

## Chapitre II – Action publique négociée.

392. Les dysfonctionnements de l'appareil judiciaire font aspirer à une autre justice, plus rapide et plus personnalisée : attendre des années pour qu'une affaire soit au mieux jugée, au pire classée, n'est pas admissible par principe ; ce n'est plus tolérable dans une société où chacun prend sa voiture pour accélérer le moindre déplacement, écoute des chansons de deux minutes trente, mange des *fast-food* ou des plats décongelés, zappe frénétiquement sur sa télécommande le soir, avant de s'endormir le plus vite possible avec un somnifère ... La négociation est en vogue. Des transactions multiformes dispensent aujourd'hui du recours aux procédures judiciaires, en évitant ou en interrompant l'action publique qui, pourtant, en principe, appartient à la société seule. L'article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale en mentionne l'existence puisqu'il autorise l'extinction de l'action publique par transaction lorsque la loi en dispose expressément.

Ces transactions constituent, selon le vocabulaire couramment usité, une alternative au procès pénal. M. Jarrosson souligne cependant que l'on retient ici une traduction littérale du terme anglo-saxon : l'alternative n'est pas, ici, une succession de deux choses ou l'option entre deux partis, mais l'un des termes d'un choix. Il est vrai que les expressions de « *mode alternatif de règlement des conflits* » (MARC) ou « *Règlement alternatif des différends* » (RAD) sont inspirées de la dénomination anglo-saxonne « *Alternative Dispute Resolution* » (ADR)<sup>1</sup>. On rencontre les transactions de façon traditionnelle lorsqu'il s'agit d'infractions commises à l'encontre de l'administration, puisqu'elles existaient dès l'Ancien Régime : les administrations traitent ainsi un grand nombre d'infractions pénales dans le domaine fiscal, douanier, des transports,... Les transactions interviennent de façon plus novatrice pour tenter de lutter contre des infractions qui, en raison de leur fréquence, prennent l'allure de fléau : la toxicomanie, le chèque sans provision,... Le droit des affaires est largement investi par les « modes alternatifs de traitement des litiges »<sup>2</sup> : les banques se sont vues confier le contentieux pléthorique des chèques sans provision (en l'espèce les victimes se voient confier la tâche de régler elles-mêmes leurs litiges), et des autorités telles que la commission des opérations de bourse ou le Conseil de la concurrence contrôlent et préviennent, pour partie par négociation, les infractions du droit boursier et de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Il arrive aussi que des magistrats recourent à une négociation destinée à éviter les poursuites classiques : on peut évoquer ici les injonctions thérapeutiques adressées aux toxicomanes ou les ordonnances pénales.

Les modes conventionnels de résolution des litiges sont trop variés pour que leur description puisse être abordée sans préciser tout d'abord le contenu juridique des notions

<sup>1</sup> C. Jarrosson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale*, RID comp. 1997, p. 325, n° 10.

<sup>2</sup> Terminologie retenue par les auteurs participant aux *Rencontres internationales de droit comparé*, Damas 1996, RID comp. 1997, p. 325.

utilisées. Les transactions pénales doivent être définies : leur statut au sein de l'appareil judiciaire est sans doute celui de substitut juridictionnel, ce qui en droit pénal pose des problèmes particuliers (section 1). Les fortunes diverses de ces procédures et les multiples formes qu'elles prennent nécessitent une présentation classifiée. La plupart des transactions coupent le conflit du système judiciaire : à aucun moment ce conflit ne peut faire l'objet d'un contrôle ou d'une voie de recours devant un magistrat. Le litige, relevant pourtant de la « *matière pénale* »<sup>3</sup>, est alors confié à des organes administratifs, indépendants ou non de l'exécutif, diminuant d'autant le pouvoir du juge pénal. Ces conventions constituent alors une véritable alternative au procès et au système judiciaire puisqu'elles se suffisent à elles-mêmes (section 2). Certaines transactions pénales, certes coupent le conflit du juge et du système juridictionnel, mais pas du judiciaire<sup>4</sup> puisqu'elles interviennent sur l'initiative d'un magistrat du parquet<sup>5</sup> ou peuvent faire l'objet d'un contrôle, voire d'un recours : elles constituent une alternative au système juridictionnel (section 3).

<sup>3</sup> Au sens où l'entend la Commission européenne des droits de l'homme, 21 février 1991, *Société Stenuit contre France*, req. n° 11598 / 85. **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica 1992, p. 165 et s. ; *La matière pénale au sens de la CESDH, flou du droit pénal*, Rev. sc. crim. 1987, p. 381. Voir *infra* n° 382.

<sup>4</sup> **C. Jarrosson**, préc., n° 17. **G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° *Judiciaire* : « *Qui appartient à la justice, par opposition à législatif et administratif ; au sein de l'ordre judiciaire, qui émane d'un juge, par opposition à légal et conventionnel, qu'il s'agisse d'un acte juridictionnel (contentieux ou gracieux) ou d'un acte de caractère administratif (acte d'administration judiciaire)* » ;

V° *Juridictionnel* : « *Qui se rapporte à la juridiction prise soit comme organe, soit comme fonction ; ne pas confondre avec judiciaire, tout ce qui est judiciaire n'est pas juridictionnel (ex : le juge d'instance accomplit des actes d'administration judiciaire) ; tout ce qui est juridictionnel n'est pas judiciaire (les tribunaux administratifs exercent dans leur ordre la fonction juridictionnelle)* ».

<sup>5</sup> Le Conseil constitutionnel, tend à assimiler les magistrats du siège et du parquet comme appartenant au même « *ordre judiciaire* ». Décision du 11 août 1993, 93-326 DC, Garde à vue, RJC, I, 551 ; voir aussi la décision du 5 août 1993, 93-323, DC, contrôles d'identité, RJC, I, 535 ; **L. Favoreu**, *Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la constitution*, Rev. sc. crim. 1994, p. 675, spéc. p. 677.

## Section 1 – Les transactions pénales comme substituts juridictionnels.

393. Il est malaisé de définir précisément ce que sont les transactions pénales car les textes et la pratique les emploient de façon un peu anarchique : ces notions semblent recouvrir davantage des concepts d'ordre sociologique, auxquels on recourt presque instinctivement quand le besoin s'en fait sentir, que des institutions juridiques clairement définies. Transaction, injonction, composition,... Les modes conventionnels de résolution des conflits de nature pénale sont multiformes et la terminologie est tout aussi abondante. Il semble cependant que le terme de transaction peut recouvrir un ensemble déterminé de situations quelle que soit leur dénomination dans les textes, la jurisprudence ou la pratique. Afin d'en faire une présentation générale, il convient de définir le contenu de ces notions de transaction (paragraphe 1). Leur fonction au sein du système juridictionnel doit ensuite être précisée (paragraphe 2).

### Paragraphe 1 - Définition de la transaction pénale.

394. Au cours de nos développements, nous emploierons le terme d'accusé, plutôt que ceux de délinquant, coupable, auteur,... Certes les transactions pénales supposent l'aveu. Mais cet aveu n'est pas considéré comme la preuve définitive de reconnaissance de l'infraction en cas de procès pénal après une tentative de conciliation : l'aveu ne constitue pas une présomption légale de culpabilité<sup>6</sup>. En fait, il représente une sorte de précaution destinée à « couvrir »<sup>7</sup> les victimes sollicitant la conciliation, en particulier les autorités non-judiciaires (administrations,...). C'est la transaction elle-même qui vaut reconnaissance de l'infraction, mais sans emporter la culpabilité<sup>8</sup>. « *Tant les principes généraux de procédure pénale que les principes de droit conventionnel européen, voire les principes constitutionnels, font obstacle à ce qu'une personne puisse être considérée comme coupable alors même qu'elle n'a pas été condamnée par un tribunal indépendant selon une procédure équitable. A cet égard, l'accord transactionnel ne peut constituer l'équivalent juridique d'une condamnation. Ce n'est donc que par abus de langage que certains textes d'ordre réglementaire ou des accords transactionnels de l'administration mentionnent que la transaction est passée avec "l'auteur de l'infraction" »*<sup>9</sup>.

Définir la transaction pénale nécessite de s'attacher au contenu juridique de la notion de transaction. Celle-ci est un contrat nommé par le Code civil<sup>10</sup> ; ces textes, quoique imprécis, peuvent servir d'appui. Cependant, les conditions présidant à sa nature pénale

<sup>6</sup> Article 428 du Code de procédure pénale. Cass. crim., 17 janvier 1952, Bull. crim. n° 19, 28 octobre 1981, Bull. crim. n° 284. **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 701. **M.-L. Rassat**, *Procédure pénale*, préc., n° 232.

<sup>7</sup> **J.-F. Dupré**, *La transaction en matière pénale*, Litec 1977, p. 178.

