

Section 2 – Les transactions alternatives au traitement judiciaire des litiges.

414. Les pouvoirs historiques de l'administration en matière de sanction ont permis à notre droit positif de connaître un grand nombre de transactions destinées à traiter rapidement les « infractions administratives » et éviter un long procès. Les ambitions de dépenalisation ont accru les possibilités de traiter rapidement et sans contrainte procédurale d'autres litiges, souvent d'ordre économique, peu pris en compte par les juridictions classiques, ou que le pouvoir exécutif souhaitait ne pas voir échapper à l'administration. Il convient de présenter ces différentes techniques (paragraphe 1) puis d'en exposer les défauts et limites (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les techniques de transactions séparées du système judiciaire.

415. Pour éteindre l'action publique, la transaction pénale envisagée à l'article 6 doit être prévue par un texte : ainsi de nombreuses dispositions, tout particulièrement en droit administratif, substituent une transaction à l'intervention de la juridiction pénale. Cependant, certaines transactions dispensent de l'exercice de l'action publique. Nous les considérons comme des transactions pénales bien qu'elles n'entrent pas exactement dans la définition de l'article 6 du Code de procédure pénale¹. Alors que la transaction devrait tenir un rôle secondaire, en soutenant simplement l'activité du juge pénal, elle devient ici le principe : l'activité juridictionnelle ne prend qu'une part exceptionnelle à ces affaires. Le pouvoir de constater l'infraction, de juger de la culpabilité et de sanctionner sont transmis à des autorités non-judiciaires qui « s'arrangent » avec les accusés. Ce qui fut le fait de l'administration, dès l'Ancien Régime, époque caractérisée par la confusion des pouvoirs² (A), s'est considérablement développé et semble s'étendre à des autorités administratives indépendantes (B) ou de droit privé telles que les banques (C).

A - Transactions pénales avec l'administration.

416. Le domaine de prédilection des transactions pénales se situe incontestablement sur le terrain des litiges avec l'administration et ce, de longue date. Certaines doivent être sollicitées par le Parquet ; nous les étudierons ultérieurement³. Dans les cas examinés ici, le juge répressif et l'institution juridictionnelle disparaissent entièrement au profit de la transaction : il ne sera fait appel aux juridictions pénales qu'en cas d'échec des négociations, transformant ainsi le procès pénal en recours de second rang. En cas de succès de la transaction, le juge pénal n'entendra jamais parler du litige puisque l'accusé ne pourra

¹ Voir *infra* n° 382.

² M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 36.

³ Voir *infra* n° 453.

utiliser que des voies de recours hiérarchiques, éventuellement un recours pour abus de pouvoir. Si la transaction est sollicitée par le contribuable, en cas d'échec des négociations, celui-ci devra respecter le texte qu'on lui reproche d'avoir transgressé : payer un prix, exécuter une prestation prévue dans le texte, ... Là encore, le juge pénal ne sera, la plupart du temps, jamais informé de l'affaire. Nous étudierons quels sont les mécanismes de ce type de transaction pénale (1) puis leurs effets (2).

1 – Mécanismes des transactions avec l'administration.

417. Avant de répertorier dans les textes les domaines que le législateur a souhaité voir traiter directement par l'administration, il convient de préciser quels sont les critères de choix de ces infractions. Le critère essentiel est la gravité de l'acte : le traitement complet de l'affaire par le juge pénal n'est indispensable que si l'acte considéré recouvre un degré de gravité suffisant. Cependant ce critère est extrêmement subjectif. Aussi la commission de révision du Code pénal, associée à la Commission Justice pénale et droit de l'homme, a-t-elle défini trois indicateurs délimitant la notion d'infraction : la transgression, le dommage et l'intérêt protégé. A chacun de ces critères, elle a rattaché trois autres critères définissant directement un degré de gravité morale. Pour chaque critère elle a attribué un degré de « proximité » avec l'infraction purement pénale, allant de un à trois, ce qui donne le tableau suivant⁴ :

<i>Indicateurs</i>	<i>Critères</i>	<i>Degré de proximité</i>
Transgression	- Faute intentionnelle	3
	- Faute d'imprudence	2
	- Faute matérielle	1
Intérêt protégé	- Valeur à haute protection (vie, dignité, intégrité du territoire, ...)	3
	- Droits et liberté reconnus sous réserve d'exception ou de restriction nécessaire dans une société démocratique (Sécurité, propriété, liberté de pensée, instruction, ...)	2
	- Règles de discipline de la vie en société (documents et formalités, stationnement gênant, fermeture dominicale, ...)	1
Dommage	- Atteinte quantitativement forte	3
	- Atteinte quantitativement faible	2
	- Menace d'atteinte	1

Chaque infraction peut être ainsi caractérisée selon un degré de gravité, et la commission a fixé à 7 le seuil de gravité exigeant un traitement du litige par le juge pénal. Les

⁴ M. Delmas-Marty, préc., p. 287.

autres infractions peuvent être traitées par l'administration ou par une médiation. Le juge pénal sera toujours écarté quand le seuil est inférieur à 5. Pour les seuils intermédiaires, il faut se fonder sur l'efficacité de la sanction pénale, sur la présence de moyens suffisants pour la constatation des infractions, etc.

Cet effort d'objectivation est louable mais la subjectivité demeure insurmontable en ce qui concerne la catégorie de l'intérêt protégé : le législateur classera les infractions en valeur à haute protection, droits et libertés reconnus sous réserve d'exception, ou règles de discipline de la vie en société, en fonction de critères sociologiques subjectifs et changeants. Il suffit d'évoquer l'exemple de l'adultère. De plus, fixer les seuils à 5 ou 7 relève encore de décisions en grande partie arbitraires. En outre, les infractions sont ensuite réparties en trois catégories de traitement : juge pénal, administration ou médiation, ce qui est réducteur en ce qui concerne la transaction qui peut être utilisée par l'administration, par le juge pénal, et par d'autres instances⁵. Ces trois catégories de traitement des infractions se recoupent pour partie et ne sont pas si distinctes que semblent l'affirmer ces auteurs.

Parmi les infractions pouvant éviter l'intervention obligée du juge pénal, la commission a caractérisé plus précisément les infractions devant relever (idéalement) d'un traitement administratif - donc d'une transaction pénale administrative -. Un système semblable à celui précédemment décrit a été utilisé. Le tableau suivant a été élaboré :

<i>Indicateurs</i>	<i>Critères</i>	<i>Degré de proximité du réseau administratif</i>
Dommage	Préjudice réalisé	1
	Préjudice éventuel	2
	Absence de préjudice individualisé	3
Intérêt protégé	Intérêt privé	1
	Intérêt général	2
	Intérêt de l'administration	3
Transgression	Non-respect d'obligations civiles	1
	Action quelconque	2
	Non-respect de règles administratives	3

Seul le dommage est défini selon des critères de gravité, de valeur morale. Les autres indicateurs sont définis par référence à leur proximité avec les préoccupations administratives. Les infractions réunissant un nombre de « points » supérieur à 6 devraient être traitées par transaction pénale administrative. Les autres seraient alors traitées par des réseaux civils.

⁵ Voir *infra* n° 435 et s.

La réalité des textes ne recouvre pas rigoureusement ces critères : les textes recourant à la transaction pénale administrative ont été promulgués au coup par coup, selon les besoins du moment, et sans unité de procédure ou de politique juridique.

Le législateur a, semble-t-il, mis au point deux mécanismes permettant à l'administration de recourir aux transactions pénales. Ces mécanismes ont pour origine l'article 6 du Code de procédure pénale qui dispose : « *(l'action publique) peut en outre s'éteindre par la transaction lorsque la loi en dispose expressément...* ». L'un est informel (a) et l'autre repose sur un système d'oblation volontaire (b).

a - Les transactions informelles.

418. Comme l'article 6 du Code de procédure pénale le suggère, des textes ont autorisé certaines administrations à transiger avec les personnes accusées d'infraction pénale, concernant les intérêts qu'elles sont chargées de protéger. Ces transactions concernent plusieurs catégories d'infractions. Ainsi l'article 350 du **Code des douanes** dispose : « *L'administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies pour infractions douanières ou pour infractions à la législation et à la réglementation relative aux relations financières avec l'étranger* »⁶. En matière de **contributions indirectes**, l'article L. 248 du Livre de procédure fiscale énonce : « *Les infractions peuvent faire l'objet de transactions avant mise en mouvement d'une action judiciaire* ». Des dispositions similaires ont été prises en matière de **transports aériens** (article L. 330-9 du Code de l'aviation civile).

Ces transactions libres de tout contrôle du système juridictionnel ne sont bien sûr possibles que si aucune procédure n'est encore engagée. Si l'affaire est portée devant un magistrat, l'accord de celui-ci à la transaction redevient nécessaire, comme le confirment les articles 350-b du Code des douanes⁷ et L. 249 alinéas 1 et 2 du Livre des procédures fiscales⁸. Certaines administrations peuvent choisir de transiger et renoncer au système pénal. Selon Mme Delmas-Marty, le juge pénal n'aura alors jamais accès au litige car, en cas de contestation, les parties n'auront qu'un recours hiérarchique. Ces derniers sont d'ailleurs analysés comme des « pourvois », cette autorité statuant en dernier ressort⁹. Les infractions

⁶ L'article 458 du Code des douanes instaure la même procédure en matière d'infraction à la législation et réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger.

⁷ « *Après mise en mouvement par l'administration des douanes ou le ministère public d'une action judiciaire, l'administration des douanes ne peut transiger que si l'autorité judiciaire admet le principe de la transaction. L'accord de principe est donné par le ministère public lorsque l'infraction est passible à la fois de sanctions fiscales et de peines, par le président de la juridiction saisie lorsque l'infraction est passible seulement de sanctions fiscales* ».

⁸ « *En matière de contributions indirectes, après mise en mouvement par l'administration ou le ministère public d'une action judiciaire, l'administration ne peut transiger que si l'autorité judiciaire admet le principe de la transaction. L'accord de principe est donné par le ministère public lorsque l'infraction est passible à la fois de sanctions fiscales et de peines, par le président de la juridiction saisie lorsque l'infraction est passible seulement de sanctions fiscales* ».

⁹ E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 224.

subissent une forme de dépenalisation « *de facto* »¹⁰ : l'administration dépenalise en choisissant une transaction. Le juge pénal est, dans les faits, littéralement « *évincé* »¹¹ par l'administration qui ne rend publique l'infraction que dans la mesure où sa sanction peut servir d'« *exemple* »¹². Ainsi, l'article L. 251 du livre des procédures fiscales dispose : « *Lorsqu'une transaction est devenue définitive, après accomplissement des obligations qu'elle prévoit et approbation de l'autorité compétente, aucune procédure contentieuse ne peut plus être engagée ou reprise pour remettre en cause les pénalités qui ont fait l'objet de la transaction ou les droits eux-mêmes* »¹³. Cependant, la voie pénale n'est pas totalement fermée puisque le contribuable peut encore y recourir après que l'administration ait fait ce choix entre la voie transactionnelle ou pénale. Le même article L. 251 dispose dans son alinéa 2 : « *Dans le cas où le contribuable refuse la transaction qui lui a été proposée par l'administration et porte ultérieurement le litige devant le tribunal compétent, celui-ci fixe les taux des majorations ou pénalités en même temps que la base de l'impôt* ». Mais le juge ne reprend sa place qu'en cas d'échecs transactionnels.

Les pouvoirs de l'administration sont d'autant plus grands que le ministère public aussi est écarté : concernant les infractions encourant des sanctions fiscales ou pénales autres qu'un emprisonnement, les poursuites pénales ne sont engagées que sur plainte de l'administration, sans initiative possible pour le Parquet. L'administration dispose donc ici de l'action publique¹⁴. Les transactions au sujet des infractions susceptibles d'emprisonnement sont soumises à autorisation du ministère public qui retrouve théoriquement ses pouvoirs de poursuite. Cependant, l'autorisation de transiger sera rarement refusée et le Parquet ne pourra prendre d'initiative que si l'administration l'informe de l'existence d'une telle infraction¹⁵.

419. Ces transactions sont bien de nature pénale au sens où nous l'avons entendu¹⁶. Elles éteignent l'action publique (article 6 Code de procédure pénale) dans la mesure où elles sont exécutées¹⁷ ; en cas contraire, des poursuites pénales peuvent être envisagées¹⁸. Ceci confirme que l'exécution de la transaction confère à celle-ci toute sa valeur

¹⁰ M. Delmas-Marty, préc., p. 282.

¹¹ En ce sens, T. Lambert, *Désuétude de la loi fiscale. Dériver de la pratique administrative*, Actes 1985, n° 52, p. 8.

¹² T. Lambert, préc. B. Le Page-Seznec, *Les transactions en droit pénal*, thèse Paris X 1995, p. 143.

¹³ L'article R. 247-7 précise que les décisions du Directeur des services fiscaux sont susceptibles de recours devant le directeur général. Et lorsque la transaction est accomplie par le directeur général ou le Ministre, le recours n'est possible que devant eux et seulement si de nouveaux éléments sont apparus.

¹⁴ Cass. crim., 28 janvier 1991, Bull. crim. n° 44, JCP 1994, I, 3738, n° 11, J.-H. Robert ; 27 juillet 1993, Droit pénal 1993, comm. 262. R. Ait Ihadadene, *La mise en mouvement de l'action publique en matière fiscale*, Rev. sc. crim. 1994, p. 280 ; B. Le Page-Seznec, préc., p. 137.

¹⁵ B. Le Page-Seznec, préc., p. 147 et s.

¹⁶ Voir *supra* n° 403 et s.

¹⁷ Cass. crim., 12 février 1990, Bull. n° 72 : la réalisation d'une transaction (en l'espèce fondées sur l'article 350 du Code des douanes) éteint les actions publique et fiscale. L'article 350 du Code des douanes prévoyant les transactions en matière douanière et cambiaire se situe dans une section intitulée « *Extinction des droits de poursuite et de répression* ».

