

THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales

Équipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 7 août 2006)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit privé

Présentée par :
Evan Raschel

La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel

Directeur(s) de Thèse :
Michel Danti-Juan, Rose-Noëlle Schütz

Soutenue le 03 décembre 2013 devant le jury

Jury :

Président	Éric Savaux	Professeur à l'Université de Poitiers
Rapporteur	Corinne Mascala	Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Rapporteur	Emmanuel Dreyer	Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris 11)
Membre	Michel Danti-Juan	Professeur à l'Université de Poitiers
Membre	Rose-Noëlle Schütz	Professeur à l'Université de Poitiers
Membre	Denis Mazeaud	Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris 2)

Pour citer cette thèse :

Evan Raschel. *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel* [En ligne]. Thèse Droit privé. Poitiers : Université de Poitiers, 2013. Disponible sur Internet <<http://theses.univ-poitiers.fr>>

**LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT
DANS LE CHAMP CONTRACTUEL**

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé
présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2013
par

EVAN RASCHEL

DIRECTEURS DE THÈSE

MICHEL DANTI-JUAN

Professeur à l'Université de Poitiers

ROSE-NOËLLE SCHÜTZ

Professeur à l'Université de Poitiers

JURY

Emmanuel DREYER

Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris-XI)

Corinne MASCALA, rapporteur

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Denis MAZEAUD, rapporteur

Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris II)

Éric SAVAUX, président

Professeur à l'Université de Poitiers

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À tous les miens ; ils se reconnaîtront.

« Si donc je me suis chargé d'une tâche si lourde pour mes épaules, ce n'était pas faute de connaître notre faiblesse, mais parce que je savais que ce genre de combats - le combat intellectuel, veux-je dire - a ceci de particulier que la défaite même est profitable.

De là résultent à bon droit, même pour les plus faibles, la possibilité et le devoir non seulement de ne pas refuser de se battre, mais bien de le souhaiter. Car celui qui succombe reçoit du vainqueur un bienfait, loin de subir un dommage, puisque grâce à lui il s'en retourne plus riche, c'est-à-dire plus savant, et mieux préparé aux futurs combats.

Tel est l'espoir qui m'animait, faible soldat, quand je n'ai pas craint le moins du monde de livrer une si rude bataille aux plus braves et aux plus énergiques de tous. Quant à savoir si j'ai agi ou non à la légère, on en pourra mieux juger, en tout état de cause, par l'issue du combat que par le nombre des années ».

J. PIC DE LA MIRANDOLE

De la dignité de l'homme

1486

LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

Résumé

La pénalisation est depuis longtemps la réponse privilégiée à la singulière augmentation des tromperies, abus de faiblesse, violences ou encore refus du consentement d'autrui à un contrat.

Si son ampleur impressionne, cette pénalisation connaît certains travers. Les incriminations sont mal rédigées et leur construction se révèle rapidement incohérente. Mais par dessus-tout, le droit pénal paraît dans bien des cas dévoyé. Même lorsqu'elle n'est utilisée qu'à titre d'auxiliaire de disciplines ou réglementations externes, la sanction pénale répond à certaines finalités propres, au regard desquelles elle doit apparaître nécessaire et proportionnée.

Ce dévoiement doit se résoudre par une certaine dépénalisation des atteintes au consentement contractuel. Pour que celle-ci n'entraîne pas une baisse de la protection des contractants, il convient de rechercher des substituts crédibles à la sanction pénale, par conséquent efficaces et adaptés au contentieux des atteintes au consentement contractuel. Il importe également que ces substituts offrent des mesures originales, sous peine de n'opérer qu'une dépénalisation purement symbolique. Cela doit conduire à écarter les sanctions administratives, au profit de la voie civile. Cette dernière doit toutefois être renforcée pour pallier les insuffisances que le droit civil présente actuellement dans la prévention et la sanction des atteintes au consentement contractuel.

Mots-clés

Abus - Action de groupe - Consentement - Contrat - Dépénalisation - Discrimination - Dol - Droit pénal auxiliaire - Inflation pénale - Nécessité pénale - Nullité - Peines - Pénalisation - Protection du consommateur - Refus de contracter - Sanction administrative - Sanction civile.

PENALISATION OF INFRINGEMENTS OF CONSENT IN THE CONTRACTUAL FIELD

Abstract

Priority has long been given to criminalisation in response to the important increase in the commission of fraud, fraudulent abuse of vulnerable persons, duress, or other refusals of consent in the contractual field. Whilst the scope of this criminalisation is impressive, it also raises questions. The offences are poorly circumscribed, and their constructions turn out to be incoherent. Above all, criminal law appears in many cases diverted from its proper function. Even when criminal law is used as an auxiliary enforcement to other disciplines or external regulations, the resort to the criminal penalty follows its own ends according to which it should appear necessary and proportionate.

This diversion must be resolved through a decriminalisation of refusals of consent in the contractual field. In order to avoid diminishing the protection of contractors, it is necessary to search for credible substitutes to criminal penalties, which are both effective and adapted to litigation involving the infringement of contractual consent. In order to amount to more than purely symbolic decriminalisation, these substitutes should also consist of innovative measures. Administrative sanctions must be discarded in favour of the civil law route. Civil sanctions must however be reinforced in order to overcome the existing limitations and drawbacks faced by civil law in the prevention and sanctioning of refusals of consent in the contractual field.

Keywords

Abuse - Class action - Contract - Consent - Decriminalisation - Discrimination - Fraud by deceit - Auxiliary criminal law - Criminal law inflation - Necessity of resorting to criminal law - Nullity - Criminal penalties - Consumer protection - Refusal to contract - Administrative sanction - Civil sanction.