<sup>8</sup> Cass. crim., 10 décembre 1984, Bull. crim. n° 392.

<sup>9</sup> **M. Dobkine**, *La transaction en matière pénale*, D. 1994, chron, p. 137.

<sup>10</sup> Articles 2044 à 2058 du Code civil.

permettent de constater que la transaction pénale n'est pas une simple variété de transaction civile. Selon l'article 2044 du Code civil : « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* ». Cette définition est maladroite puisqu'un litige est toujours né<sup>11</sup>. Qui plus est, elle ne rend pas compte des composantes de ce contrat. Ces composantes seraient les suivantes: une situation litigieuse qui est la cause du contrat (A), l'échange des consentements (B), un sacrifice réciproque, objet du contrat (C), une exécution (D).

### A - La situation litigieuse

395. Quel doit être le nœud de ce litige ? Faut-il une incertitude quant à l'existence ou la réalisation d'un droit ? Faut-il que l'issue de l'éventuel procès que tente d'éviter la transaction soit douteuse ? Ceci garantirait le sérieux de la transaction, sérieux exigé dans toute procédure. Pour Guillouard<sup>12</sup> « *Si on abandonne un droit indiscutable, ce n'est plus une transaction mais une donation* ». Cependant, quel doute doit-on considérer ? Une incertitude qu'aurait l'homme de la rue ou bien seulement celle d'un juriste averti ?

En fait, la pratique montre que de nombreuses transactions ont lieu alors qu'il n'existe aucun doute sur le résultat d'un éventuel procès. Ainsi en est-il en matière fiscale : les situations sont, le plus souvent, certaines au plan juridique. En réalité, « *l'élément qui rend possible l'existence d'une transaction est, non pas le doute résultant du litige, mais la situation purement litigieuse* »<sup>13</sup>. L'affaire la plus évidente aux yeux d'un juriste éclairé pourra pourtant décourager la partie virtuellement gagnante à un procès : celle-ci craindra la perte de temps, les frais, les soucis qu'occasionne un procès, voire la publicité qui en sera faite. Une entente avec l'adversaire peut paraître préférable. La crainte du procès est certainement l'élément psychologique majeur de la transaction. Dès le début du vingtième siècle, des arrêts ont spécifié que des transactions pouvaient être conclues pour éviter les difficultés de mise en œuvre d'un droit certain<sup>14</sup>.

Le litige peut porter sur l'affirmation d'un droit douteux, la mise en œuvre d'un droit certain, sur l'évaluation de dommages et intérêts, sur une infraction constatée par le Parquet, par une victime ou par un agent assermenté. Puisque la situation litigieuse constitue la cause du contrat de transaction, elle doit exister. Si, dès lors, une transaction est conclue sur une infraction avérée ensuite inexistante par une décision judiciaire (car elle a l'autorité de la chose jugée), cette transaction sera annulée et l'accusé pourra obtenir répétition des sommes éventuellement versées<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec 2<sup>ème</sup> éd. 1998, n° 779.

<sup>12</sup> Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, Paris 1894, n° 11.

<sup>13</sup> L. Boyer, *La notion de transaction*, thèse Toulouse 1947, p. 27 ; Voir aussi Encyclopédie Dalloz, V° *Transaction* n° 9 et s., P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, Cujas 12<sup>ème</sup> éd. 1998, n° 1102.

<sup>14</sup> Par exemple, Cass. civ., 12 novembre 1902, DP 1902, 1, p. 566.

<sup>15</sup> CA Limoge, 10 mai 1899, S. 1902, 2, p. 42.

L'existence d'un litige en matière pénale a pu être contestée puisque aucun désaccord entre particuliers ne s'exprimerait. Cependant, même si un procès pénal est censé opposer un particulier à la société ou à l'Etat, il n'existe pas moins un conflit<sup>16</sup>. Par ailleurs, les conflits pénaux n'opposent pas seulement le particulier à la société dont une des normes a été transgressée : bien souvent, cette transgression cause des préjudices à une victime pouvant faire valoir ses droits subjectifs.

La seconde composante de la transaction est la négociation.

### **B - La négociation.**

396. L'obtention d'une transaction s'opère sans intermédiaire entre les parties, contrairement à la médiation<sup>17</sup>. Que les parties soient assistées d'un avocat est possible, mais elles ne seront pas soutenues dans leurs démarches par un médiateur qui propose des solutions. La négociation, composante aujourd'hui essentielle de la plupart des contrats, se fera directement entre les contractants, en vue de mettre fin au litige, cause du contrat, grâce à un échange de consentements intègres. Pourtant, certaines transactions pénales s'opèrent par le procédé d'une oblation volontaire par la victime à un agent assermenté. Dans ces circonstances, il n'y a pas ou peu de négociation : nous nous interrogerons ultérieurement sur cette particularité. De plus, il arrive que des sanctions soient fixées à l'avance (ainsi pour les transactions avec les douanes) en fonction de différents facteurs pour une certaine « *uniformité de jurisprudence* »<sup>18</sup>.

Lorsque la situation litigieuse a fait l'objet d'une négociation, il est nécessaire, pour arriver à un accord, que chacun ait fait un pas vers l'autre et renonce à une de ses prétentions. La transaction nécessite un sacrifice réciproque.

### **C - Le sacrifice réciproque.**

397. Les sacrifices de chaque contractant constituent l'élément essentiel et indispensable à l'élaboration d'une transaction. Il est nécessaire de rappeler leur définition en droit civil (1) avant d'aborder leurs spécificités en matière pénale (2).

#### **1 – Les sacrifices dans la transaction nommée par le Code civil.**

398. C'est ce sacrifice qui constitue l'objet des obligations selon l'article 2048 du Code civil : « *Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui est faite à tout droit, action et prétention, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a*

<sup>16</sup> L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1998, 2<sup>ème</sup> éd., n° 7.

<sup>17</sup> Voir *infra* n° 471 et s. En ce sens, G. Cornu, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, RID comp. 1997, p. 313, spéc. p. 315.

<sup>18</sup> E. Allix, L. Roux, *Les droits de douane, T. II, La transaction en matière douanière*, p. 358.

*donné lieu* »<sup>19</sup>. Chacun sacrifie la prétention qu'il avait originairement formulée, donc son droit d'action. M. Boyer précise<sup>20</sup> que le droit d'action est indépendant du droit substantiel qu'il protège : une personne qui agit en justice a un droit d'action mais pas un droit à une sentence favorable. Le droit d'action donne seulement le droit d'obtenir une décision du juge. Lors d'une transaction, on renonce « à la connaissance juridictionnelle de son droit », « à la vérification des droits contestés ». Plus simplement, on « renonce au pouvoir qui appartient normalement à chaque individu de demander au juge son intervention pour redresser une situation contraire au droit ». Le sacrifice a lieu aussi sur un autre terrain que celui de l'abandon des droits à ester : l'une des parties renonce à une part des prestations qu'elle aurait pu attendre d'un jugement ; l'autre (l'accusé) admet de verser une somme ou d'exécuter une prestation en nature (ainsi, en droit forestier).

Il se peut que la transaction ait lieu après un jugement. Dans cette hypothèse, les parties renoncent à l'exécution du jugement. On pourrait penser que cette renonciation est une grâce comme le pensent certains auteurs<sup>21</sup>. Mais M. Gassin<sup>22</sup> évoque la possibilité, par cette transaction, de recevoir, au moins en partie, la condamnation pécuniaire prononcée par le jugement. C'est plutôt un souci d'efficacité qui animerait la partie renonçante. Une autre explication reviendrait à nier l'autorité ou l'intérêt de l'institution judiciaire. Ce critère de l'efficacité est aujourd'hui topique de l'appréhension du droit en général et des transactions en particulier. Peu importe la réalité des droits en présence, peu importe même l'importance des renonciations respectives des parties. Peu importe la rigueur juridique : il faut arriver à un accord rapidement et, surtout, à une exécution au moins partielle.

399. La Cour de Cassation refuse de contrôler l'égalité en valeur des sacrifices. Seule est vérifiée la qualité des parties et par-là même, leurs capacités à mener à bien la transaction et l'existence de concessions réciproques. Les juges admettent la validité des transactions à la seule condition de la réciprocité des concessions, et « *quelle que soit leur importance relative* » : l'équilibre, l'équivalence, ne sont pas vérifiées<sup>23</sup>. Cette position jurisprudentielle est à replacer dans le cadre de l'hostilité du droit français à toute rescision

<sup>19</sup> Condition reprise et affirmée comme fondamentale, dans la circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction, JCP 1995, III, 67306.

