonciation au droit lui-même¹³⁶¹. Ramenée à la dichotomie ordre public/ordre privé, règles impératives/supplétives, droits disponibles/indisponibles, cette distinction signifierait-elle que la Convention européenne des droits de l'Homme n'aurait pas, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public¹³⁶² ?

290. Le principe de la présomption d'innocence, objet d'une renonciation ? Si le fonctionnement des procédures de négociation semble induire l'idée que la présomption d'innocence est une garantie qui protège l'intérêt personnel du prévenu – de sorte que rien ne s'oppose à ce que celui-ci y renonce en plaçant coupable – un auteur considère en revanche qu'il s'agit d'un droit fondamental dont la protection est insusceptible d'être abdiquée¹³⁶³. Également, conformément à ce principe, « il est impossible d'abdiquer le droit de ne pas s'accuser soi-même, ni d'ailleurs le droit au silence »¹³⁶⁴. Toutefois, l'auteur ajoute que « le respect du principe de la présomption d'innocence ne s'oppose à l'admission d'un consentement abdicatif, que si l'abdication risque de compromettre irrémédiablement ce droit fondamental¹³⁶⁵ ».

Comprise à la lumière du fonctionnement des procédures négociées, il semble que cette affirmation permette d'envisager la renonciation à l'application du principe de la présomption d'innocence ainsi qu'aux droits qui en découlent. En effet, qu'il s'agisse du cas où le justiciable revient sur ses aveux ou de celui dans lequel l'autorité juridictionnelle refuse

Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 4 et s.

¹³⁵⁹ CEDH, 30 nov. 2000, *Kwiatkowska c/ Italie*, req. n° 52868/99.

¹³⁶⁰ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 3.

¹³⁶¹ *Ibid.*

¹³⁶² V. W. J. GANSHOP VAN DER MEERSCH, *Les droits de l'Homme en droit interne et international*, Colloque de Vienne de 1965, Bruxelles, PUB, 1968, p. 233.

¹³⁶³ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc. p. 371, n° 448.

¹³⁶⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 373, n° 450.

¹³⁶⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 372, n° 449.

d'avaliser l'accord intervenu devant l'autorité de poursuite, le retour à une procédure traditionnelle implique de constater que l'auteur de la renonciation initiale ne se prive pas définitivement du bénéfice de la présomption d'innocence. La renonciation comporte ainsi un caractère provisoire.

Aussi, même si la qualification de consentement substitutif illustre parfaitement la logique à l'œuvre lors du processus de négociation en ce que « le justiciable accepte la proposition des autorités répressives de remplacer les règles normalement applicables par des règles dérogatoires »¹³⁶⁶, celle-ci, comme il l'a été évoqué¹³⁶⁷, n'exclut pas l'existence d'un consentement emportant renonciation à certaines garanties de défense.

291. Vers un nouvel ordre public. L'existence d'un processus de négociation, aux côtés des voies traditionnelles de la justice pénale, vient illustrer semble-t-il une nouvelle économie du système pénal qui reposerait désormais sur une dichotomie évidente entre procédure « garantiste »¹³⁶⁸ et procédure simplifiée. De ce constat, un auteur relève ce qui apparaît correspondre au plus près de la réalité, l'existence de « deux ordres publics »¹³⁶⁹. Reposant sur l'expression de la volonté individuelle, les procédures négociées illustrent un allègement considérable des règles appartenant classiquement à l'ordre public, ce qui pousse à s'interroger sur le fait de savoir si celles-ci permettent réellement une sauvegarde des droits fondamentaux¹³⁷⁰. Alors que l'on parle de volonté individuelle et de consensualisme, il importe en effet de garder à l'esprit que la négociation en matière pénale n'emporte pas d'accroissement réel de l'autonomie de l'individu ni de dilution de la nature répressive de la matière¹³⁷¹. À ce titre, il faut se méfier des procédures qui « n'ont souvent que le corps du consensus et souvent l'âme de la contrainte »¹³⁷². La justice négociée serait ainsi le révélateur d'un « ordre public bis »¹³⁷³ au sein duquel les facultés de renonciation à des règles par nature impératives sont au service de l'exigence d'efficacité et de simplification de la matière répressive. Finalement, au-delà des questions inhérentes au régime de l'objet concerné par la

¹³⁶⁶ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 523, spéc. n° 668.

¹³⁶⁷ V. *supra* n° 134.

¹³⁶⁸ J-P. JEAN, *La nouvelle économie du système pénal au prisme de la modernité*, in M. MASSÉ, A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne, mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, Mission de recherche Droit et Justice, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2007, p. 22.

¹³⁶⁹ C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, thèse, LGDJ, 2013, p. 211, spéc. n° 417.

¹³⁷⁰ V. B. PEREIRA, *Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense*, préc., p. 2041.

¹³⁷¹ V. *supra* n° 212 et s.

¹³⁷² M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, p. 661, spéc. n° 1095.

¹³⁷³ C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 213, spéc. n° 426.

renonciation, celle-ci apparaît être tout simplement l'instrument permettant une interaction entre deux modèles de justice. Si la négociation appartient à celui dicté par une quête de célérité et d'efficacité, la reconnaissance d'un « ordre public bis » doit pousser à l'élaboration d'un cadre de protection minimal de l'individu qui s'y trouve soumis.

§2. La protection de la renonciation à l'exercice des droits de la défense

292. Nécessité de circonscrire la portée de la renonciation. La question de la renonciation à l'exercice des droits de la défense est intimement liée à celle du choix d'un aveu de culpabilité. En effet, l'éviction des garanties inhérentes au procès équitable est le résultat de l'offre de preuve émise par l'auteur de l'infraction. Dans le but d'élaborer un droit de la négociation qui ne renverrait pas aux excès dont témoigne la procédure de *plea bargaining* américaine, il importe de circonscrire précisément la portée de la renonciation. Pour ce faire, il apparaît qu'une protection accrue doit être organisée au stade du choix de l'auteur de l'infraction de plaider coupable ou de dénoncer la culpabilité d'autrui. Renvoyant à la problématique de la qualité du consentement, la protection de la renonciation opérée par l'auteur de l'aveu semble induire un renforcement de l'action de certains acteurs¹³⁷⁴, aujourd'hui cantonnés à un rôle minimum, pour ne pas dire purement formel au sein des procédures étudiées.

Encadrer la renonciation effectuée par l'auteur de l'infraction suppose également de prévoir les conséquences pouvant découler de l'interaction du processus de négociation avec d'autres règles de droit, notamment celles issues du principe *non bis in idem*.

Partant, la protection doit être organisée par le biais d'un renforcement des pouvoirs des acteurs secondaires de la négociation d'une part (A), ainsi qu'au moyen d'une articulation harmonieuse de celle-ci avec d'autres règles de droit (B).

¹³⁷⁴ En ce sens, v. CEDH, 8 septembre 2014, *Natsvlishvili and Togonidze c/ Georgia*, req. n° 9043/05 : « *It is important to bear in mind that when consenting to a guilty plea, a defendant waives a number of rights, including the right to give testimony and the right to trial. (...) Judges should exercise adequate control over plea bargaining agreements and see to it that these safeguards are fully implemented in practice* ».

A. Renforcement des pouvoirs des acteurs secondaires de la négociation

293. Modalités de la renonciation. La question de la protection de la renonciation renvoie à celle de ses modalités. En effet, si la Cour de Strasbourg admet la renonciation aux garanties du procès équitable, elle met toutefois l'accent sur le caractère non équivoque que celle-ci doit revêtir et sur l'état d'esprit du renonçant, celui-ci devant avoir été mis en mesure d'anticiper raisonnablement les conséquences possibles de son attitude¹³⁷⁵. Également, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 mars 2004 – tout en affirmant que nul n'est tenu de s'accuser mais que rien ne s'oppose à une attitude contraire de la part de l'intéressé – précise qu'il devra être vérifié non seulement « la réalité du consentement de la personne à plaider coupable mais également sa sincérité »¹³⁷⁶. À la lumière de ces précisions concernant la qualité du consentement, il apparaît opportun de souhaiter un accroissement du rôle de l'avocat (1) ainsi qu'un renforcement des pouvoirs de l'autorité juridictionnelle (2) au sein du processus de négociation.

1) Un accroissement souhaitable du rôle de l'avocat

294. L'harmonisation souhaitable des procédures quant à l'assistance obligatoire de l'avocat. La présence de l'avocat au sein des procédures négociées est généralement considérée comme une garantie de l'équité de la procédure¹³⁷⁷. Ainsi il a pu être affirmé à propos de la CRPC que « cette procédure respecte pleinement les droits de la défense puisque le prévenu ne peut renoncer à l'assistance d'un avocat »¹³⁷⁸. Conçu comme un rempart contre les excès éventuels du ministère public au sein du processus, le droit à l'assistance d'un avocat semble cependant non suffisamment garanti.

À titre d'exemple, il importe de souligner la disparité existante relativement à la protection de ce droit entre la procédure de composition pénale et la CRPC¹³⁷⁹. En effet, alors que le

¹³⁷⁵ CEDH, 24 sept 2009, *Pishchalnikov c/ Russie*, req. n° 7025/04, § 67, v. F. FOURNIÉ, *Faut-il garder le silence ?*, D. 2010, p. 1850.

¹³⁷⁶ Cons. Const. 2 mars 2004, Décision n° 2004-492 DC.

¹³⁷⁷ V. LEGRAND, *Le droit à l'assistance d'un défenseur dans le procès pénal*, Thèse, Bordeaux IV, 2005, p. 1.

¹³⁷⁸ F. MOLINS, *Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ?* in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, p. 381 ; du même auteur, *Plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée*, AJ. Pénal, 2003, p. 62. V. également, D. PERBEN, *Projet de loi n° 784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, A.N. 12^e législature, 17 avr. 2003, p. 16.

¹³⁷⁹ V. *supra* n° 136 ; v. également V. LEGRAND, *Le droit à l'assistance d'un défenseur dans le procès pénal*, préc., p. 53.

législateur fait de l'assistance d'un avocat une obligation en matière de CRPC, l'article 41-2 du Code de procédure pénale prévoyant la composition pénale précise que : « la personne (...) est informée qu'elle *peut* se faire assister par un avocat avant de donner son accord »¹³⁸⁰. Même chose du côté de la procédure mise en œuvre à l'encontre d'un repentir, l'assistance d'un avocat n'est qu'une faculté.

S'agissant de la disparité entre CRPC et composition pénale, il semble que l'absence de peine d'emprisonnement, au titre des sanctions pouvant être prononcées à l'issue d'une procédure de composition pénale, en soit la justification. S'il apparaît normal que les garanties augmentent avec la gravité de la sanction, il est néanmoins regrettable que celles-ci disparaissent dès lors que la sanction faiblit. Quant à la procédure envisagée à l'article 132-78 du Code pénal, le domaine dont relèvent les infractions commises ainsi que la dénonciation opérée, semblent devoir justifier une intervention obligatoire de l'avocat aux côtés du mis en cause.

La protection du consentement de l'auteur de l'infraction paraît donc devoir passer dans un premier temps par la reconnaissance – au sein de chaque procédure identifiée – d'une obligation et non d'une faculté d'être assisté par un avocat tout au long du processus, même si celle-ci se révèle en pratique en contradiction avec l'objectif de célérité. Le mis en cause pouvant en effet davantage être incité, sur les conseils de son défenseur, à contester la procédure ou les sanctions décidées.

À la problématique de l'assistance obligatoire de l'avocat en tant que garantie des droits de la défense du justiciable lors des différentes phases du processus, s'ajoute celle de l'effectivité de son assistance. Il ne suffit pas, en effet, qu'un avocat soit désigné lors de chaque procédure pour que les droits de la défense soient respectés.

À ce titre, il est regrettable de constater qu'au sein des procédures en cause, le rôle de l'avocat se limite à celui de conseil et non de défenseur. Également dans la pratique, il n'est pas rare de voir un avocat devenir le porte-parole du parquet dans le but de convaincre le juge du siège réticent que l'entente sur la peine vaut mieux qu'un jugement¹³⁸¹. Ajouté au fait que l'économie du système de négociation en matière pénale repose souvent sur la concertation entre parquet et juge, l'unique rempart contre la soumission du justiciable à une véritable

¹³⁸⁰ À rapprocher de l'argumentation développée lors de l'adoption de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 abrogeant la disposition selon laquelle « à peine de nullité, la proposition d'une mesure de composition pénale ne peut intervenir pendant la garde à vue de l'auteur des faits ». V. *supra* n° 68.

¹³⁸¹ Y. MSIKA, *Le plaider coupable et le rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs*, AJ. Pén., 2005, p. 446.

situation de contrainte dont il est difficile d'anticiper toutes les conséquences s'illustre dans la personne de l'avocat et dans l'effectivité concrète de son rôle.

La question de la légalité du processus de négociation passe de manière incontestable par celle de la qualité du consentement. Éclairé, donné en toute connaissance de cause, ces conditions relatives au consentement sont aussi indispensables que la réalité du choix est illusoire. Les procédures de négociation se caractériseront toujours par une disproportion entre les termes de l'alternative offerte. C'est l'essence même de ces procédures. Quel serait en effet leur pouvoir d'attraction si le justiciable n'y trouvait aucun avantage mais y perdait en revanche une grande partie des garanties inhérentes au procès pénal¹³⁸² ? La logique de récompense fait indéniablement pencher la balance en faveur de l'efficacité et de la rentabilité à court terme, au détriment d'une réelle liberté de choix¹³⁸³. Entre la perspective d'une peine plus forte au terme d'un processus plus long et la certitude immédiate d'une sanction moindre, « le justiciable n'hésitera jamais longtemps »¹³⁸⁴.

Alors que la liberté de choix ne peut être assurée que si l'accusé dispose d'une option entre deux possibilités égales sur le plan de la sanction, la présence de l'avocat et son office doivent toutefois permettre un choix, si ce n'est dénué de toute contrainte, du moins fait en pleine conscience des conséquences qu'implique l'entrée dans un processus de négociation. Cela dit, si un rôle actif de l'avocat se révèle nécessaire, il n'est cependant pas suffisant, l'autorité juridictionnelle devant, au surplus, exercer un contrôle attentif des modalités du consentement.

2) Un renforcement impératif des pouvoirs de l'autorité juridictionnelle

¹³⁸² Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 148.

¹³⁸³ Sur ce point, v. S. GUINCHARD et al. *Droit processuel, Droit fondamentaux du procès*, préc. p. 1362 :

« Du point de vue de l'intéressé, les procédures négociées sont le seul moyen d'atténuer la rigueur des poursuites, d'où il suit qu'il n'a pas vraiment le choix ; et l'espèce de nécessité dans laquelle il se trouve d'accepter les propositions du Procureur paraît d'autant plus discutable que celle-ci intervient à un moment où il est encore présumé innocent ». La CEDH a eu à se prononcer sur la valeur du choix effectué par le mis en cause dans une affaire *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, 25 juin 2013, req. n° 9043/05. Dans cette affaire, le requérant invoquait l'incompatibilité du *plea bargaining* (*saprotseso shetankhmeba*), prévu par l'article 15 du Code de procédure pénale Géorgien avec le droit à un procès équitable. Au regard des circonstances de fait, la CEDH a déclaré que la procédure de *plea bargaining* ainsi que les conditions dans lesquelles le choix avait été effectué, n'étaient pas incompatibles avec l'article 6 §3 (a) et (b) de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹³⁸⁴ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 148.

295. L'illusion du contrôle du juge. Quel que soit le domaine dans lequel le processus de négociation est à l'œuvre, l'essentiel de la procédure se déroule devant l'autorité de poursuite avant que l'autorité juridictionnelle n'exerce un contrôle sur l'accord intervenu¹³⁸⁵. Si le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé qu'à l'égard de l'homologation à l'occasion d'une procédure de CRPC¹³⁸⁶, il semble que la question de la portée de ce contrôle puisse être étendue à l'ensemble des modalités du processus de négociation en droit commun¹³⁸⁷. Présentée comme une garantie du respect de certains droits fondamentaux, la seule faculté du juge du siège d'accepter ou de refuser l'accord issu des discussions entre l'auteur de l'infraction et l'autorité de poursuite pousse à relativiser l'opinion de certains auteurs qui considèrent que le juge « sort grandi »¹³⁸⁸ de la création de ce type de procédures et que celles-ci lui ont permis « d'étendre son contrôle »¹³⁸⁹.

Cantonné à la vérification de l'existence d'une qualification, au constat d'un accord et d'un rapport de proportionnalité entre le comportement reproché et la peine acceptée, le contrôle de l'autorité juridictionnelle apparaît d'autant plus illusoire que la satisfaction de ces dernières exigences repose sur une entente préalable entre parquet et siège¹³⁹⁰.

Pour que l'on puisse légitimement parler de contrôle de la part du juge, il semble que ce dernier doive disposer d'un véritable pouvoir réformateur¹³⁹¹, c'est-à-dire d'une faculté de modification de la proposition de peine, d'un pouvoir d'approbation sous réserve, d'une possibilité d'homologation partielle en somme. Au pays où le *plea bargaining* est roi, l'entente sur la peine entre le procureur et le prévenu ne lie pas le juge¹³⁹². Plus qu'un pouvoir d'acceptation ou de refus, l'autorité juridictionnelle américaine dispose en effet d'une faculté de modifier les termes de l'accord relatifs notamment à la peine. Ce pouvoir réformateur du juge réside dans le découpage de la procédure américaine en deux temps strictement séparés, le processus de détermination de la culpabilité étant totalement distinct du prononcé de la peine.

¹³⁸⁵ V. *supra* n° 140 et s.

¹³⁸⁶ Cons. Const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. n° 107.

¹³⁸⁷ L'Autorité de la concurrence disposant, lors des procédures de non-contestation des griefs et de clémence, d'un véritable pouvoir de modification de l'accord intervenu devant le rapporteur général.

¹³⁸⁸ J-F. BURGELIN, *Évolution de la procédure pénale française de l'inquisitoire vers l'accusatoire*, in Les entretiens du palais, Gaz. Pal. n° 49, 2005, p. 22.

¹³⁸⁹ C. COSTE, *Le rôle du juge dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in Les entretiens du palais, Gaz. Pal. n° 49, 2005, p. 28.

¹³⁹⁰ A. GIUDICELLI, *Repenser le plaider coupable*, Rev. sc. crim., n° 3, 2005, p. 593.

¹³⁹¹ V. *infra* n° 475 et s.

¹³⁹² J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 263.

En France, il en va différemment, ces deux temps sont confondus et c'est précisément ce regroupement des deux phases au sein des procédures de négociation qui vient faire obstacle à l'effectivité du contrôle exercé par le juge. À ce titre, Robert Badinter, en sa qualité de sénateur, a pu observer que « le plaider coupable s'est pratiqué dans beaucoup de systèmes judiciaires, selon une logique en deux temps du procès : d'abord on se prononce sur la culpabilité, et si le prévenu la reconnaît, ensuite, seulement sur la peine (...) »¹³⁹³, avant d'ajouter qu'en France, « la confusion règne »¹³⁹⁴. Outre l'opportunité de conférer au juge un véritable pouvoir de contrôle, cette distinction permettrait également de rétablir le principe d'individualisation de la sanction dans sa pleine acception, et rendrait également plus nette la ligne de partage entre les autorités chargées de l'action publique et celles de jugement¹³⁹⁵. Certes, cette proposition ne va pas dans le sens de l'objectif de célérité assigné aux procédures de négociation, pourtant il semble que la conciliation entre cet objectif et les exigences relatives aux pouvoirs de l'autorité juridictionnelle est indispensable.

Outre un renforcement des pouvoirs des acteurs secondaires de la négociation, il semble que la protection de la renonciation du mis en cause à l'exercice de ses droits passe également par la résolution des problèmes posés par l'interaction du processus de négociation avec des règles présidant à la sauvegarde des droits de la défense.

B. Négociation et autres règles de droit

296. Interactions et protection. Dans l'optique d'une protection effective des individus renonçant à l'application de certaines garanties relevant des droits de la défense, il convient de prévoir au mieux les conséquences que pourraient avoir l'interaction de procédures négociées avec certaines règles de droit. En ce qu'elles s'appliquent essentiellement aux auteurs d'infractions relevant du domaine de la criminalité organisée, de dimension parfois internationale, il semble que les procédures basées sur l'incrimination d'autrui sont celles qui

¹³⁹³ R. BADINTER, in *Compte-rendu intégral des débats de la séance du 8 octobre 2003 relatif à la procédure de Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, disponible sur le site internet du Sénat. V. également la commission DELMAS-MARTY qui, tout en proposant la mise en place d'une procédure de plaider coupable en France, estimait « souhaitable de distinguer nettement audience sur la culpabilité et sur la peine », M. DELMAS-MARTY, *Rapport fait au nom de la commission justice pénale et droits de l'homme sur la mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1990, spéc. fiche n° 9.

¹³⁹⁴ *Compte-rendu des débats de la séance du mercredi 8 octobre 2003*, disponible sur le site internet du Sénat, www.senat.fr.

¹³⁹⁵ V. *infra* n° 475 et s.

illustrent le mieux les difficultés liées à ces éventuelles interactions, tant sur le plan interne qu'international.

1) Difficultés sur le plan international

297. Protection des repentis dans une perspective internationale, l'application du principe *non bis in idem*. Reconnu aussi bien sur le plan interne qu'international, le principe *non bis in idem* dispose que nul ne peut être poursuivi ou puni par les juridictions du même État, en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné¹³⁹⁶. Dès lors que les infractions permettant l'application de l'article 132-78 du Code pénal appartiennent au domaine de la criminalité organisée, il apparaît évident que la protection des repentis puisse s'étendre au delà des frontières.

Pourtant, la résolution du Conseil de l'Union européenne du 20 décembre 1996¹³⁹⁷ n'aborde pas le sujet. En effet, il est seulement énoncé que les États sont incités à faciliter l'entraide judiciaire dans le cadre de la lutte contre le crime organisé lors d'affaires impliquant des individus coopérant avec le système judiciaire. Il n'est donc pas tenu compte des difficultés pouvant surgir concrètement lorsque des arrangements et des mesures de protection sont mises en place avec des repentis qui appartenaient à des organisations criminelles internationales.

À l'heure actuelle, la seule protection dont peut bénéficier un repentis à l'étranger est celle qui découle du principe *non bis in idem*¹³⁹⁸. Toutefois, dès lors que les accords passés avec des criminels repentis peuvent logiquement varier d'un État à un autre, il apparaît difficile de mesurer à l'avance le « poids » de tel ou tel accord au regard de ce principe.

Sur ce point, un auteur¹³⁹⁹ a imaginé l'hypothèse selon laquelle des accords pourraient être passés avec des criminels dans un État, sans que cet État ne sache que ces derniers sont également poursuivis à l'étranger, et souvent pour la même infraction que celle qui donne lieu

¹³⁹⁶ Art. 7 Conv. EDH. V. également art. 54 de la Convention de Schengen ; art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 15 § 7 du Pacte international des droits civils et politiques ; art. 368 C.pr.pén.

¹³⁹⁷ J.O.C.E, Résolution du Conseil du 20 décembre 1996 relative aux collaborateurs à l'action de la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, n° C 010, 11 janvier 1997.

¹³⁹⁸ Dès lors que le juge chargé de contrôler l'accord entre le repentis et le parquet décide de le valider, la décision, au sein de laquelle l'accord est « absorbé », est revêtue de l'autorité de chose jugée, ce qui justifie ici l'application du principe *ne bis in idem*. V. *infra* n° 489 et s.

¹³⁹⁹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Les transformations du droit international en réponse au défi de la criminalité organisée*, RIDP, 1999, vol. 70, n° 1-2, p. 116 et s.

à l'accord. Dès lors, si un repentant se voit accorder une exemption de peine par les autorités d'un État A et qu'un État B veut le poursuivre pour la même infraction, quid de l'application du principe *non bis in idem* au regard de cet accord ?

Si on fait application du principe, du fait de l'accord passé par l'État A, cela conduit à l'impunité d'une personne coupable d'infractions graves à l'étranger, ce qui semble contestable. Cependant, il ne semble pas juste non plus de promettre l'immunité à un repentant qui coopère avec le système pénal, si celle-ci prend fin à la frontière.

298. Illustration concrète des interactions entre la procédure française et le principe *non bis in idem*. Dans le cadre du système français des collaborateurs de justice, deux hypothèses doivent être envisagées.

La première concerne la collaboration intervenant avant le jugement. Prévue à l'article 132-78 du Code pénal, cette hypothèse ne semble *a priori* pas exclure la poursuite du repentant à l'étranger pour les mêmes faits. Cela conduit à affirmer que le principe *non bis in idem* ne trouve pas à s'appliquer aux accords de collaboration intervenus au stade des poursuites. En d'autres termes, cela signifie que les accords passés avec les collaborateurs de justice ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée. Or, le bénéfice d'une exemption de peine proposée au stade des poursuites ne peut être octroyé qu'après contrôle de l'accord par une autorité juridictionnelle d'une part, et au terme d'un jugement prononçant effectivement cette exemption, d'autre part¹⁴⁰⁰. Cette décision étant revêtue de l'autorité de chose jugée, il semble que la garantie pour le repentant de ne pas être jugé une nouvelle fois pour les mêmes faits doit impérativement s'appliquer ici.

La seconde hypothèse recoupe la situation dans laquelle la conclusion de l'accord intervient postérieurement à la condamnation définitive (article 721-3 du Code de procédure pénale¹⁴⁰¹). Revêtue de l'autorité de chose jugée, la décision de condamnation paraît devoir garantir l'application de *non bis in idem*. Cela étant, aucune disposition dans la loi du 9 mars 2004 n'indique si le repentant peut faire l'objet ou non de la protection du principe lors de poursuites

¹⁴⁰⁰ V. *supra* n° 141 et *infra* n° 489 et s.

¹⁴⁰¹ L'article 721-3 C. pr. pén. prévoit que : « Une réduction de peine exceptionnelle, dont le quantum peut aller jusqu'au tiers de la peine prononcée, peut être accordée aux condamnés dont les déclarations faites à l'autorité administrative ou judiciaire antérieurement ou postérieurement à leur condamnation ont permis de faire cesser ou d'éviter la commission d'une infraction mentionnée aux articles 706-73 et 706-74. Lorsque ces déclarations ont été faites par des condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité, une réduction exceptionnelle du temps d'épreuve prévu au neuvième alinéa de l'article 729, pouvant aller jusqu'à cinq années, peut leur être accordée ».

qui serait engagées à son encontre dans un État sur la base des mêmes faits que ceux qui ont donné lieu à la collaboration en France.

299. Lacunes du système de recours aux repentis. Nous aboutissons donc au constat selon lequel, dans les cas de criminalité organisée transnationale, le recours aux systèmes des collaborateurs de justice ne doit pas être fait de façon unilatérale. Des instruments de coopération et de consultation doivent définitivement être mis en place entre les États. L'absence de disposition en la matière au sein des différentes conventions¹⁴⁰² émanant de l'Organisation des Nations unies ou du Conseil de l'Union européenne, et l'absence de projet en ce sens¹⁴⁰³, démontrent une construction lacunaire du système des collaborateurs de justice au niveau international et une délicate articulation de la négociation en la matière avec le principe *ne bis in idem*.

300. Application du principe *non bis in idem* dans les procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence. Alors que l'auteur¹⁴⁰⁴ d'une étude sur le droit de la concurrence et les procédures négociées souligne que l'application du principe *ne bis in idem* permet une protection efficace des entreprises collaboratrices, dès lors que la procédure est engagée au niveau de la Commission européenne, en raison de l'existence du réseau européen de la concurrence (REC)¹⁴⁰⁵, il apparaît que la solution diffère lorsque l'on se situe devant une autorité nationale. En effet, lorsque la décision de clémence émane d'une autorité nationale, le principe *ne bis in idem* ne semble pas s'appliquer¹⁴⁰⁶. Preuve en est lorsque par le biais de l'article L. 462-6 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence, après avoir infligé aux entreprises concernées des sanctions pécuniaires, transmet le dossier au procureur de la République pour la mise en œuvre des poursuites à l'égard des personnes physiques¹⁴⁰⁷. En effet, les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence ne s'opposent pas au prononcé

¹⁴⁰² Résolution du Conseil du 20 décembre 1996 relative aux collaborateurs à l'action de la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, n° C010, 11 janvier 1997, préc., Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme du 13 juin 2002, préc. V. également, Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, « *Convention de Palerme* », 15 novembre 2000, préc.

¹⁴⁰³ Décret n° 2014-346 intervenu le 17 mars 2014 relatif à la protection des personnes bénéficiant de réduction et d'exemption de peine n'envisage pas les difficultés relatives à l'application du principe *ne bis in idem*.

¹⁴⁰⁴ A. VIALFONT, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, préc., p. 177.

¹⁴⁰⁵ V. cependant les conclusions de Mme l'avocat général J. KOKOTT dans l'affaire C-17/10 *Toshiba Corporation*, CJUE, 8 sept. 2010 rapportée par D. BOSCO in *Quelle place pour le principe non bis in idem dans le Réseau européen de concurrence*, CCC, 2011, comm. 247.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ A titre d'exemple, v. Cass. crim. 17 juin 2009, Bull.crim. n° 125, CCC, 2009, comm. 228, obs. G. DECOCQ, D. 2009, p. 2034, obs. E. CHEVRIER.

d'une sanction pénale et réciproquement¹⁴⁰⁸. Justifiée par des intérêts juridiques protégés différents¹⁴⁰⁹, cette possibilité apparaît constituer une véritable entorse au principe *ne bis in idem*¹⁴¹⁰. Le principe de spécialité de la responsabilité des personnes morales ayant été aboli¹⁴¹¹, l'articulation des articles 121-2 du Code pénal et L. 420-6 du Code de commerce permet au juge pénal de sanctionner les personnes morales pour la commission des faits définis aux articles L. 420-1 et 420-2 du Code pénal, faits qui sont aussi de la compétence de l'Autorité de la concurrence comme le prévoit l'article L. 464-2 du Code de commerce.

À la suite de ce constat, il semblerait souhaitable que les autorités nationales s'engagent de manière coordonnée en vue de l'application du principe en question¹⁴¹².

2) Difficultés sur le plan interne

301. Protection des repentis en droit interne. C'est au titre XXI bis du Code de procédure pénale intitulé « Protection des personnes bénéficiant d'exemption ou de réduction de peines pour avoir permis d'éviter la réalisation d'infractions, de faire cesser ou d'atténuer le dommage causé par une infraction, ou d'identifier les auteurs ou complices d'infractions », que le législateur français a posé dans un article 706-63-1, les conditions et les types de protection pouvant être mis en œuvre pour un repentis.

¹⁴⁰⁸ Si l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose à l'Autorité de la concurrence, en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire de leurs décisions, cette autorité de la chose jugée ne s'oppose pas au prononcé de sanctions par l'Autorité de la concurrence, v. Aut. Conc. 26 janv. 2011, n° 11-D-02, RLC, 2011, p. 1807, obs. A. MEXIS.

¹⁴⁰⁹ Argument opposé par le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat : « Le principe *ne bis in idem* ne s'oppose pas au cumul des poursuites et des sanctions pénales et administratives, dans la mesure où l'institution de chacun de ces types de sanctions repose sur des objets différents et tend à assurer la sauvegarde de valeurs et d'intérêts qui ne se confondent pas ». V. Cons. Const. n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012 ; v. CE, 21 juin 2013 n° 345500.

¹⁴¹⁰ V. J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 156.

¹⁴¹¹ Art. 121-2 C. pén., modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

¹⁴¹² Sur ce point, v. A. GUINCHARD, *Matière pénale et cumul des sanctions, Vers un meilleur respect du principe non bis in idem ?* in Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 517, spéc. p. 518 : « La protection qu'offre *non bis in idem* au mis en cause contre la multiplication des poursuites ne peut dépendre du statut de l'autorité exerçant le pouvoir de répression, sous peine de perdre sa raison d'être. Cette protection ne peut être effective que si *non bis in idem* s'applique à tout contentieux répressif, indépendamment de la nature de l'autorité qui exerce le pouvoir de répression ». V. D. BOSCO, *Quelle place pour le principe non bis in idem dans le Réseau européen de concurrence*, préc. L'auteur souligne la nécessité pour le REC de repenser sa façon de fonctionner et d'adapter le principe *non bis in idem* aux particularités du contentieux de la concurrence. V. également *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport remis au ministre de la justice par le groupe de travail présidé par J-M. COULON, La Documentation française, 2008, p. 63. Le rapport propose de revenir à la répartition du contentieux répressif de la concurrence telle qu'elle existait avant la réforme de 2004, par l'introduction d'une exception à l'article 121-2 du Code pénal, ayant pour effet d'interdire au juge pénal de sanctionner les personnes morales.

La protection bénéficie aux repentis visés par l'article 132-78 du Code pénal, mais également aux membres de leur famille et à leurs proches. On constate déjà une inégalité avec les repentis envisagés à l'article 721-3 du Code de procédure pénale¹⁴¹³ puisque ceux-ci ne sont pas visés dans l'article 706-63-1 du même Code. De manière injustifiée donc, seuls les individus visés à l'article 132-78 du Code pénal bénéficient de cette protection.

Deux types de protection sont prévus : l'identité d'emprunt et des mesures de protection et de réinsertion. La décision d'autoriser le repentis à faire usage d'une identité d'emprunt est prise par ordonnance motivée du président du tribunal de grande instance¹⁴¹⁴. Concernant les mesures de protection et de réinsertion (qui peuvent également bénéficier aux membres de la famille et aux proches du collaborateur de justice), celles-ci sont définies par une commission nationale¹⁴¹⁵ sur réquisitions du procureur de la République. Celui-ci peut prendre d'office les réquisitions pour faire bénéficier le collaborateur de justice d'une protection, ou bien elles peuvent être sollicitées par le repentis ou son avocat qui saisira à cette fin, selon qu'il s'agit d'une demande d'identité d'emprunt ou d'une mesure de protection et de réinsertion, le président du tribunal de grande instance ou bien le procureur afin qu'il saisisse la commission.

Dans le but de renforcer l'efficacité du dispositif de protection, le législateur a également prévu à l'alinéa 3 de l'article 706-63-1 du code de procédure pénale que « *le fait de révéler l'identité d'emprunt d'un repentis sera puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende en l'absence de dommage corporel, de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende lorsque la révélation a causé une atteinte à l'intégrité physique des repentis, de leur conjoints ou enfants et ascendants directs et enfin de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende si l'en est résulté la mort d'une de ces personnes* ».

Sur ce point, on ne peut que souligner la prévenance du législateur à l'égard du fait que les organisations criminelles ou terroristes auxquelles appartenaient les repentis n'hésitent pas, à titre de représailles contre ces derniers et d'intimidation à l'égard d'éventuels futurs repentis, à s'en prendre à l'entourage proche.

¹⁴¹³ V. *supra* note de bas de page n° 1401.

¹⁴¹⁴ Circulaire CRIM 2004-13 G1 du 2 septembre 2004, préc.

¹⁴¹⁵ Commission nationale dont la composition et les modalités de fonctionnement devaient, au lendemain de la circulaire, être fixées par décret en Conseil d'État. Ce décret est finalement intervenu le 17 mars 2014, V. Décret n° 2014-346 relatif à la protection des personnes mentionnées 706-63-1 du Code de procédure pénale bénéficiant d'exemption ou de réduction de peine, articles 10 à 17.

302. Un dispositif largement perfectible. Néanmoins, la protection des repentis soulève de nombreuses questions quant à leur suivi pénal¹⁴¹⁶. En effet, en dépit du décret du 17 mars 2014 relatif à la protection des personnes bénéficiant de réductions et d'exemptions de peine, les promesses que les autorités peuvent faire posent dans la pratique des difficultés en matière d'inscription des condamnations et de récidive notamment, lorsqu'une identité d'emprunt est accordée.

Avec la loi Perben II, huit juridictions inter-régionales spécialisées ont été créées en France¹⁴¹⁷. Elles disposent d'outils spécialisés dans le cadre des infractions relevant de la criminalité organisée¹⁴¹⁸ tels que les sonorisations, les infiltrations, les informateurs et enfin les repentis. Ce n'est que depuis mars 2014 que le service interministériel d'assistance technique est habilité à créer des identités d'emprunts. Au delà de la question de la protection des personnes ayant fait l'objet de l'application de l'article 132-78 du Code pénal avant que le décret ne soit intervenu¹⁴¹⁹, le recours à une identité d'emprunt invite à s'interroger sur la manière dont l'état de récidive légale peut être constaté à l'égard d'un repentis.

Sur ce point, le décret n° 2004-346 prévoit que : « En cas de poursuite pénale à l'encontre d'une personne bénéficiant d'une identité d'emprunt, celle-ci est condamnée sous son identité d'emprunt. La condamnation est inscrite au casier judiciaire sous l'identité d'emprunt.

En cas de retrait de l'autorisation d'usage d'une identité d'emprunt, la personne est condamnée sous son identité réelle dès lors que le retrait intervient avant la décision de condamnation. Si la personne a fait précédemment l'objet de condamnations sous son identité d'emprunt, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris requiert le casier judiciaire d'inscrire ces condamnations sous l'identité réelle et de supprimer toute référence à l'identité d'emprunt »¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁶ Par exemple, les dispositions de l'article 706-58 du CPP qui permettent de recueillir, après autorisation du juge des libertés et de la détention, les déclarations d'une personne sans que son identité apparaisse dans le dossier de la procédure, ne peuvent être utilisées par les repentis. Le témoignage sous X n'est en effet utilisable que pour les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction.

¹⁴¹⁷ Ces juridictions inter-régionales spécialisées chargées des plus gros dossiers de délinquance et de criminalité organisées aussi bien en matière générale qu'économique et financière sont implantées à Paris, Lyon, Marseille, Lille, Rennes, Bordeaux, Nancy et Fort-de-France.

¹⁴¹⁸ Art. 706-73 et s. C. pr. pén.

¹⁴¹⁹ V. *supra* n° 222.

¹⁴²⁰ Art. 25 du décret n° 2004-346 du 17 mars 2014.

303. Des difficultés non résolues. Au terme de ces dispositions, il semble que les difficultés qui existaient avant la publication du décret ne soient toujours pas résolues. Outre le fait que seul le service interministériel auquel est dévolu la charge de créer les identités est susceptible de faire le rapprochement entre les identités d'emprunt et les identités réelles, force est de constater que ces dispositions ne permettent pas d'appréhender clairement les situations dans lesquelles la personne bénéficiant d'une identité d'emprunt sera ou non en état de récidive légale. Également, s'agissant du retrait de l'autorisation d'une identité d'emprunt, quels sont les motifs qui président à ce retrait ?

Enfin, aucune précision n'est apportée au sein du décret quant à la portée de cette identité d'emprunt en matière civile. S'agissant des droits patrimoniaux par exemple, si le repentis veut acheter un bien immobilier, on ne sait pas si celui-ci doit le faire sous l'identité d'emprunt ou sous l'identité réelle, en sachant que le retrait de l'autorisation d'usage de l'identité d'emprunt dont fait état le décret est susceptible d'engendrer un véritable casse-tête procédural. Quant aux droits extra-patrimoniaux, si le repentis a des enfants après avoir bénéficié d'une identité d'emprunt, cette identité est-elle celle qui leur est transmise ?

Autant de questions au regard desquelles la loi de 2004 et le décret de 2014 sont silencieux. Toutes ces interrogations auxquelles la Chancellerie n'adresse aucune réponse renvoient dès lors à l'existence d'un système inachevé, utilisé de façon très formelle et aléatoire, et dans l'incertitude la plus totale tant pour le repentis que pour les autorités en charge.

304. L'attractivité de la collaboration procédurale en question. Le système de protection des repentis fixé à l'article 706-63-1 du Code de procédure pénale apparaît donc plus que lacunaire. À l'instar du dispositif concernant le statut des collaborateurs de justice et les conditions d'octroi des récompenses pénales, l'introduction de mesures de protection semble s'être réalisée de façon imprécise, incohérente et sans évaluation préalable des conséquences de l'application de ces nouvelles dispositions. À terme, il est à craindre qu'une protection défaillante deviendra nécessairement une des causes de l'échec des procédures de négociation fondées sur l'incrimination d'autrui. À cet égard, une évolution du système de protection français dans le sens d'un rapprochement avec le dispositif américain apparaît relativement souhaitable.

305. Le dispositif de protection des repentis en droit américain. En effet, la protection des témoins¹⁴²¹ est apparue aux Etats-Unis dans les années soixante-dix sous la forme d'une procédure légale utilisable dans le cadre d'un programme de démantèlement d'organisations criminelles de type mafia. Face à la puissance de l'*omertà*, le premier programme de protection des témoins fut mis en place par le ministère de la justice américain¹⁴²². Aujourd'hui, c'est le programme WITSEC¹⁴²³ (*Witness Security Program*) qui protège physiquement les repentis, principalement en les réinstallant sous une nouvelle identité dans un lieu secret. Ce programme a été amélioré en 1984 par une loi relative au contrôle du crime global¹⁴²⁴ et est présenté aujourd'hui comme « l'essence de tous les programmes de protection des témoins »¹⁴²⁵. En effet, le WITSEC prévoit notamment une évaluation rigoureuse des risques que la réinstallation d'anciens criminels peut représenter pour le public, un fonds d'indemnisation des victimes de crimes commis par les repentis, la protection des droits des tiers, spécialement en ce qui concerne le remboursement des dettes du repentis et les droits de garde et de visite d'un parent non réinstallé ...

Au regard de l'existence aux États-Unis d'une administration qui semble entièrement dédiée à la protection des repentis, la prise en charge française de ces « anciens criminels » paraît insuffisante et contraire à l'objectif d'efficacité des dispositions prévues au sein de l'article 132-78 du Code pénal.

306. Nécessité d'un cadre juridique plus strict. Au terme de l'analyse portant sur la renonciation aux droits substantiels qu'emporte la mise en œuvre des procédures négociées, il apparaît que le processus de négociation ne bénéficie pas d'un encadrement et d'un contrôle suffisant ni efficace.

¹⁴²¹ La définition du témoin peut varier selon le système étudié. Aux fins de la protection, c'est la fonction du témoin en tant que personne détentrice d'informations importantes pour la procédure judiciaire ou pénale qui importe, plutôt que son statut ou la forme du témoignage. Aussi, selon l'Office des nations unies contre la drogue et le crime (UNODC), les témoins peuvent être classés en trois catégories : Les collaborateurs de justice (repentis), les victimes témoins et les autres types de témoins (passants innocents, experts et autres).

¹⁴²² V. F. MONTANINO, *Unintended victims of organized crime witness protection*, *Criminal Justice Policy Review*, vol. 2, n° 4, 1987, pp. 392- 408.

¹⁴²³ Prévu au sein de l'Organized Crime Control Act adopté le 15 octobre 1970. V. Title 18 USC, Crime and criminal procedure, Part. V Immunity of witness.

¹⁴²⁴ Le *Crime Control Act* du 12 Octobre 1984.

¹⁴²⁵ Rapport de l'UNODC sur les bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférents à la criminalité organisée publié en 2009. V. <http://www.unodc.org>.

L'étude du champ matériel de la renonciation, d'une part, ainsi que le manque de dispositions permettant d'assurer la protection des droits du renonçant, d'autre part, dénonce une construction lacunaire et désordonnée de cette étape du processus.

Enfin, les difficultés mises en lumière par l'interaction de certaines procédures avec d'autres règles de droit viennent accentuer le caractère perfectible de la négociation en matière pénale ainsi que la nécessité d'élaborer, par le biais de diverses modifications procédurales, un cadre juridique satisfaisant l'intérêt général au même titre que les intérêts individuels en présence.

Conclusion du Chapitre 2

307. Existence d'un formalisme dual. L'analyse de la négociation au regard des principes directeurs en matière pénale vient révéler l'existence d'un formalisme dual au sein de la justice pénale. Les objectifs fixés par le législateur lors de l'instauration des procédures étudiées apparaissent, en effet, difficilement conciliables avec l'application pleine et entière des principes relevant traditionnellement du procès équitable¹⁴²⁶. La diversification des procédures de traitement des délits introduit l'idée que le procès équitable de la Convention européenne des droits de l'Homme pourrait se décliner en plusieurs modèles au sein d'un même système de droit et pour un même type d'infractions¹⁴²⁷.

308. Inapplicabilité des principes liés au rituel. Aussi, le fonctionnement de la négociation passe par un aménagement nécessaire des principes processuels. Liés au rituel du procès traditionnel, l'éviction opportune de principes tels que le contradictoire et la publicité, doit être compensée par le respect de garanties impératives pour l'élaboration d'un cadre processuel minimal.

309. Articulation délicate entre négociation et droits attachés aux parties. Si la problématique des principes processuels et de la négociation semble se résoudre en terme d'aménagements, celle relative aux droits « substantiels » se révèle plus délicate en ce qu'elle implique la notion de renonciation, nous renseignant au passage sur le régime des droits fondamentaux en question.

Sans pour autant aboutir au constat selon lequel principes et droits fondamentaux n'auraient, pour la plupart, « aucun caractère absolu et seraient seulement tributaires des nécessités »¹⁴²⁸, l'émergence d'un « ordre public bis »¹⁴²⁹ permet toutefois de souligner l'existence d'une

¹⁴²⁶ Pour de plus amples développements sur le contenu de la notion et le lien entre cette notion et les droits de la défense, v. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., n° 110 et s.

¹⁴²⁷ J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 113.

¹⁴²⁸ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Les transformations dans l'administration de la preuve pénale*, préc., p. 177

¹⁴²⁹ C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 214, spéc. n° 426.

fracture de la procédure pénale entre un modèle garantiste et un modèle au sein duquel lesdites garanties ne servent que de contrepoids pour la légitimation d'un processus fondé sur un « nouvel utilitarisme de la règle juridique »¹⁴³⁰.

310. L'efficacité toute-puissante. Les procédures sont devenues des produits visant à permettre à la justice pénale de s'adapter à un objectif global quantitatif et à des objectifs plus précis de célérité, d'effectivité de la sanction et d'économie de l'audience¹⁴³¹. Limiter le jeu de la légitimité du processus de négociation à l'application de garanties purement procédurales – qui plus est en limitant ces mêmes garanties à un simple contrôle de régularité – serait atteindre les droits de l'homme dans leur existence¹⁴³². Face à une légalité des procédures en danger d'instrumentalisation, les modifications suggérées tentent de venir au secours d'un ordre des valeurs reposant, semble-t-il, sur le fragile équilibre entre réglementation effective et régulation efficace. En d'autres termes, l'invocation de considérations d'efficacité des procédures ne doit pas constituer un moyen par lequel l'État tenterait de s'exonérer à bon compte de ses responsabilités en matière de procès équitable¹⁴³³.

¹⁴³⁰ J-P. JEAN, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, préc., p. 473.

¹⁴³¹ J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, préc., p. 117.

¹⁴³² G. GIUDICELLI-DELAGE, *Les transformations dans l'administration de la preuve pénale*, préc., p. 187.

¹⁴³³ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, préc., p. 605.

Conclusion du Titre 2

311. Un processus perfectible. L'analyse des effets pénaux et procéduraux du processus de négociation a démontré que le législateur se trouvait moins « porté » par les exigences du procès que contraint par elles. D'apparences consensuelles, les modalités de la négociation en matière pénale témoignent en réalité d'une politique pénale incitative et d'une logique restrictive. En ce sens, il est possible de parler de volonté contrainte via la « valorisation excessive d'une issue »¹⁴³⁴.

312. Pour une lecture plurielle du procès. Malgré les imperfections évidentes du système, s'interroger sur la légalité de la négociation et tenter d'élaborer un cadre juridique satisfaisant des exigences indépendantes et souvent contradictoires implique de rejeter l'idée d'une lecture exclusivement univoque de la justice pénale. L'observation d'exemples étrangers, le constat d'impulsions internationales et européennes, le phénomène de mondialisation, et l'importation corrélative de conceptions autres que celles véhiculées en droit interne, sont autant d'éléments venant soutenir cette idée.

Condamner la négociation en matière pénale en raison de l'approche utilitariste qui la soutient, c'est oublier ce qui est précisément au cœur d'une démarche pluridisciplinaire et comparée : « que les sociétés produisent un répertoire fini de modèles formels qui se retrouvent à des époques et dans des cultures différentes »¹⁴³⁵.

Au contraire, tenter d'en faire un droit évoluant en tant que tel au sein d'un cadre juridique perfectionné, amène à concilier semble-t-il l'objectif de protection de l'intérêt général avec celui de promotion des libertés individuelles et des droits de la défense en satisfaisant des impératifs pragmatiques, le tout dans une logique d'interpénétration des systèmes juridiques occidentaux.

¹⁴³⁴ Expression empruntée à C. SEVELY-FOURNIE, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, 2010, p. 585, spéc. n° 477.

¹⁴³⁵ D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, 2010, p. 262.

Conclusion de la Partie I

313. Identification et critique. Parler de processus de négociation impliquait une double tâche. La première, identifier ces formes proliférantes de justice que l'on appelle négociée, et rechercher l'existence d'un schéma de fonctionnement qui leur soit commun. La seconde, porter un regard critique sur la manière dont ce processus, sous-tendu par un modèle procédural qui n'est pas le nôtre, s'intègre au milieu des carcans imposés par les principes directeurs propres à la matière pénale française.

314. Transformation du paysage procédural français. Derrière la logique du droit positif, l'étude des champs matériel et personnel de la négociation a permis de révéler l'entrecroisement de plusieurs logiques, dévoilant ainsi un paysage complexe.

Si la mondialisation et l'échange de solutions similaires pour la résolution de « crises » communes n'appellent, en soi, pas d'objections particulières, il convient de ne pas occulter le fait que lorsqu'il est question d'influences, les obstacles se situent en général à l'endroit de leur réception plus que là où elles ont leurs origines. En d'autres termes, alors que le système américain demeure inchangé dans sa structure, le système procédural français, en tant que récepteur de l'influence exercée par le modèle de *Common Law*, se trouve en revanche transformé.

Illustrée par la coexistence de deux circuits procéduraux parallèles et non exclusifs l'un de l'autre, la transformation du paysage procédural français s'observe principalement sur le terrain de la preuve.

Plus attaché au débat sur la preuve qu'à la preuve elle-même, le système procédural américain renvoie à une conception formelle de la vérité. Essentiellement fondées sur l'aveu, les différentes procédures négociées étudiées en droit français sont les témoins, à des degrés divers, de la diffusion de cette conception. Enfin, outre que ces procédures soulèvent des questions factuelles et normatives qui leur sont propres, elles semblent faire de la vérité du fait un produit malléable que les parties ajustent à la mesure de leurs intérêts.

315. Vers un droit commun du procès. Vecteur de différentes logiques procédurales, la jurisprudence de la Cour EDH et ses exigences en terme de procès équitable¹⁴³⁶, amènent à s'interroger sur le sens que peut encore avoir la typologie de l'accusatoire et de l'inquisitoire.

Dans le débat actuel sur la recherche d'un droit commun du procès¹⁴³⁷, l'imprégnation par le droit français d'une logique de négociation ainsi que les évolutions corrélatives du droit de la preuve invitent à rechercher un équilibre nouveau. Sans parler d'hégémonie d'un système sur un autre, le mouvement de rapprochement des droits doit permettre de dégager « des points de convergence entre les droits, des catégories irréductibles, qui se retrouveraient par-delà les frontières et offriraient les bases de principes communs »¹⁴³⁸.

Tenter d'élaborer un droit de la négociation n'est pas le signe d'une admiration sans borne vouée à un modèle qui n'est pas le nôtre, mais au contraire la marque d'une volonté d'aboutir à un modèle de régulation tout autant qu'à un modèle de développement¹⁴³⁹, reposant sur l'harmonieuse conjugaison de l'économie de marché et des droits de l'homme, de la concurrence et de l'intérêt général¹⁴⁴⁰.

316. Résultat de la négociation. Aux côtés d'une analyse de la mise en œuvre et de la légalité du processus, la tentative de définition d'un type de négociation – propre à la matière pénale – et en cohérence avec les préceptes du droit français, doit nécessairement s'accompagner de l'étude de son résultat. Partant, il convient désormais de s'interroger sur l'aboutissement du processus de négociation, et plus précisément sur la nature juridique de l'accord issu du consensus entre l'auteur de l'infraction et l'autorité répressive.

¹⁴³⁶ V. notamment, J-F. FLAUSS, *Les nouvelles frontières du procès équitable*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996 en la grande chambre de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant, p 81 et s.

¹⁴³⁷ V. S GUINCHARD et al, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, préc. ; H. MUIR WATT, et H. RUIZ FABRI, *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002, p. 159.

¹⁴³⁸ F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 847.

¹⁴³⁹ L. CADIET, *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité*, Arch. ph. dr., vol. 45 ; 2001, p. 115.

¹⁴⁴⁰ M. DELMAS MARTY, *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, D. 2000, p. 421 et s. ; V. également le Rapport intitulé : *Du modèle de régulation par l'État au modèle de régulation par le marché*, Ann. univ. Toulouse, t. XLV, 1997, pp. 129-136.

PARTIE II. LE RÉSULTAT DE LA NÉGOCIATION EN MATIÈRE PÉNALE

317. Consensualisme et accord. En tant que processus de dialogue et d'échange, la négociation fait apparaître deux traits caractéristiques : l'expression d'intérêts opposés, ou du moins distincts, et la recherche d'un accord. Ces deux éléments renvoient inévitablement à la figure du contrat.

Issu de la rencontre d'une offre – émanant le plus souvent de l'autorité répressive – et d'une acceptation de la part du mis en cause, cet accord de volontés, présenté comme la « quintessence du contrat »¹⁴⁴¹, serait ainsi la marque d'une justice pénale « contractualisée ». Considérée comme battant en brèche le monopole étatique de la contrainte légitime, la contractualisation de la répression ramènerait aux origines de la justice pénale et de la constitution de l'État, puisqu'avant de devenir la prérogative de l'État souverain, la justice a d'abord été affaire privée et négociée¹⁴⁴². La victime, ou sa famille, monnayait directement avec l'agresseur le prix de son offense. Ces « tarifs » furent ensuite fixés par la coutume et se dénommaient le *Wergeld*¹⁴⁴³, sorte de composition pécuniaire évaluée en sous d'or¹⁴⁴⁴. Ce n'est qu'à partir du XII^e siècle, lors du réveil de la royauté, que le système des compositions pécuniaires est dénoncé comme contraire à l'ordre public et violant la morale naturelle. Le droit de punir quitte ainsi la sphère de l'échange privé, de l'accord construit, pour s'inscrire dans le cadre de la loi pénale étatique¹⁴⁴⁵. Le consensualisme ne disparaît toutefois pas complètement, l'ordonnance criminelle de 1670 prévoyant le droit de transiger pour les

¹⁴⁴¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e éd., t. II, LGDJ, 1912, spéc., n° 944 : « (...) l'accord de volontés, c'est l'élément essentiel de tout contrat ».

¹⁴⁴² À l'époque de la vengeance privée, à côté de la loi du Talion, le mécanisme de la composition pécuniaire témoigne d'un accord des parties pour se soumettre à une loi commune afin de régler leurs différends d'ordre privé. À ce titre, l'obligation d'accepter une composition pécuniaire en contrepartie du dommage subi apparaît comme « la première expression du droit pénal ». V. J-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e ed. préc., p. 14. Le mot « pénal », dérivé du latin *poena*, désignait précisément la composition pécuniaire.

¹⁴⁴³ Le *wergeld* était dans les lois barbares, telle la loi franque, la somme qu'il convenait de verser, à titre de composition, lorsque l'on avait porté atteinte à l'intégrité physique ou morale d'autrui. V. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, in R. OTTENHOF (dir.), *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, éd. Érès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 34 et s.

¹⁴⁴⁴ À titre d'exemple, le meurtre d'un homme de 15 à 20 ans « coûtait » 150 sous, de 20 à 50 ans : 300 sous, un garçon de 4 à 6 ans : 80 sous. La somme était diminuée de moitié s'il s'agissait d'une fille. Pour une présentation précise de la composition pécuniaire, v. J-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., p. 95, spéc. n° 44 et p. 136, spéc. n° 63.

¹⁴⁴⁵ C. TEITGEN-COLLY, *La contractualisation de la répression*, in B. BASDEVANT – GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 58.

infractions mineures non assorties d'une peine afflictive et la Ferme générale en disposant dans des domaines comme l'imposition¹⁴⁴⁶.

318. Accord sans contrat. Préexistant ainsi à la justice publique, le consensualisme semble aujourd'hui coexister avec elle de manière accrue, plaçant l'accord - pilier du contrat - au centre du mécanisme répressif. Malgré l'absence de définition homogène, le phénomène dit de contractualisation s'appréhende de manière relativement aisée¹⁴⁴⁷. Cela étant, afin de mieux l'analyser¹⁴⁴⁸, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si l'accord qui s'illustre en matière pénale, révèle ou non l'existence d'un véritable contrat. *A priori*, affirmer avec certitude l'existence ou non d'un contrat semble difficile et peu adapté au phénomène de contractualisation, qui, tout au contraire, se situe dans une zone grise, là où toutes les certitudes s'évanouissent¹⁴⁴⁹.

En effet, le constat d'une justice pénale moins imposée et laissant davantage place au dialogue, doit-il amener à considérer qu'« après que le droit pénal ait voulu investir le contrat, le contrat est sur le point d'investir le droit pénal ? »¹⁴⁵⁰. Bien sûr, le consentement – devenu condition d'efficacité de la justice pénale – est aussi une condition nécessaire à la formation d'un contrat. Toutefois, encore faut-il que l'accord de volonté soit créateur d'obligations ou plus largement, si l'on identifie contrat à convention, créateur d'effets de droit¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁶ C. TEITGEN-COLLY, *La contractualisation de la répression*, préc., p. 60 ; M.N. BOUILLET et A. CHASSANG (dir.), *Dictionnaire universel d'histoire et de géographie*, 1878, v° *Ferme générale*, p. 657, consulté en ligne sur le site de la bibliothèque nationale de France ; v. également, M. REDON, *Transaction*, Rép. pén. Dalloz, 2011, dernière mise à jour mars 2013.

¹⁴⁴⁷ V. *supra* n° 51.

¹⁴⁴⁸ L'on pourrait aussi justifier le raisonnement par l'approche sémantique du mot « contractualisation », en tant que néologisme reposant sur le préfixe « contrat ».

¹⁴⁴⁹ S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2008, p. 5 et s.

¹⁴⁵⁰ J. LARGUIER, *Théorie des ensembles et qualification pénale*, in *Mélanges offerts à A. CHAVANNE*, 1989, p. 109. Pour une étude de l'appréhension du contrat par le droit pénal, V. E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011.

¹⁴⁵¹ Au terme de l'article 1101 du Code civil, le contrat se définit comme une convention génératrice d'obligations. Il résulte de cette définition que le contrat est une convention, c'est-à-dire un acte juridique formé par l'accord de deux ou plusieurs volontés individuelles et que toute convention, tout accord en vue de produire un effet juridique n'est pas un contrat, au sens strict du mot. En tant que générateur d'obligations, le contrat se singularise dans le cadre même des conventions. V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, p. 65, spéc. n° 49 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, 2012, p. 67, spéc. n° 79 et p. 68 spéc. n° 80 ; Selon ces auteurs, il faut comprendre que « convention et contrat ne s'opposent pas comme deux parties d'un même tout, mais comme le tout et la partie. Étant le genre, la première contient le second, qui est l'espèce : toute convention n'est pas un contrat, mais tout contrat est une convention ».

Il s'agit donc de ne pas confondre « contrat » avec toute forme d'accord de volonté, spécialement si celui-ci intervient dans un domaine où les parties ne sont pas maîtresses de leurs droits. Aussi, les notions de négociation, d'accord et de contrat n'apparaissent pas consubstantiellement liées : il existe des contrats qui n'ont donné lieu à aucune négociation et des négociations qui n'aboutissent à aucun contrat, soit que les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les termes d'un accord, soit que le champ de la matière ne soit pas propice à l'appréhension par le contrat¹⁴⁵².

319. Plan. C'est dès lors ici l'occasion de se saisir de la notion d'accord, en contournant le traditionnel rapprochement avec le contrat, afin de révéler les caractéristiques d'un concept évoluant désormais en dehors de son cadre civil naturel. Toute notion juridique, supposant « non seulement que l'on précise ses traits distinctifs, mais encore que l'on puisse lui rattacher un régime propre »¹⁴⁵³, nous placerons successivement l'analyse sur le terrain de la notion (Titre 1) et du régime (Titre 2) de l'accord dans le domaine répressif, afin de prévoir ou tenter de formuler des solutions valables pour l'avenir, et qui conforteraient la sécurité juridique des hypothèses de négociation en matière pénale.

Titre 1 : La notion d'accord en matière pénale

Titre 2 : Le régime de l'accord en matière pénale

¹⁴⁵² S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation*, préc., p. 62, spéc. n° 23. V. la notion de processus contractuel, V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : le contrat-le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, p. 616 et s.

¹⁴⁵³ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd. Dalloz, coll. Méthodes du Droit, 2012, p. 246, spéc. n° 192 ; v. également G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchretien, coll. Domat droit privé, 2007, p. 16. ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, série Études et Recherches, 1985, spéc. n° 143.

TITRE 1. LA NOTION D'ACCORD EN MATIÈRE PÉNALE

320. Diversité et unité. L'étude des différentes hypothèses de la négociation a permis d'identifier les acteurs de ce processus. Parmi ces derniers, l'autorité de poursuite et l'auteur de l'infraction se révèlent être des parties à un accord relativement peu analysé par la doctrine, sans doute en raison de l'imprécision qui le caractérise. En effet, si l'on connaît l'objet de cet accord, certaines zones d'ombre persistent quant à sa formation et tiennent pour partie à la diversité des domaines de la matière pénale au sein desquels s'inscrit la négociation. Si une homogénéité relative est de l'essence des notions, il n'est toutefois pas nécessaire de la pousser jusqu'à l'identité absolue¹⁴⁵⁴. Partant, la variation des caractéristiques de l'accord selon le domaine en cause, ne doit pas laisser penser à un défaut d'unité de la notion.

321. Existence d'un lien. Une fois scrutées les circonstances de la naissance d'une entente au sein de la procédure pénale, l'analyse des effets de l'accord appelle inévitablement à traiter du contrat par lequel – après la rencontre des mains – « les anneaux s'échangent »¹⁴⁵⁵. L'accord, élément assez vague dans sa formulation, permet en effet d'établir un lien entre contractualisation et contrat. Si le réflexe juridique conduit à rattacher l'accord au contrat, le caractère impératif de la matière pénale fait en revanche naître – presque intuitivement – l'idée d'un possible lien entre l'autorité de poursuite et le mis en cause, sans être toutefois le signe d'une aliénation. Si l'on admet donc l'existence d'un consensus, créateur d'un lien entre les acteurs du processus de négociation, il importe de définir ce lien et d'analyser la manière dont il s'établit.

¹⁴⁵⁴ R. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique, Bulletin de santé de la notion de service public, Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ?*, EDCE, 1960, p. 61 et s., spéc. p. 95.

¹⁴⁵⁵ M-A. FRISON-ROCHE, *Rapport de synthèse*, in *L'échange des consentements*, RJ com., 1995, numéro spécial, p. 153.

322. Plan. Aussi, avant d'envisager la qualification juridique de l'accord en matière pénale (Chapitre 2), il convient d'analyser les conditions de sa formation (Chapitre 1).

Chapitre 1 : La formation de l'accord en matière pénale

Chapitre 2 : La qualification de l'accord en matière pénale

Chapitre 1. La formation de l'accord en matière pénale

323. Définition. Le terme d'accord comporte une double dimension. Il peut d'abord s'agir de s'entendre sur quelque chose, illustrant une démarche commune. Il est également question d'obtenir l'accord de quelqu'un, revoyant alors à une décision acceptée¹⁴⁵⁶. Au sein des procédures de négociation en matière pénale, cette double dimension est plus que jamais illustrée. En effet, certaines hypothèses - telles que les procédures de clémence et de non-contestation de griefs devant l'Autorité de la concurrence, ou encore le système des repentis - sont le reflet d'une véritable démarche commune, tandis que la CRPC ou la composition pénale semblent relever davantage de la décision acceptée. Cela étant, ces alternatives au jugement traditionnel reposent pour l'ensemble sur un mécanisme calqué sur le schéma d'une convention : proposition, puis acceptation (ou refus)¹⁴⁵⁷.

324. Consentement contractuel et consentement substantiel. Cependant, dans le cadre des procédures évoquées, il s'agirait d'une rencontre de consentements substantiels et non pas contractuels. En effet, comme le souligne un auteur¹⁴⁵⁸, alors que le consentement contractuel est irrévocable et obéit à un régime bien précis, dans l'hypothèse d'une rencontre de consentements substantiels, la volonté peut ne porter que sur l'entreprise de la rencontre, sur la décision de s'entretenir¹⁴⁵⁹. C'est ici que l'on situe la différence entre l'accord, simple lien, et le contrat. Cela étant, pour se rencontrer, consentements contractuels et substantiels suivent le même schéma et doivent tout deux aller au devant les uns des autres. En cela, la démarche en matière pénale suit la logique de la matière civile : la « justice négociée¹⁴⁶⁰ » se manifeste par une offre (Section 1), suivie d'une acceptation (Section 2).

¹⁴⁵⁶ S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Le système français à l'ère de la contractualisation, synthèse générale*, préc., p. 50, spéc. n° 95.

¹⁴⁵⁷ C. AMBROISE-CASTEROT, *Le consentement en procédure pénale*, in *Mélanges offerts à J. PRADEL*, préc., p. 39.

¹⁴⁵⁸ Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, thèse, LGDJ, 2009, t. 502, p. 114, spéc. n°105.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ F. ALT-MAES, *La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité ?*, préc., p. 503.

Section 1. L'émission d'une offre par la partie poursuivante

325. Définition. En matière civile, l'offre se définit comme la « manifestation de volonté, expresse ou tacite, par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres la conclusion d'un contrat à certaines conditions »¹⁴⁶¹. Au sens technique, l'offre ne s'entend pas de n'importe quelle proposition de contracter. Elle est « la proposition ferme de conclure un contrat déterminé, à des conditions également déterminées »¹⁴⁶².

326. Invitation au dialogue. En matière pénale, l'offre émise à l'initiative de l'autorité de poursuite s'apparente bien à une proposition ferme¹⁴⁶³. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'irrévocabilité du choix procédural effectué par le parquet en matière de composition pénale¹⁴⁶⁴ et de CRPC¹⁴⁶⁵, conduit à rapprocher cette offre¹⁴⁶⁶ de la notion telle qu'entendue en droit des contrats¹⁴⁶⁷. Dès lors que la proposition du parquet a été acceptée par le délinquant, l'accord est scellé, le procureur ne peut plus modifier le cadre procédural de son action. À cet égard il est possible d'affirmer que « du consensualisme au contractualisme, la frontière n'a jamais semblée aussi mince »¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Offre.

¹⁴⁶² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 111, spéc. n° 132. V également Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les obligations*, 6^e éd. LGDJ, 2013, p. 226, n° 465 : « Elle est la proposition qu'il suffira que le sollicité accepte pour que le contrat soit conclu. Elle est plus qu'une invitation à entrer en pourparlers, moins qu'une promesse de contrat, même unilatérale » ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : le contrat-le consentement*, préc., p. 617, spéc. n° 840 : « L'offre se présente comme une manifestation unilatérale de volonté qui se destine, par le seul fait de son acceptation, à la conclusion d'un contrat ».

¹⁴⁶³ Exception faite de certaines procédures. En matière de clémence par exemple, le communiqué de procédure du 17 avril 2007 insiste sur le fait que ce sont les entreprises désireuses de bénéficier d'une mesure de clémence qui doivent approcher l'Autorité de la concurrence. L'offre de clémence qui émanera ensuite de l'Autorité aura donc été provoquée en premier lieu par l'entreprise délinquante. Le même cas de figure peut se retrouver à l'occasion de la procédure prévue à l'article 132-78 du Code pénal.

¹⁴⁶⁴ Cass. Crim., 20 nov. 2007, D. 2008. 1035, note Y. JOSEPH-RATINEAU.

¹⁴⁶⁵ Cass. Crim., 4 oct. 2006, D. 2007. Jur. 58, note P.-J. DELAGE ; AJ pén. 2007, 79, note J. LEBLOIS-HAPPE ; Rev. sc. crim., 2007. 118, note A. GIUDICELLI ; D. pén. 2007, Comm. n°45, obs. MARON ; Procédures 2007, Comm. n° 44, obs. BUISSON.

¹⁴⁶⁶ V. *contra*. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 473. L'auteur souligne que l'autorité publique ne manifeste pas de volonté, ne produit aucune offre, elle prend une décision. Dans le même sens, v. I. COLOMBANI, *La place du consensualisme en droit pénal français*, Thèse, Université Lyon III, p. 340. L'auteur adopte cette position à propos du sursis simple. Si l'argumentation témoigne d'une volonté d'exclure l'idée de l'existence d'un contrat au sein des modes de réponse pénale, l'analyse de la proposition de l'autorité de poursuite en tant qu'offre n'empêche pas pour autant d'aboutir à cette fin.

¹⁴⁶⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc. p. 111, spéc. n° 132 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : le contrat-le consentement*, préc., p. 617.

¹⁴⁶⁸ Y. JOSEPH-RATINEAU, *Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet*, D. 2008, p. 1035.

Si la proposition émanant de l'autorité de poursuite présente certaines qualités analogues à celles d'une offre de contracter, elle n'en est toutefois pas une. Naturellement dénuée de la circonstance qu'elle a été faite en vue de se lier contractuellement, cette proposition renvoie en réalité à une invitation à entrer en négociation. Rappelant la notion de *pourparlers*¹⁴⁶⁹, la phase au cours de laquelle une autorité répressive propose le déclenchement d'une procédure alternative au jugement traditionnel s'en distingue cependant, dès lors que son échec ne peut susciter aucun contentieux¹⁴⁷⁰. À l'orée du contrat cette offre n'aurait ainsi aucune valeur juridique¹⁴⁷¹. Il s'agit donc d'une proposition concernant le *quantum* de la peine applicable à un destinataire, qui, s'il l'accepte, devient partie à un accord - ineffectif en droit des contrats - mais possédant en revanche une certaine vigueur dans la sphère répressive.

Dépourvue des qualités tenant à la définition de l'offre en droit des contrats, cette proposition revêt toutefois des caractéristiques propres à la matière pénale. Aussi, pour mieux cerner la nature juridique de l'accord en matière pénale, il importe d'examiner successivement les modalités d'émission de l'offre (§1), son contenu (§2), ainsi que ses effets (§3).

§1. Les modalités d'émission de l'offre

327. Des critères facilitant la mise en œuvre de la négociation. Suivant le type de procédure consensuelle en cause, il est intéressant d'observer que les modalités selon lesquelles l'invitation à négocier se manifeste sont variables. De même, les autorités disposent d'une marge de manœuvre dans le temps qui semble s'accroître. En ce que l'étude du moment et des modalités de l'offre apporte un éclairage sur le degré de « contractualisation » de la matière pénale, il convient d'analyser en quoi les différents stades de la procédure auxquels une offre peut être émise (A), ainsi que les formes que cette dernière peut prendre, permettent une mise en œuvre facilitée de la négociation (B).

¹⁴⁶⁹ V. B. LASSALLE, *Les pourparlers*, RJJ, 1994, p. 825 ; D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 637.

¹⁴⁷⁰ Le caractère d'ordre public de la matière pénale induit nécessairement que l'échec des négociations ne peut être source d'aucune responsabilité, contrairement à la matière civile. Sur ce point, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, préc., p. 200 et s., spéc. n° 185 ; B. DE CONINCK, *Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles*, in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, LGDJ, Bruylant, 2002, p. 15 et s.

¹⁴⁷¹ Y. GUENZOU, *L'accord en matière pénale*, préc., p. 115, spéc. n° 106.

A. Le moment d'émission de l'offre

328. Le temps du *bargain*. Aux États-Unis, dans la majorité des procédures des États fédérés, l'offre de négociation sur la peine intervient juste avant la mise en accusation (*Arraignment*). C'est en effet lors de cette audience que l'accusé a le choix entre différents *pleas*¹⁴⁷². Traditionnellement, sa décision résulte d'une négociation ayant eu lieu au préalable avec la poursuite. Toutefois, la procédure de *plea bargaining* n'étant, pour l'essentiel, « ni standardisée, ni réglementée »¹⁴⁷³, il n'est pas rare que l'offre d'entrer en négociation intervienne plus tard dans le processus pénal. En effet, il se peut que les autorités de poursuite, peu enclines à faire des concessions au départ, mais finalement confrontées à des preuves de culpabilité insuffisantes¹⁴⁷⁴, décident d'entrer en négociation avec la défense. Dès lors, un accusé qui aurait d'abord plaidé non coupable, peut tout à fait se raviser, et plaider coupable au terme d'un accord pouvant intervenir jusque pendant les délibérations du jury, juste avant l'annonce du verdict, voire après¹⁴⁷⁵. Si faute d'unanimité ou de majorité¹⁴⁷⁶, le jury ne parvient pas à une décision sur la culpabilité, et en dépit des incitations du juge à retourner en délibération et à parvenir à un accord¹⁴⁷⁷, le procès est annulé (*Mistrial*) et les parties sont dans la même position que s'il n'avait pas eu lieu. C'est à cette occasion qu'une

¹⁴⁷² V. *supra* n° 12 et s.

¹⁴⁷³ J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 237, spéc. n° 511.

¹⁴⁷⁴ Et également en raison de considérations purement électorales. En effet, élu dans l'immense majorité des États, l'offre de concessions présente de nombreux intérêts pour le *prosecutor*. Outre le fait qu'il n'a pas à livrer de preuves au juge ni au jury et n'a donc pas à justifier de leur admissibilité ni de leur existence, la culpabilité est assurée sur le plan judiciaire et il peut présenter à ses électeurs un « taux » flatteur de condamnations, argument essentiel dans une campagne électorale. V. J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 237, spéc. n° 508. Pour une étude approfondie des objectifs de « maximisation de la majorité électorale » du procureur américain, v. H. W. PERRY, Jr, *Deciding to decide : Agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, pp. 5-8.

¹⁴⁷⁵ Comme la procédure américaine est scindée en deux phases distinctes, l'une consacrée à la détermination de la culpabilité et l'autre à la fixation de la peine, le procureur peut décider de négocier avec l'accusé, soit avant toute détermination judiciaire de la culpabilité, soit entre l'audience sur la culpabilité (*trial*) et l'audience sur la peine (*sentencing*). Toutefois il importe de préciser que dans le premier cas, il s'agit bien d'un *plea bargaining*, mais dans la seconde hypothèse ce n'est pas exactement le cas puisque le procureur négocie avec un accusé qui a déjà été déclaré coupable. L'accord ne porte donc plus, à ce stade, que sur la promesse du procureur de s'engager à requérir une peine qui tienne compte de la contribution de l'accusé à l'enquête par exemple.

¹⁴⁷⁶ En matière fédérale le verdict de culpabilité ou d'innocence doit être rendu à l'unanimité, alors qu'en matière étatique (sauf lorsque la peine de mort est encourue) elle n'est pas requise, et la règle en général observée est celle de la majorité des trois quarts. V. www.uscourts.gov. Dernière consultation le 20/06/14 ; W. BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, St Paul, Minn., éd. WEST, 2006, p. 350 et s. ; D.G. BURNETT, *A Trial by Jury*, New York, 2001.

¹⁴⁷⁷ Lorsqu'un jury est incapable d'atteindre un verdict, le juge peut adresser au jury une « *Allen Charge* », du nom de l'affaire où un jury reçut, pour la première fois, des instructions très fermes de la part d'un juge. V. Cour suprême des États-Unis, *Allen vs United States*, 164 US 492, 1896. Ces instructions sont encore appelées « *Dynamite charge* ». Aujourd'hui, le juge doit inciter le jury à parvenir à un accord, sans pour autant que l'un des jurés doive renoncer à son opinion en son âme et conscience. L'injonction permise au juge ne doit pas être coercitive au point de menacer le jury de le séquestrer jusqu'à ce qu'un verdict soit atteint. V. J.-J. WARD, *The danger of deadlock, coercion in the courtroom*, The Florida Bar Journal, May, 2000, Vol. LXXIV, n° 5 ; J. TOWNSEND, *Allen Charges Issues, Jurors, you can /must decide*, Ann. Rev. Crim. Proc. 2011, pp. 594-599.

ultime offre de négociation peut être formulée à l'encontre de l'accusé, permettant ainsi d'éviter un nouveau procès.

En France, à la différence de la procédure américaine, la proposition d'entrer en négociation ne peut intervenir à tout moment de la procédure. Là où le système américain laisse au justiciable la possibilité de réfléchir plus longtemps sur l'opportunité de choisir la voie du plaider coupable et qu'un changement de cap, à tout instant de la procédure, est possible, le système français enserme ce choix dans un cadre temporel relativement restreint. Une fois sorti de ce cadre, l'alternative « circuit imposé / circuit négocié » n'est plus possible. Dans la pratique, cela incite davantage la personne mise en cause à choisir la voie de la négociation. Ainsi, qu'il s'agisse des procédures de droit pénal commun ou de droit de la concurrence, l'offre ne peut intervenir qu'à deux stades dans le circuit procédural français : au moment des poursuites devant le procureur (1) et à l'issue d'une instruction (2).

1) Au stade des poursuites devant le procureur

329. Offre émanant du procureur. Si la nature de la composition pénale fait encore débat¹⁴⁷⁸, il est en revanche possible d'affirmer sans équivoque que celle-ci se déroule devant un organe de poursuite. Répondant davantage au vocable de « poursuite alternative »¹⁴⁷⁹ plutôt qu'à celui d'« alternative aux poursuites »¹⁴⁸⁰, la composition pénale est en effet subordonnée à un aveu de culpabilité de la part de l'auteur de l'infraction, recueilli par le ministère public¹⁴⁸¹. De manière similaire, mais pour un domaine infractionnel largement étendu depuis la loi du 13 décembre 2011¹⁴⁸², la proposition d'une CRPC émane du procureur de la République dans le respect des dispositions de l'article 132-24 du Code pénal, c'est-à-

¹⁴⁷⁸ V. *supra* n° 69 et s.

¹⁴⁷⁹ v. A. BUREAU, *Le principe d'indisponibilité de l'action publique*, Thèse, Poitiers, 2010, p. 376. L'auteur parle d'un « quasi mode de poursuite » ; Ph. MILBURN, C. MOUHANNA, V. PERROCHEAU, *Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale*, Arch. pol. crim., n° 27, 2005, p. 164 : « La composition relève en réalité de quasi poursuite (elle n'est pas susceptible d'appel) comportant une sanction effective et une inscription au casier judiciaire » ; « La composition pénale n'est pas une alternative aux poursuites mais un mode d'exercice des poursuites », v. V. COURTALON, Vice-procureur, Secrétaire générale au parquet de Lille, Discussion lors de la conférence du 25 nov. 2005, *La contractualisation : évolution ou mutation du droit pénal*, organisé par B. de LAMY.

¹⁴⁸⁰ L'exacte notion invoquée lors de la création de la composition pénale était « alternative au classement », v. A. BUREAU, *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale*, Arch. pol. crim. 2005, n° 27, p. 125, spéc. p. 128 et s. Elle sera ensuite qualifiée « d'alternative aux poursuites renforcées » dans la circulaire CRIM.04-3/E5-16-03-04 du 16 mars 2004, p. 7.

¹⁴⁸¹ Sous réserve des cas dans lesquels la proposition intervient pendant la durée de la garde à vue de l'auteur des faits.

¹⁴⁸² Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

dire selon le principe de personnalisation des peines en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'auteur.

Ainsi, une fois l'exigence procédurale de l'aveu de culpabilité remplie, c'est bien le procureur qui, à l'occasion de ces dernières procédures, formule une offre allant dans le sens d'une discussion sur la peine¹⁴⁸³.

2) Au stade de l'instruction

330. Offre formulée lors de l'instruction. En raison de la nature des infractions que le législateur encourage à dénoncer à travers les procédures décrites aux articles 132-78 du Code pénal et L. 464-2 III et IV du Code de commerce, l'offre d'une négociation sur la peine émane nécessairement des autorités chargées de l'instruction. En effet, relevant – pour l'essentiel¹⁴⁸⁴ – du domaine de la criminalité organisée, les infractions, dont les peines se marchandent au prix de la dénonciation¹⁴⁸⁵, font l'objet d'une enquête menée par un juge d'instruction¹⁴⁸⁶ ou par les services qui y sont dédiés¹⁴⁸⁷.

Vouée en premier lieu à la rationalisation des poursuites de « petits délits » et autres infractions de masse, la procédure de CRPC peut désormais être ordonnée par un magistrat instructeur. En effet, la loi du 13 décembre 2011¹⁴⁸⁸ a corrélativement ouvert la possibilité pour un juge d'instruction, sous certaines conditions, d'ordonner non pas le renvoi devant le tribunal correctionnel, mais en comparution pour reconnaissance préalable de culpabilité¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸³ Ces discussions sont implicitement évoquées au sein des textes. En effet, il est intéressant d'observer que dans la circulaire CRIM. 04-12-E8 du 2 septembre 2004 (JUS-D-04-30176C) le point 2.2.3 insiste d'une part, sur l'absence de négociation en précisant que le choix de la peine peut s'effectuer sans tenir aucun compte des observations éventuelles de l'avocat, mais d'autre part, énonce que seule la peine finalement proposée par le ministère public doit figurer sur le PV de présentation, et non la peine proposée dans un premier temps, avant que l'autorité ne soit convaincue de modifier sa position.

¹⁴⁸⁴ V. *supra* n° 91 et s.

¹⁴⁸⁵ Si la procédure de non contestation des griefs n'a pas été conçue sur un système de dénonciation, l'article L. 464-2 III précise bien que les griefs sont notifiés par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence.

¹⁴⁸⁶ Art. 132-78 C. pén.

¹⁴⁸⁷ Art. L. 464-2 C. com.

¹⁴⁸⁸ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Cette loi élargit le domaine d'application de ce qu'un auteur appelle le *plea bargaining* à la française, v. J. PRADEL, *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*, préc., p. 475.

¹⁴⁸⁹ Art. 180-1 C. pr. pén : « Si le juge d'instruction estime que les faits constituent un délit, que la personne mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue, il peut, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, du mis en examen et de la partie civile, prononcer par ordonnance le renvoi de l'affaire aux fins de mise en œuvre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément à la section 8 du chapitre 1er du titre II du livre II ». Afin de favoriser le recours à cette nouvelle possibilité, la circulaire du 20 mars 2012 relative à la loi sur la répartition des contentieux, précise que le juge, au

Aussi, bien que l'on puisse noter un élargissement du champ d'application des diverses procédures étudiées quant aux infractions et, de manière logique, le retrait de la possibilité de négocier des seules mains du procureur, la négociation en matière pénale française apparaît enfermée dans un intervalle relativement sécurisant pour la suite de la procédure. Révélant les limites de la théorie selon laquelle la CRPC est le résultat d'un transplant du *plea bargaining* américain, l'existence d'un cadre temporel circonscrit démontre que la nature de la procédure pénale française reste inchangée¹⁴⁹⁰. Partant, il semble raisonnable de penser que ni la poursuite, ni la défense ne pourront un jour, en France, entamer des négociations sur le *quantum* de la peine la veille d'un jugement devant le tribunal correctionnel¹⁴⁹¹.

L'étude du moment auquel l'offre d'entrer en négociation est émise a permis de rendre compte du cadre temporel dans lequel le processus de négociation s'inscrit. Il convient désormais d'envisager le cadre formel, et plus précisément la manière dont se manifeste cette offre.

B. La forme de l'offre

331. Les manifestations de l'offre. Dans la majorité des hypothèses de négociation en matière pénale, l'offre d'une peine négociée en échange d'un aveu de culpabilité relève de l'initiative de l'autorité en charge de la poursuite de l'infraction. Néanmoins, il est des cas dans lesquels l'auteur du comportement illicite est lui-même à l'origine du déclenchement de la procédure. Loin de signifier que le délinquant est alors seul maître du déclenchement de la

cours de l'instruction, pourra, même dès l'interrogatoire de première comparution, demander à l'intéressé qui reconnaît les faits s'il est favorable à un renvoi aux fins de CRPC. Le ministère public peut, dans son réquisitoire introductif, indiquer qu'il ne s'oppose pas à un renvoi aux fins de CRPC, sans que cela exige à ce stade une proposition de peine.

Le texte facilite ainsi largement le recours à la CRPC dans le cadre d'une information judiciaire. Publication au BO n° 2012-03 du 30 mars 2012.

¹⁴⁹⁰ Par opposition à la construction procédurale américaine, résolument « participative », le développement d'un processus de négociation dans la procédure pénale française n'altère pas son appartenance aux systèmes dits « hiérarchiques ». Sur l'origine et le contenu de la distinction entre système hiérarchique et système participatif, v. note de bas de page n° 623, v. également F. GIRARD, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, préc., p. 49, spéc. n° 12 et n° 13.

¹⁴⁹¹ Il convient toutefois d'évoquer ici la possibilité offerte aux individus, dont la collaboration est intervenue au stade de l'exécution de la peine, de bénéficier d'une réduction de peine. En effet, pour ces repentis « tardifs », l'article 721-3 du Code de procédure pénale prévoit qu'« une réduction de peine exceptionnelle, dont le quantum peut aller jusqu'au tiers de la peine prononcée, peut être accordée aux condamnés dont les déclarations faites à l'autorité administrative ou judiciaire postérieurement à leur condamnation ont permis de faire cesser ou d'éviter la commission d'une infraction (...) ».

négociation, ces cas de figures révèlent en revanche que l'offre à son encontre peut être expresse (1) ou tacite (2).

1) Une offre expresse

332. L'offre de composition pénale et de CRPC. Au terme de l'article 41-2 du Code de procédure pénale, le ministère public propose une mesure punitive à l'auteur des faits qui reconnaît sa culpabilité. Illustrant la mise en œuvre d'une « option légale »¹⁴⁹² ainsi que la consécration du principe d'opportunité des poursuites, cette offre se concrétise de manière verbale en présence de l'intéressé et de son avocat.

Alors que l'offre de déclenchement d'une procédure de CRPC ne semble pouvoir être faite que par le procureur de la République¹⁴⁹³, l'offre de composition pénale peut émaner d'un substitut, d'un délégué du procureur ou encore d'un officier de police judiciaire¹⁴⁹⁴. Aussi, si la proposition d'une composition pénale peut donc se réaliser de manière écrite lorsqu'elle est faite par un intermédiaire, en pratique, elle est exprimée oralement par le procureur de la République à l'attention de l'auteur des faits, avant de se matérialiser dans un procès-verbal signé par les deux parties, une fois l'accord entériné.

333. L'offre de non-contestation des griefs en droit de la concurrence. En application de l'article L. 461-4 du code de commerce, l'Autorité dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie. Ces services procèdent aux investigations et les agents habilités qui en font partie disposent de larges pouvoirs d'enquête. Parmi les attributions du rapporteur général, il est prévu dans le Code de commerce que celui-ci procède à la notification aux entreprises concernées des griefs et du rapport d'instruction¹⁴⁹⁵. À cette occasion, et dès lors que la pratique anticoncurrentielle entre dans le champ d'application de la procédure négociée, le rapporteur général doit faire état aux destinataires de la faculté qui leur est offerte par l'article L. 464-2 du Code de commerce¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹² X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 540, spéc. n° 694.