INSTITUT DE SCIENCES CRIMINELLES - ÉQUIPE POITEVINE DE RECHERCHE ET D'ENCADREMENT
DOCTORAL

(EA 1228)

43, PLACE CHARLES DE GAULLE - 86022 POITIERS CEDEX

SOMMAIRE

RÉSUMÉ.....	9
SOMMAIRE.....	11
ABRÉVIATIONS, ACRONYMES ET LATINISMES.....	13
INTRODUCTION.....	17
PARTIE I. ÉTENDUE DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....	63
TITRE I. LES MANIFESTATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....	65
Chapitre I. L'inflation pénale.....	67
Chapitre II. Les facilités procédurales.....	173
TITRE II. LES IMPLICATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....	217
Chapitre I. Les implications sur la qualité de l'incrimination.....	219
Chapitre II. Les implications sur la validité du contrat.....	243
PARTIE II. LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....	283
TITRE I. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION.....	287
Chapitre I. La répartition du contrôle de légitimité de la pénalisation.....	289
Chapitre II. Les critères du contrôle de légitimité de la pénalisation.....	319
TITRE II. LA DÉPÉNALISATION DU DROIT PÉNAL ILLÉGITIME.....	381
Chapitre I. Un substitut discuté : la voie administrative.....	383
Chapitre II. Un substitut privilégié : la voie civile.....	413
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	489
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	493
BIBLIOGRAPHIE.....	501
TABLE DES MATIÈRES.....	561

ABRÉVIATIONS, ACRONYMES ET LATINISMES

act.	Actualités
<i>adde</i>	Ajouter
AJ	Actualités juridiques
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité juridique pénal</i>
Ass.	Assemblée du Conseil d'État
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
<i>bull. civ.</i>	<i>Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation</i>
<i>bull. crim.</i>	<i>Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation</i>
<i>BRDA</i>	<i>Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre</i>
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	Chroniques
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comp.	Comparez avec
concl.	Conclusions
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
<i>contra</i>	En sens contraire
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. H.</i>	<i>Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz</i>
<i>D. P.</i>	<i>Recueil périodique et critique Dalloz</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
<i>Droits</i>	<i>Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques</i>
éd.	Édition
ex.	Exemple
égal.	Également
<i>etc</i>	<i>et caetera</i> , et ainsi de suite
fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibidem</i>	Même auteur, même ouvrage, même endroit
<i>idem</i>	Même auteur, même ouvrage
<i>in</i>	Dans
<i>in fine</i>	À la fin

<i>infra</i>	Plus bas
IR	Informations rapides
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
JCP E	<i>La semaine juridique, édition économique et affaires</i>
JCP G	<i>La semaine juridique, édition générale</i>
JCP N	<i>La semaine juridique, édition notariale</i>
JCP S	<i>La semaine juridique, édition sociale</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union Européenne</i>
jur.	Jurisprudence
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , ouvrage (pr)écité
p.	Page(s)
pan.	Panorama
préc.	Précité(e)
préf.	Préface de
rapp.	Rapport
rappr.	Rapprochez
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Répertoire civil Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit civil</i>
<i>Répertoire pénal Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit pénal et de procédure pénale</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RICPT	<i>Revue internationale de criminologie et de police technique</i>
RIDP	<i>Revue internationale de Droit pénal</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RJ com.	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
RPPD	<i>Revue pénitentiaire et de droit pénal</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique, droit prospectif</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
s.	Suivants
<i>S.</i>	<i>Sirey</i>
Sect.	Section du Conseil d'État
<i>sic</i>	Tel quel
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Plus haut
t.	Tome
TC	Tribunal correctionnel
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
vol.	Volume
voy.	Voyez

INTRODUCTION

« On n'a pas tout dit du consentement quand on a dit qu'il est sympathie et sourire d'un être humain à un autre. Le sourire ne dure pas toujours et les difficultés restent au juriste »

Jean CARBONNIER ¹

1. La formule malicieuse de J. CARBONNIER, malgré l'avertissement qu'elle contient, invite à s'intéresser aux difficultés évoquées. Comment prévenir et sanctionner au mieux les atteintes à l'intégrité et à la foi contractuelles ? D'évidence, une des orientations contemporaines majeures est celle d'une pénalisation, dont l'ampleur impressionne celui qui s'aventure à son observation. Les critiques n'en sont que plus nombreuses à l'égard de ce qui est souvent perçu comme le symbole d'un interventionnisme dirigiste dans une sphère contractuelle où devrait être prônée la liberté. Le droit des contrats ne possède-t-il donc pas les armes appropriées à la protection du consentement, pour devoir faire appel à un renfort en apparence si encombrant ? Ou ne sont-ce pas les atteintes au consentement contractuel qui ont atteint un seuil de gravité tel, qu'elles justifieraient en elles-mêmes l'intervention pénale ? En réalité, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel recouvre des aspects si variés qu'elle ne saurait s'expliquer par un fondement unique, ni se mesurer à sa manifestation la plus évidente d'une addition d'incriminations pénales. Voilà qui impose une définition rigoureuse de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Or, celle-là même prête à confusion, conduisant à s'arrêter sur chacune des notions concernées, c'est-à-dire successivement sur la *pénalisation* (I), puis le *champ contractuel* (II) et enfin sur les *atteintes au consentement* qui sont susceptibles d'y intervenir (III).

1 J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, PUF, coll. Thémis, 16ème éd., 1992, n° 26.

I. LA « PÉNALISATION »

2. L'acception initiale de la pénalisation. Qu'est-ce que la *pénalisation* ? La définition classique, telle qu'elle peut être trouvée dans les dictionnaires, n'est presque d'aucun secours. Le terme n'y est en effet défini que dans le sens extra-juridique d'un désavantage infligé à un concurrent au cours d'une rencontre sportive. Il est vrai qu'il s'agit d'un emprunt au vocabulaire sportif, à partir de 1910, au mot anglais *penalization*². Mais l'on aperçoit immédiatement la réduction excessive alors conférée à cette notion. En effet, si le mot français est un anglicisme, cet anglicisme est lui-même un latinisme - formé à partir de *poenalis*, une racine bien connue des pénalistes³. Et ce latinisme est à son tour, comme souvent, un hellénisme⁴. Le mot latin *poena* est en effet emprunté au mot grec *ποινή*, désignant « la compensation versée pour une faute ou pour un crime, une rançon, une amende, une punition, un châtiment ».