¹⁸ En ce sens, B. Le Page-Seznec, *Les transactions en droit pénal*, thèse Paris X 1995, p. 122. *Contra* : J.-H. Hoguet qui préconise le recours à une exécution forcée : *Éléments de base du contentieux répressif en matière de douane et de change*, Paris, END 1980.

et conditionne son existence même¹⁹. Puisque l'action publique est éteinte, on suppose que l'ordre public est restauré. Cependant, la préservation de l'ordre public et la lutte contre la délinquance ne semblent pas être les premières préoccupations des administrations pratiquant les transactions pénales. Le renflouement des finances publiques paraît être l'enjeu majeur²⁰. Ceci expliquerait le développement de pratiques proches des transactions légalement organisées, plus efficaces et plus rapides, pratiquées par des personnes plus proches du terrain²¹. On peut citer le « *passer outre* », sorte de classement sans suite administratif utilisé lorsque l'infraction est peu grave et d'un faible rapport pécuniaire²². Cette pratique est ancienne et très répandue quoiqu'en régression²³ n'éteint pas l'action publique : celle-ci n'est pas exercée ; nous la considérons cependant comme une transaction pénale²⁴. On peut encore citer la « *soumission contentieuse* » qui consiste en un aveu de l'intéressé et une demande de traiter l'infraction par la seule voie administrative à l'exclusion de poursuites judiciaires ; ce procédé est critiqué par les auteurs comme illustrant une dérive des transactions organisées par l'article 350 du Code des douanes : elle peut être acceptée par exemple, par une personne innocente mais émotive ou un chef d'entreprise soucieux de voir le litige cesser rapidement²⁵.

420. Quoique l'existence de réelles concessions réciproques est qualifiée d'utopie par certains²⁶, il demeure que ces transactions évitent à l'accusé l'application de véritables peines : des amendes et même des peines d'emprisonnement dans le Code des douanes ou le Livre des procédures fiscales et elles procurent une réparation à la victime, qui est ici l'administration concernée.

Les transactions prévues pour des comportements punis par des *amendes fiscales* peuvent être considérées comme pénales. Certes, les textes semblent faire une nette distinction entre les peines et l'amende fiscale. Ainsi l'article 343 du Code des douanes : « 1. *L'action pour l'application des peines est exercée par le ministère public.* 2. *L'action pour l'application des sanctions fiscales est exercée par l'administration des douanes ; le ministère public peut l'exercer accessoirement à l'action publique* ». De même, le livre des procédures fiscales traite des transactions pour atténuer les *amendes fiscales* dans l'article L.

¹⁹ Voir *supra* n° 407.

²⁰ **P. Kolb**, *Recherches sur l'ineffectivité des sanctions pénales en droit des affaires*, Thèse Poitiers 1993, p. 142. **B. Le Page-Seznec**, préc., p. 120 et 142.

²¹ Le nombre de personnes habilitées à solliciter une transaction est peu important en matière douanière : y sont autorisés les directeurs régionaux des douanes, le directeur général des douanes et des droits indirects, le ministre du budget (Décret n° 78-1297, JO du 4 janvier 1979 p. 33, modifié par le décret n° 87-957 du 27 novembre 1987, JO du 29 novembre 1987, p. 13933 puis par le décret n° 94-412 du 17 mai 1994, JO du 28 mai 1994, p. 7566). **B. Le Page-Seznec**, préc., p. 114.

²² **P. Kolb**, préc., p. 174.

²³ Selon les chiffres fournis par le Comité du contentieux fiscal douanier et des changes (Rapport 1994, JO Documents administratifs 12 juillet 1995, n° 66, p. 29), le « passer outre » concernait encore 34 % des infractions en 1993 ; mais il a connu une forte diminution de 60 % de 1989 à 1994. **B. Le Page-Seznec**, préc., p. 127.

²⁴ Voir *supra* n° 403 et s.

²⁵ **B. Le Page-Seznec**, préc., p. 125.

²⁶ Voir notamment **P. Kolb**, préc., p. 175.

247, et des transactions portant sur les *infractions* dans l'article L. 248²⁷. Ces textes suggèrent que les sanctions fiscales ne sont pas des peines, ou que les comportements sanctionnés par des amendes fiscales ne sont pas des infractions et ne sont pas du domaine pénal ... mais cette idée est contestable²⁸. D'autres textes confirment que les infractions punies par de simples amendes fiscales ne concernent guère le ministère public, contrairement aux infractions punies par des peines²⁹. Pourtant, la jurisprudence reconnaît à ces amendes fiscales le caractère mixte de peine et de réparation civile³⁰, ce qui empêche d'exclure de cette étude les transactions portant sur des comportements ainsi sanctionnés. Certes, les transactions sur des sanctions fiscales n'ont aucun effet sur l'action publique, en théorie ; dans les faits, aucune poursuite n'est engagée lorsqu'elles sont suivies d'effet³¹.

Le second mécanisme permettant à l'administration d'exercer la transaction indépendamment d'une autorisation d'un magistrat est le système de l'oblation volontaire d'une amende ou d'une indemnité.

b - L'amende ou l'indemnité forfaitaire.

421. La loi fixe à l'avance une somme à verser, de façon forfaitaire, pour certaines infractions³². L'accusé verra l'infraction constatée par un agent verbalisateur et versera la somme directement à cet agent ou à l'administration qu'on lui indiquera, éventuellement au moyen d'un timbre amende. Cette procédure évite dès lors un procès pénal. Selon l'article 529 du Code de procédure pénale, ce système concerne les contraventions des quatre premières classes, punies d'une peine d'amende et qui n'encourent pas de peine complémentaire, dans les domaines suivants : les transports par route, le Code des assurances concernant les véhicules terrestres à moteur, la réglementation des parcs nationaux, la réglementation sur les bois, forêts et terrains à boiser³³ et le Code de la route³⁴.

²⁷ Ces transactions sont d'ailleurs diligentées par des autorités différentes. Voir **B. Le Page-Seznec**, *Les transactions en droit pénal*, thèse Paris X 1995, p. 130 et s. Ajoutons que cette distinction entre sanctions pénales et fiscales est encore opérée dans le Code général des impôts qui prévoit des sanctions fiscales aux articles 1725 à 1740 octies et des sanctions pénales aux articles 1741 à 1753 bis A.

²⁸ Voir *supra* n° 404.

²⁹ Par exemple, l'article 350 -b du Code des douanes ou l'article L. 249 du Livre des procédures fiscales qui, lorsqu'une procédure judiciaire est entamée, soumettent les transactions à autorisation préalable du ministère public lorsque les comportements en question sont punis à la fois par des peines et des sanctions fiscales, ou bien seulement à autorisation du président de la juridiction lorsque de simples sanctions fiscales sont encourues.

³⁰ **G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° *Amende fiscale*.

³¹ En ce sens, **B. Le Page-Seznec**, *préc.*, p. 132.

³² **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, *préc.*, n° 663 et s. **M.-L. Rassat**, *Procédure pénale*, *préc.*, n° 299 et s. **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Procédure pénale*, *préc.*, p. 290. **B. Le Page-Seznec**, *préc.*, p. 202 et s.

³³ - Contraventions réprimées par le Code forestier en matière de protection contre l'incendie, d'introduction de véhicules, bestiaux, animaux de charge ou de monture et d'infraction aux règles édictées en l'application de l'alinéa 2 de l'article L. 133 -1 du Code forestier. - Contraventions édictées par le Code pénal en matière d'abandon de matières, d'ordures ou de déchets (Code forestier article L. 351 -9) - Infractions en matière de divagation (Code rural article L. 213 -2). **B. Le Page-Seznec**, *préc.*, p. 149.

³⁴ L'amende à verser en cas d'infraction au Code de la route s'accompagne depuis la loi du 10 juillet 1989 du retrait de « points » sur le permis de conduire en comprenant douze ; la transaction s'accompagne du retrait automatique de trois points au maximum ; une procédure juridictionnelle est indispensable pour le retrait de quatre points et plus. Toutes les contraventions des quatre premières classes au Code de la route sont donc ainsi

L'administration des douanes et droits directs a, de sa propre initiative, instauré une telle procédure³⁵.

Système très proche de celui des amendes forfaitaires, les indemnités forfaitaires concernent les transports tarifaires, en particulier par route ou chemin de fer³⁶, de personnes ou de marchandises³⁷. Ce sont alors des agents habilités de l'exploitant qui proposent le paiement de la somme normalement due pour le transport ainsi qu'une « indemnité » versée à l'exploitant et non pas au trésor public, d'où cette terminologie contestée par certains auteurs : la destination des sommes ne change en rien la nature des sommes versées qui demeurent des peines ; on en veut pour preuve l'article 529-5 du Code de procédure pénale qui prévoit le recouvrement forcé des amendes ou des indemnités sans les distinguer, les qualifiant d'amendes forfaitaires majorées³⁸.

422. La juridiction pénale est exclue du règlement de ce type de litige puisque c'est l'exploitant ou l'administration qui organise la répression et les dédommagements. Aucune autorisation n'est à solliciter du Parquet pour entamer une transaction qui éteint l'action publique si elle est acquittée. Cependant, l'intéressé peut recourir contre l'amende ou l'indemnité ; le ministère public se voit alors obligatoirement transmettre cette réclamation. Il retrouve alors tous ses pouvoirs. Conformément au principe de l'opportunité des poursuites, il peut renoncer à poursuivre ou exercer l'action publique en saisissant le tribunal de police³⁹, en utilisant le procédé de l'ordonnance pénale⁴⁰, ou déclarer irrecevable la réclamation car non motivée ou non accompagnée de l'avis de contravention délivré par l'agent verbalisateur lors du refus de payer⁴¹.

L'intéressé peut s'acquitter de la somme demandée ou faire une réclamation. Il peut aussi ne plus donner signe de vie. En ce cas, le service avertit le ministère public qui rend un titre prétendument « exécutoire »⁴², condamnant l'intéressé à une amende forfaitaire majorée. En l'absence de réclamation contre l'amende majorée, le paiement par l'accusé éteint l'action publique. Cependant, ce titre n'a rien d'exécutoire puisque l'intéressé peut

traité exceptées celles encourant une peine complémentaire en plus de l'amende : un retrait de permis ou une suppression de plus de quatre points, par exemple. Un décret du 5 mai 1995 a étendu le domaine de ces transactions en supprimant la peine de retrait de permis dans de nombreuses infractions.

Sur cette procédure et son histoire, voir notamment **B. Le Page-Seznec**, préc., p. 205 et s ; **J.-F. Auby**, *Les sanctions en matière de circulation routière*, in *Les sanctions administratives*, Petites affiches 1990 n° 8, p. 80 .

³⁵ Instruction du 2 juillet 1969, BOCI 1969, I, p. 196 ; Instruction du 24 mars 1970, BODGI 21. 7-70.

³⁶ Articles 529-3 et s. Transactions avec la SNCF prévues par le décret loi du 30 octobre 1935, article 2, pour les infractions dont les sanctions pénales sont prévues par l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 (Code pénal D. p. 785). Voir notamment **B. Le Page-Seznec**, préc., p. 254 et s.

³⁷ Ordonnance du 5 mai 1945 (absence de titre de transport,...) prévoyant des amendes pénales et le décret-loi du 30 octobre 1935, article 2 (chemin de fer marchandises, in Code Pénal D. p. 787). **B. Le Page-Seznec**, préc., p. 289 et s.

³⁸ **M.-L. Rassat**, *Procédure pénale*, préc., n° 299 bis. *Contra* : **G. Stefani**, **G. Levasseur**, **B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 666.

³⁹ Articles 531 et s. du Code de procédure pénale.

⁴⁰ Articles 524 à 528-2 du Code de procédure pénale.

⁴¹ Article 530-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale.

⁴² Article 529-5 et 530 du Code de procédure pénale.

encore faire une réclamation au ministère public, ce qui « annule » le titre ; le ministère public peut alors classer sans suite ou poursuivre devant le tribunal de police⁴³.

423. Ces transactions portent sur des contraventions des quatre premières classes sanctionnées par des amendes pénales. Elles ont bien un caractère pénal. Cependant, la notion de transaction suppose une phase de négociation entre victime et accusé. Or ici, l'oblation volontaire apparaît comme « *un acte unilatéral d'adhésion par le contrevenant à une procédure simplifiée de recouvrement des amendes pénales* »⁴⁴. Aussi n'est-elle pas une transaction pour certains⁴⁵ : « *Si le délinquant est libre d'accepter le paiement de l'amende, l'agent verbalisateur n'a pas la possibilité de refuser ; d'autre part, le montant de l'amende forfaitaire est fixée par les règlements sans discussion possible...* ».

Cependant il semble bien que la concertation existe aussi à l'occasion de cette procédure. On constate dans la pratique qu'il est fort possible pour l'agent et l'accusé de « s'expliquer » ... c'est à dire de négocier. En cas de multiplicité des infractions, les agents peuvent accepter de fermer les yeux sur certaines, ... les possibilités existent et, même si elles présentent un certain caractère « clandestin », sont couramment utilisées.

Le seul aspect qui pourrait faire douter de la nature de « transaction pénale » de ces procédures, concerne l'acquisition des indemnités forfaitaires : si les *amendes* forfaitaires sont bien versées au Trésor public, les *indemnités* sont perçues par l'exploitant dont les intérêts sont protégés. Dès lors, si la mission de réparation des dommages de la victime est assurée, où est la restauration de l'ordre public ? Le lien des indemnités forfaitaires avec les transactions pénales est distendu. Il demeure que ces sommes à payer sont bien considérées comme répressives par les textes et sanctionnent un comportement incriminé⁴⁶, ce qui nous amène à détailler les effets de ces transactions pénales avec l'administration.

2 - Effets des transactions avec l'administration.