¹⁴⁹³ V. art. 495-7 C. pr. pén qui prévoit la comparution obligatoire du prévenu devant le procureur sans envisager la possibilité de déléguer cette fonction.

¹⁴⁹⁴ La Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 ayant abrogé la disposition qui prévoyait qu'« à peine de nullité la proposition ne peut intervenir pendant la durée de la garde à vue de l'auteur des faits ». V. *supra* n° 66 et s.

¹⁴⁹⁵ Art. L. 450-6 et s. C. com.

¹⁴⁹⁶ Art. L. 464-2 III du Code de commerce qui prévoit la procédure de non-contestation des griefs.

L'offre de négocier se manifeste donc ici expressément de manière écrite. À l'instar des procédures en droit commun, si l'ensemble des conditions relatives à la mise en œuvre de cette procédure sont réunies¹⁴⁹⁷ et que le rapporteur général estime que les discussions ont abouti à des résultats satisfaisants, l'accord avec l'organisme ou l'entreprise en cause est consigné dans un procès-verbal.

Alors que ces procédures sont différentes, l'étude des caractères de l'offre dans chacune de ces modalités du processus de négociation met en évidence des points communs relatifs notamment au mode d'extériorisation par écrit. S'agissant des procédures dont la mise en œuvre repose sur aveu incriminant autrui, la forme de l'offre se révèle différente.

2) Une offre tacite¹⁴⁹⁸

334. Les procédures reposant sur la dénonciation. Au terme de l'article 132-78 du Code pénal retenant deux niveaux d'indulgence à l'égard d'un repentant¹⁴⁹⁹, il est intéressant d'observer que la procédure de mise en œuvre d'un dialogue et d'un échange de « bons procédés » trouve cette fois son origine dans le comportement du dénonciateur. En effet, c'est la personne qui a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit, qui avertit l'autorité administrative ou judiciaire. Cette initiative lui permet de négocier par la suite le *quantum* de sa peine. De la même manière, dans le cadre de la procédure de clémence devant l'Autorité de la concurrence¹⁵⁰⁰ – avant toute poursuite à son encontre et avant même que l'entente secrète ou le cartel ne soient connus des services de l'Autorité de la concurrence – c'est l'entreprise partie à la pratique anticoncurrentielle qui va initier le déclenchement d'une négociation sur sa peine¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁷ V. *supra* n° 99.

¹⁴⁹⁸ Le terme tacite est ici retenu par opposition au caractère de l'offre qui s'illustre dans les procédures analysées au préalable et qui procède du comportement des autorités de poursuites destiné à porter la proposition d'entrer en négociation à la connaissance du mis en cause. Lorsque ce sont les auteurs de l'infraction qui viennent porter la preuve du comportement illicite à la connaissance des autorités, on considère que l'offre de négocier est tacite parce qu'elle est sous-entendue par l'usage des articles qui prévoient ce type de procédure. Plus simplement, l'offre de la part des autorités de poursuites est tacite en ce qu'elle n'implique pas d'initiative de leur part.

¹⁴⁹⁹ L'alinéa 1 de l'article 132-78 ne prévoit une exemption de peine que si l'infraction prévue ne s'est pas réalisée tandis que l'alinéa 2 vise la réduction de peine au bénéfice de l'auteur d'une infraction entièrement consommée. V. *supra* n° 84 et s.

¹⁵⁰⁰ V. *supra* n° 96.

¹⁵⁰¹ La présentation d'une demande de clémence suppose nécessairement que l'entreprise informe l'Autorité, premièrement, de la nature et du champ matériel, géographique et temporel de l'entente visée par cette demande, deuxièmement, de sa propre responsabilité dans cette entente et, troisièmement, de l'identité des autres entreprises ou organismes auteurs des pratiques en cause, v. Adlc. n° 13-D-12 du 28 mai 2013.

Contrairement aux procédures de CRPC, composition pénale et non-contestation de griefs, force est de constater ici que l'initiative d'une future discussion repose totalement sur l'auteur de l'infraction. Toutefois, cette configuration parmi les procédures de négociation ne fait pas de ce dernier l'auteur d'une offre de négocier, qui serait ensuite acceptée par les autorités de poursuite. Si la personne coupable émet une offre, elle ne correspond pas au terme tel qu'il est entendu en droit civil. Il s'agit d'une offre de preuve, plus précisément d'une démarche visant à collaborer avec les autorités en réponse à l'offre légale de récompense. À la différence des procédures reposant sur un aveu auto incriminant, l'offre de négocier et, en suivant, l'offre d'une peine modulée ou supprimée, sont présumées par les textes régissant les hypothèses de négociation par la dénonciation¹⁵⁰². C'est donc de manière tacite que les autorités de poursuites émettent une offre de dialogue à l'encontre de tout dénonciateur potentiel¹⁵⁰³.

L'ensemble des procédures repose donc sur une offre d'entrer en négociation mais celle-ci s'extériorise de manière différente que la procédure en cause repose sur un aveu de culpabilité ou sur la dénonciation de la culpabilité d'autrui. Outre les modalités relatives à la forme de l'offre, la spécificité de l'accord en matière pénale s'illustre particulièrement à l'égard du contenu de cette offre.

§2. Le contenu de l'offre

335. Caractéristiques du choix de la poursuite. L'étude des sanctions susceptibles d'être effectivement appliquées à l'auteur d'une infraction ayant bénéficié d'une procédure négociée – en France comme aux États-Unis – permet de nuancer l'idée selon laquelle les autorités de poursuite disposent d'un large pouvoir discrétionnaire concernant la peine à requérir au terme de l'accord avec le mis en cause. La liberté dans le contenu de l'offre est en effet nécessairement conditionnée par le caractère d'ordre public de la matière dans laquelle cette

¹⁵⁰² Art. 132-78 C. pén. et Art L. 464-2 IV C. com.

¹⁵⁰³ V. site internet de l'Autorité de la concurrence : « Si votre entreprise participe ou a participé à une entente entre concurrents, elle peut échapper à une sanction élevée en dénonçant cette infraction. Elle agit ainsi dans son propre intérêt. En effet, ne pas prendre l'initiative de dénoncer une infraction dont elle a connaissance l'exposerait à un double risque : celui de l'action d'un tiers (une entreprise concurrente, un ancien salarié...) qui viendrait dévoiler l'infraction à l'Autorité de la concurrence, et celui d'une enquête menée à l'initiative de l'Autorité.

L'immunité totale d'amende s'applique à l'entreprise qui est la première à s'adresser à l'Autorité de la concurrence, d'où l'intérêt d'agir sans tarder ». V. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

offre se manifeste. Dès lors, si le ministère public dispose d'un large éventail de sanctions (A), son choix est relativement restreint lorsqu'il s'agit de déterminer leur *quantum* (B).

A. Diversité des sanctions susceptibles d'être proposées

336. Événail de sanctions. Afin d'appréhender de manière globale l'étendue des sanctions à la disposition des autorités de poursuite au sein des différentes hypothèses de négociation, il semble opportun d'en rendre compte sous forme de tableau. Les sanctions susceptibles d'être proposées sont présentées en lien avec les procédures de négociation mises en œuvre.

Tableau des sanctions¹⁵⁰⁴ :

Type de procédure	Articles	Sanctions possibles		
Composition pénale	41-2 CPP	Répressives	Préventives	Thérapeutiques
		Amende : 41-2 1° Dessaisissement : 41-2 2° Remise véhicule/permis : 41-2 3°,4°, 5° Travail non rémunéré : 41-2 6° Réparation : 41-2 al.2	Formation organisme sanitaire ou social : 41-2 7° Interdiction d'émettre des chèques : 41-2 8° Interdiction de lieux : 41-2 9° Ne pas rencontrer la victime : 41-2 10° Ne pas rencontrer co-auteurs ou complices : 41-2 11° Interdiction de quitter le territoire : 41-2 12° Eloignement domicile conjugal : 41-2 14° Insertion professionnelle : 41-2 16°	Stage de citoyenneté : 41-2 13° Prise en charge sanitaire ou psychologique : 41-2 14° Réhabilitation et sensibilisation éthylotest : 41-2 4° bis 1506 Sensibilisation usage stupéfiants : 41-2 15° Injonction thérapeutique : 41-2 17°
CRPC	495-8 CPP	Amende ou peine privative de liberté Une ou plusieurs des peines complémentaires encourues		
Recours aux repentis	132-78 CP	Alinéa 1 : exemption Alinéa 2 : peine privative de liberté		
Non-contestation des griefs	L. 462-4 III C. com	Sanction pécuniaire		
Clémence	L. 462-4 IV C. com	Exonération totale ou partielle : sanction pécuniaire		

Cette palette de sanctions à la disposition des autorités de poursuite correspond, pour l'essentiel, aux peines qui sont susceptibles d'être prononcées par les juridictions de jugement. Si la qualification juridique change à l'égard des mesures de composition pénale, il ne s'agit que d'un « nouvel habit pour des sanctions pénales déjà connues »¹⁵⁰⁷. Le juge

¹⁵⁰⁴ Les articles en gras sont des mesures pouvant être également proposées aux mineurs, V. art. 7-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 auxquelles il faut ajouter l'accomplissement, lorsque le mineur est âgé de plus de seize ans, d'un contrat de service en établissement public d'insertion de la défense mentionné aux articles L. 130-1 à L. 130-5 du Code du service national.

¹⁵⁰⁵ Les dispositions prévues à l'article 41-2 14° ont été enrichies par la loi n° 2014-373 du 4 août 2014 de mesures visant à davantage prendre en compte l'avis et la protection de la victime lorsqu'il est question d'infractions commises soit contre un conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre les enfants ou ceux du conjoint, concubin ou partenaire. V. Art. 50 de la Loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes.

¹⁵⁰⁶ La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 (art. 35) a rajouté une mesure à l'article 41-1 en instituant un 4° bis portant sur l'obligation, si le procureur l'estime opportun, pour la personne faisant l'objet d'une composition pénale de : « Suivre un programme de réhabilitation et de sensibilisation comportant l'installation à ses frais d'un éthylotest anti-démarreur sur son véhicule, pour une période minimale de six mois et maximale de trois ans ».

¹⁵⁰⁷ P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, préc., p. 640 et v. *supra* n° 70.

comme le parquetier peuvent donc prononcer des décisions au contenu similaire¹⁵⁰⁸, conduisant de façon problématique à une perte de spécificité de ces voies dites « alternatives ». Concernant les procédures devant l’Autorité de la concurrence, l’analogie doit être relevée. Le rapporteur général dispose en effet désormais du pouvoir de décision qui appartenait auparavant au président de l’Autorité¹⁵⁰⁹, si bien qu’il résulte de l’instauration du processus de négociation en la matière, un réaménagement du fonctionnement interne de l’Autorité et corrélativement, une incontestable amélioration de la position du rapporteur général au sein de celle-ci¹⁵¹⁰. De la sanction pécuniaire à la mesure de prévention en passant par la peine privative de liberté, quelle que soit l’autorité chargée de mettre en œuvre les poursuites, l’étendue du choix relatif à la sanction est considérable.

B. Détermination du quantum de la peine

337. Limites au choix discrétionnaire de la peine. Si l’adoption des diverses procédures négociées en matière pénale a conféré au ministère public une place centrale au sein du système répressif - faisant parfois naître l’idée d’un véritable pouvoir discrétionnaire à l’égard du montant de la peine prononcée – il importe de souligner l’existence de directives, codifiées ou non, venant largement encadrer le processus de détermination de la peine qui sera ensuite soumise à l’aval d’une autorité juridictionnelle. Ces limites au pouvoir du parquet existent tant en France qu’outre-Atlantique.

Lorsqu’est évoqué le fonctionnement du *plea bargaining* sur ses terres d’origine, il est aisé de déceler l’opinion selon laquelle il n’existe aucune restriction sur le *quantum* de la peine susceptible d’être prononcée à l’issue de l’accord. Or, il convient ici de rappeler qu’il existe aux États-Unis un système sévère de peine obligatoire établi dans le cadre de la lutte contre la récidive¹⁵¹¹. À titre d’exemple, la loi applicable aux récidivistes, inspirée des règles du *base*

¹⁵⁰⁸ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, thèse, Dalloz, 2012, p. 86.

¹⁵⁰⁹ Art. L. 463-2 et L. 463-4 C. com.

¹⁵¹⁰ V. *supra* n° 126 et note de bas de page n° 614 ; L. IDOT et C. LEMAIRE, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France. L’autorité de la concurrence en France*, JCP G, 2009, I, p. 125, n° 31 qui observent que : « si les fonctions d’enquête, d’instruction et de décision sont à présent toutes regroupées au sein de l’Autorité, une nouvelle répartition interne des tâches est opérée au profit du rapporteur général » ; C. VILMART, *Naissance de l’Autorité de la concurrence, une réforme fondamentale mais inachevée*, JCP E, 2009, p. 1077, n° 40, préc., « Il résulte (...) un accroissement considérable des prérogatives du Rapporteur général (...) ».

¹⁵¹¹ J. CEDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, préc., p. 270 ; A.W. ALSCHULER, *Sentencing reform and prosecutorial power : A critique of recent proposals for « fixed » and « presumptive » sentencing*, 126

*ball*¹⁵¹², prévoit que toute personne condamnée à trois reprises pour des crimes ou délits, se voit automatiquement condamnée à une peine calculée entre un minimum de vingt-cinq ans d'emprisonnement et la peine capitale, quelle que soit l'importance du délit. Également, depuis 2004, vingt-six États, ainsi que le système fédéral punissent la seconde récidive de la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de vingt cinq ou trente ans¹⁵¹³. À ces règles, il faut ajouter que le système de barème de peine (*sentencing guidelines*), existant aux États-Unis depuis trente ans, réduit considérablement la marge de liberté des autorités dans la détermination de la peine¹⁵¹⁴.

Cet encadrement du choix du montant de la peine applicable se retrouve en France au travers des textes régissant respectivement chaque procédure de négociation d'une part (1), et de barèmes identiques, pour l'essentiel, à la pratique américaine d'autre part (2).

1) Les limites légales

338. Relativité de l'obstacle à la liberté de choix du parquet. Dans le cadre de la composition pénale, l'amende de composition est indéniablement la mesure phare de l'article 41-2 de Code de procédure pénale¹⁵¹⁵. Réduisant ainsi l'importance d'une étude des limites fixées pour chaque sanction susceptible d'être proposée, il convient de centrer l'analyse sur l'amende de composition, à laquelle le parquet « recourt de manière quasi systématique »¹⁵¹⁶. La loi du 23 juin 1999¹⁵¹⁷ introduisant la composition parmi les réponses pénales prévoyait

University of Pennsylvania Law Review, 1978. V. également US Sentencing Commission, Special report to the Congress : Mandatory Minimum penalties in the federal criminal justice system, US Government Printing Office, 1991.

¹⁵¹² « *Three strikes and you are out* ». Appliquée à la matière pénale, cela signifie : « Trois infractions et vous êtes hors-jeu ». Les *Three Strikes Laws* furent édictées par le Congrès américain dans les années 1990 en réponse à la vague de criminalité traversant le pays à cette époque. V. sur ce point C. CLAVERIE-ROUSSET, *L'habitude en droit pénal*, LGDJ, 2014, p. 317, spéc., n° 495 et s.

¹⁵¹³ V. J. CALLANAN, *Feeding the fear of crime : Crime related media and support for Three Strikes*, Scholarly Publishing LLC, 2005, p. 43.

¹⁵¹⁴ V. *supra* n° 210.

¹⁵¹⁵ J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 175, n° 195.

¹⁵¹⁶ S. GRUNVALD et J. DANET, *La composition pénale. Une première évaluation*, éd. L'Harmattan, 2005, p. 58 ; v. également le Rapport d'information n° 17 (2005-2006) de M. F. ZOCHEZTTO fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 12 octobre 2005, *Juger vite, juger mieux* ; Au terme d'une analyse des chiffres de la justice des éditions 2003 à 2013, la composition pénale affiche un taux d'utilisation par les parquets en augmentation 11, 1 % en 10 ans avec des pics entre 2005 et 2006 (+26 %), 2007 et 2008 (+12,5 %). V. *Les chiffres clés de la justice*, éditions 2003, 2006, 2007, 2009, 2013.

¹⁵¹⁷ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

que le montant de cette amende « ne peut excéder ni 25 000 F (soit 3750 euros¹⁵¹⁸), ni la moitié du maximum de l'amende encourue », le tout fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne. Lors de l'élargissement du champ d'application de la composition pénale par la loi du 9 mars 2004¹⁵¹⁹, ce plafond a été supprimé. Aussi, le montant de l'amende susceptible d'être proposé à l'auteur des faits dans le cadre d'une composition pénale a aujourd'hui un plafond identique à celui prévu par le texte d'incrimination. Partant, l'article 41-2 alinéa 1 CPP illustre finalement une latitude très importante laissée au procureur. On ne peut que s'interroger sur le sens de ce « déplafonnement », cette absence de limite n'apparaissant, en outre, pas très cohérente avec le caractère incitatif que cette poursuite alternative est censée revêtir à l'égard du mis en cause. Aussi, à l'heure actuelle, le seul frein (*a minima*) à la liberté du parquet dans la détermination de la sanction se trouve dans les consignes contenues au sein de la circulaire du 11 juillet 2001, lesquelles rappellent que la somme devra être « sensiblement inférieure à celle qui aurait pu être prononcée à titre de peine »¹⁵²⁰.

Si la composition pénale ne constitue pas – au terme de ce dernier constat – un bon exemple des limites légales imposées au ministère public dans la détermination du *quantum* de la peine, les autres procédures étudiées semblent en revanche pouvoir corroborer cette idée.

En matière de CRPC, l'article 495-8 CPP limite la peine proposée à une durée d'un an, sans pouvoir excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue¹⁵²¹. Dès lors, si le procureur a la possibilité de requérir une ou plusieurs peines principales ou complémentaires, celles-ci devront respecter la réserve énoncée. En revanche, dans le cas où le choix du procureur porte sur une peine d'amende, à l'instar de l'amende de composition, son plafond est identique à celui de l'amende prévue pour l'infraction en cause¹⁵²².

Ainsi, le choix du procureur dans la détermination du *quantum* de la peine n'est véritablement encadré que lorsque la peine susceptible d'être proposée est privative de liberté. Cette

¹⁵¹⁸ Montant issu de l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, JORF du 22 sept. 2000, p. 14877.

¹⁵¹⁹ Art. 71 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁵²⁰ Circulaire CRIM-01-14/F1 du 11 juillet 2001 relative à la présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la Loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001. Ramenée aux critiques formulées à l'encontre de la nature des mesures applicables lors d'une composition pénale, il apparaît que la limite n'en soit pas réellement une. V. *supra* n° 70.

¹⁵²¹ La proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité déposée au Sénat le 2 octobre 2013 proposait dans son article 2 de supprimer cette disposition. La commission des lois est revenue sur cette suppression en 1^{ère} lecture, considérant qu'elle pouvait être interprétée comme supprimant une garantie essentielle pour le prévenu. V. proposition de loi n° 13 proposée par M. J. MEZARD.

¹⁵²² Art. 495-8 al. 3 C. pr. pén : « Lorsqu'est proposée une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur à celui de l'amende encourue. Elle peut être assortie du sursis ».

variation du cadre dans lequel peut s'exécuter ce choix apparaît d'une part, regrettable et incohérente avec l'idée de consensus traditionnellement affiliée à ces procédures d'autre part, contraire à la garantie essentielle du prévenu qu'une limite à l'arbitraire du procureur représente lors des négociations. À ces différentes critiques il faut ajouter le fait que contrairement à la procédure américaine, l'accord entre le parquet et l'auteur des faits ne peut être modifié par l'autorité juridictionnelle¹⁵²³. De là, l'insertion de limites concrètes au choix du ministère public relatif au montant des sanctions pécuniaires apparaît impératif et se retrouvent d'ailleurs dans le système des repentis.

339. Limites réelles dans la détermination du *quantum* de la peine. En matière de collaborateurs de justice, l'article 132-78 du Code pénal enferme le choix du procureur ou du juge d'instruction dans une option simple. L'article prévoyant en effet deux niveaux de clémence selon le moment auquel s'est manifesté le repentis, la proposition se limite soit à une exemption, soit à une réduction de moitié de la peine encourue. Il est à noter qu'à la différence des procédures de composition pénale et de CRPC, la réduction s'applique tant sur la peine privative de liberté que sur la sanction pécuniaire encourue.

Enfin, concernant la négociation prévue à l'article L. 464-2 III du Code de commerce, il apparaît qu'au terme de la procédure de non-contestation des griefs, le rapporteur général ne peut proposer que la moitié du montant maximum de la sanction encourue¹⁵²⁴. Si le contrevenant est une entreprise, le montant maximum s'élève à 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre¹⁵²⁵. Dans le cas contraire, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros.

Si ces dispositions ne semblent pas laisser une grande marge de manœuvre au rapporteur concernant la proposition de peine à faire à l'Autorité de la concurrence¹⁵²⁶, il faut souligner que dans la pratique, ce cadre ne constitue pas nécessairement une garantie pour l'auteur de la

¹⁵²³ La proposition n° 13 déposée le 2 octobre 2013 portant réforme de la CRPC proposait à l'article 3 de permettre au juge du siège de diminuer la peine proposée par le procureur de la République et acceptée par le prévenu. Sur ce point encore, la commission, estimant qu'une telle modification risquerait de déstabiliser l'équilibre des rôles entre les magistrats du parquet et ceux du siège, a préféré ne pas modifier le droit en vigueur. V. W. ROUMIER, *La commission des lois adopte une proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : de l'art de réécrire un texte !* D. pén., décembre 2013, veille n° 60, p. 3.

¹⁵²⁴ Par exemple, v. Cons. Conc. Déc. n° 03-D-10, 20 fév. 2003, n° 50 et 51.

¹⁵²⁵ V. *Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la procédure de non contestation des griefs*, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence, dernière consultation le 10 août 2014.

¹⁵²⁶ V. O. DUFOUR, *Des sanctions déterminées dans la transparence*, Petites Affiches, 31 mai 2011, n°107, p. 4.

pratique anticoncurrentielle¹⁵²⁷. À la différence des procédures de composition pénale et de CRPC, l'accord entre l'auteur et l'autorité de poursuite est susceptible d'être modifié par l'Autorité de la concurrence qui reste souveraine dans la détermination de la sanction. Elle peut en effet revoir à la hausse le montant initialement conclu avec le rapporteur général¹⁵²⁸ et dispose également d'une certaine liberté dans la fixation du taux de réduction de la peine qui sera finalement accordée à l'entreprise. À titre d'exemple, un taux de réduction d'amende de 10 % est appliqué dans les situations dans lesquelles l'entreprise renonce à contester la qualification juridique, l'imputation des griefs et la matérialité des faits, tout en ne voulant pas prendre des engagements allant au-delà d'un programme de conformité minimum¹⁵²⁹. Dans le cas inverse, le taux de réduction peut atteindre 25 à 30%¹⁵³⁰.

340. Des limites apparentes. La marge de manœuvre du rapporteur apparaît en revanche relativement peu restreinte à propos de la procédure de clémence décrite au sein au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Celui-ci peut en effet proposer une « exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues par une entreprise qui, avec d'autres, a mis en œuvre une pratique prohibée (...) avant de contribuer à établir la réalité de ladite pratique et à identifier ses auteurs (...) ». Le terme « exonération partielle » ne laisse pas supposer de cadre précis pour la détermination du montant qui sera effectivement proposé. L'auteur de la pratique anticoncurrentielle se trouve donc dans une certaine incertitude lors des négociations¹⁵³¹.

2) Les limites issues de la pratique

341. Incidences du traitement en temps réel. Aux côtés des limites légales, parfois abstraites, apposées au caractère discrétionnaire du choix du parquet, la multiplication des

¹⁵²⁷ V. P. ARHEL, *Le rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Petites Affiches, 27 oct. 2010, n° 214, p. 6 ; O. DUFOUR, *Le calcul des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles suscite le débat*, Petites affiches, 2 déc. 2010, n° 240, p. 3 ; R. SAINT-ESTEBEN, *Réflexions sur le rapport sur la sanction des pratiques anticoncurrentielles*, RLDA, déc. 2010, p. 39.

¹⁵²⁸ E. CLAUDEL, *Rapport sur la détermination des sanctions : la réflexion est lancée*, RTD com., 2011, p. 70.

¹⁵²⁹ Outre la non-contestation, l'article 464-2 III du Code de commerce prévoit que l'entreprise peut s'engager à modifier son comportement pour l'avenir. Ce type d'engagement est pris en compte également dans la fixation du montant de la sanction. V. Ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008, art. 2-XI.

¹⁵³⁰ B. LASSERRE, *La non-contestation des griefs en droit français de la concurrence : bilan et perspectives d'un outil pionnier*, accessible sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr ; C. PRIETO, *Tenants et aboutissants de la méthode retenue par l'Autorité de la concurrence*, RDLC, 2011, n° 3, p. 54.

¹⁵³¹ Sur ce point, v. D. ROSKIS, CH-M. DOREMUS, *Vers plus de prévisibilité et de transparence*, CCC, 2011, Étude n° 11.

circuits de la réponse pénale, associée à la pression en faveur d'un traitement rapide des procédures, a engendré une tendance à la rationalisation et à l'automatisation des modalités de prise de décision. La doctrine du traitement en temps réel¹⁵³², diffusée depuis la fin des années 1990¹⁵³³ au sein des juridictions françaises¹⁵³⁴, a poussé à l'apparition, dans les services du parquet, de normes de pratiques visant à systématiser et à uniformiser la réponse aux affaires présentées. Fer de lance de la systématisation d'une réponse pénale rationalisée, les procédures de négociation ont conduit au développement exponentiel de barèmes non officiels¹⁵³⁵, de « mémentos qui indiquent aux magistrats la suite à donner aux affaires dans toute une gamme de situations répertoriées¹⁵³⁶ ».

Ces règles de pratique s'imposent plus que jamais dès lors que le parquet choisit de déclencher des procédures telles que la composition pénale ou la CRPC. S'écartant sensiblement du principe d'individualisation des peines¹⁵³⁷, l'utilisation de ces barèmes conduit les magistrats à raisonner en terme d'abscisse et d'ordonnée, faisant de la performance le cœur du traitement des affaires pénales.

342. Lignes directrices. En matière de répression des infractions d'abus de position dominante et d'entente illicite par l'Autorité de la concurrence, le recours aux procédures de non-contestation de griefs et de clémence a également conduit à l'élaboration de barèmes permettant une application standardisée et équitable des pourcentages de réduction d'amende à l'encontre des entreprises coupables d'entrave au libre jeu de la concurrence¹⁵³⁸.

¹⁵³² Le traitement en temps réel (TTR) constitue un schéma organisationnel standardisé qui consiste pour le parquet, à apporter une réponse judiciaire immédiate en déclenchant, sans délai, le traitement d'une affaire élucidée portée à sa connaissance par les services de police au moyen d'un compte rendu téléphonique, v. C. ETRILLARD, *Des relations du ministère public avec la police judiciaire en France : étude du traitement en temps réel des procédures pénales*, Revue internationale de criminologie et de police scientifique, n° 3, 2003, vol. LVI, pp. 277-294 ; B. BRUNET, *Le traitement en temps réel : la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale*, Droit et société, 1998, n° 38, p. 91-107.

¹⁵³³ En 1998, la Commission des finances du Sénat a rendu un rapport faisant état des difficultés de l'appareil judiciaire à gérer les flux de dossiers. V. H. HAENEL, *Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, Commission des finances, rapport d'information n° 513, 1997-1998 disponible sur le site du Sénat. C'est dans ce contexte que le TTR fait son apparition. V. J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, éd. FOLIO, 2006, p. 127.

¹⁵³⁴ B. BASTARD, C. MOUHANNA, *L'urgence comme politique pénale ?*, Arch. pol. crim., n° 28, 2006, p. 153.

¹⁵³⁵ En fonction des statistiques relatives aux types d'infractions les plus fréquemment commises dans une juridiction, les parquets mettent en place des barèmes officieux. Par exemple, au sein d'une juridiction où le pourcentage d'infractions relatives à la conduite sous l'emprise d'un état alcoolique est élevé, des barèmes de calcul de la peine en fonction du taux d'alcoolémie sont mis en place.

¹⁵³⁶ B. BASTARD, C. MOUHANNA, *L'urgence comme politique pénale ?*, préc., p. 161.

¹⁵³⁷ V. *supra* n° 209 et s.

¹⁵³⁸ V. Rapport de M. CLAIR, *Pour un développement de la culture de la concurrence*, consultation sur la procédure de non contestation de griefs et sur les programmes de conformité, 2011, Commission du commerce et des échanges de la Chambre du commerce et de l'industrie, disponible sur internet sur le site de la Chambre du commerce et de l'industrie.

En effet, les principes posés par l'article L. 464-2 du Code de commerce ont été considérés comme étant trop généraux et ne permettant pas suffisamment de prévisibilité par rapport à la sanction encourue¹⁵³⁹. Sous l'égide des impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique¹⁵⁴⁰, l'Autorité de la concurrence – dans un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires¹⁵⁴¹ – a ainsi présenté les principaux aspects de sa pratique décisionnelle en matière de sanctions pécuniaires telle que celle-ci s'est développée sous le contrôle juridictionnel de la Cour d'appel de Paris, elle-même placée sous celui de la Cour de cassation. Ce communiqué s'inspire de la méthode suivie par la Commission européenne en matière de fixation des amendes pour la répression des pratiques anticoncurrentielles¹⁵⁴², et reprend pour l'essentiel les mécanismes de calculs développés dès le début du XX^e siècle¹⁵⁴³ par la section *Anti trust* des *Sentencing Guidelines* américaines¹⁵⁴⁴.

L'Autorité de concurrence a donc dû se conformer à l'utilisation de « guides pratiques »¹⁵⁴⁵ permettant une détermination de la sanction dans le respect des principes généraux du droit¹⁵⁴⁶. Il importe néanmoins de souligner que l'incitation à la dénonciation¹⁵⁴⁷ et à la

¹⁵³⁹ Il a été souligné le caractère incertain et insuffisamment incitatif du calcul de l'amende dans le cadre d'une procédure de clémence, v. Rapport de la mission FOLZ sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, à la demande de l'ex ministre de l'économie et des finances Mme. C. LAGARDE, La documentation française, 2010, p. 31. Toutefois, le critère d'une amende calculée en pourcentage du chiffre d'affaires a été considéré comme n'étant pas, en lui-même, inconstitutionnel, v. Décision n° 2012-280, QPC du 12 octobre 2012, Société groupe canal plus et autre (Autorité de la concurrence, organisation et pouvoir de sanction) ; V. également, décision n° 2013-341, QPC du 27 septembre 2013, M. Smaïn Q et autre (Majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation), cons. n° 7 : Sur la question de prévisibilité, v. P. BEAUVAIS, *Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des Cours européennes*, Arch. pol. crim., 2007/1, n° 29, p. 5. L'auteur parle de prévisibilité « synchronique », qui consiste pour le justiciable à pouvoir prévoir les conséquences juridiques de ses actes à partir du droit existant.

¹⁵⁴⁰ Sur ce point v. CA Paris, RG 2009/00334 du 19 janv. 2010 réformant une décision du Conseil de la concurrence pouvant illustrer un manque de prévisibilité et de sécurité juridique dans le mode de calcul des amendes. Déc. n° 08-D-32 du 16 décembre 2008, *Affaire du négoce de l'acier*. Cet arrêt a mis en évidence une divergence d'approche majeure entre l'Autorité de la concurrence et la CA de Paris dans le mode de calcul des sanctions. La Cour d'appel a ainsi réduit les amendes prononcées par l'Autorité de 575 millions à 75 millions d'euros. V. également CA Paris, 29 septembre 2009 *Ets Mathé SA* RG 2008/12495 ; 6 mai 2008, affaire dite du « ciment corse » RG 2007/06172 ; 2 octobre 2007 *EST et STPV* RG 2006/12253 ; 26 juin 2007 affaire dite « des parfums Guerlain, Givenchy, Shiseido... » RG 2006/07821.

¹⁵⁴¹ Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 16 mai 2011, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence. Dernière consultation, janvier 2014.

¹⁵⁴² Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, §2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, JO C 210 du 01.09.2006.

¹⁵⁴³ V. *supra* note de bas de page n° 464.

¹⁵⁴⁴ Pour un exposé précis des mécanismes de calcul et des différents critères mis en œuvre, v. le *Federal Sentencing Guidelines Manual, Chapter two : Offense conduct, Part R : Antitrust offenses*, 2011, disponible sur internet. V. http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/2r1_1.htm.

¹⁵⁴⁵ Article *Concurrence : les sanctions en question*, paru le 17 janvier 2011 dans le journal *le Figaro*.

¹⁵⁴⁶ J. DANIEL, *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, thèse, préc., p. 287.

collaboration étant de l'essence des procédures prévues à l'article L. 464-2 III et IV du Code de commerce, l'idée d'un barème rigide et de calculs trop mécaniques doit nécessairement être rejetée.

En ce sens, Bruno Lasserre affirmait que « si la sanction doit être prévisible, elle ne doit pas l'être entièrement pour garder son caractère dissuasif. Si les entreprises savent exactement à quelle sanction elles s'exposent, elles se livreront à un calcul rationnel et optimiseront leur comportement en conséquence. La sanction doit donc conserver une part de mystère »¹⁵⁴⁸. Une totale prévisibilité apparaît dès lors contreproductive.

343. L'alliance du prévisible et de l'incertain. Au terme de l'analyse du contenu de l'offre émise par les autorités de poursuite à l'égard des auteurs de comportements infractionnels ainsi que des enjeux présidant à la détermination de la sanction, il semble que les questions de prévisibilité et de sécurité juridique se posent de manière équivoque dans le domaine des procédures négociées. Alors que l'on aurait pu penser que le dialogue supposé par le recours à la négociation viendrait en renfort de l'individualisation de la sanction, la pratique démontre au contraire que l'efficacité et la rapidité du processus passe par le calcul et l'automatisme des décisions relatives à la peine. Également, si en droit pénal la prévisibilité de la sanction permet de promouvoir la mise en œuvre des procédures de négociation, elle apparaît en revanche contreproductive en droit de la concurrence, révélant ainsi l'ambiguïté du recours à la négociation. La dimension incitative de ces procédures conduit à rechercher un équilibre entre le caractère dissuasif et prévisible de la sanction, tout en laissant exister une marge de manœuvre conséquente dans sa détermination. Sans perdre de vue les impératifs liés au respect du principe de légalité des peines¹⁵⁴⁹, la pratique de la négociation en matière pénale

¹⁵⁴⁷ La synthèse du rapport annuel d'activité de l'Autorité de la concurrence pour 2013 présente la procédure de clémence comme « une garantie pour les entreprises de ne pas se faire doubler et une bonne façon de tourner la page ! », v. le site internet de l'Autorité de la concurrence :

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/synthese2013web.pdf>.

¹⁵⁴⁸ Voir l'audition de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, par la Commission des affaires économiques du 23 juin 2010, compte rendu n° 78.

¹⁵⁴⁹ Article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et article 49 §1 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Le principe de légalité des peines est également reconnu par la Cour de justice comme garantie légale fondamentale dans les États membres : CJCE, 7 janvier 2004, Aff. C-60/02, *Procédure pénale c/ X*, pt 63. Cela étant, ce principe n'interdit pas un certain degré d'imprécision et une large marge de manœuvre laissée aux autorités : CJUE, 17 juin 2010, aff. C-413/08, *Lafarge SA contre Commission européenne*, n° 95 ; M. HERZOG-EVANS, *Le principe de légalité en procédure pénale*, Petites affiches, 1999, n° 156, pp. 4-13.

révèle que l'évolutivité et l'imprécision sont désormais des critères qui font partie intégrante du « droit mis en barème »¹⁵⁵⁰.

§3. Les effets de l'offre

344. L'offre sans l'acceptation. Si, traditionnellement, la question des effets de l'offre est inséparable de la notion d'acceptation, la volonté de saisir les enjeux relatifs aux effets ainsi qu'à la qualification de la proposition émanant d'un magistrat du parquet commande de s'intéresser aux effets propres de celle-ci, à sa portée, indépendamment de l'acceptation. Dès lors, il convient dans un premier temps de s'intéresser aux effets de l'offre sur l'action publique (A), avant d'envisager, dans un second temps, la question de sa valeur (B).

A. Les effets de l'offre sur l'action publique

345. Questions de prescription. Quel que soit le domaine au sein duquel la négociation est à l'œuvre, la proposition émanant de l'autorité de poursuite a pour effet d'interrompre l'action publique. Si ce constat permet, entre autre, de soutenir l'idée selon laquelle la composition pénale est un mode de poursuite¹⁵⁵¹, il est aussi le révélateur d'une certaine homogénéité des procédures de négociation sur ce point.

En droit pénal commun, la proposition de peine émise dans le cadre des procédures de composition pénale et de CRPC et lors d'un recours aux collaborateurs de justice intervient au stade des poursuites, devant un membre du ministère public ou un juge d'instruction¹⁵⁵². Si le législateur, à l'alinéa 8 de l'article 41-2 du Code de procédure pénale précise bien que les « actes tendant à la mise en œuvre ou à l'exécution de la composition pénale sont interruptifs de la prescription de l'action publique », aucune disposition en ce sens ne figure au sein des

¹⁵⁵⁰ Titre d'un colloque organisé sous la direction de H. BOUTHINON-DUMAS et F. MARTY, *Les barèmes de sanctions pécuniaires prononcées par l'AMF et l'Autorité de la concurrence*, CERCRID, Université Jean Monnet, Saint-Etienne, 8-9 novembre 2012.

¹⁵⁵¹ V. *supra* n° 69 et s.

¹⁵⁵² V. *supra* n° 81 et n° 86.

articles 495-7 du Code de procédure pénale pour la CRPC et 132-78 du Code pénal pour les collaborateurs de justice.

Cependant, au terme des articles 7 alinéa 1, 8 alinéa 1 et 9 du Code de procédure pénale, constitue une cause d'interruption de l'action publique tout acte « d'instruction ou de poursuite »¹⁵⁵³. Aussi, l'offre venant du procureur de la République à l'encontre du mis en cause¹⁵⁵⁴, permettant de mettre en mouvement l'action publique, constitue un acte de poursuite et, partant, une cause d'interruption de la prescription.

Concernant les procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence, la proposition du rapporteur général quant à la peine à appliquer en considération de l'aide apportée par l'entreprise, de ses engagements pour l'avenir ou bien encore de sa renonciation à contester les griefs, revêt également le caractère d'un acte interruptif de la prescription devant l'Autorité de la concurrence. En effet, l'article L. 462-7 du Code de commerce prévoit que « L'Autorité de la concurrence ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur contestation ou leur sanction » et qu'en toute hypothèse, la prescription est acquise si un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique illicite s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci ».

Si le régime de la prescription diffère de celui existant en matière d'action publique, il est intéressant de constater que la définition des actes interruptifs recoupe, pour l'essentiel, celle contenue au sein des articles du Code de procédure pénale. Ainsi, étant donné que l'ensemble des actes effectués par le rapporteur général près l'Autorité de la concurrence lors de la mise en œuvre d'une procédure négociée, entrent dans la catégorie d'actes tendant à la sanction de faits illicites, il est possible d'affirmer que l'offre du rapporteur – en cas de non-contestation des griefs ou de clémence¹⁵⁵⁵ – interrompt la prescription.

346. Articulation entre prescription concurrentielle et action publique. Enfin, malgré cette différence de régime évoquée, il importe de souligner le lien existant entre la prescription devant l'Autorité de la concurrence et la prescription de l'action publique. En

¹⁵⁵³ V. J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^e éd., Cujas, 2013, p. 202, spéc. n° 244.

¹⁵⁵⁴ Que ce soit dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou bien lors de la mise en œuvre de l'article 132-78 du Code pénal.

¹⁵⁵⁵ Dans une décision n° 06-D-09 du 11 avr. 2006, le Conseil de la concurrence a estimé que la démarche volontaire d'une entreprise sur le fondement du IV de l'article L. 464-2 C. com. est un acte tendant à la recherche, la constatation et la sanction de pratiques anticoncurrentielles au sens de l'art. L. 462-7 du même code. RTD com. 2006, p. 238, obs. CLAUDEL ; JCP E 2006, n° 19, p. 847, obs. TAILLANDIER ; Petites affiches, 13 nov. 2006, p. 1, obs. SELINSKI.

effet, selon l'article L. 420-6 du Code de commerce¹⁵⁵⁶, les actes interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence sont également interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 462-7 du même Code.

Compte tenu des liens existant entre les faits à la source du délit pénal évoqué et les infractions au droit de la concurrence¹⁵⁵⁷, les actes relatifs à l'instruction pénale – en ce qu'ils portent sur des faits dont la matérialité a une incidence directe sur la constitution de ces infractions – tendent à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Il en résulte, au sens de l'article L. 462-7 du Code de commerce, que les actes tendant à établir la matérialité du délit pénal de l'art L. 420-6 du même Code sont interruptifs de la prescription suivie devant l'Autorité de la concurrence¹⁵⁵⁸. Il faut toutefois souligner que cette imbrication des prescriptions ne signifie pas que le criminel tiendrait l'administratif en l'état, il s'agit seulement de faire application d'un texte spécial – l'article L. 462-7 du Code de commerce – qui définit les actes interruptifs de prescription en fonction de leur objet ou de leur finalité, sans préciser cependant qui en sont les auteurs¹⁵⁵⁹.

Au terme de ces observations relatives à l'incidence de l'offre émise par l'autorité de poursuite sur l'action publique, l'analyse approfondie des effets de l'offre d'entrer en négociation en matière pénale conduit désormais à aborder la question de ses caractères.

B. Les caractères de l'offre

347. La question de la fermeté de l'offre. En matière civile, ce qui est générateur d'obligation, c'est l'accord de deux volontés. En principe, tant qu'une seule volonté a été manifestée, elle n'engage pas son auteur¹⁵⁶⁰. Aussi, la majorité de la doctrine classique admettait la libre révocabilité de l'offre¹⁵⁶¹. Cependant, cette liberté de révocation, « contraire

¹⁵⁵⁶ L'article L. 420-6 du Code de commerce prévoit la sanction applicable aux personnes physiques ayant frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. La sanction est visée aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

¹⁵⁵⁷ Art. L. 420-1 C. com et art. L. 420-2 C. com.

¹⁵⁵⁸ V. Adlc. Décision n° 05-D-69 du 15 déc. 2005 ; CA Paris, 24 juin 2008, D. 2008, AJ p. 1895, obs. CHEVRIER, RDLC 2008, n° 3, p. 137 et s., obs. LEMAIRE.

¹⁵⁵⁹ V. Cons. conc. décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006.

¹⁵⁶⁰ V. cependant les développements relatifs à l'engagement unilatéral de volonté, espèce particulière d'acte unilatéral qui entend créer des obligations ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd. 2013, LGDJ, coll. Droit civil, p. 206, spéc. n° 435 ; J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., n° 489 et s.

¹⁵⁶¹ J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 118, spéc. n° 139 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, préc., 137, spéc. n° 116 ; M.

à la sécurité des transactions »¹⁵⁶² n'est véritablement réelle que tant que l'offre n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire. En effet, une fois connus l'existence et le contenu de l'offre, son destinataire doit être en mesure de pouvoir l'accepter après l'avoir au besoin examinée, ce qui suppose qu'un certain délai lui soit laissé pour faire connaître sa décision¹⁵⁶³. Sensible à ces considérations pratiques, le droit positif admet que l'offre doit être maintenue pendant un certain temps et fait de cette obligation le principe¹⁵⁶⁴. Si le plus souvent cette obligation est volontaire¹⁵⁶⁵, il se peut aussi que la loi impose l'exigence d'un délai. De nombreux exemples se rencontrent à ce titre en droit de la consommation¹⁵⁶⁶.

Issu, notamment, de la pratique civiliste, ce mécanisme destiné à protéger les intérêts de celui qui consent se retrouve au sein de la matière pénale. Il s'agit de l'instauration d'un délai de réflexion de dix jours pour l'auteur des faits, lorsque le procureur lui propose une procédure de composition pénale¹⁵⁶⁷ ou de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹⁵⁶⁸. Ces dispositions sont comparables aux solutions adoptées par le législateur civil, cependant le procureur n'a pas l'obligation de maintenir son offre durant ce délai. Ainsi, tant que son offre n'est pas expressément acceptée par le mis en cause par la signature d'un procès-verbal du

FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, coll. Thémis, 2012, p. 266.

¹⁵⁶² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc. p. 118, spéc. n° 139.

¹⁵⁶³ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 1- Le contrat, le consentement*, préc., p. 628, spéc. n° 856.

¹⁵⁶⁴ Sur les fondements de l'obligation de maintien il convient de renvoyer à la théorie de l'avant contrat de C. DEMOLOMBE qui distingue selon que le délai est fixé par l'offrant lui-même ou qu'il est implicite, v. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome premier, Paris, 1868, p. 59 et s., spéc. n° 64. V. également, J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 1- Le contrat, le consentement*, préc., p. 625, spéc. n° 852 ; sur les théories de la responsabilité civile selon lesquelles la révocation hâtive de l'offre constitue une faute au sens de l'art. 1382 C. civ., v. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. II, 1957, n° 329 ; Pour une analyse de l'obligation de maintien de l'offre en corrélation avec les besoins du commerce et de la consommation en tant qu'engagement unilatéral de volonté, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., 2012, p. 268 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 122, spéc. n° 143.

¹⁵⁶⁵ V. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *L'irrévocabilité de l'offre de contrat*, D. 2009, chron., p. 440 ; J. MESTRE, *Du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable*, RTD civ. 1993, p. 343 ; Y. LOUSSOUARN, *Détermination du délai raisonnable pendant lequel l'offre de contracter doit être maintenue*, RTD civ. 1972, p. 773.

¹⁵⁶⁶ Art. L. 312-10 du Code de la consommation qui prévoit que dans le cadre du prêt bancaire en vue d'acquérir un immeuble, l'offre doit être maintenue pendant 30 jours ; art. L. 121-25 C. Conso qui prévoit un délai de 7 jours pour le démarchage et la vente à domicile ; article L. 121-18 du Code de la consommation relatif aux contrats conclus à distance qui prévoit que l'offre doit préciser sa durée de validité.

¹⁵⁶⁷ Art. R. 15-33-39 C. pr. pén. : « La personne à qui est proposée une composition pénale peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître sa décision (...) ».

¹⁵⁶⁸ Art. 495-8 al. 5 C. pr. pén. : « (...) Elle (la personne) est avisée par le procureur de la République qu'elle peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou si elle refuse la ou les peines proposées ».

nom de la procédure à l'œuvre¹⁵⁶⁹, le procureur a la possibilité de se rétracter. Cette possibilité était même étendue à tout moment de la procédure, sous-entendu postérieurement à une acceptation, par les circulaires¹⁵⁷⁰ relatives aux procédures susvisées. Cela semblait cohérent en ce que la volonté du législateur d'individualisation de la réponse pénale induit nécessairement la possibilité pour son maître d'œuvre de modifier la voie procédurale dans laquelle il s'est engagé et ce, jusqu'à ce que celle-ci soit arrivée à son terme. Néanmoins, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de la cassation¹⁵⁷¹, le choix procédural du parquet est désormais irrévocable dès lors qu'il a été accepté, permettant semble-t-il d'éviter toute confusion entre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et celui de la volonté arbitraire. Une lecture herméneutique de ces décisions¹⁵⁷² permet en revanche d'affirmer qu'antérieurement à l'acceptation, durant le délai de réflexion de dix jours, le ministère public n'est absolument pas tenu de maintenir son offre¹⁵⁷³.

348. Qualification juridique de l'offre. L'étude des effets de l'offre émanant de la partie poursuivante permet d'amorcer une réflexion sur sa qualification. Cette absence de caractère obligatoire pour le procureur, avant que son offre fasse l'objet d'une acceptation, et alors même que l'existence de délais de réflexion conduit légitimement à en supposer le maintien, rend les qualifications d'avant-contrat, d'acte juridique¹⁵⁷⁴ et d'engagement par volonté

¹⁵⁶⁹ Parmi l'ensemble des procédures étudiées, notons que l'accord n'est pas nécessairement explicite, il ne suppose pas toujours l'existence d'une signature et peut résulter d'un silence ou d'une attitude déterminée. Sur ce point, v. J. PRADEL, *Le consensualisme en droit comparé*, préc., p. 332.

¹⁵⁷⁰ Crim. 01.14F1 pour la composition pénale et Crim. 04-12-E8-02-09-2004 pour la CRPC.

¹⁵⁷¹ En matière de CRPC : Crim. 20 fév. 2007, Bull. crim. n° 52 ; AJ pén. 2007, p. 234, obs. M-E. CARTIER ; Rev. sc. crim., 2007, p. 844, obs. R. FINIELZ ; Crim. 4. Oct. 2006, D. 2007, Jur. 58, note P-J. DELAGE ; AJ pén. 2007, p.79, note J. LEBLOIS-HAPPE ; Rev. sc. crim., 2007, p. 118, note A. GIUDICELLI ; Dr. pénal 2007, Comm. n° 45, obs. MARON ; Procédures 2007, Comm. n° 44, obs. BUISSON.

En matière de composition pénale : Crim. 20 nov. 2007 marquant l'impossibilité pour le parquet, après acceptation de la proposition par l'auteur des faits, de mettre en œuvre une citation directe (à cause de l'insolence de l'intéressé). Il est tenu de saisir le juge aux fins de validation. Le parquet peut tout au plus requérir devant le président la non-validation du procès verbal. V. D. 2008, p. 1035, note. Y. JOSEPH-RATINEAU ; D. 2008 chron. p. 118, obs. MENOTTI ; Gaz. Pal. 6-8 avril 2008, p. 17, note DETRAZ.

¹⁵⁷² Plutôt que de voir dans cette jurisprudence une volonté de la chambre criminelle d'opter pour une vision quasi-contractuelle, l'analyse démontre que la Cour de cassation, au travers du respect du caractère consensuel de ces procédures, trouve le moyen de replacer le juge au centre de la scène pénale. Le procureur ne pouvant plus revenir sur son choix une fois la proposition acceptée, seul le juge a la possibilité d'annuler l'accord en refusant d'homologuer, libérant ainsi le parquet du cadre procédural dans lequel il s'était engagé et dont il ne voudrait plus. V. Y. JOSEPH-RATINEAU, *Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet*, D. 2008, p. 1035.

¹⁵⁷³ Le constat est le même à l'égard de la procédure pénale américaine. Avant l'acceptation, la poursuite peut toujours retirer son offre de requérir une peine moins sévère, v. Cour suprême des États-Unis, *Mabry v. Johnson*, 467 U.S. 504, 1984.

¹⁵⁷⁴ J.GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *La formation du contrat, tome 1- Le contrat, le consentement*, préc., n° 854. Sur l'analyse des éléments du critère de l'acte juridique v. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS, 2009, p. 121, spéc. n° 126.

unilatérale¹⁵⁷⁵ inadaptées. En effet, au-delà des réserves que l'on peut émettre à l'idée d'une interaction entre réponse pénale et contrat, le procureur ne s'apparente pas à un offrant obligé de maintenir sa proposition. De plus, la révocation de son offre empêche la poursuite de la procédure initialement choisie¹⁵⁷⁶. En outre, le délai de celle-ci ne résulte pas d'un engagement pris personnellement par le procureur, c'est la loi qui impose qu'un délai de réflexion soit accordé, sans qu'aucune obligation de maintenir l'offre n'en découle.

349. Libre révocation de l'offre sans acceptation et sans validation. Partant, toutes les manifestations de volonté ne sont pas élevées au rang de consentement contractuel. Dans le cadre de la création des effets juridiques du contrat, la proposition du procureur ne joue donc aucun rôle. Il apparaît alors justifié de voir plutôt dans cette offre un simple fait juridique¹⁵⁷⁷, dépourvu de force obligatoire pour celui qui l'a émise. Induit par les différentes voies procédurales mises à la disposition du parquet, ce fait reste soumis à sa volonté¹⁵⁷⁸, impliquant par conséquent qu'en matière pénale, l'offre sans acceptation est toujours révocable librement. Ces différences entre droit des obligations et procédure pénale peuvent être justifiées par le caractère d'ordre public des règles de procédure pénale et au regard des droits fondamentaux accordés au justiciable en la matière. Cela étant, une disposition de la circulaire d'application de loi instaurant la procédure de composition pénale¹⁵⁷⁹ prévoit qu'« en l'absence de décision rendue (par le magistrat chargé de la validation) dans des délais

¹⁵⁷⁵ V. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, Recueil Sirey, 1939, p. 32, spéc. n° 49. L'auteur souligne que : « Si l'offre pure et simple n'est pas obligatoire, il en va autrement de l'offre qui est accompagnée d'un délai, laquelle doit être maintenue par son auteur pendant toute la durée de ce délai » ; P. RÉMY-CORLAY, *L'existence du consentement*, in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET, (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 42 et 43 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 122 et s., spéc. n° 107.

¹⁵⁷⁶ Il faut également noter que le procureur dispose de la faculté de faire appel à titre incident du jugement d'homologation de l'accord intervenu au terme d'une CRPC permettant à la Cour d'appel de prononcer le cas échéant une peine plus sévère que celle qui a été homologuée. V. point 3.1.2 de la circulaire CRIM 2004-12 E8/02-09-2004.

¹⁵⁷⁷ Sur le dépassement du critère de la volonté sur lequel est traditionnellement basée la distinction entre acte et fait juridique, v. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, LGDJ, 1971, p. 66 et s., spéc. n° 52. Selon cet auteur, la plupart des faits juridiques comportent une part non négligeable de volonté. Aussi le critère de distinction entre les deux notions ne peut-il plus, selon lui, consister dans le rôle de la volonté, mais seulement dans la nature particulière des relations entretenues par les éléments objectifs et les éléments subjectifs dans l'une et l'autre notion.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.* V. également C. BRENNER, « Acte », Rép. D. civ., 2006, n° 44 : « L'opposition entre acte et fait juridique n'a rien d'absolu ». En conséquence, une offre dont l'effet est déclenché par une manifestation de volonté n'est pourtant pas considérée comme un acte juridique puisqu'il est constaté que le rôle joué par les « éléments objectifs », en l'espèce la loi, vient en réduction de celui de la volonté dans la définition effective de l'effet de droit déclenché ; C. CAILLÉ, *Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte et le fait juridique*, in *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, n° 15, p. 63 ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, Thèse, Université Paris 1, 1996, n° 332, p. 357.

¹⁵⁷⁹ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

raisonnables, le ministère public aura toutefois la possibilité de décider de mettre en mouvement l'action publique, ce qui interrompra *de jure* la procédure de composition pénale ». Aussi, on pourrait considérer ici que l'offre, pourtant acceptée, n'est pas véritablement irrévocable dès lors qu'une décision de la part du juge saisi sur requête du procureur n'est pas intervenue.

350. Résonnance limitée avec le droit des obligations. Cela étant, il semble qu'on ne puisse véritablement capter d'échos provenant de la résonnance des procédures pénales consensuelles avec le droit des contrats qu'à partir du moment où l'acceptation du mis en cause est formellement intervenue. Aussi, c'est par l'analyse de l'acceptation de la partie poursuivie qu'il convient de prolonger l'étude relative à la formation de l'accord en matière pénale.

Section 2. La réception de l'offre par une acceptation de la partie poursuivie

351. Consentement et coercition. Dans la continuité des termes appartenant au champ lexical du contrat et progressivement introduits en procédure pénale, l'étude de la formation de l'accord en cette matière suppose d'analyser le consentement. Préalable nécessaire à la mise en œuvre des procédures répondant à l'idée de négociation¹⁵⁸⁰, de contractualisation de la justice pénale¹⁵⁸¹, le consentement du mis en cause ne paraît pourtant pas supposer l'existence d'un contrat avec les autorités judiciaires¹⁵⁸².

S'il est une acceptation venant à la rencontre de l'offre émise par l'autorité de poursuite, le consentement en matière pénale a en effet ceci de particulier qu'il recouvre la question de la culpabilité¹⁵⁸³. Ainsi l'acceptation représente la phase ultime et décisive durant laquelle vont

¹⁵⁸⁰ En ce sens v. F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préc., pp. 351-377.

¹⁵⁸¹ En toute logique, l'offre appelle une acceptation pour que naisse le lien contractuel, tel est le principe qui gouverne le droit des contrats et donc toute référence à la contractualisation.

¹⁵⁸² C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, préc., p. 288, spéc. n° 261 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 335. Le raisonnement est le même à l'égard des procédures devant l'Autorité de la concurrence, v. M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, RIDP, n°3, 1993, p. 120 ; v. aussi, J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 100 et s.

¹⁵⁸³ V. *supra* n° 135 et s.

se nouer les liens entre répression et consentement car, à la proposition faite, suit un engagement qui va déterminer l'issue de la coercition.

352. Composantes du consentement. Toutefois, avant de s'engager dans l'étude de l'accord résolument formé, il importe d'apprécier ce consentement à l'aide de ses diverses composantes. Vecteurs d'influence sur le déroulement de la contrainte étatique, l'objet (§1), les caractères (§2) ainsi que les effets (§3) du consentement doivent être analysés de manière successive.

§1. L'objet du consentement

353. Négociation et adhésion. « En ce que la mesure à laquelle il est invité à adhérer procède de sa faute et participe de sa répression »¹⁵⁸⁴, le consentement de l'auteur des faits « ne saurait être apprécié selon les critères applicables au citoyen ordinaire »¹⁵⁸⁵. Si, en effet, le consentement de l'intéressé n'a pas à respecter les mêmes exigences que le consentement contractuel, on remarque pourtant qu'en matière de procédures négociées, l'acceptation – de manière semblable à la matière civile – doit être pure et simple, c'est-à-dire manifester une adhésion aux conditions fixées par l'offrant¹⁵⁸⁶. Cela dit, comme l'illustrent les termes de la circulaire du 2 septembre 2004¹⁵⁸⁷ présentant les dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, le rôle de l'avocat en matière de CRPC laisse à penser que le mis en cause fait une contre-proposition. L'autorité de poursuite, offrant initial, se trouve alors être le destinataire d'une offre nouvelle¹⁵⁸⁸. Plus précisément, une fois devant l'autorité de jugement, le procureur ne fait état que de la ou des peines définitivement acceptées, et non de celles qu'il a pu proposer dans un premier temps, avant de modifier sa proposition suite aux observations de l'avocat. Ce mécanisme correspond à la description juridique de la négociation telle qu'elle

¹⁵⁸⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 714.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *La formation du contrat, tome I- Le contrat, le consentement*, préc., p. 634, spéc. n° 865 ; J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 126, spéc., n° 146.

¹⁵⁸⁷ CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004, point 2.2.3.

¹⁵⁸⁸ À rapprocher de l'art. 19 de la Convention sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 : « Une réponse qui tend à l'acceptation d'une offre, mais qui contient des modifications est un rejet de l'offre et constitue une offre nouvelle ». On ne peut ici s'empêcher de faire le lien avec le courant *Law and Economics* originellement identifiable au sein de la procédure pénale américaine, v. *supra* n° 230.

se pratique devant les *prosecutors* américains¹⁵⁸⁹. Néanmoins, la variabilité du degré de négociation au sein des diverses procédures étudiées¹⁵⁹⁰ invite à constater que le plus souvent, pour la majorité des modalités du processus de négociation, l'acceptation du mis en cause se révèle être en réalité une adhésion pure et simple à l'offre émise par la poursuite¹⁵⁹¹. En effet, si la discussion et l'échange sont tout à fait possibles, l'observation de plusieurs audiences de CRPC permet d'affirmer que pour la majorité, les mis en cause acceptent de reconnaître leur culpabilité ainsi que la peine proposée sans la moindre tentative de négociation de leur part ou de celle de leurs avocats¹⁵⁹².

Si la pratique démontre ainsi que la négociation ne s'est développée, en France, qu'à un degré minimale – qui ne permet pas de conclure à l'existence d'un réel marchandage – la place laissée aux échanges informels dont font état les textes censés encadrer strictement les pratiques consensuelles¹⁵⁹³ est plus que jamais révélatrice. Révélatrice d'une part, des avancées de la pensée utilitariste et d'autre part, de la réception par le droit positif de l'influence exercée à bien des égards par le modèle américain¹⁵⁹⁴. Cela étant, les processus de négociation français

¹⁵⁸⁹ V. M.P. BROWN, S.P. BRUNNEL, *Negotiating justice : prosecutorial perspectives on federal plea bargaining in the district of Columbia*, 43 Am. Crim. L. Rev, 2006, p. 1063 ; C. ALKON, *Plea bargaining as a legal transplant : A good idea for troubled criminal justice system ?* in *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 19, 2010, p. 355. Non dénuées de critiques à l'égard de l'impact que la pratique du *plea bargaining* a sur la légitimité du système pénal, les analyses de la doctrine américaine font état d'une réelle négociation informelle. Cependant, à la vue des différents objets que l'offre du *prosecutor* peut concerner, la négociation apparaît en revanche bien plus poussée. V. *supra* n° 14.

¹⁵⁹⁰ À l'issue d'un entretien avec M. GENTIL, Ancien vice-président chargé de l'instruction au sein de la JIRS de Bordeaux, il est possible d'affirmer que les procédures basées sur l'incrimination d'autrui se révèlent, dans la pratique, le théâtre d'une négociation d'un degré bien plus élevé que celles reposant sur l'auto-incrimination.

¹⁵⁹¹ P. SALVAGE, *Le consentement en droit pénal*, préc., p. 699 et s. ; J-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite et droit comparé*, préc. ; A. SCATTOLIN, *La volonté de la personne poursuivie*, préc. ; J-PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, préc., p. 330.

¹⁵⁹² Au terme de deux matinées d'observation d'audiences de CRPC au sein du TGI de Bordeaux, il a été possible de constater que la phase de proposition et d'acceptation de la peine devant le procureur dure en moyenne 5 minutes, suivie de la phase d'homologation qui dure environ 7 minutes, ce qui représente approximativement 12 minutes par dossier. Durant la phase menée par le procureur, celui-ci vérifie l'identité de la personne, procède au rappel des faits justifiant la poursuite, l'informe des qualifications retenues avant de l'interroger sur sa position quant à la reconnaissance des faits. Sur 28 audiences, 10 dossiers ont fait l'objet d'une véritable négociation entre l'avocat de la personne mise en cause et le procureur. Parfois, l'avocat rentre dans la salle quelques minutes avant le mis en cause pour engager une discussion informelle seul avec le procureur quant à la peine. Les contre-propositions observées portaient essentiellement sur le montant des amendes, sur la durée du sursis ainsi que sur les modalités d'exécution de la peine d'emprisonnement, en sachant que le casier judiciaire est un critère important pour le procureur. Un casier judiciaire trop rempli rend en effet l'autorité de poursuite hostile à toute négociation. Lors de la phase d'homologation, il a pu être observé que le juge vérifie par exemple le montant d'une peine d'amende proposée au départ et, en constatant que celui-ci a considérablement baissé, salue les talents de négociateur de l'avocat :

{Magistrat, dans le cadre d'une audience d'homologation de CRPC} : « C'était 300 euros ? »

{Avocat} : « oui, c'est 100 finalement »

{Magistrat} : « Ah vous avez bien négocié ! »

¹⁵⁹³ Qu'il s'agisse des procédures devant l'Autorité de la concurrence ou devant le procureur de la République.

¹⁵⁹⁴ Pour une étude de l'américanisation du droit européen sous l'éclairage d'un processus de réception, v. M. REINMANN, *Droit positif et culture juridique, L'américanisation du droit européen par réception*, Arch. phil. dr., n° 45, 2001, pp. 61-75.

et américain n'apparaissent pas répondre exactement à la même logique. Aux États-Unis, la pratique de la négociation correspond à une certaine vision de la procédure dans laquelle le juge est un arbitre entre deux plaideurs qui ont toute latitude pour négocier¹⁵⁹⁵. En France, elle répond au besoin de mettre en place des procédures simplifiées et plus rapides qui ne sont envisageables qu'avec le consentement du mis en cause.

354. Précisions terminologiques. À ces questions relatives à la véritable identité des procédures alternatives s'ajoutent celles inhérentes à la multiplicité de sens des termes adoptés, spécialement celui de consentement. C'est ce qu'un auteur¹⁵⁹⁶ observe en soulignant que le terme « consentement », jugé équivalent à l'expression « accord de volonté », est source de nombreuses ambiguïtés.

En effet, si le consentement désigne tantôt l'accord des parties, il peut également désigner l'adhésion individuelle de chacun. En matière pénale, la mise en œuvre des procédures faisant appel au consentement de l'auteur de l'infraction semble moins illustrer une déclaration de volonté, au sens du système contractuel, qu'une adhésion ou un assentiment, ce qui n'est, en substance, pas la même chose¹⁵⁹⁷. Cette adhésion à l'offre de l'autorité de poursuite implique que le mis en cause a la volonté de s'y conformer. Dès lors, l'objet de l'acceptation se détermine ici par rapport à celui de l'offre. Le consentement à l'œuvre à l'occasion des procédures étudiées emportant nécessairement un aveu de culpabilité, son objet porte *stricto sensu* sur la ou les peines proposées¹⁵⁹⁸, *lato sensu* sur la substitution d'un circuit procédural au profit d'un autre. Cette substitution supposant la renonciation au bénéfice des règles normalement applicables au sein du circuit de droit commun, le consentement du justiciable doit nécessairement être entouré de garanties.

¹⁵⁹⁵ V. *supra* n° 07.

¹⁵⁹⁶ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., p. 169, spéc. n° 169.

¹⁵⁹⁷ Sur ce point, v. B. OPPETIT, *Le consentement sans l'échange, le concours des consentements*, Rev. jur. com., nov. 1995, p. 69.

¹⁵⁹⁸ Cf. tableau relatif au contenu de l'offre, *supra* n° 336.

§2. Les caractères du consentement

355. Coercition et pressions. Définie de manière générale comme la pression morale ou physique exercée sur quelqu'un ou quelque chose¹⁵⁹⁹, la contrainte est une notion appréhendée par le droit¹⁶⁰⁰. En droit civil, si l'on considère qu'elle constitue un degré de violence, la contrainte est un vice du consentement¹⁶⁰¹, et le droit pénal en fait une cause de non imputabilité¹⁶⁰². S'agissant du processus de négociation, l'aveu emportant nécessairement renonciation au droit à un procès équitable, l'absence de contrainte semble ici aussi s'ériger en condition de validité des procédures négociées. Aussi, pour être intègre, le consentement de l'auteur des faits doit être libre. En théorie, les textes régissant le déroulement des procédures faisant appel au consentement du mis en cause prennent en compte ces mêmes exigences. Un examen de la pratique esquisse en revanche un situation plus nuancée. L'introduction par le législateur de la possibilité de solliciter l'accord du justiciable et de lui octroyer le pouvoir d'émettre un refus n'illustre-t-elle pas un phénomène consensuel trompeur ?

Aux questions relatives à la contrainte viennent s'ajouter celles portant sur le caractère révocable ou non du consentement. En effet, dans le cadre d'une étude sur la formation de l'accord en matière pénale, la force de ce dernier semble intrinsèquement liée à la nature de ce consentement qui en est une composante.

356. Plan. L'étude des caractères du consentement donné par l'auteur des faits suppose ainsi de déterminer si ce dernier est libre et éclairé d'une part, avant de se pencher sur sa nature révocable ou non, d'autre part.

¹⁵⁹⁹ Le petit Larousse, 2010, v° *Contrainte*.

¹⁶⁰⁰ Pour une présentation des différentes définitions de la contrainte, v. C. COPAIN, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, thèse, Université Lyon III, 2011, p. 14, spéc. n° 9.

¹⁶⁰¹ Art. 1111 à 1115 du Code civil. V. sur ce point J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 445, spéc. n° 536. L'auteur souligne que la qualité du choix est difficile à déterminer. D'un côté, il apparaît que le consentement n'est pas totalement libre, de l'autre, il ne semble pas y avoir véritablement de violence.

¹⁶⁰² Art. 122-2 C. pén ; v. A. VALOTEAU, *La théorie des vices consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006,

A. L'apparence d'un consentement libre et éclairé

357. Le seuil de la contrainte légitime. « 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 »¹⁶⁰³. Pour le droit des contrats, le consentement est l'une des conditions que le Code civil qualifie d'« essentielles » à la validité des conventions¹⁶⁰⁴. Si les qualités que doit revêtir ce consentement ne sont pas expressément énoncées au sein du Code civil, on les devine néanmoins à la lecture de l'article 1109 qui dispose qu'« il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

Appréhendé également par le droit pénal¹⁶⁰⁵, le consentement se trouve ainsi à la charnière des deux disciplines, qui, sur cette notion, ont en effet toujours entretenu des rapports étroits, au point que, « dans le passé, le dol civil et le dol criminel ont pu se confondre »¹⁶⁰⁶. En matière procédurale, et s'agissant plus précisément des procédures ayant recours au mécanisme du plaider coupable, l'identification de données consensuelles conduit à emprunter les raisonnements issus de la théorie des vices du consentement et à s'interroger de manière spécifique sur l'existence d'une contrainte résultant de la « valorisation excessive d'une issue »¹⁶⁰⁷ par un représentant de l'État, au détriment d'une autre.

Bien sûr, les garanties liées à l'assistance de l'avocat¹⁶⁰⁸, à l'octroi d'un délai de réflexion¹⁶⁰⁹, ainsi qu'au contrôle de la part d'une autorité juridictionnelle¹⁶¹⁰, témoignent d'une certaine conformité des procédures négociées avec la figure du procès équitable. Néanmoins, il n'est pas certain que tout risque de pression à l'encontre du mis en cause puisse être pour autant écarté. L'analyse se révèle délicate. Si les doutes à l'encontre des qualités du consentement du

¹⁶⁰³ W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, th. préc., p. 53; v. également, J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M.SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, tome 1: Le contrat – Le consentement*, préc., p. 32, spéc. n° 41; J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 173, spéc. n° 190.

¹⁶⁰⁴ Art. 1108 C. Civ.

¹⁶⁰⁵ J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique* préc., p. 173, spéc. n° 190 : « Le droit pénal n'est pas indifférent à la qualité du consentement contractuel. Il apporte des garanties – et des sanctions – qui peuvent être complémentaires de celles du droit civil » ; A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006, p. 17.

¹⁶⁰⁶ A. VALOTEAU, préc., p. 18. L'auteur souligne que « la loi des 19 et 22 juillet 1791 qui a incriminé le dol criminel, c'est-à-dire l'escroquerie, pouvait très largement s'appliquer à tous les cas de dol dans les contrats. »

¹⁶⁰⁷ C. SEVELY-FOURNIE, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, préc., p. 585, spéc. n° 477.

¹⁶⁰⁸ V. *supra* n° 136.

¹⁶⁰⁹ V. *supra* n° 347.

¹⁶¹⁰ V. *supra* n° 144 et s.

mis en cause, notamment sa liberté, paraissent légitimes, la problématique ne s'articule pas ici dans les mêmes termes que dans le domaine civil. En effet, « la procédure pénale, à la différence du droit des obligations engage une constante pression sur le particulier »¹⁶¹¹. Aussi, la menace d'appliquer des règles de droit commun en matière de sanction n'est, *a priori*, pas constitutive d'une violence morale affectant la liberté du consentement¹⁶¹², et le déséquilibre existant entre les protagonistes de la justice pénale n'apparaît pas suffisant pour conclure à l'existence d'un vice altérant le consentement des justiciables¹⁶¹³. En d'autres termes, le problème du défaut de liberté existe, « sans qu'il se confonde avec la théorie des vices du consentement »¹⁶¹⁴.

Dès lors, la véritable question porte davantage sur le fait de savoir où se situe la limite au-delà de laquelle la volonté de l'individu se trouve illégitimement contrainte, plutôt que sur l'existence de la contrainte elle-même.

Soumis à la menace d'une répression plus forte, le consentement du mis en cause apparaît d'autant plus « forcé » que la menace de sanction entre les deux options révélera un écart important. A cet égard, il importe de souligner qu'au sein du processus de négociation américain, une grande différence entre la peine que l'auteur de l'infraction est susceptible de se voir appliquer après un procès et celle issue des termes de l'arrangement, n'empêche pas la Cour suprême de caractériser un consentement volontaire, libre et éclairé¹⁶¹⁵. C'est, semble-t-il, la logique qui ressort de l'extension du champ d'application de la CRPC à la quasi totalité

¹⁶¹¹ W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, préc., n° 182.

¹⁶¹² C. TEITGEN-COLLY, *Contrat ou institution, un enjeu de société*, préc., p. 66.

¹⁶¹³ V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 379, spéc. n° 466 ; v. également P. DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, RTD. civ., 1944, p. 73, soulignant que le fait que la liberté des contractants se trouve parfois enfermée dans toute une série de contraintes de fait et même parfois de droit ne suffit pas à exclure la qualification contractuelle.

¹⁶¹⁴ R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970, n° 144. Également, il semble opportun d'ajouter ici qu'en droit civil, la violence inspire la crainte d'un mal illégitime alors qu'en matière pénale, il est question de l'exercice par l'État d'un pouvoir de contrainte légitime.

¹⁶¹⁵ Cour suprême des États-Unis, *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 1978. N'est pas non plus contraint un aveu de culpabilité donné pour éviter le prononcé d'une peine de mort, v. *Brady v. United States*, 397 US 742, 1970. Pour une analyse de la façon dont la loi et la jurisprudence facilitent la pratique du *Plea Bargaining*, v. J.E. ROSS, *The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice*, American Journal of Comparative Law, n°54, Fall 2006, p. 717. L'auteur souligne qu'en réalité, « il est permis au procureur de déclencher une procédure de négociation en menaçant l'individu d'apporter des preuves concernant des infractions auxquelles des peines bien plus sévères sont attachées et de poursuivre sur cette menace si l'auteur de l'infraction insiste pour bénéficier d'un procès ». Au termes des *Federal Rules of Criminal Procedure*, il apparaît que pour que soit constatée une absence de liberté à l'égard du consentement, l'aveu doit être le résultat de l'exercice de forces, de menaces ou de promesses n'ayant aucun rapport avec l'accord lui-même, ce qui limite considérablement les cas dans lesquels un consentement sera considéré comme involontaire ou contraint. Cf. *Fed. R. Crim. P.* 11 (d) ; *Bordenkircher v. Hayes*, préc. : « *To be involuntary under the Federal Rules of Criminal Procedure, a plea must be « the result of force or threats or of promises, extraneous to the agreement itself ».*

des délits¹⁶¹⁶. Si désormais cette procédure concerne des infractions punies d'une peine inférieure ou égale à 10 ans d'emprisonnement, le *quantum* de la peine prononçable en échange de l'aveu de culpabilité n'a en revanche pas été modifié. Par conséquent, l'écart entre la peine encourue et la peine prononcée s'est considérablement accru, ne laissant que relativement peu de place à une réelle liberté de choix. Il importe de noter que cet écart s'observe de manière plus flagrante encore à l'égard des dispositions contenues aux articles 132-78 du Code pénal et L. 462-4 III et IV du Code de commerce¹⁶¹⁷.

Ainsi, le mécanisme incitatif utilisé se révèle être tant la condition du succès de ces procédures recourant au consentement que l'instrument venant le vicier. Également, dans le cadre d'un recours aux repentis, l'incitation à dénoncer des complices ou co-auteurs ne peut reposer que sur les modulations de peine prévues aux alinéa 1 et 2 de l'article 132-78 CP et non sur la menace d'une sanction pénale du refus de collaborer. Il y'a aurait là en effet une véritable atteinte à la substance même du droit au silence, le démantèlement de réseaux de criminalité organisée ne pouvant être mené au prix de la violence morale. Aussi, dès lors que les auteurs refuseraient d'adhérer, en tout ou partie, au processus de négociation, il ne peut être exercé de contrainte indirecte par le biais d'une peine majorée au-delà de ce qui aurait constitué une juste sanction de l'infraction commise¹⁶¹⁸.

358. Le consentement, donnée illusoire ? On ne peut s'empêcher de faire ici le parallèle avec les critiques adressées par une majeure partie de la doctrine américaine à l'encontre du *plea bargaining* et du mécanisme de *l'immunity*. Aux États-Unis, la négociation pouvant, de manière générale, s'appliquer à l'ensemble des faits qualifiés d'infraction pénale, l'écart entre les peines légalement encourues et les peines susceptibles d'être proposées par la poursuite entraîne une déconnexion totale du système avec le principe de légalité. Également, dès lors que celui qui plaide non coupable est systématiquement condamné plus lourdement que celui qui se laisse tenter « par l'offre alléchante que la partie poursuivante lui fait miroiter »¹⁶¹⁹, le

¹⁶¹⁶ Sous l'effet de la Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

¹⁶¹⁷ Le champ d'application de ces procédures étant relatif à des infractions punies d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à la perpétuité pour l'article 132-78 du Code pénal et des peines d'amendes s'élevant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaire de l'entreprise pour les procédures prévues au sein du Code de commerce, la réduction ou l'exemption que ces articles prévoient illustrent nécessairement un écart considérable entre la peine encourue et la peine prononcée.

¹⁶¹⁸ V. M-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal*, préc., p. 458.

¹⁶¹⁹ À ce titre, Ph. FRUMER parle de perversion de l'esprit de la présomption d'innocence. L'auteur souligne qu'« en quelque sorte, celui qui exerce les garanties inhérentes au procès équitable doit en payer le prix fort ». v. Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés, La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, th. préc., p. 148, spéc. n° 199 ; R.E. SCOTT & W.J. STUNTZ, *Plea*

consentement est une donnée illusoire finalement révélatrice d'une obligation d'accepter, ceci que le mis en cause soit coupable ou non. C'est tout le paradoxe qui veut que la renonciation soit d'autant plus suspecte qu'elle présente d'importants avantages pour l'individu¹⁶²⁰.

À l'aune de ce constat, il serait souhaitable que le législateur décide d'arrêter là l'extension du champ d'application matériel des procédures dites consensuelles. La récompense pour les personnes qui renoncent à leur droit à un procès en bonne et due forme est au cœur de tout système de négociation sur la culpabilité, si bien qu'aucun plaider coupable n'est véritablement volontaire¹⁶²¹. En ce sens, un auteur souligne qu'« il faut tenir compte du pourcentage de pression qu'afin de réaliser une économie pour la justice, on peut exercer par le biais de ces alternatives »¹⁶²².

En définitive, 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. Partant, il est permis d'écarter encore un peu plus l'idée de l'expression d'un consentement nécessaire à la conclusion d'un contrat d'une part, ainsi que de douter de l'efficacité d'une resocialisation fondée sur ces données consensuelles, d'autre part. Le caractère *in favorem* de l'accord semble balayer d'un revers ces considérations et illustre certainement la raison pour laquelle les procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence ne font pas état de garanties permettant de veiller à la protection de la liberté d'acceptation de l'agent économique en cause.

359. Propositions. En conclusion, si le consentement peut, grâce à l'assistance de l'avocat, paraître éclairé, l'analyse du mécanisme présidant au succès des procédures négociées démontre que, sans être contraint, il n'est pas véritablement libre. Aussi, dans la crainte de futures annulations, ou même condamnations¹⁶²³ du processus de négociation sur le terrain de

bargaining as Contract, 101 Yale Law Journal, 1992, pp. 1919-1921 : « Le plea bargaining introduit un environnement de contrainte (*duress*) viciant le consentement du destinataire de l'offre de peine ». Pour la Cour suprême, aucun vice du consentement du fait de la contrainte ne peut toutefois être invoqué, v. Arrêt *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 1978.

¹⁶²⁰ O. DE SCHUTTER, J. RINGELHEIM, *La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange*, CRIDHO Working paper, Série 1, 2005, p. 22.

¹⁶²¹ A.W. ALSCHULER, *Plea bargaining and its history*, Columbia Law Review, 1979, n° 1, p. 43, cité par C. SAAS, *De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur*, préc., p. 839.

¹⁶²² M. DELMAS-MARTY. (dir), *Procédures pénales d'Europe*, préc., p. 501.

¹⁶²³ On peut citer l'arrêt *Deweert c/Belgique* du 27 février 1980, série A, n° 35, dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé contraire à l'article 6 de la Convention européenne une transaction passée pour une infraction économique, car « l'arrangement, conclu sous une pression si contraignante que l'on ne saurait s'étonner que l'intéressé y ait cédé » avait eu pour effet de priver une personne « accusée en matière pénale » du droit d'être jugée par un tribunal impartial et indépendant. Dans cette affaire, s'il n'avait pas consenti à payer la transaction qui lui était proposée, son commerce aurait été fermé jusqu'à ce que la juridiction compétente ait

la qualité du consentement exprimé, plusieurs modifications semblent pouvoir être proposées, au premier rang desquelles figurent la généralisation du caractère obligatoire de l'assistance de l'avocat¹⁶²⁴, ainsi que le retour à un champ d'application infractionnel plus circonscrit¹⁶²⁵. Il semble toutefois que ça ne corresponde pas à l'esprit des « théories gestionnaires qui s'abattent de plein fouet sur l'avant procès pénal »¹⁶²⁶.

Aux côtés du constat tiré de l'étude des qualités attachées au consentement du mis en cause dans le processus de négociation, l'étude de la formation de l'accord en matière pénale suppose désormais de s'interroger sur le fait de savoir si ce consentement est révocable.

B. La révocabilité du consentement

360. Le moment de la rétractation. Lors de l'étude de la renonciation à certains droits fondamentaux qu'entraînent nécessairement les procédures de plaider coupable¹⁶²⁷, il a pu être observé que l'abdication des bénéfices issus de la présomption d'innocence était admissible, car non irrémédiable. Ce caractère provisoire de la renonciation se matérialise essentiellement par le droit pour le mis en cause de revenir sur son aveu de culpabilité. Sur ce point, le formalisme et l'effectivité de la rétraction dépendent du moment où celle-ci intervient. Aussi faut-il distinguer selon que le retrait de l'aveu intervient en amont (1) ou en aval (2) de l'intervention de l'autorité juridictionnelle¹⁶²⁸.

statué sur l'infraction, soit pendant plusieurs mois peut-être. Il existait, dès lors, « une disproportion flagrante entre les deux termes de l'alternative offerte au requérant » (§51).

¹⁶²⁴ V. *supra* n° 293 et s. Sur ce point, il convient tout de même de souligner que l'assistance d'un avocat ainsi que les frais fixes de procédures représentent un coût important pour les prévenus, ce qui, dans la pratique, peut en amener certains à refuser la procédure de CRPC.

¹⁶²⁵ Sur ce point, v. la proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Les sénateurs à l'origine de cette proposition considèrent que cette procédure va à l'encontre des grands principes de procédure pénale présents à l'article préliminaire du Code de procédure pénale et à l'article 6 de la Conv.EDH et proposent de limiter le champ de la procédure de CRPC aux délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure à trois ans et de l'exclure formellement en cas de récidive légale. Dans la version adoptée à l'unanimité par le Sénat en première lecture le 23 janvier 2014, aucune modification dans ce sens n'a été retenue.

¹⁶²⁶ A. BINET-GROSCLAUDE, *L'avant procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, th. préc., p. 440, spéc. n° 801.

¹⁶²⁷ V. *supra* n° 290.

¹⁶²⁸ V. *infra* n° 436 et s.

1) La rétractation avant l'intervention de l'autorité juridictionnelle

361. La possibilité d'une rétractation en amont de l'homologation de l'accord.

Expression de la volonté individuelle, l'aveu n'est pas en principe irrévocable. Ainsi, l'ensemble des procédures basées sur un aveu auto-incriminant confère logiquement à l'auteur des faits la faculté de revenir sur ses déclarations et de faire obstacle au déroulement de la procédure dont il est le sujet¹⁶²⁹. Si, en pratique, la rétractation ne semble véritablement encadrée par les textes que lorsqu'elle est postérieure à l'intervention d'un magistrat du siège¹⁶³⁰, on peut raisonnablement affirmer que celle-ci pourrait intervenir avant.

Comme lors d'une procédure de *plea bargaining*, le mis en cause garde en quelque sorte le « contrôle » de la procédure jusqu'à ce que le tribunal entérine l'entente sur la peine. La procédure semble toutefois formalisée davantage outre-Atlantique en ce qu'il est expressément permis à l'accusé de présenter une requête en retrait du *plea of guilty*¹⁶³¹.

Celle-ci doit être présentée avant l'audience sur la peine et s'appuyer sur une raison sérieuse¹⁶³², telle que l'envisagent les *Federal Rules of Criminal Procedure*. L'absence de dispositions précises sur ce point en matière de CRPC conduit à estimer que le mis en cause peut tout à fait révoquer son aveu en contestant par exemple tout ou partie des faits énoncés lors de la notification des charges par le procureur, empêchant ainsi ce dernier de saisir le juge d'une requête en homologation. La lecture de la circulaire d'application de la loi du 9 mars 2004¹⁶³³ ne révèle également pas d'obstacle à ce que la rétractation intervienne lors de l'audience d'homologation, au moment où le juge vérifie la réalité des faits et leur qualification juridique par le biais d'une audition, comme l'exige l'article 495-9 du Code de procédure pénale. Dans ce cas de figure, le juge rendrait alors une ordonnance de refus

¹⁶²⁹ Les procédures basées sur un mécanisme de dénonciation apparaissent peu propices à la rétractation. D'une part ce n'est pas dans la logique de ces procédures, d'autre part les conséquences d'une révocation de la dénonciation semblent difficiles à appréhender dans la pratique et relèveraient davantage des infractions de faux témoignage (article 434-13 C. pén.) ou de dénonciation calomnieuse (226-10 C. pén.) que de la liberté de revenir sur son consentement.

¹⁶³⁰ V. *infra* n° 437 et s.

¹⁶³¹ B. NANG, *Le plaider coupable en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 356 ; Fed. R. crim. P. 11 (d) (1).

¹⁶³² Fed. R. crim. P. 11 (d) *Withdrawing a guilty or nolo contendere plea (B)* A defendant may withdraw a plea of guilty after the court accepts the plea but before it imposes sentence if the defendant can show a fair and just reason for requesting the withdrawal.

¹⁶³³ Circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004.

d'homologation, et il reviendrait au procureur de saisir le tribunal correctionnel ou de requérir l'ouverture d'une information¹⁶³⁴.

Concernant la procédure de composition pénale, il n'existe pas d'indication sur le fait de savoir si le consentement du mis en cause est révocable ou non. Comme pour la CRPC, une autorité juridictionnelle doit valider l'accord entre le procureur et l'auteur des faits. Toutefois, à la différence de cette dernière, l'audition est facultative¹⁶³⁵ voire, en pratique, exceptionnelle¹⁶³⁶. La rétractation ne semble ainsi pouvoir intervenir qu'avant la requête du procureur venant formaliser la demande de validation.

Quand cette audition a lieu, et bien qu'elle n'ait pas pour but d'organiser un débat contradictoire entre les intéressés, celle-ci doit néanmoins conduire à la vérification par le magistrat du siège que la personne n'a pas changé d'avis¹⁶³⁷. On peut donc en conclure, à l'instar de la CRPC, que la rétractation du consentement peut intervenir au stade de l'audition.

Avant l'intervention de l'autorité juridictionnelle, la rétractation ne présente donc pas de grandes difficultés. Sauf le cas où il n'y a pas d'audition, il suffit en effet que le prévenu manifeste son désir de revenir sur la réalité des faits ou sur les circonstances ayant entraîné son aveu¹⁶³⁸. Il convient désormais d'analyser la rétractation postérieure à l'intervention de l'autorité juridictionnelle.