Ainsi, de manière plus conforme à son étymologie, le terme pénalisation a été « étendu du sport aux autres domaines de la vie courante aux sens d'infliger une sanction, une punition et causer un désavantage »⁵. Et le terme se retrouve aujourd'hui dans des hypothèses aussi diverses que « la pénalisation de la mémoire »⁶, « la pénalisation de la misère »⁷, et même « la pénalisation insidieuse du for intérieur »⁸. Il convient cependant de remarquer que, de plus en plus, le terme revêt une acception spécifiquement juridique.

3. L'apparition d'une acception juridique générale de la pénalisation. Le droit a fini par s'approprier le terme de pénalisation⁹, mais ne le fait que de manière assez hésitante. En premier lieu, plusieurs ouvrages de référence ne jugent pas le terme

2 Dictionnaire *Le Petit Robert 2014*, Le Robert, 2013, v° Pénalisation. Par extension, la pénalisation est décrite comme le « désavantage infligé à un individu, à une collectivité », le terme ne visant pas davantage l'aspect spécifiquement pénal du phénomène. Le verbe « pénaliser », formé à partir de l'anglais *to penalize*, est lui apparu en 1902 (*Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2012, v° Pénalisation).

3 Il s'agit en effet de l'ancêtre du mot peine (*poena, ae*, nom féminin qui a donné l'adjectif *poena, poenalis*).

4 Pour une présentation plus détaillée de l'étymologie, voy. O. MOUYSSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008, n° 2.

5 *Dictionnaire historique de la langue française*, v° Pénalisation.

6 Voy. l'intervention d'A. FINKIELKRAUT lors de la table ronde sur la prescription, in *Droits* 2000, n° 31, *prescription et imprescriptibilité*, p. 56.

7 J. LEBLOIS-HAPPE, note sous *Crim.*, 12 octobre 2005 ; *JCP G* 2006, II, 10022, n° 3.

8 A. REINHARD, « Instincts et institutions (à propos d'un concours inédit des sources du droit pénal) », *RRJ* 2004, p. 201 et s., spéc. p. 207.

9 Lors de la première édition de son *Vocabulaire juridique*, en 1987, l'association Henri CAPITANT, dirigée par G. CORNU, présentait déjà une entrée « pénalisation ».

suffisamment important pour lui consacrer une définition spécifique¹⁰. Et lorsqu'un ouvrage s'y essaie, il est contraint à une définition extrêmement large : ainsi le Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT décrit-il la pénalisation comme « l'action de pénaliser - infliger une pénalité ou un handicap - et (le) résultat de cette action. La pénalisation désigne surtout en matière économique ou sociale la rupture de l'égalité des chances qui résulte d'un traitement discriminatoire ou d'une mesure jouant à la manière d'un tel traitement ». Aucune référence expresse n'est faite au droit pénal. Cette définition ne pourra alors servir notre démonstration, car elle omet la « profonde mutation d'ordre sémantique »¹¹ qu'a connu la notion de pénalisation au cours des dernières décennies. Cette mutation sémantique décompose le terme pour repartir du sens originel de l'adjectif latin *poenalis*, auquel on adjoint comme désinence « le suffixe savant "-isation" [qui] n'est pas étranger au droit »¹².

Entendue ainsi, *la pénalisation apparaît tel un néologisme*, au sens où ce mot, certes ancien, est utilisé par les juristes dans un sens nouveau et spécifique. Mais quel est-il exactement ? Il y a un grand paradoxe à constater les utilisations multiples du terme, omniprésent dans le discours juridique contemporain, alors que nul ne semble s'accorder sur la même définition. De sorte que l'omniprésence du terme ne fait finalement « qu'entretenir, voire accroître, la confusion jetée dans les esprits »¹³. Il est évidemment impossible de se contenter de ce flou : « en droit, la terminologie est une affaire sérieuse »¹⁴. Nous ne pourrions pourtant prétendre arriver à une définition unique et harmonisée de la pénalisation. Notre objectif sera ici seulement de retracer les significations les plus fréquentes et importantes que lui accorde la doctrine, et de ne retenir que les définitions pertinentes à propos de cette pénalisation si particulière qu'est celle des atteintes au consentement dans le champ contractuel.

10 Voy., ne définissant pas le terme, S. GUINCHARD et TH. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21ème éd., 2013 ; R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2014*, LexisNexis, coll. Objectif Droit, 5ème éd., 2013. Un autre guide se contente, à l'entrée « pénalisation », de renvoyer au terme « correctionnalisation », où la pénalisation est décrite comme n'étant « ni synonyme de *criminalisation* ni antonyme de *dépénalisation*. [Elle] désigne simplement l'action de pénaliser, c'est-à-dire d'infliger une sanction ou un désavantage » (S. BISSARDON, *Guide du langage juridique*, LexisNexis, coll. Objectif Droit, 4ème éd., 2013, v° Correctionnalisation, souligné par l'auteur).

11 O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, th. préc., n° 4.

12 J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5ème éd., 2012, n° 205.

13 O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, th. préc., n° 3.

14 P. ESMEIN, note sous Civ. 2ème, 11 mars 1965 ; D. 1965, jur. p. 575 et s., spéc. p. 576.

4. Le rattachement de la pénalisation au droit pénal. Il apparaît d'abord que la pénalisation ne peut être détachée de son lien consubstantiel avec le droit pénal, qui sera ici entendu dans son sens le plus classique de droit « ayant pour objet traditionnel la prévention et la répression des infractions »¹⁵. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel ne représente alors qu'une partie du phénomène plus général de *répression* de ces atteintes, laquelle fait appel à d'autres branches du droit, et notamment aux sanctions civiles et administratives. Autrement dit, notre vision sera finalement celle d'un droit pénal entendu strictement. Elle se distinguera en cela notamment de la position de la Cour EDH, laquelle inclut dans sa notion d'*accusation en matière pénale* l'ensemble du droit répressif¹⁶ ; de même que le Conseil constitutionnel a dégagé la notion de *sanction ayant le caractère d'une punition* - qui assimile certaines sanctions civiles et administratives aux sanctions pénales¹⁷ -, pour vérifier leur conformité au regard de certains principes constitutionnels, par exemple la légalité criminelle¹⁸.