424. Ces transactions pénales ont deux effets essentiels : elles visent à la répression d'une infraction (a) et éteignent l'action publique (b).

a - La répression des infractions.

425. C'est là le « sacrifice » de l'accusé. La sanction obtenue au terme de la transaction peut être considérée comme un substitut de la peine encourue en cas de procédure

⁴³ M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, préc., n° 299 bis, décrit cette procédure dans des termes très amers et critiques ...

⁴⁴ R. Gassin, Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 12.

⁴⁵ R. Gassin, préc., n° 137.

⁴⁶ Voir *supra* n° 404.

judiciaire⁴⁷. La transaction évite les sanctions pénales, ce qui explique d'ailleurs le consentement de l'accusé. Elle constitue une forme de « *grâce administrative* »⁴⁸, en particulier lorsque la peine prévue par le texte est si sévère qu'un juge y répugnerait peut-être. On ne peut cependant nier le caractère répressif de la sanction transactionnelle, au point que M. Sfez a pu écrire en matière de fiscalité : « *La transaction apparaît comme une institution à finalité hybride : elle adoucit les règles du droit pénal dans la plupart des cas. Elle conduit à l'application inflexible de celles-ci dans les cas les plus graves. L'autonomie du droit fiscal éclate ici à l'évidence.* »⁴⁹. En pratique, la sanction encourue a un caractère dissuasif et est vécue comme une répression à laquelle l'absence de procès pénal enlève peu. L'administration représente un pouvoir contre lequel il paraît aussi difficile de résister que contre la décision d'un juge. Il est même peut-être plus difficile de s'opposer à l'administration car la transaction se fera sans avocat, et l'administré se verra opposer forces et menaces de procès qui le décourageront. Le pouvoir coercitif de l'administration est très important.

Au plan juridique, si la transaction ne donne, bien entendu, pas lieu à une inscription au casier judiciaire, M. Dupré explique que l'on a affaire à un véritable « *casier administratif* »⁵⁰ : les administrations gardent une trace de chaque litige, et ce « casier » est d'autant plus complet que l'amnistie et l'effacement qui en est la conséquence sont impossibles. Dans une lettre du Garde des Sceaux au ministre des affaires économiques du 13 février 1950⁵¹, il est même dit que ces documents pouvaient être assimilés aux procès verbaux d'une enquête classée sans suite dans les parquets, et pouvaient être communiqués aux tribunaux sur demande. Enfin, la récidive administrative existe grâce à ce « casier », et l'administration se montrera certainement plus sévère face à une seconde infraction. Ceci est d'ailleurs expressément prévu par l'article 370 du Code des douanes : « 1- *Si le contrevenant aux (contraventions douanières des trois premières classes et délits douaniers de première classe) commet dans les cinq ans qui suivent une transaction ou une condamnation devenue définitive, une nouvelle infraction tombant sous le coup des sanctions prévues par les articles précités, le taux maximal des pénalités encourues est doublé.* »

La sanction transactionnelle conserve d'autant plus le caractère répressif de la peine qu'elle remplace qu'elle est fixée par référence à la peine prévue pour l'infraction objet de l'accord, lorsqu'il s'agit de sommes d'argent à verser. Cette forme de sanction provoque l'extinction de l'action publique.

⁴⁷ Voir *supra* n° 404.

⁴⁸ R. Gassin, Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 29.

⁴⁹ L. Sfez, *La nature juridique des sanctions fiscales non pécuniaires*, Revue de science financière, 1966, p. 361.

⁵⁰ J.-F. Dupré, *La transaction en matière pénale*, Litec 1977, p. 182.

⁵¹ Citée par J.-F. Dupré, *préc.*, p. 182.

b- L'extinction de l'action publique.

426. C'est là le « sacrifice » de l'administration et l'effet essentiel de la transaction, énoncé dans l'article 6 du Code de procédure pénale. Lorsque la loi le lui autorise, l'administration peut transiger ce qui éteint l'action publique : « (*L'action publique*) peut, en outre s'éteindre par la transaction lorsque la loi en dispose expressément ». Cet article 6 a cependant posé un problème d'interprétation : la loi doit-elle préciser expressément la possibilité de transiger ou doit-elle rappeler l'extinction de l'action publique en cas d'aboutissement de la transaction ? C'est la première interprétation qui a été retenue : la jurisprudence a affirmé qu'en cas de transaction autorisée par la loi, et menée à bien, il y a automatiquement extinction de l'action publique⁵². Certains textes ont cependant réaffirmé cette extinction⁵³.

Cependant les transactions n'éteignent l'action publique que si elles sont accomplies avant tout procès pénal. Après ce procès pénal, elles n'auront d'effet que sur les peines pécuniaires, à l'exclusion des autres types de sanctions tels que les sanctions fiscales, qui demeureront si elles ont été prononcées. Certains textes mentionnent précisément ce principe, tels que les articles 350-c ou L. 249 alinéa 3 du Livre des procédures fiscales : « *Après jugement définitif, les sanctions fiscales prononcées par les tribunaux ne peuvent faire l'objet de transactions* ». Bien que se limitant aux peines pécuniaires, ces transactions sont incontestablement une forme d'atteinte à la chose jugée. Des auteurs tentent d'atténuer cet aspect en affirmant qu'il y a une novation des obligations résultant du jugement de condamnation⁵⁴. De plus, ces transactions après jugement ont plus un caractère civil que pénal car elles semblent correspondre aux prévisions de l'article 2046 du Code civil que des transactions pénales qui autorisent la transaction sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. Enfin, dans le cas où l'infraction est commise par un groupe de personnes, l'extinction de l'action publique par la transaction est limitée à celui des accusés qui a participé à la transaction. Elle peut être mise en œuvre à l'encontre des coauteurs ou complices qui n'y ont pas participé⁵⁵.

427. Une remarque s'impose ici au sujet de la nature de l'action publique : si celle-ci est classiquement exercée par le ministère public, l'administration s'est vue parfois attribuer des pouvoirs similaires. L'article L. 249 du Livre des procédures fiscales contient la formule suivante : « *En matière de contributions indirectes, après mise en mouvement **par l'administration ou le ministère public** d'une action judiciaire ...* ». Face à une infraction, cette administration a le choix entre l'exercice de l'action publique et la transaction. Ce choix,

⁵² Par exemple, Cass. crim., 10 octobre 1962, Bull. crim. n° 270, pour une transaction avec l'administration des douanes.

⁵³ Citons par exemple l'article L. 251 du Livre des procédures fiscales ou les articles 529 et 529-3 du Code de procédure pénale, concernant les amendes forfaitaires.

⁵⁴ R. Gassin, Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 69.

⁵⁵ Cass. crim., 26 novembre 1964, Bull. crim. n° 314.

lorsqu'il existe, confère une nature bien particulière à l'action publique alors détenue par l'administration. En principe, le ministère public ne peut qu'*exercer* l'action publique : celle-ci appartient à la société et non au Parquet. Il n'en dispose pas et ne peut même pas, théoriquement, transiger avec le prévenu⁵⁶. Lorsque l'administration peut choisir entre l'exercice de l'action publique et la transaction, elle *dispose* de cette action publique, ce qui lui confère des pouvoirs aussi importants que ceux octroyés au Parquet, en particulier lorsque l'accord préalable du ministère public à la transaction n'est pas requis. Ce choix ne se retrouve pas pour l'administration des douanes (article 343 : c'est bien le Parquet qui exerce l'action publique). Les cas où l'administration *dispose* de l'action publique semblent rarissimes⁵⁷.

Nous avons étudié les mécanismes et les effets des transactions pénales que peut conclure l'administration indépendamment de la juridiction pénale. Ce type de procédure s'est développé ces dernières décennies avec d'autres partenaires que les administrations, qui en avaient jadis l'exclusivité. Il convient de s'y intéresser à présent.

B – Les transactions pénales avec les autorités administratives indépendantes.

428. Des administrations se voient confier la tâche de régler par injonction ou négociation les irrégularités qu'elles constatent et qu'elles ont parfois elles-mêmes définies, dans un secteur d'activité particulier nécessitant un regain de répression. Les secteurs concernés sont stratégiquement importants (la bourse, la concurrence, la communication, les données informatiques) et l'exécutif a préféré confier leur contrôle à une autorité administrative plutôt qu'aux juridictions classiques : celles-ci avaient montré leur impuissance à traiter des pratiques illicites en ces domaines puisque les condamnations étaient inexistantes⁵⁸. On a même mis en cause l'incompétence du juge « *capable de mesurer les effets d'une entente au niveau des halles et marchés, mais incapable de se mesurer aux phénomènes que constituent les groupes financiers puissants, les grands cartels modernes* » ; le principe d'interprétation stricte des textes empêcherait une répression efficace puisque les juridictions ne pourraient faire entrer certaines infractions dans le cadre de la loi pénale (!)⁵⁹. Mme Teitgen-Colly souligne que ces juges si incompetents sont pourtant souvent appelés à

⁵⁶ F. Terré, *L'action publique disponible ?*, La vie judiciaire n° 2532, 17/23 octobre 1994.

⁵⁷ *Contra* : G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 125. Mais il semble que c'est, non pas l'administration, mais bien le ministère public qui dispose de l'action publique. Voir ces développements n° 399.

⁵⁸ C. Teitgen-Colly, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Sanctions administratives*, n° spécial Petites affiches 1990, n° 8, p. 25.

⁵⁹ En ce sens, Y. Loussouarn, J.-D. Bredin, *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire*, D. 1963, chron. p. 33. P. Jestaz, RTD civ. 1977, p. 841. 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. 117. J. Chevalier, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justices n° 1, 1995, p. 81, spéc. p. 85.

composer les autorités administratives indépendantes⁶⁰. Les pouvoirs des autorités administratives telles que la Commission des opérations de bourse ou le Conseil de la concurrence, sont très divers. Elles disposent de divers pouvoirs d'injonctions et de sanctions pouvant être rapprochés des transactions (1). Leur caractère répressif laisse penser qu'il existe désormais des infractions de nature administrative ; de telles infractions n'empêchent pas de qualifier ces autorités administratives indépendantes de « substitut juridictionnel » puisque ces infractions, très proches des infractions traitées par les juridictions classiques sont rattachables à la « matière pénale » (2).

1 - Les pouvoirs d'injonction et de sanction des autorités indépendantes.

429. Des pans entiers de législation sont traités par ces autorités indépendantes et ne sont poursuivis judiciairement que si elles sont commises par des personnes particulières ou si elles persistent. Ces autorités de contrôle jouent un rôle pré-juridictionnel puisqu'elles tendent à éviter un certain nombre d'infractions et à ne renvoyer que les plus graves devant les juridictions répressives. Cependant, on ne se contente pas la plupart du temps d'un traitement pré-juridictionnel, et un traitement « total » est exigé puisque ces autorités disposent aussi de pouvoirs de sanctions administratives : de « nouveaux juges » se voient attribuer le traitement d'un « nouveau droit pénal », à caractère administratif.

Ces autorités détiennent notamment des pouvoirs d'injonction pouvant être rapprochés des transactions pénales : en l'échange de l'exécution par l'accusé de certaines obligations ou de la cessation de l'activité interdite, l'autorité renoncera au moins partiellement à ses propres sanctions ; l'ordre public est rétabli et, s'il s'agit d'une infraction susceptible de poursuite devant les juridictions classiques, le ministère public ne sera probablement pas informé de l'infraction. Ainsi, le Conseil de la concurrence a de telles possibilités en vertu des articles 12 et 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; selon l'article 14, le non-respect des injonctions de mettre fin à une pratique anticoncurrentielle peut entraîner une sanction pécuniaire proportionnelle à la gravité des faits reprochés. Les pouvoirs de répression du Conseil de la concurrence ne sont pas exclusifs : « *la mission du Conseil, comme le soulignait le ministre de l'Economie, revêt en effet un triple aspect : "pédagogique, dissuasif et correctif"* »⁶¹. Ce caractère non exclusif des pouvoirs de répression a influencé la qualification de cette autorité par le Conseil constitutionnel en organisme non juridictionnel, donc administratif. Il en est de même de la qualification des autres autorités administratives

⁶⁰ C. Teitgen-Colly, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Sanctions administratives*, n° spécial Petites affiches 1990, n° 8, p. 25, spéc. p. 27.

⁶¹ C. Teitgen-Colly, préc., p. 28, qui cite l'allocution du ministre de l'économie du 20 février 1987 à l'occasion de l'installation du Conseil, citée dans le premier rapport d'activité du Conseil. Voir aussi, sur la COB, J. Chevallier, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justices n° 1, 1995, p. 81, spéc. p. 83. Sur la nature non répressive, donc non pénale des mesures d'injonction, P. Conte, *Du particularisme des sanctions en droit pénal de l'entreprise*, in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica 1989, p. 49, spéc. p. 62 et s.

indépendantes qui disposent aussi de pouvoirs d'injonction et de sanctions pécuniaires ; la qualification d'« administratives » données à ces sanctions les rapproche sensiblement des amendes et indemnités forfaitaires⁶².

430. Ainsi, la Commission des opérations de bourse (COB) fut créée par une ordonnance du 28 décembre 1967 et détint d'abord des pouvoirs disciplinaires : pouvoir de retrait des agréments aux organismes de placements collectifs de valeurs mobilières et aux gérants de portefeuilles ; plus récemment, pouvoir de s'opposer à la radiation des valeurs mobilières de la cote officielle par le Conseil des Bourses de Valeur. Puis la loi du 2 août 1989, relative à la sécurité et à la transparence des marchés a attribué à la COB un pouvoir d'injonction⁶³ assorti d'un pouvoir d'infliger des amendes, en cas de pratiques contraires aux règlements qu'elle édicte⁶⁴, afin d'assurer la protection des épargnants et assainir le marché financier⁶⁵. Dès lors, la COB ne prononce pas automatiquement des sanctions en cas de violation de ses règlements : elle peut formuler des demandes de réorganisation matérielle ou de restructuration financière, ou un refus ou retrait d'agrément⁶⁶.