2) La rétractation après l'intervention de l'autorité juridictionnelle

362. La rétractation dans le cadre d'une procédure de CRPC. Ultime occasion pour un individu sanctionné à l'issue d'un jugement d'homologation de retrouver l'ensemble des garanties issues du principe de la présomption d'innocence, la possibilité de faire appel de l'ordonnance d'homologation s'analyse comme le droit pour tout individu qui a plaidé coupable dans le cadre d'une CRPC, de rétracter son aveu¹⁶³⁹. Ainsi, la personne qui change

¹⁶³⁴ Art. 495-12 C. pr. pén.

¹⁶³⁵ Circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2001, point 3.2 et Art. R. 15-33-47 C. pr. pén.

¹⁶³⁶ Circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2001, point 3 : « La réussite de la procédure de composition pénale comme mode de réponse judiciaire à la petite délinquance (doit-on considérer que l'ensemble des délits punis d'une peine inférieure à 5 ans d'emprisonnement constitue la petite délinquance ?) suppose que l'audition de l'auteur des faits ou de la victime par le magistrat saisi d'une requête en validation demeure exceptionnelle ».

¹⁶³⁷ V. *infra* n° 448 et s.

¹⁶³⁸ B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis*, préc., p. 357.

¹⁶³⁹ Art. 495-11 al. 3 C. pr. pén. : « Dans tous les cas [qu'il y ait ou non une peine d'emprisonnement ferme, avec demande ou non de mise à exécution de la part du parquet] elle [l'ordonnance d'homologation] peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné, conformément aux dispositions des articles 498, 500, 502 et 505 (...) ».

d'avis et préfère finalement un débat contradictoire devant une juridiction qui sera alors totalement libre de fixer la nature et le *quantum* de la ou des peines qu'elle prononcera, dispose d'un délai de dix jours à partir du moment où l'ordonnance d'homologation a été rendue¹⁶⁴⁰. Revenu sur ses aveux, le condamné peut bénéficier par ce biais d'un véritable procès devant la chambre correctionnelle de la Cour d'appel.

363. Les difficultés inhérentes au retrait d'un *plea*. Il est intéressant d'observer qu'au sein de la procédure pénale américaine, si le retrait de l'aveu se révèle particulièrement aisé lorsqu'il intervient avant le prononcé de la sentence¹⁶⁴¹, les conditions prévues au sein des règles de procédure rendent en revanche la rétractation postérieure à l'audience sur la peine plus difficile. En effet, une fois renoncé au *due process* ainsi qu'aux garanties qui y sont attachées, et dès lors qu'une peine a été prononcée, le principe en matière fédérale est que le condamné ne peut retirer son *plea*¹⁶⁴². Néanmoins, sous réserve de la preuve que le *plea* ait été donné sans l'assistance effective d'un avocat ou que les circonstances dans lesquelles le *bargain* a eu lieu révèlent une inconstitutionnalité de la procédure, le condamné peut être autorisé à retirer son aveu de culpabilité au cours d'une procédure d'appel. Cet encadrement de la rétractation du consentement, plus strict aux États-Unis qu'en France, peut s'expliquer par le fait que le *plea bargaining* révèle, pour une majorité de la doctrine, l'existence d'un véritable contrat dont on ne saurait se défaire facilement ou du moins de manière informelle¹⁶⁴³.

364. La rétractation de l'aveu donné lors d'une composition pénale. Pour ce qui est de la composition pénale, les ambiguïtés relevées au regard de la nature et des effets juridiques de cette procédure remettent en cause toute possibilité de revenir sur son consentement. En effet, malgré la judiciarisation de la composition pénale¹⁶⁴⁴, la jurisprudence continue d'estimer que

¹⁶⁴⁰ Art. 498 C. pr. pén.

¹⁶⁴¹ V. J. E. ROSS, *The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice*, American Journal of Comparative Law, Fall 2006, p. 717 : « Defendants enjoy an absolute right to withdraw their plea before the judge has accepted it ».

¹⁶⁴² Fed. R. Crim. P. 11 (e) « *After the court imposes sentence, the defendant may not withdraw a plea of guilty or nolo contendere* » V. Y. KAMISAR, W.R.LAFAVE, J.H.ISRAEL, N.J. KING, O.S. KERR, E.V. PRIMUS, *Modern Criminal Procedure*, 13th ed., American Casebook Series, 2012, p. 1337.

¹⁶⁴³ R.E. SCOTT, W.J. STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, The Yale Law Journal, 1992, Vol. 101, n° 8 ; F.H. EASTERBROOK, *Plea bargaining as Compromise*, The Yale Law Journal, 1992, Vol. 101, 1992, p. 1969 et s. ; J.S. KRAUS, *Philosophy of contract Law*, in S. SHAPIRO, J. COLEMAN (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 687

¹⁶⁴⁴ M. GIACOPELLI, *Les procédures alternatives aux poursuites. Essai d'une théorie générale*, préc., p. 505, spéc. n°39.

l'intervention d'un magistrat du siège pour validation de l'accord ne confère pour autant pas à la procédure un caractère juridictionnel¹⁶⁴⁵. Par conséquent, la décision est insusceptible de recours. La seule possibilité pour un individu ayant fait l'objet d'une ordonnance de validation de faire part de son changement d'avis et du souhait de finalement bénéficier d'un procès équitable, quelle qu'en soit l'issue, réside en pratique dans la non exécution des mesures initialement acceptées. En toute hypothèse ce cas de figure paraît relativement peu probable. Il est de plus risqué, puisque la non-exécution de la composition pénale par l'auteur des faits peut conduire le ministère public à prendre des réquisitions d'une plus grande sévérité¹⁶⁴⁶. Il convient dès lors de conclure à l'impossibilité pour la personne faisant l'objet d'une procédure de composition pénale de révoquer son consentement postérieurement à l'intervention de l'autorité juridictionnelle. Sur ce point la différence avec la CRPC est d'autant plus critiquable que le retrait de l'aveu n'est pas encadré de la même façon pour les deux procédures.

365. Le sort de l'aveu en cas d'échec de la procédure¹⁶⁴⁷. En effet, lorsque la procédure de CRPC se solde par un échec, soit que l'auteur des faits n'accepte pas l'offre du parquet, qu'il revient sur son aveu ou que le magistrat du siège refuse l'homologation de l'accord, l'article 495-14 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que les déclarations de l'intéressé ne peuvent être utilisées contre lui lors d'une audience de jugement classique¹⁶⁴⁸. Strictement appliquée par la jurisprudence, cette disposition implique que le maintien des procès-verbaux de CRPC dans la procédure devant le tribunal correctionnel, leur visa dans les motifs de la décision, ou toute autre référence par la juridiction de jugement aux déclarations faites au cours de la procédure de CRPC, peuvent conduire à l'annulation de la décision s'il a été porté atteinte aux droits de la défense¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁵ Cass. avis. 18 janv. 2010, n° 09-005, Bull. crim., avis n° 1 ; Cass. crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.460, Bull. crim., n° 190. C'est la raison pour laquelle l'amende de composition ne peut constituer le premier terme de la récidive.

¹⁶⁴⁶ Circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2001, point 6.2.

¹⁶⁴⁷ A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité : étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 654.

¹⁶⁴⁸ J-E. SCHOETTL, *La loi Perben II devant le Conseil Constitutionnel*, Gaz. Pal. 2004, p. 911 : « La règle prévue à l'article 495-14 tend à éviter que les déclarations faites par l'intéressé ne puissent lui nuire devant la juridiction de jugement ».

¹⁶⁴⁹ Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, le fait que les déclarations du mis en cause aient été visées ne suffit pas pour annuler la décision du tribunal. La preuve de l'atteinte aux droits fondamentaux doit être également apportée. V. Cass. crim. 17 sept. 2008, JCP, G 2008, II, 10194, note Y. JOSEPH-RATINEAU ; Rev. sc. crim. 2009, p. 412, obs. R. FINIELTZ ; D. 2008, Jur., p. 2904, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; AJ pén. 2008, p. 515, obs. C. SAAS ; D. 2009, Pan. 2244, obs. PRADEL. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt attaqué au motif que « il ne pouvait être fait état, par la juridiction de jugement, des déclarations faites au cours de la procédure de CRPC ». Dans un arrêt en date du 30 nov. 2010, la Cour de cassation, malgré la présence du

Fondée sur le respect de la présomption d'innocence, il serait opportun que cette réglementation applicable à la CRPC soit étendue à la composition pénale. En pratique cela semble néanmoins délicat au regard de l'article R. 15-33-60 du Code de procédure pénale qui prévoit que le procès verbal de composition faisant état de la reconnaissance des faits doit être versé à la procédure¹⁶⁵⁰.

S'agissant des déclarations faites par l'auteur des faits, le passage des procédures de CRPC et composition pénale à la tenue d'un procès devant le tribunal correctionnel n'est jamais totalement imperméable. Cela conduit à relativiser l'effectivité de la protection de l'aveu en cas d'échec de la procédure. Le contrôle du respect de la présomption d'innocence qu'exerce la jurisprudence, en censurant les décisions qui ont pris en compte l'aveu donné par l'individu, semble trouver sa limite au sein de l'incertitude relative à l'autonomie des preuves les unes par rapport aux autres¹⁶⁵¹.

Après avoir analysé l'objet et les caractères du consentement, l'étude de l'acceptation de l'offre émise par la partie poursuivante invite enfin à traiter des effets du consentement.

§3. Les effets du consentement

366. Étape du processus de négociation. Pour l'ensemble des procédures négociées, que l'on soit en présence d'une non-contestation des griefs, d'un plaider coupable ou encore d'une dénonciation, le consentement caractérise le franchissement d'une étape dans le processus de négociation.

Sans présenter les mêmes caractéristiques que le consentement contractuel pour pouvoir jouer son rôle¹⁶⁵², le consentement de l'auteur de l'infraction à se conformer aux termes de l'offre de l'autorité de poursuite permet la réalisation et l'efficacité d'un circuit procédural

procès-verbal au sein du dossier, a toutefois reconnu que la procédure n'était pas nulle car il n'y avait pas eu atteinte aux intérêts du prévenu puisque les juges ne s'étaient pas fondés sur le procès-verbal pour asseoir leur conviction de culpabilité. Cass. crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.460, D. 2011, p. 166 ; Dalloz Actualité, 24 janv. 2011, obs. Léna. Dans le même sens, v. Cass. crim. 18 janv. 2011, n° 10-83. 750, D. 2011, p. 381.

¹⁶⁵⁰ Sur ce point, v. les observations de A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité, étude comparée des justices pénales françaises et anglaises*, préc., p. 654, spéc. n° 1093.

¹⁶⁵¹ Comme le souligne J. PRADEL, on peut trouver une illustration de ce « tri » entre les bonnes preuves et les mauvaises preuves dans l'affaire *Gafgen c. Allemagne*, CEDH, 1^{er} juin 2010, n° 22978/05, §186-187 ; v. D. 2011, Pan, p. 2238. V. *infra* n° 533. V. également A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, préc., p. 152 et s.

¹⁶⁵² V. J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, préc., p. 545 et s. spéc. n° 668 : « Sans matérialiser un contrat, le consentement donné permet de choisir une mesure vue comme plus favorable ».

déroatoire. En outre, par l'acceptation qu'il matérialise, le consentement permet à l'accord de se doter d'un caractère irrévocable en ce qu'il empêche l'autorité de poursuite de revenir sur son offre¹⁶⁵³.

367. Effets à l'égard de l'action publique. Contrairement aux alternatives aux poursuites, le consentement donné dans le cadre des procédures de négociation n'a pas pour effet d'éteindre l'action publique. Seule la condamnation issue de l'homologation de l'accord par un magistrat du siège aboutit à ce résultat, conformément à l'article 6 alinéa 1 du Code de procédure pénale et en contradiction semble-t-il avec l'alinéa 3 du même article¹⁶⁵⁴. L'extinction observée ne procède donc pas directement du jeu de la volonté de l'auteur de la renonciation au bénéfice d'un procès traditionnel.

Ce raisonnement est transposable à l'action devant l'Autorité de la concurrence. Disposant du *jurisdictio* et de l'*imperium*, l'Autorité de la concurrence rassemble en effet les attributs essentiels de la fonction juridictionnelle¹⁶⁵⁵. Ainsi, sa décision de prononcer une sanction ou une exonération totale à l'issue d'une procédure négociée – dans le but de rétablir et de préserver l'ordre public économique – est revêtue de l'autorité de la chose « décidée »¹⁶⁵⁶ et est susceptible d'un recours devant la Cour d'appel de Paris. Ce n'est donc pas le consentement de la ou des entreprises en cause qui produit un effet sur le processus répressif mais bien la décision finale de l'Autorité, à l'instar de celle émanant du magistrat du siège en matière de procédures de CRPC, composition pénale et celle prévue par l'article 132-78 du Code pénal. Si la procédure devant l'Autorité obéit à ses propres règles, elle se rapproche ainsi largement de l'office du juge pénal. De plus, s'agissant de la valeur des décisions rendues en matière de concurrence à l'issue de la mise en œuvre de procédures négociées, il

¹⁶⁵³ V. *supra* n° 349 et s.

¹⁶⁵⁴ L'article 6 al. 3 CPP prévoit que l'action publique peut « en outre s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément, ou par l'exécution d'une composition pénale (...) ». Au regard des développements portant sur la nature de la procédure de composition pénale, il semble que la validation par le président du tribunal (art. 41-2 al. 6 C. pr. pén.) s'apparente à une décision ayant force de chose jugée, entraînant ainsi l'extinction de l'action publique.

¹⁶⁵⁵ J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009, n° 50.

¹⁶⁵⁶ Cons. conc. Décision n° 00-D-75 du 17 décembre 2002. V. A. GUINCHARD, *Matière pénale et cumul des sanctions, Vers un meilleur respect du principe non bis in idem*, préc., p. 518. L'auteur souligne que si l'on ne peut pas parler au sens strict d'autorité de la chose « jugée » à l'égard des décisions des AAI, il s'agit pourtant bien de la leur attribuer en sa caractéristique principale, l'interdiction des doubles poursuites. Leurs décisions doivent avoir la même autorité que celles du juge pénal (...) qui sert alors de modèle vers lequel le droit répressif, le droit de la matière pénale, tend et doit tendre. Cf. Rapp. Coulon, préc.

est intéressant d'observer que l'Autorité se fonde sur l'article 6 du Code de procédure pénale et la notion de « chose jugée » pour faire application du principe *non bis in idem*¹⁶⁵⁷.

368. Effets à l'égard de l'auteur. À l'égard de l'auteur des faits, le consentement – appréhendé comme un « acte d'option »¹⁶⁵⁸ – a pour effet d'écarter le débat judiciaire classique et fait apparaître l'idée de l'émergence d'une « pénalité d'autocontrôle qui fait de l'infacteur le gestionnaire de sa propre punition »¹⁶⁵⁹. Emportant la renonciation aux garanties individuelles¹⁶⁶⁰ découlant traditionnellement du procès pénal, l'exercice de « l'option »¹⁶⁶¹ par l'auteur de l'infraction illustre la faculté pour ce dernier de hiérarchiser ses propres intérêts¹⁶⁶².

Néanmoins, si le recours au consentement a pour effet de reconfigurer les modalités du jugement, cela ne caractérise pas un désengagement de l'État en ce que ce nouvel agencement est totalement encadré par le législateur. Acteur de la procédure pénale, l'auteur de l'infraction l'est certainement, mais il s'agit d'un acteur « scrupuleusement dirigé par l'appareil judiciaire »¹⁶⁶³. Finalement, le consentement du sujet de droit au stade de la formation de l'accord en matière pénale tend à devenir une condition nécessaire à la légitimité de la règle qui l'oblige¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁵⁷ Cons. conc. Décision n° 02-D-62 du 27 septembre 2002, confirmée par la Cour d'appel de Paris, arrêt du 17 juin 2003 relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne : « Si en vertu du principe *non bis in idem*, inscrit dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques (...) et dans l'article 6 du Code de procédure pénale qui dispose que « *l'action publique pour l'application de la peine s'éteint (...) par la chose jugée* », une personne déjà condamnée pour un fait répréhensible ne peut être poursuivie à nouveau pour ce même fait, l'exception de chose jugée ne peut, au terme d'une jurisprudence constante, être valablement soulevée qu'en présence d'une identité de cause, d'objet et de parties entre les deux poursuites ; que s'il est exact que certaines des entreprises mises en cause dans la présente affaire ont déjà été sanctionnées par le Conseil pour des pratiques de devis de couverture, les faits ayant donné lieu à ces sanctions (...) ne sont pas les mêmes que ceux concernés par la présente procédure (...) ». V. également A. GUINCHARD, *Matière pénale et cumul des sanctions, Vers un meilleur respect du principe non bis in idem*, préc., p. 523 : « La décision de clémence prise par l'Autorité de la concurrence à l'égard des personnes morales a l'autorité de la chose jugée ».

¹⁶⁵⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 543, spéc. n° 699 et s.

¹⁶⁵⁹ Y. CARTUYVELS, *Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ?* in F. CANTELLI et J-L. GENARD, *Action publique et subjectivité*, Paris, LGDJ, 2007, p. 100.

¹⁶⁶⁰ V. *supra* n° 273 et s.

¹⁶⁶¹ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc. Sur ce point, il convient de se rallier à l'opinion exprimée par C. SOURZAT dans sa thèse sur *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 355, spéc. n° 710. L'auteur affirme que : « Le domaine du consentement substitutif (...), embrasse les mêmes corps que celui de la renonciation portant sur des objets complexes. Dans ces conditions, (...) la superposition des deux systèmes permettrait d'identifier les renoncations procédant de l'exercice d'un droit d'option ».

¹⁶⁶² V. C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 363, spéc. n° 724.

¹⁶⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice ou justice pénale contractuelle*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 200.

Conclusion du Chapitre 1

369. Rapprochement conceptuel. Traiter de la formation de l'accord en matière pénale a permis d'identifier au sein des procédures négociées la présence d'une offre et d'une acceptation. Si les modalités de la rencontre des volontés diffèrent selon la dichotomie existante entre les procédures fondées sur l'auto-incrimination et l'incrimination d'autrui, il est toutefois possible d'observer la permanence du schéma appartenant traditionnellement à la matière civile. Néanmoins, caractériser les éléments participant en principe de la conclusion d'un contrat a conduit au constat selon lequel les notions d'offre et d'acceptation ne revêtent pas les mêmes caractères lorsqu'elles trouvent à s'appliquer en matière civile ou pénale. Si les notions ne renvoient pas avec exactitude à celles du droit civil, il reste qu'à l'offre de peine émanant d'une autorité de poursuite répond une acceptation, un consentement, s'analysant négativement comme la « renonciation à un statut »¹⁶⁶⁵ et positivement comme un « acte d'option »¹⁶⁶⁶.

370. Divergences techniques. Dès lors, si un rapprochement certain avec la notion de contrat sur un plan conceptuel est inévitable, sur le plan technique, la caractérisation des éléments constitutifs du rapport contractuel apparaît beaucoup plus incertaine, voire insaisissable. Les antagonismes intrinsèques aux deux domaines – accord et répression – semblent en être la raison principale. « Le vocable « contractualisation » ne peut alors renvoyer qu'à l'émergence d'une concurrence entre deux blocs de règles impératives, s'accompagnant de la création de facultés de renonciation pour les départager »¹⁶⁶⁷.

S'il y a donc bien, en matière pénale, un ancrage progressif du consensualisme traduisant l'existence d'un accord de volontés, peut-on pour autant retenir la qualification de contrat ? Un contrat confère aux parties des droits et obligations réciproques, or, il semble que l'accord

¹⁶⁶⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 543, spéc. n° 698. Dans sa thèse, l'auteur souligne que l'auteur du consentement « (...) n'abandonne pas uniquement une prérogative ou un droit, il renonce aussi à des sujétions ou des devoirs. Autrement dit, l'auteur d'un consentement substitutif renoncerait à un statut ».

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁶⁷ C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 363, spéc. n° 724.

identifié ici n'en fait pas nôtre. C'est ce qu'il s'agit de vérifier en tentant de qualifier juridiquement cet accord.

Chapitre 2. La qualification de l'accord en matière pénale

371. Recherche de la nature juridique de l'accord. Illustration de la « généralisation de la négociation judiciaire »¹⁶⁶⁸, le développement des mécanismes reposant sur le plaider coupable au sein de la procédure pénale française vient cristalliser une opposition entre les procédures qualifiées de « procédures de combat »¹⁶⁶⁹, qui correspondent aux procédures de jugement classiques, et les « procédures de contrat »¹⁶⁷⁰, favorisant les tractations et les négociations en amont d'un jugement sans véritable débat.

Il est entendu que la notion de contrat contenue dans le terme « contractualisation » renvoie moins à une réalité juridique précise qu'elle n'évoque un nouveau type de rapports fondés sur le dialogue et la recherche du consensus¹⁶⁷¹. Ainsi, dans sa grande majorité, la doctrine traite de l'ensemble des procédures de négociation – figures nouvelles de la contractualisation de la matière pénale – au travers de développements détaillés sur les conditions à remplir et la marche à suivre pour obtenir la mansuétude à l'égard de la peine. En revanche, elle ne donne que très peu d'éléments sur la nature juridique même du mécanisme mis en œuvre. Or, traiter de l'introduction en droit français de procédures de négociation, incite nécessairement à une réflexion sur la nature des institutions qui placent le débat entre l'accusation et l'auteur de l'infraction en amont du procès pénal¹⁶⁷².

Selon le raisonnement binaire cher au juriste, une qualification doit être retenue ou écartée, comme un jugement tranche dans un sens ou dans un autre¹⁶⁷³. Dès lors, il apparaît opportun

¹⁶⁶⁸ X. PIN, *La défense devant les juridictions de jugement*, préc., p. 159.

¹⁶⁶⁹ J. PRADEL, *Défense pénale et régime de procédure*, 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 Lyon III, à Lyon du 19 au 21 novembre 2009, RPDP, 2010, n^o spécial 2010, p. 30 et s.

¹⁶⁷⁰ X. PIN, *La défense devant les juridictions de jugement*, préc., p. 160. V. également A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité, étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 864, spéc. n^o 1468.

¹⁶⁷¹ J. CHEVALLIER, *La gouvernance et le droit*, in *Mélanges offerts à P. AMSELEK*, éd. BRUYLANT, 2005, p. 199. V. sur ce point, P. ANCEL, *Contractualisation*, in L. CADIET (éd.), *Dictionnaire de la justice*, préc. Dans le même sens, v. B. de LAMY, *Procédures et procédés (Propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale)*, préc., p. 150. L'auteur souligne que « Le terme de contrat ne doit pas être retenu ici avec l'exactitude de la notion civiliste ».

¹⁶⁷² A. CHAVENT-LECLERE, *La transaction existe-t-elle en droit pénal ?* in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 158.

¹⁶⁷³ S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Le système juridique à l'ère de la contractualisation*, préc. p. 37.

de rechercher si la contractualisation renvoie ou non à un mécanisme juridique plus ancien, en l'espèce, le contrat.

Phénomène d'intrusion de l'accord des volontés dans des domaines soumis à des règles impératives¹⁶⁷⁴, la confrontation de la contractualisation identifiée en matière pénale avec la notion de contrat semble ainsi être un passage obligé. L'étude paraît d'autant plus pertinente que le *plea bargaining* – pratique « éthiquement aussi attractive qu'efficace »¹⁶⁷⁵ et dont le rayonnement sur la procédure pénale française n'est plus à démontrer – est souvent présentée sur sa terre natale comme un contrat¹⁶⁷⁶.

372. Plan. Dans le même sens, dès lors que l'on cherche dans le droit positif français une qualification déjà existante pour qualifier l'accord issu du processus de négociation français entre une autorité publique et l'auteur de l'infraction, la seule potentiellement applicable semble être celle de contrat. Néanmoins, si l'on tient à éviter le forçage des notions d'accord et de contrat, on se rend compte que cette dernière n'est pas adaptée (section 1). Il existe assurément entre les deux notions une proximité définitionnelle. Néanmoins, la volonté d'appréhender cette figure informelle de concertation que l'on nomme « l'accord en matière pénale », doit conduire à la désolidariser du contrat. Confrontée au polymorphisme de l'accord, nous constatons que sa catégorisation est impossible¹⁶⁷⁷. C'est alors une qualification *sui generis* qui s'impose, et qui se révélera être une qualification fonctionnelle (section 2).

¹⁶⁷⁴ B. de LAMY, *Procédures et procédés (Propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale)* préc., p. 150.

¹⁶⁷⁵ F. H. EASTERBROOK, *Plea bargaining as compromise*, préc., p. 1969.

¹⁶⁷⁶ V. R.E. SCOTT, W.J. STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, préc. ; R.H. BLUMOFF, *Getting to Guilty, Plea bargaining as negotiation*, 2 *Harvard Negotiation Law Review*, 1997, p. 115 ; J.E. ROSS, *The entrenched position of plea bargaining in the United States legal practice*, 54 *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 717 et s. L'auteur parle de « contrat d'adhésion » ; F. H. EASTERBROOK, *Plea bargaining is a shadow market*, 51 *Duquesne Law Review*, 2013, p. 551 ; N.S. WILSON, G. JARA, *Plea bargaining and the Legislative response*, *Warwick School of Law Research Paper*, 2013, n° 14.

¹⁶⁷⁷ V. E. CLAUDEL, *Droit des contrats et droit de la concurrence*, *RTD com.* 1999, p. 291, spéc. n°126.

Section 1. Inadaptation de la notion de contrat

373. Utilisation des catégories. Afin d'insérer les réalités qu'il traite dans l'organisation du système juridique, le droit procède, de manière générale, par classification¹⁶⁷⁸ au moyen de catégories. Le principal atout de ce système est qu'il permet de « couler dans des moules éprouvés par l'expérience »¹⁶⁷⁹ les faits et actes de la vie sociale ayant des caractères communs. Aussi, pour appréhender tous les aspects d'une notion et afin de déterminer si celle-ci peut être encadrée au moyen de règles juridiques connues et objectivement déterminées, il faut chercher à l'intégrer dans des classifications existantes, par le biais d'une identification de différents critères.

Appliqué à l'accord en matière pénale, le raisonnement implique de rechercher sa qualification selon des « critères de liaison »¹⁶⁸⁰ – qui consistent dans la détection des ressemblances caractéristiques avec des catégories juridiques existantes – et des « critères de dissociation »¹⁶⁸¹, permettant de détecter les différences significatives tout en soulignant l'inopportunité d'une qualification donnée.

374. Déclinaison du phénomène. C'est à ce titre qu'il convient de souligner que la progression des accords et le recours au consentement se décline dans différents domaines. En matière civile par exemple, et plus spécialement en droit de la famille, où divorce et contrat font l'objet d'un rapprochement analogique¹⁶⁸² et ne constituent qu'un exemple parmi d'autres de ce que certains auteurs considèrent comme le recul de l'impérativité et du « relais contractuel »¹⁶⁸³ en la matière. On peut observer le même raisonnement en droit public,

¹⁶⁷⁸ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 242, spéc., n° 184 et s.

¹⁶⁷⁹ J-L. BERGEL, préc., p. 238, spéc. n° 180.

¹⁶⁸⁰ J-L. BERGEL, préc., p. 240, spéc. n° 182.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

¹⁶⁸² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Divorce et contrat*, in D. FENOUILLET, P. de VAREILLES SOMMIERES, *La contractualisation du droit de la famille*, éd. Economica, 2001, p. 67.

¹⁶⁸³ *Ibid.* ; v. également, X. LABBEE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?* PUL, 1996 ; J. HAUSER, *Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ?*, D. 1996, chron. p. 182 ; C. NEIRINCK, M. BRUGEMAN, *Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ?* Les cahiers de droit, vol.49, n° 4, 2008, p.551 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille : entre leurre et instrumentalisation*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, coll. Droit et Société. Recherches et travaux, 2007, p.167 et s., spéc. p. 173.

diverses études parlent en effet d'un « phénomène de contractualisation »¹⁶⁸⁴, mais une partie de la doctrine admet que le recours à la technique contractuelle relève davantage du « trompe-l'œil »¹⁶⁸⁵ que d'une réalité juridique.

Ce constat semble pouvoir se vérifier en matière pénale, domaine d'ordre public par excellence et trop marqué par la logique de la décision pour que l'on y puisse identifier de véritables contrats¹⁶⁸⁶. La question de savoir si l'existence d'un accord implique de reconnaître ou non un caractère contractuel aux procédures négociées est d'autant plus importante qu'elle soulève, outre la problématique liée à la transposition de la notion de contrat dans une matière qui lui est hostile par essence, des difficultés relatives au régime de ces procédures¹⁶⁸⁷.

En conséquence, afin de démontrer que l'accord entre l'auteur d'une infraction et une autorité de poursuite ne peut recevoir la qualification de contrat, et en réaction contre le désordre engendré par l'empilement de diverses propositions doctrinales quant à sa nature, il est apparu opportun d'adopter une logique de catégorisation traditionnellement à l'œuvre dans les sciences du vivant, à savoir la classification des espèces. Cette classification, initiée par un naturaliste suédois¹⁶⁸⁸, repose sur une hiérarchie fixe de catégories définies de la façon suivante : ordre, famille, genre, espèce.

Appliquée à la science juridique, cette logique implique de démontrer que l'accord en matière pénale, espèce nouvelle que l'on cherche à rattacher à une catégorie existante, est constitué d'éléments que l'on retrouve effectivement dans d'autres catégories notionnelles – ce qui les rapproche – mais aussi de caractères spécifiques différents, que l'on ne retrouve pas dans lesdites catégories, ce qui interdit de lui en donner le nom¹⁶⁸⁹. Étymologiquement, définir c'est fixer les limites, délimiter, « situer pour opposer et pour individualiser », « cela ne peut

¹⁶⁸⁴ V. F. JULLIEN-LAFERRIERE, *La contractualisation du service public*, in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 57 ; J. CHEVALLIER, *Synthèse*, in Y. FORTIN, *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, 2000, p. 411.

¹⁶⁸⁵ J. CHEVALLIER, *Synthèse*, in Y. FORTIN, *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, préc., v. également P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, préc., p. 17.

¹⁶⁸⁶ P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, préc., p. 16.

¹⁶⁸⁷ V. J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTD civ. 1984, p. 255 et s., spéc. n° 3, s'agissant du principe selon lequel « toute identité de nature implique une identité de régime ».

¹⁶⁸⁸ La nomenclature de C. von LINNÉ et la hiérarchisation des classifications en ordre, espèce et variété s'imposent au XIX^{ème} siècle comme la nomenclature standard de toute chose : v. H. SCHMITZ, N. UDDENBERG, *Linné, le rêve de l'ordre dans la nature*, éd. Belin, 2007.

¹⁶⁸⁹ Cette logique peut être rattachée à celle qui découle de l'identification des *critères de liaison* et des *critères de dissociation*, v. *supra* n° 373.

donc se faire que sur des objets considérés comme ressortissants à des classes ou catégories distinctes »¹⁶⁹⁰.

Partant, l'accord en matière pénale doit d'abord être confronté aux critères de la catégorie du premier rang au dessus de lui¹⁶⁹¹, le genre de la transaction (§1), avant de démontrer qu'il ne peut pas non plus recevoir la qualification du second rang au dessus, la famille du contrat (§2), et ce, que l'on place l'analyse au sein de l'ordre public ou bien privé.

§1. Confrontation de l'accord en matière pénale avec le genre de la transaction.

375. Transaction pénale. En matière pénale, parler d'un accord entre l'auteur d'un comportement infractionnel et une autorité de poursuite évoque nécessairement la notion de transaction prévue à l'article 6 du Code de procédure pénale. Présentée « comme l'une des plus anciennes procédures alternatives »¹⁶⁹², la transaction pénale se définit en effet comme un accord entre une personne susceptible de faire l'objet de poursuites et une autorité administrative légalement investie du droit d'engager celles-ci, au terme duquel l'acceptation et la réalisation des mesures proposées par la seconde à la première éteint l'action publique¹⁶⁹³.

Si, initialement, seules certaines administrations, habilitées à déclencher des poursuites, pouvaient proposer à l'auteur d'une infraction une transaction¹⁶⁹⁴, on assiste désormais à une

¹⁶⁹⁰ Ch. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, Arch. ph. dr., 1966, p. 30.

¹⁶⁹¹ V. J-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTD civ. 1984, p. 255 et s. spéc., n° 17 : « L'existence d'une sous-catégorie suppose un rattachement à la catégorie immédiatement supérieure en degré de généralité ». Du même auteur, v. *Théorie générale du droit*, 5^e éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, spéc., n° 178 et s. V. également Ch. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, Arch. ph. dr., 1966, p. 30 : « En vérité, on ne peut jamais définir une espèce d'un genre isolément, comme en elle-même, c'est-à-dire sans avoir égard aux autres espèces, en les ignorant ; il faut considérer le genre tout entier, toutes les espèces, sinon mêmes leurs subdivisions ultérieures. Il faut avoir clairement conscience et avoir présent à l'esprit tout ce dont on prétend distinguer telle espèce, au minimum tout ce avec quoi on veut la faire coexister sur le même plan, au même degré ».

¹⁶⁹² M-E. CARTIER, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, RGDP, 1998, p. 1 et s.

¹⁶⁹³ V. CE, ass., 7 juil. 2006, *France Nature Environnement*, n° 283178, D. 2006, IR, p. 1985 ; AJDA 2006, p. 1412 ; F. DESPORTES, L. LAZERGUES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 731, spéc. n° 1051. Au terme de l'article 6 du Code de procédure pénale, la transaction pénale n'éteint l'action publique que « lorsque la loi en dispose expressément ». Aussi, elle ne constitue pas un mode général d'extinction de l'action publique. V. M. DOBKINE, *La transaction en matière pénale*, D. 1994, p. 137 et s. ; M. BOITARD, *La transaction pénale en droit français*, Rev. sc. crim., 1941, p. 150 et s. ; M. REDON, *Transaction*, Rép. pén. 2013.

¹⁶⁹⁴ On peut citer de manière non exhaustive les Art. L 153-2 C. For., pour l'administration des forêts ; Art. L. 116-8 C. Voierie. rout. pour l'administration de l'équipement ; L. 247-3 à L. 251 du Livre des procédures fiscales ; Art. 350 du Code des douanes ; L. 216-14 du Code de l'environnement ; Art. L. 2241-3 Code des transports pour les conventions des quatre premières classes à la police des transports publics ferroviaires ;

multiplication des autorités admises à proposer ce type de procédure¹⁶⁹⁵. Au-delà de cet accroissement des autorités disposant du droit de transiger, il est intéressant de constater que le législateur, dans sa recherche de procédures de nature à désengorger les juridictions pénales, a progressivement mis à la disposition du ministère public des mécanismes qui *s'apparentent* à la transaction pénale et au rang desquels est régulièrement citée la composition pénale. Si l'identification d'un accord rapproche les procédures de négociation de la notion de transaction pénale, il convient néanmoins de mettre en exergue les différences existantes entre ce que nous qualifions de procédures de simplification du jugement et l'idée d'un « contrat administratif »¹⁶⁹⁶ que représente la transaction pénale.

376. Transaction civile. Enfin, dans la mesure où la transaction est une notion d'origine civile, il apparaît légitime de transposer la recherche, de l'ordre public à l'ordre privé, et de s'interroger ainsi sur le fait de savoir si la transaction, telle que définie à l'article 2044 du Code civil¹⁶⁹⁷, peut être transposée au droit pénal et constituer l'habit juridique de l'accord dont la nature est inconnue.

377. Plan. C'est donc en passant d'un ordre à l'autre et plus précisément en analysant les caractéristiques inhérentes à la transaction pénale, d'une part (A), et civile, d'autre part (B),

Art. L. 4472-9 Code des transports pour les transports fluviaux et L. 6232-1 pour la circulation aérienne ; Art. L. 470-4-1 C. com. ; V. M. REDON, *Transaction*, Rep. pén. Dalloz. Pour une présentation de la liste complète des hypothèses dans lesquelles la transaction pénale peut être mise en œuvre, v. J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse. préc., p. 137, spéc. n° 157 et s ; v. également C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, préc., p. 206. Depuis la Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, l'offre de la transaction pénale prévue à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale peut émaner des officiers de police judiciaire.

¹⁶⁹⁵ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 732, spéc. n° 1052 ; v. notamment le décret n° 2014-368 du 24 mars 2014 relatif à la transaction pénale désormais étendue à l'ensemble des infractions prévues par le Code de l'environnement ; v. aussi la Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances qui met en place de nouvelles procédures de transaction à la disposition des maires (Art. 444-1 C. pr. pén.) ; v. également la Loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits permettant à cette autorité (et non plus à la HALDE) de proposer une transaction pénale à l'auteur des faits constitutifs d'une discrimination. Selon A. BUREAU : « Le législateur entend allouer cette technique répressive qu'est la transaction à des autorités autres que le ministère public lorsque, dans certaines circonstances expressément prévues par la loi, celles-ci sont supposées être plus compétentes que le titulaire normal de l'action publique pour pouvoir intervenir », in *Le principe d'indisponibilité de l'action publique*, thèse, préc., p. 264, spéc. n° 370.

¹⁶⁹⁶ V. MM. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, préc., n° 65 pour qui la transaction s'analyse comme « un moyen administratif bilatéral d'extinction des poursuites, qui n'a plus qu'une lointaine ressemblance avec la transaction civile » ; J-F. DUPRÉ, *La transaction en matière pénale*, Litec, 1977, p. 192 cité par A. BUREAU, *L'indisponibilité de l'action publique*, préc., p. 261 : « La transaction se présente sous la forme d'une décision administrative à caractère répressif, (...) intervenant dans des conditions similaires à celles du contrat d'adhésion et surtout du contrat administratif » ; E. GHERARDI, *Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales*, RFDA, 1999, p. 905, spéc. pp. 912-917 où l'auteur démontre que la transaction pénale est un contrat administratif *sui generis* par ses clauses, son régime et son objet ; M. DOBKINE, *La transaction pénale*, D. 1994, chron. p. 139. L'auteur souligne que la transaction constitue en réalité un « contrat pénal indemnitaire non exécutoire » qui emprunte de nombreux traits au contrat administratif.

¹⁶⁹⁷ Art. 2044 C. Civ : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

qu'il convient de déterminer précisément si l'accord, issu du processus de négociation en matière pénale, peut être ou non qualifié de transaction.

A. Étude de la qualification de transaction pénale

378. Utilisation du critère de l'effet extinctif. L'article 6 du Code de procédure pénale, après avoir énuméré les modes classiques d'extinction de l'action publique, prévoit en son alinéa 3 que celle-ci « peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ou par l'exécution d'une composition pénale (...) ». La lecture de cet article permet de tirer deux conclusions relativement univoques.

Premièrement, il convient de retrancher de la qualification de transaction pénale toute procédure qui n'éteint pas l'action publique¹⁶⁹⁸. À cet égard, il a déjà été évoqué qu'au sein des procédures de négociation, l'accord résultant de la discussion engagée entre l'auteur des faits et l'autorité de poursuite – aussi bien en matière pénale que para-pénale – ne produit pas d'effet sur l'action publique mais sur la peine¹⁶⁹⁹. L'extinction de l'action publique ne résulte pas d'un processus transactionnel, de l'accord conclu, mais du prononcé d'un jugement ayant autorité de la chose jugée à la suite d'un acte de validation ou d'homologation de la part d'une autorité juridictionnelle¹⁷⁰⁰. Les procédures reposant sur un aveu de culpabilité n'ayant pas été conçues comme une alternative aux classements sans suite, mais comme un remède aux jugements trop longs et coûteux, la problématique qu'elles soulèvent ne porte pas sur l'action publique, déjà mise au mouvement au moment de l'accord. De fait, dès lors que ces procédures incarnent non pas un moyen d'extinction de l'action publique mais bien une forme

¹⁶⁹⁸ A. CHAVENT-LECLERE, *La transaction existe-t-elle en droit pénal ?*, préc., p. 151.

¹⁶⁹⁹ V. *supra* n° 367.

¹⁷⁰⁰ Il convient à ce titre de s'interroger sur la dénomination attribuée à la procédure de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale. À la différence de la transaction pénale prévue à l'article 6 du Code de procédure pénale, la nouvelle transaction issue de la Loi du 15 août 2014 prévoit en effet que : « l'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans les délais impartis l'intégralité des obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction. En cas de non exécution de l'intégralité des obligations ou de refus d'homologation, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre les mesures prévues à l'article 41-1 ou une composition pénale, ou engage les poursuites ». Alors que la procédure de l'article 6 du Code de procédure pénale laissait penser qu'il n'y a de transaction pénale qu'autant que l'action publique est définitivement éteinte, l'avènement du nouvel article 41-1-1 ravive la confusion. V. en ce sens J-B. PERRIER, *La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel*, D. 2014, p. 2503. L'auteur reprend les conclusions de Boyer qui, en 1947, concluait que la transaction pénale est un objet juridique mal identifié.

de poursuite pénale, l'accord qui est en l'ossature n'est pas « conforme à la dénomination légale de transaction »¹⁷⁰¹.

379. Nuance. L'exclusion « en bloc » de l'ensemble des procédures reposant sur un aveu de la dénomination « transaction pénale » doit toutefois être nuancée au regard de la procédure de composition pénale d'une part¹⁷⁰², et au regard des procédures devant l'Autorité de la concurrence d'autre part¹⁷⁰³.

1) L'exclusion de la composition pénale de la qualification de transaction pénale.

380. Rapprochement apparent. Certes, transaction pénale et composition pénale visent toutes deux à aboutir à l'extinction exceptionnelle de l'action publique. Il a même été souligné qu'avec l'instauration de la composition pénale, le législateur reconnaît au ministère public la faculté de transiger avec l'auteur d'un délit « ordinaire », consacrant par là même une extension remarquable du domaine de la transaction dans le champ répressif¹⁷⁰⁴.

Or, et c'est la deuxième conclusion que l'on peut tirer de la formulation même de l'article 6 du Code de procédure pénale, transaction pénale et composition pénale ne peuvent être assimilées¹⁷⁰⁵. De plus, alors que dans l'hypothèse de la transaction, la poursuite est exercée par une administration habilitée à poursuivre une infraction qui lèse les intérêts qu'elle représente¹⁷⁰⁶, la composition pénale s'inscrit dans l'optique classique du procès pénal en mettant en jeu une victime privée, l'auteur de l'infraction et le ministère public¹⁷⁰⁷. Enfin, alors que la composition pénale ne peut intervenir qu'en amont d'un procès « *a minima* », la

¹⁷⁰¹ A. CHAVENT-LECLERE, préc., p. 150.

¹⁷⁰² En raison de la caractéristique qu'elle partage avec la transaction pénale, à savoir l'effet extinctif, conféré à tort nous semble-t-il par l'article 41-2 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁰³ Du fait de la confusion que l'existence d'une transaction pénale comme outil de sanction des pratiques restrictives de concurrence est susceptible de faire naître.

¹⁷⁰⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, *De la transaction pénale à la composition pénale*, JCP G, 2000, p. 198.

¹⁷⁰⁵ L'art. 6 al. 3 du Code de procédure pénale dispose que « Elle peut (l'action publique), en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ou par l'exécution d'une composition pénale (...) ».

¹⁷⁰⁶ V. *supra* note de bas de page n° 1694 ; V. M. DOBKINE, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 137.

¹⁷⁰⁷ Sous réserve désormais, de la transaction pénale prévue à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale qui met en jeu l'auteur de l'infraction et un officier de police judiciaire, sur autorisation du ministère public.

transaction pénale peut, elle, être mise en œuvre antérieurement au procès mais également postérieurement au jugement¹⁷⁰⁸.

Aussi, s'il est juste d'affirmer que l'instauration de la composition pénale a ouvert la voie de la négociation à la partie poursuivante¹⁷⁰⁹, il est en revanche inexact de voir au sein de cette procédure une entorse au principe d'indisponibilité de l'action publique. La composition pénale ne confère pas au ministère public la faculté de transiger¹⁷¹⁰ ; elle est, en dépit de l'incohérence des textes, un mode de poursuite¹⁷¹¹.

Au terme de ce constat, il importe de bien distinguer les procédures qui répondent avec exactitude aux caractéristiques de la transaction pénale, de celles qui font plus ou moins référence à la logique qui y est attachée. En ce sens, et jusqu'à l'introduction récente d'une nouvelle transaction pénale à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale¹⁷¹², la seule forme de transaction qui existait en droit pénal s'illustrait à l'égard des administrations publiques auxquelles a été confié le droit de transiger à la suite de comportements violant des intérêts dont elles ont la charge¹⁷¹³, ce qui n'est pas le cas du mécanisme visé à l'article 41-2 du Code de procédure pénale.

2) L'exclusion des procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence de la qualification de transaction pénale.

381. Existence de la transaction au sein du Code de commerce. Au terme de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises¹⁷¹⁴, l'article L. 470-4-1 du Code de commerce¹⁷¹⁵ prévoit que, pour les délits non punis d'une peine d'emprisonnement et les

¹⁷⁰⁸ Sur ce point la transaction s'éloigne de la qualification de contrat administratif et s'apparente davantage à une transaction de droit privé en ce qu'elle porte principalement sur des sanctions au caractère patrimonial, V. J-F. DUPRÉ, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 169.

¹⁷⁰⁹ J. LEBLOIS-HAPPE, *De la transaction pénale à la composition pénale*, préc., n° 6.

¹⁷¹⁰ V. Débats AN, JOAN avril 1999, p. 3332 : « La composition pénale n'est absolument pas une transaction, mais un compromis entre ce que le procureur propose et ce que l'auteur de l'infraction accepte ».

¹⁷¹¹ V. *supra* n° 69 et s. V. également S. V. COURTALON, Vice procureur, Secrétaire générale au parquet de Lille in Discussion lors de la conférence du 25 nov. 2005, *La contractualisation : évolution ou mutation du droit pénal*, préc.

¹⁷¹² V. Loi n° 2014-886 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Pour une justification de l'exclusion du champ d'étude de la procédure prévue à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale, v. *supra* n° 29.

¹⁷¹³ V. A. CHAVENT-LECLERE, *La transaction existe-t-elle en droit pénal ?*, préc., p. 152 ; J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 137, n° 157 : « Seules certaines administrations peuvent transiger et ce, uniquement pour certains délits ».

¹⁷¹⁴ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF, 3 août 2005, p. 12639.

¹⁷¹⁵ Modifié par l'ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005.

contraventions prévus en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, l'autorité administrative chargée de la concurrence a la possibilité de mettre en œuvre une transaction¹⁷¹⁶. Il convient de ne pas assimiler cette hypothèse de transaction avec les procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence décrites précédemment.

382. Distinction de la transaction pénale et des procédures négociées en droit de la concurrence. En effet, la procédure de clémence suppose une véritable collaboration initiée par une dénonciation de la part de l'entreprise délinquante et ce, en vue d'obtenir une exonération de peine au terme d'une décision de l'Autorité de la concurrence. Cette décision étant revêtue de l'autorité de la chose « jugée »¹⁷¹⁷, le mécanisme révèle une différence fondamentale avec les caractéristiques de la transaction pénale¹⁷¹⁸.

Concernant la procédure de non-contestation des griefs, la distinction est plus délicate, certains auteurs la qualifiant même de « procédure de transaction »¹⁷¹⁹. Néanmoins, cette dénomination n'est pas juridiquement exacte dans le sens où la caractérisation d'une transaction pénale implique que la procédure en cause porte sur l'action publique. Or, d'une part, « la procédure de non-contestation de griefs ne porte que sur l'action portée à la connaissance de l'Autorité de la concurrence »¹⁷²⁰, d'autre part, elle n'a pas pour effet d'éteindre l'action publique puisque l'article L. 462-6 du Code de commerce permet à l'Autorité d'adresser le dossier au procureur de la République pour la mise en œuvre des poursuites à l'égard des personnes physiques.

Aussi, dès lors qu'il est impossible d'identifier tant l'objet que les effets de la transaction pénale, de même que son aspect réparateur au sein des procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence, cette qualification doit nécessairement être écartée. Cela dit, le rejet d'une assimilation de l'accord préalable à une transaction avec celui qui est cœur des procédures de négociation ne peut être définitif qu'après avoir déplacé l'analyse sur une notion du même genre, mais appartenant à autre ordre : la transaction civile.

¹⁷¹⁶ V. C. NOURISSAT, *Procédure de transaction pour les délits du Titre IV du Code de commerce*, RLC, 2006, p. 592 ; D. FERRIER, D. FERRÉ, *La réforme des pratiques commerciales*, JCP E, 2005, p. 1530, spéc. n° 48 et s. ; J-L. GERARD, *L'efficacité du nouveau droit : le dispositif répressif*, in Y. PICOT, (dir.), *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 87 et s.

¹⁷¹⁷ V. *supra* n° 150 et n° 300.

¹⁷¹⁸ En outre, l'accord entre le Rapporteur général et l'entreprise partie à une pratique anticoncurrentielle ne met pas fin à l'action publique, v. A. RONZANO, *Comm.* sous l'article L. 464-2 du MégaCode de commerce, Dalloz, 2002 ; également v. *supra* n° 300 sur le non respect du principe *ne bis in idem*.

¹⁷¹⁹ V. E. CLAUDEL, *La processualisation du droit de la concurrence*, in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2006, p. 285 et s. spéc. p. 289 ; F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, préc., p. 24. spéc. n° 2.1.3.

¹⁷²⁰ J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, préc., p. 154, spéc. n° 171.

B. Rejet de la qualification de transaction civile

383. Vertus et définition de la transaction civile. Au delà des vertus d'apaisement, d'efficacité et de célérité de la transaction civile¹⁷²¹ et de l'intérêt corrélatif que revêtirait une transposition de ce contrat à la matière pénale, déterminer si l'accord – résultat du processus de négociation en procédure pénale – peut répondre au qualificatif de contrat de transaction civile, implique de se pencher au préalable sur les caractéristiques de cette procédure.

« Contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »¹⁷²², la transaction civile permet aux parties de mettre un terme à leur différend de manière définitive, en dehors de l'intervention du juge, au moyen de concessions réciproques¹⁷²³. Loin d'être cantonné à la matière civile, l'esprit conciliateur de ce contrat de transaction s'observe ailleurs¹⁷²⁴. La profusion des modes alternatifs de règlement des litiges en témoigne¹⁷²⁵. Toutefois, comme le souligne un auteur, « tout accord conclu entre les parties n'est pas nécessairement une transaction »¹⁷²⁶. Dès lors, si son esprit se décline au sein d'autres procédures, il ne s'agit que de l'esprit, pas de la procédure en elle-même, « l'utilisation du mot se révélant plus large que le domaine du concept »¹⁷²⁷.

¹⁷²¹ V. J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, *Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM, 2002, n° 1125 ; Ph. FRUMER, *L'encadrement supranational de la solution contractuelle : l'impact des garanties du procès équitable*, Dalloz, 2008, p. 217 cité par J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 59, spéc., n° 67 : « (...) la souplesse, la discrétion, la certitude et la célérité du règlement conventionnel sont les maîtres atouts de la transaction ».

¹⁷²² Art. 2044 C. Civ.

¹⁷²³ Dans le silence du texte, doctrine et jurisprudence se sont accordées pour exiger une réciprocité des concessions, v. C. AUBRY et C. RAU, *Contrats civils divers, Quasi-contrats, Responsabilité civile, t. sixième*, 7^e éd, Librairies techniques, 1975, n° 201 ; H., J. et L. MAZEAUD par M. de JUGLART, *Leçons de droit civil, Tome 3, 2^e volume, Principaux contrats*, n° 1634 ; C. JARROSSON, *Les concessions réciproques dans la transaction*, D. 1997, chron. p. 267 ; Cass. civ. 1^{ère} 4 mai 1976, Bull. civ. I, n° 157, RTD civ. 1976, p. 812, obs. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 130, p. 87 ; B. FAGES, *Equilibre et transaction, l'exigence de concessions réciproques*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 53.

¹⁷²⁴ Notamment en droit administratif, v. B. PLESSIX, *Transaction en droit administratif*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 133 et s. ; S. LOPEZ, *Le cas de la juridiction administrative*, in P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, 2001, p. 87 et s. ; Y. GAUDEMET, *En matière administrative*, in L. CADIET, L. RICHER, *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, préc., p. 212 et s.

¹⁷²⁵ Tels que la médiation (CPC, Titre IV bis), la conciliation (CPC, Titre VI), la convention de procédure participative (art. 2062 à 2068 C. civ.) ou encore l'arbitrage (art. 1442 à 1447 CPC).

¹⁷²⁶ J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 3. Pour constituer une transaction « l'accord doit mettre un terme définitif au litige, (...) sans l'intervention d'un tiers, qu'il s'agisse d'un juge, d'un arbitre ou d'un médiateur ».

¹⁷²⁷ C. JARROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale*, RIDC, 1997, p. 344.

À cet égard, les procédures de négociation en matière pénale mettent bien en œuvre la logique transactionnelle, en ce que l'échange entre l'auteur de l'infraction et l'autorité de poursuite remplit la condition d'existence de concessions réciproques (1). Néanmoins, elles ne relèvent pas de la qualification exacte de transaction civile, l'accord en matière pénale n'ayant pas pour but de contourner l'intervention juridictionnelle, mais la nécessitant au contraire systématiquement (2).

1) Examen du critère des concessions réciproques

384. Concessions et renoncations. Comme le souligne un auteur, le mot « concession » dans l'acception ici retenue n'est pas un terme juridique, mais il peut néanmoins s'analyser en une renonciation¹⁷²⁸. Sur ce point, les procédures de négociation en matière pénale s'identifient à la transaction civile, l'accord entre l'auteur de l'infraction et l'autorité de poursuite supposant, d'un côté comme de l'autre, de renoncer à quelque chose, le compromis étant de l'essence de la négociation. Dans la forme donc, procédures de négociation et transaction civile se rapprochent¹⁷²⁹. Toutefois, dès lors que l'on place l'analyse, non plus sur le plan de la caractérisation formelle de concessions réciproques¹⁷³⁰ mais de l'identification matérielle de leur contenu, à savoir l'objet de ces concessions, des divergences apparaissent.

385. Divergences relatives à l'objet des concessions. Lorsqu'il est question de la transaction visée à l'article 2044 du Code civil, la question s'est posée de savoir s'il s'agissait de concessions substantielles ou procédurales. L'ambiguïté de la notion de concessions réciproques semble trouver sa source dans l'ambiguïté de la transaction elle-même, qui

¹⁷²⁸ C. JARROSSON, *Les concessions réciproques dans la transaction*, préc., p. 271 ; v. également P. CHAUVEL, *Transaction*, Rep. civ. Dalloz, 2011 ; V. aussi S. GUINCHARD et al., *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. précis, 7^e éd., p. 1365, spéc. n° 590.

¹⁷²⁹ V. F. BUSSY, *L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale*, Rev. sc. crim., 2007, p. 39 et s. L'auteur évoque à propos de ce rapprochement, une dénaturation de la matière pénale du fait de l'admission de sa négociabilité.

¹⁷³⁰ L'exigence de concessions réciproques est issue d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 janvier 1883 dans lequel la Cour indique que « la transaction, loin de constituer une reconnaissance réciproque des droits litigieux, suppose au contraire l'abandon réciproque d'une partie de ces droits ». Cette exigence a été réaffirmée plus tard, v. notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 130, JCP G, 2000, I, p. 272, obs. G. LOISEAU ; RTD civ., 2000, p. 566, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2007, *Bull. civ. III*, n° 214, RLDC, 2007, n°45, p. 15, note. S. DOIREAU ; v. également, P. LARRIEU, *Les concessions dans la transaction*, RDLC, 2007, p. 671 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P-Y. GAUTIER, *La transaction*, Défrenois, 2010, p. 543.

intéresse la procédure et le fond¹⁷³¹. Néanmoins, la jurisprudence a considéré que si la renonciation concerne certes le droit d'agir, celle-ci porte en premier lieu sur des éléments de fond. Les concessions doivent en effet représenter « un sacrifice réel et chiffrable de part et d'autre »¹⁷³². Transposée à la matière pénale, l'idée de renonciation à une prétention porte non pas sur le fond du droit mais bien sur le droit d'action. En écartant tout débat relatif à la preuve de la culpabilité et à la sanction, les concessions pour parvenir à l'accord entre l'auteur de l'infraction et le ministère public apparaissent davantage procédurales que substantielles. Si, comme en matière civile, les deux parties désirent fondamentalement éviter les aléas et les frais de temps et d'argent liés à un procès « traditionnel », le contenu de l'accord en matière pénale – à la différence de la transaction – rend impossible la caractérisation d'un sacrifice réel et chiffrable, spécialement de la part de l'autorité de poursuite.

386. Une renonciation d'ordre processuel. En effet, au terme des procédures de négociation étudiées, si l'autorité de poursuite renonce à initier une procédure répressive de droit commun, c'est par l'effet de la loi, qui lui accorde un choix quant au mode de poursuite à mettre en œuvre, et non pas par le biais de l'abandon d'un droit à faire valoir une prétention¹⁷³³. De plus, l'autorité de poursuite ne saurait être vue comme titulaire d'un droit de sanction, elle ne fait que proposer une sanction modulée et ce, en dehors de tout cadre contractuel. L'indisponibilité de la sanction et, au-delà, de l'action publique, empêche de pouvoir identifier un sacrifice substantiel¹⁷³⁴, la renonciation étant d'ordre processuel.

Egalement, si les concessions de l'auteur de l'infraction résident, certes, dans la renonciation à certains de ses droits substantiels¹⁷³⁵, ceux-ci sont liés pour l'essentiel à la tenue d'un procès de droit commun, que par son aveu, il entend précisément contourner.

¹⁷³¹ H., J. et L. MAZEAUD par M. de JUGLART, *Leçons de droit civil*, t. 3, 2^e vol., 2^e partie : *Principaux contrats*, 5^e éd., 1980, Montchrestien, n° 1634 ; C. JARROSSON, *Les concessions réciproques dans la transaction*, préc., p. 272 ; P. CHAUVEL, *Transaction*, Rép. civ., 2011 (mise à jour mars 2014) ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P-Y. GAUTHIER, *Droit civil, les contrats spéciaux*, LGDJ, 6^e éd., 2012, n° 1103.

¹⁷³² CA. Paris, 11 juin 1975, JCP 1976, II, n° 18357, note. Y. ASSOULINE.

¹⁷³³ On peut également donner un contenu plus positif aux concessions de la poursuite en ce qu'elles peuvent revêtir la forme d'un engagement nouveau que l'autorité prend à sa charge, à savoir requérir devant l'autorité juridictionnelle une peine moins sévère que celle normalement encourue au titre de la qualification pénale retenue. Engagement qui est d'ailleurs irrévocable une fois le consentement de l'auteur des faits intervenu. V. *supra* n° 349 et s.

¹⁷³⁴ Il convient d'ajouter que sur la base de l'article 2045 du Code civil, les juges ont privé du bénéfice de la transaction toutes les matières qui relevaient de près ou de loin de l'ordre public, soit parce que les droits en question étaient hors du commerce, tel l'état des personnes (V. Cass. civ, 2^{ème}, 30 janvier 1958, *Bull. civ.* II, n° 88), soit parce que l'intérêt en cause était protégé de façon absolue, tel le contrat de travail (V. Cass. soc., 2 décembre 1997, *Bull. civ.*, n° 416) ; A. CHAVENT-LECLERE, *La transaction existe-t-elle en droit pénal*, préc., p. 156.

¹⁷³⁵ V. *supra* n° 273 et s.

Ce constat de l'absence de caractère véritablement substantiel des concessions effectuées peut en outre être soutenu par le raisonnement sur la disponibilité des droits en cause. Assurément, alors que la contractualité de la transaction civile suppose nécessairement la disponibilité des droits – objet des concessions des parties – l'impérativité au cœur des procédures de négociation alliée au caractère fondamental des droits concernés par l'évitement du circuit de droit commun, fait émerger une problématique bien différente de celle inhérente à la matière civile. Les concessions faites par l'auteur des faits posent en effet la question du caractère absolu de certains droits, tels que le droit d'accès au juge¹⁷³⁶, et renvoient aux critères dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁷³⁷, ainsi qu'à l'idée d'une renonciation, non pas aux droits, mais à leur exercice¹⁷³⁸. Aussi, le critère jurisprudentiel relatif à l'existence de concessions substantielles ou celui d'une « abdication réciproque »¹⁷³⁹ des droits, observables en matière de transaction civile, ne se retrouve donc pas au sein de l'accord en matière pénale.

387. Recherche du critère de la réciprocité. Concernant la réciprocité, c'est de nouveau la jurisprudence qui est venue préciser ce que suppose cet élément au sein d'une transaction civile, dans un arrêt retenant la responsabilité d'un notaire qui avait établi une transaction sans attirer l'attention de l'une des parties sur l'absence de contrepartie aux concessions qui lui étaient réclamées¹⁷⁴⁰. Au terme de cette décision, il est admis que la réciprocité suppose « qu'à la concession d'une partie corresponde une concession de l'autre »¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ Sur ce point, v. S. GUINCHARD et al., *Droit processuel, Droit fondamentaux du procès*, préc., p. 1358, spéc. n° 588. Il est avancé que lors d'une transaction, du fait de règlement amiable du litige, le droit d'accès au juge ne trouve plus à s'appliquer, la cause à entendre ayant disparu. De la même façon, il n'y aurait plus d'accusation en matière pénale à examiner.

¹⁷³⁷ V. notamment CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume Uni*, req. n° 4451/70, série A, n° 18, spéc. § 36 ; CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*, req. n° 6903/75, série A, n° 35 ; CEDH, 10 février 1983, *Albert le Comte c/ Belgique*, req. n° 7299/75, série A, n° 58, § 35. La Cour considère que sans doute la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer (...) mais il n'en va pas de même de certains autres.

¹⁷³⁸ L'auteur des faits lors de la conclusion de l'accord ne renonce ainsi par exemple au droit de ne pas s'auto-incriminer que dans sa dimension processuelle, en adaptant ses modalités d'application, sans toutefois renoncer au droit lui-même. V. *supra* n° 289 et s.

¹⁷³⁹ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 592. Il n'y a pas d'abdication au sens propre du terme, seulement un choix relatif aux modalités d'application des droits en cause.

¹⁷⁴⁰ Civ. 3^e, 4 févr. 1976, Bull. civ. III, n° 50 ; Defrénois 1976, art. 31181, n° 21, obs. J-L. AUBERT ; Cass. soc., 20 juin 1995, JCP 1996, II, n° 22618, note L. FINEL ; v. également P. CHAUVÉL, *Transaction*, préc.

¹⁷⁴¹ C. JARROSSON, *Les concessions réciproques dans la transaction*, préc., p. 272, spéc. n° 41. V. également P-Y. GAUTIER, *Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques*, RTD civ., 1992, p. 783 et s. : « Les concessions n'ont pas à former l'équivalent exact les unes des autres ».

En matière pénale, l'existence de la réciprocité a été remise en cause, eu égard notamment au « déséquilibre originel entre les contractants »¹⁷⁴² qui exclurait par nature ce critère. Il semble possible de critiquer cette idée en ce que la notion de correspondance n'est pas synonyme de celle d'équivalence¹⁷⁴³. Si le sacrifice fait par l'auteur de l'infraction ne trouve évidemment pas d'équivalent dans la renonciation de l'autorité de poursuite¹⁷⁴⁴, il est néanmoins possible d'affirmer qu'aux concessions contenues dans l'aveu fait par l'auteur, correspond la décision de requérir une peine minorée devant l'autorité juridictionnelle. L'aléa du prononcé d'une peine plus sévère à l'issue d'un procès chronophage et onéreux – tant pour le mis en cause que pour l'administration judiciaire – ainsi que le contexte d'ordre public dans lequel se tient la négociation, évincent toute idée d'équivalence, mais n'empêchent pas la caractérisation de la réciprocité.

Au terme d'une recherche de concessions réciproques au sein de l'accord au cœur des procédures de négociation, il apparaît donc que le critère de distinction avec le contrat de transaction civile réside non pas dans la réciprocité, mais dans l'objet des concessions¹⁷⁴⁵. C'est donc là une première raison d'affirmer que les procédures de négociation étudiées ne sauraient être qualifiées de transactions au sens des articles 2044 et suivants du Code civil. Ce n'est toutefois pas une raison suffisante. Aussi, la réflexion doit désormais se fonder sur l'identification de l'élément légal de la transaction civile, à savoir la fin d'une contestation hors l'intervention d'un juge.

2) La nécessité d'une intervention juridictionnelle

388. Terminer un différend. La transaction est l'une des formes les plus développées de règlement amiable. En ce sens, elle permet d'achever un différend autrement que par son

¹⁷⁴² A. CHAVENT-LECLERE, *La transaction existe-t-elle en droit pénal ?*, préc., p. 157.

¹⁷⁴³ La jurisprudence et la doctrine rappellent régulièrement qu'est une transaction l'accord qui met fin à un litige et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative. La réciprocité peut porter, notamment dans les transactions complexes, sur des éléments très différents : temps contre argent, abandon d'une prétention contre nouvelle obligation, etc. V. C. JARROSSON, *Les concessions réciproques dans la transaction*, préc., p. 273 ; P-Y. GAUTIER, *Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques*, préc. L'argument est particulièrement critiquable lorsque l'on examine la jurisprudence à propos de transactions en matière sociale où les parties sont inégales, v. notamment Cass. soc. 20 juin 1995, JCP 1996, II, n° 22618, note L. FINEL ; Cass. soc. 14 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 437, JCP, E, 1988, II, n° 15125, n° 25, obs. P-H. ANTONMATTEI.

¹⁷⁴⁴ Envisagée positivement, il est possible de parler d'une option de la part de l'autorité de poursuite plutôt que d'une renonciation. V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 542, spéc. n° 699.

¹⁷⁴⁵ L'auteur des faits étant véritablement le seul à pouvoir faire des concessions substantielles, « car il est seul à disposer d'un intérêt », v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 697.

règlement juridictionnel¹⁷⁴⁶. « Le moyen est efficace : un arrangement juridique ; l'objectif est redoutable : l'évitement d'un procès »¹⁷⁴⁷.

Dès lors que l'on confronte cette logique avec les diverses hypothèses du processus de négociation à l'œuvre en matière pénale, le différend auquel on souhaite mettre fin se retrouve nécessairement à travers l'existence d'une infraction, source de l'opposition entre une autorité de poursuite et un délinquant.

Les procédures négociées – que l'on se place sur le terrain de la procédure pénale ou para-pénale – illustrent un mécanisme qui n'a pas pour but de mettre un terme définitif à l'infraction en dehors de l'intervention d'un juge. En effet, c'est même tout l'inverse, puisque compte tenu de la gravité de l'enjeu, l'intervention de la juridiction de jugement est légalement nécessaire et obligatoire. Le processus de négociation a « seulement » pour objectif d'évincer tout débat portant sur la culpabilité et la détermination de la peine. Aussi, en tant que formes simplifiées de jugement, ces procédures doivent être évacuées de la définition de la transaction.

389. L'homologation source de confusion. Pour autant, l'idée que ces procédures puissent être qualifiées de transactions civiles semble être entretenue par l'utilisation du terme « homologation », spécifiquement à l'égard de l'accord entre l'auteur des faits et le ministère public lors d'une procédure de CRPC, et qui renvoie de manière plus générale au contrôle de validité requis au sein de chaque procédure étudiée¹⁷⁴⁸. En effet, si la résolution d'un différend en dehors d'un juge est du principe de la transaction, cette dernière n'est pas exclusive de toute intervention judiciaire¹⁷⁴⁹, en témoignent par exemple les transactions soumises au président du tribunal de grande instance selon la procédure qui était prévue à l'article 1441-4 du Code de procédure civile¹⁷⁵⁰, reprise au sein de l'article 1565 du même

¹⁷⁴⁶ S. GUINCHARD et al., *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, préc., p. 1353, spéc. n° 585 ; V. également, L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, 2013, p. 195 et s.

¹⁷⁴⁷ A. CHAVENT-LECLERE, *La transaction existe-t-elle en droit pénal ?*, préc., p. 147.

¹⁷⁴⁸ V. *supra* n° 145.

¹⁷⁴⁹ Sur l'homologation judiciaire en matière civile, v. S. GUINCHARD et al. préc., p. 1412 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, 2^e éd., 2012, n° 362 et s. ; Y. DESDEVISES, *Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?*, D. 2000, chron. p. 284.

¹⁷⁵⁰ Issu du décret du 28 septembre 1998, l'article 1441-4 du Code de procédure civile offre aux parties la possibilité de demander l'apposition de la formule exécutoire sur la transaction. Cette possibilité est également prévue en matière d'accords obtenus grâce à l'intervention d'un tiers. V. l'article 131-12 du Code de procédure civile qui prévoit qu'en cas de succès de la médiation, « le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent », et l'article 832-8 du même Code, relatif à la conciliation, disposant que « la demande d'homologation du constat d'accord formée par les parties est transmise au juge par le conciliateur ».

code¹⁷⁵¹. Cette juxtaposition des volontés privées et d'une intervention judiciaire confère une nature hybride à ces transactions¹⁷⁵². On parle alors de « contrat judiciaire »¹⁷⁵³, un contrat auquel le juge donne sa force exécutoire¹⁷⁵⁴.

Le rapprochement avec le contrôle judiciaire de l'accord issu du processus de négociation en matière pénale est tentant. Il se trouve encore plus accentué par la marge de manœuvre relativement réduite du juge qui ne peut qu'accepter ou refuser l'accord¹⁷⁵⁵. L'aspect consensuel, pour ne pas dire contractuel semble ici l'emporter sur l'aspect judiciaire¹⁷⁵⁶.

390. Homologation formelle et homologation substantielle. Néanmoins, l'exigence d'un contrôle juridictionnel au sein des procédures de négociation ne traduit pas la nécessité qu'un acte judiciaire se greffe à un acte privé afin d'y ajouter la force exécutoire, mais plutôt celle d'un contrôle indispensable à la validité de l'accord. Là où l'homologation des transactions traduit un contrôle formel¹⁷⁵⁷, l'intervention du juge en matière pénale illustre un contrôle véritablement substantiel, entraînant un jugement de condamnation.

Partant, si le partage d'une caractéristique essentielle, l'existence d'un accord, rapproche les procédures négociées de la transaction civile, le caractère impératif de l'intervention juridictionnelle au sein des procédures de négociation, sa teneur, ainsi que les voies de recours qui y sont attachées, excluent notre accord du rang de la transaction civile.

Au terme de cette recherche, au sein de l'accord, des différents critères de définition de la transaction civile, il apparaît légitime de conclure que cette qualification civile ne saurait être employée pour décrire le mécanisme à l'œuvre en matière pénale. Si l'accord pénal et la

¹⁷⁵¹ Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends a abrogé l'article 1441-4 du Code de procédure civile. Le mécanisme de l'homologation est donc désormais prévu à l'article 1565, et c'est l'article 1568 qui prévoit expressément l'homologation à l'égard des transactions.

¹⁷⁵² V. A. BARDET-BLANVILLAIN, *Les conventions homologuées en droit de la famille, unité ou diversité?*, Gaz. Pal. 9 septembre 2003, n° 252, p. 4.

¹⁷⁵³ V. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, préc., p. 9, spéc. p. 11 ; B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 119 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., p. 416.

¹⁷⁵⁴ Y. DESDEVISES, *Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?*, préc., p. 285 : « Une transaction homologuée par le président du tribunal du grande instance en vertu du nouvel article 1441-1 CPC constitue bien un titre exécutoire ».

¹⁷⁵⁵ V. *supra* n° 148.

¹⁷⁵⁶ Toute la difficulté de déterminer la nature juridique de l'accord semble tenir à son caractère composite.

¹⁷⁵⁷ Cf. art. 1565 CPC. Pour certains auteurs, l'utilisation du terme « homologation » est considérée comme regrettable, v. Ch. JARROSSON, *Revue générale des procédures*, 1999, p. 137 ; v. également H. CROZE et O. FRADIN, *Transaction et force exécutoire*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 18.

transaction civile partagent la même fin, à savoir la célérité de la procédure et la conciliation des intérêts, les moyens et, partant, la nature de la procédure, sont en revanche distincts.

391. Examen de la catégorie supérieure. Ni transaction pénale, ni transaction civile, la qualification de cet accord ne semble pas pouvoir s'opérer par un rattachement au genre de la transaction. Partant, c'est à l'aide de la catégorie supérieure qu'il convient désormais de poursuivre le raisonnement. Les qualifications spéciales ayant été écartées, il faut en effet se référer à la qualification générale, à savoir la famille du contrat.

§2. Confrontation de l'accord en matière pénale avec la famille du contrat

392. Le *bargain* comme contrat. Dans le système pénal américain, l'accord issu du *plea bargaining* est, de façon majoritaire, considéré comme un contrat¹⁷⁵⁸. Chaque partie étant la mieux à même de gérer ses propres intérêts, l'ensemble de l'opération est présentée comme un compromis tout ce qu'il y a de plus volontaire¹⁷⁵⁹, et les tribunaux veillent à l'application de ces accords négociés de la même manière qu'à l'égard de contrats ayant force exécutoire.

Si les procédures négociées témoignent, en France, de la réception d'une influence américaine, et qu'une partie de la doctrine considère l'accord en matière pénale comme un contrat¹⁷⁶⁰, il semble néanmoins impératif de soumettre cette dernière qualification à l'épreuve de la loi pénale. À cette fin, il convient de présenter les critères constituant

¹⁷⁵⁸ En droit américain, le contrat est appréhendé sous l'angle de l'analyse économique du droit et se présente soit comme un *bargain*, soit comme une promesse. V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, 2013, p. 457 ; R.A. POSNER, *L'analyse économique du droit*, préc. ; également, pour une synthèse des théories et des influences relatives au contrat en droit américain, V. J.S. KRAUS, *Philosophy of contract Law*, in S. SHAPIRO, J. COLEMAN (éd.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 687.

¹⁷⁵⁹ J.E. ROSS, *The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice*, préc., n° 732. V. également, I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 32: « Le *plea bargain* représente, pour les auteurs libéraux, un compromis utile en faveur de l'accusé, en lui offrant la possibilité de vendre ses droits de la défense à l'État en échange d'une offre de peine plus attrayante ».

¹⁷⁶⁰ C. AMBROISE-CASTEROT, *Aveu*, Rép. pén. 2011, préc., n° 107. L'auteur considère que « par analogie avec le droit civil », la réponse pénale consensuelle est un « contrat synallagmatique qui se double d'un contrat d'adhésion » ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, préc., p. 458 ; L. PHILIPPE, *Contrat et droit pénal*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2001, p. 378 et s ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation*, préc., p. 59, spéc. n° 116.

« l'enveloppe charnelle »¹⁷⁶¹ d'un accord et qui permettent ainsi de lui attacher la qualification contractuelle.

De là, s'il n'existe pas « de notion pure de contrat »¹⁷⁶², mais plutôt une succession de constructions théoriques de l'idée de cette notion, il est néanmoins possible de s'attacher à des éléments considérés comme communs à tous les contrats et nécessaires à leur existence – tels que le fondement de la force obligatoire du contrat ainsi que sa fonction – dans le but d'écarter l'application de cette qualification civiliste.

393. Évolution de la notion de contrat. Concernant le fondement de la force obligatoire, il convient ici de s'arrêter sur l'évolution observée en doctrine de la théorie de l'autonomie de la volonté¹⁷⁶³. Présentée un temps comme le fondement de la validité et de la force obligatoire du contrat, l'autonomie de la volonté s'est révélée insuffisante pour asseoir ces notions¹⁷⁶⁴. Si, l'examen approfondi de l'évolution du contrat n'est pas l'objet de cette étude, il est néanmoins intéressant de souligner que c'est sous l'impulsion de la critique positiviste¹⁷⁶⁵ que la force obligatoire du contrat a pu être détachée de la volonté des parties. Cette dernière n'étant plus que le critère de formation du contrat, la force obligatoire apparaît alors fondée sur le droit objectif¹⁷⁶⁶, et plus spécialement l'utile et le juste¹⁷⁶⁷. En effet, « le législateur,

¹⁷⁶¹ Y. GUENZOU, *L'accord en droit privé*, préc., p. 2, spéc. n° 2 : « L'accord, invisible et nu, trouverait son vêtement dans le contrat ».

¹⁷⁶² B. EDELMAN, *De la liberté et de la violence économique*, D. 2001, chr. p. 2315, v. également J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 413, spéc. n° 1.

¹⁷⁶³ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} volume, Obligations*, 9^e éd, Montchrestien, 1998, n° 721 : « La règle de l'article 1134 du code civil est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur ni le juge ne sauraient délier les contractants » ; v. également L. AYNÈS, *À propos de la force obligatoire du contrat*, RTD. civ., 2003, p. 323 et s. ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé français. Recherches sur les sources de l'obligation*, Défnnois, 2006, n° 1097 ; M. LATINA, *Contrats*, Rép. Civ., décembre 2013, (mise à jour juin 2014), n° 82 et s.

¹⁷⁶⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 88, spéc. n° 106 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, p. 418, spéc. n° 3.

¹⁷⁶⁵ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Arch. ph. dr. 1940, p. 34 et s.

¹⁷⁶⁶ V. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., 2014, Sirey, p. 230, spéc. n° 211 et s. : « La volonté des sujets de droit n'est génératrice d'effets de droit que dans la mesure et sous les conditions que la loi prévoit. C'est une conséquence nécessaire de la primauté du droit objectif » ; J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, chr. p. 147 ; v. également, J. GHESTIN, Y. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc. p. 135, spéc. n° 169 ; L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., p. 113, spéc. n° 120.

¹⁷⁶⁷ V. E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, cité par H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil, t. II, 1^{er} volume, Obligations*, préc., pp. 117-119 ; J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1989, chron. 1. L'utilité est entendue ici comme garantie de l'intérêt social et le juste comme principe d'équilibre entre les droits réciproques des contractants ; v. également D. ALLAND, S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., 2003, v° Contrat.

conformément au droit objectif qui le dépasse, ne devrait sanctionner le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste »¹⁷⁶⁸.

394. Rapprochement théorique des notions de contrat et de réponse pénale. Cette approche implique nécessairement des changements dans la structure du contrat et permet un éventuel rapprochement avec le type de rapport que l'on rencontre lors de la mise en œuvre du processus de négociation en matière pénale. En effet, l'absence d'égalité entre les parties ainsi que le défaut de libre détermination du contenu de l'accord en matière pénale n'exclut pas la notion de contrat puisque celui-ci est formé par un échange de consentement¹⁷⁶⁹ et qu'il peut reposer sur l'utile et le juste¹⁷⁷⁰. Également, si l'on suit l'idée du professeur Ghestin selon laquelle l'« essentiel, c'est que finalement la règle naisse d'un accord de volontés et non de la décision unilatérale de l'une des parties, même si dans cet accord le poids de l'une des volontés a pesé particulièrement lourd et que le consentement de l'autre a été fait de beaucoup de résignation », la notion de contrat ne paraît plus si éloignée du mécanisme à l'œuvre lors du déclenchement des procédures de négociation. Néanmoins, bien que l'évolution des notions de contrat et de réponse pénale invite à constater un amoindrissement incontestable des obstacles théoriques à l'émergence de la première dans la sphère de la seconde, dès lors que l'on raisonne sur le plan de la technique, l'antinomie entre le contrat et l'accord en matière pénale demeure.

Au regard des différentes qualifications qui ont pu être envisagées pour l'accord entre une autorité de poursuite et l'auteur d'une infraction en matière pénale, la confrontation des éléments contractuels au particularisme de cette dernière doit être organisée en fonction de l'ordre – privé ou public – dans lequel le contrat auquel on confronte l'accord évolue.

395. Plan. Partant, la confrontation de l'accord en matière pénale avec la qualification contractuelle doit reposer sur l'examen des critères techniques essentiels du contrat de droit privé d'une part (A), et du contrat de droit public (B), d'autre part.

¹⁷⁶⁸ J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, préc., n° 226.

¹⁷⁶⁹ V. *supra* n° 323 et s.

¹⁷⁷⁰ Il convient de souligner ici l'analogie avec la formule de BECCARIA à propos des peines dans son *Traité des délits et des peines*, préc., : « Pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile ».

A. L'accord face aux caractéristiques essentielles du contrat de droit privé

396. Des antagonismes irréductibles. Si l'engouement du législateur pour la sanction consentie évoque le courant volontariste en droit civil, il a été démontré que le rapprochement conceptuel entre les notions de contrat et de réponse pénale n'entraînait une remise en cause de la finalité répressive du droit pénal qu'en apparence. En effet, « d'origine délictuelle et de nature répressive¹⁷⁷¹ », les procédures consensuelles n'altèrent en rien l'idée selon laquelle la relation du justiciable avec les autorités s'impose par l'effet de la loi et relève du statut¹⁷⁷². De là, l'antagonisme entre les fondements de la force obligatoire – même très nuancés¹⁷⁷³ – et les mécanismes contractuels tels qu'ils se développent dans le cadre de la réponse pénale, semble irréductible. En matière pénale, les parties ne choisissent pas leur cocontractant, le contenu des « obligations » n'est, pour l'essentiel, pas véritablement discuté¹⁷⁷⁴, et enfin le choix de « contracter » apparaît relativement illusoire¹⁷⁷⁵.

397. Plan. C'est dès lors au vu de l'absence d'autonomie de la volonté, entendue désormais comme une référence au volontarisme¹⁷⁷⁶ (1) et de l'impossibilité d'identifier une fonction de création d'effets de droit à l'égard de l'accord en matière pénale (2) qu'il convient de définir négativement la nature de ce dernier.

1) L'absence d'autonomie de la volonté dans l'accord en matière pénale

398. Violation des critères de capacité. Si la rencontre des volontés au cours du processus de négociation en matière pénale reflète certainement l'aspect dynamique du lien contractuel¹⁷⁷⁷, celui-ci impose néanmoins une autonomie des parties contractantes qui se

¹⁷⁷¹ J-F. DUPRÉ, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 177.

¹⁷⁷² V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 538, spéc. n° 691.

¹⁷⁷³ V. *supra* note de bas de page n° 1767 ; v. également J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 91. En ce qu'elle rend compte au mieux du droit contemporain des contrats, les auteurs préfèrent utiliser l'expression de « *volontarisme social* ».

¹⁷⁷⁴ V. *supra* n° 353.

¹⁷⁷⁵ V. *supra* n° 358.

¹⁷⁷⁶ Sur l'expression « *volontarisme social* », v. J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 98, spéc. n° 120 : « La volonté individuelle apparaît comme l'instrument privilégié de la réalisation des besoins sociaux, ce qu'exprime la référence au *volontarisme*. Mais son pouvoir est limité par le nécessaire respect de la loi qui, seule, peut identifier et exprimer les besoins de la société en général ; d'où l'adjectif *social* accolé au volontarisme ».

¹⁷⁷⁷ V. *supra* n° 323 et s.

matérialise en premier lieu par une aptitude à consentir. En effet, le droit civil, outre l'exigence d'une rencontre des volontés pour reconnaître l'existence d'un lien contractuel, requiert que ce consentement émane d'une personne apte à le formuler.

L'examen du champ d'application *ratione personae* du processus de négociation¹⁷⁷⁸ a démontré que les mineurs¹⁷⁷⁹, ainsi que les personnes incapables¹⁷⁸⁰, étaient admis à passer un accord avec l'autorité de poursuite. Confronté aux articles 1123 et 1124 du Code civil disposant respectivement que « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi » et que « sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés (...) », le domaine personnel du processus de négociation se révèle en contradiction avec les règles civiles.

Au vu des observations précédemment formulées à propos de la qualité du consentement¹⁷⁸¹ lors de la mise en œuvre d'une procédure négociée, il apparaît légitime d'affirmer que le phénomène de « contractualisation » de la matière pénale ne s'est pas accompagné d'une transposition des critères de validité du contrat. Ce constat invite alors à reconsidérer la vision contractuelle des procédures de composition pénale et de CRPC, l'influence civiliste de la notion de contrat trouvant en effet dans leur contenu l'une de ses limites.

399. Défaut de liberté de contracter. Au-delà de la contradiction existant entre le champ d'application de certaines procédures de négociation et les règles de droit civil sur la situation d'incapacité des mineurs et majeurs protégés à exprimer un consentement valable, c'est sur le terrain de la nature sanctionnatrice de la matière pénale que le rejet de la qualification contractuelle de droit privé trouve son fondement le plus solide.

¹⁷⁷⁸ V. *supra* n° 103 et s.

¹⁷⁷⁹ Selon l'article 55 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à l'enfance délinquante, les mineurs de plus de treize ans peuvent participer à une procédure de composition pénale, JO du 7 mars 2007, p. 4297 et s. V. *supra* n° 108 ; J-P. ROSENCZEIG, *Prévention de la délinquance : de la défiance à la confusion*, D. 2006, p. 2937 et s. Il est intéressant de constater que ce seuil de treize ans rappelle celui prévu par l'article 122-8 du Code pénal pour le prononcé d'une peine à l'encontre du mineur. Ce constat vient, une fois de plus, soutenir l'idée selon laquelle les mesures pouvant être proposées dans le cadre de la réponse pénale revêtent un véritable caractère répressif. V. *supra* n° 70.

¹⁷⁸⁰ Issus de la Loi du 5 mars 2007, les articles 706-112 et 706-113 du Code de procédure pénale prévoient que toute personne majeure sous le coup d'une mesure de protection juridique, à la suite d'une information par le procureur de la République, du curateur ou du tuteur, peut faire l'objet d'une « (...) *composition pénale ou d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ». V. *supra* n° 110.

¹⁷⁸¹ V. *supra* n° 355 et s.

En effet, alors qu'en droit civil la liberté de contracter est fondamentale¹⁷⁸², faisant du contrat une notion qui relève du « construit », la nature sanctionnatrice du droit pénal implique que les relations entre ses acteurs procède uniquement du « donné »¹⁷⁸³. Dès lors, en dépit de l'existence d'un consensus entre les justiciables et les autorités à l'issu du processus de négociation, il est impossible d'identifier à leur encontre une quelconque liberté de construire leur relation.

400. Mission des autorités et statut du justiciable. Le choix laissé respectivement aux justiciables et aux autorités de poursuite de contourner la voie imposée de droit commun, au profit d'un circuit dérivé plus consensuel, n'est que la mise en œuvre de dispositions légales leur permettant d'aménager leur environnement juridique, « ni les uns, ni les autres ne peuvent s'affranchir de leur statut ou de leur mission, pour installer leur relation dans un rapport de type contractuel »¹⁷⁸⁴.

Même si l'on prend en compte les différentes conceptions civilistes des raisons pour lesquelles une personne s'oblige et des exigences que le droit pose pour que son engagement soit reconnu valable, il est impossible de considérer que l'accord en matière pénale relève d'un véritable régime contractuel.

Dès lors qu'il est question de répression, le sujet n'est pas libre. Son statut n'est pas la conséquence d'une décision prise en toute liberté de plaider coupable ou d'incriminer autrui, ni du fait que son choix s'accompagne d'une contrepartie qui vient le justifier. En matière pénale le sujet subit la réaction sociale que son infraction a engendrée, « il *doit* être poursuivi et jugé »¹⁷⁸⁵, cela relève de son « *statut* »¹⁷⁸⁶.

401. Incompatibilité de la matière pénale avec le rôle de l'accord dans le contrat. La confrontation de l'accord en matière pénale au contrat de droit privé révèle donc en premier

¹⁷⁸² V. L. LEVENEUR, *La liberté contractuelle en droit privé, les notions de bases, (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité*, AJDA 1998, p. 676 ; v. art. 4 DDHC, Cons. Const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC et décision du 13 juin 2013, n° 2013-672 DC à propos de la liberté d'entreprendre et qui semble devoir être étendue à la liberté contractuelle : « *Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ».