Une fois restreinte au droit pénal *stricto sensu*, la pénalisation peut encore être précisée, en écartant certaines de ses acceptions non pertinentes pour notre sujet. Il s'agit en particulier de « l'utilisation du mot "pénalisation" pour traduire l'influence exercée par le droit de la répression pénale »¹⁹ sur les autres branches du droit. Cette influence se traduit par l'extension « de garanties jusqu'alors réservées au droit pénal et à la procédure pénale [...] à d'autres territoires »²⁰. On soulignera seulement en passant le paradoxe de voir, « en ces temps où l'on rêve de dépenalisation, le droit pénal se [trouver] progressivement érigé en modèle »²¹. En tous les cas, cet aspect sera écarté pour deux raisons. En premier lieu, c'est un sens de la pénalisation assez accessoire dans le discours doctrinal contemporain²². En

15 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9ème éd., 2012, v° Pénal.

16 F. MASSIAS, « Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 89 et s., spéc. p. 90 : la Cour EDH « esquisse un "champ pénal européen" indépendant des catégories pénales délimitées par les droits internes, donc élargi au profit d'une extension de la garantie du procès équitable à des réseaux de sanctions autrement qualifiés par les États membres ». Sur ce point, voy. *infra*, n° 429 et s.

17 Voy. G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préf. Y. GAUDEMET, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997.

18 Voy. par ex., la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011 (*infra*, n° 7 et n° 148).

19 O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, th. préc., n° 8 et s.

20 PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7ème éd., 2004, n° 160.

21 M. DELMAS-MARTY, « Le paradoxe pénal », in M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, coll. Points essais, 2ème éd., 2002, p. 445.

22 En ce sens, O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, th. préc., n° 10.

second lieu, les atteintes au consentement ne sont pas concernées par cet aspect de la pénalisation. D'autres acceptions sont en revanche particulièrement pertinentes.

5. L'acception neutre de la pénalisation : le recours au droit pénal. Dans son acception la plus neutre, la pénalisation désigne très simplement le recours au droit pénal. L'incrimination d'un comportement est à ce titre la manifestation la plus simple de la pénalisation. La pénalisation est alors proche de la *criminalisation* - l'« action d'ériger en infraction à la loi pénale (au droit criminel) un fait qui jusqu'alors y échappait »²³. Mais la pénalisation ne se réduit pas à une simple addition d'incriminations. Elle dépasse au contraire largement la criminalisation pour se définir en réalité comme un *ensemble de règles, substantielles comme procédurales, qui tendent à l'appréhension et à la répression pénale des atteintes au consentement contractuel*²⁴. La pénalisation peut par exemple prendre la forme d'un affaiblissement de l'élément moral ou, dans un tout autre ordre d'idées, d'une aggravation des peines²⁵. Le projet de loi relatif à la consommation tel qu'adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 fournit une excellente illustration de cet aspect de la pénalisation : sans que le contenu de certaines incriminations soit modifié, le montant des amendes pénales encourues est aggravé - « actualisé »²⁶, selon les auteurs du projet, doux euphémisme quand on sait que la peine d'amende encourue en cas de vente dite *à la boule de neige*²⁷, par exemple, passe de 4 500 euros à... 300 000 euros²⁸. L'extension de la responsabilité pénale aux personnes morales participe également, selon nous, à la pénalisation²⁹. Sur un plan

23 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Criminalisation.

24 Dans le même sens, O. SAUTEL, *Le double mouvement de dépenalisation et de pénalisation dans le nouveau Code pénal*, thèse, Montpellier I, 1998, n° 46 : la pénalisation est « le processus de création ou de renforcement des incriminations et/ou d'alourdissement de la peine, mais aussi de façon plus générale, [...] l'augmentation des cas de recours au juge répressif » ; O. MOUYSSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, th. préc., n° 17 : d'après l'auteur, pour la majorité de la doctrine, « la "pénalisation" équivaut donc à un renforcement du droit de la répression pénale dans toutes ses composantes - droit pénal général, droit pénal spécial ou procédure pénale - , et ce, quelles que soient les formes sous lesquelles il se peut se traduire [...] ». À titre personnel, l'auteur retient cependant une définition plus spécifique, celle d'un « phénomène juridique qui se manifeste en droit positif par la remise en cause de règles de droit censées fixer des limites à la répression pénale » (*idem*, n° 19).

25 En ce sens, C. MASCALA, « Les finalités de l'évolution législative du droit pénal des affaires », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 733 et s., spéc. p. 739.

26 Cité par J. JULIEN, « Présentation du projet de loi sur la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2013, alerte n° 40.

27 Actuellement incriminée à l'article L. 122-6 du Code de la consommation (voy. *infra* note 497).

28 Article 64, VIII, 1° du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013. La peine d'emprisonnement est également réévaluée à deux années au lieu d'une.

29 La responsabilité pénale des personnes morales joue évidemment un rôle primordial en droit des affaires (voy. par ex. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Où en est la dépenalisation de la vie des affaires ?*, *RJ com.* 2001, numéro spécial, p. 11 et s., spéc. p. 11 : « la responsabilité pénale des personnes morales apparaît d'emblée comme la manifestation la plus spectaculaire de la pénalisation du Droit des affaires », et notamment dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, beaucoup d'infractions étant commises pour le compte de sociétés

procédural, il y a à notre sens pénalisation lorsque le point de départ du délai de prescription est retardé, mais aussi, entre autres exemples, lorsqu'on accorde à des autorités administratives, voire à des associations, de réels pouvoirs dans la constatation des faits et dans le déclenchement de l'action publique³⁰. Il est inutile de développer plus en avant ces manifestations de la pénalisation, car l'un des objectifs de notre première partie sera justement de les mesurer³¹.

6. La première connotation de la pénalisation : l'extension du recours au droit pénal. Avec les développements qui précèdent, l'on prend conscience qu'en réalité le terme de pénalisation n'est pas neutre. Il sous-entend assez naturellement l'idée d'une *extension du recours au droit pénal*. Il est ici possible de reprendre l'expression de M. BOULOC, qui assimile la pénalisation à un « durcissement »³² de la législation pénale. Il est vrai que cette acception est largement induite par la doctrine qui, traitant d'une pénalisation solidement ancrée dans notre tradition juridique³³, lui accole très souvent les adjectifs « effrénée »³⁴ ou « excessive »³⁵. Il s'agit, à notre sens, d'une acception assez évidente de la pénalisation, qui s'applique au demeurant parfaitement à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel³⁶. Il faut pourtant la justifier, car en cette matière, et plus largement en droit pénal des affaires, cela fait des décennies qu'une *dépénalisation* est annoncée, et parfois réussie.

commerciales. D'ailleurs, dans l'objectif de dépénalisation qui était le sien, le rapport « COULON » proposait une exception à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales en matière de pratiques anticoncurrentielles (J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2008, p. 51).