<sup>20</sup> **L. Boyer**, *La notion de transaction*, Thèse Toulouse 1947, p. 50 ; Voir aussi Encyclopédie Dalloz, V° *Transaction* n° 22 et s. et **C. Jarrosson**, *Les concessions réciproques dans la transaction*, D. 1997, p. 267, n° 6 et s, n° 37 et s.

<sup>21</sup> **Boitard**, *La transaction pénale en droit français*, Rev. sc. crim. 1941, p. 166.

<sup>22</sup> **R. Gassin**, Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 85.

<sup>23</sup> Cass. soc., 17 mars 1982, Bull. civ. V, n° 180 ; 5 janvier 1984, Bull. civ. V, n° 3 : « *Mais attendu que les juges du fond (...) ont relevé que (la transaction) était le résultat de négociations qui durèrent depuis plusieurs semaines, marquées déjà par un premier accord et au cours desquelles ce cadre de très haut niveau, dont l'ancienneté dans la société et la très grande expérience professionnelle étaient les garants d'un consentement librement donné (...) par cette appréciation, qui échappe aux critiques du pourvoi, ils ont légalement justifié leur décision* » ; 13 mai 1992, Bull. civ. V, n° 307, RTD civ. 1992, p. 783, obs. **P.-Y. Gautier** ; 5 janvier 1994, D. 1994, J., p. 586, note **C. Puigelier**, JCP 1994, II, 22259, note **F. Taquet** ; 30 mars 1994, Revue de jurisprudence sociale 1994, n° 545 ; **C. Jarrosson**, *Les concessions réciproques dans la transaction*, D. 1997, p. 267, n° 40 et s. Une concession dérisoire peut bien sûr entraîner l'annulation du contrat pour défaut de cause : Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 mai 1976, Bull. civ. I, n° 157 ; RTD civ. 1976, p. 812, obs. **R. Savatier**.

pour erreur sur la valeur<sup>24</sup> ; l'article 2052 du Code civil écarte d'ailleurs la lésion en matière de transaction. De plus, les prétentions des parties à une transaction ne seront pas, par définition, consacrées<sup>25</sup>. Les juges ont recherché parfois le bien fondé des prétentions, des droits effectifs de chacun<sup>26</sup>, ce qui est un premier pas vers la vérification de l'équilibre de la transaction. Certains accords ont pu souffrir la contestation des juges, ce qui fut condamné par des auteurs au nom de la sécurité juridique<sup>27</sup>. La vérification du bien fondé des prétentions n'est pourtant pas admise en général<sup>28</sup>. En outre, M. Jarrosson souligne que la vérification du caractère réciproque dans la jurisprudence abondante de droit social en matière de transaction, revient à un rétablissement de l'équilibre de la transaction au profit du salarié<sup>29</sup> puisque les juges se contentent souvent de vérifier l'existence des concessions de l'employeur<sup>30</sup>.

Les sacrifices peuvent avoir lieu sur deux terrains : un abandon de droit d'agir en justice et une renonciation en argent ou en prestation. Ces modalités peuvent être traduites en termes de droit pénal.

## 2 – Les sacrifices dans la transaction pénale.

400. Renonciation à ester ou abandon d'une somme d'argent ... ces deux axes de sacrifice font penser aux deux préoccupations essentielles du juge pénal : d'une part la protection de l'ordre public, qui correspond à la reconnaissance partielle par l'accusé du droit que son adversaire renonce à faire valoir en justice ; d'autre part la réparation des dommages subis par la victime, qui correspond la plupart du temps au versement d'une somme (préoccupation grandissante actuellement si l'on se réfère à une série de lois visant à faciliter l'accès du procès pénal aux victimes, à accélérer la procédure et à améliorer l'indemnisation des victimes<sup>31</sup>).

De façon caricaturale, on renonce, par la transaction, à l'action publique ou à l'action civile, *donc* à la restauration de l'ordre public ou à la réparation des dommages. On ne peut se contenter de l'article 6 du code de procédure pénale pour définir cette institution : « *L'action publique... peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément* ». Ce serait la réduire à son rôle de restauration de l'ordre public. A l'examen

<sup>24</sup> L. Boyer, Encyclopédie Dalloz, V° *Transaction* n° 22 ; A. Arseguet, *Rupture d'un commun accord et transaction, une interaction fructueuse*, Mélanges Boyer, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 1, spéc. n° 10. P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, Cujas 12<sup>ème</sup> éd. 1998, n° 1103.

<sup>25</sup> P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, préc., n° 1103.

<sup>26</sup> A. Arseguet, précité, n° 12 et 15. Voir notamment Cass. soc., 3 décembre 1987, pourvoi n° 85-40.011 ; 18 octobre 1989, *Revue de jurisprudence sociale* 1989, n° 840.

<sup>27</sup> Voir notamment C. Delplancke et P. Laschon, *Les départs négociés*, Litec 1993, n° 127.

<sup>28</sup> Cass. soc. 30 mars 1994, *Revue de jurisprudence sociale* 1994, n° 545 ; 27 mars 1996, JCP 1996, II, 22711, note F. Taquet. C. Jarrosson, *Les concessions réciproques dans la transaction*, D. 1997, p. 267, n°35.

<sup>29</sup> C. Jarrosson, préc., n° 44.

<sup>30</sup> Voir par exemple Cass. soc. 20 juin 1995, JCP 1996, II, 22618, note L. Finel ; 18 février 1998, JCP 1998, IV, 1793

<sup>31</sup> F. Alt-Maes, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain*, Rev. sc. crim. 1987, p. 347, qui cite les lois du 9 septembre 1986 en faveur des victimes du terrorisme, du 23 décembre 1980 qui supprime l'unité des prescriptions civiles et pénales, etc.

des sacrifices réciproques, il est manifeste que la transaction pénale dépasse la seule extinction de l'action publique, pour intéresser l'action civile dans sa dimension réparatrice.

401. Cependant, il n'est pas possible d'en rester là si on tente de définir la transaction pénale. Celle-ci n'est pas une simple variété de transaction civile. Le simple fait de constater qu'elle éteint l'action publique montre qu'elle touche à des domaines interdits à cette dernière : l'ordre public. Traditionnellement, le caractère d'ordre public d'un droit le rend indisponible<sup>32</sup>. L'article 2045 du Code civil exige la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Cependant, dès le milieu du vingtième siècle, plusieurs arrêts ont validé des transactions effectuées dans des domaines d'ordre public, en particulier le droit du travail ou les baux, qui illustrent l'ordre public de protection. Or on estime que les parties peuvent renoncer à ces protections si elles obtiennent une contrepartie, ce qui est le cas lors d'une transaction. Mais cette justification ne tient plus lorsqu'on a affaire à l'ordre public économique, domaine dans lequel on admet aussi les transactions (salaires, licenciement,...).

Selon M. Boitard<sup>33</sup>, la transaction pénale est une sanction administrative. Mais ce point de vue cantonne cette conciliation dans son rôle de sanction, et dans le secteur administratif, ce qui est par trop réducteur. Quels sont les critères de la transaction pénale ?

M. Dobkine<sup>34</sup> n'admet pas que l'on retienne la qualification de transaction pénale lorsqu'il n'y a qu'une atteinte au patrimoine de l'Etat, sans atteinte à l'ordre social. Il n'y a transaction pénale que « *lorsqu'elle porte sur le versement d'une somme d'argent, par référence à une amende pénale ne présentant aucun caractère de mixité, encourue en raison de la commission d'une infraction de droit commun* ». Pour avoir affaire à une véritable transaction pénale, il faut donc, selon cet auteur, une atteinte à l'ordre public, par une infraction de droit commun et la référence à une amende pénale pour guider les négociations.

M. Delmas-Saint-Hilaire<sup>35</sup> affirme, lui aussi, que lorsque l'administration seule subit le dommage (rappelons que beaucoup de transactions sont conclues avec l'administration), l'action publique qu'elle peut exercer n'est pas une « véritable » action publique ... on n'aurait pas affaire à une véritable transaction pénale.

De tous ces points de vue nous pouvons extraire quelques éléments certains. La transaction revêtira son caractère pénal si elle remplit les conditions suivantes : elle remplace le procès pénal dans ses deux composantes qui sont la restauration de l'ordre public (l'action publique n'est pas exercée ou est éteinte) (a) et la réparation des victimes (b) ; de plus, elle évite l'application d'une peine, inscrite dans un texte, cette peine servant d'ailleurs à qualifier d'infraction pénale l'acte décrit (c).

<sup>32</sup> E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 45.

<sup>33</sup> Boitard, *La transaction pénale en droit français*, Rev. sc. crim. 1941, p. 162.

<sup>34</sup> M. Dobkine, *La transaction en matière pénale*, D. 1994, chron., p. 137, n° 2.

<sup>35</sup> *Cours de procédure pénale*, maîtrise, 1991-1992, Université de Bordeaux I.

a - La condition liée à l'ordre public.