¹⁷⁸³ V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 539, spéc., n° 693.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*

¹⁷⁸⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, p. 539, spéc., n° 693.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

lieu l'impossibilité d'identifier les critères liés au volontarisme. Toutefois, la prohibition du contrat dans l'exercice du pouvoir de punir n'apparaît pas seulement justifiée par la nature de cette compétence, à savoir son caractère d'ordre public ou légal qui empêche ainsi toute référence à la liberté de construire une relation. Il faut la rechercher ailleurs, du côté du contrat. Ce sont les conditions mêmes du contrat qui excluent que le consentement donné à l'exercice du pouvoir de punir permette de conclure à l'existence d'une relation contractuelle, celle-ci postulant un accord de volontés créateur de droits et d'obligations¹⁷⁸⁷.

Aussi, l'analyse de l'accord en tant que lien préalable doit désormais laisser place à l'examen de l'accord en tant que fait déclencheur d'une règle, celle de l'article 1134 du Code civil. Si la rencontre de volonté en matière pénale produit certains effets, il convient alors d'en identifier la nature.

2) Les effets de l'accord en matière pénale

402. Notion d'« effet de droit ». Le contrat, en tant qu'acte juridique¹⁷⁸⁸, est doté de conséquences juridiques. Cette notion de « conséquence juridique » désigne la modification d'un état de droit antérieur¹⁷⁸⁹. Au terme de l'article 1101 du Code civil : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Aussi, la modification de l'état de droit antérieur opérée par le contrat semble ramenée à la création d'obligations.

Certes la qualification de contrat peut parfois être attribuée à des relations qui ne correspondent pas toujours à ces critères. Pour autant, le fait que le contrat soit l'instrument traditionnel des échanges économiques, de biens ou de services¹⁷⁹⁰, invite à considérer que là où la caractérisation d'une intention de créer par un accord de volonté des obligations est possible, l'usage de la notion de contrat l'est tout autant.

¹⁷⁸⁷ C. TEITGEN-COLLY, *La contractualisation de la répression ?*, préc., p. 66. V. également J. GHESTIN, *La notion de contrat*, préc., p. 147 et s. : « Le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquelles le droit objectif fait produire de tels effets ».

¹⁷⁸⁸ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° Juridique : « Qui produit un effet de droit ; qui est doté de conséquences juridiques » ; J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc., p. 31, spéc. n° 39 : « Le contrat est classé dans les actes juridiques. Toutefois, si le contrat au sens large de convention n'est ainsi qu'une espèce dans le genre acte juridique, il est l'acte juridique par excellence, celui auquel on se réfère constamment pour caractériser celui-ci » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, l'acte juridique*, préc., p. 66 et s., spéc. n°79.

¹⁷⁸⁹ L. MAYER, *Acte du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., p. 115, spéc. n° 123.

¹⁷⁹⁰ J. GHESTIN, *Le contrat en tant qu'échange économique*, *Rev. d'éco. ind.*, 2000, p. 81 ; R. SACCO, *Dictionnaire*, v° *Contrat*, *Rev. eur. dr. privé.*, 1999, n° 2, p. 237, cités par. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 422, spéc. n° 6.

403. L'impossible rapport obligatoire en matière pénale. Ramené au plan pénal, le critère de la création de droits ou d'obligations est introuvable. Si l'accord existant entre l'auteur d'une infraction et une autorité de poursuite au terme du processus de négociation implique bien une modification de la situation du mis en cause, plus précisément un aménagement de l'environnement juridique dans lequel s'inscrit normalement sa relation avec les autorités, il ne peut en résulter aucun droit ni obligation. Ni le ministère public, ni le juge d'instruction, ni l'Autorité de la concurrence ne peuvent consentir de droits au justiciable. Serviteurs de la loi pénale, ces autorités ne peuvent qu'en faire application en offrant à ce dernier les potentialités que la loi recèle, à charge pour elles d'apprécier si le justiciable remplit les conditions¹⁷⁹¹. Ce dernier ne tire aucun droit de son consentement, ses droits et obligations résultent du statut de justiciable que lui confère la loi pénale, non pas d'une relation contractuelle.

404. L'incertitude liée au contenu non obligationnel de l'accord. Si le critère du rapport obligatoire ne peut être observé à l'égard de l'accord en matière pénale, il ne semble, pour autant, pas possible de conclure à ce stade¹⁷⁹² au rejet de la qualification de contrat de droit privé. En effet, si la force obligatoire du contrat est presque toujours ramenée en doctrine à l'idée que ce dernier crée des obligations pour les parties, certains auteurs considèrent que l'effet attaché au contrat ne peut se réduire à la création d'obligations et doit être étendu à la création de normes juridiques¹⁷⁹³. Plus précisément, le contrat crée des normes juridiques, dont les obligations contractuelles ne seraient en réalité qu'une espèce particulière¹⁷⁹⁴. Ainsi, non nécessairement illustré par un rapport obligatoire, l'effet de droit s'entend d'une modification apportée à une situation où à l'ordonnement juridique¹⁷⁹⁵. Facteur d'identification du contrat, cette analyse invite naturellement à s'interroger sur les effets créés

¹⁷⁹¹ C. TEIGTEN-COLLY, *La contractualisation de la répression*, préc., p. 66.

¹⁷⁹² V. cependant les propos de J. GHESTIN tenus après l'intervention de B. OPPETIT, « *Le consentement sans l'échange : le concours des consentements* », in *L'échange des consentements*, colloque de Deauville organisé par l'Association Droit et Commerce, RJ com., 1995, novembre, p. 82.: « *Sur la question des pratiques concertées, ce qui me frappe et que j'ai beaucoup de mal, même en ne retenant pas une analyse strictement civiliste du contrat, à considérer qu'il s'agit de contrats ou même de conventions, pour l'excellente raison qu'il n'y a pas d'obligation. À mon sens, ce qui se passe dans ces procédures, c'est qu'à la suite d'une concertation, il apparaît à un certain nombre de personnes que, dans un moment donné (...), elles ont intérêt à avoir un certain comportement qui leur donnera des avantages. Mais elles n'ont aucune obligation de continuer dans ce comportement. Ce comportement (...) n'est pas un acte juridique, en tout cas certainement pas un contrat* ».

¹⁷⁹³ V. P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999, p. 771. Pour un résumé des développements que certains auteurs ont consacrés à la nature de la règle de droit et des inspirations sur lesquelles repose la dissociation de P. ANCEL du « contenu » et de la « force obligatoire » du contrat, V. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., p. 118, spéc. n° 124 et s ; v. également G. WICKER, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151.

¹⁷⁹⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, p. 1 et s.

¹⁷⁹⁵ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., p. 115, spéc. n° 123 et s.

par l'accord en matière pénale¹⁷⁹⁶. Si l'on se réfère à l'étude du fonctionnement de chaque modalité du processus de négociation en matière pénale, il est permis d'affirmer que l'accord, issu de la rencontre des volontés d'une autorité de poursuite et d'une personne mise en cause, en ce qu'il substitue un circuit répressif dérogatoire au schéma procédural de droit commun, a pour effet d'aménager l'ordre juridique. Quand bien même cet aménagement, cette altération de l'ordonnancement juridique, ne se traduit par aucune création de droits et d'obligations, il est permis de constater que l'accord en matière pénale a des conséquences juridiques. Néanmoins, la substitution de règles dérogatoires à celles normalement applicables, ainsi que l'aménagement du cadre procédural qui en découle, ne sont que le résultat de l'application de la loi. En d'autres termes, l'accord ne fait que déterminer l'efficacité d'une norme pénale préexistante. Mais, dès lors, est-on encore en présence d'un contrat lorsque les effets attribués à l'acte sont totalement prédéterminés par la loi¹⁷⁹⁷ ?

405. Absence de force obligatoire. Enfin, si l'on suit le raisonnement à la base de la distinction opérée par un auteur entre l'obligatoire et l'obligationnel, l'analyse du contenu du contrat – consistant aussi bien dans la création d'obligations que dans un effet non obligationnel – doit désormais céder la place à l'étude de la force obligatoire, envisagée comme contenant.

Selon cet auteur, la force obligatoire consiste, en premier lieu, en l'assujettissement des parties dont la « situation juridique est modifiée par le contrat »¹⁷⁹⁸ et signifie, en second lieu, que le contenu du contrat va « servir de référence pour le juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties »¹⁷⁹⁹.

Au regard de cette analyse, il semble que l'identification de la figure contractuelle à travers l'accord en matière pénale trouve ici une autre de ses limites. En effet, intervenant dans un domaine normalement soustrait aux volontés individuelles, l'accord est soumis à une autorité

¹⁷⁹⁶ En considération de cette analyse et de l'emploi indifférent des deux termes, la qualification de convention ne sera pas envisagée. V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, p. 65. Dans le même sens, la recherche d'une qualification juridique existante applicable à l'accord en matière pénale n'emportera pas l'examen des actes de courtoisie ou de complaisance ainsi que les engagements d'honneur ; V. également. B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, Chron. 107 ; J. GHESTIN, *La notion de contrat*, préc., p. 147.

¹⁷⁹⁷ P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, préc., p. 21, spéc. n° 9.

¹⁷⁹⁸ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, préc., p. 789, spéc. n° 26.

¹⁷⁹⁹ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, préc., p. 774, spéc. n° 5. L'auteur souligne qu'« au fond, il s'agit seulement de prendre au sérieux l'article 1134 du Code civil, qui ne dit pas que les parties sont tenues d'obligations, mais que le contrat leur tient lieu de loi », « (...) le juge devra alors appliquer le contrat comme il appliquerait la loi ».

juridictionnelle qui doit, selon le terme communément employé, procéder à son homologation¹⁸⁰⁰. L'exigence de ce contrôle préalable conduit nécessairement à s'interroger sur le fait de savoir « si c'est bien encore la convention des parties qui fait loi ou si l'accord est une simple condition préalable à la décision dans laquelle il est ensuite absorbé »¹⁸⁰¹. Sur ce point, le caractère impératif de la matière ainsi que les développements relatifs à l'intervention de l'autorité juridictionnelle invitent à adopter une opinion en faveur de la seconde hypothèse, nous éloignant ainsi de la logique contractuelle.

Également, la matière pénale relevant de la loi et de la contrainte, l'accord, dépourvu de contenu obligationnel, ne saurait entraîner de sanctions qui renverraient aux règles de la responsabilité contractuelle dès lors que les conditions de formation ou le contenu de l'accord seraient contraires aux dispositions légales. L'analyse approfondie du fonctionnement respectif de chaque procédure l'a par ailleurs démontré.

406. Même rang, autre ordre. Dépourvu des caractéristiques essentielles à l'identification d'une relation contractuelle, l'accord de volonté en matière pénale ne saurait en définitive revêtir le nom de contrat de droit privé, ni même y être assimilé.

Cela étant, l'adoption d'une logique relative à la classification traditionnelle des espèces, afin de déterminer si telle ou telle qualification juridique existante peut être attribuée à notre accord, implique de ne pas arrêter là la démarche, et conduit désormais à confronter l'accord aux caractéristiques inhérentes à une notion du même rang mais relevant d'un autre ordre, le contrat de droit public.

Si le domaine dans lequel on tente d'identifier le contrat illustre un recours croissant au consensualisme, il a pu être observé que la marge de manœuvre et d'initiative laissée aux « contractants » reste relativement minime face aux règles légales qui régissent la situation dans laquelle l'accord intervient¹⁸⁰². L'analyse de l'effet de droit attaché à l'accord invite à considérer qu'en matière pénale, l'ouverture d'un espace aux volontés individuelles renvoie en effet davantage à une sorte de procédure d'adhésion à un statut légal impératif¹⁸⁰³ – que les

¹⁸⁰⁰ V. *supra* n° 145.

¹⁸⁰¹ P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, préc., p. 20.

¹⁸⁰² V. *supra* n° 323 et s.

¹⁸⁰³ Il est possible d'établir ici un parallèle avec la célébration du mariage, acte solennel qui exige pour sa formation l'intervention de l'autorité publique et qui ne laisse que le choix de dire oui ou non à l'adhésion du futur époux à l'institution du mariage. V. P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 6^e éd., Sirey, coll. Université, p. 66, spéc. n° 170.

parties n'ont qu'une possibilité limitée d'aménager – qu'à une situation dans laquelle justiciables et autorités répressives font usage d'une liberté d'inscrire leur relation dans un cadre contractuel.

De plus, en raison de la nature impérative de la matière dans laquelle l'accord a émergé, il importe de souligner que la négociation est nécessairement la source d'un rapport inégalitaire. Partant de ces observations, il apparaît que le contrat d'adhésion représente la figure qui reflète le plus la réalité procédurale des modalités du processus de négociation en matière pénale. Dès lors, il convient d'envisager le contrat administratif.

B. L'accord au regard des caractéristiques essentielles du contrat administratif

407. Approche. Si la notion de contrat n'est qu'une catégorie juridique, une « construction intellectuelle nécessairement imparfaite en raison de sa diversité et de son incohérence »¹⁸⁰⁴, et que le contrat, en tant que reflet du mode de relation sociale propre à une société, a connu des évolutions le rendant impropre à une définition unique¹⁸⁰⁵, il paraît néanmoins opportun de se référer aux éléments présentés comme caractéristiques du contrat de droit public. À défaut de rendre compte, tant de la diversité que de la complexité des hypothèses, cette approche a toutefois le mérite de justifier les analogies existantes entre l'accord en matière pénale et le contrat administratif d'une part¹⁸⁰⁶, et de conférer à l'adoption ou au rejet de cette dernière qualification une assise relativement objective, d'autre part.

¹⁸⁰⁴ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, 1965, cité par J. GHESTIN, (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc., p. 41, spéc. n° 48.

¹⁸⁰⁵ V. R. LIBCHABER, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges offerts à J-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 233 : « Il n'est pas sûr que le contrat soit un invariant, qui traverse le temps sans subir de changement » ; J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc., p. 41. L'auteur explique toute la difficulté de faire rentrer la diversité des situations particulières dans des catégories générales suffisamment précises ; G. ALPA, *Les nouvelles frontières des contrats*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 1 : « La notion de contrat, si elle peut faire l'objet en France comme à l'étranger, d'une présentation majoritaire ou dominante sous la forme d'une théorie, renvoie bien davantage à plusieurs conceptions » ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 466, spéc. n° 24 ; v. également, J. LAMARQUE, *Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé*, AJDA, 1961, p. 123.

¹⁸⁰⁶ V. notamment C. AMBROISE-CASTEROT, *Le consentement en procédure pénale*, préc. p. 37 et s. Du même auteur, v. *L'aveu*, Rép. pén., préc., l'auteur évoque le contrat d'adhésion ; v. aussi B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 112 et s. ; Pour un raisonnement similaire mais à propos des alternatives aux poursuites, v. J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 533 et s.

408. Définition. Le contrat administratif est principalement défini à travers deux critères. L'un – organique – relatif à la présence d'une personne publique parmi les parties (1), l'autre – matériel – qui suppose l'existence alternative d'une clause exorbitante du droit commun ou la participation directe du cocontractant à une mission de service public (2)¹⁸⁰⁷. À première vue, il semble être le vêtement susceptible d'épouser les formes de l'accord en matière pénale. Aussi, c'est au regard de ces deux critères qu'il convient de déterminer si notre accord s'insère ou non dans la catégorie du contrat administratif.

1) Identification du critère organique du contrat administratif au sein de l'accord en matière pénale

409. Qualité d'un des cocontractants. La condition nécessaire à la reconnaissance d'un contrat administratif est que l'un des cocontractants soit une personne publique¹⁸⁰⁸. En l'absence de cette condition, « un contrat ne peut être administratif »¹⁸⁰⁹. En matière pénale, l'identification de ce critère organique est aisée. En effet, qu'il s'agisse des procédures négociées devant une autorité répressive de droit commun ou bien de celles se déroulant devant l'Autorité de la concurrence, l'auteur de l'infraction se trouve dans tous les cas face à un représentant de l'Etat. Sur ce point, il convient de préciser que le déséquilibre entre les parties à l'accord ne découle pas d'une position de puissance économique qu'occuperaient ces représentants – comme le suggère la qualification du contrat d'adhésion¹⁸¹⁰ – mais d'un

¹⁸⁰⁷ V. D. TRUCHET, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté*, in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Rennes, 1987, p. 186 et s ; v. également pour la reconnaissance de ces critères, Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^e éd. coll. Thémis, 2011, spéc. n° 97 et s.

¹⁸⁰⁸ J-F. PREVOST, *À la recherche du critère du contrat administratif*, RDP. 1971, p. 817 ; V. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOVÉ, *Traité des contrats administratifs, tome 1*, 2^e éd., LGDJ, 1983, p. 163, spéc. n° 119. Les auteurs soulignent que « la participation d'une personne publique constitue ainsi, sinon, comme on le dit quelques fois par une formule impropre, le « critère organique » du contrat administratif, du moins une condition nécessaire pour que le contrat puisse avoir cette nature » ; T. confl. 3 mars 1969, *Sté Interlait*, AJDA 1969, p. 307, concl. KHAN. Le critère organique prime dans la qualification d'un contrat administratif. Une personne publique, ou personne morale de droit public, désigne les institutions publiques dotées de la personnalité juridique auxquelles la loi confère le statut de personne de droit public, v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Personne publique ; v. aussi R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, p. 546, spéc. n° 720.

¹⁸⁰⁹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE ET P. DELVOVÉ, *Traité des contrats administratifs*, préc., p 160 et s., spéc. n° 113 ; L. RICHER, *Droits des contrats administratifs*, 8^e éd. LGDJ, 2012, p. 31, spéc. n° 29 et p. 95 et s. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc. p. 544, spéc. n° 719 et s. ; Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, 9^e éd., Economica, 2010, p. 380.

¹⁸¹⁰ V. F. CHÉNEDÉ, *Raymond Saleilles. Le contrat d'adhésion*, RDC, 2012, p. 241 ; J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 154, spéc. n° 180 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, tome 1*, préc., p. 290 ; B. LEFEBVRE, *La notion de contrat d'adhésion : portée et limite d'une définition*, in *Études offertes à P. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 375. Les modalités du processus de négociation en matière pénale sont caractérisées par un degré de négociation variable. Aussi, il est possible dans certaines procédures, notamment celles fondées sur une auto incrimination, de constater que le mis en cause ne discute pas

monopole relatif ici au droit de punir¹⁸¹¹. En effet, bien qu'introduisant un consensus au milieu de l'impérativité, le processus de négociation en matière pénale reste l'illustration de la puissance souveraine étatique dont les autorités répressives sont les organes. S'il faut donc parler de pouvoir de punir et non de droit de contracter à l'égard de ces autorités, il faut toutefois admettre que l'accord répond sans équivoque au critère organique du contrat administratif. S'agissant du critère matériel, l'appréhension semble plus incertaine.

2) Les difficultés liées au critère matériel

410. Critères alternatifs. Outre l'identification d'une personne publique au sein des cocontractants, parler de contrat administratif suppose d'identifier un critère matériel qui a trait de manière alternative à l'objet du contrat : l'exécution d'un service public, ou à son contenu : la présence de clauses exorbitantes du droit commun¹⁸¹².

Critère issu de la jurisprudence¹⁸¹³, la clause exorbitante de droit commun n'est pas une notion aisément saisissable¹⁸¹⁴. Elle a été définie par le Conseil d'État comme une « clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à celles qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »¹⁸¹⁵. Le tribunal des conflits a précisé la notion en utilisant le critère de l'anormalité. En effet, dans sa décision du 19 juin

le contenu de l'accord et se borne à adhérer, ou non, à ce qui lui est proposé. On peut également ajouter que les contrats d'adhésion et les procédures négociées répondent à des impératifs relativement identiques, à savoir la célérité, la régulation et la réalisation d'objectifs gestionnaires, mais sur des terrains différents. Les premiers opèrent traditionnellement sur la scène économique, les secondes sur le plan de la justice pénale. Néanmoins, l'identification d'un rôle relativement similaire, ainsi que le constat d'un phénomène d'adhésion ne doivent pas pour autant conduire à admettre la notion de contrat. Le justiciable n'adhère pas à un contrat, il consent à un statut. Sur ce point V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 541, spéc. n° 695.

¹⁸¹¹ V. W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, préc. p. 177. Sur les concepts d'État et de contrainte légitime v. J. MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, LGDJ, 1967, p. 34 et s. ; M. WEBER, *Économie et société*, I, coll. Agora, 2003, p. 57. Le philosophe définit l'État comme l'institution dont le personnel administratif défend avec succès (moral et pratique) une revendication sur le monopole de l'utilisation légitime de la violence en vue de renforcer l'ordre en son sein.

¹⁸¹² M.H SIKONDO, *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ?*, RTD Civ. 1993, p. 239.

¹⁸¹³ C'est à partir de l'arrêt du Conseil d'État du 31 juil. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, (v. Rec. Lebon, p. 909, concl. L. BLUM), que la clause exorbitante du droit commun est devenue un critère de qualification d'un contrat de droit public. Pour un historique de la reconnaissance de ce rôle de critère alternatif, v. J. MOREAU, *La naissance de la clause exorbitante de droit commun comme critère du contrat administratif*, in *Études à la mémoire du Professeur François BURDEAU*, Litec, 2008, p. 197 et s.

¹⁸¹⁴ V. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 551, spéc. n° 724 et s. ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DEVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, préc., p. 213 spéc. n° 160 et s. ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^e éd., coll. Thémis, 2011, n° 97 et s. ; N. DANTONEL-COR, *Le critère de la clause exorbitante, un Janus à deux visages*, JCP A, 2008, p. 2047.

¹⁸¹⁵ CE, 20 octobre 1950, *Stein*, Rec. Lebon, p. 505.

1952, la juridiction estime que la clause exorbitante de droit commun est « celle qui ne se retrouve pas normalement dans un contrat de droit commun »¹⁸¹⁶. Entendue de manière diverse, la clause exorbitante de droit commun est celle qui est impossible, illégale ou extrêmement rare dans les relations privées¹⁸¹⁷, mais peut aussi s’appréhender à partir de la notion d’intérêt général¹⁸¹⁸.

411. Accord et régime exorbitant du droit commun. Malgré les difficultés inhérentes à l’entreprise de clarification de la notion, et certains auteurs considérant qu’« aucune de ces notions n’est à exclure car la clause exorbitante peut répondre effectivement à l’une ou l’autre d’entre elles »¹⁸¹⁹, il ne semble pas erroné d’affirmer que l’accord en matière pénale, bien que ne comportant pas formellement ce type de clause, relève certainement d’un régime exorbitant du droit commun¹⁸²⁰. En effet, lors de la mise en œuvre du processus de négociation, la menace du déclenchement d’une procédure traditionnelle, ou du prononcé d’une sanction plus lourde pour l’auteur de l’infraction, peut illustrer le critère d’anormalité dégagé par le tribunal des conflits pour qualifier la notion de clause exorbitante du droit commun¹⁸²¹.

412. Compétence du juge judiciaire et inutilité de la qualification administrative. Toutefois, si l’on se réfère à l’organe juridictionnel compétent à l’égard de l’accord en matière pénale, et à moins d’admettre l’existence de contrats administratifs qui – à titre dérogatoire – relèvent du juge judiciaire, il paraît inutile d’aller plus loin dans la recherche de la qualification administrative. La distinction entre contrat administratif et contrat de droit privé ayant essentiellement pour objet de déterminer le juge compétent pour connaître des difficultés nées de l’accord de volonté, il suffit de constater que ce n’est pas le juge

¹⁸¹⁶ T. confl., 19 juin 1952, *Société des combustibles*, Rec. Lebon, p. 628.

¹⁸¹⁷ V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc., p. 552, spéc. n° 725 ; v. également N. DANTONEL-COR, *Le critère de la clause exorbitante : un Janus à deux visages*, préc., p. 2048 ; M-E. ANDRÉ, J. RAYNARD, *Regards dubitatifs de juriste de droit privé sur la clause exorbitante*, in *Contrats publics, Mélanges en l’honneur de M. GUIBAL*, Tome 1, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 783 et s., spéc. p. 785.

¹⁸¹⁸ V. Ch. FARDET, *La clause exorbitante et la réalisation de l’intérêt général*, AJDA, 2000, p. 115 et s. L’auteur souligne que l’intérêt général est l’unique critère de détermination d’une clause exorbitante de droit commun, cette dernière devant permettre la réalisation prioritaire de l’intérêt général. V. également P. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d’État*, LGDJ, 1977, p. 55 : « L’intérêt général définit le champ d’application maximal du droit administratif, la délimitation effective résultant du jeu des éléments réducteurs ».

¹⁸¹⁹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DEVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, préc., n° 170 et s.

¹⁸²⁰ La notion de clause exorbitante a été étendue à celle de régime exorbitant de droit commun dans une décision : CE, 19 janvier 1973, *Société d’exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. Lebon, p. 48 ; v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 533, spéc. n° 684.

¹⁸²¹ En ce sens, v. M. DOBKINE, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 139. L’auteur qualifie la transaction de « *contrat pénal indemnitaire non exécutoire* » et rattache la notion de contrat au contrat administratif en ce qu’une « *personne publique est partie à ce contrat qui contient une clause exorbitante du droit commun dans la mesure où le cocontractant est menacé de poursuites pénales s’il ne contracte pas* ».

administratif qui est compétent, à l'égard de l'accord conclu entre les autorités répressives et le mis en cause, pour dénuer ici la qualification administrative de tout intérêt¹⁸²². Qu'il s'agisse des procédures pénales *stricto sensu*¹⁸²³ ou des procédures « para-pénales » examinées plus avant¹⁸²⁴, le juge judiciaire est en effet l'autorité en charge, témoignant dès lors de l'impossibilité d'apposer la qualification de contrat administratif à l'accord en matière pénale¹⁸²⁵.

413. Conclusion. Tirailé entre deux ordres, notre accord est une espèce qui procède uniquement du donné, ce qui empêche ainsi toute imbrication naturelle au sein de catégories qui relèvent du construit et doit, semble-t-il, conduire à refuser d'apposer à la notion une qualification qui serait le fruit de contorsions inopportunes. Certes, il est possible d'observer un rapprochement entre les mécanismes de la réponse pénale et les fondements théoriques de la notion de contrat, mais d'un point de vue pratique, le rapprochement se révèle beaucoup plus hasardeux.

Au delà, l'exclusion de la notion de contrat peut se justifier en considération du but inhérent à toute opération de qualification. En effet, dès lors que la mise en œuvre du processus de négociation en matière pénale n'illustre pas un passage du modèle rigide de règle impérative au système de solution négociée de nature contractuelle, l'accord ne peut constituer le socle de situations juridiques subjectives¹⁸²⁶. Si donc ce dernier ne confère aucun droit subjectif susceptible d'être protégé¹⁸²⁷, « abuser » de la qualification contractuelle pour en appliquer le régime ne revêt aucune espèce d'intérêt.

L'effort pour faire entrer la notion d'accord en matière pénale dans les catégories existantes ne devant pas conduire à violenter inutilement la réalité, il faut alors sortir des cadres connus et éprouvés. Finalement, admettre la catégorie de l'accord, espèce distincte de la famille du contrat, paraît « moins artificiel que d'entreprendre des raisonnements pour apposer et

¹⁸²² X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 535, spéc., n° 686. V. également, à propos de la transaction pénale, J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 533 et s.

¹⁸²³ Composition pénale (art. 41-2 CPP), CRPC (art. 495-7 CPP), Collaborateurs de justice (art. 132-78 CP).

¹⁸²⁴ Non-contestation des griefs (art. L. 464-2 III), Clémence (art. L. 464-2 IV).

¹⁸²⁵ Dans sa thèse, X. PIN souligne qu'« à cet égard, le service public de la justice pénale doit être distingué des autres services publics », v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 535.

¹⁸²⁶ V. P. ROUBIER, *Droit subjectif et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 60, spéc. n° 8. « Nous avons dit précédemment que les situations juridiques subjectives étaient celles dont le but principal est de produire des droits, alors que les situations juridiques objectives sont celles dont le but principal est de produire des devoirs ». Pour une analyse de la situation issue de la mise en œuvre d'une procédure alternative en matière pénale, V. C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 354 et s. spéc. n° 705. Pour une opinion contraire, v. F. ALT-MAES, *La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité ?*, préc., p. 514.

¹⁸²⁷ C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, préc., p. 350, spéc. n° 691 : « La justice institutionnelle est l'exemple type de la situation juridique objective réactionnelle. L'auteur cite P. ROUBIER, *Droit subjectif et situations juridiques*, préc., p. 75, « C'est le droit objectif qui commande, et ses dispositions impératives ne sont pas établies en vue de satisfaire aux désirs des particuliers, mais bien à certaines exigences de l'ordre public ».

imposer le sceau contractuel »¹⁸²⁸. Pris isolément dans la matière pénale, l'accord est un acte hybride, rebelle à l'analyse juridique et qui échappe aux classifications traditionnelles.

414. Vers une qualification positive. Le rejet des qualifications contractuelles, tant spéciales que générales, a permis de mettre en lumière la nature *sui generis* de l'accord. Au moyen d'une qualification négative, la notion est désormais isolée de l'assemblage traditionnel au contrat. L'accord se révèle être le trait commun des diverses figures de la contractualisation ainsi que la caractéristique essentielle transmise au fil des mutations entre catégories. Ce constat invite désormais à initier une opération de qualification positive, qui soulève plus précisément la question de l'opportunité de faire de cet accord un véritable concept ou bien d'admettre l'existence d'une notion purement fonctionnelle.

Section 2. La qualification de l'accord par sa fonction

415. Approches conceptuelle et fonctionnelle. Face à l'impossibilité de qualifier l'accord – ossature des procédures négociées en matière pénale – au moyen de catégories juridiques préexistantes, et à défaut d'éléments de réponse doctrinaux satisfaisants concernant sa nature juridique, il convient, en dernier recours, de tenter de préciser la notion à l'aide de la distinction des notions conceptuelles et fonctionnelles¹⁸²⁹. Contrairement à l'entreprise de rattachement de l'accord à une catégorie juridique, qui supposait de dégager des liens qui unissent entre eux les éléments qui composent telle ou telle catégorie et les traits qui les distinguent d'une autre catégorie, « la détermination d'un concept s'opère par rapport à lui-même »¹⁸³⁰. Plus précisément, la définition d'une notion conceptuelle s'opère au regard de son contenu¹⁸³¹. Aussi, le concept d'accord en matière pénale procéderait de ses éléments consubstantiels.

¹⁸²⁸ V. Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, préc., p. 93, spéc. n° 90.

¹⁸²⁹ G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, 851, n° 4.

¹⁸³⁰ V. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., p. 228, spéc. n° 170 : « La définition d'un concept s'opère par rapport à lui-même ; la définition d'une catégorie se fait par référence à une autre », v. *supra* n° 373.

¹⁸³¹ G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, préc., n° 4, G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997, p. 18, spéc. n° 6.

À l'inverse, une approche fonctionnelle suppose d'appréhender la notion que l'on cherche à définir en considération de ce à quoi elle sert. En effet, « il s'agit de mettre l'accent, moins sur le contenu de la notion que sur son utilité »¹⁸³². Partant, la définition de l'accord en matière pénale devra être déduite de sa fonction.

416. Démarche adoptée. Au vu des critiques classiquement adressées aux notions fonctionnelles – au premier rang desquelles on trouve l'atteinte que l'indétermination de leur contenu porte à la sécurité juridique¹⁸³³ et l'idée qu'elles ne seraient destinées qu'à suppléer des tentatives de conceptualisation restées vaines¹⁸³⁴ – la qualification positive de l'accord en matière pénale doit amener à envisager successivement les deux approches¹⁸³⁵, même si en définitive, seule la définition fonctionnelle se révèle la plus à même de saisir l'esprit de la notion.

Aussi, il convient en premier lieu de traiter des difficultés inhérentes à une qualification conceptuelle de l'accord en matière pénale (§1), avant de démontrer en second lieu toute la nécessité d'une définition fonctionnelle (§2).

§1. Les difficultés relatives à la définition conceptuelle de l'accord en matière pénale.

417. Concept d'accord en matière pénale. Comme il l'a été souligné, l'approche conceptuelle de la notion d'accord implique de lui conférer son sens d'après les éléments qui la constitue. En ce qu'elle exprime la consistance matérielle du concept autant qu'elle énonce

E. BONIS-GARÇON, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, PUAM, 2002, p. 35, spéc. n° 25 ; M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, 2012, p. 37, spéc. n° 19 ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., p. 115.

¹⁸³² E. BONIS-GARÇON, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, préc., p. 38.

¹⁸³³ V. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, p. 41, spéc., n° 52 ; v. également, G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contributions à l'analyse de l'acte juridique*, préc., p. 18, spéc. n° 6-1.

¹⁸³⁴ G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, préc., n° 6 ; également, à propos de la condition, v. P. DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, RTD civ., 1978, p. 4.

¹⁸³⁵ V. M-T. CALAIS-AULOY, *Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles)*, Petites affiches, 9 août 1999, n° 157, p. 4. L'auteur souligne que ce n'est qu'en passant par son aspect conceptuel ou en employant pour la justifier des notions conceptuelles que l'on peut découvrir si une notion fonctionnelle est adaptée.

le sens du terme qui le désigne¹⁸³⁶, la définition du concept d'accord en matière pénale suppose de déterminer les éléments matériels en l'absence desquels la notion ne peut être identifiée. Il faut pour cela s'attacher à décrire l'aspect substantiel de la définition d'une part, avant de s'intéresser à son aspect formel, qui nécessite de se référer à la définition que le droit positif donne de l'accord en matière pénale, d'autre part¹⁸³⁷.

418. Obstacles relatifs à l'aspect formel de la définition. Si l'énoncé des éléments qui sont toujours réunis au sein de la notion d'accord en matière pénale ne paraît pas soulever de difficultés majeures, la démarche conceptuelle se trouve entravée dès lors que l'on cherche à identifier la source de droit positif qui procède à la définition de l'accord en matière pénale. L'obstacle est de taille car, outre le fait qu'il n'existe en procédure pénale, aucune définition préétablie de l'accord¹⁸³⁸ – l'ordre public n'étant pas le milieu naturel de la notion – ni la loi ni la jurisprudence ne font référence à l'expression d'« accord en matière pénale » ou à celle d'« accord pénal ».

A minima, le seul texte au sein duquel la notion d'accord est identifiable est l'article 41-2 du Code de procédure pénale traitant de la composition pénale. Toutefois, il est évoqué : « Lorsque l'auteur des faits donne son *accord* aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition ». Dès lors, force est de constater que la notion d'accord telle qu'elle est employée ici fait moins référence à la rencontre des volontés illustrant la démarche consensuelle à l'œuvre lors du processus de négociation tel que nous le concevons dans cette étude, qu'au consentement émanant de manière unilatérale de l'auteur de l'infraction.

Or, s'il faut bien admettre que le degré de négociation au sein des différentes modalités du processus en matière pénale est variable, l'ensemble des procédures analysées témoigne néanmoins de l'émergence d'une démarche commune, se situant entre la liberté de s'accorder et la décision imposée. En dépit de la carence, qui confine même à une absence totale de

¹⁸³⁶ V. J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., p. 235, spéc. n° 176.

¹⁸³⁷ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n° 171. L'auteur précise que la définition d'un concept exprime sa « consistance matérielle, c'est le fond ; et énonce le sens du terme qui le désigne : c'est la forme ».

¹⁸³⁸ V. sur ce point J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., p. 234, spéc. n° 175. L'absence de définition ne serait pas surprenante en ce que le législateur français s'abstient très souvent de fixer par une définition le sens des mots qui sont employés par la loi. L'auteur compare ces carences aux législations de type anglo-saxon qui, à l'inverse, font un usage systématique de définitions générales, en tête de chaque loi. V. M. VAN HOECKE, *Définitions légales et interprétation de la loi*, Droit et société, 1988-8, p. 101 et s. ; G. CORNU, *Les définitions dans la loi*, in *Mélanges dédiés à J. VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77.

référence légale ou jurisprudentielle à la notion, l'accord correspond bien à une réalité en matière pénale¹⁸³⁹.

L'aspect formel de la définition demeurant donc introuvable¹⁸⁴⁰, le travail de conceptualisation de la notion d'accord en matière pénale suppose dès lors de recourir aux éléments constituant sa substance.

419. Éléments constitutifs du concept d'accord en matière pénale. En premier lieu, la définition conceptuelle de l'accord en matière pénale invite à mettre l'accent sur l'originalité du contexte dans lequel le consensus émerge, la répression. La singularité de l'accord étant intrinsèquement liée à ce cadre répressif, la définition de la notion implique de s'attarder sur cet élément matériel.

En second lieu, l'accord postule la mise en présence de deux volontés, chacune étant nécessairement unilatérale¹⁸⁴¹ et tendue vers une finalité qui les réunit : déroger au circuit de droit commun. La communauté de but suppose alors un parallélisme des comportements. Alors que l'économie des preuves et la célérité qu'elle induit conduit l'autorité de poursuite à émettre une « offre »¹⁸⁴², l'acceptation de l'auteur de l'infraction est quant à elle suscitée tant par la clémence que par la certitude immédiate de sa peine. On constate dès lors que la définition de l'accord contient un élément intentionnel, psychologique, la volonté de contourner les inconvénients d'un procès pénal traditionnel.

Un élément matériel (A) et un élément intentionnel (B), tel est le contenu de la notion que l'on cherche à définir.

¹⁸³⁹ Pour une démarche similaire mais à propos de la notion de « décision provisoire », V. E. BONIS-GARÇON, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, préc., p. 42, spéc., n° 31.

¹⁸⁴⁰ Pour une justification admissible de l'impossibilité de trouver une définition formelle de la notion d'accord en matière pénale, v. Ch. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, préc., p. 25 et s. La notion appartiendrait à ce que l'auteur nomme « les concepts – créés par le juriste en doctrine – à contenu juridique qui lui servent à la connaissance et à l'analyse systématique du droit, mais qui ne sont pas posés par les sources du droit positif, ou dont la dénomination, même si elle est utilisée par « la pratique » pour des qualifications d'objets concrets, ne lie cette fois pas le juriste ».

¹⁸⁴¹ Le terme de volonté est ici préféré à celui de consentement en ce que l'ambivalence de cette notion nuit à la clarté du propos. V. notamment, F. TERRÉ, Ph. SIMMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, préc., p. 119, spéc. n° 91. La notion de consentement est appréhendée de deux manières : le consentement « désigne d'abord la manifestation de volonté de chacune des parties » et « désigne aussi l'accord, le concours de deux volontés ».

¹⁸⁴² V. *supra* n° 325 et s.

A. L'élément matériel du concept d'accord en matière pénale

420. Contenu de l'élément matériel. De manière schématique, la riposte sociale classique à l'infraction passe par la tenue d'un procès au cours duquel la culpabilité doit être démontrée avant qu'une peine ne soit prononcée. Afin d'échapper à la rigueur et à la lenteur de cette réaction punitive, relativement solennelle, un certain nombre de mécanismes ont été mis en place au premier rang desquels se trouvent les différentes procédures envisagées dans cette étude. Témoins de l'avènement d'un processus de négociation en matière pénale, ces dernières offrent une opportunité de contourner le schéma répressif classique par le biais d'un accord de volonté en amont du prononcé de la sanction.

Dissocié du contrat et envisagé comme une espèce réticente à la classification¹⁸⁴³, l'accord se révèle être doté d'une existence endémique au sein de la matière pénale. Les développements consacrés à la confrontation de l'accord avec les caractéristiques relatives à la notion de contrat dans ses diverses acceptions ont permis d'exhaler les données indispensables à l'appréhension de ses éléments constitutifs. Celles-ci ont trait au contexte de l'accord d'une part, et aux moyens d'y parvenir, d'autre part.

421. Donnée contextuelle. Initié à la suite d'une atteinte à l'ordre public pénal ou économique, le processus de rencontre des volontés s'établit de manière inhabituelle dans la sphère de la contrainte étatique. C'est ce contexte répressif au sein duquel se développe l'accord qui lui confère sa singulière identité. Devenu instrument répressif, l'accord arbore un contenu qui diffère nécessairement des cas dans lesquels il est revêtu de l'étoffe contractuelle. Au delà des particularités mises en avant par les questions relatives à la capacité ou à la qualité du consentement, l'autonomie de cet accord paraît intimement liée à son objet, la sanction. Les procédures de composition pénale, de CRPC et de recours aux repentis en droit pénal, tout comme les mécanismes de clémence et de non-contestation de griefs en droit de la concurrence, ont ceci en commun qu'ils se réalisent par le biais d'un consensus autour de la peine. La peine que l'autorité de poursuite sera encline à diminuer ou à ne pas requérir du tout en échange d'informations inédites ou non contestées, le *quantum* pour lequel l'auteur des faits acceptera de s'accuser lui-même ou bien d'incriminer un autre que lui. Force est de

¹⁸⁴³ V. *supra* n° 373 et s.

constater que l'objet de l'accord repose incontestablement sur la punition et la crainte que celle-ci fait naître.

Cela étant, le processus de négociation en matière pénale intéressant un domaine infractionnel aussi varié qu'étendu¹⁸⁴⁴, l'accord renvoie nécessairement à des réalités très diverses parmi lesquelles il est difficile de trouver une véritable unité. Derrière la multiplicité des termes désignant les modalités d'un processus unique¹⁸⁴⁵ et l'hétérogénéité des autorités en charge, c'est surtout la pluralité de sanctions et de dialogue autour de celles-ci qui fait obstacle à une étude homogène. Alors que la composition pénale, la CRPC et la non-contestation des griefs passent par un dialogue sur l'auto-incrimination et que, dans une large mesure, l'échange porte sur la modulation d'une sanction de nature pécuniaire¹⁸⁴⁶, la procédure de clémence et l'excuse pénale de dénonciation par ceux que l'on dénomme « les repentis » s'articulent autour de l'incrimination d'autrui et impliquent la réduction ou l'exemption de peines portant pour l'essentiel sur une privation de liberté.

Partant de ce constat, il est possible d'affirmer que le critère matériel ne permet pas de rendre compte de la totalité des hypothèses que l'accord recoupe. Cette insuffisance invite alors à examiner le second élément constitutif du concept que l'on cherche à définir, l'élément intentionnel.

B. L'élément intentionnel du concept d'accord en matière pénale

422. La volonté orientée. Quel que soit le type de procédure à l'œuvre, la volonté est un critère constant au sein de l'accord formé entre une autorité répressive et l'auteur d'une infraction. Traiter de l'élément intentionnel du concept d'accord suppose de s'écarter des développements relatifs à la distinction des notions de volonté et de consentement¹⁸⁴⁷ – naturellement élaborés en référence au dogme du contrat – pour se concentrer sur les

¹⁸⁴⁴ Les procédures de composition pénale et de CRPC concernent en pratique, et pour l'essentiel, les infractions de masse et de faible gravité. Les procédures de clémence et de non-contestation de griefs devant une autorité de régulation dotée de prérogatives répressives portent sur les infractions d'abus de position dominante et d'entente. Enfin, la procédure de recours aux repentis s'observe quant à elle en matière de criminalité organisée.

¹⁸⁴⁵ Clémence, non-contestation des griefs, composition, CRPC, collaboration probatoire.

¹⁸⁴⁶ V. *supra* n° 336, « Tableau des sanctions ».

¹⁸⁴⁷ V. notamment M-Th. CALAIS-AULOIS, *L'importance de la volonté en droit*, PA, 7 décembre 1999, n° 243, p. 14 et s. spéc. p. 15 ; R. LIBCHABER, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges J-L. AUBERT*, préc., spéc. p. 216 : « Par quelle subtile transmutation le vouloir devient-il droit, l'intention obligation ? » ; Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, préc., p. 134, spéc. n° 132 : « La volonté déclarée s'identifie au consentement (...) disons mieux, le consentement est une forme, car au même titre que la forme, le consentement permet à la volonté de s'extérioriser et de poser sa trace, tant dans le temps que dans l'espace ».

caractères de la volonté dans l'accord en matière pénale. Plus précisément, il s'agit de raisonner à l'aide d'un facteur commun aux différentes hypothèses de négociation, l'objectif. Tendue vers une fin unique, la volonté dans l'accord en matière pénale dévoile la question de l'intention des parties.

L'intention en tant que volonté orientée est dirigée vers un but précis. Dans la théorie de l'acte juridique, ce but est illustré par la création d'effets juridiques et plus spécialement d'obligations, lorsqu'il s'agit d'un contrat. Lorsqu'il est question d'un accord de volonté en matière pénale, autorités répressives et auteurs d'infractions ont la volonté de se lier procéduralement parlant. Quel que soit le domaine dans lequel le processus est à l'œuvre, chacun poursuit naturellement un intérêt qui lui est propre, mais dans une fin qui leur est commune : contourner les inconvénients du circuit procédural droit commun à savoir le procès, son coût¹⁸⁴⁸ et sa torpeur.

Ainsi, l'intention, la « tension vers » (*in-tendere*), autrement dit la finalité, devient le critère autour duquel le concept d'accord en matière pénale trouverait son unité. Illustration d'une variation du modèle répressif, l'accord ne semble pouvoir se définir et s'expliquer qu'à la lumière de son dessein. En matière répressive, l'apparition d'un lien entre des individus que tout oppose ne serait ainsi que stratégie visant à atteindre le graal de la rationalisation à moindre frais.

423. Aux frontières de la définition conceptuelle et fonctionnelle. Dans la quête d'une définition conceptuelle, l'analyse relative à l'élément matériel de la définition de la notion d'accord en matière pénale a rapidement montré ses limites. Inapte à rendre compte de la totalité des aspects que l'accord peut revêtir en matière pénale, le critère matériel semble participer à l'inadéquation d'une définition conceptuelle de l'accord. Si les observations concernant l'élément intentionnel, et plus particulièrement la finalité de l'accord, révèlent cependant une certaine unité, force est de constater que l'on a presque franchi la frontière de l'analyse conceptuelle pour se retrouver sur le terrain de la définition fonctionnelle. En effet, s'il est possible de trouver des caractères communs, tant matériels qu'intentionnels aux différentes formes de l'accord au sein du processus de négociation en matière pénale, la définition de cette notion, sa véritable unité, n'apparaît saisissable que par référence à ce à

¹⁸⁴⁸ Tant pécuniaire que punitif.

quoi elle sert. Le contenu plural de l'accord, la multiplicité de cette notion¹⁸⁴⁹ – obstacle à une qualification purement conceptuelle – invite dès lors à envisager une définition fonctionnelle.

§2. La nécessaire qualification fonctionnelle de l'accord en matière pénale

424. Fonction de l'accord en matière pénale. Plutôt que mettre l'accent sur les particularités internes à la notion d'accord en matière pénale, la démarche fonctionnelle conduit à s'arrêter sur son utilité. Considérée comme supplétive, et devant servir à obtenir des résultats auxquels ne conduit pas l'analyse conceptuelle¹⁸⁵⁰, la définition par la fonction se présente néanmoins particulièrement adaptée, tant à la notion d'accord, qu'à la matière au sein de laquelle il s'est progressivement développé. En effet, la fonction de l'accord en matière pénale apporte un éclairage sur la nature du droit pénal. Loin d'être le signe d'une remise en cause de sa finalité répressive, les diverses modalités du processus de négociation sont au contraire l'illustration du caractère « plurifonctionnel » du droit pénal¹⁸⁵¹. À travers l'accord, c'est l'aspect « instrument de régulation »¹⁸⁵² du droit pénal qui se fait jour. Réguler¹⁸⁵³, assurer le fonctionnement efficient de l'institution judiciaire, rationaliser la procédure pénale, c'est bien de cela qu'il s'agit lorsque le législateur admet que « l'on discute des péchés avec le pécheur »¹⁸⁵⁴.

Aussi, nous sommes face à une notion qui n'existe qu'au service d'un mécanisme procédural particulier et dont l'architecture toute entière repose sur une vision utilitariste et pragmatique du Droit, reflet incontestable de la philosophie anglo-saxonne¹⁸⁵⁵, et apanage incontesté des pays de *Common Law*. Quel que soit l'objet de l'accord, la pratique du *bargain* en matière de

¹⁸⁴⁹ V. G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, préc., n° 5. : « Que la notion de voie de fait soit fonctionnelle et non conceptuelle nous semble évident. Son irréductible multiplicité logique nous paraît être à cet égard un signe infaillible ».

¹⁸⁵⁰ G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, préc., n° 6.

¹⁸⁵¹ V. M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., p. 139, spéc. n° 175.

¹⁸⁵² Y. MAYAUD, *Le droit pénal, instrument de régulation de l'activité économique et financière*, in *Le Code de commerce 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 625, spéc. p. 627.

¹⁸⁵³ V. M-A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, D. 2001, Chron. p. 610 ; L. BOY, *Réflexions sur le « droit de la régulation »*, D. 2001, Chron., p. 3031.

¹⁸⁵⁴ P-H. BOLLE, *Le nouveau procès pénal*, RD. pén. crim., 1995, p. 5.

¹⁸⁵⁵ V. J. BENTHAM, *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, éd. Vrin, coll. Analyse et philosophie, 2011 ; J. S. MILL, *L'utilitarisme*, éd. Flammarion, coll. Champs classiques, 2008.

justice pénale américaine n'est que le reflet des influx de la doctrine conséquentialiste¹⁸⁵⁶ au cœur de la procédure pénale accusatoire. Selon cette théorie, les conséquences pratiques se présentent comme le seul critère normatif à prendre en compte pour apprécier le caractère moralement juste d'une action. Dès lors, l'adoption d'un mécanisme procédural fondé sur une telle philosophie constitue une menace pour l'intégrité du principe de légalité. Là où le législateur français adopte un processus de négociation, le risque est qu'il implante dans le même temps la philosophie qui sous-tend le système dans son entier, et pour laquelle la satisfaction des intérêts du plus grand nombre semble passer par le sacrifice des droits fondamentaux d'un seul.

425. Analyse économique du droit et « *binding contracts* ». Dans un système où la justice pénale est très largement appréhendée selon les règles de l'économie de marché, les accords que les autorités du *Department of Justice* américain concluent avec l'auteur d'une infraction sont considérés comme des contrats générateurs d'obligations pour les deux parties (*binding contracts*)¹⁸⁵⁷. Tandis que le mis en cause s'engage à collaborer à la preuve, soit qu'il s'avoue coupable, soit qu'il dénonce un co-auteur ou complice, l'autorité poursuivante (*prosecutor*) qui a promis la clémence au nom du Gouvernement doit respecter sa promesse¹⁸⁵⁸. Partant, il se révèle moins avantageux pour le délinquant de faire valoir les droits que la Constitution lui confère au cours d'un procès, que d'y renoncer dans le cadre d'une négociation. En ce sens, quel que soit l'objet et les modalités de ces contrats¹⁸⁵⁹, la jurisprudence américaine¹⁸⁶⁰ précise « *que le Gouvernement doit strictement adhérer aux termes des accords qu'il a conclus avec les défendeurs – qu'il s'agisse d'accords d'immunité¹⁸⁶¹ ou d'accords de coopération ou de reconnaissance de culpabilité – dans la mesure où ces accords impliquent la renonciation à certains droits¹⁸⁶²* ». La qualification contractuelle de l'*agreement* est

¹⁸⁵⁶ Le conséquentialisme trouve ses racines dans la doctrine utilitariste et se développe au XX^e siècle sous la plume de G.E.M. ANSCOMBE, philosophe anglaise. V. O. HÖFFE, *L'État et la justice, les problèmes éthiques et politiques dans la philosophie anglo-saxonne*, éd. Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 1988, p. 48 et s. Selon cette doctrine, les conséquences d'une action donnée doivent constituer la base de tout jugement moral de celle-ci. On oppose traditionnellement le conséquentialisme aux éthiques déontologiques, lesquelles mettent l'accent sur le type d'action plutôt que sur ses conséquences. V. *supra* n° 169.

¹⁸⁵⁷ Cour suprême des États-Unis, *United States v. Baird*, 218 F. 3d 229, 2013 ; *United States v. Nolan-Cooper*, F. 3d, 221, 1998.

¹⁸⁵⁸ Cour suprême des États-Unis, *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 261, 1971 : « *When a plea rests in any significant degree on a promise or agreement of the prosecutor, so that it can be said to be part of the inducement or consideration, such promise must be fulfilled* ».

¹⁸⁵⁹ Comme il a été précisé au préalable, l'expression « *plea bargaining* » recoupe de très diverses modalités procédurales, le contenu des « *agreements* » est donc très variable. V. *supra* n° 08 et s.

¹⁸⁶⁰ Cour suprême des États-Unis, *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 262, 1971, préc. ; v. également *United States v. Hodge*, 412 F. 3d 479, 485, 2005.

¹⁸⁶¹ V. *supra* n° 87 et s.

¹⁸⁶² Spécialement le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer, regroupés aux seins de ce qu'on appelle les droits Miranda, (*Miranda Rights*) – prévus au Ve amendement de la Constitution américaine – en

d'autant plus cohérente que dans l'hypothèse où l'autorité poursuivante révoque un accord, portant par exemple sur l'immunité d'une entreprise dénonciatrice, le contrôle juridictionnel du respect des engagements pris s'effectue sous l'angle du droit des contrats¹⁸⁶³.

Cela étant, la jurisprudence relative à ces questions d'inexécution reste relativement peu abondante¹⁸⁶⁴, et il importe de souligner que les débats sur la qualification même de contrat ne sont, pour l'heure, toujours pas tranchés¹⁸⁶⁵.

426. Dimension finaliste et caractère fonctionnel de l'accord en matière pénale. Dès lors, sans chercher à sonder les caractéristiques essentielles du contrat en droit américain¹⁸⁶⁶, il apparaît que de part et d'autre de l'Atlantique, l'emploi du vocable « contrat » pour qualifier l'accord sur la peine est moins le reflet d'une nature juridique particulière que la référence à la fonction d'échange que la notion de contrat véhicule¹⁸⁶⁷.

Au delà de la composante « rencontre des volontés », c'est surtout le caractère informel et la visée expéditive du lien consensuel qui permettent d'appréhender l'accord. Véritable notion fonctionnelle, l'accord en matière pénale se décline au sein des procédures conformément à

référence à la célèbre décision rendue par la Cour suprême des États-Unis en 1966 dans l'affaire *Miranda v. Arizona*. V. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, préc., p. 365 et s. V *supra* n° 283 et s.

¹⁸⁶³ Cour suprême des États-Unis, *United States v. Moscahlaidis*, 868 F.2d 1357, 1360, 1989 : « A defendant's appellate waiver is not enforceable if the government breaches its own obligations under a plea agreement » ; *United States v. Baird*, préc. : « (...) plea agreements must be construed according to the general principles of contract law ».

¹⁸⁶⁴ J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 99, spéc., n° 88.

¹⁸⁶⁵ Parmi les défenseurs de la qualification contractuelle de l'« agreement », v. F. EASTERBROOK, *Criminal procedure as a Market System*, 12 *Journal of Legal Studies*, 1993, p. 289 : « (...) plea bargaining as voluntary transactions that maximize the welfare of both parties ». Selon cet auteur, « tout le monde est gagnant, le défendeur économise angoisse et argent et l'accusation libère des ressources pour poursuivre d'autres criminels ». Du même auteur, v. *Plea bargaining is a shadow market*, *Duquesne Law Review*, Summer 2013, p. 551 ; v. aussi R. E. SCOTT & W. J. STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, 101 *Yale Law Journal*, 1992, p. 1915 ; S. BIBAS, *Plea bargaining outside the shadow of trial*, 8 *Harvard Law Review*, 117, p. 2470.

Parmi les détracteurs : S. SCHULHOFER, *Is plea bargaining inevitable ?*, 97 *Harvard Law Review*, 1984, p. 1037 ; A. ALSCHULER, *The changing plea bargaining debate*, 69 *California Law Review*, 1981, p. 652 ; J.E. ROSS, *The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice*, 54 *The American journal of comparative law*, 2006, p. 717 ; S. C. THAMAN, *Plea bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, 11 (3), pp. 19-21.

¹⁸⁶⁶ Il est possible de constater une relative proximité des conditions essentielles à la validité du contrat en droit français et américain. En droit américain, la définition et les nombreuses modifications apportées au droit des contrats se trouvent au sein du Code de commerce uniforme (*Uniform Commercial Code*). Le contrat est défini comme « une promesse ou un faisceau de promesses auxquelles le droit accorde un recours en cas de non exécution, ou reconnaît d'une certaine façon qu'il y a obligation de les exécuter ». Il est constitué d'une offre, d'une acceptation et de la « consideration », que l'on peut traduire de manière simpliste par contrepartie et qui sert à distinguer, et à contraster, le contrat de *Common Law* du contrat connu des juridictions romano-germanique, fondé sur la cause. V. U.C.C, Article 2, Part 1, § 2-106 ; V. A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, 1997 ; E. ERRANTE, *The Anglo-American Law of Contracts*, 2nd ed., LGDJ, 2001 ; C. MONAGHAN, *Beginning contract law*, ed. Routledge, 2013 ; J.S. KRAUS, *Philosophy of contract Law*, in S. SHAPIRO & J. COLEMAN (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 687.

¹⁸⁶⁷ En droit anglais et nord-américain, seuls les *bargains*, c'est-à-dire les conventions qui réalisent un échange de prestations, sont considérés comme des contrats. Conséquences de l'influence de l'analyse économique du droit, les théories anglo-américaines du contrat n'expliquent pas pourquoi un contrat revêt une force obligatoire mais recherche les règles les plus adaptées à son efficacité économique, V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 423.

l'objectif pour lequel il a été élaboré, qui confère à son contenu son caractère variable et circonstanciel.

L'évolution du cadre répressif et la quête d'une plus grande efficacité de la justice pénale impliquent un déroulement guidé des poursuites qui semble ne laisser aux autorités qu'un seul degré de liberté, la voie de droit commun ou la voie négociée. L'association de deux termes antinomiques, « accord » et « matière pénale » illustre alors une relation logique. L'accord se définit comme la condition préalable d'un schéma qui se veut alternatif et expéditif, la clé d'un système procédural de dérivation. À l'image de l'aiguillage, pièce maîtresse d'un rail de chemin de fer qui a pour fonction de faire dévier le train de sa direction initiale, l'accord est devenu partie intégrante du processus répressif, en raison du contournement des inconvénients du circuit pénal traditionnel qu'il permet d'assurer.

Conclusion du Chapitre 2

427. Originalité et complexité d'une notion composite. L'entreprise de qualification de l'accord en matière pénale supposait de confronter la notion aux critères de définition des catégories juridiques déjà existantes. Formé par un accord de volonté, l'accord renvoie à une multitude de notions dont le consensus constitue l'ossature et qui sont le vecteur d'un phénomène qu'il n'est plus nécessaire de présenter : la contractualisation. De là, il convenait de résoudre la question de savoir s'il faut ou non reconnaître à l'accord la nature de contrat, non par référence à un concept figé et unitaire, mais en tenant compte des pratiques qui ont pu, de près ou de loin, être intégrées dans ce concept¹⁸⁶⁸. Eu égard à la diversité des hypothèses envisageables et au constat de traits communs parmi celles-ci, il est apparu opportun d'adopter une logique se référant à la classification scientifique des espèces en ce qu'elle est à même de fonder un raisonnement objectif tiré de l'observation d'interactions existantes entre différentes catégories, qui permet de les rapprocher sans pour autant les confondre¹⁸⁶⁹. Aussi, l'accord en matière pénale – espèce dont la nature est inconnue et en tant que division du genre de la transaction – devait d'abord être confrontée à cette dernière, sous catégorie de la famille du contrat, et au regard des caractéristiques propres à chaque ordre au sein duquel ces notions peuvent évoluer.

Tant concernant l'ordre privé que l'ordre public, il a pu être constaté que le passage de la famille au genre et du genre à l'espèce se fait par la conservation de caractéristiques communes essentielles – un accord de volontés – et l'ajout d'une différence spécifique, l'objet de cet accord, à savoir la sanction pénale. L'utilisation d'un raisonnement fondé sur des niveaux hiérarchiques de classification permet d'affirmer que l'accord ne correspond à l'ensemble des critères d'aucune catégorie existante, quel que soit l'ordre au sein duquel on se

¹⁸⁶⁸ V. P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat*, art. préc., p. 21.

¹⁸⁶⁹ On peut rapprocher ce raisonnement de celui émis par J. GHESTIN, M. FABRE-MAGNAN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd. LGDJ, 1994, n° 43. Les auteurs soulignent que les catégories juridiques peuvent être comparées aux types biologiques comme des ensembles organisés de traits complémentaires articulés entre eux.

situe, parfaite illustration semble-t-il de la nature mixte de la matière pénale, ni véritablement droit privé, ni pleinement droit public¹⁸⁷⁰.

428. De faux airs de contrats. Si l'on comprend que le vocable « contractualisation » ne renvoie pas nécessairement à l'hypothèse de conclusion d'un contrat mais plutôt à un emprunt de sa logique lors de la mise en œuvre de la réponse pénale, il n'en reste pas moins que dans l'environnement répressif, l'expression sonne faux. L'État n'agissant en la matière que par voie d'autorité et non par voie contractuelle, « on assiste tout au plus à une subversion de la figure contractuelle par la logique institutionnelle »¹⁸⁷¹. Ainsi, c'est à juste titre que des auteurs soulignent que toute référence au contrat pour parler de l'accord en matière pénale n'est qu'une image vague et inadaptée, traduisant des mutations plus profondes de notre société¹⁸⁷², où se mêlent autonomie et hétéronomie, loi et contrat, ordre public et volonté, imposé et négocié¹⁸⁷³.

429. La répression dans l'échange. Deux solutions restaient alors à envisager. Examiner en premier lieu le contenu de l'accord et tenter d'approcher la notion en tant que concept. L'obstacle relatif à l'absence de définition formelle ainsi que l'hétérogénéité du contexte dans lequel la notion se décline a toutefois conduit à délaisser cette démarche, invitant alors, en second lieu, à adopter une analyse fonctionnelle. Instrument consensuel au service d'un échange autour de la peine, l'accord en matière pénale se présente comme la traduction procédurale française du pragmatisme judiciaire nord-américain soutenant que la « version longue » du procès pénal, et le respect intégral des garanties qui y sont inhérentes n'est désormais plus abordable¹⁸⁷⁴.

Aussi, quel que soit le domaine infractionnel concerné par le processus de négociation, c'est la fonction de l'accord – support nécessaire d'un circuit répressif raccourci – qui confère à la

¹⁸⁷⁰ V. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey Dalloz, 1951, p. 312 et s., spéc. n° 2 a). « On affirme souvent que le droit pénal fait partie du droit public, et on le place à côté du droit constitutionnel et du droit administratif (...) cette affirmation est fondée en grande partie sur la confusion entre l'État et le droit. (...) Il est exact que l'État organise un service public de la justice, mais ce service ne fonctionne pas comme les services administratifs. L'autorité judiciaire a pour fonction la protection des droits des particuliers, et pour cette raison la procédure, qui est conduite devant elle, se relie aussi au droit privé ».

¹⁸⁷¹ V. P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat*, préc., p. 21.

¹⁸⁷² V. J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, préc., p. 68.

¹⁸⁷³ P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat*, préc. p. 17, spéc. n° 3.

¹⁸⁷⁴ S.C. THAMAN, *World plea bargaining*, préc., *Introduction*, xvii : « *The full blown trial with all the guarantees is no longer affordable* ».

notion une unité que le désordre apparent des mots ne doit plus masquer. Hybride dans sa composition, l'accord en matière pénale présente une nature homogène que sa finalité procédurale a permis de révéler.

Conclusion du Titre 1

430. Autonomie de la notion d'accord en matière pénale. L'admission de solutions négociées, fondées sur un dialogue entre la partie mise en cause et l'autorité publique, constitue une tendance marquante du droit pénal contemporain que corrobore l'analyse économique du Droit¹⁸⁷⁵. Vecteur par excellence du paradigme de l'échange, le contrat est la figure de référence dès lors qu'il est question de qualifier juridiquement l'acte consensuel s'établissant au cœur du système répressif.

S'il est le résultat de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, l'accord qui s'illustre en matière pénale présente néanmoins de multiples caractères qui le distinguent des conditions de validité traditionnellement attachées à la notion de contrat, comme à ses formes dérivées. C'est une notion autonome et propre à la matière au sein de laquelle il est utilisé. Assimilé à une « espèce de boîte noire dont le fonctionnement est incertain »¹⁸⁷⁶, le contenu de la notion procède uniquement d'une fonction que la matière pénale lui attribue.

Pur produit de la rationalisation ambiante et des « politiques pénales managériales »¹⁸⁷⁷, l'accord est ainsi de ces notions « qui se comprennent mieux qu'elles ne se définissent »¹⁸⁷⁸ et que seule une approche fonctionnelle permet véritablement d'appréhender.

Cela étant, le rattachement de la notion étudiée à la catégorie des notions fonctionnelles « ne peut constituer un but en lui-même »¹⁸⁷⁹. En effet, la définition fonctionnelle de la notion invite en dernier lieu à déterminer le cadre juridique dans lequel ce circuit dérivé doit impérativement être enserré. En droit comme ailleurs, les « transplants génétiques »¹⁸⁸⁰ doivent obéir au principe de précaution sous peine de voir émerger une justice pénale à deux

¹⁸⁷⁵ V. G. ROYER, *Analyse économique du droit et traitement négociée de la délinquance d'affaire*, préc., p. 315 ; A. AUGUS, M. FAURE, *L'économie du droit, le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 19 et s ; R. ENCINAS de MUNAGORRI, *La querelle française de l'analyse économique du droit*, RTD.civ., 2006, p. 505 : « Le terreau des analyses économiques du droit est celui de la Common Law, (...) la pensée utilitariste y est influente ».

¹⁸⁷⁶ R. LIBCHABER, *Réflexions sur les effets du contrat*, préc., p. 216.

¹⁸⁷⁷ A. TALEB, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité – étude comparée des justices pénales française et anglaise*, préc., p. 268, spéc. n° 504 : « Cette approche gestionnaire appelée également doctrine du New Public Management tournée vers un utilitarisme de la règle juridique (...) vise à gérer l'ensemble du système comme s'il s'agissait d'une entreprise privée (...). L'objectif politique sans cesse martelé est celui d'une justice plus simple, plus rapide et plus efficace ». V. également J-P. JEAN, *Le système pénal*, préc., p. 55 : « L'approche économique, de par son réalisme et son efficacité, est la seule à pouvoir apporter une solution pertinente aux questions juridiques, selon les critères de l'analyse libérale ».

¹⁸⁷⁸ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., p. 233, spéc. n° 174.

¹⁸⁷⁹ G. TUSSEAU, *Critique d'une métanotion fonctionnelle, la notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle*, RFDA, juillet-août 2009, p. 641, spéc., n° 25.

¹⁸⁸⁰ V. Y. DESDEVISES, *Les transactions homologuées, vers des contrats juridictionnalisables ?*, préc., p. 286.

visages, dont l'une portera la marque d'un « décrochage des principes fondateurs du droit pénal »¹⁸⁸¹. S'il n'est pas question ici de faire preuve d'un « patriotisme juridique »¹⁸⁸² trop vivace, il faut néanmoins garder à l'esprit que les influx nord-américains de l'analyse économique du droit tendent à placer le débat aux frontières de la science et de l'idéologie¹⁸⁸³. Partant, l'accord, ce lien dont le caractère pragmatique et informel place la notion presque hors des limites du Droit, doit être strictement contrôlé. C'est alors la question de son régime qu'il convient désormais d'aborder.

¹⁸⁸¹ M. MASSÉ, J-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, préc., p. 109.

¹⁸⁸² R. ENCINAS de MUNAGORRI, *La querelle française de l'analyse économique du droit*, préc., p. 505.

¹⁸⁸³ V. B. DEFFAINS, *Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste*, in G. CANIVET, B. DEFFAINS, M-A. FRISON-ROCHE, *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, Petites affiches, 19 mai 2005, p. 12 ; G. CANIVET, *La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge*, Petites affiches, 19 mai 2005, p. 27 ; A. BERNARD, *Law and Economics, une science idiote ?*, D. 2008, p. 2806.

TITRE 2. LE RÉGIME DE L'ACCORD EN MATIÈRE PÉNALE

431. L'exigence d'une intervention juridictionnelle. L'examen du dispositif légal au soutien du processus de négociation en matière pénale illustre l'exigence d'une formalité procédurale – commune à l'ensemble des modalités de cette justice consensuelle – et qui se traduit par l'intervention d'une autorité juridictionnelle. À l'instar de divers contrats privés rattachés au mouvement de contractualisation¹⁸⁸⁴, l'accord en matière pénale est en effet soumis à l'obligation d'être avalisé par un magistrat du siège, ou par une autorité administrative indépendante.

L'origine¹⁸⁸⁵, ainsi que la teneur de cette intervention juridictionnelle ont fait l'objet de développements antérieurs¹⁸⁸⁶. Cela étant, l'étude de cette formalité, indispensable à la clôture des procédures de négociation, invite désormais à placer l'éclairage non plus sur le « pouvoir » reconnu aux volontés de l'autorité de poursuite et du prévenu de parvenir à un accord, mais sur celui du juge de donner force exécutoire à ce dernier.

Ultime étape pour l'effectivité et l'efficacité de la justice négociée, l'approbation judiciaire se présente comme un contrepoids de la levée de l'interdiction par le législateur de conclure des accords dans une matière qui intéresse l'ordre public¹⁸⁸⁷.

432. Risques de la justice négociée. « Alors que par tradition, la fonction juridictionnelle est construite sur des valeurs qui reposent sur le temps, le débat individualisé et le doute systématique », l'intervention « éclair » d'une autorité judiciaire sur un dossier dont l'issue est déjà scellée, ou presque, par le parquet, fait craindre l'émergence d'« une justice où tout le monde dirait le droit mais personne ne saurait plus réellement où il est, ni ce qu'il exprime »¹⁸⁸⁸.

¹⁸⁸⁴ V. A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, thèse, Université Paris X, 2001, n° 58 et s. ; A. BARDET-BLANVILLAIN, *Les conventions homologuées en droit de la famille : unité ou diversité ?* Gaz. Pal. 9 septembre 2003, n° 252, p. 4 ; V. La rupture conventionnelle du contrat de travail, Art. L. 1237-14 C. trav.

¹⁸⁸⁵ Cons. const., 2 févr. 1995, préc., cons. n°6 : « Le prononcé et l'exécution des sanctions mises à la disposition du procureur de la République, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression des délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement ».

¹⁸⁸⁶ Notamment sur la redistribution des rôles face à la montée en puissance de l'institution en charge de l'accusation, V. *supra* n° 138.

¹⁸⁸⁷ V. S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation*, préc., p. 60.

¹⁸⁸⁸ D. SALAS, *Le juge dans la cité ; nouveaux rôles, nouvelle légitimité*, Justices, n°2/1995, p. 181 et s.

433. Pour une justice négociée vertueuse. Aussi, il importe de se pencher sur les caractères de cette intervention juridictionnelle, la teneur du contrôle effectué par l'autorité en question ainsi que les incidences de son action sur l'accord lui-même pour tenter de répondre à des interrogations pouvant être formulées en ces termes : quel est l'impact d'une homologation sur l'accord ? Que se passe-t-il en cas d'échec de la procédure ?

Parce que la vraie faiblesse des transferts de compétences est moins la confusion des rôles que l'absence de garanties d'indépendance et d'impartialité¹⁸⁸⁹ pour le justiciable auteur d'un aveu, l'homologation¹⁸⁹⁰ se doit d'être le gage d'une justice négociée rendue sur des bases vertueuses. C'est là, semble-t-il, tout l'enjeu de la réception de l'influence du système pénal accusatoire américain.

434. Notion unitaire, régime plural ? En France comme aux États-Unis, les accords entre autorités de poursuite et délinquants s'illustrent selon différentes modalités en fonction de l'infraction commise et du type de collaboration probatoire mis en œuvre. Si la nature fonctionnelle de l'accord en matière pénale a révélé une certaine homogénéité de la notion, l'idée que l'ensemble des accords étudiés obéit à un régime unitaire reste incertaine.

Selon les hypothèses de négociation, l'autorité venant apposer le sceau juridictionnel diffère, et le terme pour décrire cette approbation judiciaire est variable. Cela étant, il convient de rechercher si, sous la diversité sémantique, ne se dissimule pas une homogénéité procédurale susceptible de révéler des règles de nature à constituer un droit commun de l'homologation de l'accord en matière pénale.

435. Plan. À cette fin, il apparaît opportun de se pencher tout d'abord sur l'homologation de l'accord (Chapitre 1), avant d'envisager ensuite les conséquences d'une absence d'homologation (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'homologation de l'accord

Chapitre 2 : L'absence d'homologation de l'accord

¹⁸⁸⁹ V. C. LAZERGES, *La dérive de la procédure pénale*, Rev. sc. crim., 2003, p. 644.

¹⁸⁹⁰ Si les termes peuvent varier au gré des textes, nous utiliserons cette appellation générique, V. *supra* n° 145.

Chapitre 1. L'homologation de l'accord

436. L'importance de la phase d'homologation. Une fois l'accord intervenu, toute la conformité du processus de négociation aux principes fondateurs de la procédure pénale, au premier rang desquels figure celui de la séparation des autorités de poursuite et de jugement¹⁸⁹¹, repose sur la phase d'homologation.

437. Définition. Définie comme « l'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice »¹⁸⁹², l'homologation se présente comme l'héritière de la juridiction volontaire du droit romain, par laquelle le juge se limitait à donner acte aux parties de leur accord¹⁸⁹³. Dénommée « *addictio iudicis* »¹⁸⁹⁴, l'homologation reposait dans l'histoire sur la mise en œuvre de procès fictifs, au cours desquels le magistrat ne faisait que constater un consensus entre parties privées. Plus tard, le Code civil et le Code de commerce¹⁸⁹⁵ consacreront le terme d'homologation et multiplieront le recours à cette technique, par ailleurs très développée en droit de la famille¹⁸⁹⁶. L'évolution ultérieure du droit et l'avènement de l'ère consensuelle où « il est en tous lieux questions de

¹⁸⁹¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 ; Art. prélim. al 1 et 2 C. pr. pén : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ».

¹⁸⁹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 10^e éd., PUF, 2014, v° *Homologation* ; V. L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, *Justices*, n°5, 1997, p. 135. Par l'homologation, l'auteur souligne que le législateur a prévu un contrôle judiciaire effectué après la passation de l'acte et l'homologation qui en résulte lui confère sa pleine efficacité.

¹⁸⁹³ I. BALENSI, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, *RTD civ.* 1978, p. 43.

¹⁸⁹⁴ V. G. V. APOSTOLÉANU, *Théorie de l'homologation en droit privé français*, thèse, Paris, Jouve, 1924, p. 13 et s.

¹⁸⁹⁵ Art. L. 610-10 C. com. V. Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés.

¹⁸⁹⁶ Loi n° 75-717 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. V. G. CHESNE, *Le divorce par consentement mutuel*, *D.* 1963, 1, p. 95 ; H. MAZEAUD, *Le divorce par consentement forcé*, *D.* 1963, 1, p. 141 ; J. VIDAL, *Les conventions de divorce*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 805 ; H. LECUYER, *Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce »*, *Dr. fam.*, décembre 2001, p. 4. A. BARDET-BLANVILLAIN, *Les conventions homologuées en droit de la famille : unité ou diversité ?*, *Gaz. Pal.*, 9 septembre 2003, n° 252, p. 4.

concertation, négociation, médiation, conciliation¹⁸⁹⁷ » sont venus asseoir le succès de cette notion¹⁸⁹⁸, qui n'a pas épargné le domaine de la procédure pénale.

438. Incidence du rapport d'autorité. Toutefois, le caractère impératif du domaine au sein duquel s'inscrit cette approbation en matière de procédures négociées invite à ne pas envisager le juge de l'homologation dans un simple rôle de « témoin solennel » de l'accord entre deux parties¹⁸⁹⁹. En effet, à la différence de la pratique communément observée en droit de la famille¹⁹⁰⁰ ou encore en droit du travail¹⁹⁰¹, l'homologation de l'accord en matière pénale n'est pas la simple juxtaposition de la décision d'un juge à un acte juridique proposé par des justiciables. La dimension répressive qui caractérise le lien entre l'autorité de poursuite et l'auteur de l'infraction implique nécessairement que l'activité d'homologation des accords en matière pénale ait une teneur particulière. L'intervention d'un acte d'une autorité juridictionnelle, à la suite d'un consensus sur la peine, n'est pas le signe de la réception judiciaire d'un accord de volonté privées, et qui laisserait imaginer l'émergence d'une forme de contrat judiciaire¹⁹⁰² au sein de la matière pénale.

439. Particularisme et incidences de l'homologation en matière pénale. Certes le constat d'accords en matière pénale renvoie à une conception nouvelle de la justice répressive, plus conçue – à l'occasion de la mise en œuvre de ces procédures de négociation – comme une instance qui régule que comme une autorité qui tranche. Néanmoins, « compte tenu de l'inévitable déséquilibre des forces qui existera toujours entre les autorités répressives et le justiciable dans le choix d'une solution consensuelle »¹⁹⁰³, il convient de déterminer si l'homologation en matière pénale présente des caractéristiques propres à garantir la légalité

¹⁸⁹⁷ X. LAGARDE, *Transaction et ordre public*, D. 2000, Chr., p. 217.

¹⁸⁹⁸ V. A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, RRJ, 2004- 1, p. 89.

¹⁸⁹⁹ Rôle que l'on peut observer en matière civile notamment lorsque les parties demandent au juge d'homologuer, soit l'accord constaté par le conciliateur commis par le tribunal d'instance, art. 832-1 C. pr. civ. ; soit l'accord après intervention d'un médiateur, art. 131-12 C. pr. civ. Enfin, les parties peuvent demander au juge de la mise en état d'homologuer l'accord auquel elles sont parvenues, art. 768, al. 2 C. pr. civ. issu du Décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005.

¹⁹⁰⁰ V. L'homologation par le TGI de la convention modificative du régime matrimonial, art. 1397 C. civ. ; l'homologation par le juge aux affaires matrimoniales de la convention de règlement des conséquences du divorce par consentement mutuel, art. 230 et 232 C. civ.

¹⁹⁰¹ V. L'homologation en matière de rupture conventionnelle du contrat de travail, art. 1237-12 à 1237- 14 C. trav.

¹⁹⁰² Sur ce point, v. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, préc., p. 7 et s.

¹⁹⁰³ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 550, spéc. n° 714.

du processus de négociation, et qui participeraient à l'autonomie du régime de l'accord qui en est le pivot.

C'est à ce titre que nous analyserons d'une part, l'objet de l'intervention juridictionnelle (Section 1), avant d'envisager d'autre part, les effets de celle-ci (Section 2).

Section 1. L'objet de l'intervention juridictionnelle

440. L'homologation comme garantie. Appelé à valider, homologuer, contrôler, le juge auquel un accord est soumis en matière pénale incarne la nécessité de limiter l'espace de « liberté » dont disposent les acteurs majeurs de la négociation que sont le parquet et l'auteur de l'infraction. Si le caractère essentiellement gracieux¹⁹⁰⁴ de sa tutelle invite à parler de « diminutif au jugement »¹⁹⁰⁵, le caractère obligatoire de son intervention nous renseigne toutefois sur l'importance que revêt l'acte d'homologuer¹⁹⁰⁶. En effet, outre le respect de l'exigence constitutionnelle¹⁹⁰⁷, ce contrôle judiciaire vient au soutien de la garantie d'une protection du consentement du mis en cause et de sa bonne information. Dès lors que la liberté individuelle est en jeu, l'accord en matière pénale ne saurait justifier une dispense de l'intervention d'une autorité juridictionnelle.

441. Protection du consentement en procédures pénales et para-pénales. L'étude des différentes modalités du processus de négociation a révélé que l'ensemble des procédures s'organise en deux temps et sous l'égide successive de deux autorités¹⁹⁰⁸. En effet, quelle que soit la nature de l'infraction pouvant donner lieu à un accord, on observe de manière constante que la recherche du consensus par une autorité de poursuite est suivie d'un contrôle de sa

¹⁹⁰⁴ D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. 259. L'auteur souligne que la matière gracieuse doit son originalité au fait qu'elle est rendue par un juge dont le rôle s'apparente plutôt à celui d'un administrateur ; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 7^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, p. 1362. V. *supra* n° 150.

¹⁹⁰⁵ A. GIUDICELLI, *Repenser le plaider coupable*, préc., p. 592.

¹⁹⁰⁶ V. sur ce point L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, préc., p. 135. L'auteur souligne qu'« un principe d'application de la norme juridique en raison de l'intérêt dont il s'agit d'assurer la protection, se vérifie dans chaque accord soumis à une homologation judiciaire ».

¹⁹⁰⁷ Cons. const. 2 fév. 1995, DC n° 95-360, préc.

¹⁹⁰⁸ V. *supra* n° 141.

validité par une autorité de jugement. Cela étant, il semble que selon la figure en charge de l'homologation, la teneur du contrôle diffère.

Aussi, il apparaît opportun de distinguer le contrôle de validité de l'accord effectué par le juge judiciaire (§1), de celui exercé à l'occasion des procédures relevant du droit de la concurrence (§2).

§1. Le contrôle de la validité de l'accord par le juge judiciaire

442. Étendue du contrôle. Qu'il s'agisse de la procédure de composition pénale, de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, ou encore du mécanisme prévu par l'article 132-78 du Code pénal, chacun des accords qui y est illustré suppose, en aval de la discussion avec le procureur, qu'un magistrat du siège exerce un contrôle sur les conditions ayant entouré l'aveu de l'auteur de l'infraction et la proposition de peine émise par le procureur. Si l'on ne trouve spécifiquement le terme « homologation » qu'à l'article 495-9 du Code de procédure pénale, relatif à la CRPC, les dispositions légales fondant les procédures venant d'être envisagées témoignent d'une certaine cohérence d'ensemble qu'il convient d'illustrer en les évoquant successivement.

A. L'homologation de l'accord dans le cadre d'une CRPC

443. L'homologation d'une CRPC. Au terme de l'article 495-9 du Code de procédure pénale : « Lorsque, en présence de son avocat, la personne accepte la ou les peines proposées, elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation ». Également, l'article 495-11 du même Code énonce que : « L'ordonnance par laquelle le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui décide d'homologuer la ou les peines proposées est motivée par les constatations, d'une part que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées (...), d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ».

À la lecture de ces dispositions on constate que l'homologation nécessite que soient remplies trois séries de conditions, qui nous renseignent sur l'objet du contrôle effectué par le juge.

444. Conditions relatives aux faits. Celui-ci doit vérifier tout d'abord la réalité des faits et leur qualification juridique.

Cette vérification, essentielle, semble indiquer que l'homologation de l'accord ne pourra intervenir que si ce magistrat a l'intime conviction de la culpabilité de la personne¹⁹⁰⁹, indépendamment du fait que celle-ci reconnaît cette culpabilité.

Cela étant, au terme même de la circulaire du 2 septembre 2004¹⁹¹⁰ présentant les dispositions de la loi du 9 mars 2004 ayant introduit la CRPC dans le paysage procédural français, il est admis que « la reconnaissance de culpabilité est évidemment un élément de nature à emporter la conviction du juge ». Dès lors, s'il est évident qu'un aveu, en matière pénale, influence la forme du procès, il reste que la réception de cet élément de preuve est soumise à la libre appréciation du juge qui, même dans le cadre d'une procédure simplifiée, doit exercer la plénitude de ses fonctions¹⁹¹¹. Or, plusieurs observations permettent de douter, en pratique, de l'étendue et de la valeur de l'exercice de l'intime conviction par le magistrat homologateur.

En effet, d'une part, l'intime conviction – définie comme l'opinion profonde que le juge se forge en son âme et conscience¹⁹¹² – suppose un examen sur le fond et sur la forme du dossier, ce qui, dans la pratique, se concilie difficilement avec le cadre de l'audience d'homologation d'une CRPC et l'exigence de célérité qui fonde ce type de procédure.

D'autre part, si l'on se réfère au sens de cette notion, « pivot de la fonction judiciaire »¹⁹¹³, et dès lors que l'article 411 du Code de procédure pénale permet que le prévenu soit jugé en son absence¹⁹¹⁴, il est possible de s'interroger sur la valeur de « l'opinion profonde du magistrat »

¹⁹⁰⁹ V. art. 427 al. 1 C. pr. pén : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ».

¹⁹¹⁰ Circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004, présentant les dispositions de la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relative à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

¹⁹¹¹ Cons. const. Décision n° 2004-492, DC du 2 mars 2004, cons. 106 et 107.

¹⁹¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Intime conviction ; Art. 427 C. pr. pén. Un auteur parle « d'étrange phénomène par lequel la délibération avec soi-même vient laisser place à l'intime conviction », v. T. SOULARD, *Réflexion sur la notion d'intime conviction, genèse et portée de l'article 353 du Code de procédure pénale*, Rev. pénit., 2004, p. 555 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, 24^e éd., Dalloz, 2014, p. 134 et s., spéc. n° 162.

¹⁹¹³ C. TOURNIER, *L'intime conviction du juge*, thèse, Université d'Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 23, spéc. n° 7.

¹⁹¹⁴ L'article 411 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 9 mars 2004, dispose que : « quelle que soit la peine encourue, le prévenu peut, (...) demander à être jugé en son absence en étant représenté au cours de

quant à la culpabilité de la personne faisant l'objet d'une CRPC. Comment, en effet, parler d'intime conviction, alors même que cette procédure suppose des débats judiciaires très réduits – voire exclus – et que la présence physique du parquet¹⁹¹⁵, comme celle de l'auteur de l'aveu est facultative ?

À cet égard, la disposition de la circulaire du 2 septembre 2004¹⁹¹⁶ selon laquelle l'homologation n'intervient que lorsque le magistrat a été mis en mesure de se forger son intime conviction apparaît, en pratique, relativement illusoire.

445. Difficultés liées à la vérification des caractères du consentement et de la peine. Le contrôle du juge de l'homologation porte ensuite sur l'existence et le contenu de l'accord. Plus précisément, celui-ci vérifie la réalité, la sincérité de l'aveu de la personne concernée, la liberté du consentement ainsi que la légalité et la proportionnalité des peines proposées. Au terme des articles 495-9 à 495-11 du Code procédure pénale, il apparaît que le juge doit obligatoirement s'assurer de la présence de ses conditions. « Si elles font défaut, le juge est tenu de refuser l'homologation »¹⁹¹⁷.

Or, le constat du caractère non obligatoire de la présence de l'auteur de l'aveu nous amène encore une fois à douter de l'efficacité de ces dernières conditions. En effet, dans l'hypothèse où seul l'avocat, le plus souvent commis d'office, est présent lors d'une audience d'homologation, la réalité tant de l'appréciation du caractère volontaire de l'aveu que de l'examen de la justification de la sanction au regard de la personnalité de l'auteur de l'infraction semble pouvoir être remise en question.

446. Cause de nullité de l'accord. Aussi, eu égard au caractère déjà relativement expéditif et peu solennel de cette dernière phase du processus de négociation – dont la CRPC est l'illustration principale, sinon l'emblème – l'office du juge de l'homologation se révèle

l'audience par son avocat ou par un avocat commis d'office ». Aucune précision n'est avancée selon qu'il s'agit d'une audience correctionnelle traditionnelle ou d'homologation, ces dispositions sont applicables quelles que soient les conditions dans lesquelles le prévenu a été cité. Dès lors, une audience de CRPC peut se réaliser sans la présence de l'auteur de l'infraction.