- 30 Nous nous inscrivons ainsi dans la ligne de M. MOUYSET, qui comprend la pénalisation « comme un renforcement de la réaction sociale qui se manifesterait, soit, sous la forme d'une intervention de la répression pénale dans un domaine dont elle était auparavant exclue, soit, à partir d'une accentuation de sa sévérité [...] » (O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, th. préc., n° 15). Pour l'auteur, la pénalisation « pourrait ne pas résulter uniquement de l'adoption de lois pénales ou de la consécration de solutions jurisprudentielles, toutes plus sévères, mais s'exprimer également "à droit constant", c'est-à-dire en l'absence même de toute modification juridique *in pejus* des règles répressives » (*ibidem*).
- 31 Voy. notre première partie, *infra* n° 50 et s.
- 32 B. BOULOC, « Sur la pénalisation et la dépénalisation dans le droit pénal des affaires », *RJ com.* 2004, p. 131 et s., spéc. p. 131. Dans le même sens, O. SAUTEL, *Le double mouvement de pénalisation et de dépénalisation dans le nouveau Code pénal*, th. préc., n° 19 : « La pénalisation apparaît comme le processus de création ou de renforcement des incriminations et / ou d'alourdissement de la peine, mais aussi, de façon plus générale, comme l'augmentation des cas de recours au droit répressif ».
- 33 En ce sens, A. FALZOÏ, « La pénalisation, âme d'une judiciarisation de la société française », *RPDP* 2008, doctr. p. 531 et s.
- 34 J.-F. BURGELIN et P. LOMBARD, *Le procès de la justice*, Plon, 2003, p. 42.
- 35 A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *op. cit.*, p. 613 et s., spéc. p. 615.
- 36 En ce sens, voy. L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, thèse, Toulouse, 2005, n° 13, pour qui « Le droit de la protection du contractant possède deux caractères principaux qui tiennent à son impérativité d'une part, à sa pénalisation d'autre part ».

7. Pénalisation et dépenalisation des atteintes au consentement contractuel. En dépit de discours politiques réitérés, et de quelques hypothèses de dépenalisation effective - citons l'exemple du refus de vente entre professionnels ³⁷, ou celui, plus nuancé, des incriminations de ventes avec prime, loteries publicitaires avec obligation d'achat et de ventes liées ³⁸ -, le postulat d'une pénalisation extensive nous semble parfaitement justifié. En premier lieu, la dépenalisation annoncée reste parfois au stade des propositions ou des déclarations d'intention politique. C'est à titre principal le cas du rapport du groupe de travail, présidé par M. COULON, sur la dépenalisation de la vie des affaires, rendu en janvier 2008 ³⁹. Aucune suite n'a été donnée à ce projet qui, au demeurant, avait davantage vocation, selon les mots mêmes des membres du groupe de travail, à « mieux pénaliser » ⁴⁰ qu'à dépenaliser.

En second lieu, s'il y a bien dans d'autres cas dépenalisation, il n'y a que rarement *décriminalisation* - ce qui appelle quelques explications ⁴¹. La dépenalisation est un terme abscons ⁴², qui peut d'abord désigner une forme de « désescalade » ⁴³ à l'intérieur du système pénal : élément matériel restreint, peine atténuée *etc.* La dépenalisation peut encore désigner « l'opération consistant à soustraire un agissement à la sanction du droit pénal » ⁴⁴. Elle est alors un retour en arrière, une remise en cause d'une pénalisation déjà existante ⁴⁵ - ce que confirme le sens du préfixe « dé » ⁴⁶. Sous cet aspect, et malgré le doute

37 Voy. *infra*, n° 168.

38 Voy. *infra*, n° 128, 129 et 149.

39 J.-M. COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

40 Voy. l'entretien avec F. TEITGEN et B. THOUZELLIER, « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », *Droit pénal* 2008, dossier n° 3. Voy. égal., parlant d'une « re-pénalisation du droit des affaires », L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, thèse, Paris I, 2008, n° 816.

41 Pour la distinction de la dépenalisation et de la déjuridicisation, de la déjudiciarisation, de déjusticialisation et de déjuridictionnalisation, voy. M. GIROT, *La dépenalisation : un instrument au service du droit pénal*, thèse, Poitiers, 1994, n° 14 et s.

42 M. VAN DE KERCHOVE identifie par exemple huit acceptions différentes du terme (*Le droit sans peines, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 305 et s.).

43 M. GIROT, *La dépenalisation : un instrument au service du droit pénal*, th. préc., n° 20 ; O. SAUTEL, *Le double mouvement de pénalisation et de dépenalisation dans le nouveau Code pénal*, th. préc., n° 18 ; G. LEVASSEUR, « Le problème de la dépenalisation », in *Archives de politique criminelle*, A. Pedone, n° 6, 1983, p. 53 et s., spéc. p. 56.

44 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Dépenalisation.

45 En ce sens, O. SAUTEL, *Le double mouvement de pénalisation et de dépenalisation dans le nouveau Code pénal*, th. préc., n° 5 : « La pénalisation serait l'avancée du droit pénal, la dépenalisation son retrait ». Rapp. J. CARBONNIER et l'opposition célèbre qu'il opère entre le droit et le non droit (*Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001, p. 9 et s.).

