Le dilemme de l'avocat pénaliste face à la CRPC

Jean Boudot

Avocat au barreau de Marseille

Mode alternatif de règlement des différends (MARD), convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), nous voici dans un temps où les « procédures négociées » sont à ce point à la mode qu'elles deviennent de plus en plus souvent, en matière civile, des préalables obligatoires à toute action, quand en matière pénale elles vont bientôt permettre de gérer la moitié du contentieux, ce qui est déjà le cas dans certaines juridictions. Derrière l'habillage philosophique selon lequel « *il est plus intelligent de négocier un accord que de se battre* », il y a une réalité économique : il est bien moins coûteux pour l'État de laisser les justiciables se débrouiller entre eux – certes accompagnés d'excellents avocats – sous le contrôle d'un juge en mode « service minimum », plutôt que d'investir dans une justice sinistrée les dizaines de milliards d'euros qui lui manquent depuis des décennies et qui lui permettrait, enfin digne du nom qu'elle porte, d'accueillir, écouter, puis trancher les litiges.

« *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* », la sentence de Balzac a traversé les siècles, qui dit toute la défiance d'une population pour sa justice – ou ses acteurs, c'est selon – et ne porte en réalité en elle que dépit et fatalisme. La formule est pourtant devenue depuis vingt ans le leitmotiv du développement des procédures dites « négociées », ce qui dit tristement le degré de renoncement auquel nous arrivons collectivement, et que souligne si merveilleusement le mot de Romain Gary dans *Chien blanc* : « *Je me méfie des choses qui s'arrangent. Cela fait parfois deux vaincus au lieu d'un seul.* »

En matière de CRPC, l'auteur de ces lignes comprend évidemment le désir du justiciable d'échapper à l'audience correctionnelle publique et à ses aléas, comme il sait l'avantage précieux pour le dirigeant d'une entreprise réputée de pouvoir régler sa dette à la société dans le discret bureau d'un Procureur, quant au surplus ce dirigeant ne pouvait pas, en tant que « personne physique », bénéficier de la CJIP peut être proposé à sa société.

Mais la question ici posée est : au prix de quels renoncements, pour le justiciable d'abord, pour l'avocat qui l'accompagne ensuite ?

I. Pour le justiciable : de Charybde en Scylla

Pour le justiciable, le premier renoncement, et sans doute le plus important de tous, est le renoncement au droit de ne pas s'auto-incriminer. La règle est connue : pas de CRPC sans aveu préalable du mis en cause, « en présence de l'avocat », précise le texte de l'article 495-8 du Code de procédure pénale, chacun ayant évidemment conscience de la faiblesse de cette garantie quand l'aveu fait en présence de l'avocat est celui en réalité *réitéré* devant le procureur

de la République, non celui initial fait, souvent, par un justiciable se retrouvant seul devant les services de police.

Ce choix législatif de l'aveu préalable peut paraître étrange quand le droit à ne pas s'auto-incriminer est un principe puissant à valeur supranationale. Nul doute que notre législateur, en créant ce pâle ersatz du *plea bargaining* américain qu'est la procédure de CRPC, a voulu éviter ce que nous percevons comme un défaut et un danger majeur chez nos amis outre-Atlantique : ce chantage à la peine réduite par rapport à celle encourue en cas de procès. Le risque pénal est parfois en effet si terrible qu'il est susceptible de conduire un homme soucieux de préserver sa vie ou un bout de celle-ci à avouer un crime qu'il n'aurait pas commis. Mais c'est tomber de Charybde en Scylla, puisque pour éviter ce mal le législateur en crée un autre, pas moins grand.

Le seul vrai droit effectif que possède un justiciable confronté à une procédure de CRPC est de la refuser. Là encore, d'apparentes garanties lui sont données : le procès-verbal établi par le procureur de la République ne peut pas être transmis à la juridiction, et ni lui ni les parties ne peuvent faire état devant celle-ci « *des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure* »¹. La belle affaire : cette juridiction sait, puisque c'est en procédure, qu'elle est saisie à la suite d'une procédure de CRPC avortée. Elle sait que le préalable à cette procédure est l'aveu du mis en cause – qui peut d'ailleurs ne pas se trouver en procédure mais résulter d'une démarche entreprise par l'avocat du prévenu auprès du procureur de la République.

Certes, la Cour de cassation est là pour rappeler « *qu'un plaider coupable avorté ne saurait avoir d'incidence probatoire sur la culpabilité du prévenu dont la situation a été postérieurement portée devant une juridiction de jugement* »², et nul doute que nombre de juges se contraignent à oublier alors ce qu'ils ne devraient pas connaître au moment de juger celui qui vient devant eux (désormais) clamer son innocence. Tous, vraiment ? Et ceux capables de cet effort schizophrénique sont-ils à l'abri d'un vilain tour que leur jouerait leur inconscient au moment d'apprécier la force des preuves apportées contre le mis en cause ?

Dit autrement : qui parmi nous, contestant une faute qui lui serait reprochée, se présenterait serein au jugement d'un tiers qui aurait connaissance de l'aveu de cette faute mais ne pourrait pas en faire part dans la motivation de son jugement ?