¹⁹¹⁵ Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, au terme de laquelle la présence du ministère public n'est pas obligatoire. V. Const. Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, cons. 2, V. *supra* n° 148.

¹⁹¹⁶ Circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004, présentant les dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, V. point 2.3.3.1.1.

¹⁹¹⁷ I. PAPAPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 86.

impropre à garantir au justiciable une procédure équitable¹⁹¹⁸. Par conséquent, la présence de l'auteur de l'infraction devrait être exigée à peine de nullité de l'accord intervenu entre ce dernier et le ministère public. Il en va, semble-t-il, de l'efficacité de l'intervention du juge judiciaire et de la conformité de la procédure aux droits de la défense.

Sur ce point, il est intéressant de souligner qu'au sein du système américain, lorsqu'il est question d'un *plea bargaining*, l'homologation de l'*agreement* entre la défense et l'accusation se fait obligatoirement en présence du défendeur qui doit expressément se prononcer sur le fait qu'il plaide « *guilty* » ou « *not guilty* »¹⁹¹⁹. Ce *plea* est une véritable locution introductive de l'instance, c'est le performatif judiciaire des parties¹⁹²⁰, qui rend indispensable la présence de son auteur.

447. Champ d'application de la négociation et risques d'atteintes au droit à un procès équitable. À cet égard, si les prérogatives du juge de l'homologation français et américain sont relativement similaires et que leur office reste essentiellement formel, il convient de noter que l'appréciation par le juge américain de la légalité de l'accord intervenu entre le *prosecutor* et l'auteur de l'aveu présente, en théorie au moins, davantage de garanties en terme d'information de ce dernier sur les conséquences de son *plea* et de contrôle des conditions ayant entouré ce choix¹⁹²¹. La détermination du caractère volontaire de l'aveu implique que le tribunal soit, de manière concrète, en mesure de vérifier si l'accord sur la peine n'est pas le résultat de menaces ou de vaines promesses. L'intervention du juge revêt, à ce titre, une importance capitale.

Certes le risque de pressions ou menaces pesant sur l'auteur de l'aveu, en France comme aux États-Unis, semble en pratique peu probable pour la majorité des affaires concernant des infractions de faible gravité. Mais compte tenu de l'étendue du domaine matériel de la négociation, de chaque côté de l'Atlantique, le contrôle de l'accord en présence de l'auteur de l'aveu est impératif en ce qu'un plaider coupable involontaire ou à la suite d'informations

¹⁹¹⁸ L'exercice par le juge de ses prérogatives est destiné à préserver le principe de la présomption d'innocence et tend à garantir une bonne information du justiciable sur les conséquences de son aveu dans le cadre d'une procédure de jugement simplifiée. V. Recommandation R (87) 18 du 17 septembre 1987 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe sur la simplification de la justice pénale.

¹⁹¹⁹ Au terme de l'article 11 (a) (1) des *Federal Rules of Criminal Procedure*, le défendeur peut également « plaider sans contestation », c'est-à-dire formuler un « *plea of nolo contendere* », lorsqu'il ne conteste pas les faits qui lui sont reprochés.

¹⁹²⁰ I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 17 ; S.C. THAMAN, *World plea bargaining*, préc., p. 47.

¹⁹²¹ V. art. 11 Fed. R. Crim. P., préc. « *The court must advise the defendant about the waiver of rights, check the voluntariness of the guilty plea, and determine whether there is a factual basis for it. However, courts usually defer to agreements reached by the parties* ».

erronées ou insuffisantes est susceptible d'entraîner une violation manifeste du droit de tout individu à bénéficier d'un procès équitable¹⁹²² et plus spécialement une atteinte à la présomption d'innocence.

Le processus de négociation se déclinant, en France, au travers diverses modalités procédurales, il convient désormais d'apprécier la valeur du contrôle de validité de l'accord au sein de la composition pénale.

B. La validation de l'accord dans le cadre d'une composition pénale

448. Article 41-2 al. 6 du Code de procédure pénale. En matière de composition pénale, l'article 41-2 al. 6 prévoit que « Lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition ». En matière contraventionnelle, la validation est prévue par renvoi de l'article 41-3 du Code de procédure pénale à cette disposition. Cela étant, pour ce type d'infractions, l'autorité chargée de la validation diffère. En effet, le législateur précise que « la requête en validation est portée, selon la nature de la contravention, devant le juge du tribunal de police ou devant le juge de la juridiction de proximité, sauf si le juge de proximité est désigné par le président du tribunal aux fins de validation de l'ensemble des compositions pénales contraventionnelles »¹⁹²³. À la différence de la procédure de CRPC, aucune précision n'est apportée concernant la nature de la décision du juge effectuant la validation, les motifs y présidant ou quant à la teneur du contrôle exercé par l'autorité disposant de fonctions juridictionnelles.

S'il est possible de trouver des indications relatives à l'audition de l'auteur des faits ainsi qu'aux conséquences de la validation ou de son refus¹⁹²⁴, force est de constater que les dispositions portant sur le contrôle de l'accord sont relativement lacunaires. Seule une

¹⁹²² Art. 6 Conv. EDH. Pour les Etats-Unis, v. la jurisprudence de la Cour suprême, *Shelton v. United States*, 246 F. 2d 571, 1957 ; *Kelleher v. Henderson*, 531 F. 2d 78, 1976 ; v. B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 345.

¹⁹²³ Art. 41-3 al. 3 C. pr. pén. Sur le rôle du juge de proximité dans la validation des compositions pénales, V. C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, préc., p. 248, spéc. n° 218.

¹⁹²⁴ Art. 41-2 al. 6 C. pr. pén. : « Le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime (...) Si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque ».

circulaire du 11 juillet 2001¹⁹²⁵ vient, *a minima*, préciser les motifs présidant à la validation de la composition ou à son refus¹⁹²⁶ en indiquant simplement que le président du tribunal peut décider de ne pas valider la composition pénale pour des « causes très diverses »¹⁹²⁷. Il est également précisé qu'« il n'est pas interdit (...) que le président fasse connaître qu'il estime les mesures trop sévères ou trop clémentes ».

À la vacuité des dispositions prévoyant la phase de validation d'un accord lors de la mise en œuvre d'une composition pénale vient s'ajouter, là encore, la difficulté relative au caractère facultatif de la présence de l'individu ayant reconnu les faits.

449. Sens de la validation en matière de composition pénale. Bien que la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) affirme que « le défaut de comparution de la personne¹⁹²⁸ (...) n'a juridiquement aucune conséquence et n'empêche pas le président de se prononcer sur la requête en validation¹⁹²⁹, et de décider selon qu'il estime justifié de valider ou de ne pas valider la composition pénale », il apparaît que le domaine infractionnel auquel s'applique la composition, ainsi que l'existence d'un aveu de culpabilité, doivent pousser le législateur à rendre obligatoire aussi bien la présence du mis en cause que son audition¹⁹³⁰. Si valider signifie « le fait pour une autorité de vérifier la véracité d'un fait ou la régularité d'un acte »¹⁹³¹, quel sens revêt en réalité l'action du juge de la validation de l'accord de composition ?

En dépit d'un contrôle relativement superficiel, l'exigence légale de l'intervention d'une autorité judiciaire pour la validation d'une composition pénale vient toutefois corroborer l'opinion selon laquelle cette procédure fait partie intégrante, au même titre que les autres

¹⁹²⁵ Circulaire CRIM 01-14/F1 du 11 juillet 2001 de présentation des dispositions concernant la composition pénale issue de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001.

¹⁹²⁶ Dans la pratique les refus de validation sont peu fréquents. Entre 2001 et 2003, 25 127 ordonnances ont validé une composition pénale délictuelle contre 844 la refusant, soit moins de 4 % de refus de validation. V. F. ZOCCHETTO, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, préc., p. 37. En 2012, sur 74 493 procédures de composition pénale, 2252 ont fait l'objet d'une ordonnance de refus de validation, soit moins de 2 % de refus de validation. V. Les chiffres de l'activité des parquets des TGI de la France entière, <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html#statistique-judiciaire>.

¹⁹²⁷ Circulaire CRIM 01-14/F1 du 11 juillet 2001, préc., p. 33, point 4.1.

¹⁹²⁸ Qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans. V. art. 41-2 a. 1 C. pr. pén.

¹⁹²⁹ Circ. CRIM 01-14/F1 du 11 juillet 2001, préc. Point 4.3.1.

¹⁹³⁰ V. *supra* n° 67 et s.

¹⁹³¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 1063, v° validation.

mécanismes envisagés dans cette étude, du processus de négociation en matière pénale¹⁹³². En conséquence, l'objet et le contenu de l'intervention juridictionnelle ne peuvent demeurer aussi incertains et paraissent dès lors justifier une intervention du législateur.

Aux côtés des critiques pouvant être adressées à l'encontre de l'homologation de l'accord en matière de CRPC et de composition pénale, la volonté de dégager une vision d'ensemble du régime de l'accord devant le juge pénal nécessite de se pencher en dernier lieu sur les dispositions énoncées à l'article 132-78 du Code pénal et qui ont trait au consensus entre une autorité de poursuite et un repentir.

C. L'examen de l'accord passé avec les personnes visées à l'article 132-78 du Code pénal

450. Dispositions relatives aux repentis. S'agissant de la négociation à l'œuvre dans le cadre de la procédure permettant le recours aux repentis, ou collaborateurs de justice, le contrôle de l'accord passé avec le parquet ou le juge d'instruction¹⁹³³ diffère de celui opéré par le juge lors de l'homologation ou de la validation des procédures de CRPC et de composition pénale.

451. Application de l'article 132-78 du Code pénal. En effet, dès lors que le bénéfice des dispositions prévues pour les repentis n'est pas seulement conditionné par un aveu mais par les résultats auxquels les dénonciations auront permis d'aboutir¹⁹³⁴, l'appréciation des termes de l'accord se fait au moment où la personne est renvoyée devant la juridiction de jugement des faits pour lesquels elle s'est rendue coupable.

Les discussions relatives à la récompense en échange des aveux du repentir pouvant intervenir soit avec le parquet, soit avec un juge d'instruction, le président de la formation de jugement, lié par la citation ou l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation, devra s'assurer de

¹⁹³² Si l'on se réfère à la logique voulant « qu'un régime connu peut servir d'indice de qualification d'une situation ou de contre-preuve de sa nature probable » ou encore qu'une « différence de nature égale une différence de régime », l'identification de cette condition substantielle et procédurale, commune à l'ensemble des procédures négociées vient au soutien de l'idée selon laquelle la composition pénale est une poursuite alternative et non l'inverse. V. J-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, préc., n° 10 ; Dans le même sens, V. F. ROUVIÈRE, *Le revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime »* in *Mélanges en l'honneur de J-L. BERGEL*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 415, spéc. n° 12.

¹⁹³³ V. *supra* n° 86 et s., v. également n° 141.

¹⁹³⁴ V. art 132-78 C. pén. Les autorités doivent pouvoir constater que les déclarations de la personne ont permis d'éviter la réalisation de l'infraction, de la faire cesser, d'éviter qu'elle ne produise un dommage, et/ou d'identifier les co-auteurs ou complices.

l'adéquation de la peine avec les résultats obtenus ainsi que du caractère justifié de la sanction au regard de la personnalité de l'accusé.

En pratique, le rôle de la formation de jugement se trouve relativement cantonné au fait de prendre acte du visa de l'exemption ou de la réduction de peine prévu en amont de la phase de jugement. En effet, selon la circulaire du 2 septembre 2004¹⁹³⁵, et dès lors que la personne a été renvoyée devant la juridiction avec le bénéfice de ces dispositions, le juge devra obligatoirement prononcer une exemption de peine ou, dans le cas de l'application de l'alinéa 2 de l'article 132-78 du Code pénal, ne saurait en aucun cas prononcer une peine supérieure à celle prévue par la loi. Dans ce cadre, il n'est pas vraiment question d'un contrôle de la part du juge. Celui-ci est en effet plus lié par l'accord intervenu auparavant que véritablement chargé de le contrôler.

452. Passivité et minimalisme procédural. Au terme de constat, il paraît légitime d'affirmer que la mission du juge judiciaire se trouve, pour l'ensemble des procédures de négociation soumises à son homologation, limitée à des vérifications formelles dont l'objet est moins le contrôle approfondi de la légalité de l'accord, que la légitimation d'une entente sur la peine à laquelle il n'est pas partie. Reste à déterminer si le caractère formel de ce contrôle se caractérise également à l'égard de l'Autorité de la concurrence.

§2. Le contrôle de la validité de l'accord par l'Autorité de la concurrence

453. Non-contestation des griefs et clémence. En droit de la concurrence, les articles L. 464-2 III et IV du Code de commerce prévoient que les conditions ayant présidé à l'émergence d'un accord sur la réduction ou l'exemption de la sanction font l'objet d'un contrôle de la part du collège de l'Autorité de la concurrence.

Afin d'identifier des critères utiles à la détermination du régime de l'accord en matière pénale, il convient d'examiner la teneur du rôle de l'Autorité à travers l'analyse successive des dispositions prévues pour la procédure de non-contestation des griefs d'une part (A), et pour la procédure de clémence (B), d'autre part.

¹⁹³⁵ Circulaire CRIM 2004-13 G1 du 2 septembre 2004 présentant les dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

A. Le contrôle de l'accord dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs

454. Deux niveaux de contrôle. À la lecture de l'article L. 464-2 III du Code de commerce¹⁹³⁶, la figure du rapporteur général apparaît comme disposant d'un large pouvoir d'appréciation concernant les termes de la négociation et la décision de soumettre ou non l'accord à l'Autorité de concurrence, ne laissant ainsi à cette dernière que peu de latitude.

Néanmoins, d'une part, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que l'Autorité de la concurrence exerce un contrôle, même restreint, sur l'usage que le rapporteur fait de sa faculté de négocier¹⁹³⁷. D'autre part, en cas de recours exercé par l'entreprise ayant fait l'objet des dispositions prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce à l'encontre de la décision de l'Autorité, le contrôle juridictionnel qu'exerce la Cour d'appel de Paris sur ces procédures semble assurer la garantie qu'une vérification approfondie de la légalité de l'accord est effectuée¹⁹³⁸.

455. L'appréciation des termes de l'accord par l'Autorité de la concurrence. En raison du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'Autorité de la concurrence, son collègue n'est pas lié par le taux de réduction d'amende proposé en amont par le rapporteur général et sur la base duquel l'entreprise a signé le procès-verbal de mise en œuvre de l'article L. 464-2 III¹⁹³⁹. Aussi, en fonction des informations qui lui sont transmises, et à la différence des mécanismes à l'œuvre en procédure pénale, il est loisible à l'Autorité de

¹⁹³⁶ Art. L. 464-2 III C. com. : « Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général *peut proposer* à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire (...) en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction ».

V. *supra* n° 99.

¹⁹³⁷ Cons. conc., décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, § 300 et 301. L'Autorité, à qui il appartient de statuer sur tous les moyens mettant en cause la régularité de la procédure préalable à sa décision, procède à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. V. F. MARTY, P. REIS, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, préc., p. 24.

¹⁹³⁸ V. *infra* n° 490 et s.

¹⁹³⁹ D. BRAULT, R. MAULIN, *La procédure de non-contestation des griefs, un succès non contestable*, préc., p. 88, spéc. n° 63. V. également T. DAHAN, *Les procédures négociées : le point de vue de l'Autorité*, Colloque Lamy, « 20^e anniversaire du Conseil de la Concurrence : quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ? », 15 mars 2007. L'auteur parle de « l'érection d'une muraille de Chine » entre les services d'instruction et le collègue de l'Autorité qui prend la décision.

modifier les termes de l'accord et le taux de réfaction initialement négocié entre l'entreprise et le rapporteur général.

456. Réfaction du taux de la sanction. Dans un souci de sécurité juridique et de prévisibilité des sanctions faisant suite à une procédure de non-contestation des griefs, l'Autorité semble devoir respecter les termes de l'accord qui lui est présenté. Toutefois, la jurisprudence fait état d'un contrôle pouvant, de manière variable, révéler le prononcé d'une sanction plus souple ou au contraire plus impitoyable à l'égard de l'entreprise mise en cause.

En effet, dans certains cas, il arrive que l'Autorité décide d'accorder une réduction de la sanction bien supérieure à celle proposée par le rapporteur. Ce fut le cas dans une affaire concernant les contrats commerciaux proposés par l'entreprise « La Poste ». En application de l'article L. 464-2 III du Code de commerce, le rapporteur général a proposé que la sanction encourue soit réduite dans une proportion allant de 40 à 50 % du montant qui aurait été normalement infligé en l'absence de cette procédure, conduisant ainsi à proposer une sanction pécuniaire égale à 6 millions d'euros. Mais dans sa décision en date du 30 novembre 2004, l'Autorité a considéré qu'au regard « de l'importance et de la crédibilité des engagements pris par cette entreprise »¹⁹⁴⁰, il y avait lieu d'accorder une diminution de 90 % de cette sanction, soit un montant limité à 600.000 euros¹⁹⁴¹.

Cela étant, certaines décisions illustrent une modification des termes de l'accord allant cette fois dans un sens plus sévère qu'au moment de la négociation de l'entreprise avec le rapporteur général. Ainsi, dans une décision relative aux pratiques mises en œuvres dans le secteur des calculatrices à usage scolaire¹⁹⁴², l'autorité a estimé que « la gravité des pratiques, leur étendue ainsi que leur durée », justifiaient un taux de réfaction moindre que celui proposé par le rapporteur¹⁹⁴³.

457. Recherche d'erreurs manifestes. De manière générale, il revient donc au collège de l'Autorité de la concurrence de s'assurer de la régularité de la procédure préalable à la prise de décision, en vérifiant que le rapporteur général n'a pas commis d'erreurs dans son

¹⁹⁴⁰ Cons. conc., décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004, § 72.

¹⁹⁴¹ Dans une décision 07 D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvres dans le secteur du déménagement national et international, l'Autorité a également appliqué, pour certaines entreprises, un taux de réfaction deux fois supérieur à celui proposé par le rapporteur général. V. § 315 et s.

¹⁹⁴² Cons. conc., décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003, § 522.

¹⁹⁴³ Cons. conc., décision n° 03-D-45, préc., § 522 et s. L'autorité appliqua un taux de 20 % de réfaction de la sanction pécuniaire au lieu des 50 % proposé par le rapporteur.

appréciation de l'opportunité de recourir ou non à cette procédure¹⁹⁴⁴. Le collègue doit également tenir compte des propositions d'engagements émanant de l'entreprise, et rechercher si des erreurs manifestes ont pu rejaillir sur le montant de la sanction pécuniaire négociée¹⁹⁴⁵.

Ces observations permettent de considérer qu'en matière de non-contestation des griefs, si le schéma procédural de contrôle de l'accord est semblable à celui illustré par les articles 495-9, 41-2 al. 6 du Code de procédure pénale et 132-78 du Code pénal, l'Autorité de la concurrence dispose d'une marge de manœuvre bien plus importante que le juge pénal lors de la phase d'homologation.

B. Le contrôle opéré dans le cadre d'une procédure de clémence

458. Absence de contrôle de la légalité du procédé. Lorsqu'il est fait application de l'article L. 464-2 IV du Code de commerce, l'homologation de l'accord sur la sanction implique, comme pour la procédure de non-contestation des griefs, la réunion du collège de l'Autorité de la concurrence, qui, à l'instar du rôle dévolu au juge judiciaire, peut seul accorder ou refuser l'application de l'accord.

459. Appréciation lors de l'avis de clémence. À la suite de la transmission du rapport qui comporte les propositions d'exonération faites par le rapporteur¹⁹⁴⁶, une séance a lieu devant le collège de la concurrence. Au terme de l'article L. 463-7 du Code de commerce, l'entreprise candidate y est convoquée et peut faire valoir son point de vue. Cela étant, sa présence n'est pas obligatoire. Après cette séance, le collège adopte un avis de clémence lors duquel il sera procédé à une évaluation, non pas des conditions dans lesquelles la discussion avec le rapporteur général s'est déroulée, ni du respect des droits de la personne qui coopère, mais, de manière très pragmatique, du rang que cette dernière occupe dans la course à la dénonciation¹⁹⁴⁷ ainsi que de la pertinence des éléments que l'entreprise a communiqués¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴⁴ V. F. MÉLIN, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence, Droits français et droit communautaire*, éd. Lextenso, 2010, p. 43 et s.

¹⁹⁴⁵ V. Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non contestation des griefs. Disponible sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

¹⁹⁴⁶ Cette transmission s'apparente à la saisine par requête du président du tribunal par le procureur de la République dans le cadre des procédures de composition pénale et de CRPC.

¹⁹⁴⁷ V. *supra* n° 195.

Si le collègue n'est pas juridiquement lié par les termes de l'accord qui lui est soumis par le rapporteur, l'impératif de prévisibilité ainsi que la nécessité de ne pas décourager les candidats à la dénonciation amènent l'Autorité à suivre, de manière globale, les recommandations émises par le rapporteur¹⁹⁴⁹. Par ailleurs, cette séance du collège de l'Autorité de la concurrence ainsi que son avis ne font pas l'objet d'une publicité, ce qui se justifie assez facilement étant donné qu'à ce stade, l'entente faisant l'objet de la dénonciation n'a pas encore été démantelée, mais constitue néanmoins le reflet du pragmatisme de cette procédure et de la primauté qui semble être accordée à la répression sur toute autre considération.

460. Appréciation lors de la décision de clémence. Une fois l'avis de clémence délivré, le collège se réunit une dernière fois pour décider définitivement du sort de l'entreprise au regard de la coopération fournie tout au long de la procédure et des résultats sur la pratique anti concurrentielle en cause. De nouveau, il est possible d'observer que le contrôle effectué par l'Autorité afin d'entériner la proposition de clémence transmise par le rapporteur général porte davantage sur les observations de ce dernier et le constat de résultats concrets concernant la pratique illicite, que sur la légalité du procédé.

461. Lacunes de la protection du consentement à la collaboration probatoire. L'analyse des dispositions relatives à l'examen par l'Autorité de la concurrence de l'accord élaboré entre une entreprise et le rapporteur général, permet d'affirmer que le pouvoir de cette AAI, en terme de modulation du contenu de l'accord, est bien plus important que celui dont dispose le juge judiciaire en matière d'homologation en procédure pénale *stricto sensu*. Cela étant, il importe de souligner que les textes ne font pas véritablement état de garanties permettant d'assurer la liberté du choix de ne pas contester les griefs ou le strict encadrement de la dénonciation¹⁹⁵⁰. Dans les différentes décisions rendues par l'Autorité ainsi que les rapports annuels disponibles sur le site de l'Autorité de la concurrence, des lignes directrices présidant au calcul de la sanction sont mises en avant et ont le mérite de servir les impératifs de

¹⁹⁴⁸ Ce contrôle vise à vérifier que les documents remis par l'entreprise dénonciatrice permettent le lancement des perquisitions au sein des entreprises dénoncées. V. Art. L. 450-4 C. com.

¹⁹⁴⁹ B. LASSERRE, *Les instruments d'intervention de l'Autorité de la concurrence. Les procédures négociées – Le point de vue de l'Autorité de la concurrence*, RLC, 2007, n° 13, p. 207.

¹⁹⁵⁰ V. G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique*, préc., p. 492, spéc. n° 379.

prévisibilité et de sécurité juridique¹⁹⁵¹. À titre d'exemple, pour l'obtention d'une exemption des sanctions pécuniaires encourues, les décisions reflètent que l'entreprise doit informer l'Autorité, premièrement, de la nature et du champ matériel, géographique et temporel de l'entente, deuxièmement, de sa propre responsabilité dans cette entente et, troisièmement, de l'identité des autres entreprises ou organismes auteurs des pratiques en cause¹⁹⁵². Concernant la non-contestation des griefs, le montant de base de la sanction de chaque entreprise en cause est déterminé en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la durée des pratiques. L'ensemble de ces critères est ensuite apprécié à la lumière du comportement de l'entreprise au moment de la notification des griefs et des engagements pris pour l'avenir¹⁹⁵³.

Néanmoins, s'agissant de la protection des droits de la défense et de l'appréciation des conditions relatives à la mise en œuvre de la collaboration probatoire, le mutisme des textes demeure regrettable.

462. L'apparence d'un contrôle. Érigée en condition substantielle au sein des dispositifs étudiés, l'approbation d'un membre de l'autorité judiciaire ou administrative vient conférer à l'accord ses apparences de validité.

La recherche des règles communes aux différents régimes d'homologation prévus par le législateur permet de constater l'insuffisance du contrôle tant de la légalité que de l'opportunité de l'accord, ainsi que l'inefficacité de la protection d'un consentement donné par « la partie faible »¹⁹⁵⁴. Peu détaillé dans les textes, ce contrôle se révèle en effet très souvent superficiel et consiste essentiellement à vérifier que les négociations menées s'inscrivent bien dans le cadre juridique défini par la loi¹⁹⁵⁵. Finalement, l'ensemble des dispositions étudiées donne l'impression que le caractère favorable des procédures de négociation vient justifier une intervention juridictionnelle de forme plus que de fond.

¹⁹⁵¹ O. DUFOUR, *La consultation sur le calcul des sanctions est lancée !*, Petites Affiches, 25 janv. 2011, n°17 ; C. VILMART, *L'intérêt de lignes directrices pour réduire l'imprévisibilité des sanctions en droit de la concurrence*, JCP E 2010, act. 130 ; AdIC. décision n° 11-D- 17 du 8 déc. 2011. Le bénéfice d'une réduction ou d'une exemption de la sanction suppose que l'entreprise est attribuée en considération de quatre critères : la gravité de la pratique, l'importance du dommage causé à l'économie, la réitération des pratiques et l'individualisation de la sanction. Il ressort du tableau joint en annexe que les critères utilisés par l'Autorité de la concurrence sont similaires à ceux utilisés par les principales autorités de concurrence de l'OCDE. V. ANNEXE 3.

¹⁹⁵² AdIC. Décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013.

¹⁹⁵³ AdIC. Décision n°11-D-17 du 8 déc. 2011.

¹⁹⁵⁴ V. J-P. JEAN, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, AJ pén. n° 12, 2006, p. 473.

¹⁹⁵⁵ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, préc., p. 375, spéc. n° 345.

Plus qu'un contrôle de validité des conditions entourant l'élaboration de l'accord, ce sont les garanties statutaires d'indépendance et d'impartialité qu'offre la présence d'une autorité juridictionnelle qui semblent avoir guidé le législateur dans la mise en place de cette dernière phase du processus. Partant, l'analyse concrète de l'objet de l'intervention juridictionnelle, prévue respectivement pour chacune des modalités de la négociation en matière pénale, invite à conclure à un contrôle inefficace et insuffisant compte tenu des effets que cette intervention est susceptible d'engendrer.

Section 2. Les effets de l'intervention juridictionnelle

463. Efficacité et caractère exécutoire de l'accord. Si la teneur du contrôle effectué par l'autorité en charge de la phase d'homologation se révèle lacunaire, son intervention revêt néanmoins une importance capitale pour conférer à l'accord toute son efficacité. Comme le souligne un auteur, la situation est celle d'un « juge est placé sur un Aventin. Il ne se mêle pas de la recherche des preuves, il ne participe pas au débat sur la culpabilité, ni sur la peine. Mais sans le juge, rien n'est possible »¹⁹⁵⁶.

Le juge judiciaire et l'Autorité de la concurrence n'étant donc pas parties aux discussions ayant conduit au consensus autour de la sanction, l'homologation ne semble pas consister à « faire », mais à « parfaire » l'accord¹⁹⁵⁷. Ainsi, une fois le contrôle de sa validité effectué – aussi formel soit-il – l'acte par lequel l'accord est homologué lui confère son efficacité et son caractère exécutoire. Cela étant, il convient de s'interroger sur ce qu'est, en matière pénale, un accord efficace.

D'une part, au regard des objectifs au soutien du développement, en droit français, des différentes modalités du processus de négociation, il semble qu'un accord efficace soit un accord permettant l'accélération du temps judiciaire. Puisque le contrôle de la légalité et de l'opportunité de l'accord se révèle relativement fictif, l'efficacité de ce dernier ne semble pas devoir se mesurer en terme de protection des droits de la défense mais en ce qu'il permet à la

¹⁹⁵⁶ J-F. BURGELIN, *Évolution de la procédure pénale française de l'inquisitoire vers l'accusatoire*, in *Les entretiens du Palais*, Gaz. Pal., 2005, n° 49, spéc. p. 22.

¹⁹⁵⁷ V. A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 85, spéc. n° 4.

décision d'homologation de faire l'économie – pour l'essentiel des procédures – des exigences constitutionnelles relatives aux débats¹⁹⁵⁸ et à la publicité de l'audience¹⁹⁵⁹.

464. Produit de l'homologation. D'autre part, en dépit de ces contournements procéduraux, l'acte par lequel l'autorité homologue l'accord produit des effets significatifs. À l'exception de l'ordonnance validant la composition pénale, les décisions d'homologation provenant du juge judiciaire ou du collège de l'Autorité de la concurrence ont les effets d'un jugement de condamnation immédiatement exécutoire. Ainsi, bien que menées sans débat quant à la culpabilité et la peine prononcée, les procédures reposant sur un accord pénal produisent des résultats semblables aux modes de poursuites classiques. Dès lors, à la différence de la matière civile où l'homologation cristallise une superposition de deux actes de natures différentes, l'un privé, l'autre judiciaire¹⁹⁶⁰, le produit de l'homologation en matière pénale n'est pas mixte. L'accord, qui n'est pas le fruit d'une rencontre de volontés libres et privées, ne survit pas à la décision de l'autorité juridictionnelle, il est absorbé par elle.

465. Plan. Aussi, l'intervention d'une autorité juridictionnelle au terme du processus de négociation a d'abord pour effet de parfaire l'accord (§1) avant d'aboutir ensuite à sa transformation (§2).

§1. La perfection de l'accord

466. Reconnaissance et force de l'accord. Si les pouvoirs du juge judiciaire et de l'Autorité de la concurrence diffèrent quelque peu concernant le contenu de l'accord¹⁹⁶¹, l'intervention de ces deux figures chargées de l'homologation du consensus sur la peine est source, pour ce

¹⁹⁵⁸ V. *supra* n° 236 et s.

¹⁹⁵⁹ V. *supra* n° 246 et s.

¹⁹⁶⁰ V. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, préc., p. 81 et p. 278, spéc. n° 257 ; v. également A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 109 ; C. FARDET, *La notion d'homologation*, Droits, 1998, n° 28, p. 181 ; I. BALENSI, *L'homologation des actes juridiques*, préc., p. 61 ;

¹⁹⁶¹ L'Autorité de la Concurrence a le pouvoir de modifier le taux de réfaction de sanction pécuniaire proposée par le rapporteur alors que le juge judiciaire ne peut qu'accepter ou refuser l'accord. V. *supra* n° 455 et s.

dernier, d'effectivité et d'efficacité. Formalisé par un procès verbal¹⁹⁶², l'accord en matière pénale existe bien mais ne peut, avant homologation, produire d'effet en lui même.

467. Liberté surveillée. Si l'on se réfère à la matière civile, l'homologation caractérise un compromis entre la liberté laissée aux justiciables de négocier ensemble la solution de leur litige, et le maintien d'un certain contrôle judiciaire¹⁹⁶³. La perfection de l'acte, par le truchement de l'homologation, passe alors par la limitation, d'une certaine façon, de l'autonomie de la volonté des parties puisqu'elle conditionne l'efficacité des effets voulus par celles-ci¹⁹⁶⁴. Concernant la matière pénale, chacune des modalités du processus de négociation implique ce même type de contrôle et un contreponds similaire à la marge de manœuvre laissée à l'autorité de poursuite. En ce sens, le choix laissé au procureur ou au rapporteur général de discuter des termes de la collaboration probatoire et de la récompense qui y est attachée s'apparente à une liberté surveillée. C'est d'ailleurs là l'idée qui a motivé la censure de l'injonction pénale par la juridiction constitutionnelle en 1995¹⁹⁶⁵. S'il est possible de conclure un accord sur la peine, ce dernier n'acquiert effectivement de force que s'il est avalisé par l'autorité en charge de son contrôle.

468. La nature juridictionnelle en question. Ce caractère « perfecteur » de l'homologation, la force exécutoire qui est conférée à l'accord, provient de ce que le rôle de l'autorité qui en a la charge est de nature juridictionnelle. Cependant, le processus de négociation se déclinant à la fois devant le juge judiciaire et devant une autorité administrative indépendante, l'analyse semble devoir porter sur deux objets différents. En effet, s'agissant des procédures devant le juge judiciaire, c'est la question de la nature de l'action du juge qui se pose (A). Tandis que concernant les procédures devant l'Autorité de la concurrence, c'est la nature de l'organe qui homologue qui semble devoir être résolue (B).

¹⁹⁶² Art. 41-2 al. 5 C. pr. pén pour la composition pénale ; Art. 495-14 C. pr. pén. pour la CRPC ; Point 26 et s. du Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français ; Point 15 du Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs.

¹⁹⁶³ Art. 132-12 et 832-1 C. pr. civ.

¹⁹⁶⁴ A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 131, spéc. n° 73.

¹⁹⁶⁵ Cons. Cons. décision n° 95-360 DC du 2 février 1995. V. F. LE GUNEHEC, *Commentaire des dispositions de la loi du 8 février 1995 : réformatives, réformes et occasions manquées*, JCP G, 1995, I, p. 3862 ; B. BOURDEAU, *L'injonction pénale avortée : scolies sur une question de confiance*, ALD, 1995, p. 45 ; Y. MAYAUD, *Le volet pénal de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, adversité ou diversité*, RGDP, 1995, n° 2, p. 302. V. *supra* n° 66 et s.

A. La nature de l'action du juge judiciaire

469. Absence de litige et matière gracieuse. Rattachée à la notion de juridiction gracieuse¹⁹⁶⁶, l'homologation présente un caractère ambigu. Au sein de la matière civile, doctrine et jurisprudence oscillent entre la reconnaissance d'un acte juridictionnel ou bien d'un acte judiciaire non juridictionnel¹⁹⁶⁷.

S'apparentant à un « acte juridique à parfaire »¹⁹⁶⁸, l'accord issu d'une procédure de composition pénale et de CRPC présente un régime proche de celui qui caractérise par exemple l'accord des époux en faveur de la modification, du changement de régime matrimonial¹⁹⁶⁹ ou bien pour le divorce par consentement mutuel¹⁹⁷⁰ à l'occasion duquel le juge est appelé à vérifier l'existence du consensus, sa légalité ainsi que sa conformité aux intérêts des parties en cause. Le rapprochement avec la matière civile est encore plus évident sur le plan de l'absence de débat, prévue à l'article 28 du Code de procédure civile et constaté devant le juge pénal¹⁹⁷¹. De la même manière, son action ayant pour seule finalité la validation¹⁹⁷² ou l'homologation¹⁹⁷³ d'un accord, il n'a pas à trancher de litige.

470. Le critère de l'acte juridictionnel. Néanmoins, si l'absence de litige constitue l'argument principal des auteurs refusant à l'homologation le caractère d'acte juridictionnel¹⁹⁷⁴, il semble en réalité que ce critère ne peut servir que la distinction entre les

¹⁹⁶⁶ Art. 25 C. pr. civ : « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige, il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ». V. J-L. BERGEL, *La juridiction gracieuse en droit français*, D. 1983, p. 153 ; G. WIEDERKEHR, *L'évolution de la justice gracieuse*, in *Mélanges P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 483.

¹⁹⁶⁷ En ce sens, V. I. BALENSI, *L'homologation des actes juridiques*, préc., p. 44 ; L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, *Justices* 1997, n° 5, p. 135 ; D. d'AMBRA, *Objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, tome 236, p. 259.

¹⁹⁶⁸ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, 3e éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2013, p. 121, spéc. n° 219.

¹⁹⁶⁹ V. Art. 1397 C. civ.

¹⁹⁷⁰ V. Art. 1100 C. pr. civ.

¹⁹⁷¹ V. J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 637, spéc. n° 776 ; B. NIANG, *Le plaider coupable en France et États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc. p. 311, spéc. n° 295. V. *supra*, n° 142.

¹⁹⁷² Art. 41-2 C. pr. pén. pour la composition pénale.

¹⁹⁷³ Art. 495- 9 C. pr. pén pour la CRPC.

¹⁹⁷⁴ G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 16^e éd., Sirey, 2011, p. 250, spéc. n° 216. Dans le même sens mais plus ancien, V. notamment, E. GARSONNET, C. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Sirey, 3^e éd, tome 1, 1925, n° 65 ; E. GLASSON, A. TISSIER, R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3^e éd, 1925, tome 1, p. 30 et s.

matières gracieuses et contentieuses¹⁹⁷⁵, et non pas celle qui doit être opérée entre acte juridictionnel et non juridictionnel¹⁹⁷⁶.

Dès lors, si la négociation en matière pénale illustre des procédures au sein desquelles il n'y a pas, au sens juridique du terme, de caractère litigieux¹⁹⁷⁷, l'adhésion à une doctrine civiliste moderne¹⁹⁷⁸, qui invite à exclure le litige comme critère de l'acte juridictionnel, conduit à se référer plutôt aux modalités de l'élaboration de la décision d'homologation.

L'examen de l'objet de l'intervention juridictionnelle dans le cadre des procédures négociées a permis d'observer que le juge opère un contrôle – aussi faible soit-il – de légalité¹⁹⁷⁹ et d'opportunité¹⁹⁸⁰ de l'accord, afin d'aboutir au prononcé d'une ordonnance valant condamnation à une sanction pénale. Dans ce cadre, « le juge dit le droit, et tire les conséquences de l'acte par lequel il dit le droit. L'*imperium* du juge se conjugue avec la *jurisdictio* »¹⁹⁸¹. Partant, l'acte par lequel le juge avalise l'accord en matière pénale présente nécessairement une nature juridictionnelle¹⁹⁸².

471. Observations, propositions. De ce constat, deux observations s'imposent. La première est relative à la force exécutoire que confère l'ordonnance du juge à l'accord en matière

¹⁹⁷⁵ V. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, préc., p. 122, spéc. n° 222: « En définitive, comme l'avait souligné Hébraud, l'acte gracieux et l'acte contentieux ont bien quelque chose en commun. En effet, dans les deux cas, l'activité du juge consiste à dire le droit en levant des obstacles. En matière contentieuse, le juge lève des obstacles fondés sur la résistance d'une partie aux prétentions de l'autre. En matière gracieuse, il lève l'obstacle que la loi met à la régularisation d'une situation, en exerçant un contrôle de légalité et d'opportunité ».

¹⁹⁷⁶ V. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, p. 87, spéc. n° 99.

¹⁹⁷⁷ V. cependant Ph. CONTE, *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique*, préc. n° 12 : « On pourrait objecter que l'action publique postule par nature le litige, obligatoire pour parvenir à la réalisation du droit pénal ». Dès lors, seul le régime de la composition pénale, incohérent nous semble-t-il correspondrait à la matière gracieuse au sens où cette procédure « n'a pas pour objet l'action publique (...), mais seulement, en amont, la décision d'opportunité du ministère public. Or, en l'occurrence, cette décision dépend d'un accord et partant, d'une absence de contestation, si bien que lorsque le juge est saisi, il n'a pas à trancher le litige (...) ». Sur la nature juridique de la composition pénale et l'incohérence des dispositions légales, V. *supra* n° 69 et s.

¹⁹⁷⁸ I. BALENSI, *L'homologation des actes juridiques*, préc., p. 55 ; L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, préc., p. 136 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 74, spéc. n° 76.

¹⁹⁷⁹ Le contrôle de la légalité de l'accord suppose que le juge apprécie sa conformité à la loi. V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Légalité*.

¹⁹⁸⁰ Le contrôle en opportunité est un contrôle de l'équilibre de l'accord. Il contient des considérations d'intérêts, d'utilité et de justice. V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Opportunité*.

¹⁹⁸¹ A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 103, spéc. n° 32 ; v. également L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, préc. p. 139. L'auteur souligne que la fonction d'homologation relève de l'activité juridictionnelle du juge.

¹⁹⁸² V. sur ce point J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Monchrestien, 5^e éd., 2012, p. 258 et s., spéc., n° 324. Selon ces auteurs, l'acte juridictionnel est un acte par lequel le juge-tiers lève l'obstacle mis par une volonté privée ou publique (la loi) à l'activité d'une personne. Aussi, le juge, au contentieux comme au gracieux, exerce une fonction juridictionnelle identique : émanciper l'activité des parties de ce qui l'obstrue. V. A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, thèse, préc., p. 170.

pénale ainsi qu'à la nécessité corrélative d'un contrôle autre que formel et expéditif. La seconde a trait aux conséquences qu'il faut tirer de la nature juridictionnelle de l'acte d'homologation sur le pouvoir du juge à l'égard du contenu de l'accord.

Autrement dit, la nature juridictionnelle de l'action du juge de l'homologation en matière pénale semble pouvoir justifier un juste accroissement de ses prérogatives en terme de contrôle des conditions dans lesquelles l'accord a été élaboré d'une part (1), et en terme de modification du contenu de ce dernier d'autre part (2).

1) La nécessité d'un contrôle approfondi

472. L'homologation comme protection. La nature juridictionnelle de l'action du juge lors de la phase d'homologation en matière pénale invite à l'imaginer usant de l'ensemble des prérogatives appartenant à ceux qui détiennent « une parcelle de puissance publique »¹⁹⁸³. En dépit de l'exigence de célérité dans laquelle la politique pénale l'enserme et de l'accord qui supplante tout débat sur la culpabilité et sur la peine, le juge ne peut être passif et se contenter d'ordonner l'exécution de l'accord qui lui est soumis. Puisque son intervention conditionne la perfection de l'accord, son office ne doit pas laisser penser qu'il n'a qu'une fonction de réception de ce dernier¹⁹⁸⁴. Une approche téléologique des dispositions relatives à la clôture des procédures de composition pénale et de CRPC attribue au juge une aura de garantie pour le justiciable, pour le protéger contre un accord qui porterait la marque d'une contrainte d'un degré excessif¹⁹⁸⁵, d'un aveu biaisé par une prime à la dénonciation. Pour l'immense majorité des infractions pour lesquelles le procureur a recours à la négociation¹⁹⁸⁶, la rapidité et le caractère formel de l'intervention du juge ne représente pas de véritable danger en terme de protection des droits du justiciables et de manifestation de la vérité. Mais en droit positif, le domaine infractionnel de ces procédures s'étend jusqu'aux infractions punies d'une peine

¹⁹⁸³ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Impérium*.

¹⁹⁸⁴ L'homologation en matière pénale doit être distinguée de la réception, en matière pénale comme en matière civile, par le conciliateur ou le médiateur de l'accord des parties, et qui illustre non pas un contrôle de légalité et d'opportunité, mais une fonction d'assistance. Dans ce cadre, le juge ne fait que constater l'accord, sa décision s'apparente plus à un jugement de donné acte - qui n'est pas une décision judiciaire - qu'à un acte juridictionnel. Pour de plus amples développements sur le jugement de donné acte, V. L. MAYER, *Acte du procès et théorie de l'acte juridique*, préc., p. 249, spéc. n° 237 et 249 ; v. également, G. WIEDERKEHR, *Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires*, in *Mélanges à la mémoire du professeur A. RIEG*, Bruylant, 2000, p. 883, spéc. p. 891 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 31^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, p. 707, spéc. n° 1023.

¹⁹⁸⁵ V. *supra* n° 357.

¹⁹⁸⁶ C'est-à-dire les infractions peu graves et qui relèvent, pour l'essentiel, du contentieux de masse.

d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans pour la composition pénale et à tous les délits à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-7 du Code de procédure pénale pour la CRPC, ainsi qu'aux infractions relevant de la criminalité organisée lorsqu'il est question de l'application de l'article 132-78 du Code pénal.

473. Restriction du domaine matériel de la négociation. Aussi, la possibilité laissée au procureur de mettre en œuvre un processus de négociation pour un panel de peines que l'on peut juger comme étant relativement large, apparaît en dissonance avec l'imprécision et la furtivité de l'intervention juridictionnelle.

Si l'accroissement et la précision des modalités du contrôle que le juge opère sur la validité de l'accord risque de desservir l'objectif de rationalisation et d'économie au soutien de ces procédures, c'est l'image et l'identité de la justice pénale française qui risque d'être entachée par un excès de consensualisme et de célérité¹⁹⁸⁷. On peut à ce titre se tourner vers les dérives de la procédure pénale américaine pour en juger. À cet argument, il est possible d'avancer le fait qu'en France, contrairement aux États-Unis où la négociation s'applique à l'ensemble des infractions – dont celles pour laquelle la peine maximale est encourue¹⁹⁸⁸ – seuls les contraventions et délits sont concernés. Cela étant, l'observation des chiffres relatifs aux condamnations prononcées sur le territoire français pour l'année 2012 permet d'avancer l'idée qu'en pratique, en fonction du choix laissé au ministère public, le processus de négociation peut concerner l'ensemble du contentieux pénal. En effet, parmi 617 200 condamnations prononcées en 2012, 0,4 % sont des crimes, 92,9 % sont des délits et 6,7 % des contraventions de 5^{ème} classe¹⁹⁸⁹. C'est donc un pourcentage très élevé d'affaires qui entrent, en théorie, dans le champ d'application des deux modalités principales du processus de négociation, à savoir les procédures de composition pénale et de CRPC.

Au regard de ces observations, et dans le but non pas de freiner l'efficacité de ces procédures mais de tenter d'en améliorer la cohérence ainsi que la conformité aux principes

¹⁹⁸⁷ Cf. les conclusions issues de l'observation de plusieurs audiences de CRPC au sein du TGI de Bordeaux et le constat d'une moyenne de traitement de chaque dossier de 5 minutes pour le procureur et de 7 minutes pour le magistrat du siège chargé de l'homologation, v. *supra* note de bas page n° 1592.

¹⁹⁸⁸ À savoir la peine de mort, applicable pour les infractions au système fédéral dans trente deux États fédérés. V. *Aux États-Unis, les méthodes opaques de la peine de mort*, Le Monde, 30 avril 2014 ; v. aussi, J. I. TURNER, *Plea bargaining across borders*, Aspen Publisher, 2009, p. 24 ; Cour Suprême des États-Unis, *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 755, 1970 dans laquelle la Cour a retenu qu'un plaider coupable formulé en vue d'éviter la possibilité du prononcé de la peine de mort n'était pas invalide. « (...) a plea of guilty is not invalid merely because entered to avoid the possibility of a death penalty ».

¹⁹⁸⁹ Les données statistiques sur les condamnations sont issues des publications disponibles sur le site internet du Ministère de la justice. V. <http://www.justice.gouv.fr>.

fondamentaux de la procédure pénale, il apparaît que le contrôle opéré par le juge nécessite un renforcement et/ou que le champ d'application respectif des modalités du processus soit restreint aux infractions, qui, en raison de la nature des faits ou de la personnalité de leur auteur justifie un traitement accéléré¹⁹⁹⁰.

474. Insuffisance et dangers de la fonction d'homologation du juge pénal. Compte tenu de l'effet conféré par l'homologation à l'accord, et de la vocation de ce dernier à s'inscrire dans l'ordre juridique, la teneur actuelle du contrôle effectué par le juge apparaît – eu égard à l'insuffisance des critères évoqués¹⁹⁹¹ et au temps qu'il lui est imparti – quelque peu dérisoire et source d'une pratique pouvant, à terme, affecter la confiance des justiciables dans l'œuvre de justice. Moins le juge contrôle, plus le ministère public participe à la fonction de juger. C'est dès lors du respect de l'article préliminaire du Code de procédure pénale dont il est question¹⁹⁹² et qui suppose de s'interroger sur l'opportunité de conférer au juge pénal le pouvoir de réformer le contenu de l'accord.

2) L'opportunité d'un pouvoir réformateur

475. L'alternative justifiée du juge de l'homologation en matière civile. En matière civile, la requête en homologation a pour but de confier à un magistrat la mission de parfaire un acte, qui, sans son intervention, serait dépourvu d'efficacité¹⁹⁹³. Ce « plus juridique » accordé en aval de l'acte¹⁹⁹⁴ vient lui donner force exécutoire. Cette attribution, considérée comme « une prérogative grave qui ne se distribue pas comme une barre de chocolat dans une machine à sous »¹⁹⁹⁵, implique nécessairement que le juge ne s'apparente pas à une chambre d'enregistrement, « comme pourrait l'être n'importe quel officier public »¹⁹⁹⁶. Le magistrat du

¹⁹⁹⁰ Ce qui, dans la pratique, n'est pas le cas de certaines infractions auxquelles la loi du 13 décembre 2011 a étendue la CRPC. V. par exemple en matière de corruption internationale, art. 27 de la loi n° 1862 du 13 décembre 2011.

¹⁹⁹¹ V. *supra* n° 442 et s.

¹⁹⁹² V. C. pr. pén., art. préliminaire : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ».

¹⁹⁹³ V. CA, Versailles 19 nov. 1980, D. 1981, p. 460, note J. MASSIP.

¹⁹⁹⁴ C. FARDET, *La notion d'homologation*, préc., p. 188.

¹⁹⁹⁵ R. PERROT, *L'homologation des transactions*, Procédures, n° 8-9 aout. sept. 1999, p. 3.

¹⁹⁹⁶ A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 128 ; V. également Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, préc., p. 45, spéc. n° 48 : « L'activité du juge se rapproche d'une certaine façon de la fonction notariale ». V. Civ. 1^{ère} 26 juin 1991, note J. MASSIP, D. 1991, p. 315.

siège exerce un contrôle de légalité et d'opportunité « qui s'exprime par l'approbation ou la désapprobation ; mais il n'a pas pour conséquence de se substituer aux personnes qui ont accompli l'acte en question »¹⁹⁹⁷. Aussi, le juge ne peut qu'accepter ou refuser d'homologuer l'acte que les parties lui soumettent. Cette alternative est de l'essence de l'homologation et trouve sa justification dans le principe dispositif¹⁹⁹⁸ et dans le respect de la volonté des parties¹⁹⁹⁹. « Lié par les termes de l'acte, qu'il contrôle, il ne fait pas l'acte, et *a fortiori*, ne refait pas l'acte »²⁰⁰⁰. C'est alors la superposition de l'accord entre les parties avec l'ordonnance d'homologation qui est la source des effets juridiques²⁰⁰¹.

476. L'alternative contestable du juge de l'homologation en matière pénale. Principe directeur du procès civil, le principe dispositif ne trouve pas, traditionnellement, de manifestation en matière pénale. De nature sanctionnatrice, la mission du juge pénal n'a pas en effet pour objet d'avaliser un contrat sous-tendu par la volonté de parties privées, mais de contrôler et de donner force exécutoire à un accord formé entre une personne publique, le procureur, à l'origine d'une poursuite pénale à l'encontre d'un individu : l'auteur présumé de l'infraction.

Pourtant, l'homologation de l'accord en matière pénale suit le même régime que l'homologation civile concernant l'alternative dont dispose le juge. Ne pouvant qu'homologuer ou refuser d'homologuer la ou les peines proposées, le cantonnement de ses pouvoirs donne ainsi l'impression que le magistrat est lié par les points qui ont été discutés en amont par le ministère public et le mis en cause, résurgence en quelque sorte du principe dispositif connu de la matière civile.

¹⁹⁹⁷ V. G.V. APOSTOLEANU, *Théorie de l'homologation en droit privé français*, préc., p. 106.

¹⁹⁹⁸ Le principe dispositif illustre la maîtrise des parties sur les demandes et est formulé à l'article 4 du Code de procédure civile qui prévoit que « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». V. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 405, spéc. n° 524 ; J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., Domat, 2010, p. 211, spéc. n° 254.

¹⁹⁹⁹ Cette faible marge de manœuvre est illustrée à l'article 278 du Code civil relatif au consentement mutuel, v. Civ. 1^{ère} 10 oct. 1990, D. 1990, IR p. 275 ; Civ. 2^e, 11 oct. 1989 ; Civ. 1^{ère} 10 mars 1998, D. 1998, p. 601, obs. J. MASSIP ; Petites affiches, 14 juin 2000, étude SAK. V. également l'article L. 611-8 à L. 611-10 du Code de commerce relatifs à la constatations ou l'homologation de l'accord obtenu par le conciliateur. Plus largement v. l'article 1134 du Code civil qui prévoit : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

²⁰⁰⁰ A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 131, spéc. n° 72.

²⁰⁰¹ V. *supra* n° 389 et s.

Si cette restriction des pouvoirs du juge en matière de procédures négociées est en parfaite adéquation avec l'esprit des interventions du législateur²⁰⁰², il convient de souligner que l'absence d'un pouvoir réformateur du juge de l'homologation pénale est sans aucun doute à l'origine de la comparaison de son office à une chambre d'enregistrement²⁰⁰³ et à l'emploi de l'expression de « diminutif de jugement »²⁰⁰⁴.

Il convient dès lors de tenter d'apporter des solutions, qui, loin de prétendre résoudre l'ensemble des difficultés relatives au développement de la justice négociée, amènent toutefois à repenser le fonctionnement de la dernière phase du processus de négociation et plus précisément la place qu'y occupe le juge.

L'approche comparative se révèle ici féconde, en ce que l'étude des pouvoirs du juge américain (a) permet d'avancer des propositions raisonnées sur les prérogatives dont devrait disposer son homologue français (b).

a. Les pouvoirs contestés du juge américain

477. Pouvoir de modification. La comparaison avec le régime de l'accord issu d'un *plea bargaining* aux États-Unis est intéressante en ce qu'elle révèle que le juge n'est pas lié par le contenu de l'accord sur la peine²⁰⁰⁵.

Les exigences liées à l'impartialité du juge, ainsi que la nécessité d'assurer à cette autorité un statut d'arbitre ultime lors du prononcé de la peine qui sera appliquée au défendeur, ont conduit certaines juridictions à interdire formellement toute participation du juge au déroulement des négociations²⁰⁰⁶. Cela étant, dès lors que l'accord est soumis à la Cour, le juge qui la préside a pour mission d'examiner sa validité ainsi que les preuves relatives à

²⁰⁰² V. Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale ; Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 d'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; Loi n° 2005-847 du 27 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ; Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

²⁰⁰³ V. B. NIANG, *Le plaider-coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 294 et s. ; C. LAZERGES, *La dérive de la procédure pénale*, préc., p. 644

²⁰⁰⁴ A. GIUDICELLI, *Repenser le plaider coupable*, préc., p. 593.

²⁰⁰⁵ Fed. R. Crim. Pr. 11 (e) (1) ; J. I. TURNER *Judicial participation in pleas negotiations : A comparative view*, 54 American Journal of Comparative Law, 2006, n° 6.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*

l'affaire afin de s'assurer que le « *guilty plea* » est éclairé, libre, volontaire²⁰⁰⁷ et repose sur des faits concrets. Certes, dans la majorité des cas, l'exercice par le juge de son rôle d'arbitre s'illustre par une acceptation ou un refus motivé de l'accord²⁰⁰⁸. Néanmoins, cette autorité n'est pas liée par les termes de l'arrangement initié par le « *prosecutor* » et dispose ainsi du pouvoir d'en modifier le contenu, à savoir la peine²⁰⁰⁹.

478. Critiques. Si l'examen des règles fédérales de procédure pénale américaine relatives aux pouvoirs dont dispose le juge face à un « *plea agreement* » incite à regretter l'alternative à laquelle le juge français est réduit, il convient toutefois de relativiser l'aspect vertueux que la comparaison confère ici au système américain.

En premier lieu, outre les vérifications concernant d'une part, la qualité du consentement à se déclarer coupable lors de l'audience, d'autre part, la lucidité du mis en cause à propos des droits qu'il abandonne²⁰¹⁰, les dispositions légales relatives à la procédure de plaider coupable prévoient que le juge doit contrôler que le « *plea* » reflète exactement les faits de l'espèce²⁰¹¹. Cette exigence est présentée comme une garantie au service de la manifestation de la vérité et permettant d'écartier le risque que les justiciables plaident coupables pour des infractions qu'ils n'ont pas commises.

Cependant, cette exigence relative au contrôle des faits de l'espèce n'est en réalité pas très contraignante et n'apporte de garantie que le nom.

479. L'illusion d'une garantie. En effet, la capacité pour le juge d'avoir une connaissance réelle et approfondie des faits de l'espèce dépend entièrement des preuves que les parties lui présentent à l'audience. Étant donné que le procureur et l'auteur de l'aveu se sont mis d'accord, en amont, d'une part sur les faits pour lesquels il sera plaidé coupable, d'autre part sur la peine qui sera requise, il apparaît très peu probable que ces mêmes parties décident

²⁰⁰⁷ Au regard de ces dispositions, il importe de souligner que dans la pratique, dans le cas d'une infraction relevant du régime de la criminalité organisée, un aveu de culpabilité donné en réponse à une menace de la part du procureur d'incriminer l'épouse ou les enfants du mis en cause n'est pas susceptible d'amener le juge à rejeter l'accord pour cause d'aveu obtenu sous la menace ou la contrainte. En effet, dès lors que le procureur dispose de preuves suffisantes pour toutes les personnes impliquées dans l'espèce et qu'il n'agit pas de mauvaise foi, l'accord entre le prévenu et l'autorité de poursuite sera entériné par le juge. V. *United States v. Pollard*, 959 F.2d 1011 (DC. Cir.), 1992.

²⁰⁰⁸ J. I. TURNER, *Plea bargaining across borders*, Aspen Publisher, 2009, préc., p. 24.

²⁰⁰⁹ Fed. R. Crim. Proc. 11 (c) (1) (B).

²⁰¹⁰ La Cour suprême des États-Unis, dans une décision de 2002, décide néanmoins que la Constitution ne requiert pas que le défendeur ait une totale connaissance de toutes les circonstances liées au fait de plaider coupable et d'abandonner divers droits constitutionnels. V. Cour suprême des États-Unis, *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622, 2002. « (...) *The Constitution does not require that the defendant have complete knowledge of all the circumstances related to pleading guilty and waiving various constitutional rights* ».

²⁰¹¹ « *Factual basis requirement* ».

d'apporter des preuves susceptibles de remettre en cause le « *deal* » qu'elles ont conclu au préalable.

Au soutien de cet argument, il est possible d'ajouter qu'aucune règle fédérale de procédure relative au *plea bargaining* ne prévoit spécifiquement le nombre ou le type de preuves exigées lors de l'examen par le juge des faits de l'espèce. Certaines juridictions exigent « des éléments de preuve suffisants au moment de l'aveu aux termes desquels la cour peut raisonnablement affirmer que la personne a commis l'infraction²⁰¹² ». D'autres requièrent simplement « une certaine base factuelle²⁰¹³ ». En l'absence d'un standard légal de preuves requis, ce contrôle des bases factuelles derrière le « *plea* » apparaît finalement comme une formalité se traduisant dans la pratique par une simple question posée par le juge au défendeur : « Avez-vous commis les faits pour lesquels vous plaidez coupable aujourd'hui ? »²⁰¹⁴.

Enfin, dans l'hypothèse où le juge décide d'user de son pouvoir de modifier les termes de l'accord sur la peine proposée par la poursuite, son pouvoir réformateur reste, en tout état de cause, enclavé par les lignes directrices relatives à la peine²⁰¹⁵ et qui font état des limites des prérogatives du juge américain.

Associée au constat d'une pratique davantage motivée par la nécessité d'économiser le temps et les ressources, l'observation des règles qui sous-tendent le contrôle judiciaire du processus de négociation permet d'affirmer, sans exagération, que le pouvoir réformateur du juge américain est une garantie illusoire de la conformité du plaider coupable aux principes du « *due process* ».

480. Nécessité de concilier les impératifs en présence. Dès lors, l'enseignement tiré de la pratique nord-américaine invite à ne pas penser l'élargissement des pouvoirs du juge de l'homologation qu'en terme de forme. Sortir le juge de l'alternative d'acceptation ou de refus doit en effet permettre de concilier les impératifs liés à la gestion des ressources économiques et temporelles de la justice pénale française²⁰¹⁶ avec ceux qui président à l'exercice des

²⁰¹² *United States v. Marks*, 38, F. 3d 1009, 1012 (8th Cir.), 1994.

²⁰¹³ *United States v. Fountain*, 777 F. 2d 351, 357 (7th Cir.), 1985.

²⁰¹⁴ *Paradiso v. United States*, 482 F.2d 409, 415-416 (3d Cir.), 1973 ; V. J. G. DOUGLASS, *Fatal Attraction ? The uneasy Courtship of Brady and Plea bargaining*, 50 Emory Law Journal, 2001, p. 437, spéc. pp. 473-474.

²⁰¹⁵ V. La pratique des *sentencing guidelines*, supra n° 210 et 337.

²⁰¹⁶ V. sur ce point G. CANIVET, *Économie de la justice et procès équitable*, JCP G 2001,I, p. 361. L'auteur souligne que « (...) si la rapidité est une exigence importante en matière pénale, l'importance des conséquences attachées à l'issue du procès rend primordial, pour l'accusé, le respect des droits de la défense ou le droit à un tribunal impartial, fut-ce au prix d'un allongement de la procédure » ; v. CEDH, *Acquaviva c/ France*, 21 nov. 1995, req. n° 19248/91, Série A.

pouvoirs souverains du siège d'une part, et au respect du principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement, d'autre part.

b. Les pouvoirs souhaités du juge français

481. Les conséquences d'une justice managériale. L'idée d'un pouvoir de modification de l'accord sur la peine semble pouvoir assurer la conciliation évoquée et rendrait au magistrat du siège une certaine marge de manœuvre. En effet, en l'état actuel du droit positif, le refus par le juge d'avaliser l'accord en matière de CRPC ou de composition pénale entraîne un échec de la procédure et un retour « à la case départ » relativement chronophage.

L'article 495-7 du Code de procédure pénale prévoit en effet que lorsque le président du tribunal de grande instance ou son délégué rend une ordonnance de refus d'homologation, le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel selon l'une des procédures prévues par l'article 388 ou requiert l'ouverture d'une information.

De manière similaire, l'article 41-2 al. 6 du même Code dispose que « la proposition de peine devient caduque. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours »²⁰¹⁷.

Aux termes de ces dispositions, force est de constater que la progression du procureur et de l'auteur de l'aveu sur la voie dérivée est stoppée net, le refus d'homologation entraîne un retour au stade où l'autorité de poursuite doit – eu égard au fonctionnement contestable de la composition pénale²⁰¹⁸ – mettre en mouvement l'action publique, ou bien saisir le tribunal correctionnel si la procédure initiée au départ était une CRPC.

²⁰¹⁷ Il convient toutefois d'évoquer ici une note de bas de page au sein de la Circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2001 qui prévoit que : « D'un point de vue juridique, il n'est toutefois pas interdit, lorsque, en présence du procureur de la République, l'audition de l'auteur des faits a été organisée (ainsi que celle de la victime si la réparation de son préjudice fait partie de la composition pénale) et le président ayant fait connaître qu'il estimait les mesures trop sévères ou trop clémentes et s'apprête à refuser de valider la procédure, que le procureur modifie sur-le-champ ses propositions, que l'auteur des faits déclare immédiatement les accepter (que la victime en soit informée), et que la composition pénale ainsi modifiée et acceptée soit alors validée. Il demeure qu'une telle pratique ne correspond pas à l'esprit des nouvelles dispositions ». L'opportunité d'un pouvoir réformateur du magistrat du siège était donc déjà soulevée lors de la mise en place de cette procédure dans le paysage procédural français.

²⁰¹⁸ V. *supra* n° 72 et s.

482. Contentieux de masse et homologation quasi-systématique. Autrement dit, si le magistrat du siège ne veut pas bloquer le déroulement des procédures et, au delà, la politique pénale du parquet, il est en quelque sorte obligé « d’homologuer en masse »²⁰¹⁹. S’il existe évidemment des cas dans lesquels le juge refuse de donner force exécutoire à l’accord issu de la discussion entre le procureur et l’auteur de l’aveu, les statistiques relatives aux taux d’homologation sont éloquentes²⁰²⁰ et illustrent, semble-t-il, l’entente qui intervient nécessairement en amont entre magistrats du siège et du parquet, témoin de l’émergence d’une justice managériale²⁰²¹.

483. La sauvegarde du circuit dérivé. Partant, conférer au juge le pouvoir de modifier les termes de l’accord qui lui est soumis, et spécialement la nature et le *quantum* de la peine proposée par le procureur, permettrait d’une part, de remettre entre les mains du juge le pouvoir de sanction et d’individualisation de la peine qui lui est dévolu par nature, d’autre part, d’éviter la perte de temps liée à la caducité de l’accord²⁰²².

Admettre que le magistrat du siège puisse apporter des rectificatifs à l’entente sur la peine invite en effet à ne pas jeter de voile sur l’aveu donné par l’auteur, permet de prendre en compte le travail effectué par le procureur lors de l’entretien réalisé avec le mis en cause et sauve l’ensemble des acteurs du processus d’un repli sur le circuit de droit commun nécessairement chronophage. Ce sont en substance les vertus que présente le régime de l’homologation en droit de la concurrence, qui suscite cependant d’autres interrogations, non plus sur les pouvoirs de l’Autorité, mais sur sa nature.

²⁰¹⁹ B. NIANG, *Le plaider-coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 313 ; V. F. ZOCHETTO, *Rapport d’information fait au nom de la commission des lois sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale*, rapport préc. p. 54 ; C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré*, préc., p. 379 et s.

²⁰²⁰ Au plan national, les chiffres font état de 85 % de taux de réussite. Ce chiffre passe à 94,1 % une fois déduits les refus d’homologation imputables à l’absence des prévenus au terme du délai de réflexion demandé, v. F. ZOCHETTO, *Rapport d’information fait au nom de la commission des lois sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale*, préc., p. 54 ; v. aussi le rapport du conseiller rapporteur M. LEMOINE, annexé à l’avis n° 005 004P de la Cour de cassation du 18 avril 2005 ; Au terme des statistiques communiquées par le Ministère de la justice, le nombre d’ordonnances d’homologation est en constante augmentation depuis 2005, + 23 % sur la période 2006/2005, + 13,9 % sur la période 2009/2008 et + 9,4 % pour la période 2012/2011, v. le site du Ministère de la justice / budgets et statistiques / les chiffres clés.

²⁰²¹ En ce sens V. La circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2011 qui prévoit que : « En principe, les concertations préalables intervenues entre magistrat du parquet et magistrat du siège sur les conditions d’application de la procédure de composition pénale devraient conduire à ce que, dans la plupart des cas, les mesures proposées et acceptées fassent l’objet d’une validation ».

²⁰²² V. *infra* n° 503 et s.

B. La nature de l'organe d'homologation en droit de la concurrence

484. Force exécutoire et nature de l'Autorité de la concurrence. L'examen des effets de l'intervention juridictionnelle, requise au sein des textes qui fondent les diverses modalités du processus de négociation en droit français, a permis de constater qu'au regard de la force exécutoire que cette intervention confère à l'accord en matière pénale, la teneur du contrôle, ainsi que l'étendue des pouvoirs du juge se révèlent insuffisantes.

Si la perfection de l'accord invite à s'intéresser à la nature de la mission du juge – celle-ci déterminant celle-là – la production d'effet par l'accord en matière de procédures parapénales suppose en revanche de revenir sur la nature juridictionnelle de l'Autorité de la concurrence. En effet, l'originalité du résultat des procédures négociées – le prononcé de sanctions suggérées par le rapporteur général à l'issue d'une décision exempte des principes de la contradiction²⁰²³ – appelle une réflexion plus large sur l'opportunité pour une autorité administrative de disposer du pouvoir de recourir à un tel procédé. Garantie de la conformité de l'ensemble du processus de négociation au standard du procès équitable, l'homologation par une autorité administrative indépendante habilitée à prononcer des sanctions relevant de la matière pénale pose la question de la nature de l'organe qui entérine l'accord issu d'une procédure de non-contestation de griefs ou de clémence.

485. Confusion. Qualifiée « d'embarrassante »²⁰²⁴, la question de la nature juridictionnelle de l'Autorité de concurrence divise les auteurs et relance un débat qui est ancien sans toutefois être clos²⁰²⁵. L'Autorité de la concurrence s'apparente tour à tour à un juge civil²⁰²⁶ ou bien pénal²⁰²⁷, prend la forme d'une quasi juridiction²⁰²⁸ ou encore d'une juridiction

²⁰²³ V. *supra* n° 241 et s.

²⁰²⁴ J-J. SUEUR, *Droit économique et méthodologie du droit*, in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, in *Mélanges en l'honneur de G. FARJAT*, éd. Frison-Roche, 1999, préc., p. 291.

²⁰²⁵ V. A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 42, spéc. n° 58 ; C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, LGDJ, 2002 ; D. DANET, *Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou innommée*, RIDE, 1991, n° 1, p. 4. ; O. GOHIN, *Qu'est ce qu'une juridiction pour le juge français ?* Droits, 1989, n° 9, p. 93 ; R. BONNARD, *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle*, Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG, éd. Topos et Duchemin, Vaduz, 1977, pp. 3-29 ; CE, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE 2001, p. 287 ; T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et Royaume-Uni*, Dalloz, 2013, p. 65, spéc. n° 57.

²⁰²⁶ M-A. FRISON ROCHE, *Le juge du marché*, in *Le juge de l'économie*, RJC, 2002, n° spécial colloque de la Baule, p. 49

insolite²⁰²⁹. Il apparaît que la multiplicité de ses qualificatifs n'a d'égale que la confusion qui règne autour de la nature de cet organe.

Cela étant, l'émergence de la négociation en matière de concurrence apparaît comme un facteur de clarification de la discussion. En effet, « à l'heure où se multiplient les autorités de régulation et les recours à l'égard de leur pouvoir de sanction »²⁰³⁰, la séparation des fonctions d'instruction et de jugement devant l'Autorité de la concurrence²⁰³¹, particulièrement visible lors de la mise en œuvre des procédures négociées, illustre la soumission de cette autorité à la dynamique européenne du procès équitable. Une décision de la Cour de cassation en date du 9 avril 1996 précise en ce sens que « les prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'appliquent aux sanctions pécuniaires (...), qui, bien que de nature administrative, visent, comme en matière pénale par leur montant élevé et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs (...) et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques »²⁰³².

486. Analogie. Si l'on ne peut en conclure directement que l'Autorité de la concurrence est un organe juridictionnel, il semble toutefois justifié de souligner que la jurisprudence²⁰³³ sur l'application des principes du procès équitable à la procédure devant cette AAI aboutit à ce que le contentieux qui relève de son office soit soumis à un régime procédural quasi identique à celui qui s'applique aux juridictions.

²⁰²⁷ V. S. HUBAC, E. PISIER, *Les autorités face aux pouvoirs*, in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 117 ; V. également M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, éd. Monchrestien, Paris, 1991.

²⁰²⁸ Cf. LUCAS de LEYSSAC, *Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?* RJ. Com., 1992, p. 346. V. Cons. const. Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, point 17, 21 et 22 sur la Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence. La haute autorité constitutionnelle juge que le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction. V. Cependant, M. PASTUREL, *Le procès devant le Conseil de la concurrence*, in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, p. 334.

²⁰²⁹ C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, préc., p. 276, spéc. n° 182.

²⁰³⁰ J-F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 849 ; v. également T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, vol. 127, 2013.

²⁰³¹ V. *supra* n° 141 et s.

²⁰³² Cass. com. 9 avril 1996, *Haddad c. Agent judiciaire du Trésor*, Bull. cass. IV, n° 115, p. 96, RJDA 1996, n° 645, concl. M-C. PINIOT, V. M-A. FRISON-ROCHE, *Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Petites Affiches, 10 fév. 1999, p. 17.

²⁰³³ *Ibid.* V. également Cass. com., 5 oct. 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. M-A. LAFORTUNE et note O. FLECHEUX, Gaz. Pal., 2 décembre 1999, n° 336, p. 2 ; note E. CADOU, JCP G, 2000, n° 7/8, p. 309, note J-J. MENEURET, *Contrats, conc. conso.*, 2002, n°1, chron. p. 4 et s.

487. Attributs de la fonction juridictionnelle. De plus, le pouvoir répressif accordé aux autorités de régulation de façon générale²⁰³⁴ pousse à se prononcer en faveur de la reconnaissance à l'Autorité de la concurrence des attributs essentiels de l'acte juridictionnel. Reprenant les critères traditionnels que sont *l'imperium* et *la jurisdictio*, le constat selon lequel l'Autorité de la concurrence effectue une opération de qualification juridique des faits²⁰³⁵ et prononce des sanctions prenant la forme d'amendes pécuniaires élevées et/ou d'injonctions²⁰³⁶, conduit à considérer que l'Autorité s'apparente tantôt à un organe d'administration, tantôt à un organe juridictionnel, suivant le type de pouvoir que, dans un cas concret, elle exerce²⁰³⁷.

Enfin, il convient de réaffirmer l'argument tiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui assimile l'Autorité de la concurrence à une juridiction, même si l'État ne la qualifie pas comme telle, à partir du moment où elle remplit les conditions prévues par l'article 6 de la Convention²⁰³⁸.

Au regard de ces observations, c'est en faveur de la nature juridictionnelle de l'Autorité de la concurrence qu'il convient de se prononcer, qui permet alors d'apprécier la force exécutoire que la décision du collège de l'Autorité confère à l'accord issu de la négociation entre le rapporteur général et l'entreprise en cause. Cette décision, susceptible de recours devant la Cour d'appel de Paris, présente les apparats de celles qui sont rendues par le juge judiciaire, participant ainsi de l'homogénéité des critères, tant procéduraux qu'organiques, de la phase d'homologation de l'accord issu des diverses modalités du processus de négociation en matière pénale.

²⁰³⁴ A. MARSAUD, *Le juge : le déracinement*, Dr. Pén., 1995, suppl. n° 4, p. 19 et s ; M-A. FRISON-ROCHE, *Les offices du juge*, in *Écrits en hommage à J. FOYER*, PUF, 1997, p. 462, spéc. p. 473 ; F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne poursuivie*, préc., p. 120 ; A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, LGDJ, 2003, n° 15 et 18 ; V. Cons. Const., décision n° 2000-433 du 27 juillet 2000, cons. n° 50.

²⁰³⁵ Sur ce point V. L. DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, RDP 1906, p. 413, spéc., p. 451 : « Juger, c'est constater soit l'existence d'une règle de droit, soit l'existence d'une situation de droit ».

²⁰³⁶ Art. L. 462-6 al. 1^{er} et L. 464-2 C. com.

²⁰³⁷ V. R. SALOMON, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière*, JCP G 2000, I, p. 264 ; G. CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 333.

²⁰³⁸ J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, 2^e éd., Dalloz, 2002, spéc. n° 339, Groupe de recherche droits de l'homme et logiques juridiques, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Rev. sc. crim., 1987, p. 819 ; R. KOERING-JOULIN, P. TRUCHE, *Retour sur le champ pénal européen*, in *Mélanges offerts à L-E. PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 524 ; F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, préc., p. 120 et s.

488. Accord homologué et décision de justice. Que l'on place l'analyse sur les procédures négociées devant le juge judiciaire ou bien l'Autorité de la concurrence, le contrôle effectué sur l'accord lors de la phase d'homologation révèle, de manière homogène, le rôle perfecteur de l'autorité homologatrice. Ce besoin de recourir à une autorité juridictionnelle pour attribuer à l'accord la même force que celle qui est attachée à une décision de justice accentue encore l'effet de l'homologation, de sorte qu'il est pertinent de se demander si celle-ci n'a pas pour effet de le transformer.

§2. La transformation de l'accord

489. Novation de l'accord par l'homologation. À la différence de la matière civile dans laquelle l'acte homologué illustre une convention à laquelle se superpose un élément juridictionnel – formant ainsi un acte hybride²⁰³⁹ – l'homologation de l'accord en matière pénale semble donner naissance à un acte purement juridictionnel. L'existence d'un contrôle de légalité et d'opportunité se révèle d'ailleurs un indice permettant de déceler la nature de l'accord une fois homologué. En effet, le cadre répressif dans lequel se réalise l'homologation induit que le juge s'approprie le contenu de l'accord, entraînant en quelque sorte sa novation. Par l'ordonnance d'homologation, l'accord semble s'effacer au profit de la force exécutoire de la décision qui lui est communiquée.

Le recensement des textes relatifs à la phase d'homologation en matière pénale démontre que pour chacune des modalités du processus de négociation, à l'exception de la composition pénale, le recours devant une juridiction est ouvert. Révélateur du caractère de ces procédures, à mi-chemin semble-t-il entre le gracieux et le contentieux, l'ouverture d'un recours contre le produit de l'homologation invite alors à tirer des conclusions portant sur la nature de l'accord homologué d'une part (A), et sur l'incohérence persistante de la composition pénale, d'autre part (B).

²⁰³⁹ L'acte homologué revêt une nature à la fois juridictionnelle et conventionnelle. V. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 87, spéc. n° 98 ; I. BALENSI, *L'homologation des actes juridiques*, préc., p. 33, spéc. n° 42 ; Civ. 2^{ème}. 19 fév. 1986, D. 1987, p. 447, note. P. THERY ; Civ. 1^{ère} 14 janv. 1997, JCP 1997, II, 22912. La Cour retient que l'homologation laisse subsister le caractère contractuel ; Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1999, JCP, 2000, 10338, note. V. GUEDJ ; V. également A. BARDET-BLANVILLAIN, *Les conventions homologuées en droit de la famille, unité ou diversité ?*, préc., n° 21 : « L'originalité d'une convention homologuée tient en effet à ce que l'intervention judiciaire se juxtapose à l'acte privé mais ne s'y substitue pas ».

A. Voies de recours et nature de l'acte homologué

490. Procédures envisagées. Puisqu'il convient de revenir sur le régime de la composition pénale de manière séparée, l'examen des dispositions portant sur le recours contre la décision d'homologation de l'accord amène à envisager successivement les quatre autres modalités du processus de négociation en matière pénale que sont, d'une part la procédure de CRPC et le mécanisme de collaboration probatoire des repentis devant le juge judiciaire, d'autre part, les procédures de non-contestation de griefs et de clémence devant l'Autorité de la concurrence.

491. Absence de spécificité du recours dans le cadre de la procédure d'utilisation des repentis. S'agissant du schéma de négociation illustré à l'article 132-78 du Code pénal, les dispositions relatives aux voies de recours n'appellent pas ici de développements particuliers. En effet, à l'occasion de la mise en œuvre de cet article, la phase d'homologation de l'accord, conclu entre l'auteur de l'infraction et le procureur ou le juge d'instruction, se déroule logiquement au travers du jugement prononçant la condamnation pénale ou bien l'exemption de peine²⁰⁴⁰. À cet égard, les règles qui régissent le recours contre cette décision revêtue de l'autorité de chose jugée sont celles prévues aux articles 380-1 et 496 et suivants du Code de procédure pénale.

492. Dispositions relatives au recours contre l'ordonnance d'homologation en matière de CRPC. S'agissant de la CRPC, l'article 495-11 du Code de procédure pénale prévoit que : « L'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation. Elle est immédiatement exécutoire. (...) Dans tous les cas, elle peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné (...) Le ministère public peut faire appel à titre incident dans les mêmes conditions. À défaut, elle a les effets d'un jugement passé en force de jugée ». Outre ces dispositions, il convient d'évoquer la position du Conseil Constitutionnel qui considère que : « L'homologation ou le refus d'homologation par le président du tribunal de grande instance (...) constitue une décision juridictionnelle »²⁰⁴¹. En dépit de l'absence de jurisprudence, il convient donc de

²⁰⁴⁰ V. sur ce point, G. ROUSSEL, *L'introduction du « repentis » ou le pragmatisme appliqué du législateur*, préc., p. 363 ; Pour des développements approfondis sur les divers régimes des accords en matière de procédure instituant une collaboration probatoire avec des repentis au sein de différents systèmes V. M-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : Analyse comparée et critique*, préc., v. *supra* n° 141.

²⁰⁴¹ V. *supra* n° 266 et s.

souligner, eu égard à ces observations, que l'ordonnance d'homologation est revêtue de l'autorité de chose jugée²⁰⁴².

493. Le recours contre la décision du collège de l'Autorité de la concurrence. Enfin, concernant la négociation en droit de la concurrence, la lecture des communiqués relatifs aux procédures de non-contestation de griefs et de clémence²⁰⁴³ illustre que la décision du collège de l'Autorité de la concurrence d'entériner l'accord issu des négociations entre le rapporteur général et l'entreprise incriminée, ouvre le recours devant la Cour d'appel de Paris²⁰⁴⁴.

494. Disparition de l'accord dans la décision de l'autorité juridictionnelle. L'étude de l'ensemble des dispositions relatives à l'existence d'un recours au sein de ces quatre modalités du processus de négociation en matière pénale permet de constater qu'il est toujours question, non pas d'un recours contre l'accord, mais contre la décision d'homologation de la peine contenue dans cet accord. Seule la décision d'homologation pouvant être attaquée, l'accord semble se fondre entièrement dans cette décision pour ne plus former qu'un seul et même acte juridictionnel. Contrairement au régime des conventions homologuées en matière civile, qui ouvre le recours contre l'acte juridictionnel et laisse survivre l'acte conventionnel²⁰⁴⁵, l'homologation en matière pénale conduit à ce que l'accord homologué doit être assimilé à la décision de justice prononçant la peine dont il était le support. Ce constat est valable tant pour les procédures de négociation devant le juge pénal que pour celles qui se déroulent devant l'Autorité de la concurrence, la décision de clémence

²⁰⁴² À la différence de l'ordonnance de validation – en l'état actuel du droit positif – considérée par la chambre sociale de la Cour de cassation comme n'ayant pas autorité de la chose jugée sur le civil. V. Cass. soc. 13 janv. 2009, Bull. civ., n° 1 ; D. 2009, A.J. p. 291, note LAVRIC.

²⁰⁴³ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français ; Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, disponibles sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

²⁰⁴⁴ V. O. ANCELIN, I. FOSSATI-KOTZ, *L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence*, JCP, E, n° 24, 16 juin 2011, p. 1458 ; F. JENNY, *Les nouvelles règles du droit français, la lutte contre les ententes économiquement injustifiables*, in *Répression et prévention des ententes économiquement injustifiables*, Matinées débats, préc. ; J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 86. V. *supra* n° 269 et s.

²⁰⁴⁵ V. A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 109, spéc. n° 39 ; I. BALENSI, *L'homologation des actes juridiques*, préc., p. 61 ; L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, préc., p. 135 ; v. aussi C. HUGON, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ?*, Petites affiches, 11 déc. 2003, n° 247, p. 4, spéc. p. 10. L'auteur souligne par exemple que : « (...) l'homologation judiciaire laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial des époux de sorte que la convention des parties pouvaient être annulée pour des causes qui lui sont propres, (...) la nature de la convention n'est pas transformée par son homologation ».

et celle qui entérine la procédure de non-contestation de griefs n'étant en effet pas dissociables de la décision qui prononce l'établissement de la sanction²⁰⁴⁶.

Ainsi, l'homologation en matière pénale n'a pas l'effet d'un voile qui se pose sur l'acte de sorte que celui-ci survit par transparence, elle est une opération qui le transforme. En ce sens, il convient de relever que les dispositions légales examinées font uniquement état de voies de recours et non pas d'une quelconque action en nullité à l'égard de l'accord homologué²⁰⁴⁷.

495. Acte juridictionnel. L'aspect coercitif inhérent à l'aboutissement de l'ensemble de ces procédures négociées conforte assez naturellement l'idée que postérieurement à l'homologation, l'accord issu des discussions entre l'autorité de poursuite et le justiciable ne fait pas loi. Parce que la matière pénale ne peut admettre la production de normes par la seule volonté des parties, l'accord n'est qu'une simple condition préalable à une décision dans laquelle il est ensuite absorbé²⁰⁴⁸.

Ce constat finit, s'il en était besoin, d'éloigner complètement la logique contractuelle sous-entendue par le terme de « contractualisation »²⁰⁴⁹, et permet d'affirmer que l'homologation fait de l'accord en matière pénale un véritable acte juridictionnel.

Au terme de cette analyse, qui nourrit à première vue la démonstration d'un régime homogène attaché à l'accord en matière pénale, l'étude des dispositions relatives à la validation de l'accord dans le cadre d'une procédure de composition pénale vient contrarier l'esquisse d'un tableau qui se veut harmonieux.

B. L'incohérence persistante de la procédure de composition pénale

496. Disparité des effets de l'intervention juridictionnelle. Alors que le schéma procédural derrière la phase d'approbation judiciaire de l'accord, issu des différentes procédures étudiées,

²⁰⁴⁶ Le recours s'exerce d'ailleurs par la voie classiquement prévue à l'article L. 464-7 du Code de commerce.

²⁰⁴⁷ La nature hybride de l'acte homologué en matière civile implique que l'homologation en la matière ne fait pas écran à l'exercice d'une action en nullité contre ce dernier. V. Civ. 1^{ère} 14 janvier 1997, Bull. civ. I, n° 20, D. 1997, p. 273, rapp. X. SAVATIER ; JCP 1997, II, n° 22912, note PAILLET et 1997, I, n° 4047, obs. G. WIEDÉRKEHR ; Defrenois, 1997, p. 420, obs. G. CHAMPENOIS. Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 318, D. 2001, p. 1496, note T. GARE. La Cour de cassation précise bien que l'action est intentée contre l'acte homologué de sorte que la règle « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » n'a pas lieu d'être. V. Art. 460 C. pr. civ ; Dalloz action – *Droit et pratique de la procédure civile 2012/2013*, n° 163. p. 211 et s.

²⁰⁴⁸ P. ANCEL, *Contractualisation et théorie générale du contrat*, préc., p. 21, spéc. n° 9.

²⁰⁴⁹ L'exposé des dispositions appartenant à la matière civile ne servant ici qu'à mieux révéler la spécificité du régime de l'accord en matière pénale.

illustre une certaine harmonie d'ensemble²⁰⁵⁰, l'examen des effets de l'ordonnance de validation en matière de composition vient remettre en cause l'unité de cette dernière phase du processus de négociation.

497. Attributs d'un jugement. En effet, selon l'article 41- 2 al 6 du Code de procédure pénale, « si le magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution ». La décision du président du tribunal n'est pas susceptible de recours²⁰⁵¹. Contrairement à la décision d'homologation rendue à l'occasion de la mise en œuvre d'une des quatre autres procédures de poursuites alternatives, il est précisé dans la circulaire du 11 juillet 2001²⁰⁵² que la décision de validation n'a pas de caractère exécutoire comme ce serait le cas dans l'hypothèse d'une condamnation. Sauf à défier la logique juridique, il n'est donc pas permis de considérer qu'en matière de composition pénale, l'accord validé s'assimile à la décision du juge pour révéler sa nature d'acte juridictionnel²⁰⁵³. Pour autant, le fait que les compositions pénales exécutées soient inscrites au bulletin n° 1 du casier judiciaire amène à penser que la validation présente un attribut de décision de justice et constitue une condamnation pénale²⁰⁵⁴. De plus, la disposition introduite à l'alinéa 7 de l'article 41-2 du Code de procédure pénale par la loi du 9 mars 2004²⁰⁵⁵, qui prévoit la mise en mouvement de l'action publique en cas de non-exécution des mesures décidées par le président du tribunal, peut être apparentée à la contrainte sociale tirée de la force exécutoire – qualité des décisions de justice notifiées – et serait alors le révélateur de l'existence d'un acte juridictionnel.

²⁰⁵⁰ Ce qui justifie l'emploi d'un seul et même terme – homologation – pour désigner cette phase commune à l'ensemble des procédures de négociation.