402. Si une transaction restaure l'ordre public, elle éteint l'action publique ou dispense de son exercice<sup>36</sup> ; c'est là le sacrifice de l'organe qui transige avec l'accusé. En effet, l'action publique « *a pour but de réprimer le trouble social, par l'application d'une peine ou d'une mesure de sûreté à l'auteur de l'infraction. C'est une action d'intérêt général ou d'ordre public...* »<sup>37</sup>.

Cependant, il y aurait « véritable » transaction pénale si c'est une « véritable » action publique qui est éteinte. Conformément aux termes de l'article 6 du Code de procédure pénale, la transaction peut éteindre l'action publique si elle est conclue avant ou pendant un procès pénal. Le juge est alors évincé puisque l'affaire est traitée sans lui. Le ministère public doit arrêter l'action publique si elle est déjà engagée : si l'affaire est devant le juge d'instruction, celui-ci doit rendre une décision de non-lieu ; si elle est devant la juridiction de jugement, il s'agira d'une relaxe<sup>38</sup>. Cette extinction est définitive puisque la transaction a l'effet de la chose jugée, au civil comme au pénal<sup>39</sup>.

Certains auteurs pensent que l'action publique détenue par d'autres institutions que le Parquet (l'administration par exemple) ne peut pas toujours être qualifiée de « véritable ». C'est au ministère public qu'incombe traditionnellement le rôle de détecter le trouble à l'ordre public et de faire en sorte qu'il cesse. Il y aurait transaction purement pénale chaque fois que le ministère public garde un lien, même lointain, avec l'infraction pouvant faire l'objet de transaction. Si le procureur de la République peut être amené à intervenir, ne serait-ce que sur recours d'une des parties, au sujet d'une infraction, cela signifie que la société tout entière est concernée par cet événement. Il y aurait transaction pénale lorsque la procédure de transaction est utilisée pour remplacer le procès pénal dans sa dimension de restauration de l'ordre public. Sinon, il s'agira davantage d'une peine privée imposée sans contrôle judiciaire possible.

La question se pose avec acuité en ce qui concerne les transactions pénales accomplies par l'administration : souvent, le recours judiciaire n'est possible à leur encontre,

<sup>36</sup> *Contra* : **B. Le Page-Seznec**, *Les transactions en matière pénale*, Thèse Paris X 1995, p. 10 et s : selon cet auteur, il n'y a transaction pénale que lorsque le parquet utilise la négociation dans le cadre de poursuites, celles-ci donnant lieu soit à un procès pénal, soit à une transaction pénale. Ces deux techniques éteignent l'action publique. Il n'y a pas de « transaction » au sens de l'article 6 du Code de procédure pénale lorsque une négociation aboutit, non pas à une poursuite, mais à un classement sans suite sous condition, comme c'est le cas par exemple avec l'injonction thérapeutique aux toxicomanes : l'action publique n'est pas éteinte puisqu'elle n'est simplement pas exercée.

Nous pensons qu'il est vain de tenir compte de cette distinction car l'introduction de modes négociés de traitement des litiges n'est aucunement pensée en globalité. A titre d'exemple, le choix de l'expression « *exercice de l'action publique* » dans le Code de la santé publique (voir *infra* n° 457), plutôt que des termes « *extinction de l'action publique* », n'est pas le fruit d'une réflexion approfondie sur les pouvoirs du ministère public. Ce genre de procédure doit donc être replacé dans le processus d'ensemble visant à permettre un dialogue et des accords entre l'infacteur présumé et l'organisme chargé des poursuites, tout en allégeant la charge des tribunaux par une diminution du nombre des procès.

<sup>37</sup> **G. Stefani, G. Lévassieur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 106.

<sup>38</sup> Cass. crim., 23 novembre 1954, Bull. crim. n° 341.

<sup>39</sup> Cass. req., 20 décembre 1881, D.P. 1882, 1, p. 334, voir *infra* n° 411.

ni sur l'existence de l'infraction, ni pour le montant de la transaction. Cette règle est rappelée par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 25 avril 1950<sup>40</sup>. En cas de contestation, ces infractions ne pourront être considérées par le ministère public; seuls les recours hiérarchiques ou devant un tribunal administratif sont possibles. Les transactions de ce type ne pourraient être qualifiées de transactions pénales. Les cas précis où l'on peut qualifier ces conciliations de « pénales » seront détaillés<sup>41</sup>. On peut d'ores et déjà citer les infractions fiscales<sup>42</sup>, douanières<sup>43</sup>, le régime forestier<sup>44</sup>, la pêche en eau douce<sup>45</sup> ou le domaine des transports aériens<sup>46</sup>. La question est la même pour certains litiges, traités exclusivement par le Conseil de la concurrence : les comportements anticoncurrentiels, n'impliquant qu'une personne morale et non une personne physique, ne peuvent faire l'objet de poursuites devant le juge pénal. Pourtant, de nombreux comportements traités par transaction sont suffisamment graves pour être comparables à des qualifications de droit commun. Ainsi, la police ferroviaire sanctionne les personnes voyageant sans titre de transport alors que le Code pénal a admis la qualification d'escroquerie de service, notion qui recouvre le transport<sup>47</sup>. Le Conseil de la concurrence sanctionne des attitudes anticoncurrentielles commises par des personnes morales, ces mêmes attitudes étant susceptibles de poursuites devant les juridictions pénales lorsqu'elles sont commises par des personnes physiques<sup>48</sup>. De plus, des comportements relèvent aujourd'hui de traitements par transaction après une dépenalisation destinée à soulager le travail des juges : c'est le cas du contentieux des chèques sans provision confié aux banques en 1991<sup>49</sup>, sans pour autant que le caractère grave de l'acte ait disparu. Tous ces actes sont de nature à troubler l'ordre public et font encourir des sanctions à but répressif, quand bien même elles ne seraient pas prononcées par le juge pénal<sup>50</sup>. C'est bien une action publique, certes déléguée, qui s'éteint par la transaction. La « matière pénale »<sup>51</sup>, est fort vaste au point que parler de dépenalisation en matière de mode alternatif de règlement des conflits est souvent abusif<sup>52</sup>.

403. Il est d'autant plus justifié de considérer ces transactions comme pénales que les sanctions subies sont en tout point comparables avec celles prévues dans les textes d'incrimination relevant des juridictions pénales.

<sup>40</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avril 1950, D. 1950, J, p. 532.

<sup>41</sup> Voir *infra* n° 452 et s.

<sup>42</sup> Articles L. 248 à L. 251 du livre des procédures fiscales.

<sup>43</sup> Article 350 du Code des douanes.

<sup>44</sup> Article L. 153-2 du Code forestier.

<sup>45</sup> Article L. 238-1 du Code rural.

<sup>46</sup> Article L. 330-9 du Code de l'aviation civile.

<sup>47</sup> Article 313-1 du Code pénal.

<sup>48</sup> Article 7, 8 et 17 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

<sup>49</sup> Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991.

<sup>50</sup> Voir *infra* n° 404.

<sup>51</sup> **M. Delmas-Marty**, *Le flou du droit*, PUF 1986, p. 317 ; *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, D. 1988, chron. p. 221. **C. Teitgen-Colly**, *Garanties du procès équitable et répression administrative*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica 1993, p. 291.

<sup>52</sup> *Contra* : **C. Babusiaux**, *La répression et le contrôle administratif de la régulation concurrentielle*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1997, p. 113, spéc. p. 118.

b - Les sanctions pénales écartées.

404. La transaction peut être qualifiée de pénale si elle permet d'éviter l'application d'une sanction prévue dans un texte d'incrimination dont les éléments correspondent aux faits litigieux. Or, rappelons qu'en droit français, de même que la classification des infractions en contravention, délit ou crime se fait en fonction de la peine encourue<sup>53</sup>, le caractère pénal ou pas d'un comportement est fonction du type de sanction prévue. Si les sanctions sont seulement civiles, une transaction portant sur ce comportement sera civile. Une transaction pénale permet d'éviter l'application d'une peine. Il faut se pencher sur le caractère pénal de la sanction encourue, plutôt que de rechercher si on a affaire à une infraction de droit commun comme le suggère M. Dobkine<sup>54</sup> : si l'on se contente du critère d'infraction de droit commun, on ne pourra pas sans doute pas tenir compte des transactions intervenant hors du contexte du Code pénal.