Pire : il arrive qu'un procureur crée cette situation en proposant une CRPC à un mis en cause qui n'a pourtant pas reconnu sa responsabilité, ce qui se révèle alors un piège terrible. Un cas d'espèce en exemple : le salarié d'une société d'experts-comptables et commissaires aux comptes avait accepté, sous le manteau, d'aider à la tenue de la comptabilité d'une association dont la société qui l'employait était le commissaire aux comptes, se faisant rétribuer pour ce travail comptable à l'aide de fausses factures établies au nom de sa femme. Le président de cette association falsifiait alors un procès-verbal d'assemblée générale établi par son assistant de l'ombre pour détourner la bagatelle de 300 000 euros. Le salarié mis en cause reconnaissait sans difficulté les fausses factures et son activité illicite, mais contestait absolument être le complice de l'escroquerie commise. Le procureur, qui avait ouvert le dossier au contradictoire, lui proposa une CRPC pour l'ensemble des faits reprochés, ce qui fut bien sûr refusé. Ce prévenu se présentait donc à la barre d'un tribunal qui avait connaissance d'une CRPC avortée et donc, en toute logique et même s'il ne pouvait en tirer argument, d'un aveu concernant les

¹ Art. 495-14 du CPP.

² P.-J. Delage, « Résistances et retournements », *RSC* 2010. 831. V. aussi du même auteur : « Les obscures pratiques du "plaider coupable" », *D.* 2007. 58.

faits d'escroquerie... qui n'avait pourtant jamais existé. La défense fit alors le choix de produire l'échange de courriels avec le parquet, par lequel elle avait rappelé à réception de la proposition de CRPC que la complicité d'escroquerie n'avait jamais été reconnue, demandant au procureur de revoir sa proposition, ce que celui-ci refusait. Le parquet fit reproche à la défense de cette production, arguant de la confidentialité de ces échanges. Il n'en était évidemment rien : d'une part, ceux-ci étaient des échanges tout à fait officiels en procédure et n'étaient en rien couverts par la foi du palais, d'autre part, la lettre de l'article 495-14 du Code de procédure pénale interdit de faire état devant la juridiction de jugement « *des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure* », ce que ces courriels n'étaient pas, et l'esprit de ce texte impose évidemment de l'interpréter à l'avantage de celui dans l'intérêt duquel il a été rédigé (le mis en cause, et non l'accusation). Le prévenu a finalement été relaxé du chef d'escroquerie, et condamné pour le surplus à une peine... inférieure à celle qu'il s'était dit prêt à accepter dans le cadre de la CRPC initiale.

Cette procédure de CRPC conduit donc, consubstantiellement, à la fragilisation de droits essentiels de la défense, au premier rang desquels celui de ne pas s'auto-incriminer. Et c'est justement quand un justiciable fera usage de sa seule vraie garantie, le droit de refuser la CRPC, que cette auto-incrimination préalable viendra corrompre, quels que soient les efforts faits, le caractère équitable de la procédure qui se poursuivra alors devant le tribunal correctionnel, si ce justiciable devait finalement, devant celui-ci, contester les faits qui lui sont reprochés.

Cette procédure de CRPC est d'ailleurs par nature si attentatoire aux droits de la défense que des règles très particulières y ont été introduites : présence de l'avocat obligatoire, interdiction faite au parquet de proposer une peine si la première n'a pas été homologuée³, appel de la décision d'homologation de la CRPC ouvert... au seul prévenu, qui l'a pourtant accepté, forme de « droit au regret » tout à fait original dans notre procédure. Le Pr Yves Mayaud enseignait à ses étudiants que « *la technique juridique n'est rien en dehors de la philosophie qu'elle révèle* ». Ce que révèle ce corpus législatif, c'est qu'il fallait manifestement multiplier les verrous de sécurité pour une procédure qui conduit à tant de renoncements.

II. Pour l'avocat : de coulevres en coulevres

Que dire de la situation de l'avocat qui accepte d'accompagner un justiciable dans une telle procédure ? Sa présence est rendue obligatoire, porteuse en elle-même de garanties qui paraissent en réalité très cosmétiques. Assumons le fait de le dire : l'avocat pénaliste est à contre-emploi dans le cadre d'une CRPC, quittant le terrain de la défense pour celui du conseil. Celui de la défense est simple : dans une démarche critique méthodique, l'avocat pénaliste va d'abord analyser la procédure pour en chercher les vices, puis les éléments probatoires pour en chercher les failles, enfin les éléments de discussion sur la peine si la procédure devait apparaître régulière et les preuves solides.

Conseiller, lorsque le conseil porte sur une reconnaissance de culpabilité et la justesse d'une peine, c'est tout à fait autre chose. Le conseil est alors très souvent un pari, dont on ne maîtrise

³ L'amendement n° 265 du *projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027* modifie sur ce point l'article 495-12 du Code de procédure pénale, dont l'alinéa 1^{er} est ainsi complété : « Il peut toutefois, à une seule reprise, saisir à nouveau le président du tribunal judiciaire ou le juge délégué par lui d'une requête en homologation d'une peine conformément aux dispositions de l'article 495-8, sous réserve de son acceptation par la personne qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés. ».

jamais tous les termes, et c'est un pari pour un autre, puisque quand celui-ci est perdu c'est le justiciable qui en paie le prix.