Les injonctions administratives et les poursuites aux fins de sanctions administratives sont préconisées par l'ordonnance du 28 septembre 1967⁶⁷ seulement si les comportements répréhensibles ont eu pour effet, soit de fausser le fonctionnement du marché, soit de procurer aux intéressés des avantages injustifiés qu'ils n'auraient pas obtenus dans le cadre normal du marché, soit de porter atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts, soit, enfin, de faire bénéficier les émetteurs et les investisseurs des agissements d'intermédiaires contraires à leurs obligations professionnelles. La simple menace inefficace d'atteinte à la loyauté et à la confiance des marchés ne suffit pas à déclencher la répression administrative et *a fortiori* pénale. Cette exigence d'un résultat juridique (le déséquilibre des marchés) et non pas d'un simple résultat matériel (la constatation d'un arrangement, quels qu'en soient les effets), qui aboutit à une répression timide, tranche avec les inquiétudes affichées par le législateur lorsqu'il crée des infractions et des organes de répression spéciaux. Est-il besoin de rappeler qu'en droit pénal classique, la simple association de malfaiteur est incriminée, sans qu'il soit besoin d'un résultat juridique pour encourir les peines⁶⁸ ? En revanche, la répression administrative en matière boursière

⁶² En ce sens : **C. Gavalda, C. Lucas de Leyssac**, *Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Actualité législative Dalloz 1988, p. 47, n° 155.

⁶³ Article 9-1 de l'ordonnance de 1967 modifiée.

⁶⁴ Par exemple, en 1990, règlement 90-02 relatif à l'obligation d'information du public, règlement 90-04 relatif à l'établissement des cours, règlement 90-05 et 90-06 relatifs à l'abus de pouvoirs ou de mandats et à la gestion collective ou individuelle de portefeuille, règlement 90-08 sur l'exploitation et la communication d'informations privilégiées, etc... Voir **J. Riffault-Treca**, *La répression administrative (COB, Conseil de la Concurrence)*, Rev. sc. crim. 1996, p. 262, spéc. p. 271.

⁶⁵ **P. Bézard**, *Le pouvoir de sanction financière directe de la Commission des opérations de bourse*, Petites affiches 1990, n° 8 (numéro spécial consacré aux sanctions administratives), p. 52.

⁶⁶ **J. Riffault-Treca**, préc., spéc. p. 262 et p. 271.

⁶⁷ Article 9-1 de cette ordonnance instituant la Commission des opérations de bourse, modifiée par la loi du 2 août 1989. Voir notamment **P. Bézard**, préc., p. 57.

⁶⁸ Article 450-1 et s. du Code pénal.

s'est avérée plus extensive que la répression pénale en ce qui concerne la qualité des personnes concernées. La COB, grâce à la formulation de l'article 4-1 de l'ordonnance de 1967, a pu sanctionner des personnes morales, bien avant que le droit pénal ne se reconnaisse cette possibilité. Ce texte vise en effet les émetteurs faisant appel public à l'épargne, *a fortiori* s'ils sont cotés, les intermédiaires tels que les établissements de crédit, les maisons de titres, les sociétés de bourses, les gestionnaires d'actifs pour compte de tiers qu'il s'agisse de sociétés de gestion de portefeuilles, d'organismes de placements collectifs ou encore de sociétés civiles de placements immobiliers, ou tout intervenant sur les marchés : la COB peut sanctionner « toute personne morale à raison des opérations qu'elle aura réalisées sur les marchés contrôlés »⁶⁹. La COB n'est pas limitée aux personnes morales et peut aussi sanctionner les dirigeants de celles-ci.

431. Le Conseil de la concurrence dispose de pouvoirs préventifs destinés à éviter que perdure ou se développe une pratique qu'il juge anticoncurrentielle, puisqu'il peut en exiger la suspension. Ces pouvoirs d'injonctions sont précisés dans l'article 13 de l'ordonnance du premier décembre 1986. Cette autorité administrative peut également être consultée pour avis et dispose, elle aussi, de pouvoirs de sanction à caractère répressif⁷⁰. Ces sanctions peuvent être prononcées en cas de violation, non pas de règlement qu'elle a pu promulguer comme peut le faire la COB, mais en cas de non-respect des articles 7 et 8 de l'ordonnance du premier décembre 1986⁷¹. Depuis la réforme du 11 décembre 1992, elle peut aussi sanctionner les atteintes aux articles 85 et 86 du Traité de Rome, lorsque les pratiques anticoncurrentielles d'entreprises françaises sont susceptibles d'affecter les échanges intra-communautaires⁷². Les autorités administratives susceptibles d'appliquer le droit issu de directives ou de règlements européens, ne peuvent le faire au plan interne qu'à condition - principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale obligent⁷³ - que ces textes bénéficient d'un « relais » dans le droit interne.

La répression du Conseil de la concurrence est moins timide que celle de la COB puisqu'il suffit que les pratiques constatées aient eu pour *objectif* l'effet anticoncurrentiel. Peu importe que les protagonistes n'aient pas obtenu ce qu'ils cherchaient ; la simple constatation de pratiques suffit⁷⁴. En ce qui concerne la qualité des personnes concernées par la répression, les sanctions administratives que peut prononcer le Conseil de la concurrence sont susceptibles d'inquiéter un plus grand nombre de protagonistes que les sanctions pénales des articles 7 et 8 de l'ordonnance, puisque ces sanctions, prévues à l'article

⁶⁹ Voir sur ce point, **J. Riffault-Treca**, préc., spéc. p. 267.

⁷⁰ Voir cependant **C. Babusiaux**, *Instrument de dissuasion ou réparation des dommages causés à l'économie : la nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence*, in *Les sanctions administratives*, Petites affiches 1990, n° 8 (n° spécial), p. 64.

⁷¹ **J. Riffault-Treca**, préc., p. 264.

⁷² Article 56 bis de l'ordonnance.

⁷³ En ce sens, **M. Delmas-Marty**, **C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, *Economica* 1992, p. 146.

⁷⁴ **J. Riffault-Treca**, préc., p. 272.

17 ne visent que les « personnes physiques ». Or l'article 121-2 du Code pénal soumet la responsabilité pénale des personnes morales à une disposition expresse en ce sens du texte d'incrimination. Les personnes morales ne peuvent être poursuivies pénalement pour agissements anticoncurrentiels, ce qui semble restreindre très sérieusement le champ d'application de ces textes. Le Conseil n'est pas lié par cette restriction et peut sanctionner toute personne ou groupement, puisque l'article 8 utilise le terme d'« *entreprise* », ce qui peut être compris comme désignant une personne physique, une personne morale, ou tout « *ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique* »⁷⁵. Les activités répressives (injonctions et amendes) du Conseil de la concurrence ne permettent pas d'éteindre ou d'éviter une éventuelle action publique. Cependant, elles complètent très étroitement le pouvoir du juge pénal : si celui-ci ne peut poursuivre que des personnes physiques, cette autorité indépendante a rappelé dans un rapport de 1991 que les « *poursuites engagées par le Conseil de la Concurrence doivent viser une structure dotée de la personnalité morale* »⁷⁶. La qualification de transaction pénale de l'activité du Conseil de la concurrence est un peu approximative ; cependant, le législateur a bien voulu éviter des poursuites et une procédure juridictionnelle classique grâce à un mode alternatif de traitement des conflits permettant à l'accusé d'éviter des poursuites devant les juridictions classiques.

432. Il s'agit en réalité d'une forme de privatisation des conflits⁷⁷, car on confie à des « spécialistes » le traitement d'une catégorie d'infractions, ce qui encourage peu à peu certains à parler d'« infractions administratives ». Ces infractions, distinctes des infractions pénales, n'empêchent pas que ces autorités soient bien des substituts juridictionnels : ces infractions administratives relèvent de la « matière pénale » ; ces autorités ont été créées pour éviter que ces comportements, de nature à troubler l'ordre public, ne soient traités par les juridictions classiques, non spécialisées et souffrant déjà d'encombrement.

2 – Qualité de substitut juridictionnel et existence d'infractions administratives.

433. L'existence d'infractions administrative à côté d'infractions pénales comparables entraîne des possibilités de cumul d'infraction. Les règles de non-cumul ont été écartées en l'espèce par le Conseil constitutionnel : cette décision ne nie pas la nature répressive des infractions administratives et ce caractère oblige le respect de certains principes calqués sur le droit pénal.

Les autorités administratives sont habilitées à émettre des règlements et à en sanctionner les violations. C'est le cas tout particulièrement de la COB qui a interdit des comportements rejoignant souvent les éléments constitutifs de textes d'incriminations

⁷⁵ Définition de l'entreprise donnée par la Cour d'appel de Paris, 19 novembre 1992, BOCCRF 21/92. Voir **M.-C. Boutard-Labarde, G. Canivet**, *Droit français de la concurrence*, LGDJ 1994, p. 12.

⁷⁶ Décision du 10 avril 1991, rapport annuel 1991, p. XXXIV.

⁷⁷ Voir *infra* n° 545.

préexistants⁷⁸. Cette possibilité d'encourir à la fois une sanction administrative et une sanction pénale heurte le principe en vertu duquel la même personne ne peut être punie deux fois pour le même fait. Ceci fut soutenu par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel préalable la décision du 28 juillet 1989⁷⁹ : les sanctions pécuniaires infligées par la COB pouvaient se cumuler avec des sanctions pénales. Le Conseil constitutionnel a affirmé que ce principe ne recevait pas application en cas de cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale.

Ceci tend à confirmer une analyse de ces « infractions administratives »⁸⁰, comme étant des infractions distinctes des infractions pénales, le terme d'infraction n'étant plus une exclusivité du droit pénal (de même que le terme de délit se rencontre en droit pénal et en droit civil⁸¹). Certains auteurs ont souhaité marquer une différence entre les infractions pénales et les infractions administratives définies par ces autorités indépendantes. Ainsi, la COB a établi un règlement en matière d'opérations d'initiés, et un auteur a pu affirmer que « *la faute que le règlement 90-08 permet de sanctionner ne coïncide pas exactement avec l'infraction pénale de l'article 10-1 de l'ordonnance et ne peut pas être qualifiée de délit puisque sa sanction n'est pas pénale* »⁸². L'analyse révèle que les éléments constitutifs des infractions pénales ou administratives sont comparables en ce qui concerne les éléments matériels. Les sanctions administratives sont souvent encourues sans que la caractérisation d'un élément moral autre que l'inobservation d'un règlement soit constatée. La mauvaise foi transforme alors le comportement en délit correctionnel, pénalement réprimé⁸³ : c'est le cas par exemple des infractions aux droits de la concurrence des articles 7 et 8 de l'ordonnance du premier décembre 1986 qui, selon l'article 17 de cette même ordonnance, sont des délits si la personne a participé « frauduleusement » à ces activités anticoncurrentielles. Mais une telle distinction entre les infractions pénales et administratives tient à peu de chose : seule la difficulté (ou l'absence de volonté) de démontrer un élément moral fait pencher la balance vers l'une ou l'autre des qualifications.

Ces infractions comprennent toutes des sanctions dont la nature est souvent semblable : sanctions pécuniaires, retrait d'autorisations de nature à interdire l'exercice d'une profession, etc. Les décisions de la Commission ou de la Cour européenne des droits de l'homme semblent elles-mêmes rendre contestable la distinction faite entre divers types d'infractions ou de sanctions. Ces organisations tentent depuis une vingtaine d'années de définir la « *matière pénale* »⁸⁴, qui englobe toutes les infractions sans que l'on puisse écarter par exemple les mesures administratives disciplinaires⁸⁵, la matière fiscale⁸⁶, ou que l'on

⁷⁸ Voir *supra* n° 429.

⁷⁹ N° 89. 260, précité.

⁸⁰ Sur cette notions, voir **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica 1992, p. 53 et s.

⁸¹ **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 54.

⁸² **J.-H. Robert**, *Le manquement d'initié*, Droit pénal 1990, chronique n° 12.

⁸³ **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 57.

⁸⁴ **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 165 et s. ; *La matière pénale au sens de la CESDH, flou du droit pénal*, Rev. sc. crim. 1987, p. 381.

⁸⁵ **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, préc., p. 158.

puisse en distinguer les mesures qui, outre leur fonction répressive, contiennent aussi des fonctions réparatrices ou préventives. Toutes les mesures contenant un aspect répressif doivent se voir appliquer les garanties pénales et tout particulièrement celles précisées par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (droit à un procès équitable et public, dans un délai raisonnable, devant un tribunal)⁸⁷. S'il semble intéressant de déterminer de façon plus précise quel est le champ de la répression administrative par rapport au champ de la répression pénale classique, puisque l'existence de juridictions administratives est admise à côté des juridictions répressives classiques⁸⁸, il demeure que les garanties et les principes du droit pénal doivent s'appliquer à l'ensemble de la répression⁸⁹, ce en quoi nous encourageant les cours européennes.

434. Le Conseil constitutionnel lui-même ne reste pas insensible aux inquiétudes concernant d'éventuels cumuls d'infractions puisqu'il ne se contente pas de nier l'application de ce principe en présence de sanctions administratives⁹⁰. En général, les principes classiques de la procédure pénale doivent s'appliquer aux infractions administratives⁹¹. Dans sa décision du 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel a ainsi observé que le principe de proportionnalité exigeait que « *le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »⁹². La proportionnalité des sanctions administratives demeure cependant douteuse⁹³. Le débat contradictoire est organisé dans la procédure du Conseil de la concurrence⁹⁴. La nature des sanctions est, en général, très vaguement définie puisqu'il semble qu'aucune distinction de régime n'est faite entre les sanctions légales, les pénalités

⁸⁶ La commission, le 6 juillet 1990, *B. contre France*, requête n° 12547 /86 considère les majorations de droit en matière fiscale comme des pénalités fiscales, faisant ainsi référence aux critères de la matière pénale. **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 160.