Lorsqu'une transaction pénale prévoit une somme à payer par l'accusé, elle permet d'éviter une peine prévue par un texte. Les sommes versées ou les prestations accomplies en exécution d'une conciliation peuvent-elles être qualifiées de peines ? Divers éléments s'y opposent. Le contrevenant ne peut en aucun cas être considéré comme « auteur » d'une l'infraction : une personne ne peut être considérée comme coupable en l'absence d'une condamnation devant un tribunal<sup>55</sup>. Or les juridictions de jugement n'interviennent pas dans une procédure de transaction. De plus, une peine est *imposée* au coupable. Lors d'une conciliation, l'accusé négocie et accepte la sanction. Il manque le caractère unilatéral que revêt habituellement la sanction pénale. Selon M. Dobkine<sup>56</sup> : « *Notre droit ne connaît en effet pas la catégorie juridique des peines acceptées lorsqu'elles sont prononcées par la puissance publique ou ses délégataires* », ce qui est contestable puisque le consensualisme a fait son apparition dans le choix comme dans l'exécution des peines<sup>57</sup>. M. Dupré<sup>58</sup> observe quant à lui que les caractères généraux de la peine ne se retrouvent pas dans la transaction, exception faite de la légalité : le montant des sommes à verser est parfois indiqué dans les textes organisant la transaction. On ne retrouve pas le principe de l'égalité des peines : en cas de transaction avec l'administration par exemple, celle-ci peut, pour la même infraction, décider de transiger ou non, ou peut apprécier le montant de la transaction de façon différente selon la personnalité de l'accusé, qui peut lui-même discuter plus ou moins le montant. Des statistiques ne démontrent-elles pas que les femmes se voient accorder beaucoup plus d'indulgence eu égard au Code de la route que les hommes<sup>59</sup> ? Le principe de la personnalité

<sup>53</sup> Voir *supra* n° 211.

<sup>54</sup> M. Dobkine, *La transaction en matière pénale*, D. 1994, chron., p. 137, n° 2.

<sup>55</sup> M. Dobkine, préc., n° 6. Voir *supra* n° 393.

<sup>56</sup> Préc., n° 6.

<sup>57</sup> Voir *supra* n° 362 et s.

<sup>58</sup> *La transaction en matière pénale*, Litec, 1977.

<sup>59</sup> M. Delmas-Saint-Hilaire, *cours de criminologie pour le Certificat de science criminelle*, Bordeaux 1990 évoque les anglo-saxons qui parlent d'instinct de « chevalerie ». Voir aussi R. Gassin, *Criminologie*, Dalloz Précis 1998, 4<sup>ème</sup> éd., n° 355.

des peines n'est pas non plus appliqué puisque des personnes autres que des « auteurs », « coauteurs » ou « complices » peuvent se voir appelées comme partie à la transaction. Il en est ainsi en matière de transaction avec l'administration des douanes, qui peut transiger avec le commettant (celui qui a donné des instructions en vue de la déclaration et du dédouanement des marchandises). L'administration des eaux et forêts peut, en matière de chasse, demander des comptes à l'adjudicataire du plan de chasse pour des infractions telles que la non-déclaration de grands gibiers tués.

Pourtant, les sommes ou les prestations exigées par les autorités administratives, même au terme d'une conciliation, sont très proches des peines infligées par les juridictions répressives, en raison de leur caractère sévère et répressif. Certes, le Conseil constitutionnel a proscrit du domaine des sanctions administratives toute peine portant atteinte aux libertés individuelles<sup>60</sup> puisque, selon l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est seule gardienne de la liberté individuelle. Une administration ne peut prononcer que des privations de droits (révocations, retrait d'agrément, etc.), des sanctions morales (blâmes)<sup>61</sup> ou des sanctions pécuniaires. Ces dernières, semblables aux amendes prononcées par les juridictions judiciaires, sont de préférence désignées par la jurisprudence administrative sous les termes de « *mesures conservatrices* »<sup>62</sup>, « *mesures de polices* »<sup>63</sup>, ... afin d'éviter toute confusion des rôles. Cependant, ces précautions ne peuvent masquer la sévérité et la dimension punitive de ces sanctions. Les auteurs, quant à eux, les caractérisent bien comme des « *sanctions* »<sup>64</sup>, à but répressif<sup>65</sup>, souvent aussi lourdes que les amendes pénales, d'autant plus qu'elles sont parfois fixes ; cette fixité et le rattachement administratif de l'infraction empêchent toute plainte concernant leur caractère disproportionné<sup>66</sup>. La frontière entre sanctions juridictionnelles et administratives est troublée par l'existence d'autorités administratives indépendantes (telles que le Conseil de la concurrence déjà évoqué) dont les

<sup>60</sup> 28 juillet 1989, DC n° 89.260, Rec. 71. **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger ?*, Economica 1992, p. 51 et 79.

<sup>61</sup> Pour une typologie détaillée des sanctions administratives, **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 76.

<sup>62</sup> Par exemple, CE 29 janvier 1988, *Guarino*, Rec. 618, JCP 1988, II, 21046, concl. **Guillaume** (dans le cadre de l'article 313-1 du Code forestier, qui permet d'imposer le reboisement au propriétaire des lieux ; cette mesure avait pourtant été qualifiée de sanction dans un arrêt du Conseil d'Etat du 16 décembre 1987, *Sci Les Genêts*, Rec. 588). Selon le Conseil constitutionnel, ces mesures conservatoires « *n'ont pas la nature de peine* » : n° 90.285, DC du 28 décembre 1990, JO 30 décembre 1990, p. 16613.

<sup>63</sup> La distinction entre sanctions administratives et mesures de police est tout aussi délicate à mettre en œuvre : **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 45 et s.

<sup>64</sup> **A. Varinard, E. Joly-Sibuert**, *Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal*, RID pén. 1988, p. 189, spéc. p.198 ; Voir aussi, **H. Hubrecht**, *La notion de sanction administrative*, Petites affiches 1990, n° 8, n° spécial : *Les sanctions administratives* ; **P. Lascoumes, C. Barberger**, *De la sanction à l'injonction : le droit pénal administratif comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices*, Rev. sc. crim. 1988, p. 46 ; **B. Le Page-Seznec**, *Les transactions en droit pénal*, Thèse Paris X 1995, p. 24 et s.

<sup>65</sup> **J. Kluger**, *L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Rev. sc. crim. 1995, p. 505, spéc. p. 513 et s. **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 44. **A. Pirovano**, *Justice étatique, support de l'activité économique*, Justices n° 1, 1995, p. 15, spéc. p. 32.

<sup>66</sup> Cass. crim., 5 décembre 1983, Bull. crim. n° 325, D. 1984, p. 217, note **Cosson** (en matière de contentieux douanier). Les textes aménagent cependant parfois une proportionnalité selon un élément désigné dans le texte : la peine pécuniaire est un pourcentage, souvent sur les sommes gagnées grâce à l'infraction (en matière fiscale par exemple ; voir notamment **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 76 et s.). Les autorités administratives indépendantes se voient imposer un plafond de sanction maximum, ce qui leur donne en fait autant de liberté que les juridictions pénales. **J. Kluger**, préc., p. 514.

sanctions furent qualifiées d'administratives par le Conseil constitutionnel presque à regret, faute d'une affirmation claire du législateur en faveur de leur nature juridictionnelle<sup>67</sup> : ces « *sanctions ont le caractère d'une punition même si le législateur n'a pas cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* »<sup>68</sup>. Cette qualité d'organe administratif non juridictionnel est d'ailleurs mise en doute par tous les auteurs<sup>69</sup>. Les transactions aboutissent bien à des peines négociées, concept qui n'est plus exclu puisque ces négociations existent dans les procédures pénales classiques<sup>70</sup>. La transaction inflige un substitut encore répressif de la peine qui est encourue si cet accord est refusé. Les infractions qui font encourir des sanctions infligées par les organes non judiciaires mais ayant un caractère répressif, relèvent de la « *matière pénale* », la sévérité étant l'un des critères retenus par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>71</sup>.

405. Cependant, les peines prévues par les textes d'incrimination sont de plusieurs types : les amendes, les peines privatives de liberté, les privations de droits civiques, les confiscations, ... On conçoit au premier abord que des transactions aient lieu lorsque seule une amende est encourue, mais que se passe-t-il s'il s'agit d'une peine d'emprisonnement ? Quoique la jurisprudence n'ait pas voulu distinguer entre peines personnelles et peines pécuniaires<sup>72</sup>, aucun accord ne peut être formulé quant à une peine privative de liberté : seule l'autorité judiciaire est ici compétente. En effet, selon l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est seule gardienne de la liberté individuelle ; le Conseil constitutionnel a ainsi proscriit du domaine des sanctions administratives toute peine portant atteinte aux libertés individuelles<sup>73</sup>. Les sanctions susceptibles d'être prononcées par une administration ne sont que des sanctions pécuniaires, des privations de droits (révocations, retrait d'agrément,...) ou des sanctions morales (blâmes,...)<sup>74</sup>. Seules ces sanctions peuvent être négociées, puisque la constitution n'en fait pas une exclusivité judiciaire.