²⁰⁵¹ V. B. BOULOC, *Procédure pénale*, préc., p. 595, spéc. n° 699 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 552, spéc., n° 598 et s.

²⁰⁵² Circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2001 de présentation des dispositions concernant la composition pénale issue de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001, p. 38.

²⁰⁵³ Sur le caractère non juridictionnel de l'ordonnance de validation de la composition pénale, V. Cass. crim., 24 juin 2008 : Bull. crim., n° 162 ; D. 2008, jurispr., p. 2146 ; D. 2009, chron. 44 ; AJ Pénal 2008, p. 422, obs. C. SAAS.

²⁰⁵⁴ Au soutien de cet argument V. C. SAAS, *De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur*, Rev. sc. crim., 2004, p. 827 et s ; v. également, S. DETRAZ, *La notion de condamnation pénale, l'arlésienne de la science criminelle*, Rev. sc. crim., 2008, p. 41.

²⁰⁵⁵ Art. 71-I de la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Pour autant, une lecture objective du droit positif en la matière ne permet pas d'aboutir aux conclusions suscitées par les procédures de CRPC, de recours au repentis, de clémence et de non-contestation des griefs²⁰⁵⁶.

498. Effets constitutifs et déclaratifs. Ne pas conférer à la validation les mêmes effets que l'homologation, c'est-à-dire ceux d'un jugement, tout en permettant au procureur et au justiciable, sur indication du juge, de modifier les termes de leur accord²⁰⁵⁷, c'est renvoyer à la logique présidant en matière de conventions homologuées, et faire prédominer l'aspect consensuel sur le juridictionnel²⁰⁵⁸. Un auteur souligne en ce sens que la composition pénale illustre une « conception civile de la justice pénale »²⁰⁵⁹.

La validation par le juge ne ferait ainsi que déclarer un acte préexistant qui n'a pas besoin d'être assimilé à un jugement pour produire des effets. Ce caractère déclaratif²⁰⁶⁰ s'oppose à celui de l'homologation, qui, en tant qu'élément contribuant à la validité et à la transformation de l'accord en un acte juridictionnel, est nécessairement constitutif²⁰⁶¹. À ce titre, les effets de l'accord ne se produisent d'ailleurs que du jour de l'homologation et tirent leur existence de celle-ci²⁰⁶².

Suivant le législateur et la distinction qu'il semble opérer entre l'homologation, ayant un caractère constitutif²⁰⁶³, et la validation, qui elle serait déclarative, il faut dès lors admettre

²⁰⁵⁶ V. *supra* n° 495.

²⁰⁵⁷ Circulaire CRIM 01-14 F1 du 11 juil. 2001, préc., p. 36. Il est en effet précisé que, lorsque l'audition de l'auteur des faits a été organisée et que le président, ayant fait connaître qu'il estime les mesures trop clémentes ou trop sévères s'apprête à refuser de valider l'accord, le procureur peut modifier sur le champ ses propositions, qui doivent être acceptées par l'auteur des faits, pour que l'accord ainsi modifié, soit validé. V. *supra* note de bas de page n° 2017.

²⁰⁵⁸ V. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 87, spéc. n° 98; I. BALENSI, *L'homologation des actes juridiques*, préc., p. 61; L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, préc., p. 135; C. HUGON, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ?*, préc., p. 10; v. également A-F. ZATARA, *L'homologation en droit privé*, préc., p. 109, spéc. n° 39.

²⁰⁵⁹ J. PRADEL, *Le ministère public, brèves remarques sur son évolution depuis 1999*, RIDP, 2000, p. 25 et s. spéc., p. 29.

²⁰⁶⁰ V. J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd. Extenso, 2010, p. 272, spéc., n° 328. Le jugement déclaratif serait celui qui se borne à déclarer, c'est-à-dire reconnaître, un état de droit préexistant. Le jugement constitutif, illustré en principe par le jugement gracieux, implique que l'acte ne se forme valablement et complètement qu'avec l'approbation du juge, il ne produit donc d'effet que quand elle est donnée.

²⁰⁶¹ Si la distinction est critiquée, elle vient néanmoins au soutien de l'argumentation selon laquelle l'acte d'homologation et de validation produisent les mêmes effets, et doivent en ce sens revêtir les mêmes attributs. V. L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, RTD. civ., 1929, p. 17; S. THÉRON, *L'effet déclaratif d'un acte ou d'un jugement*, AJDA, 2011, p. 2100;

²⁰⁶² V. *supra* n° 489 et s.

²⁰⁶³ Ce qui nous ramène à l'analyse du caractère de ces procédures, essentiellement gracieux. V. *supra* n° 150 et n° 440. V. L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, préc., n° 47. V. également, A. BOTTON, *contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, th. préc., p. 180: « Le contrôle auquel procède le juge homologateur ne le conduit-il pas incidemment à apprécier la culpabilité ou l'innocence du mis en cause? Deux des missions assignées à ce juge, vérifier l'existence matérielle des faits comme jauger la validité de l'aveu du mis en cause, nous inclinent à le croire ».

qu'en matière de composition pénale, la présence du juge est moins requise à titre de garantie que pour procéder à la reconnaissance d'un acte déjà effectif. Mais cet acte, outre la peine, porte sur la culpabilité. Dès lors, si l'on considère que la validation est déclarative, c'est dire que c'est l'accord qui constitue la culpabilité.

Or, en procédure pénale, la culpabilité d'un individu doit être reconnue au terme d'un jugement, aussi formel soit-il²⁰⁶⁴. La validation d'un accord issu d'une composition pénale s'apparente donc, au même titre que l'homologation, à un jugement²⁰⁶⁵, ayant le même caractère constitutif, et qui contribue à la perfection et à la transformation de l'accord en un acte juridictionnel.

Cette identité entre l'effet de l'homologation et de la validation met de nouveau l'accent sur l'incohérence et l'inadaptation des dispositions actuelles relatives à la procédure de composition pénale au sein de la matière pénale.

499. L'intervention souhaitée du législateur. Alors que le déroulement de la procédure conduisant à la requête en validation invite à rapprocher la composition pénale de la catégorie des poursuites alternatives, les effets que le législateur attache à cette validation l'en éloignent.

Par conséquent, plutôt que de tenter de trouver une cohérence en conditionnant l'intervention du juge de la validation à la sanction proposée²⁰⁶⁶, il paraît opportun de solliciter des modifications légales qui permettraient de se prononcer définitivement sur l'appartenance de la composition pénale à l'une ou l'autre des catégories entre lesquelles les incohérences de son régime la font aujourd'hui osciller.

²⁰⁶⁴ C'était l'enjeu de la décision du Conseil Constitutionnel lors de la censure de l'injonction pénale et de l'instauration par le législateur d'une intervention d'un magistrat du siège au sein de la procédure de composition pénale. V. Cons. const. Déc. 95-360, DC, 2 fev. 1995, relative à l'injonction pénale, V. également l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale, déposé au Sénat le 14 mai 1998 ; S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, préc. p. 123. L'auteur observe que « ce ne fut pas la négociation sur la poursuite qui fut sanctionnée, mais la confusion sur la tête de la décision de poursuivre et de prononcer une peine ».

²⁰⁶⁵ V. contra, J-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préc., p. 195, spéc. n° 221.

²⁰⁶⁶ V. en ce sens les propositions de J-B. PERRIER dans sa thèse sur la transaction pénale, préc., p. 648, spéc. n° 790 : « (...) l'amende, l'accomplissement d'un travail non rémunéré et le suivi d'une stage ou formation peuvent, sans difficulté, échapper au contrôle du juge (...) Concernant les autres sanctions transactionnelles, les incertitudes entourant leur régime (...) rendent préférable le maintien du contrôle exercé par le juge, aussi formel soit-il ».

Soit cette procédure est une alternative aux poursuites, et l'intervention du juge doit être supprimée des dispositions de l'article 41-2 du Code de procédure pénale²⁰⁶⁷ ; soit le législateur reconnaît son appartenance à la catégorie des poursuites alternatives²⁰⁶⁸, et lui confère en ce sens le régime adéquat, à savoir l'existence d'une voie de recours à l'encontre d'une décision de validation censée produire les mêmes effets qu'un jugement. La retouche aurait ainsi le mérite d'être en cohérence, d'une part avec l'alinéa 9 de l'article 41-2 qui prévoit que l'exécution d'une composition pénale éteint l'action publique, d'autre part avec l'alinéa 10, relatif à l'inscription de la procédure au casier judiciaire.

500. Cacophonie procédurale. À l'issue de cette analyse, il apparaît clairement que dans le concert des procédures de négociation en matière pénale, la procédure prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale est en décalage. Produisant des effets qui ne correspondent pas à sa nature de poursuite alternative, cette procédure s'apparente à un instrument de musique mal accordé. Il est dès lors pressant, pour le législateur, comme pour un chef d'orchestre, d'intervenir, afin de rétablir l'harmonie de l'ensemble.

²⁰⁶⁷ Au regard des alternatives déjà prévues à l'article 41-1 C. pr. pén. et du champ d'application de la CRPC qui recoupe nécessairement celui de la composition, c'est même la question de l'utilité de cette procédure qui semble devoir se poser. Pour une opinion contraire, v. J. PRADEL, *Procédure pénale*, préc., p. 570, spéc. n° 613. L'auteur souligne que l'opinion, légitime, selon laquelle la CRPC fait double emploi avec la composition repose sur une vue inexacte, « (...) la CRPC, inapplicable aux contraventions, peut s'appliquer à des délits plus graves ».

²⁰⁶⁸ V. en ce sens F. DESPORTES, L. LARZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 798, spéc. n° 1178 : « Classée parmi les mesures alternatives aux poursuites, la composition pénale ne peut plus être véritablement considérée comme telle. (...) Elle est aujourd'hui plus proche d'un mode de poursuite que d'une mesure alternative aux poursuites (...). Comme la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, dont elle est une sorte de diminutif ».

Conclusion du Chapitre 1

501. Hétérogénéité du régime de l'accord en matière pénale. La recherche de l'objet et des effets de l'homologation en matière pénale illustre une certaine hétérogénéité des procédures de négociation, confinant parfois au flou juridique, mais dont émergent néanmoins quelques certitudes.

La teneur du contrôle effectué lors de cette dernière phase du processus suscite l'interrogation quant à la réalité de la protection des droits du justiciable, censée être assurée par le biais de l'intervention d'une figure juridictionnelle, et invite à regretter le carcan tant procédural que temporel dans lequel les pouvoirs du juge sont enserrés. Si les développements portant sur les prérogatives du juge lors d'une procédure de *plea bargaining* dans le système américain permettent d'ouvrir la réflexion sur l'opportunité d'attribuer un pouvoir réformatrice à l'autorité chargée d'homologuer l'accord, ils mettent néanmoins l'accent sur les dangers d'un contrôle à géométrie variable.

502. Entre adaptabilité et rigueur du système répressif. Facteur de perfection et de novation de l'accord, l'homologation constitue le gage de la conformité des formes de la justice négociée aux principes directeurs de la matière pénale. Dès lors, si la mixité des modalités du processus de négociation se présente comme une marque de souplesse et d'adaptabilité du système répressif, l'absence d'uniformité des solutions relatives au contrôle et aux effets produits par l'accord illustre un manque de rigueur et nuit à l'encouragement de la négociation.

L'approbation donnée à l'acte élaboré par l'autorité de poursuite et la personne mise en cause ne constituant que la première facette du régime de l'accord, il importe à présent de se pencher sur la seconde option mise à la disposition de l'autorité chargée de l'homologation, qui se traduit par un refus d'homologuer cet accord.

Chapitre 2. L'absence d'homologation de l'accord

503. L'échec du processus de négociation. Au terme des dispositions qui soutiennent les diverses modalités du processus de négociation en matière pénale, l'adoption d'une ordonnance de refus d'homologation par le juge pénal ou le prononcé d'un avis défavorable par le collège de l'Autorité de la concurrence semble avoir pour effet de remettre l'ensemble des acteurs du processus dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant que l'autorité de poursuite ou l'auteur des faits délictueux n'émette le souhait de s'engager dans une voie consensuelle.

Plus largement, traiter de l'absence d'homologation soulève la question de l'échec du processus de négociation et implique de s'interroger sur le devenir de l'accord.

504. Changement de cap procédural. Alors que la mise en œuvre d'une procédure de négociation se présente pour le mis en cause comme une faveur par rapport à une application non négociée de la sanction, l'exercice par l'autorité juridictionnelle de son pouvoir de refuser d'avaliser l'accord conduit à lui retirer cette faveur et à déclencher le circuit procédural de droit commun.

Sous-tendue par des motifs très divers²⁰⁶⁹, une ordonnance de refus d'homologuer est source d'incertitude pour le justiciable, d'autant plus que la mise en œuvre d'un procès de droit commun invite les différents acteurs du processus à faire comme si aucune alternative n'avait été initiée au départ.

²⁰⁶⁹ V. Circ. CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2001 à propos de l'ordonnance de refus de validation d'un accord issu d'une composition pénale : « Le président du tribunal peut tout d'abord estimer que les mesures proposées sont trop sévères par rapport aux peines qui auraient pu être prononcées en cas de poursuites. Il peut à l'inverse considérer que les mesures sont trop clémentes, compte tenu du fait que leur exécution éteint l'action publique. La non validation pourra également résulter de motifs juridiques, comme la prescription de l'action publique, la non application de la composition pénale à l'infraction considérée, l'absence de mesure de réparation concernant une victime identifiée ou le non respect des règles procédurales régissant par exemple la proposition des mesures, le recueil du consentement ou l'information de la victime »

Aucune précision n'est donnée quant aux motifs pouvant justifier un refus d'homologation par la Circulaire d'application de la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 instaurant la procédure de CRPC.

Concernant l'émission par l'Autorité de la concurrence d'une décision défavorable relative à l'octroi d'une réduction de la sanction ou d'une immunité, les communiqués de procédure du 2 mars 2009 relatifs à la clémence et du 10 fév. 2012 en matière de non-contestation de griefs indiquent font état de motifs essentiellement liés au respect par l'entreprise en cause des engagements pris devant le rapporteur général ainsi que de l'efficacité de sa pleine et entière coopération. V. art. L 464-2 III et IV C. com. .

Au regard des conséquences que ce changement de cap engendre, tant à l'égard de l'aveu que du rétablissement des divers acteurs dans leur rôle traditionnel, traiter de l'absence d'homologation nécessite d'envisager spécifiquement la décision de refus d'homologation ainsi que ses conséquences, notamment les questions qui président le retour à un circuit procédural non consensuel.

505. Plan. Partant, l'étude de la décision de refus d'homologation (Section 1) précédera l'analyse des difficultés engendrées par cette décision (Section 2).

Section 1. La décision de refus d'homologation

506. Dispositions lacunaires. Au vu de l'étendue des dispositions légales consacrées aux suites d'un refus d'homologation de la part d'une autorité juridictionnelle, force est de constater que le législateur paraît plus enclin à se consacrer à l'hypothèse de réussite des procédures de négociation qu'à l'éventualité d'un échec.

En effet, qu'il s'agisse des articles prévus au sein du Code de procédure pénale ou du Code de commerce, les suites du refus d'homologation d'un accord en matière pénale ne sont que brièvement abordées. Aux côtés de ce caractère lacunaire des textes prévoyant l'absence d'homologation, les dispositions relatives aux voies de recours à l'encontre de la décision de refus impliquent de s'attarder un instant sur la nature que celle-ci revêt.

507. Disparition de la contrepartie. Également, le constat de la mise en œuvre d'un processus répressif traditionnel en cas de refus de la part de l'autorité juridictionnelle d'entériner l'accord, invite à préciser ce qu'il advient de ce dernier. L'acte d'auto-incrimination ou d'incrimination d'autrui²⁰⁷⁰ ayant été effectué dans une perspective d'échange avec la poursuite, il semble légitime de s'interroger sur le sort réservé à l'aveu dès lors que le but dans lequel il a été donné ne peut plus être atteint.

Eu égard aux questions soulevées par l'échec du processus de négociation, une appréhension globale de l'hypothèse d'absence d'homologation de l'accord amène dès lors à se pencher,

²⁰⁷⁰ V. *supra* n° 175 et s.

d'une part, sur la nature juridique de la décision de refus d'homologation (§1), avant d'étudier, d'autre part, les effets que cette dernière génère à l'encontre de l'accord (§2).

§1. La nature de la décision de refus d'homologation de l'accord

508. Utilisation du critère de l'appel. La possibilité de faire appel de la décision d'homologation lors de la mise en œuvre des procédures de négociation²⁰⁷¹ s'est révélée être un facteur permettant de conclure à la nature juridictionnelle de cette phase du processus. Recours ordinaire tendant à faire réformer ou annuler une décision juridictionnelle par une juridiction de second degré²⁰⁷², l'appel est un instrument mis au service de la contestation par le justiciable de la décision qui lui fait grief.

Si cette voie de recours est, on l'a vu, prévue à l'encontre des décisions d'homologation – illustration de la réussite du processus de négociation – la logique voudrait qu'elle puisse également être mise en œuvre en cas d'échec. Cela permettrait, en outre, de conclure à une certaine homogénéité, sur ce point, des procédures de négociation.

Or, au terme d'une analyse des textes relatifs à l'hypothèse d'un refus d'homologation lors de la mise en œuvre des procédures tant pénales que para-pénales, force est de constater que les solutions sont disparates. Le constat de ce régime plural des décisions de refus d'homologation (A) permet de mettre en lumière leur nature hétérogène (B).

A. La disparité du régime des décisions de refus d'homologation de l'accord

509. Divergences et distinctions salutaires. La recherche de l'existence, ou non, d'une possibilité de formuler un appel dans une situation d'absence d'homologation révèle un point sur lequel les procédures de négociation divergent de manière relativement importante. Aussi, par souci de clarté, il est apparu opportun de recourir de nouveau à la distinction des procédures de négociation devant le juge pénal, d'une part (1) et des procédures devant l'Autorité de la concurrence, d'autre part (2).

²⁰⁷¹ À l'exception de la procédure de composition pénale. V. *supra* n° 496.

²⁰⁷² V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Appel*.

1) Le recours à l'encontre d'un refus d'homologation devant le juge pénal

510. La logique de l'absence de recours contre l'ordonnance de refus de validation. En matière de composition pénale, étant donné que l'ordonnance de validation n'est elle-même pas susceptible de recours – le législateur ne l'assimilant pas à un jugement²⁰⁷³ – l'impossibilité de faire appel de l'ordonnance de refus de validation n'apparaît pas surprenante. Ainsi, il est seulement prévu à l'article 41-2 al 6 du Code de procédure pénale que « dans le cas où le président du tribunal rend une ordonnance de refus de validation, la proposition du procureur devient caduque ». Sur ce point donc, une certaine logique peut être observée au sein de l'article 41-2 du Code de procédure pénale.

511. L'incohérence suscitée par l'absence de recours contre l'ordonnance de refus d'homologation. En revanche, s'agissant de la procédure de CRPC, l'étude du droit au recours au sein du processus de négociation a permis de souligner que l'appel n'était prévu qu'à l'égard de l'ordonnance d'homologation. L'article 495-12 du Code de procédure pénale dispose seulement que : « Lorsque la personne déclare ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal de grande instance ou son délégué rend une ordonnance de refus d'homologation, le procureur de la république saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel (...) ». Aucune indication n'apparaît donc sur une quelconque voie de recours. Confirmant ce que le silence des textes²⁰⁷⁴ laisse paraître, la jurisprudence affirme que « si l'ordonnance d'homologation du président du tribunal de grande instance (...) est susceptible d'appel en application de l'article 495-11 du Code de procédure pénale, la loi ne prévoit pas l'appel de l'ordonnance de refus d'homologation »²⁰⁷⁵.

L'examen des dispositions relatives au refus d'homologation en matière de CRPC et de composition pénale permet de souligner qu'en matière de procédures consensuelles devant le juge pénal, l'appel à l'encontre de la décision provoquant l'échec du processus de négociation

²⁰⁷³ V. Circ. CRIM 01-14 F1 du 11 juillet 2001 : « La décision du président du tribunal, bien que qualifiée d'ordonnance par l'article 41-2, ne présente pas un caractère juridictionnel, mais constitue une décision *sui generis* », point 4.4.4. Pour la critique de cette disposition v. *supra* n° 496 et s.

²⁰⁷⁴ La circulaire CRIM 04-12-E8 du 2 septembre 2004 de présentation des dispositions de la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relative à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne comporte également aucune disposition relative à la formulation d'un appel contre une ordonnance de refus d'homologation.

²⁰⁷⁵ CA Amiens, 1^{er} mars 2006, Juris Data n° 2006-305344, v. A. JACOBS, *Les alternatives au procès pénal*, préc., p. 181 ; B. NIANG, *Le procès pénal en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 317, spéc. n° 300. V. également, CA Montpellier, 19 janv. 2010, n° 09/01018.

n'est pas prévu. Afin de bénéficier d'une vision d'ensemble du régime des procédures de négociation en cas d'absence d'homologation de l'accord, il convient de rechercher si une décision de refus de la part de l'Autorité de la concurrence d'entériner l'accord proposé par le rapporteur est soumise aux mêmes règles que devant le juge pénal.

2) Le recours à l'encontre d'un refus d'homologation devant l'Autorité de la concurrence

512. Les particularités des procédures devant l'Autorité de la concurrence. S'agissant des procédures prévues à l'article L. 464-2 III et IV du Code de commerce, l'étude des voies de recours à l'encontre d'une décision de l'Autorité de la concurrence illustrant un refus d'homologuer l'accord ramène nécessairement ici à la question, plus large, des pouvoirs dont dispose cette autorité à l'égard de l'accord.

En effet, comme il l'a été souligné lors de l'examen des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence à l'occasion du contrôle de validité de l'accord²⁰⁷⁶, son rôle n'est pas cantonné, à l'inverse du juge pénal, à un choix entre l'homologation ou le refus d'homologation.

513. L'appel contre une décision prononçant un taux de réfaction moindre que celui négocié. En matière de non-contestation des griefs, l'article L. 464-2 III du Code de commerce octroie en effet à l'Autorité la faculté de moduler le taux de réfaction contenu dans l'accord proposé par le rapporteur général²⁰⁷⁷. Aussi, ce qui s'apparente à une décision de refus d'homologation de l'accord n'illustre pas ici de véritable échec du processus de négociation²⁰⁷⁸. L'entreprise en cause, contrairement à l'auteur de l'aveu lors d'une procédure de composition pénale ou de CRPC, ne se retrouve pas sujet d'une poursuite ordinaire, elle bénéficie seulement d'un taux de réfaction de sa sanction moindre que celui que le rapporteur lui avait fait espérer. À cet égard, et bien que la pratique donne peu d'illustration de ce cas de figure²⁰⁷⁹, l'entreprise dispose du droit de formuler un appel²⁰⁸⁰ contre la décision de

²⁰⁷⁶ V. *supra* n° 453 et s.

²⁰⁷⁷ CA Paris, 1^{ère} ch. sect. H., 21 sept 2004, confirmé par Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-19. 108, *SA Dexxon Data Media* : « En raison du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'Autorité, son collège peut modifier le taux de réfaction d'amende proposé par le rapporteur général sur la base duquel l'entreprise a signé le procès verbal de mise en œuvre de l'article L. 464-2 III ».

²⁰⁷⁸ V. *supra* n° 455 et s.

²⁰⁷⁹ V. D. BRAULT, R. MAULIN, *La procédure de non-contestation des griefs, un succès non contestable*, préc., p. 90 ; v. également, F. ZIVY, *La procédure de non-contestation des griefs en droit français de la*

l'Autorité de la concurrence. Ce constat semble également pouvoir se vérifier à l'égard de la procédure de clémence.

514. L'appel contre la décision finale de clémence. L'article L. 464-2 IV illustre une procédure particulière en ce que la décision finale de l'Autorité fait obligatoirement suite à un avis rendu par un collègue dans lequel il est précisé s'il est accordé à l'entreprise dénonciatrice une immunité totale ou partielle relative aux sanctions pécuniaires, ainsi que, dans le second cas, le taux de l'exonération²⁰⁸¹. Cet avis n'est pas publié et n'est, en outre, pas susceptible de recours²⁰⁸². Ce n'est qu'après avoir statué lors de cet avis de clémence que le collègue de l'Autorité prend la décision finale d'accorder ou non une immunité, scellant ainsi le sort de l'entreprise dénonciatrice²⁰⁸³, et ouvrant alors le droit au recours prévu à l'article L. 464-7 du Code de commerce.

À première vue, ce qui s'apparente ici à un refus d'homologuer l'accord, n'est donc, comme pour la procédure de non-contestation des griefs, qu'une décision prononçant une sanction différente de celle promise à l'entreprise en échange de sa pleine collaboration et n'a donc pas pour effet de faire échouer le processus de négociation.

Cela étant, il convient d'évoquer qu'au stade de l'avis de clémence, tant que la décision finale n'a pas été adoptée, l'Autorité peut tout à fait estimer que les conditions présidant à l'octroi d'une exonération ne sont pas réunies – soit que l'entreprise n'a pas pleinement coopéré, soit que la procédure avec le rapporteur n'a pas été respectée – et émettre en ce sens un avis défavorable en restituant les informations et les éléments de preuve fournis par

concurrence : chronique d'un retour en force, Revue juridique de l'économie publique, mars 2008, pp. 3-10, spéc., p. 9 ; T. FOSSIER, *Le « sentencing » en droit de la concurrence*, RLDA, n°50, 2010, spéc. n°22. L'auteur souligne que lorsqu'un appel est formulé, la Cour d'appel de Paris se trouve dotée des mêmes pouvoirs que pour contrôler une sanction qui aurait été infligée sans qu'aucune procédure négociée n'ait été mise en œuvre.

²⁰⁸⁰ V. art. L. 464-8, al. 1 C. Com. En vertu de cet article, les décisions de sanction rendues sur le fondement de l'article L. 464-2 du Code de commerce peuvent, dans le délai d'un mois, faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris.

²⁰⁸¹ Art. 464-2 IV C. com. ; Point 34 et s. du communiqué de procédure du 2 mars 2009.

²⁰⁸² H. Le GAC, *Les droits des programmes français et européens de clémence*, in colloque « Clémence et transaction en matière de concurrence », organisé le 19 janv. 2005, Actes publié in Gaz. Pal. 14-15 octobre 2005, n° 287 ; V. *supra* n° 270.

²⁰⁸³ Il importe de noter que pour des raisons évidentes tenant à l'impartialité de la procédure, la composition du collège lors de cette décision est en principe différente de celle lors de laquelle il s'est prononcé sur l'avis de clémence. V. J-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 351, spéc. n° 404 ; Cass. com. 2004, *Affaires des géomètres experts*, BOCCRF du 9 déc. 2004 : « Mais attendu en deuxième lieu, que n'ayant pas examiné lors de l'avis émis le 13 juin 2000, les faits ultérieurement soumis à son appréciation, le Conseil, en statuant sur ces faits, n'a manqué, ni au principe d'impartialité, ni au respect des droits de la défense ». V. J. VAN COMPERNOLLE, *Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : Réflexions sur des arrêts récents*, in *Mélanges P. LAMBERT, Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 936.

l'entreprise²⁰⁸⁴. De là, et de manière surprenante, l'entreprise s'expose aux mêmes sanctions que les cartellistes qu'elle a dénoncés²⁰⁸⁵.

515. Caractère abusif de la procédure après un avis défavorable. Eu égard à la collaboration déjà effectuée par l'entreprise, aux aveux auxquels elle s'est nécessairement adonnée quant à sa participation à la pratique illicite et à l'impossibilité, à ce stade de la procédure, de formuler un appel, on ne peut que souligner le caractère quelque peu abusif du procédé.

En effet, par le biais de cet avis conditionnel de clémence, il est difficile de nier que l'Autorité de la concurrence ne s'est pas déjà forgée une opinion sur la culpabilité de l'entreprise, l'illicéité des pratiques en cause ou encore les modalités de sa participation. Illustrant dès lors une sorte de préjugement à l'encontre de l'entreprise qui a collaboré, et compte tenu de l'impact sur le sort de l'entreprise d'un avis défavorable, l'absence de voie de recours à ce stade ne semble pas pouvoir se justifier par la possibilité d'un appel de la décision finale.

Si le prononcé d'une décision finale de clémence ne contenant pas l'exonération espérée lors de l'accord avec le rapporteur général ne peut être vu comme une faillite du processus de négociation, l'adoption d'un avis défavorable de clémence constitue en revanche un véritable échec pour l'entreprise qui s'expose alors à des sanctions prononcées à l'issue du circuit répressif de droit commun. Partant, l'absence de recours à l'encontre de l'avis défavorable de clémence émis par le collège de l'Autorité soulève la question du caractère impartial de cette procédure, du respect des droits de la défense ainsi que de l'attractivité générale de ce mécanisme de dénonciation pour les entreprises²⁰⁸⁶.

516. Des solutions disparates. Au terme de ces développements, il est possible de conclure qu'au sein du processus de négociation, il existe une disparité certaine des situations résultant d'un refus de la part de l'autorité juridictionnelle de donner son approbation à l'accord tel qu'il lui est soumis par l'autorité de poursuite. Utilisant le critère du recours pour illustrer le sort de l'auteur des faits à la suite d'une absence d'homologation de l'accord en matière pénale, le constat de nombreuses divergences entre les différentes modalités du processus de

²⁰⁸⁴ Point 37 du Communiqué de procédure du 9 mars 2009 relatif au programme de clémence français.

²⁰⁸⁵ J. C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., p. 297, spéc. n° 340 ; V. E. CUZIAT, *La clémence, une procédure exigeante*, Rec. Concurrences, n° 3, 2013, p. 204 et s.

²⁰⁸⁶ V. D. de GILES, *Droit de la concurrence : une entreprise a-t-elle intérêt à dénoncer les ententes ?*, Option finances, n° 737 du 19 mai 2003, p. 28 ; E. CUZIAT, *La clémence, une procédure exigeante*, préc., p. 206.

négociation en la matière nous renseigne plus précisément sur la nature hétérogène des décisions allant dans le sens d'un refus d'avaliser l'accord.

B. La nature hétérogène des décisions de refus d'homologation

517. Caractère inattaquable des ordonnances du juge pénal. À l'exception du droit de la concurrence, qui n'illustre pas tant des décisions de refus d'homologation que des décisions par lesquelles l'Autorité de la concurrence fait usage de son pouvoir de modifier la sanction proposée par le rapporteur général²⁰⁸⁷, il a été démontré que les décisions allant dans le sens d'une absence d'homologation de l'accord en matière pénale sont inattaquables.

518. Entre désordre et contradictions. S'agissant du refus de validation prononcé par le président du tribunal en matière de composition pénale, l'incohérence et le désordre qui caractérisent cette procédure semblent s'illustrer là encore puisque selon nous, l'ordonnance qui invalide l'accord, comme celle qui le valide, ont un caractère juridictionnel, supposant dès lors l'ouverture de la voie d'appel par chacune de ces ordonnances²⁰⁸⁸.

Pour ce qui est de la CRPC, la contradiction semble d'autant plus prononcée qu'une décision du Conseil constitutionnel²⁰⁸⁹ reconnaît expressément la nature juridictionnelle non seulement de l'homologation, mais également du refus d'homologation.

519. Des mesures d'administration judiciaire. À l'aune de ce constat, il semble que la situation d'absence d'homologation en procédure pénale²⁰⁹⁰ illustre des ordonnances qui s'apparentent en réalité à des mesures d'administration judiciaire.

En effet, le refus de donner force exécutoire à l'accord n'étant – au terme des textes qui le prévoient – ni un acte juridictionnel, ni un acte de poursuite et d'instruction, ni un acte

²⁰⁸⁷ Pour la clémence, on se réfère ici à la décision finale de clémence et non à l'avis puisque par essence, c'est la décision finale, de nature juridictionnelle, qui donne force exécutoire à l'accord et qui est susceptible d'appel.

²⁰⁸⁸ V. sur ce point l'article 536 du Code de procédure civile qui, en prévoyant que sauf exception, l'appel est ouvert en toutes matières "même gracieuses" contre les jugements de première instance, tire les conséquences logiques de l'analyse qui fait des décisions gracieuses de véritables actes juridictionnels émanant d'un tiers désintéressé. V. Ph. GERBAY, *Appel, jugement susceptible ou non d'appel*, J. Cl. Procédure civile, fasc. 712, actualisé par Y. DESDEVISES et M. DOUCHY-OUDOT, mai 2014.

²⁰⁸⁹ Cons. const. décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. n° 118. V. *supra* n° 511.

²⁰⁹⁰ À l'exclusion donc des procédures de négociation para-pénales.

d'exécution d'une condamnation pénale²⁰⁹¹, il semble qu'il s'agit simplement d'une mesure permettant au magistrat de mener à bonne fin sa tâche alors qu'il est saisi d'un accord dont il rejette tout ou partie du contenu. D'ordre interne, de nature plus ou moins administrative et insusceptible de recours²⁰⁹², ces mesures visent de manière générale à assurer le bon fonctionnement de la justice²⁰⁹³.

Dès lors, de manière spécifique, l'ordonnance de refus d'homologation ou de validation de l'accord en matière pénale serait ainsi l'illustration d'un « classement » de la procédure de négociation²⁰⁹⁴, qui, dans un but de bonne administration de la justice, ouvrirait dans le même temps la voie répressive de droit commun.

520. Contrastes. L'observation du régime des décisions de refus d'homologation des accords à l'issue de procédures de négociation devant le juge pénal ou l'Autorité de la concurrence permet d'accentuer les contrastes existants entre procédures pénales et parapénales d'une part, et au sein même de chacune de ces catégories, d'autre part. Si l'analyse des conséquences de l'adoption d'un avis défavorable de clémence suscite la critique, dans la pratique, l'échec du processus de négociation ne s'observe véritablement qu'à la suite d'une ordonnance de refus de validation ou d'homologation prononcée par le juge pénal. Insusceptible de recours, cette décision semble être prise dans le cadre des mesures d'administration judiciaire²⁰⁹⁵, qui accentue le caractère hétérogène des décisions de refus d'homologation de l'accord en matière pénale.

Dans le prolongement de cette analyse, il convient désormais d'aborder les effets produits par cette absence d'homologation sur l'accord.

²⁰⁹¹ R. GASSIN, *Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale*, in *Mélanges S. GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 951, spéc. p. 952, n°4 ; M. BANDRAC, *De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas*, in *Mélanges P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 171, spéc., n° 4.

²⁰⁹² V. R. GASSIN, *Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale*, préc., p. 954 et s. spéc. n° 7. Sur ce point v. néanmoins la position de M. DEGOFFE et É. JEULAND in *Les MAJ en droit processuel : problèmes de qualification*, in *Justice et droit fondamentaux, Étude offertes à J. NORMAND*, éd. Litec, 2003, p. 141 et s. spéc. n°4. Les auteurs considèrent en effet que le critère des MAJ ne se trouve plus vraiment dans l'absence d'une possibilité de recours.

²⁰⁹³ Art. 41-2 C. pr. pén.

²⁰⁹⁴ Raisonement inspiré par la qualification du classement sans suite de mesure d'administration judiciaire, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 329 ; P. BOUZAT, J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, Procédure pénale*, 2^e éd., Dalloz, 1970, n° 973 ; M. DEGOFFE, É. JEULAND, *Les MAJ en droit processuel : problèmes de qualification*, préc., spéc. n°20.

²⁰⁹⁵ V. B. NIANG, *Le plaider coupable en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, préc., p. 319. L'auteur les qualifie d'acte « à mi chemin entre une décision juridictionnelle et une mesure d'administration judiciaire ».

§2. Les effets de la décision de refus d'homologation sur l'accord

521. Restriction du champ d'analyse. En cas d'échec du processus de négociation, l'examen des dispositions légales au fondement des différents mécanismes envisagés dans cette étude témoigne d'un effacement rétroactif de la procédure.

Puisque le pouvoir réformateur dont dispose l'Autorité de la concurrence lui permet d'éviter le déclenchement d'une procédure selon la forme ordinaire en cas de désapprobation des termes de l'accord, il semble que l'hypothèse d'une annulation pure et simple du chemin procédural parcouru depuis la rencontre des volontés jusqu'à l'examen de l'accord par l'autorité juridictionnelle ne se rencontre parfaitement qu'en matière de CRPC (A) et de composition pénale (B)²⁰⁹⁶.

A. La caducité de l'accord en matière de CRPC

522. Faiblesse de l'incitation à la preuve. L'article 495-12 du Code de procédure pénale indique que, postérieurement à une ordonnance de refus d'homologation, le procureur est tenu, sauf élément nouveau, de saisir le tribunal correctionnel²⁰⁹⁷ ou de requérir l'ouverture d'une information²⁰⁹⁸.

Tout d'abord, outre le constat, déjà relevé, d'un effacement de la procédure de CRPC, il est intéressant d'évoquer ce qu'il faut entendre par « élément nouveau », puisque ce dernier semble permettre au procureur de la République de ne pas requérir la mise en œuvre du circuit procédural de droit commun.

²⁰⁹⁶ L'émission d'un avis défavorable de clémence par le collège de l'Autorité de la concurrence entraînant la restitution à l'entreprise candidate à la négociation de l'ensemble des éléments de preuve fournis jusque là, on peut en quelque sorte conclure ici aussi à un effacement rétroactif de la procédure. V. Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français du 2 mars 2009, point 37. Cela étant, puisque seule la décision finale illustre la phase d'homologation de l'accord, les conséquences d'un avis défavorable ne seront pas traitées au titre de la caducité de l'accord.

²⁰⁹⁷ Cette saisine s'effectue selon l'une des procédures prévues à l'article 388 du Code de procédure pénale.

²⁰⁹⁸ Cette disposition vient conforter l'idée que la procédure de CRPC, au départ prévue pour des affaires en état d'être jugées, peut désormais concerner des affaires complexes. La logique à l'œuvre lors de la création de cette procédure n'est donc plus d'actualité.

En pratique, seules deux hypothèses paraissent pouvoir justifier une telle décision²⁰⁹⁹. La première, ordinaire, a trait à l'existence d'une irrégularité de l'enquête, cause du refus d'homologation, et dont le procureur reconnaît l'existence. La seconde hypothèse, en revanche, revêt davantage d'intérêt en ce qu'elle est le signe d'une reconnaissance par le législateur de la faille inhérente aux procédures de négociation et renvoie à la situation dans laquelle l'ordonnance de refus résulte de la constatation, intervenue lors de la présentation au magistrat, que la personne ayant fait l'objet de cette procédure n'est pas en réalité l'auteur de l'infraction.

Argument au soutien de la mise en place, pour chaque modalité du processus, de la présence et d'une audition obligatoire de la personne, auteur présumée de l'infraction, ce passage de la circulaire vient confirmer tout l'enjeu présidant à l'adoption et au développement d'un circuit procédural fondé sur l'incitation à la preuve ainsi que les risques inhérents à l'aveu comme seule preuve à charge et qui sont illustrés par l'adage « *nemo auditur perire volens* »²¹⁰⁰.

523. Effacement rétroactif. Ensuite, selon l'article 495-14 al. 2 du Code de procédure pénale, dès lors que l'autorité juridictionnelle a rendu une ordonnance de refus d'homologation, « le procès verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure ».

Confirmant au passage le caractère perfecteur de l'homologation, ces dispositions prévoyant les conséquences d'une ordonnance de refus permettent d'affirmer qu'en l'absence d'homologation, l'accord n'est qu'un procès verbal dont on ne peut plus faire état²¹⁰¹.

Initialement valable, et sur le point de produire ses effets, l'accord entre le mis en cause et le procureur ne présente en effet plus aucune valeur du fait que l'homologation, condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité²¹⁰², vient à manquer. Frappé de caducité, l'accord

²⁰⁹⁹ Circ. CRIM 04-12-E8 du 2 septembre 2004 de présentation des dispositions de la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

²¹⁰⁰ « On ne doit pas entendre celui qui veut mourir ». V. Proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance de culpabilité, préc., p. 4.

²¹⁰¹ La neutralisation de ce procès verbal s'explique par le respect du droit à la présomption d'innocence et pousse la Cour de cassation à sanctionner des décisions dans lesquelles la juridiction de jugement avait fait état des déclarations faites par le prévenu lors de l'élaboration de l'accord sur la peine avec le procureur. V. Crim. 17 sept. 2008, bull. crim. n° 192 ; D. 2008, p. 2602, obs. LÉNA ; *Ibid.*, p. 2904, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; AJ. pén. 2008, p. 515, obs. C. SAAS ; Rev. sc. crim., 2009 p. 412, obs. R. FINIELTZ ; D. 2009, p. 2238, obs. J. PRADEL. Sur l'utilisation par la juridiction de jugement des preuves issues du procès verbal de CRPC, V. également Crim. 30 nov. 2010, bull. crim. n° 190 ; D. 2011, p. 166 ; *ibid.* p. 381 et 2238 ; Dalloz actualité, 24 janv. 2011, obs. Léna ; Crim. 18 janv. 2011, n° 10-83.750, D. 2011, p. 381.

²¹⁰² V. *supra* n° 463 et s.

tombe alors de manière rétroactive et l'aveu de la personne mise en cause, tout comme l'espoir de se voir appliquer une peine réduite, est anéanti.

À la suite de cette analyse, il convient de se pencher désormais sur le devenir de l'accord à la suite d'une ordonnance de refus de validation dans le cadre de la mise en œuvre d'une composition pénale.

B. La caducité de l'accord en matière de composition pénale.

524. Silence de l'article 41-2 du Code de procédure pénale sur les conséquences procédurales d'un refus de validation. Alors qu'en matière de CRPC, les suites d'un refus d'homologation sont clairement exposées, l'article 41-2 al 6 du Code de procédure pénale dispose seulement que dans le cas où le président du tribunal rend une ordonnance de refus de validation, la proposition du procureur, et *a fortiori* l'accord conclu avec le mis en cause, est caduque.

Il est toutefois précisé à l'alinéa suivant que : « Si la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau ». Cela étant, aucune de ces hypothèses n'illustre les conséquences d'un refus de validation. La première a en effet trait à la situation dans laquelle un consensus n'a pu être atteint, tandis que la seconde concerne l'inexécution des termes de l'accord ayant fait l'objet d'une validation. Les conséquences procédurales concrètes d'un refus d'homologation ne sont donc pas envisagées.

Eu égard au silence de l'article 41-2 du Code de procédure pénale sur ce point, la lecture de la circulaire relative aux dispositions de la loi du 23 juin 1999²¹⁰³ se révèle riche d'enseignements. Il en effet spécifié que lorsque le juge rend une ordonnance de refus de validation, « il appartient au procureur d'apprécier la suite à donner à la procédure ».

Au terme de cette disposition, il est possible d'affirmer qu'un refus de la part du magistrat du siège d'avaliser l'accord provoque un retour des différents acteurs de la procédure au stade de l'exercice par le parquet du choix qui lui est conféré en vertu du principe d'opportunité des

²¹⁰³ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Circ. CRIM 01-14-F1 du 11 juillet 2001, point 4.4.3.

poursuites. Selon les circonstances de l'espèce, il est donc laissé au procureur qui s'est initialement engagé sur la voie du consensus et qui a, en outre, recueilli un aveu de culpabilité, le choix de mettre en mouvement l'action publique²¹⁰⁴, de recourir à une véritable alternative aux poursuites²¹⁰⁵ ou de classer sans suite. La circulaire fait également état de la faculté laissée au parquet de proposer une nouvelle composition pénale à l'auteur des faits, en vue de saisir à nouveau le président du tribunal d'une requête en validation²¹⁰⁶.

525. Le respect des droits de la personne et l'impartialité du magistrat en question.

Hormis cette dernière hypothèse, et dans le cas où le ministère public décide de mettre en mouvement l'action publique, le sort réservé à l'accord de composition est sensiblement le même que ce que l'on peut observer en cas d'échec d'une CRPC, à savoir un effacement rétroactif de la procédure, entraînant la caducité de l'accord. Pour autant, et eu égard à la faculté laissée au procureur de saisir le tribunal correctionnel des faits pour lesquels la personne s'est déclarée coupable, il est surprenant de constater qu'aucune disposition du Code de procédure pénale ne prévoit que le procès verbal dans lequel il est fait mention du contenu de l'accord non validé, et plus précisément de l'aveu, ne peut être transmis à la juridiction de jugement²¹⁰⁷.

En l'absence d'information en ce sens²¹⁰⁸, est-ce à dire qu'en cas d'échec d'une procédure de composition pénale, le procureur pourra user des armes résultant du procès verbal rédigé lors de l'échange avec le justiciable et au cours duquel il était question d'une sanction plus clémentine²¹⁰⁹ ? La logique présidant les suites d'un refus d'homologation en matière de CRPC incite à répondre par la négative²¹¹⁰. Néanmoins, au regard des garanties dont dispose toute personne faisant l'objet de poursuites²¹¹¹, spécifiquement du droit à la présomption

²¹⁰⁴ Sur les interrogations que suscitent ces dispositions, v. *supra* n° 69 à 74 et 496 à 499.

²¹⁰⁵ Art. 41-2 C. pr. pén.

²¹⁰⁶ V. Circ. CRIM 01-14-F1 du 11 juillet 2001, point 4.4.3.

²¹⁰⁷ Le seul article relatif à la transmission du procès verbal de composition à la juridiction de jugement se situe dans la partie réglementaire, (art. R. 15-33-60) et ne concerne que l'hypothèse dans laquelle l'accord a été validé mais dont les dispositions n'ont pas été respectées, ainsi que le cas où la personne a refusé de se soumettre à une procédure de composition de pénale.

²¹⁰⁸ Telles que celles prévues à l'article 495-14 al. 2 du Code de procédure pénale pour le procès verbal rédigé dans le cadre d'une CRPC. V. *supra* n° 523.

²¹⁰⁹ Il convient de rappeler ici que l'article 41-2 du Code de procédure pénale est applicable aux personnes qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes.

²¹¹⁰ V. *supra* n° 523.

²¹¹¹ V. art. préliminaire. C. pr. pén.

d'innocence, ainsi que de l'exigence universelle de l'impartialité du magistrat²¹¹², le silence de l'article 41-2 du Code de procédure pénale sur ce point soulève, une fois de plus, la question de l'adéquation de cette modalité du processus de négociation aux droits de la personne poursuivie.

526. Poursuites en la voie ordinaire et légalité des procédures de négociation. En dehors de l'aspect chronophage lié à l'effacement rétroactif du processus de négociation et de son résultat, traiter de l'absence d'homologation révèle l'extrême diversité des solutions en la matière.

En effet, le recours à des critères tels que la possibilité de formuler un appel à l'encontre du refus d'homologuer l'accord ou bien l'exercice d'un pouvoir réformateur du contenu de ce dernier par l'autorité juridictionnelle, permet de constater que l'hypothèse d'échec du processus de négociation ainsi que les suites procédurales qui y sont attachées n'illustrent pas d'unité d'ensemble.

Au-delà des disparités marquant le régime de l'accord non homologué, le refus de la part de l'autorité juridictionnelle d'approuver judiciairement cet accord soulève des questions relatives à la protection des droits du justiciable lors de la mise en œuvre de poursuites en la forme ordinaire par le Ministère public. En l'absence de réponses apportées par le législateur, et eu égard à l'impératif de légalité des procédures de négociation, il importe de mettre l'accent sur ces difficultés intrinsèquement liées à la mise en œuvre d'un procès de droit commun.

Section 2. Les difficultés liées à la décision de refus d'homologation

527. La garantie des droits ayant fait l'objet d'une renonciation préalable. Eu égard aux dispositions légales illustrant, de manière générale, l'effacement rétroactif de la procédure de négociation après un refus d'homologation, et compte tenu de l'interdiction prévue spécifiquement à l'article 495-14 du Code de procédure pénale de faire état des déclarations survenues au cours de la procédure de négociation devant la juridiction de jugement, il

²¹¹² V. S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, 1998, p. 7. V. également art. 31 C. pr. pén. modifié par la Loi n° 2013-669 du 25 juil. 2013.

apparaît que le législateur a la volonté de garantir pleinement au justiciable l'exercice des droits auxquels l'espoir d'une sanction édulcorée l'avait poussé à renoncer.

Cela étant, la vacuité du Code de procédure pénale sur la mise en œuvre concrète du circuit répressif de droit commun, à la suite d'un échec de celui, plus court, de négociation, fait naître quelques interrogations quant à l'effectivité de la protection des droits de la défense.

528. Existence d'un préjugement. En effet, au regard du contrôle effectué par le juge chargé d'entériner l'accord – qui porte sur la culpabilité du mis en cause, la qualification juridique des faits ainsi que le caractère justifié de la ou des peines proposées²¹¹³ – son office en matière de procédures de négociation illustre concrètement un préjugement sur le fond²¹¹⁴. Pour cette raison, il convient de revenir plus précisément sur la question de l'impartialité de ce magistrat lorsqu'il est amené à statuer sur l'affaire en tant que membre de la juridiction de jugement saisie à la suite de l'échec du processus de négociation.

Également, en relation étroite avec la mise en œuvre d'une poursuite en la voie ordinaire, la confusion qui règne sur la nature des ordonnances de refus d'homologation et de validation²¹¹⁵, ainsi que l'instauration à l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale d'une sorte de doublement de procédure en matière de CRPC²¹¹⁶, paraissent entrer en conflit avec l'application du principe *ne bis in idem*.

529. Plan. Par conséquent, il semble que les difficultés d'une décision de refus d'homologation de l'accord sont relatives à la mise en œuvre d'un procès de droit commun. Ces difficultés s'illustrent précisément au regard des interactions existantes entre le refus d'homologation et le principe d'impartialité du juge membre de la juridiction de jugement d'une part (§1) et la règle *non bis in idem* d'autre part (§2).

²¹¹³ V. *supra* n° 442 et s.

²¹¹⁴ Sur les risques évoqués de manière théorique, v. *supra* n° 256 et s. V. cependant l'opinion du législateur dans la circulaire CRIM n° 01-14-F1 du 11 juillet 2001 : « Bien que l'ordonnance de validation d'un accord issu d'une procédure de composition pénale ait pour effet de mettre à exécution des mesures qui constituent des peines, la décision de validation ne présente pas de caractère exécutoire et n'est donc pas un jugement », v. *supra* n° 496 et s.

²¹¹⁵ V. *supra* n° 510 et s.

²¹¹⁶ Art. 495-15-1 C. pr. pén : « La mise en œuvre de la procédure prévue par la présente section n'interdit pas au procureur de la République de procéder simultanément à une convocation en justice en application de l'article 390-1. La saisine du tribunal résultant de cette convocation en justice est caduque si la personne accepte la ou les peines proposées et que celles-ci font l'objet d'une ordonnance d'homologation ».

§1. Refus d'homologation et impartialité du juge de jugement²¹¹⁷

530. Notion et appréciation de l'impartialité. Bien plus qu'une garantie accordée au justiciable, l'impartialité du juge est consubstantielle à la notion de justice²¹¹⁸. Aux côtés de l'indépendance, elle est une qualité qui habite le « juste juge »²¹¹⁹ en ce qu'elle constitue le gage de sa neutralité, essence de la fonction juridictionnelle²¹²⁰. En ce sens, l'autorité à laquelle est attribué un pouvoir juridictionnel se doit de présenter certaines vertus à même de garantir un exercice effectif dégagé de tout lien de sujétion²¹²¹. Déjà évoquée²¹²², la distinction entre les notions d'impartialité subjectives et objectives sera utilisée ici sans toutefois faire l'objet de développements quant au sens qu'elle recoupe.

531. Les risques inhérents à une double intervention du juge. S'agissant des procédures de négociation, l'analyse concrète de l'office du juge de l'homologation permet désormais de corroborer l'idée que le constat de l'absence de texte soulignant l'incompatibilité entre l'exercice successif des fonctions de juge de l'homologation ou de la validation²¹²³ et de juge membre de la juridiction de jugement avait permis d'avancer.

532. Impartialité et CRPC. Si l'articulation de la procédure de composition pénale avec le respect du droit à un juge impartial a déjà fait l'objet de développements antérieurs, qu'il soit permis ici d'accentuer la contradiction entre ce droit et les dispositions relatives à

²¹¹⁷ Expression que l'on oppose ici à « juge de l'homologation ».

²¹¹⁸ Sur ce point v. le discours du constituant A. DUPORT prononcé en 1790, in *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire*, Arch. Parlementaires, 29 mars 1790, tome XII, pp. 408-409 : « Que la justice soit facile, prompte et impartiale ; que son administration soit telle que, loin de favoriser la chicane et la mauvaise foi, elle puisse détruire entièrement ces deux fléaux et tous les vices qu'ils entraînent : que des juges éclairés, honorés, sans être craints, sachent inspirer de la confiance, et faire respecter leurs décisions par des hommes libres et qui n'obéissent qu'à la loi ; qu'enfin ces juges ne puissent jamais étendre leur autorité, jusqu'à mettre en danger la liberté publique » ; v. également S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, t. 33, 1998, p. 7 ; F. DESPORTES, L. LAZERGUES- COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 207, spéc. n° 309.

²¹¹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe*, préc., p. 436.

²¹²⁰ V. G. WIEDERKEHR, *Qu'est ce qu'un juge ?*, in *Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Dalloz, 1996, p. 575, spéc., p. 582 ; D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, Institut de sciences criminelles de Poitiers, n° 18, 1997 ; A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, LGDJ, 2010, n° 291.

²¹²¹ A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, préc., p. 146, spéc., n° 247.

²¹²² V. *supra* n° 254.

²¹²³ Il convient de rappeler ici qu'une ordonnance de refus d'homologation oblige le parquet à saisir le tribunal correctionnel (art. 495-12) tandis qu'une ordonnance de refus de validation laisse la faculté au parquet de choisir la voie à suivre (Circ. CRIM n° 01-14-F1 du 11 juillet 2001, point 4.4.3), V. *supra* n° 524.

l'ordonnance de refus d'homologation. Le Conseil constitutionnel qualifiant cette ordonnance de décision juridictionnelle²¹²⁴, et les motifs de refus avancés par le législateur faisant état d'une appréciation concrète de la culpabilité et de la qualification juridique des faits, l'hypothèse d'une intervention du magistrat auteur de l'ordonnance de refus d'homologation au stade du jugement de l'auteur de l'aveu de culpabilité semble en contradiction avec la garantie d'un juge impartial.

De la même manière, si l'article 495-14 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoyant la neutralisation du procès verbal doit être salué au regard du droit à la présomption d'innocence, l'analyse d'un arrêt de la Cour de cassation²¹²⁵ fait naître un certain scepticisme à l'égard des garanties censées être apportées par cette disposition. En effet, à la suite d'une ordonnance de refus d'homologation et de la saisine concomitante du tribunal correctionnel par le parquet, le procès verbal de CRPC avait été transmis à la juridiction de jugement. À ce titre, le pourvoi invoquait que la procédure était forcément nulle et que les principes de la liberté de la défense, d'impartialité du magistrat et de la présomption d'innocence s'en trouvaient méconnus. La chambre criminelle, tout en reconnaissant que le procès verbal n'aurait pas dû figurer au dossier, refuse néanmoins d'annuler la procédure, estimant qu'aucune atteinte n'avait été portée aux intérêts du prévenu puisque les juges ne s'étaient pas fondés sur le procès verbal pour asseoir leur conviction de culpabilité²¹²⁶.

533. Atteinte à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Au regard des doutes que l'on peut émettre sur l'idée d'une autonomie des preuves que la Cour semble adopter, et à moins d'estimer que la saisine du tribunal correctionnel suite à une ordonnance de refus d'homologation provoque une amnésie générale de l'ensemble des acteurs du processus de négociation, l'exercice successif par un juge d'une mission d'homologation et de jugement semble définitivement impropre à garantir au mis en cause un exercice effectif des droits traditionnellement attachés à la tenue d'un procès pénal, au premier rang desquels se trouve le droit à un juge impartial²¹²⁷.

²¹²⁴ Cons. const. 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, cons. n° 118.

²¹²⁵ Cass. crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.460, Bull. crim., n° 190, Dalloz actualité, 24 janv. 2011, obs. LÉNA.

²¹²⁶ V. D. 2011, Pan. p. 2238, obs. PRADEL. Sur cette jurisprudence qui « sauve » des procédures en invoquant le fait que la condamnation se fonde sur des preuves autres que celle qui est annulée, v. Cass. crim. 18 janv. 2011, n° 10-83.750, illustrant une affaire où malgré la nullité d'une garde à vue pour violation des droits de la défense, la décision de condamnation est maintenue dès lors que « les actes annulés n'ont pas constitué des éléments de preuve fondant la décision de culpabilité du prévenu », D. 2011, p. 381.

²¹²⁷ Art. 6 §1 Conv. EDH.

534. La conventionnalité des procédures de négociation en question. À cet égard, l'absence de dispositions légales précises encadrant les suites d'une ordonnance de refus d'homologation et qui permettrait une protection efficace des droits de la défense soulève un risque de partialité des procédures aussi avéré que celui d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Aux côtés des critiques pouvant être adressées à l'égard de l'impartialité du juge pénal lors d'un échec du processus de négociation, l'analyse des difficultés liées aux interactions entre le refus d'homologation et la mise en œuvre d'un procès de droit commun invitent à mettre l'accent sur l'incertitude qui entoure le respect de la règle *ne bis in idem*.

§2. Refus d'homologation et respect de la règle *non bis in idem*

535. Définition. Inspirée par un « double impératif de sécurité et de justice²¹²⁸ », la règle *non bis in idem* veut qu'une personne jugée pour un fait délictueux ne puisse pas être jugée à nouveau pour le même fait²¹²⁹. Trouvant sa traduction à l'article 6 du Code de procédure pénale qui dispose que « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint (...) par la chose jugée », le principe selon lequel on ne peut être jugé deux fois pour les mêmes faits est intimement lié à celui de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel.

Eu égard à cette définition, deux observations s'imposent, qui ont trait au caractère juridictionnel de l'ordonnance de refus de validation ou d'homologation d'une part (A), et à l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale d'autre part (B).

A. La règle non bis in idem et la nature de l'ordonnance de refus d'homologation

536. Refus d'homologation et autorité de la chose jugée. L'idée de la nature juridictionnelle des ordonnances de refus d'homologation et de validation ainsi que le constat de leur caractère irrévocable amènent à s'interroger sur le point de savoir si la saisine

²¹²⁸ F. DESPORTES, L. LAZERGUES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 310, spéc. n° 434.

²¹²⁹ Art. 4 du protocole 7 à la Convention européenne des droits de l'homme ; Art. 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et art 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

ultérieure par le procureur d'une juridiction de jugement n'entraîne pas une violation de la règle qui se décline à l'article 6 du Code de procédure pénale.

En effet, dans l'hypothèse où le refus de la part du président de la juridiction en charge de contrôler l'accord repose sur le constat d'une absence de culpabilité²¹³⁰, ou d'une qualification juridique des faits erronée²¹³¹, il apparaît que la décision du magistrat doit acquérir, sur ce point, autorité de la chose jugée. Si en matière de composition pénale le procureur dispose du choix de classer sans suite²¹³², l'article 495-12 du Code de procédure pénale prévoit en revanche une obligation pour le ministère public de « saisir, sauf élément nouveau » le tribunal correctionnel.

De là, et sauf à considérer que l'absence de culpabilité ou une qualification juridique inadéquate constituent des éléments nouveaux, la saisine par le procureur de la juridiction de jugement paraît illustrer les dispositions prévues à l'article 1351 du Code civil²¹³³, à savoir l'identité de partie, de cause et d'objet. En effet, à la suite d'une ordonnance de refus d'homologation, le fait pour le parquet de soumettre la même affaire, qui concerne les mêmes parties, pour le même objet (l'application d'une peine), et reposant sur la même cause (le fait délictueux), paraît devoir justifier une fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée.

Certes, on pourrait objecter qu'entre la requête en homologation et la saisine du tribunal correctionnel, l'objet de la demande du procureur diffère. Lors de la première, celui-ci demanderait l'homologation de l'accord conclu avec le mis en cause, alors que la seconde illustrerait une requête pour l'application d'une peine. Toutefois, la requête en homologation porte nécessairement sur le contenu de l'accord, qui n'est autre qu'une proposition de peine dont le procureur, au même titre que lorsqu'il saisit le tribunal, requiert l'application. Aussi, s'agissant de l'hypothèse venant d'être envisagée, le respect du principe *ne bis in idem* paraît relativement incertain, tout comme à l'égard du doublement de procédure prévu par l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale.

²¹³⁰ V. *supra* n° 522.

²¹³¹ V. *supra* n° 528.

²¹³² V. *supra* n° 524.

²¹³³ Art. 1351 C. civ : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

B. La règle non bis in idem et l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale

537. Indifférence du législateur à la jurisprudence de la Cour de la cassation. Au lendemain de la loi du 9 mars 2004, et dans un but de célérité et d'efficacité de la répression, la mise en œuvre d'une procédure de CRPC illustre parfois un doublement de procédure. En effet, anticipant sur un éventuel refus de la part du mis en cause ou bien du juge de conclure ou d'homologuer l'accord, « certains parquets délivraient une double convocation : l'une en vue d'une CRPC à une date donnée, l'autre en vue d'une audience correctionnelle à une date ultérieure »²¹³⁴.

Estimant le procédé peu respectueux du principe d'indisponibilité de l'action publique et considérant que l'application simultanée de l'article 495-7 du Code de procédure pénale avec les articles 388 et 390-1 du même Code était irrégulière, la Cour de cassation censura la pratique²¹³⁵.

Faisant fi de cette interdiction à l'égard du ministère public, le législateur, par le biais de la loi du 12 mai 2009²¹³⁶, a consacré explicitement cette pratique à l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale, permettant dès lors aux procureurs de « mettre deux fers au feu »²¹³⁷.

538. Articulation de l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale avec les règles procédurales de droit commun. Ainsi, la mise en œuvre d'une procédure de CRPC « n'interdit pas au procureur de la République de procéder simultanément à une convocation

²¹³⁴ A. BUREAU, *Le principe d'indisponibilité de l'action publique*, préc., p. 414, spéc., n° 590. V. Circ. CRIM 04-12 E8 du 2 sept. 2004, point 2.1.1.2.1. La deuxième convocation permet, en cas d'échec de la CRPC, que la personne soit jugée à la date qui lui a déjà été notifiée alors que, sans cette précaution, le parquet serait contraint de devoir à nouveau procéder à la convocation de l'auteur, à une date encore plus éloignée. V. Sur ce point, J. LEBLOIS-HAPPE, note sous Cass. crim. 4 oct. 2006, AJ. Pén., 2007, p. 79, spéc. n° 81. L'auteur s'interroge sur la réalité du prétendu gain de temps résultant de cette pratique. V. également J. DANET, *La CRPC : du modèle législatif aux pratiques et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ?*, préc., p. 440 : « Une étude sur 102 juridictions révèle que 20 % d'entre elles pratiquent la double convocation ».

²¹³⁵ Cass. crim., 4 oct. 2006 : « (...) lorsque le ministère public met en œuvre la procédure de CRPC, il ne peut concomitamment saisir le tribunal correctionnel selon l'un des modes prévus par l'article 388 dudit Code avant que le prévenu ait déclaré ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal ait rendu une ordonnance de refus d'homologation », Bull. crim. 2006, n° 244, Rev. sc. crim., 2007, p. 118, obs. A. GIUDICELLI ; D. pén. 2007, comm. n° 27, note MARON ; P.-J. DELAGE, *Les obscures pratiques du plaider coupable*, D. 2007, p. 58. Dans un arrêt du 14 oct. 2008, la Cour de cassation a réaffirmé sa position, V. Cass. crim. 14 oct. 2008, Proc. 2008 comm. n° 340, note BUISSON ; AJ. Pén. 2008, p. 517, obs. M.-É. CARTIER.

Si l'article 495 du Code de procédure pénale illustre également une double convocation, il convient de relever qu'à la différence de l'article 495-15-1, l'article 495 prévoyait une double convocation initiée, non pas par le parquet mais par la personne poursuivie d'une part, et qui se déroule de manière successive, et non concomitante.

²¹³⁶ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, art. 129, 2°.

²¹³⁷ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, préc., p. 836, spéc. n° 1241-1.

en justice en application de l'article 390-1 ». Si le législateur précise ensuite que cette saisine est caduque dès lors que la personne accepte la ou les peines proposées et que l'accord fait l'objet d'une homologation, il reste qu'au travers cet article 495-15-1 du Code de procédure pénale, l'action publique peut, et ce de manière peu orthodoxe, être engagée deux fois de manière simultanée²¹³⁸. Qualifié de « petit arrangement avec la mise en mouvement de l'action publique »²¹³⁹, le contenu de l'article 495-15-1, outre les difficultés qu'il suscite notamment à l'égard du consentement du mis en cause²¹⁴⁰, paraît constituer un risque d'atteinte au respect du principe *non bis in idem*.

En effet, au regard de l'articulation des délais de comparution et de réflexion prévus respectivement lors de la mise en œuvre de l'article 390-1 et 495-7 du Code de procédure pénale²¹⁴¹, ainsi que d'une communication faillible entre les différents greffes, un auteur souligne le risque que des audiences de jugement se déroulent en dépit d'une ordonnance d'homologation, conduisant inévitablement les magistrats du siège à connaître – à un moment ou à un autre – et sans le savoir, des faits ayant déjà été jugés²¹⁴².

Ajoutée à l'éventualité d'un changement de conseil effectué par la personne poursuivie, et sans oublier que cette dernière n'est pas obligée de comparaître en personne²¹⁴³, la combinaison de l'article 495-15-1 avec l'article 390-1 du Code de procédure pénale est susceptible d'être la cause d'un « terrible imbroglio judiciaire »²¹⁴⁴.

539. La constitutionnalité de la double convocation. Néanmoins, et en dépit d'une jurisprudence soulignant les dangers de cette double poursuite, le Conseil constitutionnel a considéré que « le fait, pour une personne mise en cause, de recevoir à la fois une convocation devant le tribunal correctionnel pour y être jugée et une convocation devant le procureur de la

²¹³⁸ Sur le rapprochement de cette disposition avec un moyen juridique de pression sur le délinquant pour qu'il accepte la peine proposée, v. *supra* n° 212.

²¹³⁹ A. GIUDICELLI, note sous Cass. crim. 4 oct. 2006, préc., p. 119.

²¹⁴⁰ Si l'auteur de l'infraction est, par le biais de son avocat, informé des conséquences prévisibles de l'échec de la procédure de négociation, à savoir la saisine du tribunal correctionnel, il y a une différence entre le fait d'être conscient de ce risque de saisine du tribunal et faire l'objet d'une COPJ bien concrète (art 390-1 C. pr. pén.). V. A. MARON, note sous Cass. crim. 4 octobre 2006, Dr. Pén., 2007, comm. n° 27. L'auteur évoque une « épée de Damoclès ». V. *contra* Y. JOSEPH-RATINEAU, *De quelques difficultés issues de la légalisation de la double convocation dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, JCP, 2009, p. 230.

²¹⁴¹ Doubler une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité d'une convocation par officier de police judiciaire suppose que le parquet prenne en considération les délais attachés à l'exercice des droits de la défense à savoir les 10 jours minimum entre la convocation ou la citation et la comparution (art. 522 C. pr. pén.) ainsi que les 10 jours de réflexion accordés dans le cadre de la CRPC (art. 495-8 C. pr. pén.).

²¹⁴² F. DEFFERRARD, *La dénaturation du « plaider coupable »*, D. pén. 2009, Étude 13, p. 7, spéc. n° 11.

²¹⁴³ Art. 411 C. pr. pén ; v. *supra* n° 444.

²¹⁴⁴ V. F. DEFFERRARD, *La dénaturation du « plaider coupable »*, préc., p. 8.

République, pour tenter de trouver un accord sur la peine, n'était pas contraire aux droits de la défense »²¹⁴⁵.

540. Intégrité et valeur de la négociation. À l'aune de ces développements, il semble que la CRPC illustre résolument la primauté de la gestion administrative des flux judiciaires sur le respect des règles normalement applicables à la poursuite. Alors que le fonctionnement de cette modalité du processus de négociation en matière pénale pourrait bénéficier d'un cheminement procédural et de règles qui lui sont propres, l'article 495-15-1 induit un manque d'étanchéité regrettable avec le circuit de droit commun et accentue la menace qui pèse sur l'équilibre des prérogatives des divers acteurs de la procédure. Au-delà, les incertitudes quant au respect du droit pour le justiciable de bénéficier d'un juge impartial témoignent d'une pratique de la négociation en manque de cadre et d'intégrité.

Sans une intervention réfléchie du législateur allant dans le sens d'une résolution des difficultés liées à la mise en œuvre d'un procès de droit commun en cas d'absence d'homologation de l'accord, la conventionalité des procédures de négociation inscrites dans le Code de procédure pénale reste, pour l'heure, incertaine.

²¹⁴⁵ Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, CCC, n° 30.

Conclusion du Chapitre 2

541. L'insuffisance du cadre procédural de l'échec du processus. Au terme de ce chapitre consacré à l'absence d'homologation de l'accord, il apparaît que l'échec du processus de négociation – point de contact entre les circuits procéduraux négociés et impératifs – fait l'objet de dispositions légales insuffisantes et pour certaines, contraires aux droits de la personne poursuivie.

L'étude de la nature et des effets de la décision de refus d'homologation de l'accord révèle que des solutions disparates, sinon incohérentes, entourent le régime de l'accord en cas d'échec du processus.

Si la vacuité des textes prévoyant les suites de cette faillite témoignent d'une politique pénale essentiellement tournée vers la réussite des procédures et la célérité que l'aspect consensuel et relativement informel de ces dernières vise à atteindre, les incohérences, contradictions et autres violations des règles inhérentes à la poursuite et au procès pénal conduisent à relativiser le succès de ces procédures.

Conclusion du Titre 2

542. Élément fédérateur des procédures de négociation. Présentée comme le gage de la conformité des procédures de négociation aux principes directeurs de la matière pénale, et notamment au principe de séparation des autorités de poursuites et de jugement, l'homologation par le biais d'une autorité juridictionnelle présente une certaine homogénéité en ce qu'elle permet – sauf en matière de composition pénale – la perfection et la transformation de l'accord. Si la figure de l'autorité juridictionnelle ainsi que la teneur de son contrôle diffèrent parmi les procédures envisagées, l'homologation de l'accord se révèle toutefois être un élément fédérateur de ces dernières. Malgré l'hétérogénéité des dispositions légales, et en dépit des contrastes observés tant dans la nature que dans les effets d'une décision d'homologation, il est possible de constater une certaine homogénéité processuelle, une trame commune, qui confère à l'accord un régime relativement uniforme.

543. Illustration d'une empreinte gracieuse au sein de la matière pénale. En raison du rapport d'inégalité consubstantiel à la procédure pénale, l'homologation de l'accord en matière pénale n'est pas l'exact reflet de l'homologation civile. Néanmoins, la latitude dont dispose le procureur concernant le contenu de l'accord élaboré avec le mis en cause, ainsi que la question des pouvoirs du juge lors de l'homologation n'est pas sans révéler l'empreinte gracieuse²¹⁴⁶ apposée sur une matière qui se présente traditionnellement comme la terre d'élection du « contentieux obligatoire »²¹⁴⁷.

544. L'incidence des disparités liées à l'absence d'homologation sur le régime de l'accord. Les incohérences et la disparité des solutions observées en cas de refus d'homologation ne semblent pas devoir ternir l'unité qui caractérise le régime de l'accord en matière pénale. En effet, l'absence d'homologation renvoyant à un processus de négociation inachevé, c'est moins l'hétérogénéité des dispositions liées à l'absence d'homologation que les difficultés procédurales qu'engendre un retour à la procédure de droit commun qui importent. Il semble que la variabilité du degré de protection des droits du mis en cause ainsi

²¹⁴⁶ V. J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 260, spéc., n° 315 et s.

²¹⁴⁷ P. HÉBRAUD, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1949, p. 131, spéc., n°21.

que les incohérences relevées à l'égard de la nature d'une ordonnance de refus d'homologation jettent une ombre sur l'articulation des dérogations que le circuit négocié suppose avec les principes directeurs de la matière répressive. Dès lors, il semble que le caractère désordonné des suites d'une absence d'homologation affectent moins l'homogénéité du régime de l'accord que la légalité des liens existants entre procédures de négociation et procédure de droit commun.

545. Manque d'uniformité du régime de l'accord en matière pénale. Aux côtés de la démonstration de l'insuffisance des garanties accordées au justiciable pour l'exercice de ses droits, l'étude des conditions relatives à l'homologation ainsi qu'au refus d'homologation permet alors d'affirmer que le régime de l'accord en matière pénale manque d'uniformité.

Conclusion de la Partie II

546. Émergence d'une catégorie juridique à part entière. Alors que l'image traditionnelle de la procédure pénale ne se prête pas à un consensus et que le terme même de peine paraît difficilement conciliable avec le concept d'accord, la tendance législative à faire collaborer le justiciable avec l'institution judiciaire illustre l'appréhension par la matière pénale de notions qui ne participent pas de son esprit impérieux.

Cela dit, l'accord sur la sanction, que la doctrine appréhende comme une manifestation du phénomène de contractualisation, ne relève pas des catégories juridiques connues traditionnellement de la matière civile ou administrative, mais obéit à un régime spécifique qui tend à l'exclure complètement des règles du droit commun. Transcendant les diverses classifications juridiques, l'étude du résultat du processus de négociation permet de reconnaître une espèce d'accord, au delà des déclinaisons auxquelles la notion de contrat renvoie et en dehors des réglementations inhérentes à l'ordre privé ou public.

547. Autonomie de la notion. Détaché de la matière contractuelle, l'accord pénal révèle une certaine autonomie dans l'application personnalisée des règles de la matière pénale avec lesquelles il est en prise. Hors du contrat, la notion d'accord aurait ainsi sa place au sein du mécanisme répressif en ce qu'il illustre un lien qui n'est pas la source de droits subjectifs mais l'instrument d'une substitution d'un « négoce juridique »²¹⁴⁸ aux règles normalement applicables.

Outil de gestion et de régulation, l'accord révèle une unité fonctionnelle à laquelle répond un régime uniforme illustré par l'homogénéité procédurale du schéma de son homologation et qui témoigne de l'émergence d'une catégorie juridique à part entière.

Alors que la disparité des dispositions légales se rapportant au processus de négociation illustre un système consensuel élaboré par touches successives et met un frein à l'appréhension globale de ce qu'est la justice négociée, la notion d'accord en matière pénale

²¹⁴⁸ I. PAPADOPOULOS, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, préc., p. 24.

fédère les différentes procédures et révèle, au travers la logique du choix, une certaine cohérence d'ensemble.

548. La légalité en question. Néanmoins, l'analyse du cadre procédural entourant aussi bien le succès que l'échec du processus de négociation met en lumière les contradictions existantes entre le circuit dérivé, dont l'accord constitue la clé, et les règles inhérentes à la matière dans laquelle ce dernier évolue. Les atteintes à divers principes directeurs de la procédure pénale tels que l'impartialité du juge, l'indisponibilité de l'action publique, ou encore le droit au recours, nuisent à la légalité du processus et constituent, de manière regrettable, un frein à l'élaboration d'un concept d'accord entièrement adapté à la matière qui le réceptionne.

Conclusion générale

549. Méthode. L'objectif d'une étude sur la négociation en matière pénale était de proposer une définition du processus permettant d'une part, de mesurer l'ampleur du phénomène, d'autre part d'en évaluer l'incidence sur le système procédural répressif.

Afin de mettre en lumière les facteurs internes et externes de l'intégration et du développement de la négociation en matière pénale, l'adoption d'une démarche comparative s'est révélée opportune, le but restant toutefois moins celui de comparer que de faire apparaître, à travers le rayonnement du droit américain, toute la particularité du système français.

Appréhender de manière concrète la pratique de la négociation supposait en premier lieu de dégager des critères de définition permettant de délimiter le champ d'étude. Déclenchée au stade des poursuites, la négociation se révèle au travers d'un schéma impliquant une certaine collaboration du délinquant au processus pénal, qui se manifeste par un aveu de culpabilité en échange de quoi ce dernier bénéficiera d'une réduction de peine, proposée par la poursuite et avalisée par une autorité juridictionnelle.

550. Diversité des modalités d'un processus unique. Processus d'échange autour de la preuve entre l'auteur présumé d'une infraction et une autorité de poursuite, la réception juridique de la négociation se traduit par l'adoption de procédures fondées sur un mécanisme d'auto-incrimination ou d'incrimination d'autrui, révélant alors une matière qui ne serait pas seulement de l'ordre des déterminations mais aussi des interactions²¹⁴⁹.

En procédure pénale, le recours aux critères de définition issus de la pratique de négociation des plaidoyers américains a conduit à l'analyse de trois procédures : la composition pénale, la comparution sur reconnaissance de culpabilité et le mécanisme d'exemption ou de réduction de peine applicable aux repentis.

²¹⁴⁹ R. CASTEL, *L'application de la loi : l'ordre des interactions et l'ordre des déterminations*, in *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale. Hommage à C. DEBUYST*, Liège-Bruxelles, 1990, p. 295.

En procédure para-pénale, la recherche d'un échange sur la peine à la suite d'une collaboration probatoire permet d'identifier les procédures de clémence et de non-contestation des griefs en tant qu'illustrations de l'intégration de la négociation dans le champ du droit pénal économique.

Confrontée à la variabilité des échanges et de l'intensité de la négociation, l'étude approfondie du fonctionnement de chacune des procédures a permis de démontrer une certaine homogénéité procédurale révélant alors, au travers des diverses hypothèses de négociation, l'existence d'un processus unique.

Fondée sur une logique de récompense, la pratique prête le flan à la critique tant en ce qui concerne la vérité consacrée que relativement à la redistribution des rôles des acteurs de la procédure pénale. Dans l'ombre du rôle principal tenu par l'autorité de poursuite se joue en effet désormais celui de l'autorité juridictionnelle, et à l'infamante position de délinquant se substitue celle d'un titulaire d'options procédurales contre lesquelles la victime, relayée au rang de spectateur d'un processus dont elle ne fait pas véritablement partie, ne peut finalement que peu de choses.

551. Évolutions structurelles. Sous-tendue par une culture de la vérité provenant de la tradition juridique de *Common Law*, la négociation en matière pénale suscite une évolution de la preuve et de la logique de répression qui s'inscrit désormais davantage dans une perspective utilitariste que dans un but de stricte rétribution.

La démarche comparative adoptée dans l'analyse des procédures répondant aux critères de définition de la négociation en matière pénale a permis de mettre en lumière la convergence des systèmes juridiques, comprise comme un processus naturel affectant des sociétés qui suivent les mêmes chemins, et conduisant à s'affranchir des dogmes inquisitoires et accusatoires. Derrière la logique du droit positif, c'est l'étude des champs matériel et personnel de la négociation qui permet d'affirmer l'entrecroisement de plusieurs logiques, dévoilant ainsi un paysage procédural composite.

Sous l'impulsion des instances européennes et la diffusion du modèle de procès équitable, l'interpénétration des systèmes juridiques invite à légitimer la pratique de la négociation en même temps que la logique de résultat qui la sous-tend. Cela étant, l'étude approfondie des procédures fondées sur une modulation de la sanction en échange d'un aveu a révélé

l'existence de mutations se traduisant notamment par un aménagement des principes liés au procès et une tendance à la libre disposition des droits attachés aux parties.

Plutôt que de conclure à une dégénérescence du système pénal, le constat de ces transformations a fait naître la volonté de construction d'une notion qui s'intégrerait parfaitement aux contraintes procédurales françaises. Il fallait à ce titre prendre toute la mesure des faiblesses du processus pour mieux apprécier la nécessité et les contours d'un cadre juridique permettant une articulation harmonieuse du processus avec les préceptes du droit commun.

Visant pour l'essentiel à contourner les lenteurs du procès pénal, les procédures de négociation font état d'un recul opportun des principes attachés au rituel. Néanmoins, la nécessité d'inscrire la pratique de la négociation dans un cadre processuel minimal devait conduire à s'interroger sur la légalité d'un mécanisme qui amène le mis en cause à renoncer à l'exercice de ses droits fondamentaux.

552. Construction d'un cadre juridique propre à la négociation. Révélant les limites d'une pratique véhiculée par une analyse libérale des droits de la défense, la contradiction entre les procédures de négociation et l'exercice effectif des droits fondamentaux se justifie dès lors que l'on s'attache à démontrer le caractère disponible de l'objet renoncé ainsi que l'existence de règles supplétives en la matière. Cependant, face à une légalité des procédures en danger d'instrumentalisation, la compensation de l'abandon des garanties inhérentes au procès devait être assurée par un contrôle allant du déclenchement du processus jusqu'à l'homologation de son résultat.

Loin de l'idée d'une « relégislation » de surface, la légalité du processus suppose un perfectionnement des règles qui en constituent aujourd'hui l'assise insuffisante. Une première proposition consiste à garantir à l'auteur de l'aveu l'assistance effective d'un avocat, non de manière facultative mais obligatoire et ce, dès le stade de l'offre de plaider coupable. Également, afin que ces procédures ne constituent pas l'emblème d'une récompense octroyée à titre précaire, il s'agirait de supprimer la perméabilité existante entre circuit négocié et circuit de droit commun par l'attribution au juge de l'homologation de la faculté de modifier les termes de l'accord. Conférer au juge un pouvoir réformateur diminuerait alors la contrainte résultant de l'éventualité de la mise en œuvre d'un véritable procès en cas d'échec

du processus de négociation tout en remplaçant le choix de la sanction au cœur de l'office juridictionnel.

553. Découverte d'une notion fonctionnelle. En ce qu'il permet d'aboutir à un accord, le développement d'un processus de négociation sur la peine est à l'origine d'un rapprochement conceptuel du mécanisme avec la notion de contrat, accréditant alors l'idée d'une contractualisation de la matière pénale. Face à l'utilisation doctrinale ardente de ce néologisme, et dans le but de révéler la singularité d'une notion qui n'appartient pas au domaine de la répression, il convenait d'identifier précisément la nature juridique de cet accord. Si la caractérisation d'une offre et d'une acceptation, témoin de l'existence d'un accord de volontés permettait d'affirmer l'ancrage progressif du consensualisme dans la matière pénale, conclure à l'existence d'un véritable contrat constituait un pas qu'il convenait de ne pas franchir.

Dans la recherche d'une qualification juridique adaptée à l'accord entre le mis en cause et une autorité de poursuite, l'utilisation d'un raisonnement fondé sur des niveaux hiérarchiques de classification s'est révélé opportune pour appuyer l'idée que la notion ne correspond aux critères de définition d'aucune des catégories juridiques existantes. Plaçant tour à tour l'analyse sur le terrain du droit privé et du droit public, il est apparu que l'accord, pacte nu, ne jouissait pas du prestige que les notions d'obligations et de droits subjectifs inspirent, rendant ainsi la notion impropre à la catégorisation.

Restait alors à approcher la notion en tant que concept. Toutefois, l'absence de définition formelle de l'accord ainsi que l'originalité du contexte dans lequel il s'inscrit n'ont pas permis d'identifier de caractères constants permettant de déterminer le contenu de la notion de manière abstraite. Contournant les obstacles à l'élaboration du concept d'accord en matière pénale, c'est au terme d'une approche fonctionnelle que la notion d'accord, finalement, se découvre. Support nécessaire d'un circuit répressif abrégé, le contenu de l'accord procède directement de la fonction que la matière pénale lui attribue et qui confère à la notion sa véritable unité.

554. Identification d'un régime perfectible. Au terme de l'analyse fonctionnelle de la notion d'accord, la volonté d'appréhender le processus de négociation dans son entier supposait d'apprécier les conditions de validité et d'efficacité de son résultat. Détachée de la

notion de contrat, l'étude des règles entourant l'accord devait ainsi conduire à identifier le régime qui lui appartient.

L'examen du dispositif légal entourant la clôture du processus de négociation supposait de placer l'analyse entre deux cas de figures : l'homologation et l'absence d'homologation. La recherche de l'objet et des effets de la première hypothèse a permis de constater – au-delà de la nécessité d'un renforcement du contrôle des conditions de validité de l'accord par l'autorité juridictionnelle – l'homogénéité du schéma procédural de cette dernière étape du processus et ce, quelle que soit la procédure envisagée.

Si l'ensemble des règles relatives à l'homologation de l'accord traduisent l'uniformité de son régime, les dispositions régissant les suites d'une absence d'homologation – illustration de l'échec du processus de négociation – témoignent des difficultés de la mise en œuvre du schéma répressif de droit commun après que le choix d'un mécanisme alternatif et négocié a été effectué. Situation dans laquelle l'accord n'est pas entériné, l'absence d'homologation met fin à l'existence éphémère d'un lien qui ne dispose en lui-même d'aucune force exécutoire et renvoie à une articulation défectueuse de deux circuits que les impératifs liés à la présomption d'innocence et l'impartialité des procédures devraient rendre exclusifs l'un de l'autre.

555. L'aveu d'une justice plurielle. Face à un mécanisme qui fait de la parole du mis en cause le pivot de la simplification et de l'accélération de la répression, l'efficacité de la justice pénale doit pouvoir se mesurer à l'aune d'un équilibre entre rationalisation de la réponse pénale et protection des droits de l'auteur de l'aveu. Qu'elles soient formes ouvertes ou déguisées, modèles originaux ou copies, les procédures de négociation n'ont pas pour enjeu de traduire la logique probatoire issue des systèmes de *Common Law* mais de contribuer à l'amélioration d'une justice qui se veut aujourd'hui plurielle.

Par la négociation, « il s'agit moins de détourner la procédure que de l'améliorer ; il s'agit moins d'accélérer la justice que de la rendre »²¹⁵⁰. Finalement, « simplifier est une affaire complexe »²¹⁵¹.

²¹⁵⁰ F. TULKENS, *La justice négociée*, préc., p.26.