⁸⁷ Arrêt *Oztürk*, 21 février 1984, série A n° 73 ; Cahiers de droit européen 1986, p. 212 : « *La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la décriminalisation des Etats ... Toutefois si les Etats contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'"administrative" plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celle-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention* ». **C. Teitgen-Colly**, *Garanties du procès équitable et répression administrative*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica 1993, p. 291. **M. Fabre**, *Le droit à un procès équitable. Etude de jurisprudence sur l'application de l'article 6 § 1 de la Convention EDH*, JCP 1998, I, 157.

⁸⁸ Arrêt *Oztürk*, précité : les distinctions entre sanctions pénales et administratives sont essentiellement procédurales et doivent donc être nuancées : **A. Varinard, E. Joly-Sibuet**, *Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et le droit administratif pénal*, RID pén. 1988, p. 189.

⁸⁹ En ce sens, notamment, **A. Pirovano**, *Justice étatique, support de l'activité économique*, Justices n° 1, 1995, p. 15, spéc. p. 32 ; **Y. Mayaud**, *La justice pénale dans le monde des affaires*, Justices n° 1, p. 35, spéc. p. 39.

⁹⁰ Voir *supra* n° 433.

⁹¹ Déc. 88-248 DC du 17 janvier 1989, JO du 18 janvier 1989, p. 754 (Conseil supérieur de l'audiovisuel). Ce qui va dans le sens des recommandations exprimées par le XIV^e congrès international de droit pénal : *Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal*, Vienne, 2-7 octobre 1989, RID pén. 1990, p. 87.

⁹² **M.-C. Piniot**, *De la justice des marchands à la justice de l'entreprise et des marchés*, *La justice*, Cahiers français n° 251, p. 83, spéc. p. 88.

⁹³ **C. Teitgen-Colly**, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Les sanctions administratives*, n° spécial Petites affiches 1990, n° 8, p. 25, spéc. p. 38.

⁹⁴ Voir notamment **C. Babusiaux**, *Instrument de dissuasion ou réparation des dommages causés à l'économie : la nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence*, Petites affiches 1990 n° 8, p. 64.

contractuelles, entre répression légale et répression disciplinaire, etc.⁹⁵ De plus, afin de sauvegarder le justiciable du risque de subir une sanction grave prononcée arbitrairement, le Conseil constitutionnel a affirmé dès 1989 que l'administration peut exercer un pouvoir de sanction « *dès lors, d'une part, que la sanction infligée est exclusive de toute privation de liberté et d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »⁹⁶. Cette décision rappelle que la déclaration des droits de l'homme et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République imposent les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et le respect des droits de la défense⁹⁷ ; le Conseil constitutionnel ajoute que « *ces exigences 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 judiciaire* ». Il est à craindre que ces intentions ne restent que des vœux pieux. Ainsi, la légalité criminelle appliquée aux infractions administratives n'impose guère de rigueur⁹⁸. Des auteurs relèvent que « *les principes fondateurs du droit processuel (droit de la défense, caractère contradictoire de l'instruction et des débats, proportionnalité des sanctions, voies de recours, etc.) sont particulièrement difficiles à marier avec les impératifs d'efficacité et de rapidité économique* »⁹⁹, impératifs qui sont pour partie à l'origine de la création de ces autorités administratives indépendantes¹⁰⁰.

Les autorités administratives indépendantes ont un tel pouvoir répressif que leur nature de substitut juridictionnel ne fait aucun doute. Si leur statut juridictionnel n'a cependant pas été reconnu, c'est en raison du silence du législateur qui seul peut l'affirmer.

⁹⁵ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989 concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, n° 88.248, JO du 18 janvier 1989, p. 754 ; **B. Genevois**, *Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du CSA*, RFDA 1989 n° 2, p. 215. **M. Delmas-Marty**, **C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica 1992, p. 33 et 39 : les pouvoirs des autorités administratives englobent l'ensemble des sanctions qui expriment la « puissance publique ». *Contra* : **J. Azema**, *La dépenalisation du droit de la concurrence*, Rev. sc. crim. 1989, p. 651, spéc. p. 653 : les mesures prononcées par le Conseil de la concurrence n'ont pas un caractère pénal selon cet auteur car les sommes sont recouvrées comme créances de l'Etat étrangères à l'impôt et aux domaines comme c'est le cas pour les amendes pénales. Mais, comme pour les amendes forfaitaires lors de transactions, la destination ne peut être considérée comme déterminantes de leur nature (voir *supra* n° 420).

⁹⁶ Conseil constitutionnel 17 janvier 1989, n° 88-247, au sujet du Conseil supérieur de l'audiovisuel, préc.

⁹⁷ 35° considérant de cette décision. **C. Teitgen-Colly**, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Les sanctions administratives*, Petites affiches 1990, n° 8, p. 25, spéc. p. 37. **F. Moderne**, *Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, même revue, p. 15, spéc. p. 21. **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. 117.

⁹⁸ Conseil constitutionnel 17 janvier 1989, précité, 37° considérant : « *appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* ».

⁹⁹ **A. Pirovano**, *Justice étatique, support de l'activité économique*, Justices n° 1, 1995, p. 15, spéc. p. 31.

¹⁰⁰ Voir *supra* n° 28

C'est presque avec regret que le Conseil constitutionnel a qualifié le Conseil de la concurrence d'organisme non juridictionnel, donc administratif¹⁰¹.

Les modalités de transactions pénales avec les administrations indépendantes ou non sont très nombreuses et de formes très différentes. Leur objectif est essentiellement de renforcer l'efficacité de la répression car il n'est guère tenable d'affirmer que confier le traitement des litiges à un organe non juridictionnel, tout en lui attribuant des pouvoirs de sanctions et de dissuasion, consiste en une dépénalisation. Ces modes extrajudiciaires de traitement des conflits ont néanmoins un caractère quasi-juridictionnel et les comportements ainsi sanctionnés relèvent bien de la matière pénale. De tels pouvoirs de transactions semblent aussi être confiés à des organes de droit privé.

C - Avec les autorités de droit privé : la transaction pénale en question.

435. Alors que ces possibilités de résoudre les conflits hors du champ juridictionnel semblaient n'être que des traces du passé (nous faisons allusion aux transactions administratives datant de l'Ancien régime), le besoin croissant de justice non absorbé par les juridictions a parfois trouvé un exutoire dans ces techniques de transaction. Dès lors, des possibilités de conciliation ont été proposées à des autorités administratives, mais aussi des autorités de droit privé : assurances, employeurs, banquiers, etc. Pour autant, ces pouvoirs de conciliation donnent-ils la possibilité de transiger sur le terrain pénal de façon indépendante du système juridictionnel ? L'existence de transactions pénales est parfois évoquée en droit du travail entre employeurs et salariés. Il semble cependant qu'il ne s'agisse pas réellement de transactions pénales (1). En revanche, de récents pouvoirs donnés aux établissements bancaires peuvent être ainsi qualifiés (2).

1 – Fausses transactions pénales entre employeurs et salariés.

436. Le droit du travail connaît des transactions fréquentes conclues entre les salariés et leurs entreprises¹⁰². Cette branche du droit contient de nombreuses dispositions

¹⁰¹ Déc. n° 82-155, DC du 30 décembre 1982, Rec. 88 ; Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, JO du 25 janvier 1987, p. 924 ; **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. **R. Martin**, *La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, JCP 1990, I, 3469. **M. Delmas-Marty**, **C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger ?*, Economica 1992, p. 42. Voir *supra* n° 404.

Contra : **J. Chevalier**, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justices n° 1, 1995, p. 81, spéc. p. 87.

Les recours contre les décisions de la Commission des opérations de bourse ou du Conseil de la concurrence ont d'ailleurs lieu, non pas devant le juge administratif, mais devant la Cour d'appel de Paris qui statue en premier et dernier ressort (loi du 6 juillet 1987 pour le Conseil de la concurrence ; loi du 2 août 1989 pour la COB). **P. Delvolvé**, *Répression, droit pénal et droit administratif*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1987, p. 37, n° 21 et s.

¹⁰² Voir notamment **M.-C. Rivier**, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail*, in *Justice et travail*, Justices n° 8, 1997, p. 33. **P.-Y. Gautier**, *Les sources du droit du travail*, PUF 1998, p. 142 et s. **A. Supiot**, *Le juge et le droit du travail*, thèse Bordeaux I, 1979, p. 342 et s.

pénales destinées à assurer un respect optimal de ses règles, dans le cadre de l'ordre public de protection mais aussi de direction¹⁰³. Les procédures de licenciement d'un délégué du personnel sont particulièrement surveillées : la transgression de la procédure spéciale est constitutive du délit d'entrave, et fait encourir les peines de l'article L. 482-1. C'est dans ce seul domaine du droit pénal du travail qu'on a pu penser que des transactions pénales allaient pouvoir apparaître¹⁰⁴.

Progressivement, la Cour de cassation a accepté des transactions, notamment après des ruptures de contrats de travail¹⁰⁵, et même avant cette rupture si la date est établie et si les comptes peuvent être réglés. Ainsi, la chambre sociale a admis, le 3 juin 1981¹⁰⁶, la validité d'une transaction ayant accordé des dommages et intérêts à un délégué du personnel, licencié économiquement sans que les procédures pénalement sanctionnées aient été respectées. Cette transaction était valable, pour des arguments purement pragmatiques : le salarié « *pouvait valablement renoncer, après qu'ils aient pris naissance, à des droits qu'il avait acquis, nonobstant le caractère d'ordre public des règles relatives au licenciement pour cause économique d'un délégué syndical* ». Cependant, ces transactions n'avaient alors qu'une nature civile : il s'agissait d'un accord « *sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit* » selon l'expression de l'article 2046 du Code civil. Cet aspect est confirmé par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 janvier 1980¹⁰⁷: les juges ont considéré, dans un cas de licenciement sans autorisation, organisé par une transaction, que l'infraction était constituée, malgré l'existence d'un accord¹⁰⁸. On peut déduire de ces deux arrêts de chambre sociale et de chambre criminelle que cette transaction n'était qu'une transaction civile n'empêchant pas la poursuite du ministère public. Les transactions pénales n'existaient pas encore en droit du travail.

Cependant, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation parut admettre ce type de licenciement négocié le 28 novembre 1984¹⁰⁹. Dans cette affaire, 2009 départs de salariés de l'usine Talbot avaient été traités à l'amiable. Alors qu'en 1980, la chambre sociale considérait que les dispositions sur le licenciement « *sont d'ordre public, et instituées tant dans un but de contrôle économique que de protection des salariés* », autorisant ainsi l'exercice de l'action publique, elle écarte dans cet arrêt de 1984 les dispositions pénales du Code du travail en raison d'un accord passé entre 2009 salariés et la direction. Cet arrêt admet-il les transactions pénales ? Est-il constitutif d'un revirement au regard de l'arrêt de

¹⁰³ Voir *supra* en première partie de thèse n° 51, 64, 93 et 135.

¹⁰⁴ Les autres secteurs du droit du travail ont vu rejetée sans appel cette procédure. Ainsi en est-il du repos dominical, pour lequel, d'ailleurs, la répression « *s'énerve* » actuellement, selon l'expression de **M. Massé** (Droit social, 1980, p. 460). La chambre criminelle de la Cour de cassation précise dans un arrêt du 5 décembre 1989 (cah. Soc. 1990, A11) que le consentement donné par les salariés à l'octroi du repos hebdomadaire un autre jour que le dimanche « *ne saurait constituer un fait justificatif de nature à permettre à l'employeur poursuivi pour infraction à l'article L. 221-5 du Code du travail d'échapper à sa responsabilité pénale* ».

¹⁰⁵ Cass. soc., 18 mai 1953, Droit social 1953, p. 602.

¹⁰⁶ D. 1982, IR, p. 395 et s.

¹⁰⁷ D. 1980, IR, p. 551.

¹⁰⁸ Sur l'absence de contradiction entre ces deux arrêts : **E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert**, préc., p. 50.

¹⁰⁹ Juris-classeur social, Fasc. 36.

1980 précité ? Certains l'affirment¹¹⁰. Cependant, les circonstances de faits sont fort différentes dans les deux arrêts. En 1980, il s'agissait bien de licenciements économiques sans autorisation. En 1984, il s'agirait non de licenciement mais de démission : la chambre criminelle relève le caractère volontaire des départs, sans aucun renseignement fallacieux sur l'étendue des droits des protagonistes, l'accord octroyait une indemnisation supérieure à celle qui aurait été obtenue en respect de la procédure de licenciement imposée par le Code pénal. La procédure utilisée n'avait soulevé aucune réserve ou récrimination ni des salariés en cause, ni de l'administration. La chambre criminelle précise : « *La cour d'appel relève le caractère volontaire des départs qui, comportant une contrepartie financière, ont été bénéfiques aux salariés concernés* ». Il s'agirait ici, non pas de licenciements économiques, mais bien plutôt de démissions négociées, sans qu'aucune fraude aux articles L. 321-7 et L. 321-11 du Code du travail ne puisse être relevée. On peut en déduire que la chambre criminelle n'admet toujours pas qu'une transaction pénale puisse se substituer aux procédures de licenciement économique : il n'y a pas eu de comportement pénalement répréhensible.