Les infractions susceptibles de peines personnelles sont susceptibles de poursuites devant les juridictions classiques. Une transaction est toujours possible avant jugement puisqu'elle se situera sur le seul terrain de la sanction patrimoniale. Elle est

<sup>67</sup> M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, préc., p. 42.

<sup>68</sup> Déc. n° 82-155, DC du 30 décembre 1982, Rec. 88 ; J. Kluger, préc., p. 506. Voir aussi Déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, Rec. 48 ; cette décision montre la volonté du Conseil constitutionnel de rapprocher les sanctions administratives et pénales : les principes de légalité des délits et des peines, de non rétroactivité des lois d'incrimination, ... « *ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* ».

<sup>69</sup> M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, préc., p. 42. C. Gavalda, C. Lucas de Leyssac, *Commentaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Actualité législative Dalloz 1988, p. 47, n° 110. R. Drago, *Le Conseil de la concurrence*, JCP éd. E. 1987, II, 14987, n° 7. R. Martin, *La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, JCP 1990, I, 3469.

<sup>70</sup> Voir *supra* n° 362 et s.

<sup>71</sup> CEDH, *Oztürk c/ RFA*, 21 février 1984, Série A, n° 73 et CEDH, *Lutz c/ RFA*, 25 août 1987, Série A, n° 123. Voir notamment, C. Teitgen-Colly, *Garanties du procès équitable et répression administrative*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica 1993, p. 291, spéc. p. 294.

<sup>72</sup> Cass. crim, 30 juin 1820, S. 1821 chron. ; 26 mars 1830, Bull. crim., n° 80 ; 12 mai 1939, D. H. 1939, p. 404.

<sup>73</sup> 28 juillet 1989, DC n° 89.260, Rec. 71. Cas où la transaction a lieu avant un jugement

<sup>74</sup> Typologie des sanctions administratives in M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, préc., p. 76 et s.

inévitable après le jugement car la décision du juge est incontestable. Des textes ont consacré cette solution, comme l'article 350-c du Code des douanes et l'article 105 du Code forestier.

La transaction doit restaurer l'ordre public : selon l'article 6 du Code de procédure pénale, elle est un outil d'extinction de l'action publique. Par conséquent, l'action civile demeure ouverte à la victime même après une transaction. Pourtant, dans les faits, les transactions pénales s'attachent indéniablement au sort de la victime.

### c - La réparation des victimes.

406. La transaction pénale peut permettre de donner une réparation aux victimes en lieu et place du procès pénal. Les réparations sont une préoccupation relativement nouvelle de la juridiction pénale<sup>75</sup> : elle-même est aujourd'hui, individualisme aidant, plus sensible aux revendications privées et l'action civile dont disposent aujourd'hui les plaignants redouble leur importance au sein du procès pénal. La transaction pénale doit réparer, comme le ferait le procès pénal qu'elle remplace, ou du moins, ne doit pas empêcher une telle réparation. La victime, si elle est partenaire à la transaction, pourra négocier le versement de sommes ou l'exécution de prestations afin d'atténuer le dommage subi : les indemnités forfaitaires, dans le domaine du transport par exemple, jouent précisément ce rôle<sup>76</sup> ; les transactions réalisées par les banques en matière de chèque sans provision en sont un autre exemple. En outre, valider les transactions pénales permet aux victimes d'aménager et de concéder des brèches dans les protections juridiques dont elles bénéficient, afin d'obtenir par ailleurs d'autres avantages : elles peuvent rechercher en particulier une exécution au moins partielle de ce qui a été prévu au procès, ou une exécution volontaire des obligations transgressées, ce dernier aspect étant très recherché par l'administration (destruction d'immeubles en situation irrégulière, ...)<sup>77</sup>.

La victime aura du mal à faire valoir ses préjudices lorsqu'elle n'est pas partie à la transaction, ce qui est le cas lorsque cette dernière est à l'initiative du parquet ou lorsqu'une administration non victime se voit confier les litiges. Il en est ainsi pour toutes les infractions en matière économique : le Conseil de la concurrence<sup>78</sup> est informé des plaintes des victimes mais est incompétent pour condamner à restitution ou à réparation. Pourtant, la victime n'est pas spoliée : les victimes collectives (organisations professionnelles, ...) peuvent recourir contre des décisions du Conseil de la concurrence. De plus, comme l'action civile n'est pas éteinte du fait de la transaction, pour toutes les infractions dites « économiques », le juge pénal peut être saisi par la victime même après la transaction et lui accorder une

<sup>75</sup> Voir *supra* n° 348.

<sup>76</sup> Voir *infra* n° 420.

<sup>77</sup> En ce sens, **P. Kolb**, *Recherches sur l'ineffectivité des sanctions pénales en droit des affaires*, Thèse Poitiers 1993, p. 142. **B. Le Page-Seznec**, *Les transactions en droit pénal*, thèse Paris X 1995, p. 120 et 142.

<sup>78</sup> Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

réparation<sup>79</sup>. L'administration peut, tout en étant elle-même victime, transiger au sujet d'infractions pour lesquelles elle dispose de l'action publique<sup>80</sup> : elle peut restaurer l'ordre public par une transaction, puisqu'il s'agit d'action publique, mais il s'agit ici davantage de réparation du préjudice subi par l'administration, que d'ordre public à proprement parler. Ainsi, selon M. Gassin, les infractions fiscales « *constituent en effet moins des violations de l'ordre social que des atteintes au patrimoine particulier de l'Etat, de telle sorte que l'amende fiscale présente un caractère essentiellement indemnitaire* »<sup>81</sup>. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation a précisé qu'une transaction en matière de contribution indirecte mettait fin, aux poursuites non seulement à titre de prévenu, mais aussi en qualité de civilement responsable<sup>82</sup>.

La transaction, contrat où chacun s'investit très personnellement, négocie et renonce, nécessite plus que tout autre la fidélité de ses protagonistes. L'exécution, dès lors, devient déterminante.

#### **D - L'exécution.**

407. Le contrat de transaction est-il constitué dès le simple échange des consentements, ou bien faut-il que les engagements aient été exécutés pour que la transaction soit considérée comme définitive ? L'exécution détermine-t-elle la validité des transactions ? Les avis sont partagés. Ainsi, M. Gassin<sup>83</sup>, contredisant M. Boitard<sup>84</sup>, estime qu'en cas d'inexécution, la transaction n'est pas caduque, puisque les actions en exécution ou en résolution restent possibles. En cas d'action en exécution, les actions publiques ou civiles restent éteintes (la contestation est éteinte dès l'échange des consentements). En cas d'action en résolution, en vertu de l'effet rétroactif de cette action, les parties sont remises dans l'état où elles étaient avant la transaction. « *Pour bénéficier de l'exception de transaction, il suffit de prouver l'existence de la convention, sans qu'il y ait à établir en outre l'exécution de ses engagements* ».

Cette position est pourtant démentie par certains auteurs<sup>85</sup> qui citent la jurisprudence : celle-ci apprécie la validité des transactions en fonction de leur exécution par les parties. Ainsi, une transaction avait eu lieu après un jugement en premier ressort, et un appel de ce jugement avait été formé par l'une des parties. L'autre partie a opposé la transaction et une fin de non recevoir de chose jugée. En effet, l'article 2052 du Code civil

<sup>79</sup> Article 45, loi du 27 décembre 1973.

<sup>80</sup> Voir *infra* n° 417.

<sup>81</sup> Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 10.

<sup>82</sup> Cass. crim. 30 mai 1994, *Revue des sociétés* 1995, p. 749, note **B. Bouloc**.

<sup>83</sup> Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 65.

<sup>84</sup> *La transaction pénale en droit français*, Rev. sc. crim., 1941, p. 151.

<sup>85</sup> **E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert**, *Transactions et pratiques transactionnelles*, *Economica* 1987, p. 42.

dispose : « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ». Le juge a d'abord constaté que la transaction avait été exécutée et a ensuite déclaré l'appel irrecevable<sup>86</sup>. En outre, si les deux parties à la transaction sont d'accord pour ne pas l'exécuter, elles peuvent porter la contestation devant le juge. La validité de la transaction semble très liée à son exécution, ce qui va dans le sens d'un courant de doctrine qui évoque la disparition progressive en droit positif de la distinction entre formation et exécution du contrat<sup>87</sup>. L'exécution n'est plus seulement une obligation née du contrat, elle est devenue une condition de validité de la convention, ou, tout au moins le critère indispensable à son caractère définitif.