46 Dictionnaire *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007, v° Dé, qui vise l'action d'ôter, de défaire, de descendre.

quant à leur parenté sémantique⁴⁷, la dépénalisation doit bien être rapprochée de la pénalisation⁴⁸. Il ne s'agit pourtant pas de son antonyme : le contraire de la pénalisation serait plutôt la *non-pénalisation*⁴⁹. Les difficultés ne s'arrêtent pas là : lorsqu'elle signifie la suppression de la sanction pénale, la dépénalisation peut en effet viser tantôt « la disparition de toute sanction juridique attachée à une norme, tantôt, et plus souvent, [...] la substitution d'une sanction civile ou administrative à une sanction jusque-là pénale »⁵⁰. C'est ce second sens, plus restrictif mais plus courant, que nous adopterons ici. Quant au premier sens, celui d'une suppression de toute forme de sanction, il s'agit de la conception la plus commune - en dépit d'une étymologie incertaine -, de la *décriminalisation*⁵¹. Laquelle décriminalisation n'est alors, finalement, que la forme la plus extrême de la dépénalisation.

Le droit de la concurrence illustre à merveille l'hypothèse d'une dépénalisation sans décriminalisation. La sanction pénale a, depuis l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, quasiment disparu de ce secteur du droit pénal des affaires - si l'on raisonne en terme de protection pénale du consentement contractuel par le droit de la concurrence, une seule incrimination peut être citée⁵². Pourtant, les différents abus de domination n'ont jamais été autant sanctionnés, car aux sanctions pénales ont succédé de sévères sanctions civiles et administratives⁵³. Il est remarquable de constater que certains comportements sont plus sévèrement punis depuis la dépénalisation - l'amende civile de deux millions d'euros de l'article L. 442-6, III du Code de commerce pouvant ici servir d'exemple topique⁵⁴.

47 G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005, n° 36 : « Dépénalisation n'est pas le contraire de pénalisation (mais celui d'incrimination) » ; dans le même sens, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Pénalisation ; S. BISSARDON, *Guide du langage juridique, op. cit.*, v° Correctionnalisation.

48 En ce sens, O. SAUTEL, *Le double mouvement de pénalisation et de dépénalisation dans le nouveau Code pénal*, th. préc., n° 18 et s. ; A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénal, Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, préf. Y. MAYAUD, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 38, 2002, n° 2.

49 En ce sens, F. STASIAK, « Dépénaliser : quoi, pourquoi, comment ? », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, LexisNexis, coll. colloques et débats, t. 32, 2011, p. 31 et s., spéc. p. 32.

50 J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 41, *le privé et le public*, 1997, p. 191 et s., spéc. p. 191.

51 Voy. M. VAN DE KERCHOVE, « Réflexions analytiques sur les concepts de dépénalisation et de décriminalisation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 12, 1984, p. 51 et s. ; M. GIROT, *La dépénalisation : un instrument au service du droit pénal*, th. préc., n° 19.

52 Article L. 420-6 du Code de commerce (« Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 »). Voy. *infra*, n° 147.

53 Sur cette répression, voy. A.-S. CHONÉ, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. TEYSSIÉ, Economica, coll. Recherches Juridiques, vol. 25, 2010.

54 Voy. *infra*, n° 148.

Symboliquement, la dépénalisation existe bien, mais ce n'est en réalité qu'une *dépénalisation de façade*. Elle est d'autant plus « machiavélique »⁵⁵, que les sanctions administratives sont entourées de garanties bien moindres. Ceci n'a d'ailleurs pas trompé certaines institutions, conscientes du risque de contournement des garanties pénales. Ainsi le Conseil constitutionnel comme la Cour EDH ont respectivement dégagé les notions de *sanction ayant le caractère d'une punition* et d'*accusation en matière pénale*⁵⁶, qui ouvrent droit à une procédure et des garanties proches du procès pénal. « [S]i les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction mixte sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine », a justement affirmé la Cour EDH dans son fameux arrêt *Oztürk c/ RFA*⁵⁷. Plus récemment, et d'une manière très significative, le Conseil constitutionnel, saisi de la constitutionnalité de l'article L. 442-6 du Code de commerce, a procédé à son examen au prisme de... la légalité criminelle⁵⁸.

8. Les acteurs de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. La réalité reste donc bien celle d'une extension de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Cela pose la question de savoir *qui* en est responsable. À cette question le pénaliste devrait naturellement répondre : le législateur. D'un point de vue purement pratique, il faudrait également souligner l'importance du rôle des justiciables dans la pénalisation. Les avantages incomparables, réels ou supposés, de la justice pénale expliquent en effet une tendance à un recours intempestif des justiciables à la justice pénale⁵⁹. La réalité est bien plus compliquée que cela. En schématisant, la détermination des acteurs de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel apparaît comme

55 J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », art. préc., spéc. p. 195.

56 Voy. *infra*, n° 430 et s.

57 Arrêt cité et analysé *infra*, n° 430.

58 Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils* ; D. 2011, chron. p. 392, note M. CHAGNY, et p. 415, note Y. PICOD ; JCP E 2011, 1136, note D. MAINGUY ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 62, note N. MATHEY ; *AJ Pénal* 2011, jur. p. 191, obs. J.-B. PERRIER ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2011, p. 655, obs. B. BOULOC : « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties [...] ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».

59 D. REBUT, « Justice pénale et justice civile, Évolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs* 2008, n° 128, p. 49 et s.

une nébuleuse qui a, pour centre, le législateur, autour duquel gravitent plusieurs autres acteurs, de droit interne et européen, qui lui font concurrence.

9. La concurrence des acteurs en droit interne. Bien que le juge soit en théorie cantonné à une interprétation stricte de la loi pénale ⁶⁰, conséquence de sa subsidiarité ⁶¹, nous aurons l'occasion de constater que « l'excès de droit pénal tient aussi à l'attitude de la jurisprudence qui peine à s'auto-limiter en adoptant une approche minimaliste des textes répressifs » ⁶² - pensons à l'affaiblissement de l'élément moral de certaines incriminations, par exemple de la tromperie ⁶³. Ce rôle du juge est souvent directement dû au législateur qui, en ne définissant pas, ou très mal, les comportements interdits, provoque son interprétation très large ⁶⁴. Si l'on compare cette hypothèse à celle, inverse, d'un juge parfois bridé par le législateur qui lui impose des consignes d'interprétations ⁶⁵, on aperçoit toute l'ambiguïté des relations qu'entretiennent juge et législateur dans le cadre de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