²¹⁵¹ *Ibid.*

Bibliographie

I. Traités, manuels et ouvrages généraux

A. Théorie générale du droit, philosophie, sociologie, criminologie

- AUBERT N.**, *Le culte de l'urgence. La société malade du temps*, éd. Flammarion, 2003
- AUDARD C.**, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme, 1 – Jeremy Bentham et ses précurseurs (1711-1832)*, PUF, Paris, 1999
- BECCARIA C.**, *Traité des délits et des peines* (1764), Traduction de M. CHEVALLIER, Préface de R. BADINTER, Librairie Droz, Genève 1965, éd Flammarion, 1991
- BENTHAM J.**, *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, éd. Vrin, coll. Analyse et philosophie, 2011
- BERGEL J-L.**, *Théorie générale du droit*, 5^e éd. Dalloz, coll. Méthodes du Droit, 2012
- BOURQUE R.**, THUDEROZ Ch., *Sociologie de la négociation*, La découverte, 2002
- CAMUS A.**, *Articles, préfaces, conférences, 1931-1944*, in Œuvres complètes, I, Gallimard, Coll. Bibliothèque de la Pléiade, n° 161, 2006.
- CONDORCET**, *Esquisse d'un tableau historique sur les progrès de l'esprit humain, Fragments sur l'Atlantide*, éd. Flammarion, 1998
- DULONG R.**, (dir.), *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, Droit et Justice, 2001
- FAUCONNET P.**, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Felix Alcan, 1920
- FREUD S.**, *La création littéraire et le rêve éveillé*, in Essai de psychanalyse appliquée, éd. Gallimard, 1980
- HÖFFE O.**, *L'État et la justice, les problèmes éthiques et politiques dans la philosophie anglo-saxonne*, éd. Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 1988
- LEROUX A.**, **MARCIANO A.**, *La philosophie économique*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998
- MELKEVIK B.**, *Horizon de la philosophie du droit*, Presses Universitaires de Laval, éd. L'Harmattan, 1998
- MILL J. S.**, *L'utilitarisme*, éd. Flammarion, coll. Champs classiques, 2008
- MONTAIGNE**, *Essais*, t.I, in *Les Essais en français moderne*, éd. Broché, 2009
- MONTESQUIEU**, *L'esprit des Lois*, Livre XII, Chap. II, éd. Gallimard, coll. Folio Essais, 1995
- MONTESQUIEU**, *Lettres Persanes*, éd. Folio, coll. Folio classique, 2003
- PASCAL B.**, *Pensées*, 230 (69), in Œuvres complètes, Gallimard, coll. Bibliothèque de La Pléiade, 1954

- PECQUET A.**, *De l'art de négocier avec les souverains*, (éd. 1738), Hachette Livre BNF, coll. Sciences sociales
- RICOEUR P.**, *Histoire et vérité*, éd. Seuil, Paris, 1955
- ROUBIER P.**, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey Dalloz, 2^e éd., 1951
- SCHMITZ H., UDDENBERG N.**, *Linné, le rêve de l'ordre dans la nature*, éd. Belin, 2007
- VAUCHEZ A.**, *L'aveu entre le langage et l'histoire*, Coll. de l'école française de Rome, 1988
- VOLTAIRE**, *Prix de la Justice et de l'humanité*, éd. L'Arche, 1999
- WILLIAMS B.**, *Véracité et vérité, essai de généalogie*, Gallimard, 2006

B. Droit pénal et procédure pénale

- BOULOC B.**, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd., 2014
- BOUZAT P., PINATEL J.**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome 2, Dalloz, 1963
- CARBASSE J-M.**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit Fondamental, 3^e éd., 2014
- CARBASSE J-M.**, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, coll. Droit fondamental, 1990
- DEBOVE F., FALLETI F.**, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 2006
- DESPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L.**, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 3^e éd., 2013
- DESPORTES F., LE GUNEHÉC F.**, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009
- DREYER E.**, *Droit pénal général*, éd. LexisNexis, 2^e éd., 2012
- ESMEIN A.**, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle à nos jours*, 1882, coll. Les introuvables, LGDJ, réédition, 1978
- GARÇON E., PELTIER V.**, *Droit de la peine*, Litec, 2010
- GARRAUD R.**, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1906-1929, 6 tomes, tome I
- GUINCHARD S., BUISSON J.**, *Procédure pénale*, LexisNexis, 9^e éd., 2013
- HÉLIE F.**
- *Traité de l'instruction criminelle*, tome I, Bruylant-Christophe, 2^e éd., 1866
 - *Traité d'instruction criminelle*, tome IV, éd. Plon, 2^e éd., 1866
 - *Code d'instruction criminelle. Pratique criminelle des Cours et Tribunaux*, 1951
- JEANDIDIER W.**, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 6^e éd., 2005

- LAINGUI A., LEBIGRE A.**, *Histoire du droit pénal, Tome 2 : La procédure criminelle*, Cujas, 1979
- LARGUIER J., CONTE Ph.**, *Procédure pénale*, Dalloz, 23^e éd., 2014
- LARGUIER J., CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, 21^e éd. Dalloz, coll. Mémento, 2008
- LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P., SALOMON R.**, *Droit pénal des affaires*, 2^e éd. Litec, coll. Manuels, 2010
- LEROY J.**, *Droit pénal général*, 3^e éd. LGDJ, 2010
- MERLE R., VITU A.**
- *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982
 - *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de sciences criminelles*, 7^e éd, Cujas, 1997
 - *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001
- PRADEL J.**
- *Droit pénal comparé*, 3^e éd. Dalloz, 2008
 - *Procédure pénale*, 17 éd. Cujas, 2013
- PRADEL J., CORTENS G., VERMEULEN G.**, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Dalloz, 2009
- RASSAT M-L.**, *Procédure pénale*, 2^e éd., Ellipses, coll. Université Droit,, 2013
- STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B.**, *Procédure pénale*, 19^e éd. Dalloz, 2004
- VERGÈS E.**, *Procédure pénale*, 3^e éd., LexisNexis, 2011

C. Droit privé

- AUBERT J-L.**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, éd. Armand Colin, 13^e éd., 2010
- AUBERT J-L., SAVAUX E.**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., 2014, Sirey
- AUBRY C., RAU C.**, *Contrats civils divers, Quasi-contrats, Responsabilité civile*, Librairies techniques, Tome VI, 7^e éd, 1975
- BONFILS Ph., GOUTTENOIRE A.**, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd. 2014
- CADIET L., JEULAND E.**, *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., LexisNexis, Coll. Manuel, 2013
- CADIET L., NORMAND J., AMRANI MEKKI S.**, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd., 2013
- COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph.**, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2011
- CORNU G.**, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007

- COUCHEZ G., LAGARDE X.**, *Procédure civile*, 16^e éd., Sirey, 2011
- COURBE P.**, *Introduction générale au droit, le droit objectif, les droits subjectifs*, Dalloz, 11^e éd., 2009
- DECOCQ A., DECOCQ G.**, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 5^e éd. Paris, 2012
- DEMOLOMBE C.**, *Cours de Code Napoléon XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, 1868
- DOMAT J.**, *Œuvres complètes de J. DOMAT, Nouvelle édition, revue corrigée et précédée d'une notice historique sur Domat*, t. 2, éd. Alex-Gobelet Librairie, Paris, 1825
- FABRE-MAGNAN M.**, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, coll. Thémis, 2012
- FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P-Y.**, *Droit du travail*, LGDJ, 2011
- FLOUR J., AUBERT J-L., SAVAUX E.**, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, 2012
- FRISON-ROCHE M-A., PAYET M-S.**, *Droit de la concurrence*, éd. Dalloz, 2013
- GARSONNET E., CÉZAR-BRU C.**, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Sirey, 3^e éd, tome 1, 1925
- GHESTIN J., FABRE-MAGNAN M., GOUBEAUX G.**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd. LGDJ, 1994
- GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M.**, *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001
- GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y-M.**, *La formation du contrat, tome 1 : le contrat-le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013
- GLASSON E., TISSIER A., MOREL R.**, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3^e éd, 1925, tome 1
- GUINCHARD S.**, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., Dalloz, coll. Précis Droit Privé, 2009
- GUINCHARD S., CHAINAIS S., DELICOSTOPOULOS C-S., DELICOSTOPOULOS I-S., DOUCHY-LOUDOT M., FERRAND F., LAGARDE X., MAGNIER V., RUIZ-FABRI H., SINOPOLI L., SOREL J-M.**, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2013
- GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F.**, *Procédure civile*, 3e éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2013
- GUINCHARD S., FERRAND F.**, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 31^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2012
- GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A., DEBARD T.**, *Institutions juridictionnelles*, 12 éd. Dalloz, 2013
- HÉRON J., LE BARS T.**, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Domat, 2012

- JEULAND E.**, *Droit processuel général*, LGDJ, 2^e éd., 2012
- JOSSERAND L.**, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1939
- LOKIEC P.**, *Droit du travail, t.2, droit collectif*, PUF, 2011
- MALAURIE Ph., AYNES L., GAUTHIER P-Y.**, *Droit civil, les contrats spéciaux*, LGDJ, 6^e éd., 2012
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph.**, *Les obligations*, 6^e éd. Lextenso, 2013
- MAZEAUD H., J. et L. par de JUGLART M.**, *Leçons de droit civil*, t. 3, 2^e vol., 2^e partie : *Principaux contrats*, 5^e éd., Montchrestien, 1980
- MAZEAUD H., L., J., CHABAS F.**, *Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} volume, Obligations*, 9^e éd, Montchrestien, 1998
- PELUHÉDÉ P.**, *Droit de la concurrence*, coll. Lexifac Droit, 2012
- PLANIOL M.**, *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e éd., t. II, LGDJ, 1912
- POIRIER D., DEBRUCHE A-F.**, *Introduction générale à la Common Law*, 3^e éd, Bruylant, 2005, Bruxelles
- RIPERT G., BOULANGER J.**, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. II, 1957
- TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y.**, *Droit civil, les obligations*, 11^e éd. Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2013
- VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A.**, *Institutions judiciaires*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd. 2009

D. Droit public

CHAPUS R.

- *Droit administratif général*, 15^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001
- *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd. Montchrestien, coll. Précis Domat, 2008

DEBBASCH Ch., COLIN F., *Droit administratif*, 9^e éd., Economica, 2010

GOHIN O., SORBARA G., *Institutions administratives*, 6^e éd., LGDJ, 2012

GUETTIER Ch., *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^e éd. coll. Thémis, 2011

de LAUBADÈRE A., MODERNE F., DELVOVÉ P., *Traité des contrats administratifs, tome 1*, 2^e éd., LGDJ, 1983

RICHER L., *Droits des contrats administratifs*, 8^e éd. LGDJ, 2012

ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, PUF, 2^e éd., 1999

E. Recueils de jurisprudence

FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 16^e éd., 2011

SUDRE F. et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 6^e éd., PUF, coll. Thémis, 2011

ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 2010

II. Monographies, thèses et ouvrages spécialisés

d'AMBRA D., *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994

AMBROISE-CASTEROT C., *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000

ANCEL M., *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971

ANTOINE V., *Le consentement en procédure pénale*, thèse, Montpellier, 2011

APOSTOLÉANU G. V., *Théorie de l'homologation en droit privé français*, thèse, Paris, Jouve, 1924

ARCAUTE-DESCAZEUX M-J., *L'aveu : essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, thèse, Université Toulouse 1, 1998

ASCENSI L., *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006

AUGUS A., FAURE M., *L'économie du droit, le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002

AYRAUD J-F., *La dénonciation*, PUF, 199

BADINTER R. (dir.), *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la révolution française*, Fayard, 1989

BEDIN X., *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, l'Harmattan, 2006

BEERNAERT M-A., *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruylant, 2003, Bruxelles

BÉNÉJAT M., *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, 2012

BENTHAM J.

-*Théorie des peines et des récompenses*, éd. Bossange et Masson, 2^e éd, Paris, 1818

- *Traité des preuves judiciaires*, T. II, Bruxelles, éd. Hauman et Cie, 3^e éd., 1840

BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010

BERTRAND TIADJEU G., *Le plaider coupable : de la Common Law à la procédure pénale internationale*, éd. Universitaires européennes, 2011

- BINET-GROSCLAUDE A.**, *L'avant procès pénal : étude comparée Angleterre France*, Thèse, Bruylant, 2008
- BONIS-GARÇON É.**, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, PUAM, 2002
- BOTTON A.**, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, LGDJ, 2010
- BOUCOBZA I.**, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, préf. M. TROPER, Dalloz, 2005
- BUREAU A.**, *Le principe de l'indisponibilité de l'action publique*, Thèse, Poitiers, 2010
- CADENE J.**, *La preuve en matière pénale*, Thèse Montpellier, 1963
- CANIVET G. (dir.)**, *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2006
- CANIVET G., FRISON ROCHE M-A. et KLEIN M. (dir.)**, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2005
- CANIVET G.**, *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006
- CAPDEPON Y.**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2012
- CARBASSE J-M.**, *Histoire du droit, Que sais-je ?*, 2010
- CEDRAS J.**, *La justice pénale aux États-Unis*, Économica, 2005
- CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D.**
- *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Droit et société, coll. Recherches et travaux, n° 16, 2007
 - *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007
 - *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thème et commentaires, 2008
 - *Le système juridique français à l'ère de la contractualisation*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2008
- CLAVERIE-ROUSSET C.**, *L'habitude en droit pénal*, LGDJ, 2014
- CLÉMENT S.**, *Les droits de la défense dans le procès pénal : Du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse, Nantes, 2007
- COLANERI L-J., GERENTE G.**, *La dénonciation et les dénonciateurs*, PUF, Bibliothèque de Philosophie Contemporaine, 1948
- COLOMBANI I.**, *La place du consensualisme en droit pénal français*, Thèse, Université Lyon III
- COPAIN C.**, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, thèse, Université Lyon III, 2011
- COROLIAND S.**, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse, Université de Strasbourg, 2009
- CUAZ A.**, *L'aveu en matière pénale*, Thèse, Paris, 1908

DANET J.

- *Justice pénale, le tournant*, éd. Folio, 2006

- *La justice pénale entre rituel et management*, Presses universitaires de Rennes, 2010

DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Thèse Université Jean Moulin Lyon III, 2006

DECHENAUD D., *L'égalité en matière pénale*, Thèse, LGDJ, Paris, 2008

DELICOSTOPOULOS C., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, LGDJ, 2002

DELMAS-MARTY M., *Les chemins de la répression*, PUF, Paris, 1980

DELMAS-MARTY M. (dir.), *Procédures pénales d'Europe, Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie*, PUF, Thémis Droit privé, 1995

DEMARCHI J-R., *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Thèse, LGDJ, 2012

DESCAMPS J., *La présomption d'innocence : entre vérité et culpabilité (confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)*, Thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 1998

DESPREZ F., *Rituel judiciaire et procès pénal*, Thèse, LGDJ, 2009

DREIFUSS-NETTER F., *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, LGDJ, 1985

DUPRÉ J-F., *La transaction en matière pénale*, Litec, 1977

EBER N., *Le dilemme du prisonnier*, La découverte « Repères », 2006

EKEU J-P., *Consensualisme et poursuite en droit comparé*, Thèse, éd. Cujas, coll. Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1993

EL HACHEM J., *Les procédures pénales accélérées*, Thèse, Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2007

ENGEL-CRÉACH A., *Les contrats judiciairement formés*, thèse, Université Paris X, 2001

EXPOSITO W., *La justice pénale et les interférences consensuelles*, Thèse, Lyon III, 2005

FAUVARQUE-COSSON B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996

FLUET C., *L'analyse économique du droit, Économie appliquée*, T. XLIII, n°3, 1990

FOUCAULT M.

- *Surveiller et punir*, éd. Gallimard, 1975

- *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976

FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés*, coll. de droit international, éd. Bruylant, 2001

GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, série Études et Recherches, 1985

- GANSHOP VAN DER MEERSCH W. J.**, *Les droits de l'Homme en droit interne et international*, Colloque de Vienne de 1965, Bruxelles, PUB, 1968
- GARAPON A.**
 - *L'âne portant des reliques*, éd. Le Centurion, 1985
 - *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, éd. Odile Jacob, 2001, préface de J. CARBONNIER
- GARAPON A., GROS F., PECH T.**, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, éd. Odile Jacob, 2001, Paris
- GARAPON A., PAPADOPOULOS I.**, *Juger en Amérique et en France*, éd. Odile Jacob, 2003
- GARAPON A., SERVAN SCHREIBER P.**, *Deal de justice*, PUF, 2013
- GAUDIN J-P.**, *Gouverner par contrat*, 2^e éd., Presse de Sciences Po, coll. Références, 2007
- GAYRAUD J-F.**, *La dénonciation*, PUF, 1995
- GENTOT M.**, *Les autorités administratives indépendantes*, éd. Montchrestien, 1991
- GHESTIN J.**, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005
- GILISSEN J.**, *La preuve en Europe du XVI^e siècle au début du XIX^e siècle, La preuve. Moyen-Âge et Temps modernes, Collection Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. XVII, éd. de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1965
- GIRARD C.**, *Culpabilité et silence en droit comparé*, L'Harmattan, 1997
- GIRARD F.**, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, thèse, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2013
- GOURDOU J., LECUCQ O., MADEC J-Y.**, *Le principe du contradictoire dans le procès administratif*, L'Harmattan, 2010
- GOYET F.**, *Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique*, Dalloz, 1953
- GRUNVALD S., DANET J.**, *La composition pénale. Une première évaluation*, L'Harmattan, 2005
- GUENZOU Y.**, *La notion d'accord en droit privé*, thèse, LGDJ, 2009
- GUINCHARD A.**, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, LGDJ, 2003
- GUINCHARD S.**, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976
- HAUSER J.**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, LGDJ, 1971
- HAUTEBERT J., SOLEIL S. (dir.)**, *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, t.2, actes du colloque d'Angers, 18-19 oct. 2007, éd. EJT, 2008

- INCHAUSPÉ D.**, *L'innocence judiciaire*, PUF, 2^e éd. 2012
- JACOBS A.**, *Les alternatives au procès pénal*, L'Harmattan, 2013
- JOSSERAND S.**, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, 1998
- LABBEE X.**, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, PUL, 1996
- de LAMY A-C.**, *Les dénonciations et le droit pénal*, thèse, Toulouse, 2002
- LEBLOIS-HAPPE J.**, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, *Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM, 2002
- LEGRAND V.**, *Le droit à l'assistance d'un défenseur dans le procès pénal*, Thèse, Bordeaux IV, 2005
- LEMERLE S., MARIETTE V., TIMBART D.**, *Études et statistiques du Ministère de la justice, Physionomie des contentieux selon les tribunaux correctionnels*, DAGE, coll. Études statistiques, justice, 1995, n° 6
- LEVASSEUR A.**
- *Le contrat en droit américain*, Dalloz, 1997
 - *Le droit américain*, Dalloz, 2004
- LIDDELL E.**, *Le procès pénal aux Etats-Unis : démocratie, due process of law et justice ordinaire*, Thèse, Bordeaux III, 2005
- LUDWICZAK F.**, *Les procédures alternatives aux poursuites : une autre justice pénale*, thèse, Université de Lille II, 2006
- MACKAAY E., ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Thémis, coll. Méthodes du droit, Paris, 2008
- MARGAINE C.**, *La capacité pénale*, Thèse, Bordeaux IV, 2011
- MARIOTTE H.**, *Le principe inquisitoire, ses origines, sa nature, son évolution dans le droit français*, Thèse, Paris, 1902
- MARTIN G.**, *Le due process of law aux États-Unis*, thèse, Paris II, 1997
- MAYER L.**, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS, 2009
- MBANZOULOU P.**, *Médiation pénale*, L'Harmattan, 2012
- MEKKI M.**, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004
- MÉLIN F.**, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence, Droit français et droit communautaire*, Lextenso, 2010
- MINIATIO L.**, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2008
- MOURGEON J.**, *La répression administrative*, thèse, LGDJ, 1967
- MUIR WATT H., RUIZ FABRI H.**, *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002

- MULLER Y.**, *Le contrat judiciaire en droit privé*, Thèse, Université Paris 1, 1996
- NIANG B.**, *Le plaider coupable en France et États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Thèse, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2010
- OGUS A., FAURE M.**, *Économie du droit : le cas français*, Paris, Panthéon-Assas, 2002
- OST F.**, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999
- OST F., VAN DE KERCHOVE M.**, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992
- OTTENHOF R.**, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970
- PALVADEAU E.**, *Le contrat en droit pénal*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011
- PAPADOPOULOS I.**, *Plaider coupable, la pratique américaine, le texte français*, PUF, coll. Droit et justice, 2004
- PARISI F.**, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, thèse, Université de Montpellier, 2005
- PERRIER J-B.**, *La transaction en matière pénale*, LGDJ, 2014
- PERRODET A.**, *Étude comparée des ministères publics anglais et gallois, écossais, français et italien*, thèse Paris I, 1997
- PERROUD T.**, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et Royaume-Uni*, Dalloz, 2013
- PHILIPPE L.**, *Contrat et droit pénal*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2001
- PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002
- PIROVANO A. (dir.)**, *Changement social et droit négocié*, Paris, Economica, 1988
- PONCELA P., LASCOUMES P.**, *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?* PUF, 1998
- PRIMOT L.**, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale, Représentations, fondements et définition*, LGDJ, 2010
- RASSAT M-L.**, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Thèse, LGDJ, Paris, 1967
- ROBERT P., FAUGERON C.**, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, éd. Le Centurion, 1980, Paris
- ROCHFELD J.**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2013
- RODA J-C.**, *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américain et européens*, PUAM, 2008
- ROETS D.**, *Impartialité et justice pénale*, Cujas, 1997
- ROUBIER P.**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005
- ROUHETTE G.**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965
- ROYER G.**, *L'efficacité en droit pénal économique*, thèse, Université Nancy 2, 2007

- SALAS D.**, *Du procès pénal*, PUF, 2010
- SALEILLES R.**, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, éd. Erès, 2001
- SCATTOLIN A.**, *La volonté de la personne poursuivie*, thèse, Université de Poitiers, 1997
- SEGAUD J.**, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010
- SEVELY-FOURNIE C.**, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, 2010
- SIBONY A-L.**, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008
- SIEGFRIED A.**, *Les États-Unis d'aujourd'hui*, Armand Colin, 1927
- SINTOMER Y.**, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage au sort et politiques d'Athènes à nos jours*, éd. La Découverte, Paris, 2011
- SOURZAT C.**, *La renonciation en procédure pénale*, thèse, LGDJ, 2013
- SPENCER J-R.**, *La procédure pénale anglaise*, Que sais-je ?, PUF, 1998
- STASIAK F.**, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne poursuivie*, thèse, Nancy, 1995
- SUDRE F., PICHERAL C. (dir.)**, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, Paris, 2003
- TALEB A.**, *Les procédures de reconnaissance préalable de culpabilité – étude comparée des justices pénales française et anglaise*, Thèse, Université Jean Moulin-Lyon III, 2013
- TESTAS G., TESTAS J.**, *L'Inquisition*, PUF, Que-sais-je ?, n° 1237, 6^e éd. 1994
- TOMASIN D.**, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, 1975
- TOURNIER C.**, *L'intime conviction du juge*, thèse, Université d'Aix-Marseille, PUAM, 2003
- TRUCHET P.**, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977
- VALOTEAU A.**, *La théorie des vices consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006
- VERGÈS E.**, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, Thèse, Aix-Marseille, 2000
- VERNY E.**, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Thèse, LGDJ, 2002
- VIALFONT A.**, *Analyse économique des procédures négociées en droit de la concurrence*, thèse, Université Paris 2 Panthéon Assas, 2009
- VIENNOT C.**, *Le procès pénal accéléré : étude des transformations du jugement pénal*, thèse Dalloz, 2012

WEBER M., *Économie et société, 1*, coll. Agora, 2003

WICKER G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997

III. Encyclopédies

A. Juris-Classeur

GERBAY Ph., *Appel, jugement susceptible ou non d'appel*, Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 712, actualisé par Y. DESDEVISES et M. DOUCHY-OUDOT, mai 2014

JEANDIDIER W., *Principe de légalité criminelle*, Juris-Classeur Pénal, fasc. 10, 2011

LE NINIVIN D., *Matière et procédure gracieuses*, Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 116, refondu par Y. STRICKLER, 2013

B. Répertoire Dalloz

AMBROISE-CASTEROT C., *Aveu*, Rép. pén., 2011

PERRIER J-B., *Médiation pénale*, Rép. pén., 2013

BRENNER C., *Acte*, Rép. civ., 2006

CÉRÉ J-P., *Composition pénale*, Rép. pén., 2004

CHAUVEL P., *Transaction*, Rép. civ., 2011

HOUTCIEFF D., *Renonciation*, Rép. civ., 2014

LATINA M., *Contrats*, Rép. Civ. 2014

MARTIN R., *Principes directeurs du procès*, Rép. pr. civ., 2010

REDON M., *Transaction*, Rép. pén., 2013

STASIAK F., *Autorités administratives indépendantes*, Rép. pén., 2013

IV. Lexiques et dictionnaires

Dictionnaire de français, E. Littré

Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., version informatisée

Dictionnaire Larousse

Le petit Robert de la langue française, 2014

ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, Paris

BOUILLET M.N., CHASSANG A. (dir.), *Dictionnaire universel d'histoire et de géographie*, 1878

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004

CANTO-SPERBER M. (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 4^e éd., 2004

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10^e éd. 2014

DUBOIS J., MITTERAND H., DAUZAT A., *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2007

KATZ J-D., *Dictionnaire juridique, politique et financier, anglais-américain-français*, 2^e éd., La maison du dictionnaire, 2011

V. Articles de doctrine, chroniques, et notes de jurisprudence

ACCOMANDO G., GUERY C., *Le ministère public en Europe*, in *Le Parquet dans la République : vers un nouveau Ministère public ?* Colloque organisé les 29 et 30 mai 1995 à l'Assemblée nationale, édité par l'Association d'étude et de recherches de l'ENM, 1996

ALPA G., *Les nouvelles frontières des contrats*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 1

ALT-MAES F.

- *Autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou demain*, Rev. sc. crim., 1987, p. 347

- *La contractualisation du droit pénal, Mythe ou réalité*, Rev. sc. crim., 2002, p. 514

AMBROISE-CASTEROT C.

- *Recherche et administration des preuves en procédure pénale, la quête du Graal de la vérité*, AJ. Pén, 2005, p. 261

- *Le consentement en procédure pénale*, in *Mélanges offerts à J. PRADEL*, éd. Cujas, 2006, p. 29 et s.

AMIEL-COSME L., *La fonction d'homologation judiciaire*, *Justices*, n°5, 1997, p. 135

ANADON C., *Procédure de clémence et principe du contradictoire*, RLC, 2007, n° 18, p. 47

ANCEL P.

- *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999, p. 771

- *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 17

ANCELIN O., FOSSATI-KOTZ I., *L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence*, JCP, E, n° 24, 16 juin 2011, p. 1458

ANCELOT L., DORIAT-DUBANT M., *La procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité ; l'éclairage de l'économie du droit sur l'équité du plaider coupable*, Arch. pol. crim., 2010/1, n° 32, p. 273

- ANDRÉ M-E., RAYNARD J.**, *Regards dubitatifs de juriste de droit privé sur la clause exorbitante*, in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de M. GUIBAL*, Tome 1, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 783 et s.
- ARCELIN L.**, *L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH*, RLC, 2007/ 2, p. 11
- ARHEL P.**
- *Procédures de clémence dans les droits européens de la concurrence*, Petites affiches, 22 fév. 2002
 - *Le rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Petites Affiches, 27 oct. 2010, n° 214, p. 6
- ARTIERES Ph.**, *Compte rendu*, in *Annales, histoire, sciences sociales*, 2002, vol. 57, n° 6, p. 1641
- ATIAS C.**, *Les différentes approches : quelle procédure pénale pour quel droit ?*, in Actes du colloque international, *Inquisitoire-accusatoire : Un écroulement des dogmes en procédure pénale ?*, RIDP, 1997, p. 31
- AYNÈS L.**, *À propos de la force obligatoire du contrat*, RTD. civ., 2003, p. 323 et s.
- BADINTER R.**, *L'avenir : vers une justice européenne ?*, in R. BADINTER (dir.) *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 299 et s.
- BADINTER R., BEAUVAIS P.**, *À propos de la nouvelle réforme pénale*, D. 2014, p. 1829
- BALENSI I.**, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978, p. 43
- BANDRAC M.**, *De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas*, in *Mélanges P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 171
- BARDET-BLANVILLAIN A.**, *Les conventions homologuées en droit de la famille, unité ou diversité ?*, Gaz. Pal. 9 septembre 2003, n° 252, p. 4
- BARRÈRE C.**, *Les approches économiques du système judiciaire*, in *Économie de la justice*, 2001, n° 3, p. 153
- BASTARD B., MOUHANNA C.**, *L'urgence comme politique pénale ?*, Arch. pol. crim. n° 28, 2006, p. 153
- BEAUVAIS P.**, *Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des Cours européennes*, Arch. pol. crim., 2007/1, n°29, p. 3
- BEERNAERT M-A.**
- *De l'irrésistible ascension des repentis et collaborateur de justice dans le système pénal*, Déviance et Société, 1/2003, vol. 27, p. 77 et s.
 - *La balance, symbole de justice ?*, in *Repentis et collaborateurs de justice : quelle légitimité dans le système pénal*, Droit et société, n°55, 2003, pp. 693-713
 - Note sous CEDH, 20 juin 2002, *Borghini c/Italie* req : 54767/00, RTDH 2003, p. 973

- *Les garanties du procès équitable dans la justice pénale consensuelle et négociée : analyse de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in F. DIGNEFFE, T. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale, Perspectives criminologiques*, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 361 et s.
 - *La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour EDH*, RTDH, n° 69, 2007, p. 85
- BEHAR-TOUCHAIS M.**, *Les sanctions en cas d'atteinte à la concurrence*, Travaux de l'Association Henri Capitant, La concurrence, SLC, 2006, p. 355
- BELIVEAU P.**, *La responsabilité pénale des corporations en droit canadien*, Rev. sc. crim., 1999, p. 1
- BENILLOUCHE M.**, *Le renforcement de la lutte contre le dopage : Commentaire de la loi n° 2008-650 du 3 juillet 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants*, Gaz. Pal., 2008, doct. p. 3254
- BERGEL J-L.**
- *La juridiction gracieuse en droit français*, D. 1983, p. 153
 - *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTD civ. 1984, p. 255 et s.
 - *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, RRJ 2001, p. 2377
- BERGER V.**, *La réalité de la peine capitale aux États-Unis : défense bâclée, justice politisée et dangers d'exécution de personnes innocentes*, in I. PAPADOPOULOS, J-H. ROBERT, (dir.), *La peine de mort : droit, histoire, anthropologie, philosophie*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 28 et s
- BERNARD A.**, *Law and Economics, une science idiote ?*, D. 2008, p. 2806
- BEZARD P.**, *Le nouveau visage du juge économique et financier*, in Droit et vie des affaires, in *Études à la mémoire d'A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 147
- BEZIZ 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, n° spécial 2010, p. 27-30
- BILLIER J-C.**
- *Vérité et vérité judiciaire*, Cah. Justice n° 2, Dalloz, 2007, p. 201
 - *La manifestation de la vérité en question : pour une éthique de la vérité judiciaire*, 2007 (article en ligne sur <http://www.raison-publique.fr/article193.html>)
- BLANC-JOUVAN X.**, *Où va le droit comparé ?* in *Le droit pénal à l'aube du 3^e millénaire, Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 709
- BOITARD M.**, *La transaction pénale en droit français*, Rev. sc. crim., 1941, p. 150 et s.
- BOLLE P-H.**, *Le nouveau procès pénal*, RD. pén. crim., 1995, p. 5
- BONFILS Ph.**
- *La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007*, AJ pén. 2007, p. 209

- *Chronique de droit des mineurs*, RIDP, 2011, n° 3, Vol. 82, p. 637
- *L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement*, AJ. Pén. 2012, p. 312 et s.

BONICHOT J-C., *Les juridictions administratives appliquent l'article 6 dans sa lettre et son esprit*, Petites affiches, 15 janv. 1999, n° 11, p. 10

BONIS-GARÇON E.,

- *Plainte et dénonciation*, Rep. pén., Janv. 2012, mise à jour Oct. 2013.
- Obs. Cah. Cons. Const. n° 40 – Juin 2013, p. 186

BONIS-GARÇON E., DÉCIMA O., *Grâce et disgrâce des institutions hiérarchiques*, JCP, 2013, p. 955.

BONNARD R., *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle*, Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG, éd. Topos et Duchemin, Vaduz, 1977, pp. 3-29

BOSCO D., *Quelle place pour le principe non bis in idem dans le Réseau européen de concurrence*, CCC, 2011, comm. 247

BOUCHEZ-EL GHOZI P., *Chronique de Droit pénal de l'entreprise*, n° 99, Décideurs, novembre 2008

BOULOC B., MARIANI L., *La CRPC, une procédure à revoir*, Gaz. Pal., 6-8 novembre 2005, p. 7

BOURDEAU B., *L'injonction pénale avortée : scolies sur une question de confiance*, ALD, 1995, p. 45

BOY L.

- *Les formes de traitement juridictionnel du contentieux économique*, in A. PIROVANO, *Changement social et droit négocié*, Paris, Economica, 1988, p. 33
- *Réflexions sur le « droit de la régulation »*, D. 2001, Chron., p. 3031
- *Les procédures négociées en droit de la concurrence : Quid de l'ordre concurrentiel*, in *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, Les dossiers de la RIDE, n°4, éd. de Boeck, 2011, p. 7

BRAULT D., MAULIN R., *La procédure de non contestation des griefs : un succès non contestable*, Concurrences n° 2-2011, pp. 80-92

BRISSON J-F., *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, A.J.D.A, 20 nov. 1999, p. 847 et s.

BRUNET B.

- *Les modes alternatifs de règlement des litiges. Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit*, Gaz. Pal., 1997, 2nd sem., doct., p. 1674
- *Le traitement en temps réel : la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale*, Droit et société, 1998, n° 38, p. 91-107

BUREAU A., *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale*, Arch. pol. crim. 2005, n° 27, p. 125

- BURGELIN J-F.**, *Évolution de la procédure pénale française de l'inquisitoire vers l'accusatoire*, in Les entretiens du palais, Gaz. Pal. n° 49, 2005, p. 22
- BUSSY F.**, *L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale*, Rev. sc. crim., 2007, p. 39 et s.
- BYK C.**, *Test génétiques et preuve pénale*, RIDC, vol. 50, n°2, 1998, p. 683
- CABON S-M.**, *L'aveu en procédure accusatoire américaine*, in A. BERGEAUD-WETTERWALD, J-C. SAINT-PAU, (dir.) *La preuve pénale, problèmes contemporains en droit comparé*, éd. L'harmattan, 2013, p. 114
- CADIET L.**
- *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité*, Arch. phil. Droit., Vol. 45, 2001, p. 115
 - *Propos introductif, Faire lien*, in. S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2008, p. 179
- CAILLÉ C.**, *Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte et le fait juridique*, in *Mélanges offerts à J-L. AUBERT, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 63
- CALAIS-AULOY M-T.**, *Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles)*, Petites affiches, 9 août 1999, n° 157, p. 4
- CALLE P.**, *L'élévation du contentieux*, Procédures, 2003, chron. 6
- CANIVET G.**
- *L'obligation du procès équitable et les règles du contradictoire dans la procédure de sanction en matière de concurrence*, Rev. conc. consom., 1995, n° 86, p. 37
 - *Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, in Mélanges en l'honneur de P. DRAI, éd. Dalloz, 2000, p. 253
 - *Économie de la justice et procès équitable*, JCP G 2001, I, p. 361
 - *La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge*, Petites affiches, 19 mai 2005, p. 27
- CAPDEPON Y.**, *Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?*, D. Pén., 2007, étude 15, p. 18
- CARBONNIER J.**, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé*, Rapport général Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XIII, 1959-1960, p. 283
- CARCASSONNE G.**, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Cycle de conférences organisé par la conférence, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 78 et s.
- CARTIER M-E.**
- *Le terrorisme dans le nouveau Code pénal*, Rev. sc. crim., 1995, pp. 225-244
 - *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, RGDP, 1998, p. 1 et s.

- CARTUYVELS Y.**, *Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ?* in F. CANTELLI et J-L. GENARD, *Action publique et subjectivité*, Paris, LGDJ, 2007, p. 100
- CASORLA F.**, *La justice pénale à l'épreuve du concept de restorative justice*, RPDP, 2000, p. 31
- CASTAIGNÈDE J.**, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron., p. 782
- CASTEL R.**, *L'application de la loi : l'ordre des interactions et l'ordre des déterminations*, in *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale*, En hommage à C. DEBUYST, Liège-Bruxelles, 1990, p. 295
- CEDRAS J.**, *L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français : l'américanisation du droit*, Arch. ph. Droit., Vol. 45, 2001, pp. 149-157
- CÉRÉ J-P., REMILLIEUX P.**, *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le plaider coupable à la française*, AJ. pén., nov. 2003, p. 45
- CESONI M-L., ROBERT C-N.**, *Du délateur au collaborateur de justice : un parcours de légitimation ?* Déviance et société, 1998, vol. 22, n° 4, p. 415
- CHALUS D.**, *La dialectique, aveu / droit au silence dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit comparé*, Rev. Juridique Thémis, 2009, n° 43, p. 321
- CHAPAPRIA M.**, *Le délégué du procureur*, RPDP, 2005, p. 841
- CHAPUS R.**, *Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative*, Mélanges offerts à C. EISENMANN, éd. Cujas, 1975, p. 265 et s.
- CHAPUT Y.**, *Philosophie des programmes de clémence et de transaction*, in Colloque « Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique », sous la direction de M. DARMON, CCI/CREDA, Gaz. Pal., 14-15 oct. 2005, n° 287, p. 14
- CHARPENEL Y.**, *Les rendez-vous de la politique pénale*, Armand Colin, coll. Sociétales, 2006, pp. 186-202
- CHARVET D.**, *Réflexion autour du plaider coupable*, D. 2004, doct. p. 2517
- CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D.**, *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
- CHAVENT-LECLERE A.**, *La transaction existe-t-elle en droit pénal ?* in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 158
- CHÉNEDÉ F.**, *Raymond Saleilles. Le contrat d'adhésion*, RDC, 2012, p. 241
- CHESNE G.**, *Le divorce par consentement mutuel*, D. 1963, 1, p. 95

CHEVALLIER J.

- *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP, 1986, I, 3254
- *Synthèse*, in Y. FORTIN, *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, 2000, p. 411
- *La gouvernance et le droit*, in *Mélanges offerts à P. AMSELEK*, éd. BRUYLANT, 2005, p. 199

CHEYNEL B., NOURISSAT C., *Adaptation du droit français au droit communautaire : commentaire de l'ordonnance n° 2004-237 du 4 novembre 2004*, RLC, n° 2, février-avril 2005, pp. 63-68

CHIAVARIO M., *La justice négociée : une problématique à construire*, Arch. pol. crim., 1993, n° 15, p. 27

CLAUDEL E.

- *Droit des contrats et droit de la concurrence*, RTD com. 1999, p. 291, spéc. n°126
- *La processualisation du droit de la concurrence*, in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2006, p. 285 et s.
- *Le programme de clémence français*, RTD com., 2006, p. 568
- *Réforme du droit français de la concurrence: le grand jeu ?*, RTD. com., 2009, p. 91
- *Rapport sur la détermination des sanctions : la réflexion est lancée*, RTD com., 2011, p. 70

CLÉMENT G., *Les métamorphoses du ministère public en matière pénale*, in *Le droit pénal à l'aube du III^e millénaire*, Mélanges offerts à J. PRADEL, éd. Cujas, Paris, p. 280

CLÉMENT G., VICENTINI J-P., *Les bureaux de l'exécution des peines*, Rev. sc. crim., 2009, p. 139

CLÉMENT S., *Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges*, RI crim. et pol. techn. 2004, p. 55

COCHE A., *La justice pénale sans audience, une justice en enfer*, D. 2008, p. 2180

COHEN D., *Le juge, gardien des libertés ?*, Pouvoirs, n° 130, 2009, spéc. pp. 118-119

COLINET C., *Le nouveau Code de procédure pénale italien ou le problème du passage d'un modèle inquisitoire à un modèle accusatoire*, RDPC, 1992, p. 255

COLLET M., *Autorité de régulation et procès équitable*, A.J.D.A., 2007, p. 80

COLOMB J-L., *Les failles de la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité*, Gaz. Pal. 31 déc. 2011, n° 365, p. 21

COLSON A., *Penser la négociation en science politique, retour aux sources et perspectives de recherches*, Négociation, 2009/2, n°12, p. 95

de CONINCK B., *Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles*, in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives*

et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, LGDJ, Bruylant, 2002, p. 15 et s.

CONTE Ph.

- *Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence*, Gaz. Pal., 2-3 juin 1995, p. 21 et 22
- « Effectivité », « inefficacité », « sous effectivité », « sur efficacité »... *Variations pour droit pénal*, in *Mélange offerts à P. CATALA*, éd. Litec, 2001, p. 125
- *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in J-H. ROBERT et S. TZITZIS, (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Actes du colloques du 18 oct. 2001, Paris, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2003, p. 120
- *Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public*, in *Études offertes à J. BEGUIN*, *Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 142
- *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » de l'action publique à l'action à fin publique ?*, *Mélanges offerts à R. GASSIN*, PUAM, 2007, p. 190
- *La participation de la victime au processus pénal : de l'équilibre procédural à la confusion des genres*, RPDP, 2009, p. 528
- *Les propositions du pré rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, Dr. pén., 2009, Étude 11

CORNU G., *Les définitions dans la loi*, in *Mélanges dédiés à J.VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77

COSTE C., *Le rôle du juge dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in *Les entretiens du palais*, Gaz. Pal, n° 49, 2005, p. 28

COUVRAT P., *Contractualisation en matière pénale en général*, in L. CADIET, L. RICHER, *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, coll. Droit et Justice 2003, page 198

CROZE H., FRADIN O., *Transaction et force exécutoire*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 18

CUZIAT E., *La clémence, une pratique exigeante*, *Concurrences*, n° 3, 2013, p. 204

DALLE H., *Juges et procureurs dans la Loi Perben II*, in H. DALLE, J. DANET, M. JANAS (dir.), *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, p. 453 et s.

DANET D., *Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou inconnue*, RIDE, 1991, n° 1, p. 4

DANET J.

- *La concurrence des procédures pénales*, Arch. ph. dr. n° 53, 2010, p. 200
- *La CRPC, du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quels modèles ?*, AJ. Pén. n° 12, 2005, p. 433

DANET J., GRUNVALD S., *Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale*, AJ. Pén., 2004, n° 5, p. 197

- DANTI-JUAN M.**, *Le consentement et la sanction*, in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 367
- DANTONEL-COR N.**, *Le critère de la clause exorbitante, un Janus à deux visages*, JCP A, 2008, p. 2047
- DARSONVILLE A.**, *La légalisation de la correctionnalisation judiciaire*, Dr. pén., 2007, étude n°4
- DAVID R.**
- *Le dépassement du droit et les systèmes juridiques contemporains*, Arch. ph. Dr., t. 8, 1963, p. 10 et s.
 - *Les grands systèmes de droit contemporains*, RIDC, Vol. 17, n°1, Janv-Mars 1965, pp. 254-257
- DEBOVE F.**
- *Vers un droit pénal de la criminalité organisée*, Petites affiches, 12 novembre 2002, p. 4
 - *La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages*, D. pén., n° 11, novembre 2006, étude 19, p. 7
- DÉCHENAUD D.**
- *Les voies alternatives*, in V. MALABAT, B. de LAMY et M. GIACOPELLI, *Droit pénal, Le temps des réformes*, actes du colloque des 7-9 octobre 2009, Bordeaux IV, Litec, 2011, p. 218
 - *Le contradictoire et les procédures pénales accélérées*, in C. RIBEYRE (dir.) *Le contradictoire dans le procès pénal, nouvelles perspectives*, Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'institut de sciences criminelles de Grenoble, Cujas, coll. Actes et études, 2012, p. 112
- DECOCQ G.**, *Le principe du contradictoire ne s'applique pas à la procédure de clémence*, Conc. consom., n° 6, juin 2007, comm. 155
- DEFFAINS B.**, *Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste*, in G. CANIVET, B. DEFFAINS, M-A. FRISON-ROCHE, *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, Petites affiches, 19 mai 2005, p. 12
- DEFFERRARD F.**, *La dénaturation du « plaider coupable »*, D. pén. 2009, étude 13
- DEGOFFE M.**, *La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel*, in *La sanction* (Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3), éd. L'Harmattan, Logiques juridiques, p. 47
- DEGOFFE M., JEULAND E.**, *Les MAJ en droit processuel : problèmes de qualification*, in *Justice et droit fondamentaux, Étude offertes à J. NORMAND*, éd. Litec, 2003, p. 141
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F.**
- *Divorce et contrat*, in D. FENOUILLET, P. de VAREILLES SOMMIERES, *La contractualisation du droit de la famille*, éd. Economica, 2001, p. 67

- *La contractualisation de la famille : entre leurre et instrumentalisation*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, (dir.) *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, coll. Droit et société, recherches et travaux, 2007, p.167 et s.

DELAGE P-J.

- *De la bonne administration de la procédure de « plaider coupable »*, à propos de CA Toulouse 21 nov. 2007, D. pén., oct. 2008, étude 23

- *Les obscures pratiques du plaider coupable*, D. 2007, p. 58

- *Résistances et retournements, Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure du plaider coupable*, Rev. sc. crim. 2010, p. 831

DELMAS SAINT-HILAIRE J-P., *Le principe de la légalité des délits et des peines*, in *Mélanges en l'honneur de P. BOUZAT*, éd. Pédone, 1980, p. 149

DELMAS-MARTY M.

- *Des victimes, repères pour une approche comparative*, Rev. sc. crim., 1984, p. 215

- *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, D. 1986, chron., p. 27 et s.

- *Vers une autre logique : à propos de la jurisprudence de la Cour EDH*, D. 1988, Chron. p. 221

- *Les grands systèmes de politique criminelle*, RIDP, n°3, 1993, p. 120

- *La preuve pénale*, Droits, Revue française de théorie de philosophie et de culture juridiques, 1996, n° 23, p. 56

- *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, D. 2000, p. 421 et s.

- *La CPI et les interactions entre droit interne et international*, Rev. sc. crim., 2003, p. 1

- *La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès*, Rev. sc. crim., 2005, p. 473 et s.

DELPRAT L., *La Cour de cassation et le Conseil d'État doivent-ils plaider coupable ?* Dr. pén., n° 7-8, 2005, pp. 6-13

DEROUIN P., *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, RTD civ., 1978, p. 4

DESCOT N., *La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007*, AJ. Pén., 2008, p. 21

DESDEVISES M-C., *L'option entre prévention et répression; les alternatives aux poursuites, un nouveau droit pénal des majeurs*, in *Mélanges R. OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 167

DESDEVISES Y., *Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?*, D. 2000, chron. p. 284

DESFOUGÈRES E., *Bilan critique des tentatives d'adaptation de l'administration aux réalités contemporaines*, RRJ, Avril 2000, n°2, p. 581

DESPREZ F.

- *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier*, Arch. pol. crim. n° 28, 2006, p. 115

- *L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et à Béziers au regard du principe de la judicialité*, Arch. pol. crim. n° 29, 2007, p. 159
- *L'ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la CRPC*, D. 2007, p. 2043

DÉTRAZ S.

- *La notion de condamnation pénale, l'arlésienne de la science criminelle*, Rev. sc. crim., 2008, p. 41
- Note sous Cass. crim. 24 juin 2008, « *Chose jugée* », Gaz. Pal., 2008, n° 274, p. 10
- *Classification du régime applicable à la procédure de l'article 41-1 du Code de procédure pénale*, note sous Crim. 21 juin 2011, Gaz. Pal. 19 juillet 2011, p. 18

DI MARINO G., *L'implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire*, RIDP, 1^{er} et 2^e trimestre 1997, Rapport introductif, p. 17

DOBKINE M., *La transaction en matière pénale*, D. 1994, p. 137 et s.

DONGOIS N., VIREDAZ B., *De l'américanisation des sciences pénales européennes*, in Mélanges offerts à R. GASSIN, PUAM, 2007, p. 215

DREYER E., *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, JCP, 2008, I, p. 131

DUCOULOUX-FAVARD C., *Réflexion sur les repentis et les collaborateurs de justice au regard du droit italien*, Gaz. Pal., 3 juillet 2003, n° 183, p. 3

DUFOUR O.

- *Le plaider coupable à la française inquiète le monde judiciaire*, Petites affiches, 25 mai 2004
- *Le calcul des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles suscite le débat*, Petites affiches, 2 déc. 2010, n° 240, p. 3
- *La consultation sur le calcul des sanctions est lancée !*, Petites Affiches, 25 janv. 2011, n° 17
- *Des sanctions déterminées dans la transparence*, Petites Affiches, 31 mai 2011, n°107, p. 4

DUGUIT L., *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, RDP 1906, p. 413

DUPORT A., *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire*, Arch. Parlementaires, 29 mars 1790, tome XII, pp. 408-409

DURAND P., *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, RTD. civ., 1944, p. 73

EDELMAN B., *De la liberté et de la violence économique*, D. 2001, chr. p. 2315

EISENMANN Ch., *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, Arch. ph. dr., 1966, p. 25 et s.

- ENCINAS de MUNAGORRI R.**, *La querelle française de l'analyse économique du droit*, RTD.civ., 2006, p. 505
- ETOA S., MOULIN J-M.**, *L'application de la notion conventionnelle de procès équitable aux autorités administratives indépendantes en droit économique et financier*, C.R.D.F., n° 1/ 2002, p. 50
- ETRILLARD C.**, *Des relations du ministère public avec la police judiciaire en France : étude du traitement en temps réel des procédures pénales*, Revue internationale de criminologie et de police scientifique, n° 3, 2003, vol. LVI, pp. 277-294
- FABBRI A., GUERY C.**, *La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue*, Rev. sc. crim. 2009, p. 343 et s.
- FABRE R., DOWDING A.**, *La clémence : le cœur et la raison*, Cah. de l'entreprise, 2007, n° 1
- FAGES B.**, *Equilibre et transaction, l'exigence de concessions réciproques*, in B. MALLETT-BRICOUT, C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 53
- FARDET Ch.**
- *La notion d'homologation*, Droits, 1998, n° 28, p. 181
 - *La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général*, AJDA, 2000, p. 115 et s.
- FASQUELLE D.**, *Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle*, Revue de la concurrence et de la consommation, 2000, n° 115, pp. 14-24
- FAYON M.**, *La médiation pénale*, Arch. pol. crim., 1994, n° 14, p. 11
- FELTZ F.**, *La nouvelle action publique*, RPD, sept. 2003, p. 461
- FERRIER D., FERRÉ D.**, *La réforme des pratiques commerciales*, JCP E, 2005, p. 1530
- FICARA J.**, *Chronique de droit pénal français. Réflexion pour la constitution d'un ministère public français indépendant*, RIDP, *La justice négociée*, 3^e /4^e trimestres 2012, p. 599
- FIELD S.**, *La procédure pénale anglaise et la tradition accusatoire*, in M. BENILLOUCHE (dir.), *Les procédures accusatoires*, PUF, 2012, p. 105
- FLAUSS J-F.**, *Les nouvelles frontières du procès équitable*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996 en la grande chambre de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant, p. 81 et s.
- FORTIS E.**, *Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale*, Arch. pol. crim., n° 28, 2006, p. 47
- FOSSIER T.**, *Le « sentencing » en droit de la concurrence*, RLDA, n°50, 2010, spéc. n°22
- FOURNIÉ F.**, *Faut-il garder le silence ?*, D. 2010, p. 1850
- FRISON-ROCHE M-A.**
- *La philosophie du procès, propos introductifs*, Arch. ph. droit., tome 39, 1995, p. 23

- *Rapport de synthèse*, in *L'échange des consentements*, RJ com., 1995, numéro spécial, p. 153
- *Les offices du juge*, in *J. FOYER auteur et législateur, Leges Tulit, Jura Docuit, Écrits en hommage à J. FOYER*, PUF, 1997, p. 462 et s.
- *L'impartialité du juge*, D. 1999, p. 55
- *Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Petites Affiches, 10 fév. 1999, p. 17
- *Le droit de la régulation*, D. 2001, Chron. p. 610
- *Le juge du marché*, in *Le juge de l'économie*, RJC, 2002, n° spécial colloque de la Baule, p. 49
- *L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit*, in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, p. 22 et s.
- *Les autorités administratives indépendantes, un objet juridique non identifié*, in Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de législation n° 404 (2005-2006) de M. P. GELARD, déposé le 15 juin 2006, disponible sur le site du Sénat
- *Le droit à un tribunal impartial*, in R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, (dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2008, p. 559

FRYDMAN B., *Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice: l'école de l'analyse économique du droit*, in T. ANDREANI, M. ROSEN, *Structure, système, champ et théorie du sujet*, L'Harmattan, 1997, p. 127

GAMBIER T., *La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française*, D. Pén. Déc. 1992, ch. 66

GARAPON A., *La culture juridique française au choc de la mondialisation*, in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Étude d'histoire comparée*, Actes du colloque international des 16-18 septembre 1993, Centre d'études d'histoire juridique, Institut des hautes études sur la justice, LGDJ, coll. Droit et société, 17, 1996, p. 386 et s.

GASSIN R.

- *Considérations sur le but de la procédure pénale*, in *Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 109
- *Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale*, in *Mélanges S. GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 951

GAUDEMET Y., *En matière administrative*, in L. CADIET, L. RICHER, *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, colloque organisé par l'Université Paris I, les 24 et 25 janvier 2002, PUF, coll. Droit et Justice, 2003, p. 212 et s.

GAUDEMET-TALLON H., KESSEDJAN C., *La dimension internationale des actions en réparation ; Rapports intra-communautaires et rapports externes (notamment avec les Etats-Unis)* in Actes du Colloque relatif au Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaire sur les ententes et les abus de position dominante, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008

GAUTIER P-Y., *Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques*, RTD civ., 1992, p. 783 et s.

GEEROMS S., *La responsabilité pénale de la personne morale, étude comparative*, RIDC 3-1996, p. 533

GEORGES A.

- *Les procédures négociées en droit de la concurrence ou comment échapper aux sanctions... tout en se faisant prendre*, Rev. Avocat d'affaires, Expertise, Mai-Juin 2007, p. 46

- *Une nouvelle approche du droit de la concurrence : les procédures négociées*, Rev. Économie & Management, n°138, janv. 2011, p. 33

GERARD J-L., *L'efficacité du nouveau droit : le dispositif répressif*, in Y. PICOT, (dir.), *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 87 et s.

GHERARDI E., *Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales*, RFDA, 1999, p. 905

GHESTIN J.

- *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1989, chron 1

- *La notion de contrat*, D. 1990, chr. p. 147

- *Le contrat en tant qu'échange économique*, Rev. d'éco. ind., 2000, p. 81

GIACOPELLI M.

- *La médiation en matière pénale, l'exemple de la médiation réparation*, RPDP, 2006, p. 37

- *Les procédures alternatives aux poursuites, Essai de théorie générale*, Rev. sc. crim., 2012, p. 505

de GILES D., *Droit de la concurrence : une entreprise a-t-elle intérêt à dénoncer les ententes ?* Option finance, n° 737 du 19 mai 2003, p. 28

GIUDICELLI A., *Repenser le plaider coupable*, Rev. sc. crim. n° 3, 2005, p. 592

GIUDICELLI-DELAGE G.

- *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Arch. pol. crim., 2004, n° 26, p. 340

- *La juste distance...Réflexions autour de mauvaises (?) questions. À propos de la réforme de l'instruction et de la procédure pénale française*, in *Mélanges dédiés à B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 389

GOHIN O., *Qu'est ce qu'une juridiction pour le juge français ?* Droits, 1989, n° 9, p. 93

GRANDVUILLEMIN S., *Les procédures négociées en droit français des pratiques anticoncurrentielles*, JCP E, 2011, n° 1344

GRAVEN J., *Le principe de la légalité et le Principe d'opportunité des poursuites pénales*, RIDP, 1947, p. 46

- GRIMALDI C.**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé français. Recherches sur les sources de l'obligation*, Défrenois, 2006, n° 1097
- GROUX G.**, *L'action publique négociée, un nouveau mode de régulation*, *Négociations*, 2005/1, pp. 57-70
- GUINCHARD A.**, *Matière pénale et cumul des sanctions, Vers un meilleur respect du principe non bis in idem ?* in *Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 517
- GUINCHARD S.**
- *Vers une démocratie procédurale*, *Justices*, 1999, p. 91
 - *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du III^e millénaire*, in *Clefs pour le siècle*, Paris II, Dalloz, mai 2000
- GUYON G.**, *Utopie religieuse et procès pénal, l'héritage historique : V-XV^e siècle*, in *Arch. phil. droit*. t. 39, *Le procès*, 1985, p. 105
- HAUSER J.**, *Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ?*, *D.* 1996, chron. p. 182
- HÉBRAUD P.**, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 131
- HERZOG EVANS M.**, *Le principe de légalité et la procédure pénale*, *Petites affiches*, 6 août 1999, p. 4 et s.
- HEUYER G.**, *Narco-analyse et narco-diagnostic*, *Rev. sc. crim.* 1950, p. 7 et s.
- HUBAC S., PISIER E.**, *Les autorités face aux pouvoirs*, in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 117
- HUGON C.**, *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ?*, *Petites affiches*, 11 déc. 2003, n° 247, p. 4
- HUGUENEY L.**, *Les droits de la défense devant le juge d'instruction*, *Rev. sc. crim.* 1952, p. 195
- IDOT L.**, *Retour sur la pratique des engagements au cours du second semestre 2007*, *Revue des contrats*, 2008, n°2, p. 335
- IDOT L., LEMAIRE C.**, *Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France. L'autorité de la concurrence en France*, *JCP G*, 2009, I, p. 125, n° 31
- JACOB R.**
- *La décision judiciaire dans la perspective de l'histoire comparée*, in R. JACOB, (dir.), *Juge et jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 347
 - *Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne*, *Arch. ph. dr.*, tome 39, *Le procès*, éd. Sirey, 1995, p. 87
- JACOBS A.**
- *Le droit Belge dans le concert européen de la justice négociée*, *RIDP*, 2012/1, vol. n° 83, p. 43

- *La procédure simplifiée suisse*, in RIDP, 2012 1/2, vol. 83, p. 51
- JALABERT-DOURY N.**, *Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infractions peut-elle se satisfaire de « certitudes probables » ?*, RDLC, 2005, n° 2, p. 41
- JARROSSON Ch.**
- *Les concessions réciproques dans la transaction*, D. 1997, chron. p. 267
 - *Les modes alternatifs de règlements des conflits : présentation générale*, RIDC, 2-1997, p. 325 et s.
 - *Revue générale des procédures*, 1999, p. 137
- JEAN J-P.**
- *La LOLF : réduire les coûts et améliorer la qualité de la justice*, AJ. pén. déc. 2006, n° 12, p. 477
 - *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, AJ. Pénal, 2009, p. 493
- JENNY F.**, *Les nouvelles règles du droit français, la lutte contre les ententes économiquement injustifiables*, in *Répression et prévention des ententes économiquement injustifiables*, Matinées débats, Lamy/ LJA, 15 mai 2002, Paris
- JEULAND E.**, *Preuve judiciaire et culture française*, Revue internationale interdisciplinaire, 50/2005-2, p. 149-170
- JOLY-BAUMGARTNER C.**, *Le plaider coupable à la française, une option à retenir pour une délinquance économique et financière ?*, Option finance, n° 816 du 10 janvier 2005
- JOSEPH-RATINEAU Y.**
- *Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet*, D. 2008, p. 1035
 - *De quelques difficultés issues de la légalisation de la double convocation dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, JCP, 2009, p. 230
- JULLIEN-LAFERRIERE F.**, *La contractualisation du service public*, in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 57
- KELSEN H.**, *La théorie juridique de la convention*, Arch. ph. dr. 1940, p. 34 et s.
- KLUGER J.**, *L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Rev. sc. crim., 1995, p. 505
- KOERING-JOULIN R.**, *Le juge impartial*, Justices, 1998, n° 10, p. 1
- KOERING-JOULIN R., TRUCHE P.**, *Retour sur le champ pénal européen*, in *Mélanges offerts à L. E. PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 524
- KRIEG J-F.**, *L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ?*, Gaz.Pal., 9 avril 2005, pp. 2-11.

LACAZE M., *Les acteurs de l'enquête pénale en Espagne*, in J-C. SAINT-PAU (dir.), *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, n°5, Cujas, 2014, à paraître

LAGARDE X.

- *Transaction et ordre public*, D. 2000, Chr., p. 217
- *D'une vérité l'autre*, Gaz. Pal., 22 juil. 2010, p. 6
- *Finalités et principes du droit de la preuve, ce qui change*, JCP G, 2005, I, p. 133

LAMARQUE J., *Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé*, AJDA, 1961, p. 123

de LAMY B.

- *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, 2^e partie : Efficacité et diversification de la réponse pénale*, D. 2004, p. 1982
- *L'incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès*, D. pén., septembre 2007, n° 8
- *Procédures et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale)*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Droit et société, coll. Recherches et travaux, n° 16, 2007, p. 149

LARGUIER J., *Théorie des ensembles et qualification pénale*, in *Mélanges offerts à A. CHAVANNE*, 1989, p. 109

LARRIEU P., *Les concessions dans la transaction*, RDLC, 2007, p. 671

LASSALLE B.

- *Les pourparlers*, RJJ, 1994, p. 825
- *Clémence et transaction en matière de concurrence, premières expériences et interrogations de la pratique*, Colloque du 19 janvier 2005, Gaz. Pal., 14 et 15 octobre 2005, p. 43
- *Les instruments d'intervention de l'Autorité de la concurrence. Les procédures négociées – Le point de vue de l'Autorité de la concurrence*, RLC, 2007, n° 13, p. 207
- *Non-contestation des griefs : bilan et perspectives d'un outil pionnier*, RDLC, 2008, n° 2, p. 93

LATOURNERIE R., *Sur un Lazare juridique, Bulletin de santé de la notion de service public, Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ?*, EDCE, 1960, p. 61 et s.

LAZERGES C.

- *Essai de classification des procédures de médiation*, Arch. pol. crim., 1992, p. 17
- *La dérive de la procédure pénale*, Rev. sc. crim., 2003, p. 644
- *La présomption d'innocence en Europe*, Arch. pol. crim., 2004/1, n° 26, p. 135

- *Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle*, Rev. sc. crim., 2004, p. 735
 - *La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs*, Rev. sc. crim., 2008, p. 200
- LE GAC H.**, *Les droits des programmes français et européens de clémence*, in colloque « *Clémence et transaction en matière de concurrence* », organisé le 19 janv. 2005, Actes publié in Gaz. Pal. 14-15 octobre 2005, n° 287
- LE GUNEH F.**
- *Commentaire des dispositions de la loi du 8 février 1995 : réformatives, réformes et occasions manquées*, JCP G, 1995, I, p. 3862
 - *Présentation de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, Aperçu rapide, JCP, 1999, p. 1325
- LE ROY E.**, *L'ordre négocié, à propos d'un concept en émergence*, in Ph. GERARD, F. OST, M. Van de KERCHOVE, (dir.) *Droit négocié, droit imposé?* Publication des facultés universitaires de St Louis, Bruxelles, 1996, p. 341
- LEAUTÉ J.**, *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense*, Rev. sc. crim. 1953, p. 47
- LEBLOIS-HAPPE J.**
- *De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, JCP G 2000, I, p 198
 - note sous Cass. crim. 4 oct. 2006, AJ. Pén., 2007, p. 79
 - *Chronique de droit pénal allemand*, RIDP, 2010/1, p. 277, vol. 81, p. 302
 - *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, volume 1, Cujas, 2011, p. 295 et s.
- LEBLOIS-HAPPE J., PIN X., WALTHER J.**, *La peine négociée*, in *Chronique de droit pénal allemand*, RIDP, 2005, 3/4, vol. 76, p. 523 et s.
- LECUYER H.**, *Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce »*, Dr. fam., décembre 2001, p. 4
- LEDOUX V., J-C. RODA**
- *Les compliance programs en droit de la concurrence*, CCC, 2007, Etude 14
 - *Le projet de transaction de la Commission européenne*, CCC, février 2008
- LEFEBVRE B.**, *La notion de contrat d'adhésion : portée et limite d'une définition*, in *Études offertes à P. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 375
- LEMAIRE C.**
- *Un regard français de la loi NRE au programme de clémence*, Concurrences, n° 3-2005, p. 19 et s.
 - *L'Autorité de la concurrence publie deux nouveaux communiqués de procédure en matière d'engagements et de clémence*, Concurrences, 2009, n° 2
- LEONNET J.**, *Réflexion sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique*, Concurrences, janv. 1994, n° 10 et s.

LEPETIT J-F., *État juge et régulateur*, Petites affiches, 23 janv. 2003, n° 17, p. 9

LEVASSEUR G.

- *Étude de l'élément moral de l'infraction*, in Travaux du colloque de sciences criminelles de Toulouse sur la confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Annales de la faculté de droit de Toulouse, Dalloz, 1969, p. 94

- *Le problème de la dépénalisation*, Archives de politique criminelle, n° 6, 1983, p. 59

LEVENEUR L., *La liberté contractuelle en droit privé, les notions de bases, (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité*, AJDA 1998, p. 676

LEVEQUE F., *L'efficacité multiforme des programmes de clémence*, Concurrences, 2006, n° 4, p. 31 et s.

LIBCHABER R., *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges offerts à J-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 233

LOCHAK D., *La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ?*, in *Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, éd. Dalloz, 1996, pp. 451-471

LOPEZ S., *Le cas de la juridiction administrative*, in P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 87 et s.

LOUIS-LUCAS P., *Vérité matérielle et vérité juridique*, in *Mélanges offerts à R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 583

LOUSSOUARN Y., *Détermination du délai raisonnable pendant lequel l'offre de contracter doit être maintenue*, RTD civ. 1972, p. 773

LUC I., *Procédures alternatives : les apports des nouveaux textes*, RLC, 2008-4, n° 15, p. 156

LUCAS de LEYSSAC C., *Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?* RJ. Com., 1992, p. 346

MACKAY E., *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, in B. DEFFAINS, (dir). *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, p. 11 et s.

MAGENDIE J-C., *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe*, Arch. ph. dt, tome 45, Dalloz, 2001, p. 13

MAGNIER V., *La notion de justice impartiale*, JCP G, 2000, I, p. 252

MALABAT V., *Les sanctions en droit pénal, diversification ou perte d'identité ?*, in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, (dir), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. I : *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 68

MALAURIE Ph., AYNES L., GAUTIER P-Y., *La transaction*, Defrénois, 2010, p. 543

MAYAUD Y., *Le volet pénal de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, adversité ou diversité*, RGDP, 1995, n° 2, p. 302

- MARCUS HELMON S.**, *L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes morales*, JTDE, 1996, p. 151
- MARECHAL J-Y.**, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP, 14 sept. 2009, n° 38
- MARGUÉNAUD J-P.**
- *Le pouvoir de sanction des Autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la CEDH*, in *Mélanges en l'honneur de J. STOUFFLET*, LGDJ, 2001, p. 213
 - *Tempête sur le Parquet*, comm. sous CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France*, Rev. sc. crim., 2009, p. 176
- MARON A.**, note sous Cass. crim. 4 octobre 2006, Dr. Pén., 2007, comm. n° 27
- MARSAUD A.**, *Le juge : le déracinement*, Dr. Pén., 1995, suppl. n° 4, p. 19 et s.
- MARTIN R.**, *Le droit en branches*, D. 2002, p. 1703
- MARTY F., REIS P.**, *Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence*, in *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, Dossier de la RIDE, n°4, éd. de Boeck, 2011, p. 22
- MASSÉ M.**, *Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen*, Rev. sc. crim., 2000, p. 469
- MASSIAS F.**, *Le champ d'application pénal européen selon la Cour EDH : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention EDH*, in *Mélanges offerts à R. OTTENHOF*, Dalloz, 2005
- MASTOR W.**, *La juridiction constitutionnelle gardienne des droits fondamentaux en matière pénale*, Dr. pén., 2011, n° 9, étude 14
- MATHIAS E.**, *Alternatives punitives consensuelles : lettre et travers de la répression volontaire*, Gaz. pal., Septembre-Octobre 2006, p. 2835
- MATHIEU-IZORCHE M-L.**, *L'irrévocabilité de l'offre de contrat*, D. 2009, chron., p. 440
- MAUREL E.**, *Le recours à la médiation par le procureur de la république*, AJ. Pén. Mai 2011, p. 219
- MAYAUD Y.**, *Le droit pénal, instrument de régulation de l'activité économique et financière*, in *Le Code de commerce 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 625
- MAZEAUD D.**
- *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 637
 - *L'exemple français de l'action en réparation devant le juge administratif*, in *Actes du Colloque relatif au Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position*

dominante, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, Concurrences, n° 2-2009, p. 45

MAZEAUD H., *Le divorce par consentement forcé*, D. 1963, 1, p. 141

MAZEAUD L., *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, RTD. civ., 1929, p. 17

MAZOU M., *La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale : principes et difficultés*, Revue pénale suisse, 2011, pp. 1-21

MAZUYER E., *Les instruments juridiques du dialogue social européen, état des lieux et tentatives de clarification*, Dr. soc., n° 4, avril 2007, p. 476

MELEZÉ-MODRZEJEWSKI J., *Sycophantes et délateurs, un mal dans la cité*, in *La délation*, éd. Autrement, 1992, Paris, pp. 225-234

MERLE R.

- *Le corps humain, la justice pénale et les experts*, JCP, 1955, I, 1219, n° 7

- *Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale*, Rev. sc. crim., 1964, p. 733

MERTENS P., *La tyrannie de l'apparence*, RTDH, 1996, p. 640

MESTRE J., *Du maintien de l'offre pendant un délai raisonnable*, RTD civ. 1993, p. 343

MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976, pp. 57-58 in Ph. GERARD, F.OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 493

MILBURN Ph.

- *De la négociation dans la justice imposée*, Négociations, n°1, 2004, p. 27

- *La fin du disciplinaire ? Rationalité pénale et processus de normalisation au 21^e siècle*, in Marco CICCHINI, M. PORRET (dir.) *Les sphères du pénal avec Michel Foucault : Histoire et sociologie du droit de punir*, Antipodes, Lausanne, 2007, p. 200

- *Les procureurs de la République ; passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales ? »*, Droit et Société, 2010/1, n°74, p. 86

MILBURN Ph., MOUHANNA C., PERROCHEAU V.

- *Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale*, Arch. pol. crim., n° 27, 2005, p. 164

- *Enjeux et usages de la composition pénale. Controverses et compromis dans la mise en place d'un dispositif pénal inédit*, Mission de recherche Droit et Justice, février 2005, p. 7

MIMHAN A., *Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II »*, Dr. Pénal, 2005, Chron n° 1, pp. 6-11

MITONE A., *La défense pénale en Italie*, in *La défense pénale à l'étranger*, XIX^e Congrès de L'Association Française de Droit pénal, Lyon 19-20-21 novembre 2009, RPDP, numéro spécial 2010, p. 241

MOLINS F.

- *Les conventions homologuées en droit de la famille*, Gaz. Pal. 9 septembre 2003, n° 252, p. 4
- *Plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée*, AJ Pénal 2003, p. 61
- *Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ?* in H. DALLE, J. DANET, M. JANAS (dir.), *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, p. 381

MONDON D., *Justice imposée, justice négociée : les limites d'une opposition, l'exemple du parquet*, Droit et Société, 30/31, 1995

MOREAU J., *La naissance de la clause exorbitante de droit commun comme critère du contrat administratif*, in *Études à la mémoire du Professeur François BURDEAU*, Litec, 2008, p. 197 et s.

MOROZ X., *Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle*, Arch. pol. crim., 2003, n° 25, p. 87 et s.

MOTULSKY H., *Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, D. 1972, p. 91

MOUSSERON P., *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD. Com., 1998, p. 243

MSIKA Y., *Le plaider coupable et le rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs*, AJ. Pén. 2005, p. 445

MUIR WATT H., *Propos liminaire sur le prestige du modèle américain*, Arch. ph. dr., n°45, 2001, p. 29 et s.,

MULLER Y., *L'idéal de vérité dans le procès pénal*, in *Mélanges en l'honneur de J-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 531

MUNDAY R., *Le jury criminel en Angleterre*, in *Quelle participation des citoyens au jugement des crimes ?*, Travaux de l'ISC de Poitiers, sous la direction de J. PRADEL, 1997, p. 34

NEIRINCK C., BRUGGEMAN M., *Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ?* Les cahiers de droit, vol.49, n° 4, 2008, p.551

NOURISSAT C., *Procédure de transaction pour les délits du Titre IV du Code de commerce*, RLC, 2006, p. 592

OLIVIER-FAURE G., ZARTMAN W., *Négociation avec les terroristes ?* Négociation, 2011/2, n° 16

OPPETIT B.

- *L'engagement d'honneur*, D. 1979, Chron. 107
- *Le consentement sans l'échange: le concours des consentements*, in *L'échange des consentements*, colloque de Deauville, RJ. com., novembre 1995, n° spécial, p. 69 et s.

OST F.

- *Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur, trois modèles de justice*, in Ph. GERARD, F.OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint Louis, 1983, p. 1

- *Au carrefour de l'autonomie et l'hétéronomie, de la délibération et du marchandage : la négociation*, in Ph. GERARD, F.OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Pub. des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1996, p. 7

- *Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites*, in P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, (dir.), *Droit négocié, Droit imposé ?*, Bruxelles, Pub. des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1996, p. 19

OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide en réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires de St. Louis, 2002, p. 106

OTTENHOF R., *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal*, *Arch. pol. crim.*, 2000, n° 10, p. 83

PALMATIER J.J., *Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonges ? Un point de vue des États-Unis*, *AJ pénal* 2008, p. 124

PARLEANI G., *La sanction des pratiques anticoncurrentielles par recours à l'article L 420-6 du Code de commerce*, *Concurrences*, n°1-2008, p. 4

PASTUREL M., *Le procès devant le Conseil de la concurrence*, in G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, p. 334

PEREIRA B., *Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?*, *D.* 2004, p. 2041 ;

PERRIER J-B.

- *La transaction pénale de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ?* *D.* 2014, p. 2182.

- *La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel*, *D.* 2014, p. 2503

- *Alternatives aux poursuites; l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique*, *D.* 2011, p. 2349

PERROT A., *La mise en œuvre des procédures négociées : aspects économiques et pratiques de l'autorité de la concurrence*, in *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, Dossier de la RIDE, éd. de Boeck, n° 4, 2011, p. 50

PERROT A., VOGEL L., *Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement*, *JCP E*, 1993, Chron. 299, p. 542

PERROT R., *L'homologation des transactions*, *Procédures*, n° 8-9 août. sept. 1999, p. 3

PETTITI L-E., *Le problème des repentis*, Rev. sc. crim., 1986, p. 751

PFERSMANN O., *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, RIDC, 2-2001, p. 278

PHILIPPE J., MASON M., DOMINGUEZ S., BORET F-H., *L'avènement des procédures de coopération devant le Conseil de la concurrence : clémence, engagements, transaction*, CCC n°12, décembre 2006, 28

PICAVET E., *L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité*, Rev. philo. dt., 2011, n°21

PIN X.

- *La privatisation du procès pénal*, Rev. sc. crim. n°2, 2002, p. 245

- *La défense pénale devant les juridictions de jugement*, in Actes du XIX^e Congrès de l'Association française de droit pénal, *La défense pénale*, organisée par le Centre de droit pénal de l'Université Jean Moulin à Lyon les 19-21 novembre 2009, RPD, 2010, n° spécial, p. 155

PIRES A.

- *Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*, in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome 2 : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, De Boeck, 2008, p. 109 et s.

- *Kant face à la justice criminelle*, in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE et A. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome 2, la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, De Boeck, 2008, p. 175 et s.

PISAPIA G. D., *Le nouveau code de procédure pénale italien*, Arch. pol. Crim., n°13, 1991, p. 115

PLESSIX B., *Transaction en droit administratif*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 133 et s.

POMPE W. P. J., *La preuve en procédure pénale*, Rev. sc. crim., 1961, p. 274

PONCELA P.

- *L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français*, in M. ANQUETIL, S. BUFFARD, Y. CASTAN, P. PONCELA, L-M. RAINGEARD de la BLETIÈRE, P. ROBERT, *La peine quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Recherches morales, éd. du Cerf, 1983, p. 56

- *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002, p. 638

- *Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II*, Dr. et Société, 2005, n° 60, p. 473

PRADEL J.

- *Le consensualisme en droit pénal comparé*, *Mélanges E. CORREIA*, Boletim da facultade do direito de Coimbra, 1988, p. 337

- *Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes*, in *Mélanges offerts à G. Levasseur*, LexisNexis, 1992, p. 459

- *La célérité de la procédure pénale en droit comparé*, RIDP, n° 66, 1995, p. 324

- *La rapidité de l'instance pénale*, aspects de droit comparé, RPDP, 1995, p. 213
- *Inquisitoire - Accusatoire, une redoutable complexité*, Rapport de Synthèse, RIDP, vol. 68, 1997, p. 214
- *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes*, Rapport de synthèse des colloques de l'ISISC, Association internationale de droit pénal, éd. Erès, n°15, 1998
- *Une consécration du « plea bargaining » à la française ; la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, D. 1999, II, p. 379
- *Vers une mondialisation du droit pénal*, in *L'honnête homme et le droit, Mélanges en l'honneur de J.-Cl. SOYER*, LGDJ, 2000, p. 319
- *Le ministère public, brèves remarques sur son évolution depuis 1999*, RIDP, 2000, p. 25 et s.
- *Le ministère public, autorité omnipotente ou colosse aux pieds d'argile. Observations sur quelques législations pénales européennes*, RPDP, n°3, oct. 2001, p. 464
- *Défense du plaidoyer de culpabilité, À propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité*, JCP 2004, n°5, p. 169
- *Défense du système inquisitoire*, Regards sur l'actualité 2004, n° 300, p. 57
- *Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, JCP G. 2004, I, p.132
- *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*, RIDC, 2-2005, p. 473 et s.
- *Défense pénale et régime de procédure*, 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 Lyon III, à Lyon du 19 au 21 novembre 2009, RPDP, 2010, n° spécial 2010, p. 30 et s.

PRADEL J., LEIGH L. H., *Le ministère public, Examen comparé des droits anglais et français*, RDPC, 1989, p. 223 et s.

PRADEL X., *Présentation théorique, Le plaider coupable*, Journée d'études organisée par la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle, 15 nov. 2004, RPDP, 2005, p. 376

PRETOT X., *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes répond-il aux exigences de la CEDH ?*, RDP, nov. 2002, n° 6, p. 1616

PREVOST J-F., *À la recherche du critère du contrat administratif*, RDP. 1971, p. 817

PRIETO C., *Tenants et aboutissants de la méthode retenue par l'Autorité de la concurrence*, RDLC, 2011, n° 3, p. 54

PRIMOT L., *Le mythe de l'Habeas Corpus*, JCP, 2009, act. 263

PUGH G., *L'établissement de la culpabilité dans le système de justice criminelle des États-Unis*, RIDP, 1986, p. 731

QUELOZ N., *Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée : le cas de l'Europe*, Rev. sc. crim., n° 4, 1997, p. 76

- REDON D.**, *Libres propos sur la procédure de clémence : loyauté, dénonciation et droit de la concurrence*, Gaz. Pal., 2007, p. 740
- REINMANN M.**, *Droit positif et culture juridique, L'américanisation du droit européen par réception*, Arch. phil. dr., n° 45, 2001, pp. 61-75
- RÉMY-CORLAY P.**, *L'existence du consentement*, in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET, (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 42
- RENUCCI J-F.**
- *Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme*, Dr. & patr. Septembre 1999, p. 64
 - *Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire*, D., 2009, p. 600
- RICHERT P.**, *La procédure de Plea bargaining en droit américain*, Rev. sc. crim., 1975, p. 375
- RIGGS J.**, *Les principes juridiques de la responsabilité des dirigeants aux États-Unis*, Petite affiches, 2007, n° 249
- ROBERT A-G.**, *Loi n° 2008-650 du 3 juillet 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants*, Rev. sc. crim., 2008, p. 937
- ROBERT J-H.**
- *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, Dr. pén. 1995, Chron. n° 30
 - dans la préface de L. PRIMOT, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale, représentations, fondements et définition*, LGDJ, 2010, p. VI
 - *Punir dehors, Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014*, D. pén., Septembre 2014, p. 6
- RODA J-C.**, *Programmes de clémence en droit interne et européen de la concurrence : état des lieux et perspectives*, RIDE, n°4, 2011, p. 152
- ROETS D.**, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, AJ. pén., 2008, p. 119
- ROSENCZEIG J-P.**, *Prévention de la délinquance : de la défiance à la confusion*, D. 2006, p. 2937 et s.
- ROSKIS D., DOREMUS Ch-M.**, *Vers plus de prévisibilité et de transparence*, CCC, 2011, Étude n° 11
- ROUMIER W.**, *La commission des lois adopte une proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : de l'art de réécrire un texte !* D. pén., décembre 2013, veille n° 60, p. 3
- ROUSSEL G.**, *L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur*, AJ. Pénal, 2005, p. 363

ROUVIÈRE F., *Le revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime »* in *Mélanges en l'honneur de J-L. BERGEL*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012, p. 415

ROYER G., *Analyse économique du droit et traitement négocié de la délinquance d'affaires*, in M. MASSÉ, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post moderne ?*, PUF, coll. Droit et justice, 2009, p. 313 et s.

SAAS C.

- *De la composition pénale au plaider coupable ; le pouvoir de sanction du procureur*, Rev. sc. crim., 2004, p. 827

- *Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ?*, RPDP, n°1, janv. 2008, p. 17

SABOURIN P., *Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle*, AJDA, 1983, p. 275

SAINT JAMES V., *Conseil constitutionnel et tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, Regards convergents de deux juges sur le plaider coupable*, in Mélanges en l'honneur de J-F. LACHAUME, *Le droit administratif, permanence et convergence*, Dalloz, 2007, p. 926

SAINT-ESTEBEN R., *Réflexions sur le rapport sur la sanction des pratiques anticoncurrentielles*, RLDA, déc. 2010, p. 39

SAINT-PAU J-C.

- *La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction »* in Ph. CONTE, C. GIRAUD-VAN GAVER, J-H. ROBERT et J-C. SAINT-PAU, *Le risque pénal dans l'entreprise*, Paris, Litec, 2003, p. 71

- *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale*, in *Mélanges offerts à B. BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 1011

- *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?* Dr. pén., 2007, étude 14

- *Les obstacles au contradictoire ; l'exemple de l'anonymat des témoins*, in C. RIBEYRE (dir), *Le contradictoire dans le procès pénal, nouvelles perspectives*, Cujas, coll. Actes et études, 2012, p. 123

SAINT-PIERRE F., *La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal*, D. 2007, p. 260

SALAS D.

- *Le juge dans la cité ; nouveaux rôles, nouvelle légitimité*, Justices, n°2/1995, p. 181 et s.

- *Qu'est-ce que la justice « réparatrice » ?*, Les cahiers de la justice, Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature, # 1, printemps 2006, p. 20

- SALEILLES R.**, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, in R. OTTENHOF (dir.), *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, éd. Érès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 34 et s.
- SALOMON R.**, *Le pouvoir de sanctions des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière – Conformité aux garanties fondamentales*, JCP, G, n° 42, 18 oct. 2000, I, p. 264
- SALVAGE Ph.**, *Le consentement en droit pénal*, Rev.sc.crim., 1991, p. 699
- SARZOTTI C.**, *Égalité et modèle de procès pénal, Déviance et Société*, Vol. 20, n° 3, 1996, pp. 215-237
- SAUTEL O.**, *Les alternatives aux poursuites, un exemple de « dérive »*, in Mélanges en l'honneur de C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 797
- SCHOETTL J-E.**
- *La loi Perben II devant le Conseil Constitutionnel*, Gaz. Pal. 2004, p. 911
 - *La réforme du plaider coupable devant le Conseil Constitutionnel*, Gaz. Pal., n° 216, 2005, spéc. p. 10
- de SCHUTTER O., RINGELHEIM J.**, *La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange*, CRIDHO Working paper, Série 1, 2005, p. 22
- SELINSKI V.**
- *Nouveaux instruments relatifs à la sanction des pratiques portant atteinte au jeu de la concurrence en droit français*, in Mélanges BOULOC, Dalloz, 2006, p. 1043
 - *Procédures négociées et stratégies des entreprises*, RIDE, dossier n°4, 2011, p. 66
- SEURIN M.**, *Le point de vue du magistrat du parquet*, in *Le plaider coupable*, Journée d'études organisée par la Société générale des prisons et de législation Criminelle, RPDP, 2005, p. 382
- SIKONDO M.H.**, *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ?*, RTD Civ. 1993, p. 239
- SIMON-DELCROS J.**, *Réformer mais pas tuer la Cour d'assises !*, Gaz. Pal., 6 sept. 2009, n° 249-251, p. 2
- SOULARD T.**, *Réflexion sur la notion d'intime conviction, genèse et portée de l'article 353 du Code de procédure pénale*, Rev. pénit., 2004, p. 555
- SOURZAT C.**, *Les droits de la défense*, Dr. Pén., 2011, étude n° 18
- SOYER J-C., de SALVIA M.**, *Commentaire de l'article 6*, in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, p. 239 et s.
- SUDRE F.**
- *Le glas du parquet*, comm. sous CEDH, 20 novembre 2010, *Moulin c/ France*, JCP G, n° 49, 6 décembre 2010

- *La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en l'honneur de J-P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 602
- SUEUR J.-J.**, *Droit économique et méthodologie du droit*, in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, in *Mélanges en l'honneur de G. FARJAT*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 291
- SUPIOT A.**, *La contractualisation de la société*, intervention à l'Université de tous les savoirs, in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est ce que l'humain ?* Odile Jacob, vol. 2, 2000, p. 157
- SUSINI J.**
- *La polygraphie du mensonge en 1983*, Rev. sc. crim. 1983, p. 525
 - *Un chapitre de la psychologie policière : la dénonciation*, Rev. sc. crim., 1964, p. 887
- TALEB A.**
- *Le point sur la CRPC dans l'avant projet portant réforme de la procédure pénale : la révolution annoncée aura-t-elle lieu ?*, Procédures, Avril 2011, Étude n°4, p. 5
 - *Les procédures de guilty plea : plaider pour le développement des formes de justice de « négociée » au sein des procédures pénales moderne*, RIDP, 2012/1, vol. 83, p. 89 et s
- TEITGEN F., THOUZELLIER B.**, *Non pas dépenaliser mais mieux pénaliser*, Dr. pén. 2008, dossier n°3
- TEITGEN-COLLY C.**, *La contractualisation de la répression*, in B. BASDEVANT – GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 58
- TERRÉ F.**, *L'américanisme et le droit français*, Philosophie politique, n° 7, 1995, pp. 137-147
- THÉRON S.**, *L'effet déclaratif d'un acte ou d'un jugement*, AJDA, 2011, p. 2100
- THERY-SCHULTZ J.**, *Pratiques continues et infractions complexes*, CCC, 2009, Étude n° 3
- THIERRY J.-B.**, *L'omniprésence envahissante de la victime en matière pénale*, in V. MALABAT, B. de LAMY, M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 240
- TONINI P., COLIZZI S.**, *Le nouveau code de procédure pénale italien*, Rev. sc. crim., 1989, p. 206 et s.
- TRAPET M.-D.**, *L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire*, in *L'américanisation du droit*, Arch. ph. dr. tome 45, 2001, p. 117
- TRUCHET D.**, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté*, in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Rennes, 1987, p. 186 et s.
- TULKENS F.**
- *Les transformations du droit pénal aux États-Unis*, Rev. sc. crim. 1993, pp. 210-237

- *Les systèmes de justice pénale comparés : de la diversité au rapprochement. Les politiques pénales et le comparativisme*, in Actes de Conférence Internationale à l'occasion du 25^e anniversaire de l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles, 16-20 décembre 1997, Nouvelles études pénales, n°17, 1998, p. 62
 - *Victimes et droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Arch. pol. crim., 2002, vol. 24, pp. 41-45
- TULKENS F., LOTARSKI J.**, *Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Mélanges J. VAN COMPERNOLLE, éd. Bruylant, 2004, p. 731
- TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M.**, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, in Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 446
- TUSSEAU G.**, *Critique d'une métanotion fonctionnelle, la notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle*, RFDA, juillet-août 2009, p. 641
- VALOTEAU A.**, *Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ?*, D. pén., 2006, étude 8
- VAN COMPERNOLLE J.**, *Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : Réflexions sur des arrêts récents*, in Mélanges P. LAMBERT, *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 936
- VAN DE KERCHOVE M.**
- *Médicalisation et fiscalisation du droit pénal, deux versions asymétriques de la dépenalisation*, Déviance et Société, 1981, p. 14
 - *La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ?* Déviance et société, 2000, vol. n° 24, 1, p. 95
 - *Contractualisation de la justice ou justice pénale contractuelle*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thème et commentaires, 2008, p. 200
 - *Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, Rev. sc. crim. 2008, p. 805
 - *Vérité et/ou fiction des « mesures quasi-pénales » ?*, in J-J. SUEUR, (dir.), *Le faux, le droit et le juste*, 2009, p. 27
- VAN DEN WYNGAERT C.**, *Les transformations du droit international en réponse au défi de la criminalité organisée*, RIDP, 1999, vol. 70, n° 1-2, p. 116 et s.
- VAN HOECKE M.**, *Définitions légales et interprétation de la loi*, Droit et société, 1988-8, p. 101 et s.
- VARAUT J-M.**, *La défense pénale*, RPD, 2003, p. 719
- VEDEL G.**, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, 851, n° 4

- VERDUSSEN M.**, *La Convention européenne des droits de l'Homme et les droits de la victime dans le procès pénal*, in *La place de la victime dans le procès pénal*, Les cahiers de l'institut d'études sur la Justice, éd. Bruylant, 2005, p. 147
- VERGÈS E.**,
- *Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables*, D. 2007, p. 1441
 - *Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale*, D. pén., n° 7-8, juill-août 2014, p. 10.
- VIALFONT A.**, *Le droit de la concurrence et les procédures négociées*, RIDE, 2007, n° 2, p. 157 et s.
- VIAUX J-L.**, *L'enfant et l'infraction*, in Colloque, *Les enfants de 7 à 13 ans en justice*, 7^e entretien juridique annuel de l'ANPASE, Paris, 15-16 et 17 mars 1994
- VIDAL J.**, *Les conventions de divorce*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 805
- VIGOUROUX C.**, *Le droit de se taire*, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de B. GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p. 1113
- VILMART C.**
- *L'intérêt de lignes directrices pour réduire l'imprévisibilité des sanctions en droit de la concurrence*, JCP E 2010, act. 130
 - *Naissance de l'Autorité de la concurrence, une réforme fondamentale mais inachevée*, JCP E, 2009, p. 1077, n° 40
- VITU A.**, *Le principe de publicité dans la procédure pénale*, rapport au 6^e colloque des Instituts d'études judiciaires, Toulouse, 1968, *Annale Fac. droit de Toulouse*, 1968, p. 293 et s.
- VOGEL L. et J.**, *Du droit à la régulation de la concurrence ; les programmes de clémence*, JCP E, 2005, n° 23, p. 971
- VOLFF J.**
- *Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil Constitutionnel*, D. 1995, chron. p. 203
 - *La composition pénale, un essai manqué*, *Gaz. Pal.*, 2000, doct. 559
- WAELEBROECK D.**, *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées ; que va-t-il rester aux juges ?*, GCLC Working paper 01/08, Belgium, 2008, pp. 1-49
- WALD A.**, *Rapport général*, *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXXVIII, *La vérité et le droit*, Paris, Economica, 1987, p. 532-537
- WEISS U.**, *Pour un plaider coupable criminel en droit pénal français*, *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2009, n° 3, p. 9

WICKER G., *Force obligatoire et contenu du contrat*, in P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151

WIEDERKEHR G.