Malgré ce que laisse penser au premier abord l'article 2052 du Code civil, la victime comme l'accusé ne sont pas liés de façon indissoluble par la transaction. En cas d'inexécution par l'autre partie, la victime comme l'accusé peuvent se rétracter et rejeter la solution à laquelle a pu mener la discussion. En effet, la transaction, soumise au droit commun des obligations, est susceptible de résolution pour inexécution et les parties retrouvent alors leurs droits initiaux<sup>88</sup>. La jurisprudence précise cependant que seul celui qui a exécuté la transaction peut soulever la fin de non recevoir de chose jugée (... ou convenue).

On retrouve, dans les transactions pénales, les quatre caractères développés précédemment : la situation litigieuse, à condition qu'elle puisse être pénalement qualifiée, la négociation, il est vrai quelque peu réduite, le sacrifice réciproque et une exécution. Les transactions pénales sont des contrats dont la cause est une situation litigieuse pénalement définie et l'objet un sacrifice réciproque ; elles ont pour effet l'extinction de l'action publique et permettent souvent la « réparation » de la victime. Mais comment caractériser leur nature si l'on se penche cette fois sur leur rôle dans l'ordre juridique ?

## Paragraphe 2 – La fonction de substitut juridictionnel des transactions pénales.

408. Les discussions des auteurs pour définir la nature de la transaction pénale ont été vives : droit, non-droit, sanctions administratives ou disciplinaires,... (A). Mais c'est bien la qualification de substitut juridictionnel qu'il faut retenir (B).

<sup>86</sup> Cass. com., 24 novembre 1982, JCP 1983, IV, p. 50. Voir aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 novembre 1995, Bull. civ. I, n° 400 : une partie ne peut opposer l'exception de chose jugée que s'il a respecté les conditions de la transaction. Inversement, l'exécution de la transaction interdit toute action en justice en vertu de l'autorité de chose jugée : Cass. 2<sup>e</sup> civ. 26 janvier 1994, Bull. civ. II, n° 41, GP 1994, 2, p. 525, note **Guigue**.

<sup>87</sup> **G. Rouhette**, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in études offertes à René Rodière, p. 247, n° 21. Voir le droit de la consommation (délai de repentir,...) *supra* n° 69.

<sup>88</sup> Cass. com., 24 novembre 1982, JCP 1983, IV, p. 50. **L. Boyer**, Encyclopédie Dalloz, V° *Transaction* n° 245 et s. **P. Malaurie**, **L. Aynès**, **P.-Y. Gautier**, *Contrats spéciaux*, Cujas 12<sup>ème</sup> éd. 1998, n° 1131.

## A - Discussions sur la nature des transactions pénales.

409. La transaction doit être conçue comme faisant partie de l'ordre juridique. On ne peut la considérer comme du « non-droit », selon M. Carbonnier : « *le non-droit n'est pas simplement le non contentieux. Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable* »<sup>89</sup>. Tout ce qui est hors du procès n'est pas du non-droit : l'application du droit n'est pas empêchée par la transaction ; au contraire elle permet de régler un litige, certes hors du procès, mais bien en droit. La transaction n'est que du non-contentieux et est citée à titre d'exemple de ce non-contentieux par l'auteur<sup>90</sup>.

Certains auteurs ont décrit la transaction comme une cession de droits litigieux entre les parties. Ces auteurs ne voient dans la renonciation aux poursuites qu'une modalité du jeu des concessions réciproques. Il en est ainsi de la qualification retenue par M. Gassin, qui analyse la transaction comme une renonciation à l'action publique monnayée par l'administration<sup>91</sup>. Cependant, la transaction pénale n'est pas une simple variété de transaction civile. Leurs domaines sont très différents : les transactions pénales touchent souvent à l'action publique, toujours à l'ordre public<sup>92</sup>, ce qui rend leur utilisation et leur intégration dans l'ordre juridique beaucoup plus sensible. Se contenter de la simple dénomination de contrat est un peu court : les dispositions du Code civil sur la transaction sont certes applicables, mais l'une d'entre elles (l'article 2052), qui donne à la transaction l'autorité de la chose jugée, tend à renforcer l'autorité de la transaction par rapport à celle d'un simple contrat, découlant de l'article 1134 du Code civil. Dans certains cas, il est possible de rapprocher les transactions de la notion de contrats judiciaires, contrats destinés à mettre fin au litige, supposant le visa du juge qui en donne acte. En effet, la valeur du contrat judiciaire dépasse celle d'un contrat ordinaire en raison de cette intervention du juge<sup>93</sup>.

D'autres auteurs assimilent la transaction pénale à une sanction administrative<sup>94</sup>. Mais le secteur administratif n'est aujourd'hui plus le seul à utiliser cette procédure et cette position réduit la transaction à son rôle répressif<sup>95</sup>. Or la transaction tend aussi à la réparation et peut avoir pour objet d'éviter l'application d'une peine : cette qualification de sanction administrative risque de faire oublier cet aspect important. D'autres auteurs parlent de remise gracieuse, voire de peine privée<sup>96</sup>. Mais c'est occulter le caractère réciproque du sacrifice dans une transaction.

<sup>89</sup> **J. Carbonnier**, *Flexible droit*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd. 1998, p. 24.

<sup>90</sup> **J. Carbonnier**, *Sociologie juridique*, Armand Colin, 1994, p. 119.

<sup>91</sup> **R. Gassin**, Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 84.

<sup>92</sup> Voir *supra* n° 393 et s.

<sup>93</sup> **Y. Muller**, Encyclopédie Dalloz de procédure civile, V° *Contrat judiciaire*, n° 39.

<sup>94</sup> **Boitard**, *La transaction pénale en droit français*, Rev. sc. crim. 1941 p. 149.

<sup>95</sup> Voir *infra* n° 434.

<sup>96</sup> **F. Boulan**, *La transaction douanière : étude de droit pénal douanier*, Ann. Fac. Droit Aix en Provence 1968, p. 219, spéc. p. 238. **S. Galand-Carval**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ 1995.

M. Dupré a décrit la transaction pénale dans une analyse davantage « *disciplinaire* »<sup>97</sup>. Il retient pour cela l'inégalité des parties dans la négociation (inégalité qu'on ne retrouve pas dans la transaction civile) et le caractère réellement répressif de la transaction pénale<sup>98</sup>, renforcé par le fait que le consentement de l'accusé à la transaction ressemble plus à une adhésion sous la menace de poursuites pénales, qu'à un véritable engagement libre. Mais, là encore, nous restons dans le cadre du droit administratif et la transaction prend des allures de vengeance privée fort regrettable, qui occultent la phase de négociation.

Il semble que caractériser les transactions comme substituts juridictionnels est une solution qui les définit de façon suffisamment large tout en donnant une idée assez précise de leur fonction.

## **B - Qualification de substitut juridictionnel.**

410. Les transactions peuvent être ainsi qualifiées car leurs effets sont comparables à ceux du système juridictionnel (1) et elles tendent à s'intégrer à cet ordre (2).

### **1 - Effets comparables à ceux du système juridictionnel.**

411. Certes, les effets des transactions ne sont pas identiques à ceux d'un procès. Ainsi, on ne peut parler de condamnation ou de culpabilité ; il y a tout au plus un aveu de l'accusé. La transaction n'est pas un *équivalent* juridictionnel<sup>99</sup>. Cependant, on relève des points communs marquants. Ainsi, l'article 2052 du Code civil, déjà évoqué, affirme que la transaction a autorité de chose jugée en dernier ressort<sup>100</sup>, cette règle s'appliquant aussi aux transactions pénales<sup>101</sup>. Cette formulation n'a pas d'incidence sur les recours envisageables par les parties : malgré ce que pourrait laisser entendre l'article 2052<sup>102</sup> qui parle de *dernier ressort* le pourvoi en cassation est impossible<sup>103</sup>. La transaction est un mode conventionnel de résolution des litiges, pas un mode juridictionnel au sens strict. Puisque les voies de recours sont différentes, la transaction ne peut être considérée comme participant à l'autorité des décisions de justice.

<sup>97</sup> **J.-F. Dupré**, *La transaction en matière pénale*, Litec, 1977.

<sup>98</sup> Voir *supra* n° 404.

<sup>99</sup> *Contra*, **L. Boyer**, *La notion de transaction*, thèse Toulouse 1947, p. 465 ; Encyclopédie Dalloz, V° *Transaction* n° 44.

<sup>100</sup> **P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier**, *Contrats spéciaux*, Cujas 12<sup>ème</sup> éd. 1998, n° 1109.

<sup>101</sup> Confirmé en matière de transactions pénales avec l'administration par l'arrêt Cass. req., 20 décembre 1881, D.P. 1982, 1, p. 334.

<sup>102</sup> **L. Cadiet**, *Droit judiciaire privé*, Litec 2<sup>ème</sup> éd. 1998, n° 781.