Ensuite, et surtout, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel est, dans une très large mesure, le fait du *pouvoir réglementaire*. C'est lui en effet qui est chargé d'édicter, par ses règlements, les contraventions particulièrement nombreuses en la matière ⁶⁶. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il conviendrait mieux de parler, comme M. LOMBOIS l'a suggéré le premier, d'un « principe de textualité » ⁶⁷, plutôt que du principe de légalité pénale. Et ce dernier est autrement plus affecté lorsque le pouvoir réglementaire interviendra en dehors de son champ de compétence traditionnel, grâce à une habilitation reçue du législateur lui-même. En matière d'atteintes au consentement contractuel, l'exemple de l'article L. 214-1 du Code de la consommation est particulièrement significatif ⁶⁸, illustrant ce que

60 Article 111-4 du Code pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

61 E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247 et s., n° 8.

62 *Idem*, n° 4. Rappr. C. MASCALA, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004, p. 3050 et s.

63 Voy. *infra*, n° 263.

64 O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, th. préc., n° 120 et s.

65 Ainsi en matière de pratiques commerciales trompeuses (article L. 121-1-1 du Code de la consommation) et agressives (L. 122-11-1). Voy. *infra*, n° 115 et 163.

66 Cette répartition des tâches résulte des articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, précisée aux articles 111-2 et 111-3 du Code pénal.

67 C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, coll. Les Fondamentaux, 1994, p. 13.

68 Cet article prévoit qu'« il sera statué par des décrets en Conseil d'État sur les mesures à prendre », en de très nombreuses matières : « les modes de présentation ou les inscriptions de toute nature sur les marchandises elles-mêmes » ; « la définition et les conditions d'emploi des termes et expressions publicitaires, dans le but d'éviter une confusion », ou encore « les conditions matérielles dans lesquelles

Mme DELMAS-MARTY décriait comme une « loi pénale en blanc »⁶⁹ : le législateur rend le pouvoir réglementaire seul maître du contenu et du nombre des contraventions. Le Conseil constitutionnel a validé ce système, affirmant qu' « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultent pas de la loi »⁷⁰. Mais le Conseil « fut certainement plus impressionné par les dégâts que provoquerait une déclaration d'inconstitutionnalité, que par le motif apparent de sa décision »⁷¹, souligne M. ROBERT : « comment le législateur pourrait-il déterminer des crimes et délits qui lui sont inconnus au moment où il délibère puisqu'ils doivent être incriminés par des règlements futurs ? »⁷².

En réalité, la liberté du pouvoir réglementaire est grandement limitée. Non pas par le législateur, mais par les règlements de l'Union Européenne qui viennent régir la plupart des secteurs de compétence de son pouvoir. Mais il ne s'agit là que d'un aperçu de la grande influence du droit de l'Union Européenne dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

10. La concurrence des acteurs en droit européen. De même que le pouvoir réglementaire est largement soumis aux exigences issues de l'Union européenne, ces dernières contraignent également largement le pouvoir législatif⁷³. Pensons principalement à la transposition des directives européennes⁷⁴, particulièrement nombreuses et contraignantes - beaucoup imposent une harmonisation totale -, en matière d'atteintes au

les indications [...] devront être portées à la connaissance des acheteurs sur les étiquettes, annonces, réclames, papiers de commerce ». En vertu de l'article L. 214-2 du Code de la consommation, les infractions à ces décrets du Conseil d'État seront punies d'une contravention de troisième classe, sauf si elles se confondent avec les infractions de fraudes et de falsifications, voy. *infra*, n° 256.

69 M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'Homme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1ère éd., 1986, p. 46. Sur l'ensemble de ce point, voy. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000, n° 243 et s. *Adde* A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français, Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, doct. p. 509 et s.

70 Conseil constitutionnel, 10 novembre 1982, décision n° 82-145 DC, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail* ; Conseil constitutionnel, 25 juillet 1984, décision n° 84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle*.

71 J.-H. ROBERT, « Pour une restauration de la contravention de police », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 161 et s., spéc. p. 161.

72 *Idem*, spéc. p. 162.

73 Voy., de manière générale, CH. EOCHE-DUVAL, « Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal ? », *RSC* 2012, doct. p. 305 et s.

74 Rapp., en droit des sociétés, B. BOULOC, « La dépenalisation dans le droit des affaires », *D.* 2003, p. 2492 et s., spéc. p. 2942 : le législateur « a eu aussi recours au droit pénal afin d'assurer une protection que le droit civil ou le droit commercial ne pouvait apporter, notamment en raison de directives européennes sur le droit des sociétés ».

consentement contractuel. Le projet de loi « HAMON » du 2 mai 2013 relatif à la consommation est ainsi la transposition directe de la directive du 25 octobre 2011 ⁷⁵.

Il convient toutefois d'émettre quelques nuances. Si l'influence de l'Union européenne en matière de lutte contre les atteintes au consentement est indéniable, ses prescriptions laissent souvent une marge de manœuvre au législateur, laissé libre de recourir à l'arme pénale, ou non. Ainsi l'importante directive du 11 mai 2005 ⁷⁶, d'harmonisation maximale ⁷⁷, imposait aux États-membres d'adopter une réglementation destinée à interdire les pratiques commerciales déloyales, sans pour autant viser spécifiquement le recours à l'arme pénale ⁷⁸ - l'Union n'en avait à l'époque pas le pouvoir. C'est le législateur français qui, par excès de zèle ⁷⁹, a décidé d'y recourir - non sans hésitation ⁸⁰. Notons que ce caractère d'harmonisation maximale, en interdisant toute restriction supplémentaire, a été source d'une certaine dépenalisation des atteintes au consentement contractuel : ainsi en matière de ventes avec prime, de loteries publicitaires avec obligation d'achat et de ventes liées ⁸¹. Autre exemple, la directive européenne du 23 avril 2008 ⁸² exigeait dans son article 23 que « les États-membres définissent le régime de sanctions applicables en cas de violation des dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive, et prennent toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte qu'elles soient appliquées. Les sanctions doivent être *effectives, proportionnées et dissuasives* » ⁸³. Le droit français disposant en matière de crédit de sanctions parfaitement efficaces, comme la déchéance du droit aux

75 Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (JOUE 22 novembre 2013, n° L 304, p. 64 ; JCP G 2012, 62, étude G. PAISANT ; RDC 2011, p. 1224, obs. C. AUBERT DE VINCELLES).