- *Qu'est ce qu'un juge ?*, in *Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Dalloz, 1996, p. 575

- *L'évolution de la justice gracieuse*, in *Mélanges offerts à P. DRAI*, éd. Dalloz, 2000, p. 483

- *Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires*, in *Mélanges à la mémoire du professeur A. RIEG*, Bruylant, 2000, p. 883

WILMART C., *Les procédures alternatives aux sanctions en droit communautaire de la concurrence*, JCP E, 2007, p. 1648

ZABALZA A., *Conscience de l'environnement et peine d'emprisonnement*, Actes du colloque « *Environnement et peine privative de liberté* », in *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, éd. Cujas, n°2, 2013, p. 97

ZAPPALA E., *Le procès italien entre système inquisitoire et système accusatoire*, RIDP, 1^{er} et 2^e trimestre 1997, p. 117

ZATARA A-F., *L'homologation en droit privé*, RRJ, 2004- 1, p. 89

ZIVY F., *La procédure de non-contestation des griefs en droit français de la concurrence : chronique d'un retour en force*, Revue juridique de l'économie publique, mars 2008, pp. 3-10

ZOLLER E., *Procès équitable et due process of law*, D. 2007, p. 517

VI. Ouvrages et articles en langue anglaise

ALKON C., *Plea bargaining as a legal transplant : A good idea for troubled criminal justice system ?* in *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 19, 2010, p. 355

ALSCHULER A.W.

- *The trial judge's role in plea bargaining*, Part I, 76 Columbia Law Review, 1976, p. 1059

- *Sentencing reform and prosecutorial power: A critique of recent proposals for « fixed » and « presumptive » sentencing*, 126 University of Pennsylvania Law Review, 1978

- *Plea Bargaining and its History*, 79 Columbia Law Review, January 1979, n°1, pp. 1-49

- *The changing plea bargaining debate*, 69 California Law Review, 1981, p. 652

- *An exchange of concessions*, 1992, 142 New Law Journal, p. 937

- *The prosecutor's role in plea Bargaining*, University Chicago Law Review, n° 36, pp. 50-112

- ASHWORTH A., REDMAYNE M.**, *The criminal process*, Oxford University Press, 2010, p. 188
- BAR-GILL O., BAR-SHAHAR O.**, *The prisoners' (plea bargain) dilemma*, Journal of Legal Analysis, n°1, pp. 737–773, Summer 2010
- BECKER G.S.**, *Human capital*, National Bureau of Economic Research, 1964
- BEEAMAN Y.A.**, Note, *Accomplice Testimony Under Contingent Plea Agreements*, 72 Cornell Law Review, 1987, p. 800
- BENTHAM J.**, *A fragment on Government and an introduction to the principles of morals and legislations*, éd. Harrison, 1965
- BIBAS S.**, *Plea bargaining outside the shadow of trial*, 8 Harvard Law Review, 117, p. 2470
- BLUME J-H., HELM R.K.**, *The Unexonerated : Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty*, Cornell Law Faculty Working Papers, 2014, Paper n° 113
- BLUMOFF R.H.**, *Getting to Guilty, Plea bargaining as negotiation*, 2 Harvard Negotiation Law Review, 1997, p. 115
- BRENNER S., SPAETH H.J.**, *Stare decisis – The alteration of Precedent on The Supreme Court*, Cambridge University Press, New-York, 1995, p. 1
- BRIAN SIMPSON A.W.**, *Human Rights and the End of Empire – Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, New York, 2001, spéc. chap. 14 et 15
- BROWN M.P., BUNNEL S.P.**, *Negotiating justice: Prosecutorial perspective on federal plea bargaining in the District of Columbia*, 43 American Law Review, 2006. p. 1063
- BURNETT D.G.**, *A Trial by Jury*, New York, 2001
- BURNHAM W.**, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, St Paul, Minn., éd. WEST, 2006, p. 350 et s.
- CALLANAN J.**, *Feeding the fear of crime: Crime related media and support for Three Strikes*, Scholarly Publishing LLC, 2005, p. 43
- CERTOMA G. L.**, *Accusatory System v. the Inquisitorial System, Procedural Truth v. Fact? (From Criminal Evidence Law Reform – Proceedings)*, National Institute of Justice/NCJRS paper reproduction, 1981, pp. 83-91
- COASE R.**, *The problem or social cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 et s.
- COUTER R., ULEN T.**, *Law and Economics*, éd. Pearson Higher education, 4th ed, 2003
- DAMASKA M.R.**, *Structures of authority and Comparative criminal procedure*, Yale Law Journal, 1975, n° 84, p. 480 et s.
- DIETZEL S. E.**, *The use of life and death as tools in plea bargaining*, 37 Criminal Justice Review, 2012, n° 1, p. 89
- DOUGLASS J.G.**, *Fatal Attraction ? The uneasy Courtship of Brady and Plea bargaining*, 50 Emory Law Journal, 2001, p. 437

EASTERBROOK F.H.

- *Criminal procedure as a Market System*, 12 Journal of Legal Studies, 1993
- *Plea bargaining as Compromise*, The Yale Law Journal, 1992, Vol. 101, 1992, p. 1969 et s.
- *Plea bargaining is a shadow market*, Duquesne Law Review, Summer 2013, p. 551

ELLIS M. J., *The origins of the elected prosecutor*, Vol. 121, Yale Law Journal, p. 1528

ELROD P., SCOTT RYDER R., *Juvenile Justice, a social, historical and legal perspective*, 3rd ed., Johns and Bartlett Publishers, 2011, p. 207

ERRANTE E., *The Anglo-American Law of Contracts*, 2nd ed., LGDJ, 2001 ; C. MONAGHAN, *Beginning contract law*, ed. Routledge, 2013

FATTAH E., PARMENTIER S. (eds), *Victim Policies and criminal justice System on the Road of Restorative Justice*, Essays in Honor of T. PETERS, SCS, Press Univ. Leuven, 2001

FEELEY M.M., *Perspectives on plea bargaining*, 13 Law & Society Review, 1978, p. 202 ;

FISHER G., *Plea bargaining's Triumph : A history of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, 2003

FRECCERO S.P., *An introduction to the new Italian criminal procedure*, 21 American Journal of Criminal Law, 1994, p. 345

FRIEDMAN L.M., *Plea bargaining in historical perspective*, 13 Law & Society Review, 1979, p. 247

FROMMANN M., *Regulating Plea bargaining in Germany: Can the Italiano Approach serve as a Model to guarantee the independence of German Judges ?* 5 Hanse Law Review, 2009, p. 200

GARNER B.A., *Black's Law Dictionary*, 7th éd., West Group, 1999

GAVIL A.I., KOVACIC W.E., BACKER J.B., *Private monitoring and Antitrust Enforcement : Paying Informants to Reveal Cartels*, 69 George Washington Law Review, 2001, p. 766

GOWDY B. S., *Leniency Bribes : Justifying the Practice of Offering Leniency for Testimony*, Winter 2000, L.A Law Review, p. 447

HERMAN G. N., *Plea Bargaining*, 2^e éd. LexisNexis, 2004

HERRMANN J., *Bargaining justice – A bargain for German Criminal Justice ?* University of Pittsburg Law Review, 1992, pp. 755-757

HOLDERMAN J-F., REDFERN C-B., *Pre-indictment Prosecutorial Conduct in the Federal System Revisited*, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 96, n°2, Winter 2006, pp. 527- 577

HOLLANDER-BLUMHOFF R., *Getting to guilty, Plea bargaining as negotiation*, 2. Harvard Law Review, 1997, p. 115

- HOULIHAN B., GARCIA B.**, *The use of legislation in relation to controlling the production, movement, importation, distribution and supply of performance-enhancing drugs in sport (PEDS)*, Institute of Sport and Leisure Policy, Loughborough University, Aug. 2013, p. 7 et s.
- HUGHES G.**, *Agreements for cooperation in criminal cases*, Vanderbilt Law Review, 1992, p. 7
- JUNG H.**, *Plea bargaining and its Repercussions on the Theory of Criminal Procedure*, European Journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 5/2 1997, pp. 112-122
- KAMISAR Y., LAFAVE W.R., ISRAEL J.H., KING N.J., KERR O.S., PRIMUS E.V.**, *Modern Criminal Procedure*, 13rd ed., American Casebook Series, 2012
- KRAUS J.S.**, *Philosophy of contract Law*, in S. SHAPIRO, J. COLEMAN (éd.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2002, p. 687
- KRISBERG B. (Dr.)**, *Youth violence myths and realities*, National Council of Crime and Delinquency, Feb. 2009
- LANGBEIN J.H.**
- *Torture and Plea bargaining*, 46 The University of Chicago Law Review, 1978
 - *Law without plea bargaining: How the Germans do it*, 78 Michigan Law Review, n°2, déc. 1979, p. 204
- LANGER M.**, *From legal transplants to legal translations : The globalization of plea bargaining and the americanization thesis of criminal procédure*, 45 Harvard International Law Journal, , n° 1, Winter 2004
- LEGRAND P.**, *How to compare now*, in *Legal Studies*, vol. 16, 1996, p. 232
- LENVIN B., MEYERS E.S.**, *Nolo contendere, Its Nature and Implications*, Yale Law Journal, Vol. 51, n° 8, Jun., 1942, p. 1255
- LEVESQUE R. J.R.**, *The psychology and Law of criminal justice processes*, Nova Science Publisher, 2006, p. 261, *Chapter 6 : Bargaining with defendants*
- Lord DEVLIN**, *Trial by jury*, 3^e éd., Stevens, Londres, 1966, p 164
- Lord REID**, *House of lords, Tesco Supermarkets Ltd. v/ Natras*, 1972, A.C. 153, p. 170, in W. WESTER - OUISSE, *Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques*, RPDP, 2009, n°1, p. 63
- LUNA E., WADE M.**, *Prosecutors as Judges*, 67 Washington and Lee Law Review, 2010, Article 6, pp. 1414-1532
- MARCUS P.**, *The juvenile justice system in the United States*, RIDP, vol 75, 2004/1, p. 545
- Mc CONVILLE M., MIRSKY C.L.**, *Jury trials and plea bargaining : A true History*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2005
- MILLER J.J.**, *Plea bargaining and its analogous under the New Italian criminal procedure Code and the United States*, NYU Journal of International Law and Politics, 1990

- MITCHELL CADWELL H.**, *Coercive plea bargaining, the unrecognized scourge of the justice system*, 61 Cath. University Law Review, 2012, p. 66 et s.,
- MNOOKIN J.L.**, *Uncertain Bargains, the rise of Plea Bargaining in America*, 57 Stanford Law Review, 2005, n° 5, pp. 1721-1743
- MONTANINO F.**, *Unintended victims of organized crime witness protection*, Criminal Justice Policy Review, vol. 2, n° 4, 1987, pp. 392- 408
- MORGENSTERN O., VON NEUMANN J.**, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 2007
- NEMERSON S.**, *Accomplice testimony and credibility: « Vouching » and prosecutorial abuse of agreements to testify truthfully*, 65 Minnesota Law Review, 1981, p. 1169
- NEWMANN D.**, *Conviction, the determination of guilt or innocence without trial*, American Bar Foundation Series on the Administration of Criminal Justice, Vol. 2, Pub. Little, Brown, 1966
- PERRY H. W. Jr.**, *Deciding to decide : Agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, pp. 5-8
- PIZZI W. T., MARAFIOTI L.**, *The new Italian Code of Criminal procedure: The difficulties of building an Adversarial trial system on a civil foundation*, Yale Journal of International Law, 1992, p. 1
- POSNER R.A.**
- *An economic theory of the criminal law*, 85 Columbia Law Review, 1985, n°6, I. p. 193
 - *Economic analysis of Law*, éd. Aspen Law and Business, 5th ed, 1998
- POSNER R.**, *Antitrust Law, an economic perspective*, University of Chicago Press, 1976
- RAUXLOH R.**, *Plea bargaining in National and International Law*, ed. Routledge, New York, 2012, p. 204
- ROSS J.E.**, *The entrenched position of plea bargaining in the United States legal practice*, 54 American Journal of Comparative Law, 2006, p. 717 et s.
- SANBORN J.B.**, *Philosophical Legal, and Systemic Aspects of Juvenile Court Plea Bargaining*, Crime and delinquency, vol. 39, n°4, 1993, pp. 509-527
- SANDERS A., YOUNG R., BURTON M.**, *Criminal Justice*, 4th ed., Oxford University Press, 2010
- SCHULHOFER S.J.**
- *Is Plea bargaining inevitable?* 97 Harvard Law Review, 1984, p. 1037
 - *Criminal Justice as a regulatory system*, Journal of Legal Studies, n° 17, 1988, p. 45
- SCHULHOFER S.**, *Miranda v. Arizona : A modest but important legacy*, in C. S. STEIKER (editor), *Criminal procedure stories*, Foundation Press, New York, 2006, pp. 155-179
- SCOTT R.E., STUNTZ W. J.**, *Plea bargaining as contract*, 101 Yale Law Journal, 1992, p. 1915

- SHEPHERD R.E.**, *Recapturing the child in Adult Court*, 16. Criminal. Justice. 58 (2001-2002)
- SHERMAN M.L.**, *Informal immunity agreement, Don't you let that deal go down*, 21 Loyola of Los Angeles Law Review, 1987, p. 1 et s.
- STANFORD G.F.**, *Plea Bargaining's Triumph, An History of Plea bargaining in America*, Stanford University Press, 2003
- STITH K., CABRANES J.**, *Fear of Judging : Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, University of Chicago Press, Chicago, 1998, pp. 130-142
- SWENSON T.**, *The German Plea bargaining Debate*, 7 Pace International Law Review, 1995, p. 373
- TARUFFO M.**, *Rethinking the standards of proof, American Journal of Comparative Law*, n° 51, 2003, pp. 659-677
- THAMAN S.C.**,
- *Plea bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*, Electronic Journal of Comparative Law, 2007, 11 (3), pp. 19-21
 - *World Plea Bargaining, Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, ed. Carolina Academic Press, 2010, p. 49
- THOMPSON L.D., SUMMER P. B.**, *Structuring informal immunity, problems of scope and enforcement*, Criminal Justice Journal, Vol. 8, Spring 1993, pp. 17-22
- TOWNSEND J.**, *Allen Charges Issues, Jurors, you can /must decide*, Ann. Rev. Crim. Proc. 2011, pp. 594-599
- TURNER J I.**
- *Judicial participation in plea negotiation, A comparative view*, The American Journal of Comparative Law, vol. 54, 2006, p. 501
 - *Plea bargaining across borders*, Aspen Publisher, 2009
 - *Prosecutors and Bargaining in Weak Cases: A comparative view*, 76 Michigan Law Review, 2011
- VIANO E.C.**, *Plea bargaining in the United States: A perversion of justice*, RIDP, 2012/1, vol. 83, p. 109
- VOGEL M.E.**, *The social origins of plea bargaining : Conflict and the Law in the process of State formation, 1830-1860*, 33 Law & Society Review, 1999, p. 161
- WARD J-J.**, *The danger of deadlock, coercion in the courtroom*, The Florida Bar Journal, May, 2000, Vol. LXXIV, n° 5
- WEINER M.**, *Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree*, Antitrust, Fall 1995, p. 4
- WILSON N.S., JARA G.**, *Plea bargaining and the Legislative response*, Warwick School of Law Research Paper, 2013, n° 14

VII. Divers

A. Rapports / documentation officielle

Annuaire statistique de la justice de l'année édition 2006 et édition 2011-2012

Bureau of Justice Statistics, Arrest in the United states, 1970-2010, 1980-2009

Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice, Felony Sentences in State Courts, 2013

CNCDH, Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté le 27 mars 2003

Commission justice pénale et droit de l'Homme, *La mise en état des affaires pénales*, Rapports, Paris, La documentation française, 1991

COULON J-M., *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport remis au ministre de la justice par le groupe de travail présidé par J-M. COULON, La Documentation française, 2008

Documentation du Sénat, *Le plaider coupable*, série législation comparée, n° LC 122, mai 2003

Documentation du Sénat, *Les repentis face à la justice pénale*, Série législation comparée, Juin 2003, n° LC 124

Documentation du Sénat, série législation comparée, *Éléments statistiques concernant le tribunal ordinaire pour les années 2007 et 2008*

FAUCHON P., Rapport d'information n° 49, (1996-1997) du 23 octobre 1996 par M. P. FAUCHON fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale

FOLZ J-M., Rapport de la mission sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, à la demande de l'ex ministre de l'économie et des finances Mme. C. LAGARDE, *La documentation française*, 2010

GÉLARD P., Rapport de l'office parlementaire de législation sur les autorités administratives indépendantes en date du 15 juin 2006 dit Rapport GÉLARD, n° 3166, AN

HAENEL H., Rapport d'information n° 513, (1997-1998) – Commission des finances, *Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*,

LAUZAC J-J., Rapport n° 782, tome 1, (2012-2013) fait au nom de la Commission d'enquête sur la lutte contre le dopage, déposé le 17 juillet 2013 : *Lutte contre le dopage : avoir une longueur d'avance*

LECERF J-R. et MICHEL J-P., *Les clés d'une réforme équilibrée : les expériences allemandes et italiennes*, Rapport d'information n°162 de fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction, enregistré à la présidence du Sénat le 8 décembre 2010

LÉGER P., Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale (présidé par P. Léger), septembre 2009

LEMERLE S., MARIETTE V., TIMBART D., *Études et statistiques du Ministère de la justice, Physionomie des contentieux selon les tribunaux correctionnels*, DAGE, coll. Études statistiques, justice, 1995, n° 6

Les chiffres clés de la justice, éditions 2003, 2006, 2007, 2009, 2013

MAGENDIE J-C., *Célérité et qualité de la justice, La gestion du temps dans le procès*, Documentation française, 2004

MERMAZ L., Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1328, 20 janvier 1999

Ministère de la justice, *Chiffres clés de la justice*, édition 2013

NADAL J-L., Rapport de la Commission de modernisation de l'action publique (sous la présidence de J-L. NADAL), « *Refonder le ministère public* » remis à Mme la garde des sceaux le 28 novembre 2013

Proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, document du Sénat, n° 13, Session 2013-2014, déposée au Sénat le 2 octobre 2013

WARSMANN J-L., Rapport d'information n° 2378 sur la mise en application de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, enregistré à l'Assemblée nationale le 15 juin 2005

ZOCHETTO F., Commission des lois du Sénat, Rapport n° 441 (2002-2003) sur le Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, déposé le 24 septembre 2003

ZOCHETTO F., *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information n°17 sur les procédures accélérées du jugement en matière pénale, Sénat, session ordinaire, 2005-2006, n°17

B. Articles de presse

Article *Concurrence : les sanctions en question*, journal *le Figaro*, 17 janvier 2011

Rapport publié sous l'égide de l'école de droit de l'Université de Columbia et reproduit dans un article du journal *Libération* datant du 12 juin 2008

DELMAS-MARTY M., journal *Le Monde*, 6 août 1999, p. 13

SOULEZ LARIVIÈRE D., *Procédure pénale, une réforme pénale à double fond*, journal *Le Monde*, éd. 10 mai 2003

TOUBON J., interview publiée au journal « *Le point* », n° 1238, 8 juin 1996

C. Entretiens / interviews réalisés

En France :

- Entretien avec M. J-M. GENTIL, ancien Vice-président chargé de l’instruction au sein de la JIRS de Bordeaux
- Entretien M. D. CHAUSSERIE LAPRÉE, ancien Vice-procureur au parquet de Bordeaux

Aux États-Unis :

- Entretien avec P. PRYOR DEMBE, *Honorable president Judge of Court of Common pleas, 1st Jusdicial District* (juge à la *Court of common pleas* de la ville de Philadelphie et présidente de la « *Criminal Law Section of the Pennsylvania Bar* »)
- Entretien avec D. PECHKUROW, juge à la *Court of Common pleas* de la ville de Philadelphie
- Entretien avec I. K. CHEN, Juge à la *Court of Common pleas* de la ville de Philadelphie
- Entretien avec B. LERNER, Juge à la *Court of Common pleas* de la ville de Philadelphie
- Entretien avec G. D. COHEN, Ancien Juge à la *Court of Common pleas* de la ville de Philadelphie, Médiateur au sein de l’ *American arbitration association, Alternative dispute resolution.*

D. Sites internet

www.bjs.ojp.usdoj.gov

www.senate.gov

www.bjs.gov

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics>

www.unodc.org

www.amf-france.org

www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html

www.autoritedelaconurrence.fr.

www.sports.gouv.fr (Agence française de lutte contre le dopage)

www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/2r1_1.htm

www.cncdh.fr

Index de jurisprudence

Rappel : *Les arrêts de la Cour suprême des États-Unis sont cités selon le mode officiel de citation qui indique le numéro du volume du « United State Report » (recueil officiel des publications des arrêts de la Cour suprême) où est publiée la décision, suivi du numéro de page et enfin de l'année. Par exemple, la référence 379 US 742 (1970) renvoie à un arrêt rendu en 1970 qui se situe à la page 742 du 379e volume des United states reports*

Introduction

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5370/72
CEDH, *Oztürk c/ Allemagne*, 21 fév. 1984, req. n° 8544/79
CEDH, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, 28 juin 1984, req. n° 7878/77
CEDH, *Funke c/ France*, 25 février 1993, req. n° 10588/83
CEDH, *Malige c/ France*, 23 sept. 1998, Rev. sc. crim., 1998, p. 112, obs. J-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; D. 1999, p. 154, obs. B. de LAMY ; D. 1999, p. 267, obs. J-F. RENUCCI ; Rev. sc. crim., 1999, p. 145, obs. F. MASSIAS
CEDH, *Salduz c/ Turquie*, 27 novembre 2008, req. n° 36391/02

Cour de justice des communautés européennes

CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission*, req. n° 374/87

Cour suprême des États-Unis

Whiskey cases, 99 US 594 (1878)
Miranda v. Arizona 484 US 436 (1966)
Brady v. United States, 379 US 742 (1970)
Santobello v. New York, 400 US 257, 260 (1971)
Blackledge v. Allison, 431 US 63, 71 (1977)
Patterson v. New York, 432 US 197 (1977)
Bordenkircher v. Hayes, 434 US 357 (1978)

PARTIE I. LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION EN MATIÈRE PÉNALE

Titre 1. La mise en œuvre du processus de négociation

Chapitre 1. Le domaine de la négociation

Section 1. Négociation et gravité de l'infraction

§1. Négociation et infraction de droit commun

A. La procédure de composition pénale

Conseil constitutionnel

Cons. const. 25 février 1992, décision n°92-307 DC
Cons. const. 2 février 1995, décision n°95-360 DC

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. crim. 21 mai 2008, n° 06-44.948
Cass. crim. 18 janvier 2010, avis n°0090005P

B. La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. crim., 10 nov. 2010, pourvoi n° 10-82.097, Procédures 2011, comm. n°

108, obs, C. CHAVENT-LECLERE

Conseil constitutionnel

Cons. const. 22 juillet 2005, décision n°2005-520 DC

Cons. const. 8 décembre 2011, décision n°2011-641 DC

§2. Négociation et infractions dérogatoires au droit pénal commun
A. Infractions relevant de la criminalité organisée

Conseil constitutionnel

Cons. const. 11 août 1993, décision n° 93-326 DC

Cons. const. 30 juillet 2010, décision n°2010-14/22 QPC : D 2010, p. 1928 entretien C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; D. 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; D. 2010 p. 2696, entretien Y. MAYAUD ; AJ. pén. 2010, p. 470, étude J-B. PERRIER

Cons. const. 6 mai 2011, décision n°2011-125 QPC : Rev. sc. crim. 2011, p. 415, obs. J. DANET

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Lawless c/Irlande*, 1^{er} juillet 1978, req. n° 332/57

CEDH, *Schiesser c/ Suisse*, 4 décembre 1979, req. n° 7710/76

CEDH, *Doorson c/ Pays-Bas*, 26 mai 1996, req. n° 20524/92

CEDH, *Conerlis c/ Pays-Bas*, 25 mai 2004, req. n° 994/03

CEDH, Grande chambre, *Medvedyev et autres c/ France*, 29 mars 2010, req. n° 3394/03

CEDH, *Moulin c/ France*, 23 novembre 2010, req. n° 37104/06

B. Infractions en droit pénal économique

Juridictions judiciaires du fond

CA. Paris, 1^{ère} ch. H, 29 janv. 2008, *Sté Le Goff Confort, SAS* : Contrat Concurrence Consommation n° 3, Mars 2008, comm. 83 de G. DECOCQ

CA Paris, pôle 5, chambre 5-7, arrêt n° 5, 19 janvier 2010

Conseil / Autorité de la concurrence

Cons. conc., 25 septembre 2003, décision n° 03-D-45

Cons. conc., 4 août 2004, décision n° 04-D-42

Cons. conc., 4 juillet 2006, décision n° 06-D-24

Adlc., 9 avril 2009, décision n° 09-MC-01

Section 2. Négociation et auteurs de l'infraction

§1. L'auteur personne physique

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. crim. 13 déc. 1956, *Laboube*, D. 1957, p. 349, note PATIN.

Cass. crim. 19 mai 1998, bull. n° 170

Cour suprême des États-Unis

United States v. Hinckley, n° 81-2350, 81-2383, 1982

§2. L'auteur personne morale

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim. 20 juin 2000, bull. n° 237, D.
2002, somm. p. 1802, obs.
ROUJOU DE BOUBÉE ; Bull.
Joly, 201, § 12, obs. C. MASCALA

Cass. crim. 29 avril 2003, bull. n° 91, D.
2003, jur. p. 167, note. J-C.
SAINT-PAU
Cass. crim. 14 oct. 2003, bull. n° 189, Rev.
sc. crim., 2004, p. 339, E. FORTIS

Chapitre 2. Les acteurs de la négociation

Section 1. Des acteurs principaux

§1. L'autorité de poursuite

Conseil constitutionnel
Cons. const. 2 février 1995, décision n°95-
360 DC

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim. 8 déc. 1906, Dr. pén 1907. 1, p.
207
Cass. crim. 4. oct. 2007, D. 2007. Jur.58,
note P-J. DELAGE ; AJ pénal
2007, p. 29, note J. LEBLOIS-
HAPPE ; Rev. sc. crim., 2007, p.
118, note A. GIUDICELLI ; D.
pén. 2007, Comm. n° 45, obs
MARON ; Procédures 2007,
Comm. n° 44, obs. BUISSON

Cass. crim., 27 nov. 2007, D. 2008, note Y.
RATINEAU, p. 1035

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, *Medvedyev et autres c. France*, 29
mars 2010, req. n° 3394/03
CEDH, *Moulin c. France*, 20 novembre
2010, req. n° 37104/06
CEDH, *Vassis et autres c/ France*, 27 juin
2013, req. n° 69736/09

Cour suprême des États-Unis
Hurtado v. California, n°110 US 51 (1884)

§2. L'auteur de l'infraction

Cour de cassation - chambre commerciale
Cass. com. 4 nov. 1987, JCP G. 1988, II,
n° 21087, note. L. CADIET
Cass. com. 4 nov. 2008, pourvoi n° 07-
21275

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, 9 avr. 1984, *Goddi c. Italie*, §27

CEDH, *Saunders c. Royaume Uni*, 17 déc.
1996, Rec. 1996-VI, § 68 et CEDH,
Brusco c. France, 14 oct. 2010, req.
n° 1466/07
CEDH, Gr.ch. *O. Halloran et Francis c.*
Royaume Uni, 29 juin. 2007, Dr.
pén. 2008, chron. 3, obs. DREYER.

Section 2. Des acteurs secondaires

Conseil constitutionnel
Cons. const. 2 février 1995, décision n°95-360 DC

§1. L'autorité juridictionnelle

Cour de cassation - chambre commerciale

Cass. com., 5 oct. 1999, JCP 1999. II.
10203, concl. J. SAINTE-ROSE

Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-19.102

A. Minoration de l'acte de jugement

Conseil constitutionnel

Const. const. 22 juillet 2005, n°2005-520 DC

Cour de cassation - avis

Cass. avis, 18 avril 2005, bull. officiel du ministère de la justice, n° 99

Juridictions judiciaires du fond

CA Paris, 19 janvier 2010, RG 2009/00334, p. 38 ; Revue Lamy Concurrence, mai/juin 2010, n°23, p. 21

B. Renforcement de la fonction de juger

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC

Cons. const. 22 juillet 2005, décision n° 2005-520 DC

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674, D. 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC, note J. PRADEL ; Cahiers du Cons. Const. 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI

Cour de cassation - avis

Avis. Cass. Crim. 18 avril 2005, Bulletin d'information n° 622

Conseil d'État

CE 29 déc. 2000, *Banque et droit*, mars. avril. 2001, p. 30, obs. VAUPLANE et DAIGRE ; RD bancaire et fin., 2001, n° 82, obs. FRISON-ROCHE, GERMAIN, MARIN et PENICHON

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/France*, AJDA 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; D. 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC, note J. PRADEL

§2. La victime

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. crim, 15 novembre 1945, Rec. Dalloz, 1946, p. 111

Cass. crim 22 janvier 1953, Rec. Dalloz 1953, p. 109

Cass. crim. 24 juin 2008, Bull crim. n° 162

TITRE 2. LA LÉGALITÉ DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Deweert c/ Belgique*, 27 févr. 1980, req. n°6903/75

CEDH, *Oztürk c/ Allemagne*, 21 févr. 1984, req. n°8544/79

CEDH, *Lutz c/ Allemagne*, 25 août 1987, req. n°9912/82

CEDH, *Belilos c/ Suisse*, 29 avr. 1988, req. n°10328/83

Chapitre 1. Négociation et finalités de la justice pénale

Section 1. Variation de la notion de vérité

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim., 23 septembre 1837, Bull.,
n°293

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, *Labita c/ Italie*, 6 avril 2000, req.
n° 26772/95
CEDH, *Taxquet c/ Belgique*, 13 janvier
2009, req. n° 926/05
CEDH, *Agnelet c/ France*, 1^{er} fév. 2013,
req. n° 61198/08,

Section 2. Évolution de la notion de répression

§1. Modulation de la sanction

A. Atteinte aux principes directeurs relatifs à la peine

1) Négociation, légalité et égalité

Conseil constitutionnel
Cons. const. 18 janv. 1985, décision n°84-
182 DC, 2^e esp., D. 1986, p. 425,
note RENOUX
Cons. const., 2 mars 2004, décision n°
2004-492 DC

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim. 21 mai 1979, Bull. crim., n°
178
Crim. 1^{er} février 1990, Bull. crim. n°56,
Rev. sc. crim., 1991, p. 555, obs.
VITU

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, v. arrêt *Sunday Times c/ Royaume*
Uni, 26 avril 1979, req. n° 6538/74

Cour de justice des communautés
européennes
CJCE, *Schröder*, 11 juil. 1989, 265/87,
Rec. CJUE, pp. 2237-2269

Cour suprême des États-Unis
Bordenkircher v. Hayes, n° 76- 1335, 434
U.S. 357, 362, 1978

2) Négociation et personnalisation des peines

Cour suprême des États-Unis
Mistretta v. United States, 488 US 361,
1989

Blakely v. Washington, 542 US 296, 2004
United States v. Booker, 543 US 220, 2005
United States v. Fanfan, n° 04-105, 2005

B. Efficacité de la menace de répression

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim., 4 octobre 2006 : Bull. crim.,
n° 244 ; D. 2007, jur. 58, note
DELAGE ; AJ Pénal 2007, p. 79,
note LEBLOIS-HAPPE ; Dr. pén.
2007, comm. n° 27, note MARON ;
Rev. sc. crim. 2007, p. 118, obs.
GIUDICELLI
Cass. crim., 14 octobre 2008, D. 2008, act.
jurispr., p. 2796, obs. M. LENA ;
AJ Pénal 2008, p. 517, obs. M-E.
CARTIER ; Procédures 2008,
comm., p. 340, obs. J. BUISSON)

Cass. crim., 24 novembre 2009, note Y.
JOSEPH-RATINEAU, D. 2010, p.
875

Cour de cassation - avis
Cass. avis, 23 avril 2007 : D. 2007, act.
jurispr., p. 1503

Conseil constitutionnel
Cons. Const, décision n° 2010-77 QPC du
10 déc. 2010, J. BUISSON, Note
sous Cons. Const. décis. 10 déc.
2010, n° 2010-77 QPC, Procédures

§2. Exemption de la sanction

Autorité de la concurrence

Décision n°11-D-17 du 8 décembre 2011

Décision n°12-D-09 du 13 mars 2012

Décision n°13-D-12 du 28 mai 2013

Chapitre 2. Négociation et principes directeurs en matière pénale

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 18, AFDI, 1975, p. 330, note PELLOUX
 CEDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, req. n°6303/75

Cour suprême des États-Unis

Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970) ;
Mc Mann v. Richardson, 397 U.S. 759, (1970) ;
Parker v. North Carolina, 397 U.S. 790 (1970).

Section 1. Aménagement des principes liés au procès

§1. Justification de l'altération des principes liés au rituel

A. Le principe du contradictoire

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Sramek c/ Autriche*, 22 oct. 1984, req. n° 8790/79

CEDH, *Chypre c/ Turquie*, (GC), 10 mai 2001, req. n° 25781/94

1. Le contradictoire dans les procédures de négociation en droit pénal

Conseil constitutionnel

Cons. const., 22 juillet 2005, décision n° 2005-520 DC

CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen c/Belgique*, § 33, RTD civ. 1996, p. 1006 et s., obs. J-P. MARGUENAUD ; Justices 1997-5, p. 195 et s. obs. G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. crim. 18 avril 2005, Bull. crim. n°1 ; comm. J. PRADEL, D. 2005, p. 1200

Conseil d'État

CE, 11 mai 2005, n° 279833 et 279834, *Syndicat des avocats de France*

Cour européenne des droits de l'homme

2. Le contradictoire dans les procédures de négociation en droit de la concurrence

Cour de cassation - chambre commerciale

Cass. com. 22 février 2005 (Affaire des escaliers préfabriqués en béton
 CEDH, 19 fev. 1991, *Isgrò c/ Italie*, § 35

CEDH, 28 mars 1996, *Doorson c/ Pays bas*, § 68 ; D. 1997, somm. 207, obs J-F. RENUCCI
 CEDH., 16 décembre 1981, X c/ Danemark

CEDH, 28 mars 1996, *Doorson c/ Pays bas*, préc ; CEDH, 23 avril 1997, *Van Mechelen c/ Pays bas*, § 63, D. 1997, somm. p. 359 ; CEDH, 14 fév. 2002, *Visser c/ Pays bas*

Cour de cassation - avis

Cass. 11 juillet 2005, avis, n° 0050006P

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 8 juin 1976, *Engel c/ Pays Bas*, req. n° 5370/72

CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, Série A, req. n° 8790/79

CEDH, 19 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, Série A, req. n° 10328/83

Conseil d'État

CE, 3 déc. 1999, *Arrêt Didier*, RJDA 3/2000, n° 282 ; Rev. Banque et Dr., janv./fév. 2000, p. 53, obs H.

de VAUPLANE, Juris. p. 509, note F. SUDRE

Juridictions judiciaires du fond

CA Paris, 26 avr. 1994, *C.D.R.M. c/ Société France Loisirs S.A.R.L.*, BOCC, 18 mai 1994, p. 182

CA Paris, 1^{ère} ch. H. 15 juin 1999, *SA Canal plus c/ SNC Télévision par satellite (TPS) et a.*, JCP, G, 200, II 10254, p. 306

CA Paris, 1^{ère} ch., 9 nov. 2004, arrêt concernant la décision n° 04-D-08 du Conseil de la concurrence en date du 30 avril 2004

CA Paris, 1^{ère} ch. 24 avr. 2007, JH industrie

B. Le principe de publicité

Conseil constitutionnel

Cons. Const. 2 mars 2004, Décision n° 2004-492 DC

Cons. Const. 8 déc. 2011, déc. n° 2011-641 DC

1) La publicité dans les procédures de négociation en droit pénal

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 mars 2004, Décision n° 2004-492

Cass. Crim., 8 sept. 1999, n° 99-80.239

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, § 24

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. Crim. 10 juil. 1974, n° 74-90.369

2) La publicité dans les procédures de négociation en droit de la concurrence

Cass. Com., 5 oct. 1999, *Campeon Bernard SGE*, BOCCRF, n° 2, p. 61 ; Gaz. Pal., 2 nov. 1999, Doctr., p. 2, comm. O. FLECHEUX ; D. 2000, n° 2, somm., obs. M-L.

NIBOYET ; JCP E, 1999, p. 2018, note FOURGOUX

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 5 avril 2012, *Société Bouygues Télécom c/ France*, req. n° 2324/08

§2. Impérativité des garanties liées à la procédure
A. L'impartialité des procédures de négociation

Conseil constitutionnel

Cons. Const. 20 févr. 2003, décision n° 2003-466 DC

Cons. Const. 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC

Cour de cassation - assemblée plénière

Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, Bull. Civ., n° 1, p. 1

Juridictions judiciaires du fond

CA Paris, 24 juin 2003, *Affaires des géomètres experts*, obs. E. Claudel, RTD Com. Janv-mars 2004, p. 83 ; CA Paris, 22 juin 2004, *Bétons du Var*, RLC n° 1, nov. 2004 / janv. 2005, p. 89 et s. ;

CA Paris, 18 février 2003, *secteur de la distribution de l'eau*

Cour de cassation - chambre commerciale

Cass. com., 9 juin 2004, *Affaire des géomètres experts*, BOCCRF du 9 déc. 2004

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Engel c/ Pays bas*, 8 juin 1976, req. n° 5370/72

CEDH, *Piersack c/ Belgique*, 1^{er} octobre 1982, série A, req. n° 8692/79

CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A, req. n° 9186/80

CEDH, *Fey c/ Autriche*, 24 février 1993, req. n° 14396/88

CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, req. n° 14570/89

CEDH, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 fév. 1997, Rec. 1997, I, p. 238

CEDH, *Coëme et autres c/ Belgique*, 22 juin 2000, req. n° 32492/96

CEDH, *Goedhart c/ Belgique*, 20 mars 2001, req. n° 34989/97

CEDH, *Wetstein c/ Suisse*, 21 mars 2001, req. n° 33958/96

CEDH, *Kyprianou c/ Chypre*, 15 déc. 2005, req. n° 73797/01

1) Impartialité et procédures de négociation en droit pénal

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 février 1995, décision n°95-360 DC

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. crim., 17 septembre 2008, Gaz. Pal., 13 nov. 2008, n° 318, p. 8, note F. DESPREZ

Cour suprême des États-Unis

United States v. Pollard, 959 F. 2d 1011 (District of Columbia Circuit, 1992) ;

Godinez v. Moran, 509 U.S 389 (1993)

State of Louisiana v. Bouie, 817 so. 2d 48 (LA 2002)

2) Impartialité et procédures négociées en droit de la concurrence

Conseil de la concurrence

Décision n° 01-D-22 du 9 mai 2001

Juridictions judiciaires du fond

CA Paris, 22 juin 2004, *Bétons du Var*, préc., comm. V. SELINSKY

CA Paris, 24 avr. 2007, *Secteur de fabrication des portes*, préc., Concurrences, n° 3-2007, p. 92, obs. E. CLAUDEL

B. Le droit au recours dans les procédures de négociation

Conseil constitutionnel

Cons. Const., 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC

Cour de cassation - chambre commerciale

Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-19. 108,
Dexxon Data Media, BOCCRF, n°
6, 24 juil. 2008

Section 2. Renonciation aux droits substantiels

Cour suprême des États-Unis
Brady v. United States, 397 US 742, 1970

Parker v. North Carolina 397 US 790,
1970
McMann v. Richardson 397 US 759, 1970

§1. La renonciation à l'exercice des droits de la défense

CEDH, 21 sept. 1993, *Zumtobel c/ Autriche*, Série A, req. n° 12235/86, § 34

A. Contenu de la renonciation

1) La présomption d'innocence

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c/ France*,
Série A, req. n° 10588/83, JCP, G,
1993, II, 22073, note R. GARNON
et A. GARNON

CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*,
Procédures, n° 12, Nov. 2010,
Comm. p. 419, A-S. CHAVENT-
LECLERE

2) Le droit au silence

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim. 14 janv. 2003, Bull. crim., n°
6 ; Rev. sc. crim., 2003, p. 884, obs.
J-F. RENUCCI
Cass. crim. 28 avr. 2004, Bull. crim. n°
103, Rev. sc. crim., 2005, p. 384,
note J. BUISSON

obs. R. KOERING-JOULIN ; JCP
1997, I, 4000, n° 18, obs. SUDRE
CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et
Francis c/ Royaume Uni*, req. n°
15809/02 et 25624/02, JCP 2008, I,
p. 110, n° 6, obs. F. SUDRE ; RDP
2008/3, p. 954, obs. G.
GONZALEZ

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c/ France*,
préc., Rev. sc. crim. 1993 p. 581
obs. L-E PETTITI ; D. 1993 p. 457
note J. PANNIER ; D. 1993, somm.
p. 387, obs. J-F. RENUCCI
CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/
Royaume Uni*, req. n° 19187/91, §
74, Rev. sc. crim., 1997, p. 478,

CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*,
req. n° 1466/07, JCP 2010, p. 1064,
zoom par F. SUDRE

Cour suprême des États-Unis
Miranda v. Arizona, 384 US 436, 1966

3) Le droit ne pas contribuer à sa propre accusation

Conseil constitutionnel
Cons. const., 2 mars 2004, déc. 2004-492
DC

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c/France*, D.
1993, p. 467, note PANNIER ; Rev.
sc. crim., 1993, p. 581, obs.

PETTITI ; D. 1993, somm. p. 387,
obs. RENUCCI

B. Justifications de la renonciation

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, 30 nov. 2000, *Kwiatkowska c/ Italie*, req. n° 52868/99

§2. Protection de la renonciation à l'exercice des droits de la défense

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, 8 septembre 2014, *Natsvlshvili and Togonidze c/ Georgia*, req. n° 9043/05

A. Renforcement des pouvoirs des acteurs mineurs de la négociation

Conseil constitutionnel
Cons. Const. 2 mars 2004, Décision n°
2004-492 DC

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, 24 sept 2009, *Pishchalnikov c/
Russie*, req. n° 7025/04
CEDH *Natsvlshvili and Togonidze v.
Georgia*, 25 juin 2013, req. n°
9043/05

B. Négociation et autres règles de droit

Conseil constitutionnel
Cons. const. 20 juillet 2012, n° 2012-266
QPC

Conseil d'État
CE, 21 juin 2013 n° 345500

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim. 17 juin 2009, Bull.crim. n°
125, CCC, 2009, comm. 228, obs.
G. DECOCQ, D. 2009, p. 2034,
obs. E. CHEVRIER

Conseil / Autorité de la concurrence
Aut. Conc. 26 janv. 2011, n° 11-D-02,
RLC, 2011, p. 1807, obs. A.
MEXIS

PARTIE II. LE RÉSULTAT DE LA NÉGOCIATION EN MATIÈRE PÉNALE

Titre I. La notion d'accord en matière pénale

Chapitre 1. La formation de l'accord

Section 1. L'émission d'une offre par la partie poursuivante

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. Crim., 4 oct. 2006, D. 2007. Jur. 58,
note P-J. DELAGE ; AJ pén. 2007,
79, note J. LEBLOIS-HAPPE ;
Rev. sc. crim., 2007. 118, note A.
GIUDICELLI ; D. pén. 2007,

Comm. n°45, obs. MARON ;
Procédures 2007, Comm. n°44, obs.
BUISSON
Cass. Crim., 20 nov. 2007, D. 2008. 1035,
note Y. JOSEPH-RATINEAU

§1. Les modalités d'émission de l'offre

Cour suprême des États-Unis
Allen vs United States, 164 US 492, 1896

Autorité de la concurrence
Décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013

§2. Le contenu de l'offre

Conseil constitutionnel
Cons. Const. 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC
Cons. const. 27 septembre 2013, décision n° 2013-341 QPC, M. Smaïn Q et autre

Conseil / Autorité de la concurrence
Cons. conc. décision n° 03-D-10, 20 fév. 2003
ADLC, décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008, *Affaire du négoce de l'acier*.

Juridictions judiciaires du fond
CA Paris 26 juin 2007 affaire dite « *des parfums Guerlain, Givenchy, Shiseido...* » RG 2006/07821

CA Paris 2 octobre 2007, *EST et STPV* RG 2006/12253
CA Paris 6 mai 2008, affaire dite du « *ciment corse* » RG 2007/06172
CA Paris, 29 septembre 2009 *Ets Mathé SA* RG 2008/12495
CA Paris, 19 janv. 2010, RG 2009/00334

Cour de justice des communautés européennes / de l'Union européenne
CJCE, 7 janvier 2004, Aff. C-60/02, *Procédure pénale c/ X*
CJUE, 17 juin 2010, aff. C-413/08, *Lafarge SA contre Commission européenne*, n° 95

§3. Les effets de l'offre

A. Les effets de l'offre sur l'action publique

Conseil de la concurrence
Décision n° 05-D-69 du 15 déc. 2005
Décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006
Décision n° 06-D-09 du 11 avr. 2006, RTD com. 2006, p. 238, obs. CLAUDEL ; JCP E 2006, n° 19, p. 847, obs. TAILLANDIER ; Petites affiches, 13 nov. 2006, p. 1, obs. SELINSKI

Juridictions judiciaires du fond
CA Paris, 24 juin 2008, D. 2008, AJ p. 1895, obs. CHEVRIER, RDLC 2008, n° 3, p. 137 et s., obs. LEMAIRE

B. Les caractères de l'offre

Cour de cassation - chambre criminelle
Crim. 4. Oct. 2006, D. 2007, Jur. 58, note P-J. DELAGE ; AJ pén. 2007, p.79, note J. LEBLOIS-HAPPE ; Rev. sc. crim., 2007, p. 118, note A. GIUDICELLI ; Dr. pénal 2007, Comm. n° 45, obs. MARON ;

Procédures 2007, Comm. n° 44, obs. BUISSON
Crim. 20 fév. 2007, Bull. crim. n° 52 ; AJ pén. 2007, p. 234, obs. M-E. CARTIER ; Rev. sc. crim., 2007, p. 844, obs. R. FINIELZ
Crim. 20 nov. 2007 : D. 2008, p. 1035, note. Y. JOSEPH-RATINEAU ; D.

2008 chron. p. 118, obs.
MENOTTI ; Gaz. Pal. 6-8 avril
2008, p. 17, note DETRAZ

Cour suprême des États-Unis
Mabry v. Johnson, 467 U.S. 504, 1984

Section 2. La réception de l'offre par une acceptation de la partie poursuivie
§1. L'objet du consentement
§2. Les caractères du consentement

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim. 17 sept. 2008, JCP, G 2008, II,
10194, note Y. JOSEPH-
RATINEAU ; Rev. sc. crim. 2009,
p. 412, obs. R. FINIELTZ ; D.
2008, Jur., p. 2904, note J.
LASSERRE CAPDEVILLE ; AJ
pén. 2008, p. 515, obs. C. SAAS ;
D. 2009, Pan. 2244, obs. PRADEL
Cass. crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.460, D.
2011, p. 166 ; Dalloz Actualité, 24
janv. 2011, obs. Léna.
Cass. crim. 18 janv. 2011, n° 10-83. 750,
D. 2011, p. 381

Cour de cassation - avis
Cass. avis. 18 janv. 2010, n° 09-005, Bull.
crim., avis n° 1

Cour européenne des droits de l'homme
CEDH, *Deweert c/Belgique* du 27 février
1980, req. n°6303/75
CEDH, *Gafgen c. Allemagne*, 1^{er} juin
2010n° 22978/05, §186-187 ; D.
2011, Pan, p. 2238

Cour suprême des États-Unis
Brady v. United States, 397 US 742, 1970
Bordenkircher v. Hayes, 434 US 357,
1978.

§3. Les effets du consentement

Conseil de la concurrence
Décision n°02-D-62 du 27 septembre 2002

Décision n° 00-D-75 du 17 décembre 2002

Chapitre 2. La qualification de l'accord

Section 1. Inadaptation de la notion de contrat

§1. Confrontation de l'accord en matière pénale avec le genre de la transaction.

CE, ass., 7 juil. 2006, *France Nature*
Environnement, n° 283178, D.

2006, IR, p. 1985 ; AJDA 2006, p.
1412

A. Étude de la qualification de transaction pénale

B. Rejet de la qualification de transaction civile

Cour de cassation - chambres civiles
Cass. civ., 3 janvier 1883
Cass. civ, 2^{ème}, 30 janvier 1958, *Bull .civ.*
II, n° 88

Cass. civ. 3ème, 4 févr. 1976, Bull. civ. III,
n° 50 ; Defrénois 1976, art. 31181,
n° 21, obs. J-L. AUBERT

Cass. civ. 1^{ère} 4 mai 1976, Bull. civ. I, n° 157, RTD civ. 1976, p. 812, obs. SAVATIER
Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, Bull. civ. I, n° 130, JCP G, 2000, I, p. 272, obs. G. LOISEAU ; RTD civ., 2000, p. 566, obs. J. MESTRE, B. FAGES
Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2007, Bull. civ. III, n° 214, RLDC, 2007, n°45, p. 15, note. S. DOIREAU

Cour de cassation - chambre sociale

Cass. soc. 20 juin 1995, JCP 1996, II, n° 22618, note L. FINEL ; Cass. soc. 14 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p.

437, JCP, E, 1988, II, n° 15125, n° 25, obs. P-H. ANTONMATTEI
Cass. soc., 2 décembre 1997, Bull. civ., n° 416

Juridictions judiciaires du fond

CA. Paris, 11 juin 1975, JCP 1976, II, n° 18357, note. Y. ASSOULINE

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume Uni*, req. n° 4451/70
CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*, req. n° 6903/75
CEDH, 10 février 1983, *Albert le Comte c/ Belgique*, req. n° 7299/75

§2. Confrontation de l'accord en matière pénale avec la famille du contrat
A. L'accord face aux caractéristiques essentielles du contrat de droit privé

Conseil constitutionnel

Cons. Const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC

Cons. Const. 13 juin 2013, décision n° 2013-672 DC

B. L'accord au regard des caractéristiques essentielles du contrat administratif
1) Identification du critère organique du contrat administratif au sein de l'accord en matière pénale

Tribunal des conflits

T. confl. 3 mars 1969, *Sté Interlait*, AJDA 1969, p. 307, concl. KHAN

2) Les difficultés liées au critère matériel

Conseil d'État

CE 31 juil. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, (v. Rec. Lebon, p. 909, concl. L. BLUM
CE, 20 octobre 1950, *Stein*, Rec. Lebon, p. 505

CE, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. Lebon, p. 48

Tribunal des conflits

T. confl., 19 juin 1952, *Société des combustibles*, Rec. Lebon, p. 628

Section 2. La qualification de l'accord par sa fonction

Cour suprême des États-Unis

Miranda v. Arizona, 384 US 436, 1966
Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 261, 1971
United States v. Moscahlaidis, 868 F.2d 1357, 1360, 1989

United States v. Nolan-Cooper, F. 3d, 221, 1998

United States v. Hodge, 412 F. 3d 479, 485, 2005

United States v. Baird, 218 F. 3d 229, 2013

Titre 2. Le régime de l'accord en matière pénale
Chapitre 1. L'homologation de l'accord.
Section 1. L'objet de l'intervention juridictionnelle

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 février 1995, décision n°95-360 DC

§1. Le contrôle de la validité de l'accord par le juge judiciaire

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 mars 2004, décision n°
2004-492 DC

Const. const. 22 juillet 2005, décision n°
2005-520 DC

Cour suprême des États-Unis

Shelton v. United States, 246 F. 2d 571,
1957

Kelleher v. Henderson, 531 F. 2d 78, 1976

§2. Le contrôle de la validité de l'accord en matière de concurrence

A. Le contrôle de l'accord dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs

Conseil / Autorité de la concurrence

Décision n°03-D-45 du 25 septembre 2003

Décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004

Décision n°06-D-09 du 11 avril 2006

Décision 07-D-48 du 18 décembre 2007

B. Le contrôle opéré dans le cadre d'une procédure de clémence

Autorité de la concurrence

Décision n° 11-D- 17 du 8 déc. 2011

Décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013

Section 2. Les effets de l'intervention juridictionnelle

§1. La perfection de l'accord

A. La nature de l'action du juge judiciaire

Cour de cassation - chambre civile

Civ. 1ère 10 oct. 1990, D. 1990, IR p. 275 ;

Civ. 2e, 11 oct. 1989 ; Civ. 1ère 10
mars 1998, D. 1998, p. 601, obs. J.
MASSIP ; Petites affiches, 14 juin
2000, étude SAK

Civ. 1^{ère} 26 juin 1991, note J. MASSIP, D.
1991, p. 315

Juridictions judiciaires du fond

CA, Versailles 19 nov. 1980, D. 1981, p.
460, note J. MASSIP

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 nov. 1995, *Acquaviva c/
France*, req. n° 19248/91

Cour suprême des États-Unis

Paradiso v. United States, 482 F.2d 409,
415-416 (3d Cir.), 1973

Brady v. United States, 397 U.S. 742, 755,
1970

United States v. Fountain, 777 F. 2d 351,
357 (7th Cir.), 1985

United States v. Pollard, 959 F.2d 1011
(DC. Cir.), 1992

United States v. Marks, 38, F. 3d 1009,
1012 (8th Cir.), 1994

United States v. Ruiz, 536 U.S. 622, 2002

B. La nature de l'organe d'homologation en droit de la concurrence

Conseil constitutionnel

Cons. const. 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC

Cour de cassation - chambre commerciale

Cass. com. 9 avril 1996, *Haddad c. Agent judiciaire du Trésor*, Bull. cass. IV, n° 115, p. 96, RJDA 1996, n° 645, concl. M-C. PINIOT

Cass. com., 5 oct. 1999, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, concl. M-A. LAFORTUNE et note O. FLECHEUX, Gaz. Pal., 2 décembre 1999, n° 336, p. 2 ; note E. CADOU, JCP G, 2000, n° 7/8, p. 309, note J-J. MENEURET, *Contrats, conc. conso.*, 2002, n°1, chron. p. 4 et s.

§2. La transformation de l'accord

Cour de cassation - chambres civiles

Civ. 2^{ème}. 19 fév. 1986, D. 1987, p. 447, note. P. THERY

Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, JCP 1997, II, 22912

Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1999, JCP, 2000, 10338, note. V. GUED

A) Voies de recours et nature de l'acte homologué

Cour de cassation - chambres civiles

Civ. 1^{ère} 14 janvier 1997, Bull. civ. I, n° 20, D. 1997, p. 273, rapp. X. SAVATIER ; JCP 1997, II, n° 22912, note PAILLET et 1997, I, n° 4047, obs. G. WIEDERKEHR ; Defrenois, 1997, p. 420, obs. G. CHAMPENOIS

Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 318, D. 2001, p. 1496, note T. GARE

Cour de cassation - chambre sociale

Cass. soc. 13 janv. 2009, Bull. civ., n°1 ; D. 2009, A.J. p. 291, note LAVRIC

B) L'incohérence persistante de la procédure de composition pénale

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 février 1995, décision n°95-360 DC

Cour de cassation - chambre criminelle

Cass. crim., 24 juin 2008 : Bull. crim., n° 162 ; D. 2008, jurispr., p. 2146 ; D. 2009, chron. 44 ; AJ Pénal 2008, p. 422, obs. C. SAAS

Chapitre 2. L'absence d'homologation de l'accord

Section 1. La décision de refus d'homologation

§1. La nature de la décision de refus d'homologation

A. La disparité du régime des décisions de refus d'homologation de l'accord

1) Le recours à l'encontre d'un refus d'homologation devant le juge pénal

Juridictions judiciaires du fond

CA Amiens, 1^{er} mars 2006, Juris Data n° 2006-305344

CA Montpellier, 19 janv. 2010, n° 09/01018

2) Le recours à l'encontre du refus d'homologation devant l'Autorité de la concurrence

Cour de cassation - chambre commerciale
Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-19. 108,
SA Dexxon Data Media
Cass. com. 2004, *Affaires des géomètres
experts*, BOCCRF du 9 déc. 2004

Juridictions judiciaires du fond
CA Paris, 1^{ère} ch. sect. H., 21 sept 2004

B. La nature hétérogène des décisions de refus d'homologation

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC

§2. Les effets de la décision de refus d'homologation sur l'accord

Cour de cassation - chambre criminelle
Crim. 17 sept. 2008, bull. crim. n°192 ; D.
2008, p. 2602, obs. LÉNA ; *Ibid*, p.
2904, note J. LASSERRE
CAPDEVILLE ; AJ. pén. 2008, p.
515, obs. C. SAAS ; Rev. sc. crim.,
2009 p. 412, obs. R. FINIELTZ ; D.
2009, p. 2238, obs. J. PRADEL

Crim. 30 nov. 2010, bull. crim. n° 190 ; D.
2011, p. 166 ; *ibid*. p. 381 et 2238 ;
Dalloz actualité, 24 janv. 2011, obs.
Léna
Crim. 18 janv. 2011, n° 10-83.750, D.
2011, p. 381

Section 2. Les difficultés liées à la mise en œuvre d'un procès de droit commun

§1. Refus d'homologation et impartialité du juge de jugement

Conseil constitutionnel
Cons. constit. 2 mars 2004, décision n°
2004-492 DC

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.460,
Bull. crim., n° 190, Dalloz
actualité, 24 janv. 2011, obs. LÉNA

§2. Refus d'homologation et respect de la règle *non bis in idem*

Conseil constitutionnel
Cons. const., 10 décembre 2010, décision
n° 2010-77 QPC

Cour de cassation - chambre criminelle
Cass. crim., 4 oct. 2006: Bull. crim. 2006,
n° 244, Rev. sc. crim., 2007, p. 118,

obs. A. GIUDICELLI ; D. pén.
2007, comm. n° 27, note MARON
Cass. crim. 14 oct. 2008, Proc. 2008
comm. n° 340, note BUISSON ;
AJ. Pén. 2008, p. 517, obs. M-E.
CARTIER

Index alphabétique

Les numéros indiqués renvoient aux numéros de paragraphes

– A –

Accord : 317 et s.

- caducité, 483, 522 et s.
- concept, 546, 415
- effets, 370, 498
- notion fonctionnelle, 424
- novation, 489, 502
- perfection, 466

Acte juridictionnel : 150, 470

Action civile : 73, 155 et s., 160

Action publique : 26, 28, 72, 125 et s.

Allemagne :

- Absprachen, 19
- Verständigungen, 19

Américanisation : 48, 50, 170

Analyse économique du droit : 41, 166, 186, 425

Arrestation : 12

Autorité administrative indépendante : 38

Autorité de la concurrence : 41 et s.
- décisions (nature), 150, 484

Autorités de régulation : 39

Autorité juridictionnelle, *v. Juge*

Aveu : 130,

- auto- incrimination, 48 et s. 136 et s.
- incrimination d'autrui, 38, 189 et s.

Avocat : 70, 136, 154, 294

– C –

Chose jugée :

- autorité de, 74, 298, 536

Citation directe : 73, 155 et s.

Civil Law : 16, 54, 187

- Inquisitoire, 168, 170, 182

Classement sous condition : 66

Clémence :

- Procédure de, 42, 96, 101, 219

Collaborateurs de justice : *V. Repentis*

Concessions réciproques : 273, 383

Contrainte : 106, 218, 552

Common Law :

- systèmes, 07, 224, 230 et s.
- accusatoire, 07, 22, 60, 126, 170

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 32, 77 et s., 117, 144, 156, 247

Composition pénale, 31, 66 et s., 116, 246, 259

action publique, 72

- fonctionnement, 66
- mesures proposées, 69
- qualification, 74

Consentement, 104, 122, 134

Conséquentialisme : 424

Contrat : 201, 214, 317 et s.

- de droit privé, 396 et s.
- de droit public, 407 et s.

Contractualisation : 51, 132, 225

Consentement : 104

- caractère, 355
- contractuel/substantiel, 324
- Objet, 353
- Révocabilité, 360

Contentieux de masse : 49

Criminalité organisée : 34, 84, 86, 196

–D–

Dilemme du prisonnier : 193

Discernement : 104 et s.

Droit de la concurrence : 41, 95, 132

Droits de la défense : 09, 104, 136, 169

Droit de ne pas s'auto-accuser :

- Système américain, 36

Droit pénal économique : 96, 116, 163

– E –

Engagements :

- Procédure d', 43

Exemption de la sanction : 34, 86, 91, 215

– G –

Garanties : 227, 230

- impartialité, 254

– H –

Homologation : 145, 436 et s.

- effets, 463 et s.
- décision de refus, 503
- nature de la décision, 506 et s.

– I –

Impartialité : 255 ; 530

Indépendance : 255

Italie :

- Système procédural, 18 et s.
- Patteggiamento, 18

– J –

Jeu : (théorie des), 186, 193

Juge :

- autorité juridictionnelle, 140
- Office de *jurisdictio*, 150
- *Imperium*, 150

Justice restaurative : 70

– L –

Légalité criminelle :

- principe de, 206

– M –

Majeurs protégés : 110 et s.

Matière gracieuse : 150, 440

Matière pénale : 38, 151

Médiation pénale : 26, 66, 152

Mineurs : 67, 105, 398

– N –

Négociation :

- définition, 02 et s.
- domaine, 03
- légalité, 167 et s.
- objet, 33

Négociation en matière pénale :

- concept et définition, 23 et s., 38

Non-contestation des griefs :

- procédure de, 44

Non bis in idem : 296, 297, 300, 535

Notion conceptuelle : 415, 417 et s.

Notion fonctionnelle : 415, 424 et s.

– O –

Offre : 325 et s.

Opportunité des poursuites : 66, 90, 332

– P –

Peine :

- exemption, 34, 86, 91
- quantum, 24, 28
- réduction, 86, 89

Personne morale : 114 et s.

Plaider coupable :

- origine, 08
- devant la Cour pénale internationale, 20

Plea : 12

Plea bargaining : 09, 107, 111

- Origine, 10, 14, 16, 37
- Objets, 14

Pratiques anticoncurrentielles : 119, 129, 193

Prescription : 345 et s.

Principes : 226 et s.

- contradictoire, 234 et s., 233
- égalité, 206 et s.
- publicité, 244 et s.

Procédure gracieuse : 150

–R–

Repentis : 34, 45, 90, 96, 215 et s.

- mécanisme, 34
- origines, 35, 189 et s.

Renonciation : 230, 273 et s.

Responsabilité pénale des personnes morales : 103, 112 et s.

Restaurative justice : 70

–S–

Sanctions :

- autonomie de la notion, 38, 70
- tableau, 336

–T–

Transaction :

- civile, 376, 383
- pénale, 380 et s.

- (art. 6) :28

- (art. 41-1-1) : 29

–U–

Utilitarisme : 223

- Beccaria, 97, 127
- pénal, 223

–V–

Validation : 74, 135, 145, 448

Vérité : 16, 173 et s., 178

- distinction formelle / matérielle, 16, 173, 188

Vices du consentement : 357

Victime :

- place, 153
- devant le juge pénal, 154 et s.
- devant l'autorité de la concurrence, 158 et s.

Voie de recours : 268

- contre une ordonnance d'homologation, 490
- contre un refus d'homologation devant le juge pénal, 508
- contre un refus d'homologation devant l'Autorité de la concurrence, 512

|

Annexe 1

Tableau des tendances relatives aux problèmes de criminalité transnationale organisée²¹⁵².

PROBLÈME DE CRIMINALITÉ TRANSNATIONALE ORGANISÉE		AMPLEUR ESTIMÉE	VALEUR ANNUELLE ESTIMÉE (us \$)	TENDANCE ESTIMÉE
TRAITE DES PERSONNES	VERS L'EUROPE À DES FINS D'EXPLOITATION SEXUELLE	70 000 victimes (par an) 140 000 victimes (total)	3 milliards (total)	Stable
TRAFIC ILLICITE DE MIGRANTS	D'AMÉRIQUE LATINE VERS L'AMÉRIQUE DU NORD	3 millions d'entrées/an et 55 000 migrants /an	6,6 milliards (revenus pour les trafiquants)	À la baisse
COCAINE	D'AFRIQUE VERS L'EUROPE	309 tonnes (au départ)	150 millions (revenus pour les trafiquants)	À la baisse
	DE LA RÉGION ANDINE VERS L'AMÉRIQUE DU NORD	196 tonnes (à destination)	38 milliards (à destination)	À la baisse
	DE LA RÉGION ANDINE VERS L'EUROPE	212 tonnes (au départ) 124 tonnes (à destination)	34 milliards (à destination)	Stable
HÉROÏNE	DE L'AFGHANISTAN VERS LA FÉDÉRATION DE RUSSIE	95 tonnes (au départ)	13 milliards (à destination)	À la hausse
		70 tonnes (à destination)		
	DE L'AFGHANISTAN VERS L'EUROPE (À L'EXCLUSION DE LA RUSSIE)	140 tonnes (au départ) 87 tonnes (à destination)	20 milliards (à destination)	Stable
TRAFIC D'ARMES À FEU	DES ÉTATS-UNIS VERS LE MEXIQUE	20 000 armes, essentiellement armes de poing	20 millions	Stable
	DE L'EUROPE DE L'EST DANS LE MONDE	Au moins 40 000 Kalachnikovs en 2007-2008	Au moins 33 millions (2007- 2008 à destination)	À la baisse
TRAFIC DE RESSOURCES NATURELLES	ESPÈCES SAUVAGES D'AFRIQUE ET D'ASIE DU SUD- EST VERS L'ASIE	Ivoire d'éléphant: 75 tonnes	Ivoire d'éléphant: 62 millions	À la hausse
		Corne de rhinocéros: 800 kg	Corne de rhinocéros: 8 millions	
		Parties de tigre: 150 peaux et environ 1 500 kg d'os de tigre	Parties de tigres: 5 millions	
	BOIS D'ASIE DU SUD-EST VERS L'UNION EUROPÉENNE ET L'ASIE	20 millions de mètres cubes	3,5 milliards (à destination)	À la hausse au Laos, en Papouasie Nouvelle-Guinée
CONTREFAÇON DE PRODUITS	BIENS DE CONSOMMATION D'ASIE VERS L'EUROPE	Environ deux milliards d'articles par an	8,2 milliards (à destination)	À la hausse
	MÉDICAMENTS D'ASIE VERS L'ASIE DU SUD-EST ET L'AFRIQUE	Milliards d'unités de doses	1,6 milliard (à destination)	Difficile à déterminer
PIRATERIE MARITIME	AU LARGE DES CÔTES SOMALIENNES	160 attaques en 2011 (environ)	120 millions	À la baisse
	AU NIVEAU MONDIAL	297 attaques en 2012		
CYBER- CRIMINALITÉ	USURPATION D'IDENTITÉ	Environ 1,5 million de victimes	1 milliard	Difficile à déterminer
	PÉDO PORNOGRAPHIE	Environ 50 000 nouvelles images générées/an	250 millions	Stable

²¹⁵² Source : <http://www.unodc.org>

Annexe 2

Table de détermination des sanctions :

SENTENCING TABLE (in months of imprisonment)

Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)					
	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
	1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
	2	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
	3	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
Zone A	4	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
	5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12
	6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15
	7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18
	8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21
Zone B	9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24
	10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27
Zone C	11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30
	12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33
	13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37
	14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41
	15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46
	16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51
	17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57
	18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63
	19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71
	20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78
	21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87
	22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96
	23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105
	24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115
Zone D	25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125
	26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137
	27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150
	28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162
	29	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175
	30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188
	31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
	32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
	33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
	34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
	35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
	36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
	37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
	38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life
	39	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life
	40	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life
	41	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life
	42	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
	43	life	life	life	life	life

November 1, 2013

L'axe vertical est gradué en fonction des niveaux de gravité des infractions (de 1 à 43). À chaque type d'infractions est attribué un niveau de base (*base offense level*) qui constitue le point de départ pour déterminer la gravité d'une infraction donnée. (Ex : La violation de propriété privée²¹⁵³ correspond à un *base offense level* de 4, un enlèvement ou séquestration²¹⁵⁴ correspond à un *base offense level* de 32). En fonction des circonstances liées à l'infraction telle que l'existence d'une victime, l'utilisation d'une arme, la résistance aux forces de l'ordre etc, le niveau varie.

Par exemple, le vol²¹⁵⁵ est une infraction dont le *base offense level* est 20. Si la circonstance aggravante d'utilisation d'une arme à feu est caractérisée, cela augmente le niveau de 7. Si le vol commis avec usage d'une arme est accompagné, précédé ou suivi de violence sur autrui, le niveau augmente encore de 2 à 6 en fonction des dommages causés à la victime.

L'axe horizontal est gradué en fonction des antécédents du délinquant, ces antécédents sont divisés en six catégories qui correspondent chacune à des points allant de 0 à 13 et au delà. (*Criminal history points*). La catégorie I inclut les primo-délinquants tandis que la catégorie VI correspond aux délinquants multi-récidivistes.

3 points sont assignés au départ pour chaque condamnation déjà prononcée à une peine d'emprisonnement d'une durée de un an et un mois.

1 point est ajouté pour chaque condamnation déjà prononcée à une peine d'emprisonnement inférieure à 60 jours.

2 points sont ajoutés pour chaque condamnation déjà prononcée à une peine d'emprisonnement d'une durée allant de 60 jours à 13 mois.

2 points sont ajoutés lorsque le délinquant a commis la nouvelle infraction alors qu'il était sous le coup d'une précédente condamnation, etc.

Le point d'intersection entre le l'axe vertical (*offense base level*) et l'axe horizontal (*Criminal history points*) détermine une « gamme », (*Sentencing range*) en mois d'emprisonnement, dans laquelle devra se situer la sanction à prononcer.

²¹⁵³ 18 USC, Part I, Chapter 91, § 1863 : *Trespass*

²¹⁵⁴ 18 USC, Part I, Chapter 55, § 1201 : *Kidnapping*

²¹⁵⁵ 18 USC, Part I, Chapter 103 : *Robbery and Burglary*

Annexe 3

Tableau des méthodes de détermination des sanctions

Détermination des sanctions : méthodes comparées des principales autorités de concurrence

		Allemagne (Bkarta)	Commission européenne	Espagne (CNC)	France (Autorité)	Pays-Bas (NMa)	Royaume-Uni (OFT)	Etats-Unis (DoJ)
Critères de détermination des sanctions		Gravité + Durée	Gravité + Durée	Portée de l'infraction et durée + Parts de marché + Caractéristiques des marchés + Effets sur les consommateurs	Gravité + Dommage à l'économie + Individualisation + Répétition	Gravité + Durée	Gravité + Durée	Gravité + Durée
Montant de base	Référentiel	0-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	10-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-50 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-10 % de la valeur des ventes liées à l'infraction ¹	20 % de la valeur des ventes liées à l'infraction
	Durée	Prise en compte intégrale ²	Prise en compte intégrale ³	Prise en compte par paliers selon l'année (A): A1:+100 %; A2:+75 %; A3:+50 %; A4:+25 %; A5:+15 %; A6: +10 %; A7 et suivantes: +5 %	Prise en compte par paliers selon l'année (A): A1:+100 %; A2 et suivantes:+50 %	Prise en compte intégrale ²	Prise en compte intégrale possible ⁴	Prise en compte intégrale ²
	Droit d'entrée	Aucun	15-25 % de la valeur des ventes liées à l'infraction sur l'année de référence	Aucun ⁵	Aucun	0-25 % de la valeur des ventes liées à l'infraction sur l'année de référence	Aucun	Coefficient multiplicateur en fonction de la culpabilité de l'entreprise
Individualisation	Dissuasion	+100 % du montant de base	Facteur multiplicateur supérieur à 1	Aucun	Réduction ou augmentation possible	Augmentation possible	Réduction ou augmentation possible ⁶	Augmentation possible
	Répétition	Pourcentage d'augmentation au cas par cas	Pourcentage d'augmentation compris entre +50 % et +100%	Pourcentage d'augmentation compris entre +5 % et +15 %	Pourcentage d'augmentation compris entre +5 % et +50 %	+100 %	Pourcentage d'augmentation au cas par cas	Augmentation discrétionnaire au cas par cas
	Autres ajustements	Circonstances aggravantes + circonstances atténuantes + capacité contributive						

¹ En pratique, l'OFT retient une proportion supérieure dans le cas des pratiques graves, comme les cartels, afin d'assurer la dissuasion (exemples : proportion de 15 % retenue pour certaines entreprises dans l'affaire du cartel du travail temporaire en 2009 ; proportion de 14 % retenue pour certaines entreprises dans l'affaire du cartel du BTP en 2009).

² Cette prise en compte intégrale est assurée en additionnant la valeur des ventes effectuées sur toute la durée de l'infraction

³ Cette prise en compte intégrale est assurée en multipliant la valeur des ventes effectuées pendant l'année de référence par le nombre d'années d'infraction.

⁴ En pratique, cette prise en compte est intégrale. Elle est assurée en multipliant la valeur des ventes effectuées pendant l'année de référence par le nombre d'années d'infraction.

⁵ En pratique, le fait que la proportion des ventes commence à 10% est assimilable à un droit d'entrée.

⁶ En pratique, l'OFT peut multiplier le montant de base par un coefficient supérieur à 1 pour assurer la dissuasion.

Table des matières

Sommaire	11
Introduction	13
I. Pratique et propagation de la négociation dans la justice pénale.....	23
A. Le plea bargaining en droit américain	23
B. La négociation du plaidoyer au niveau européen	25
C. Les caractéristiques communes aux différentes pratiques de la négociation	33
II. Les procédures de négociation du plaidoyer de culpabilité en droit français.....	39
A. Les procédures relevant stricto sensu du domaine de la négociation	40
B. Les procédures de négociation au regard de la définition de la matière pénale.	46
1) La négociation devant l’Autorité de la concurrence, une pratique ancrée	49
2) La négociation devant l’Agence française de lutte contre le dopage, une pratique amorcée.	52
PARTIE I. LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION EN MATIÈRE PÉNALE	61
<i>TITRE 1. LA MISE EN ŒUVRE DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION</i>	<i>65</i>
Chapitre 1. Le domaine de la négociation	67
Section 1. Négociation et gravité de l’infraction	68
§1. Négociation et infractions relevant d’une procédure de droit commun	69
A. La procédure de composition pénale.....	70
B. La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité	82
1) La CRPC avant la loi du 13 décembre 2011.....	83
2) La CRPC après la loi du 13 décembre 2011.....	87
§2. Négociation et infractions relevant d’une procédure dérogatoire	90
A. Infractions relevant de la criminalité organisée	91
1) Infractions relevant de la criminalité organisée stricto sensu.....	93
2) Infractions relevant de manière extensive des règles inhérentes à la criminalité organisée.....	98
B. Infractions en droit pénal économique	101
Section 2. Négociation et auteurs de l’infraction	109
§1. L’auteur personne physique	110
A. Les mineurs et la négociation.....	111
B. Les majeurs protégés et la négociation.....	115
§2. L’auteur personne morale	118
A. Négociation en procédure pénale	118
1) La possibilité d’engager la responsabilité pénale des personnes morales.....	118
2) La possibilité de négocier avec les personnes morales.....	121
B. Négociation en procédure para-pénale.	123
Conclusion du Chapitre 1	127
Chapitre 2. Les acteurs de la négociation.....	129
Section 1. Des acteurs principaux	129
§1. L’autorité de poursuite	130
A. Rôle historique du ministère public	131
B. Évolution du rôle du ministère public	135
1) Les incohérences dans l’action du ministère public.....	137
2) Les difficultés liées à l’interaction de son action avec les autres acteurs de la procédure	138
§2. L’auteur de l’infraction	141
Section 2. Des acteurs secondaires.....	147
§1. L’autorité juridictionnelle	148
A. Minoration de l’acte de jugement.....	151
B. Renforcement de la fonction de juger	155

§2. La victime.....	159
A. La place de la victime dans les procédures de négociation devant le juge pénal.....	160
B. La place de la victime dans les procédures devant l’Autorité de la concurrence.....	164
Conclusion du Chapitre 2	167
Conclusion du Titre 1.....	169
<i>TITRE 2. LA LÉGALITÉ DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION</i>	<i>173</i>
Chapitre 1. Négociation et finalités de la justice pénale	179
Section 1. Variation de la notion de vérité.....	180
§1. Négociation et auto-incrimination.....	182
A. Évolution temporelle de la notion d’aveu auto incriminant.....	184
B. Évolution fonctionnelle de la notion d’aveu auto-incriminant.....	188
§2. Négociation et incrimination d’autrui	193
A. Évolution temporelle de l’aveu incriminant autrui	195
B. Évolution fonctionnelle de l’aveu incriminant autrui.....	199
Section 2. Évolution de la notion de répression.....	206
§1. Négociation et modulation de la sanction	208
A. Atteinte aux principes directeurs relatifs à la peine	208
1) Négociation, légalité et égalité.....	209
2) Négociation et personnalisation des peines	213
B. Efficacité de la menace de répression	217
§2. Négociation et exemption de la sanction	221
A. Neutralisation de la répression individuelle.....	222
B. Renforcement de la répression du groupe	223
Conclusion du Chapitre 1	227
Chapitre 2. Négociation et principes directeurs en matière pénale	229
Section 1. Aménagement des principes liés au procès.....	234
§1. Justification de l’altération des principes liés au rituel	235
A. Le principe du contradictoire	235
1. Le contradictoire dans les procédures de négociation en droit pénal	236
2. Le contradictoire dans les procédures de négociation en droit de la concurrence.....	239
B. Le principe de publicité	243
1) La publicité dans les procédures de négociation en droit pénal.....	244
2. La publicité dans les procédures de négociation en droit de la concurrence	248
§2. Impérativité des garanties liées à la procédure	250
A. L’impartialité des procédures de négociation	251
1) Impartialité et procédures de négociation en droit pénal	253
2) Impartialité et procédures négociées en droit de la concurrence.....	257
B. Le droit au recours dans les procédures de négociation	259
Section 2. Renonciation aux droits substantiels.....	263
§1. La renonciation à l’exercice des droits de la défense.....	265
A. Contenu de la renonciation.....	266
1) La présomption d’innocence.....	266
2) Le droit au silence.....	269
3) Le droit ne pas contribuer à sa propre accusation.....	271
B. Justifications de la renonciation	272
§2. La protection de la renonciation à l’exercice des droits de la défense.....	276
A. Renforcement des pouvoirs des acteurs secondaires de la négociation	277
1) Un accroissement souhaitable du rôle de l’avocat.....	277
2) Un renforcement impératif des pouvoirs de l’autorité juridictionnelle	279
B. Négociation et autres règles de droit	281

1) Difficultés sur le plan international	282
2) Difficultés sur le plan interne	285
Conclusion du Chapitre 2	291
Conclusion du Titre 2	293
Conclusion de la Partie I	295
PARTIE II. LE RÉSULTAT DE LA NÉGOCIATION EN MATIÈRE PÉNALE	297
<i>TITRE 1. LA NOTION D'ACCORD EN MATIÈRE PÉNALE</i>	<i>301</i>
Chapitre 1. La formation de l'accord en matière pénale.....	303
Section 1. L'émission d'une offre par la partie poursuivante	304
§1. Les modalités d'émission de l'offre	305
A. Le moment d'émission de l'offre	306
1) Au stade des poursuites devant le procureur	307
2) Au stade de l'instruction	308
B. La forme de l'offre	309
1) Une offre expresse.....	310
2) Une offre tacite.....	311
§2. Le contenu de l'offre	312
A. Diversité des sanctions susceptibles d'être proposées	313
B. Détermination du quantum de la peine.....	315
1) Les limites légales.....	316
2) Les limites issues de la pratique.....	319
§3. Les effets de l'offre	323
A. Les effets de l'offre sur l'action publique	323
B. Les caractères de l'offre	325
Section 2. La réception de l'offre par une acceptation de la partie poursuivie	329
§1. L'objet du consentement	330
§2. Les caractères du consentement	333
A. L'apparence d'un consentement libre et éclairé.....	334
B. La révocabilité du consentement	338
1) La rétractation avant l'intervention de l'autorité juridictionnelle.....	339
2) La rétractation après l'intervention de l'autorité juridictionnelle.....	340
§3. Les effets du consentement	343
Conclusion du Chapitre 1	346
Chapitre 2. La qualification de l'accord en matière pénale	349
Section 1. Inadaptation de la notion de contrat	351
§1. Confrontation de l'accord en matière pénale avec le genre de la transaction..	353
A. Étude de la qualification de transaction pénale	355
1) L'exclusion de la composition pénale de la qualification de transaction pénale.	356
2) L'exclusion des procédures négociées devant l'Autorité de la concurrence de la qualification de transaction pénale.	357
B. Rejet de la qualification de transaction civile.....	359
1) Examen du critère des concessions réciproques.....	360
2) La nécessité d'une intervention juridictionnelle	363
§2. Confrontation de l'accord en matière pénale avec la famille du contrat.....	366
A. L'accord face aux caractéristiques essentielles du contrat de droit privé	369
1) L'absence d'autonomie de la volonté dans l'accord en matière pénale	369
2) Les effets de l'accord en matière pénale.....	372
B. L'accord au regard des caractéristiques essentielles du contrat administratif.....	376
1) Identification du critère organique du contrat administratif au sein de l'accord en matière pénale	377
2) Les difficultés liées au critère matériel	378
Section 2. La qualification de l'accord par sa fonction.....	381

§1. Les difficultés relatives à la définition conceptuelle de l'accord en matière pénale.....	382
A. L'élément matériel du concept d'accord en matière pénale.....	385
B. L'élément intentionnel du concept d'accord en matière pénale.....	386
§2. La nécessaire qualification fonctionnelle de l'accord en matière pénale.....	388
Conclusion du Chapitre 2.....	392
Conclusion du Titre 1.....	395
<i>TITRE 2. LE RÉGIME DE L'ACCORD EN MATIÈRE PÉNALE.....</i>	<i>397</i>
Chapitre 1. L'homologation de l'accord.....	399
Section 1. L'objet de l'intervention juridictionnelle.....	401
§1. Le contrôle de la validité de l'accord par le juge judiciaire.....	402
A. L'homologation de l'accord dans le cadre d'une CRPC.....	402
B. La validation de l'accord dans le cadre d'une composition pénale.....	406
C. L'examen de l'accord passé avec les personnes visées à l'article 132-78 du Code pénal.....	408
§2. Le contrôle de la validité de l'accord par l'Autorité de la concurrence.....	409
A. Le contrôle de l'accord dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs....	410
B. Le contrôle opéré dans le cadre d'une procédure de clémence.....	412
Section 2. Les effets de l'intervention juridictionnelle.....	415
§1. La perfection de l'accord.....	416
A. La nature de l'action du juge judiciaire.....	418
1) La nécessité d'un contrôle approfondi.....	420
2) L'opportunité d'un pouvoir réformateur.....	422
a. Les pouvoirs contestés du juge américain.....	424
b. Les pouvoirs souhaités du juge français.....	427
B. La nature de l'organe d'homologation en droit de la concurrence.....	429
§2. La transformation de l'accord.....	432
A. Voies de recours et nature de l'acte homologué.....	433
B. L'incohérence persistante de la procédure de composition pénale.....	435
Conclusion du Chapitre 1.....	440
Chapitre 2. L'absence d'homologation de l'accord.....	441
Section 1. La décision de refus d'homologation.....	442
§1. La nature de la décision de refus d'homologation de l'accord.....	443
A. La disparité du régime des décisions de refus d'homologation de l'accord.....	443
1) Le recours à l'encontre d'un refus d'homologation devant le juge pénal.....	444
2) Le recours à l'encontre d'un refus d'homologation devant l'Autorité de la concurrence.....	445
B. La nature hétérogène des décisions de refus d'homologation.....	448
§2. Les effets de la décision de refus d'homologation sur l'accord.....	450
A. La caducité de l'accord en matière de CRPC.....	450
B. La caducité de l'accord en matière de composition pénale.....	452
Section 2. Les difficultés liées à la décision de refus d'homologation.....	454
§1. Refus d'homologation et impartialité du juge de jugement.....	456
§2. Refus d'homologation et respect de la règle <i>non bis in idem</i>	458
A. La règle <i>non bis in idem</i> et la nature de l'ordonnance de refus d'homologation.....	458
B. La règle <i>non bis in idem</i> et l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale.....	460
Conclusion du Chapitre 2.....	463
Conclusion du Titre 2.....	465
Conclusion de la Partie II.....	467
Conclusion générale.....	469

Bibliographie	475
Index de jurisprudence	529
Index alphabétique	545
Annexe 1	551
Annexe 2	552
Annexe 3	555
Table des matières	557