Cependant, la formulation de l'arrêt n'est pas si claire et dénote un certain malaise. Peut-on croire à ces deux mille neuf cents « démissions » à un moment qui arrangeait si bien l'usine Talbot ? La lecture de l'arrêt laisse percevoir toutes les difficultés qu'a eues la chambre criminelle à écarter les textes du Code du travail ... au point qu'elle fait preuve d'une maladresse qu'on pourrait prendre pour du cynisme s'il ne s'agissait pour elle de démontrer à tout prix qu'il ne s'agit pas de licenciement économique : « *La cour d'appel relève le caractère volontaire des départs qui, comportant une contrepartie financière, ont été bénéfiques (!) aux salariés concernés* ». Si les départs étaient bien volontaires, pourquoi s'acharner à relever le caractère avantageux de l'indemnisation *par comparaison à ce qui aurait été obtenu en cas de licenciement économique* ? Pourquoi reprocher aux plaignants de n'avoir pas prouvé une quelconque colère de salariés en cause, d'autant plus que c'est au ministère public d'apporter cette preuve ? Si la chambre criminelle refuse la substitution d'une transaction pénale aux procédures de licenciement économique au sens strict, elle n'est pas, par ailleurs très exigeante sur l'application de ces textes et ce, même si l'on tient compte du principe d'interprétation stricte des textes pénaux. Ceci explique que certains auteurs (précités) en aient conclu que cette transaction n'était pas une simple transaction civile, n'éteignant que l'action civile, mais bien une transaction pénale éteignant l'action publique.

437. Un arrêt plus récent confirme pourtant que seule la transaction civile est admise en droit du travail. Dans cette affaire, un représentant du personnel avait été licencié grâce à une transaction, donc, sans que soient respectées les procédures imposées par les articles L. 425-1 et L. 482-1 du Code du travail. Cette transaction, conclue certes dans un climat d'animosité plus patent que dans l'affaire concernant Talbot, fut refusée par la chambre

¹¹⁰ E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 46.

sociale de la Cour de cassation, le 2 décembre 1992¹¹¹. Seules les transactions civiles ne portant que sur les intérêts pécuniaires en jeu, et conclues alors que, par ailleurs, les procédures de licenciement sanctionnées pénalement ont été respectées, sont admises¹¹². La chambre criminelle de la Cour de cassation précise, le 4 février 1992 : « *Si les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices exorbitantes du droit commun instituées en leur faveur, rien ne les empêche, lorsqu'un licenciement leur a été notifié sans que la procédure légale ait été observée, de conclure avec l'employeur un accord librement consenti (...) en vue de régler les conséquences pécuniaires de la rupture du contrat de travail* »¹¹³.

Les transactions en matière de droit du travail ne portent pas sur le droit pénal. D'autres secteurs du droit pénal des contrats peuvent cependant être concernés. Ainsi, une méthode négociée de résolution des conflits fut instaurée en matière de chèques sans provision. Ces transactions sont-elles de nature pénale ?

2 – Banques et chèques sans provision.

438. Alors que l'émission de chèque sans provision était un délit puni des peines prévues pour l'escroquerie¹¹⁴, la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991, constatant l'échec total de la manière forte, a supprimé ce délit pour instaurer un mode transactionnel de règlement de ces litiges. La menace de sanctions pénales était vaine : en 1986, sur 3558 millions de chèques émis, 9 millions l'étaient sans provision ; ce chiffre est passé à 12 millions en 1990, pour 3742 millions de chèques émis¹¹⁵. Le nombre de condamnations est impressionnant, quoique faible au regard du nombre d'infractions constatées : 48280 en 1987, soit 76 % des condamnations pour infractions à la législation économique et financière ; 35088 en 1990, soit 67 % de ces mêmes condamnations¹¹⁶. Qui plus est, lorsqu'une condamnation pénale avait lieu, elle n'était pas souvent suivie du paiement du chèque¹¹⁷.

Le législateur a élaboré une procédure pouvant être qualifiée de transaction entre le banquier tiré et le mauvais payeur. Il s'agit d'un système d'injonction¹¹⁸ : le banquier tiré qui refuse le paiement d'un chèque pour défaut de provision enjoint au titulaire du compte de restituer les formules de chèques à tous les banquiers dont il est le client ; l'émission de

¹¹¹ Cass. soc. 2 décembre 1992, Droit social 1993, p. 152, Rapport **P. Waquet**.

¹¹² Voir notamment **G. Lyon-Caen, J. Pélassier, A. Supiot**, *Droit du travail*, Dalloz, Précis 1998, 19^{ème} éd., n° 363 ; la transactions sur les intérêts civil sont admis avec circonspection car il est à craindre que le salarié n'abandonne trop vite ses droits en les ignorant.

¹¹³ Cass. crim., 4 février 1992, Lesprit, n° Y 90-82.330.

¹¹⁴ **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 82. **M. Delmas-Marty**, *Droit pénal des affaires*, T. II, PUF 1990, p. 106 et s. **R. Merle, A. Vitu**, *Droit pénal spécial*, T. I, préc., n° 714 et s.

¹¹⁵ Statistiques de la Banque de France, in **Y. Chaput**, *La loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement*, D. 1992, chron, p. 101.

¹¹⁶ *Annuaire statistique de la justice*, La documentation française, 1992, p. 145.

¹¹⁷ Voir l'exposé des motifs du projet de loi, n° 444.

¹¹⁸ Article 65-3, Décret-loi du 30 octobre 1935. **W. Jeandidier**, préc., n° 85. **J. Larguier, P. Conte**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 148. **M. Véron**, *Le dispositif légal relatif à l'émission des chèques sans provision depuis la loi du 30 décembre 1991*, Droit pénal 1992, chron. p. 17.

chèque est interdite pour dix ans. Cependant, il est possible de recouvrer le pouvoir d'émettre des chèques, si le tireur s'acquitte de deux obligations à la suite de cette injonction : il doit d'abord régler le montant du chèque ou créer une provision suffisante à cet effet ; puis, si un autre incident de paiement a été relevé pendant les douze mois précédant l'injonction, et que le chèque litigieux n'est pas payé, le tireur doit alors s'acquitter d'une « *pénalité libératoire* » de 120 francs par tranche de 1000 francs impayés. Cette pénalité est doublée si elle constitue la quatrième régularisation lors des douze derniers mois ; il apparaît une notion de récidive dans cette transaction. Ces pénalités libératoires sont à acquitter en timbre amende (et surtout pas en chèque!) auprès du Trésor public¹¹⁹.

Cette transaction est-elle de nature pénale ? A l'encontre de cette qualification, on peut souligner que seule la récidive est incriminée ; la transaction ne prend pas la place d'un procès pénal. De plus, en cas de contestation, le litige sera porté devant les juridictions civiles¹²⁰. Cependant, les banques se voient attribuer un pouvoir de prononcer des sanctions répressives en cas de non-exécution de l'injonction : une somme (la pénalité libératoire) est exigée, non à titre de réparation, mais bien à titre de peine puisqu'elle est versée au Trésor public. De plus, l'interdiction bancaire, qualifiée de répression parapénale, est plus lourde depuis l'instauration du système d'injonction qu'elle soutient¹²¹. L'injonction a bien lieu en « matière pénale ». En outre, le juge pénal n'est pas totalement exclu du traitement de cette infraction : le refus d'exécuter la transaction, en émettant un chèque malgré l'injonction du banquier, fait encourir une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende de 2 500 000 francs. La récidive de l'émission de chèque sans provision est donc une infraction : tous les ponts ne sont pas rompus entre ce comportement et le droit pénal. M. Jeandidier a largement critiqué le caractère incohérent de cette « dépénalisation » d'un comportement grave ; cette dépénalisation est d'autant plus choquante et arbitraire que des comportements d'une gravité comparable demeurent soumis à des sanctions pénales sévères : « *Y a-t-il vraiment par exemple une différence palpable de nocivité entre le tireur d'un chèque de 1000 F sans provision et le tireur d'un chèque de même montant provisionné qui opère immédiatement après cette émission un retrait de la provision (article 66 alinéa 1 du décret loi du 30 octobre 1935) ?* »¹²².

Les possibilités de transactions à l'occasion de comportement relevant de la « matière pénale » sont fort nombreuses, dans des domaines très dissemblables recourant à des procédés très variés. Le législateur les a imposées au coup par coup, sans aucune réflexion d'ensemble, ayant comme seul objectif d'éviter le système judiciaire, son encombrement et la

¹¹⁹ Articles 65-3-1, 65-3-2, 65-3-3, décret-loi du 30 octobre 1935.

¹²⁰ Article 65-3-5, décret-loi du 30 octobre 1935.

¹²¹ **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 86 : l'interdiction était auparavant de un an.

¹²² **W. Jeandidier**, préc., n° 87 ; *Les vicissitudes du droit pénal positif du chèque*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 177, n° 6 et s.

rigueur de ses procédures. Ceci explique sans doute qu'elles comportent de nombreux défauts et limites, déjà percues en étudiant leurs mécanismes, et qu'il convient de préciser à présent.

Paragraphe 2 – Les limites des transactions alternatives au système judiciaire.

439. Malgré un effet de mode certain, les transactions déjà existantes sont l'objet de nombreuses critiques et leur domaine demeure limité : comme l'indique l'article 6 du Code de procédure pénale, elles ne sont envisageables que lorsqu'une disposition spéciale de la loi les autorise. Il arrive même que la transaction soit mal vécue et menée presque clandestinement, tout particulièrement par l'administration. Seule l'administration douanière semble assumer ce rôle : 98,5 % des infractions sont ainsi traitées, faisant de cette procédure un outil de travail quotidien¹²³. En revanche, la conciliation a du mal à acquérir sa légitimité dans la plupart des autres secteurs administratifs. Malgré sa fréquence, ces autorités l'occultent et l'opinion publique les suspecte d'arbitraire¹²⁴. Les transactions présentent de nombreuses défaillances au regard des principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale (A), au point qu'un contrôle juridictionnel accru semble nécessaire (B).

A - Défauts des transactions au regard des principes du droit pénal.

440. De nombreux avantages sont avancés par les promoteurs des transactions : elles autorisent une meilleure personnalisation des peines et évitent l'application systématique de régimes très sévères, tel que les régimes fiscaux, où la bonne foi du contrevenant ne peut être prise en compte dans une procédure ordinaire. Ceci permet de rétablir une forme de « circonstance atténuante », bien que cette notion ait été rayée du nouveau Code pénal, et de tenir compte de la personnalité du contrevenant. Des auteurs font aussi valoir que ces négociations sont moins « stigmatisantes » pour la personne qu'un procès pénal, qui fait l'objet d'une publicité. Pourtant, n'ont-ils jamais observé, dans les trains par exemple, l'indiscrétion désinvolte des contrôleurs soupçonneux et la convergence des regards de passagers, avides de « distraction », vers un accusé pétrifié de confusion ? Nous doutons de la valeur de cet argument, au moins pour certains modes de transaction, de même qu'il ne semble pas que tous les principes généraux imposés par le droit pénal en vue de préserver l'équité des procès, sont strictement respectés lors des conciliations (1). Il en est de même pour des principes ayant trait à la bonne administration de la justice (2).

¹²³ E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 178.

¹²⁴ *Le droit pénal administratif, instrument d'action étatique : incrimination – transaction*, Commissariat Général au Plan, Paris, 1986.

1 - Les principes préservant l'équité des procédures.

441. Les transactions posent question en ce qui concerne le respect des principes destinés à la protection des justiciables. L'**égalité** entre ces derniers, qui doit subsister quelle que soit l'autorité chargée de l'affaire, ne semble pas toujours garantie. Il existe ainsi un risque de disparité géographique des sanctions transactionnelles établies avec tel type d'établissement ou administration. Conscient de ce problème, le législateur a établi, pour certaines transactions, des organismes chargés de préserver l'unité des décisions. Tel est le rôle, par exemple, du Comité des infractions fiscales et douanières et des changes. Mais en l'absence de tels comités, il n'existe pas de « jurisprudence » des transactions.

L'égalité des parties à la transaction, conçue sur le modèle de l'égalité des parties au procès et qui induit les droits de la défense¹²⁵, est loin d'être réalisée. Que la transaction ait lieu avec l'administration, une autorité administrative indépendante ou un établissement bancaire, l'accusé est toujours en état d'infériorité, même si la possibilité de se faire assister par un avocat existe et est même encouragée par les textes¹²⁶. Le principe du contradictoire a pu être légalement affirmé, comme dans l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 au sujet des procédures devant le Conseil de la concurrence ; mais certains soupçonnent que « *la proclamation de principes dans les textes législatifs (ne soit) affichée que pour masquer qu'en réalité, ... il n'en est pas ainsi* »¹²⁷.

Par ailleurs, la capacité de se défendre et d'obtenir le soutien d'un avocat, sera plus importante pour une grande entreprise ou une personne au statut social ou économique influent. Là encore, l'égalité entre justiciables est rompue. Cet argument fut le plus médiatisé lors du rejet du projet de généralisation de la transaction pénale : on craignait la création d'une justice de classe, où les plus riches éviteraient le procès pénal en acquittant une sanction pécuniaire, « combine » inaccessible au plus pauvres¹²⁸. Le récent projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits prévoit d'accorder le bénéfice de l'aide juridictionnelle en vue d'une transaction, ce qui pourrait rétablir l'équilibre

Enfin, la transaction demeure perçue comme une faveur¹²⁹ au point que certaines transactions n'ont pas à être motivées : c'est le cas des transactions fiscales, selon une décision du Conseil d'Etat, du 29 juillet 1953¹³⁰, qui prend comme prétexte le fait que l'administration tient compte de la situation financière personnelle et familiale des contribuables.

¹²⁵ T. Fossier, *Droit de la défense et personne vulnérables*, Rev. sc. crim. 1998, p. 57, n° 19. G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 42.

¹²⁶ Ainsi en est-il de l'article 461 du Code des douanes et L. 211-10 du Code des assurances.

¹²⁷ R. Martin, *La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, JCP 1990, I, 3469, n° 10 et s.

¹²⁸ Voir *infra* n° 462.

¹²⁹ E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 221, sentiment que l'on retrouve très nettement chez les opposants au projet de généralisation de la transaction pénale.

¹³⁰ CE 29 juillet 1953, Rec. p. 409.