Après analyse d'un dossier, si l'avocat estime que la régularité de la procédure peut être discutée, ou encore que les faits, certes reconnus, ne caractérisent pas, en droit, l'infraction reprochée, il va être confronté à un douloureux dilemme. En matière d'abus de faiblesse par exemple, chacun a en tête que la vulnérabilité doit être *particulière*, l'acte obtenu *gravement* préjudiciable à la victime, et que l'abus doit au surplus être *frauduleux*, c'est-à-dire reposer sur un mensonge. Quel avocat osera conseiller l'audience correctionnelle plutôt que la CRPC à celui ou celle ayant commis et reconnu des actes moralement absolument répréhensibles à l'encontre d'une personne vulnérable mais qui, techniquement, en droit, peuvent faire l'objet d'une discussion sur les éléments constitutifs de l'infraction ? Quel avocat osera assurer à un justiciable qu'il saura convaincre un tribunal que la vulnérabilité n'était pas suffisamment particulière ou le préjudice suffisamment grave pour que l'infraction soit caractérisée, ou que ce tribunal acceptera de relaxer celui ou celle qui a dépouillé de toute sa fortune une personne en état de totale vulnérabilité, au seul constat que pour ce faire il n'a pas eu besoin de lui mentir ? Les mêmes difficultés se retrouveront en droit pénal de l'entreprise et des affaires, quand la défense entendra plaider la bonne foi du dirigeant pour lutter contre le caractère intentionnel d'une infraction. Dans un devoir rédigé pour un examen à l'université, nul doute que la thèse est intéressante. Face à des magistrats ayant inventé en la matière la théorie de *l'ignorance interdite*, et pire encore celle de la *connaissance obligée*, il est à craindre que l'efficacité de l'argument soit fortement réduite.

Il en est de même, enfin, concernant la peine proposée. Dans les procédures de CRPC appliquées au droit pénal de l'entreprise et des affaires, le niveau des amendes et celui des confiscations sont parfois extrêmement élevés, au point de paraître de temps à autre à un esprit chagrin le prix à payer pour éviter justement l'audience publique. Un avocat peut avoir la conviction que ces amendes et confiscations *pourraient* ne pas être prononcées par la juridiction correctionnelle. Mais il ne peut bien sûr pas en avoir la certitude. « *Maître, si vous étiez à ma place, que feriez-vous ?* » Il faudra du courage à l'avocat qui décidera d'aller plaider, conscient du risque qu'il fait nécessairement prendre à celui qu'il accompagne.

Et nous voici donc, dans la pire hypothèse, à accompagner un justiciable que nous considérons comme techniquement innocent pour négocier une peine, parce que le risque de l'audience était trop grand. Peut-être devons-nous à cette occasion, face à un juge homologateur que nous trouverions circonspect au regard de la peine proposée par le ministère public, prendre la parole pour dire tout le bien que nous pensons de la sagesse et de l'équilibre de notre contradicteur habituel dans le choix de la sanction proposée, et arracher de haute lutte l'homologation d'une peine dont nous pensions en réalité qu'elle n'aurait jamais dû être prononcée. Couleuvres sur couleuvres...

Il est donc inquiétant de constater que ces procédures ne sont plus appelées à exister à la marge du contentieux pénal, mais vont permettre d'en gérer la masse dans le cadre du développement des procédures alternatives dites de « justice négociée ». Justice négociée ? Négociée est un abus de langage qui confine à la tromperie, quand les textes n'évoquent que la peine *proposée* par le procureur de la République, que le mis en cause est simplement libre d'accepter ou de refuser. Que les petites discussions cosmétiques qui existent parfois ne leurent personne : il n'existe aucune marge de négociation entre une partie forte et une partie faible, qui ne dispose d'aucun levier pour faire fléchir son contradicteur.

En fait de « justice négociée », la CRPC est en réalité une procédure de soumission acceptée. Le moteur de cette acceptation est, toujours, la peur. Peur de l'aléa du procès en termes de sanctions prononcées, quand bien même apparaîtrait trop sévère celle proposée (ce qui, en soi, est un sujet qui devrait interroger davantage le monde judiciaire), peur de la publicité du procès, ce que Balzac rappelle encore : « *Tout arrangement qui nous donnera la tranquillité me sera bon, dit David* »⁴, renonçant ainsi à ce qui serait juste, pour lui préférer ce qui serait terminé, peu importe à quel prix, tant que l'anxiogène incertitude cesse.

Que reste-t-il à l'avocat de ce qui a pu lui faire embrasser cette profession ? Bien peu. Une limite éthique : ne jamais accepter d'accompagner un justiciable qui lui dirait être innocent des faits dont on l'accuse mais souhaiterait plaider coupable pour bénéficier d'une procédure de CRPC. Et penser de temps en temps à Romain Gary, pour continuer à ne pas aimer ces procédures de déstockage et s'en méfier toujours.

⁴ *Illusions perdues*, chapitre III, « Ève et David ».