<sup>103</sup> Cependant, nous pouvons mentionner à titre anecdotique, l'article R. 247-7 du Livre des procédures fiscales, qui dispose que les décisions du directeur des services fiscaux prises à l'occasion d'une transaction sont susceptibles de recours devant le Directeur général ou le ministre si un nouvel élément apparaît. Or, l'administration fiscale analyse ces recours comme des « *pourvois* » devant l'autorité hiérarchique qui statue en dernier ressort ... Il demeure que l'expression « *en dernier ressort* » ne signifie pas que la transaction, comme un jugement est susceptible de pourvoi.

Par cette formule, le législateur a voulu donner aux transactions une force supérieure à celle des contrats ordinaires, établie par l'article 1134 du Code civil : il suggère que la transaction s'impose aux parties, mais aussi aux juges. En cas de contestation d'une des parties devant les tribunaux, son adversaire peut soulever l'exception de transaction, qui aura les mêmes effets que l'exception de chose jugée. Si une transaction intervient en cours d'instance, le juge ne se prononcera pas sur le fond : il constatera qu'il n'y a pas lieu à statuer<sup>104</sup>. On peut citer à titre d'illustration l'article L. 251 du Livre des procédures fiscales qui dispose que la transaction est définitive en ce qui concerne les droits ou les pénalités qu'elle établit. Pour certaines formes de transactions où le contrôle judiciaire est envisageable ou exigé, le juge pourra donner acte de la transaction, donnant alors à celle-ci la nature d'un contrat judiciaire. Le contrat judiciaire, variable par son contenu, peut notamment être la convention qui met fin au litige des parties et constatée par le juge qui en donne acte<sup>105</sup>.

Son caractère immuable fait qu'elle constitue un « substitut juridictionnel ». Comme le jugement, elle a un effet déclaratif<sup>106</sup>, tout en ne conférant aucun droit nouveau ; si l'accusé n'est pas déclaré coupable, un jugement de valeur est néanmoins porté sur sa conduite, comme lors d'un procès classique. La transaction met fin à un litige ou précise une situation juridique préexistante. Elle remplace le procès pénal dans ses composantes de restauration de l'ordre public, parfois de réparation des dommages des victimes, et impose une forme de sanction, qui est le sacrifice consenti par l'accusé et qui a indéniablement une ambition répressive.

## 2 - Partie de l'ordre juridictionnel.

412. La transaction n'est pas un mode de règlement des conflits externe à l'ordre juridique. Elle est, certes, une alternative au jugement dans le cadre judiciaire : le détenteur de l'action publique a souvent le choix entre l'une ou l'autre des voies ; si la conciliation est un préalable obligatoire, il sera souvent possible de porter le litige devant les tribunaux. Mais les règles de droit restent la référence des parties à la transaction : elles imposent le respect et les sanctions sont fixées en référence au texte de l'incrimination ; une autorisation d'un magistrat est parfois nécessaire. Tous ces éléments font penser que la transaction fait « partie intégrante de l'ordre juridique ».

Cependant, les promoteurs de la transaction font preuve de beaucoup d'approximation, ce qui n'est pas sans poser problème dans un contexte pénal. Ainsi, la définition du droit comme un « *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* »<sup>107</sup> est bousculée par la transaction ;

<sup>104</sup> D'autant plus, en droit pénal, que l'article 6 du Code de procédure pénale précise que la transaction éteint l'action publique.

<sup>105</sup> Y. Muller, Encyclopédie Dalloz de procédure civile, V° *Contrat judiciaire*, n° 3.

<sup>106</sup> L. Boyer, Encyclopédie Dalloz, V° *Transaction* n° 218 et s.

<sup>107</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° *Droit*.

mais les auteurs prônent l'ouverture « à une conception moins autoritaire de la régulation juridique »<sup>108</sup>. Les règles de droit, si elles ne sont pas directement appliquées, servent de modèle de référence. « Si l'on abandonne la conception restrictive de l'application du droit comme la mise en œuvre de la "solution" d'une règle pour une conception plus large de l'application d'une règle comme "référence" à un modèle pour toutes sortes d'actions, alors on peut dire que la transaction, dans le cadre d'une relation juridique particulière, est un moyen d'appliquer le droit »<sup>109</sup>. La finalité du droit est de s'appliquer ; l'idéal n'est-il pas qu'il se réalise dans l'ordre social de façon (presque) volontaire ... la fin justifie les moyens ? Le droit n'est plus subi mais vécu par des individus retrouvant des pouvoirs sur ces règles qui, dès lors, les servent. On est en face de l'apparition d'une pluralité de formes d'action au sein d'un même cadre légal<sup>110</sup>. Cependant, les règles de la procédure pénale, avant tout protectrices du citoyen, sont totalement oubliées de ces approximations. Si ces conciliations suscitent des éloges et sont présentées comme une solution innovante et efficace aux maux de la justice classique, le législateur n'a pas semblé aussi enthousiaste face à un projet de généralisation des transactions pénales<sup>111</sup>. Ce mode de traitement des litiges ne présente pas toutes les garanties souhaitables dans un contexte où des sanctions répressives sont encourues.

413. Pourtant, la décision judiciaire n'est pas le seul moyen de régler un conflit, et ne l'a jamais été. Dès la création des Codes civil et pénal, des citoyens s'étaient vus octroyer le pouvoir de régler leurs litiges à la place des juges, en l'absence de lois applicables. Il s'agissait des citoyens « éclairés », en fait, électeurs censitaires, auxquels on reconnaissait des facultés d'entendement équivalentes à celles des juges<sup>112</sup>. Selon Portalis, l'Etat offre aux citoyens un magistrat public pour régler leurs litiges, « à défaut pour les parties de pouvoir s'accorder elles-mêmes »<sup>113</sup>. A l'époque, cependant la conciliation était réservée à une certaine classe sociale et en l'absence de lois, c'est à dire lorsque planait l'incertitude quant à la solution juridique à adopter.

Ce rôle est aujourd'hui généralement confié à des autorités constituées. C'est le cas des autorités administratives telles que la Commission des opérations de bourse ou le Conseil de la concurrence, qui jouent un rôle parfois qualifié de « quasi-juridictionnel », voire « quasi-pénal » par les auteurs<sup>114</sup>. La loi du 2 août 1989 a dévolu de nouveaux pouvoirs à la

<sup>108</sup> E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 2.

<sup>109</sup> E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, préc., p. 55.

<sup>110</sup> J. Chevalier, D. Loschak, *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française*, Revue française d'administration publique n° 24, 1982, p. 679 et s.

<sup>111</sup> Voir *infra* n° 460 et s.

<sup>112</sup> E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, préc., p. 24.

<sup>113</sup> *Discours préliminaire sur le projet de la commission du gouvernement*, in Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires, Tarbes 1827, T. 1, p. 475.

<sup>114</sup> J. Kluger, *L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Rev. sc. crim. 1995, p. 505, spéc. p. 513 et s. Y. Mayaud, *La justice pénale dans le monde des affaires*, Justices n° 1, 1995, p. 35, spéc. p. 36. M. de Juglart, B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, T. I, 11<sup>ème</sup> éd. 1995, p. 697 et s. R. Martin, *La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, JCP 1990, I, 3469, n° 2.

COB justifiant particulièrement cette qualification<sup>115</sup>. En théorie, c'est à ces autorités que reviennent en priorité les contentieux ; certains ne sont confiés aux juridictions classiques qu'en cas d'échec ou d'entêtement des protagonistes. En réalité, les juridictions traditionnelles, sensibilisées à ces nouveaux conflits par l'existence même de ces autorités jouent un rôle désormais fondamental dans ces domaines répressifs<sup>116</sup>. Ces autorités constituent donc une instance pré-juridictionnelle, et même un équivalent juridictionnel pour certains litiges qui ne peuvent faire l'objet de recours. Elles constituent un appui des juridictions classiques à plusieurs égards. Elles le soulagent des conflits simples et, de façon sans doute paradoxale, stimulent la répression classique pour les infractions plus importantes.

De nombreuses transactions, portant sur la « matière pénale », ne font l'objet d'aucune autorisation ou contrôle d'un quelconque magistrat : elles se situent en dehors du système judiciaire et en constituent une alternative. Les transactions pénales, si elles nécessitent une autorisation préalable du ministère public ou peuvent faire l'objet d'un contrôle d'un magistrat, sont certes un substitut juridictionnel, mais demeurent rattachées au système judiciaire<sup>117</sup> : elles constituent une alternative au traitement juridictionnel des litiges.

---

<sup>115</sup> **D. Martin, S. Amiel-Morabia**, *L'extension du contrôle juridictionnel des marchés*, RTD Com. 1996, p. 31, spéc. p. 32.

<sup>116</sup> **D. Martin, S. Amiel-Morabia**, préc.

<sup>117</sup> Voir **G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° *Judiciaire* et *Juridictionnel*, définitions précitées.