442. Les transactions mettent en cause le principe déjà bien atteint¹³¹ de **légalité criminelle**, en particulier la légalité des peines, qui découle directement des risques de disparités de traitement. Cette atteinte existe aussi pour la légalité des incriminations au point que l'administration des douanes a dû élaborer une typologie des infractions avec une combinaison complexe de critères, afin de tenter d'unifier les traitements des litiges. Les textes sont peu précis que ce soit pour la définition des infractions, ou les sanctions prévues. Le rapport Tailhade¹³² souligne ce risque d'incrimination à moindre légalité. D'une façon générale, le respect modéré du principe de légalité criminelle par le droit administratif peut inquiéter. En effet, le Conseil constitutionnel a affirmé, concernant ce principe¹³³ : « *considérant toutefois, qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* ». Le Conseil d'Etat admet des textes d'incrimination vagues et accepte que l'administration en détermine elle-même les éléments constitutifs¹³⁴, ce qui nous place face à un droit répressif à caractère jurisprudentiel, comme dans le droit anglo-saxon, sans cependant être assuré de la règle du précédent assurant la sécurité juridique chez nos voisins¹³⁵. La France risque des condamnations et la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi censuré le refus du Conseil d'Etat de qualifier les amendes administratives infligées dans le cadre de la concurrence comme des amendes entrant dans la « *matière pénale* »¹³⁶. Les transactions administratives sont concernées et tout particulièrement celles menées par la Commission des opérations de bourse qui sanctionne ainsi ses propres règlements, ceux-ci étant souvent proches d'infractions pénales.

443. En matière de transactions administratives, le principe de **séparation des pouvoirs** judiciaire, exécutif et législatif ne s'estompe-t-il pas ? L'administration applique sa propre sanction au lieu de se subordonner aux décisions du juge, et même, définit la norme puisque de nombreux textes sont réglementaires.

L'existence de ces « infractions administratives », qui font encourir des sanctions à caractère indéniablement punitif, pose le problème de leur origine légale : leur création revient au pouvoir réglementaire. Elles sortent de façon contestable du champ des

¹³¹ Voir notamment **J.-F. Chassaing**, *Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain*, Rev. sc. crim. 1993, p. 445, spéc. p. 448.

¹³² *La modernisation de la justice*, 1985, Documentation française.

¹³³ N° 88-248 DC du 17 janvier 1989, JO du 18 janvier 1989, p. 754, (Cons. 37). **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 64. **B. Genevois**, commentaires sous n° 88. 248 DC, RFDA 1989 n° 2, p. 215 : cet auteur précise que cette assouplissement du principe de la légalité criminelle ne s'applique que dans un contexte particulier où l'infraction implique une relation antérieure entre l'administration et le délinquant. Dès lors, la COB, par exemple, ne serait pas dispensée de ce principe : en ce sens, l'article 9-1, ordonnance du 26 septembre 1967 sur la COB, mod. 1, 2 août 1989 et règlement pris en application par arrêté du 17 juillet 1990 sur les opérations d'initiés.

¹³⁴ CE 28 septembre 1945, Boué, Recueil p. 196 ; **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 68.

¹³⁵ En ce sens, **J. Mougeron**, *La répression administrative*, LGDJ 1967, n° 173 et 175. **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 68 et p. 159.

¹³⁶ CEDH, 21 février 1991, *Société Stenuit contre France*, req. n° 11598 / 85.

crimes et délits dont la définition revient au Parlement. Seules la détermination des infractions non pénales « les plus graves »¹³⁷, (quel est le seuil¹³⁸ ?) demeurent dévolues aux parlementaires. Un rapport au Conseil d'Etat a pu formuler quelques inquiétudes : « Ces AAI constituent une catégorie non prévue par le constituant et difficilement conciliable avec l'équilibre des pouvoirs mis en place par lui »¹³⁹. En outre, la plupart des « infractions administratives » légalement définies n'exigent aucune relation antérieure entre l'administration qui la sanctionne et le délinquant et ne protège plus l'intérêt général que des intérêts strictement administratifs et ne peuvent être assimilées, par exemple, à des mesures disciplinaires : c'est le cas par exemple des infractions au Code de la route ou des infractions économiques (par exemples l'article 8 de l'ordonnance du premier décembre 1986 sur l'exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante).

La question de la constitutionnalité de ces procédures d'incrimination, d'injonction et de sanctions administratives, qui nécessitent des enquêtes de nature à caractériser les éléments constitutifs d'infraction et qui peuvent entraîner des amendes, fut posée à plusieurs reprises au Conseil constitutionnel : ces autorités ont des pouvoirs de règlement, d'injonction et de sanction les fonctions de faire et d'appliquer le droit sont aux mêmes mains¹⁴⁰, comme le sont celles de constater l'infraction, d'instruire et de poursuivre. La conformité à la constitution fut toujours réaffirmée de façon quelque peu libérale et par une formulation générale dans une décision du 28 juillet 1989¹⁴¹ : « *Le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique puisse exercer un pouvoir de sanction* ». Ce principe de séparation des pouvoirs interdirait seulement le cumul des pouvoirs entre les mains d'une seule autorité sans imposer pour autant un mode précis de répartition¹⁴² : il n'est pas impossible qu'une autorité administrative détienne des pouvoirs de sanction. Dès lors, en écartant ici la violation du principe de séparation des pouvoirs¹⁴³, le Conseil constitutionnel encourage la banalisation de la répression administrative¹⁴⁴ et infirme l'idée d'un monopole juridictionnel de la répression.

¹³⁷ Conseil constitutionnel, n° 87.151 L, 23 septembre 1987, Recueil 53 ; RFDA 1988, p. 273, note **Genevois** ; AJDA 1988, p. 60, **X. Prétot** ; Droit pénal 1989, p. 399, **L. Favoreu**.

¹³⁸ Mais la question est la même lorsqu'on s'interroge sur la nature contraventionnelle, délictuelle ou criminelle d'une attitude que l'on souhaite incriminer pénalement.

¹³⁹ Rapport de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat, EDCE 1987, p. 53.

¹⁴⁰ Une autorité administrative indépendante peut réprimer les violations de ses propres règlements : n° 89. 260 DC. C'est le cas de la COB.

¹⁴¹ N° 89.260 DC du 28 juillet 1989, Recueil, 71. **B. Genevois**, *Le conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB*, RFDA 1989 p. 671. **M. Delmas-Marty**, **C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica 1992, p. 32 et 69. **C. Teitgen-Colly**, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Les sanctions administratives*, n° spécial Petites affiches 1990, n° 8, p. 25, spéc. p. 32 et s.

¹⁴² **C. Teitgen-Colly**, préc., p. 32.

¹⁴³ Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁴⁴ **M. Delmas-Marty**, **C. Teitgen-Colly**, préc. **B. Genevois**, *Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, RFDA 1989 : « *La politique jurisprudentielle que le Conseil constitutionnel entend mener ...(consiste) à ne pas opposer d'obstacle de principe aux sanctions administratives* ».

Dès 1988, les exigences constitutionnelles en matière d'enquêtes ont été considérées comme respectées dans une décision pleine de largesse, concernant les autorités administratives indépendantes chargées de constater les infractions. Sont considérés comme conformes à la constitution les pouvoirs donnés à des agents simplement habilités par la COB (qui ne sont donc pas des officiers de police judiciaire) de procéder à des enquêtes dans des locaux professionnels sans intervention ni contrôle de l'autorité judiciaire¹⁴⁵. Selon le Conseil constitutionnel, « *ce n'est pas une recherche d'infraction mais un simple contrôle* »¹⁴⁶, ce qui, concernant la COB visée par cette décision, est une distinction particulièrement subtile : cet organisme ne « contrôle », en effet, que les opérations susceptibles de présenter un caractère infractionnel. En effet, le législateur a simultanément, en 1989, accru le nombre d'infractions boursières (délit d'initié, délit de diffusion de fausses informations, délit de manipulation des cours) et élargi les pouvoirs de sanction de la COB¹⁴⁷.

Ce sont tous les pouvoirs réglementaires, d'enquête, de poursuite, de jugement qui sont ainsi réunis dans les mêmes mains. Si les transactions et les médiations font vaciller très nombreux principes fondateurs du droit et de la procédure pénale, des principes liés à l'administration de la justice sont aussi en cause.

2 - Les principes préservant une bonne administration de la justice.

444. La disparition de la notion de récidive pour les infractions de moindre gravité est peut-être à craindre. Le casier judiciaire de l'individu dont le comportement a fait l'objet d'une transaction ne porte bien sûr aucune trace. Il existe pourtant une sorte de casier judiciaire administratif¹⁴⁸. De plus, la prise en compte de la récidive a été organisée en matière de chèque sans provision¹⁴⁹. Cette crainte, si elle est certainement fondée, est à nuancer. D'ailleurs, la loi sur la transaction pénale rejetée par le conseil constitutionnel prévoyait une inscription à un registre national¹⁵⁰. Il entre dans les préoccupations du législateur de tenir compte d'éventuelles récidives.

445. Une des prérogatives essentielles du Parquet est contenue dans l'article 40 du Code de procédure pénale puisqu'il s'agit de la maîtrise de l'opportunité des poursuites. Le procureur décide seul si la machine judiciaire doit être saisie d'une infraction pénale dont il a connaissance. Hormis les quelques prérogatives accordées aux victimes, il a la maîtrise de

¹⁴⁵ N° 87-240, DC 19 janvier 1988, Recueil 28. **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 108. Il s'agit d'enquêtes non coercitives, sans perquisitions ou saisies. Les enquêtes coercitives sont soumises au contrôle judiciaire : voir, par exemple l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour le Conseil de la concurrence.

¹⁴⁶ N° 90-286 DC 28 décembre 1990, Recueil 107, au sujet des pouvoirs de la COB.

¹⁴⁷ **M.-C. Piniot**, *De la justice des marchands à la justice de l'entreprise et des marchés*, La Justice, Cahiers français n° 251, p. 83, spéc. p. 88.

¹⁴⁸ Voir *supra* n° 424.

¹⁴⁹ Voir *supra* n° 437.

¹⁵⁰ Voir *infra* n° 462.

l'action publique et du sort du litige. Le Parquet est délesté par les transactions de son pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites puisque celles-ci sont laissées sur l'initiative d'autorités administratives, bancaires, ...¹⁵¹ Au lieu de seconder la justice dans la poursuite des infractions, l'administration s'en sert comme ultime recours. En cas de procès, les exigences formelles de preuve lui rendent la tâche difficile, des résultats sont plus faciles à obtenir par le biais d'une transaction dont elle maîtrise le déroulement et les exigences. Cependant, l'autorisation du ministère public comme préalable à toute transaction tend à se généraliser¹⁵², même si le contrôle effectif n'est pas encore assuré. Cette crainte est, elle aussi, à nuancer. Mais certains redoutent que ce rôle donné aux procureurs ne nuise à la dignité des juridictions, à cause du marchandage auquel ils pourraient se livrer, à l'image de ce que l'on peut voir dans les pays où sévit le *plea bargaining*¹⁵³. Il n'est pas innocent qu'un récent rapport du Sénat qui encourage un projet de loi tendant à généraliser les transactions pénales encourage aussi la mise en œuvre d'une procédure de « *plaidé coupable* » destinée à remédier à l'engorgement des tribunaux¹⁵⁴.

La transaction en matière pénale s'est largement développée aux Etats-Unis, au Canada ou en Angleterre grâce à cette particularité procédurale qu'est le *plea bargaining*¹⁵⁵, qui permet de retirer la poursuite, la modifier ou mitiger la répression en échange de l'engagement de l'accusé de plaider coupable. Cette forme de consensualisme, à l'origine circonstancielle, s'est généralisée en raison des manques de crédits et de personnel de la justice. Or ses dérives peuvent la transformer en « complot » contre la justice : « *l'avocat de la défense peut commencer par offrir un aveu partiel, ce qui va, par exemple, lui permettre d'obtenir une forme révisée de la poursuite : la poursuite peut s'engager à ne pas révéler à l'audience les antécédents judiciaires de l'accusé ou encore le fait que celui-ci était encore sous le coup de certaines interdictions. La révision étant acquise, la défense peut envisager soit un aveu total, soit de révéler à l'organe de poursuite certaines informations sur des complices. Ce nouveau "geste" du contrevenant peut amener la poursuite à accepter des concessions nouvelles. Par exemple faire d'autres concessions par rapport à la sentence.* »¹⁵⁶ La justice tourne alors au simulacre et au marchandage. L'intégrité du consentement de l'accusé à ces conventions est très contestable : l'accord donné sous la menace de poursuite d'êtres chers, une incarcération immédiate, une peine sévère, serait, dans notre système juridique entaché de violence ; les abolitionnistes du *plea bargaining* les qualifient de dolosifs et soulignent le risque d'autant plus grand d'impliquer à tort des innocents¹⁵⁷. Cette pratique

¹⁵¹ Rapport **Tailhade**, préc. **C. Barberger**, *De la criminalité apparente*, thèse, Lyon III, 1981, p. 188.

¹⁵² Voir *infra* n° 446.

¹⁵³ Voir *supra* n° 361.

¹⁵⁴ Voir le Rapport **P. Fauchon**, Sénat 1997 / 1998, n° 486, p. 18. Voir *infra* n° 464.

¹⁵⁵ **J.-P. Ekeu**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas 1992, p. 349 et s.

¹⁵⁶ **J.-P. Ekeu**, préc., p. 370.

¹⁵⁷ **J.-P. Ekeu**, préc., p. 373. Une plainte fondée sur ce caractère dolosif n'a aucune chance de succès aux Etats-Unis puisque la Cour Suprême a affirmé que de telles interventions, à supposé qu'elles existent, doivent constituer l'élément essentiel ayant conduit à l'aveu de l'accusé : **J.-P. Richert**, *Rev. sc. crim.* 1975, p. 388.

heurte le principe de présomption d'innocence et d'égalité face aux sanctions encourues et prive les juges de leurs pouvoirs d'enquête, de poursuite et de jugement.

L'indisponibilité de l'ordre public est un problème irréductible lorsqu'il ne s'agit pas de l'ordre public de protection¹⁵⁸ (les parties peuvent éventuellement renoncer à la protection qui leur est accordée). En prolongement, il faut relever qu'avec le règlement des litiges par le mode contractuel, la loi des parties prime par rapport à la loi du droit pénal et permet parfois d'éluder les dispositions répressives¹⁵⁹. Ceci se fera bien sûr au détriment de l'une des parties qui aurait pu voir le différend se régler avantageusement par la voie contentieuse. Ce sentiment est renforcé par l'impression que la transaction est un régime de faveur. Des auteurs, peut-être alarmistes évoquent même une incitation à la fraude, puisque les délinquants en puissance savent que les poursuites pénales peuvent être évitées : M. Lascoumes parle d'un acquittement par une somme d'argent du droit à frauder¹⁶⁰. Enfin, M. Kernalegen souligne que les fonctions de trancher et de concilier sont contradictoires¹⁶¹.

446. L'encombrement des tribunaux revient, tel une antienne, dans l'argumentaire des promoteurs de la transaction. Cet aspect est encore en première ligne dans la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995, relative au développement des transactions¹⁶². Chacun peut constater l'inadaptation du droit pénal à régler les problèmes mineurs : classement sans suite quasi-systématique, sanctions peu adaptées à un éventuel reclassement, victimes insatisfaites, etc. D'autres solutions sont recherchées, en particulier fondées sur le consensualisme, visant à soulager le système judiciaire, voire le surpasser. Ces solutions suscitent les louanges : les infractions sont toutes « traitées », ce qui laisse, de prime abord, une impression de progrès. Cependant, ce type de difficultés doit-il tout justifier et en particulier les ombres portées à la cohérence de notre système juridique ? Les transactions esquivent de nombreux principes fondateurs du droit pénal.

Exception faite du récent projet de généralisation de cette procédure, le législateur a choisi les mécanismes de transaction pour des problèmes précis, quand l'urgence d'une solution pratique et peu coûteuse se faisait sentir. Telle était l'analyse officielle lors de la réforme du contentieux douanier avec la loi du 29 décembre 1977¹⁶³. La transaction est un « *moyen efficace et rapide de régler au plan financier un très grand nombre d'infraction ne présentant pas, en général, un caractère de gravité marqué* ». La circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 précédemment évoquée reprend cet argument de la « *gestion économe des deniers publics* »¹⁶⁴. Effectivement les transactions douanières ont un objectif

¹⁵⁸ Voir *supra* n° 402.

¹⁵⁹ Voir en droit du travail par exemple, *infra* n° 514 et s.

¹⁶⁰ E. Serverin, P. Lascoumes et T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 143.

¹⁶¹ Précité, p. 1.

¹⁶² JCP 1995, III, 67306.

¹⁶³ Voir *supra* n° 346.

¹⁶⁴ JCP 1995, III, 67306.

essentiellement financier : l'administration des douanes « *est principalement jugée sur ses performances en ce domaine* »¹⁶⁵. Selon certains, « *la douane doit cesser d'être administrative pour devenir commerciale* »¹⁶⁶. Aucune harmonisation de procédure n'est recherchée, avec les modes de transaction déjà existant.

Les approbations répétées du Conseil constitutionnel concernant les systèmes de transaction n'excluent pas pour autant la nécessité d'un contrôle juridictionnel : les pouvoirs répressifs croissants des autorités administratives, indépendantes ou non, doivent être « *canalisés* »¹⁶⁷.

B - La nécessité d'un contrôle juridictionnel.

447. Le caractère corporatiste de certaines de ces autorités et le non-respect des principes protecteurs du justiciable semblent admis comme une fatalité, au nom de l'efficacité et les juges eux-mêmes l'acceptent en subordonnant toutefois la validité des décisions administratives à un contrôle juridictionnel. Ainsi peut-on lire dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 26 avril 1994 : « *L'intervention préalable dans la procédure d'organes corporatifs ou juridictionnels ne respectant pas dans leur intégralité les prescriptions de forme du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention (européenne des droits de l'homme) peut être justifiée par des impératifs de souplesse et d'efficacité, dès lors que les décisions subissent le contrôle effectif d'une juridiction d'appel répondant à toutes les exigences de la convention* »¹⁶⁸. Certains auteurs qui constatent que l'existence de la COB, du Conseil des Bourses de valeur, etc. a en fait encouragé les juridictions classiques à s'intéresser à ces nouveaux contentieux, n'hésitent pas à parler de « *déclin de la tutelle des pouvoirs publics et du refus d'une justice de professionnels ou de techniciens de la bourse* »¹⁶⁹. Le contrôle du juge pénal sur les transactions des autorités administratives s'est parfois développé dans des proportions inattendues, puisque ces autorités ont été créées pour éviter l'existence d'un contentieux juridictionnel¹⁷⁰. Ces contrôles de grande ampleur sont justifiés par les mécanismes de sanctions qui ne respectent pas suffisamment l'équité mais aussi par leur trop faible indépendance.

¹⁶⁵ E. Serverin, P. Lascoumes et T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 202.

¹⁶⁶ Telle est du moins la revendication des importateurs, exportateurs et déclarant. G. Gobeaut, *Code des douanes : rigueur juridique ou laxisme administratif*, Actes n° 52, 1985 p. 21-26. Il s'ensuit dans la pratique des procédures simplifiées de dédouanement, qui n'existe d'ailleurs pas dans le Code des douanes, une absence de contrôle basée sur une confiance absolue au redevable,... pratiques dont on revient pourtant depuis quelques temps.

¹⁶⁷ C. Teitgen-Colly, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Les sanctions administratives*, n° spécial Petites affiches 1990, n° 8, p. 25.

¹⁶⁸ BOCCRF, n° 8 du 18 mai 1994, p. 182, préc.

¹⁶⁹ D. Martin, S. Amiel-Morabia, *L'extension du contrôle juridictionnel des marchés*, RTD Com. 1996, p. 33.

¹⁷⁰ Voir *infra* n° 453.

448. En effet, la réelle indépendance des autorités administratives quelles qu'elles soient pose question. Le Conseil constitutionnel en rappelle la nécessité concernant les autorités administratives indépendantes, en soulignant que cette indépendance caractérise par définition toute autorité administrative¹⁷¹ ; les mêmes exigences sont posées aussi par le Conseil d'Etat¹⁷². Mais ces exigences d'indépendance ne sont pas pour autant érigées comme condition de constitutionnalité de ces autorités pourtant qualifiées comme telles¹⁷³. Certains auteurs considèrent que ces autorités sont plus « autonomes » que véritablement « indépendantes »¹⁷⁴. Elles bénéficient au premier abord d'une certaine autonomie par rapport au pouvoir exécutif, mais leur indépendance est remise en question par l'origine ou le mode de désignation de ses membres. En effet, toute administration est, par définition, hiérarchiquement soumise au pouvoir exécutif. La composition même de certaines de ces autorités administratives conduit à exprimer des doutes quant à leur indépendance et leur impartialité. Ainsi, les auteurs¹⁷⁵ relèvent que le président de la COB, nommé pour six ans, l'est par décret pris en conseil des ministres et cette commission n'est soumise à aucun régime d'incompatibilité de fonctions. Les dix-sept membres du Conseil de la concurrence sont nommés par décret sur rapport du ministre chargé de l'économie ; cinq sont « *issus de la catégorie des "affaires"* » et « *sont particulièrement dépendants de la discrétion du ministre, c'est à dire de l'exécutif ; les quatre personnalités de l'article 2-2 sont choisies par les membres du premier groupe, qui sont eux-mêmes des fonctionnaires désignés par le ministre. Une telle cooptation laisse au ministre une influence évidente* »¹⁷⁶. La COB aurait aussi conquis son autonomie juridique, politique et budgétaire¹⁷⁷. Mais « *le financement de la COB repose largement sur des redevances perçues auprès de personnes, publiques ou privées, qui relèvent de sa compétence* »¹⁷⁸. L'indépendance de ces organisations tendrait à s'accroître puisque le ministère de l'économie est faiblement représenté dans le Conseil des Bourses de

¹⁷¹ N° 89. 260 DC, précité. **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica 1992, p. 43 : ces auteurs contredisent cette présupposition d'indépendance de toute administration dotée d'un pouvoir de répression, citant en exemple les pouvoirs répressifs de l'administration fiscale ou ceux du ministre chargé des postes et télécommunications (Loi du 29 décembre 1990 ; Le Conseil constitutionnel n'a pas soulevé l'inconstitutionnalité de cette disposition : n° 90. 281 DC, 27 décembre 1990, JO 1990, p. 16343).

¹⁷² CE 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, Rec., p. 591.

¹⁷³ n° 88-247, DC du 17 janvier 1989, JO du 18 janvier 1989, p. 754 et n° 89-260, DC du 28 juillet 1989, Recueil des décisions du conseil constitutionnel, 71.

Contra **C. Teitgen-Colly**, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Les sanctions administratives*, n° spécial Petites affiches 1990, n° 8, p. 25, spéc. p. 36 et s. Cet auteur considère que le Conseil constitutionnel, dans les décisions précitées, pose l'indépendance comme une condition indispensable à la constitutionnalité des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes.

¹⁷⁴ **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 43.

¹⁷⁵ **G. Hubrecht**, *La notion de sanction administrative*, Petites affiches 1990, p. 111 ; **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 112.

¹⁷⁶ **C. Gavalda, C. Lucas de Leyssac**, *Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Actualité législative Dalloz 1988, p. 47, n° 103.

¹⁷⁷ En ce sens, notamment, **D. Vatel, P. Mahaut**, *Les autorités de tutelle du marché boursier*, Petites affiches 1990 n° 93 à 96, n° 58 et s.

¹⁷⁸ **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, préc., p. 113. **D. Vatel, P. Mahaut**, préc., n° 66.

valeur¹⁷⁹, ne l'est plus au sein de la COB, qui n'est plus composée strictement de professionnels : des magistrats interviennent aux côtés des spécialistes de la bourse¹⁸⁰.

449. Les contrôles juridictionnels s'étendent peu à peu à toutes les formes de transactions administratives précédemment évoquées. En tout état de cause, ces organismes indépendants sont tenus, en vertu de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale, de dénoncer les infractions dont ils ont connaissance et d'en informer le Parquet¹⁸¹. On peut aussi envisager des recours contre leurs décisions. En ce qui concerne les transactions administratives, d'anciens arrêts du Conseil d'Etat semblaient laisser comme seul recours l'excès de pouvoir. Ainsi, la décision du Conseil d'Etat « Gaston Leroux », du 13 novembre 1942¹⁸² admet un recours en excès de pouvoir contre la proposition de transaction du chef de service départemental du contrôle des prix de la Sarthe. Mais à l'époque, le ministère public n'avait pas le rôle qu'il peut avoir aujourd'hui, dans des transactions dont il porte l'initiative¹⁸³. D'ailleurs, la décision « Hosmy » du Conseil d'Etat, du 26 juillet 1991¹⁸⁴ n'adopte plus les mêmes règles : la décision en vertu de laquelle le ministre des Finances saisit la commission des infractions fiscales et l'avis formulé par cette commission constituent des actes nécessaires à la mise en mouvement de l'action publique. Dès lors, ces actes ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives. On peut penser que toutes les transactions pénales, y compris les transactions fiscales et douanières, qui peuvent être occasionnellement soumises à autorisation du ministère public, devront être portées devant les juridictions pénales (correctionnelles dans la plupart des cas)¹⁸⁵. Les transactions avec l'administration échappent aux tribunaux administratifs¹⁸⁶. Certains n'hésitent pas à pronostiquer que la COB pourrait devenir une juridiction du premier degré¹⁸⁷ : l'objectif d'évitement du juge qui soutend pour partie l'élaboration des transactions de toutes sortes échouerait ici. Cette perspective ne peut que nous réjouir puisque la crainte de voir leurs décisions trop critiquées poussera nécessairement ces autorités indépendantes à respecter plus strictement des règles procédurales nécessairement calquées sur les garanties offertes par les procédures classiques.

¹⁷⁹ Article 5 de la loi du 22 janvier 1988 : le ministère de l'économie n'est représenté que par un commissaire du gouvernement qui peut demander une seconde délibération.

¹⁸⁰ **P. Bezard**, *Le nouveau visage de la Commission des opérations de bourse*, RID comp. 1989, p. 4 ; **P. Mahaut, D. Vatel**, *Les autorités de tutelle du marché boursier*, Petites affiches 1990, n° 93 à 96, n° 9 et s. et 59 et s.

¹⁸¹ « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès verbaux et actes qui y sont relatifs ».

¹⁸² D. 1943, p. 314.

¹⁸³ Voir *infra* n° 453.

¹⁸⁴ Inédit, cité par **M. Dobkine**, préc., p. 139.

¹⁸⁵ En faveur de cette analyse, **R. Gassin**, Répertoire pénal Dalloz, V° *Transaction*, n° 41, et **M. Dobkine**, préc., p. 139.

¹⁸⁶ **R. Gassin**, préc., n° 41.

¹⁸⁷ **P. Bézard**, *Le pouvoir de sanction financière directe de la Commission des opérations de bourse*, Petites affiches 1990, n° 8 (numéro spécial consacré aux sanctions administratives), p. 52, spéc. p. 62.

Si les transactions précédemment étudiées ont pour objectif d'éviter le système judiciaire et ses contraintes procédurales, en confiant les litiges à des organes quasi-judictionnels, d'autres au contraire sont en contact avec le système judiciaire puisqu'elles sont à l'initiative ou sous le contrôle du ministère public. Leur objectif est d'éviter le système juridictionnel.