76 Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur : JOUE 11 juin 2005, n° L 149, p. 22.

77 Voy. les commentaires de P. RÉMY-CORLAY, « La directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale », RTD civ. 2005, p. 746 et s. Le caractère maximal de la directive a été rappelé récemment par la CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, *Euronics Belgium CVBA c Kamera Express BV*, à propos de l'interdiction de la revente à perte en droit belge.

78 La directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 préconisait seulement le recours à des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives (article 13). *Adde* sur ce point, TH. BONNEAU, « Sanction administrative, juge pénal et droit pénal en matière financière », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2010, p. 119 et s., spéc. p. 122.

79 S. FOURNIER, « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Droit pénal* 2008, étude n° 4, n° 2.

80 Ainsi le Sénat a-t-il suggéré de ne pas recourir à la sanction pénale, voy. PH. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives », *Droit pénal* 2008, étude n° 3, note 26.

81 Voy. respectivement les n°128, 129 et 149.

82 Directive 2008/48/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2008 ; JOUE 22 mai 2008, n° L 133, p. 66.

83 Nous soulignons.

intérêts, le législateur n'était nullement contraint de recourir à la sanction pénale, sur laquelle il s'est pourtant massivement reporté avec la loi n° 2010-737 relative au crédit à la consommation du 1^{er} juillet 2010⁸⁴.

Finalement, il convient de remarquer, sans l'exagérer, le rôle de l'Union européenne dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, qui ne peut à lui seul anéantir la responsabilité que porte le législateur⁸⁵. C'est donc bien ce dernier qui, à titre principal, doit répondre des critiques émises à l'encontre de la pénalisation - si fortes, qu'elles en constituent une seconde et évidente connotation.

11. La seconde connotation de la pénalisation : la critique du recours au droit pénal. Si la pénalisation est, dans la doctrine pénaliste, souvent associée à l'extension du recours au droit pénal, dans un second sens tout aussi perceptible, la pénalisation s'entend non seulement d'une exagération, mais encore d'une dénaturation, d'une instrumentalisation ou d'un dévoiement⁸⁶ du droit pénal. La pénalisation est décrite, selon les auteurs, parfois comme « floue »⁸⁷, « absurde »⁸⁸, et, encore plus souvent, « abusive »⁸⁹. Autant de symptômes inquiétants pour ce qui serait l'une des « maladies du droit »⁹⁰. Et la doctrine a pu se demander, lors d'un colloque resté célèbre, si la pénalisation nuisait à la démocratie⁹¹. Bref, et quoique cela puisse paraître paradoxal, la pénalisation est elle-même lourdement condamnée.

Nous aurons l'occasion d'observer le bien-fondé de la plupart de ces critiques en matière de pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Nous le ferons avec la retenue qui sied à toute analyse objective : le but de cette étude n'est pas de décrire des décennies entières de dévalorisation du droit pénal... Ni d'oublier que, contrairement à un discours en

84 Voy. *infra*, n° 122.

85 Il est par ailleurs évident que, de ce point de vue, « Le risque ne vient certainement pas de la Cour européenne des droits de l'homme » (F. MASSIAS, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, op. cit.*, p. 745 et s., spéc. p. 747).

86 Voy. les Journées d'étude organisées par l'Institut de Criminologie de Paris au Palais du Luxembourg, le 16 janvier 1995 sur « Le dévoiement pénal », in *Droit pénal* 1995, supplément au n° 4 du mois d'avril.

87 A. DEMICHEL, « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, chron. p. 213 et s., spéc. p. 216.

88 M.-L. RASSAT, « Quelle pénalisation pour la vie économique ? », *Les annonces de la Seine* 1999, n° 56, p. 1.

89 P. DEVEDJIAN, in *La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?*, *LPA* 27 janvier 1997, n° 12, spéc. p. 8.

90 J.-D. BREDIN, « Les maladies du droit », *RJ com.* 2005, p. 221 et s., spéc. p. 226, où la pénalisation du droit est classée parmi les principales maladies recensées par l'auteur. Le thème de la maladie est d'ailleurs récurrent pour qualifier la pénalisation du droit (voy. égal., A. DEMICHEL, « Le droit pénal en marche arrière », art. préc., spéc. p. 213).

91 Voy. les Rencontres internationales du Barreau de Paris, « La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? » in *LPA* 27 janvier 1997, n° 12.

vogue, il « n'est pas seulement contrôle, contrainte, gêne, menace, sanction ; il est aussi - et sans doute parce qu'il est ce que l'on vient de dire - protection, guide, assurance, défense, sécurité »⁹². Mais il est certain que le droit pénal est en évolution, laquelle comprend un certain nombre de maux. Ces maux devront être présentés, mais il faudra surtout les expliquer. Ces différents raisonnements mèneront vers un point que nous jugeons essentiel à notre étude : celui d'une réflexion sur la nécessité et, plus largement, la *légitimité* d'une pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Face à l'une de ces atteintes, faut-il, ou plutôt fallait-il, *une* réponse pénale ? Si oui, fallait-il *cette* réponse pénale ? Évidemment, nous ne saurions oublier, à cet égard, que ce n'est pas de n'importe quelle pénalisation qu'il est ici question, mais précisément de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel.

II. LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT « DANS LE CHAMP CONTRACTUEL »

12. Délimitation du champ contractuel. La notion de contrat. Le contrat pourrait sembler, *a priori*, être une notion connue⁹³. Le Code civil le définit en son article 1101 comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose »⁹⁴. Le contrat est donc une convention⁹⁵ particulière dont la nature même est de « créer une obligation »⁹⁶. Un manuel de référence définit ainsi le contrat comme « un accord de volonté destiné à *créer des obligations* »⁹⁷ ; un autre retient qu'il est « une convention génératrice d'obligation ; définition

92 J. LARGUIER et PH. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. U, 11ème éd., 2004, n° 2.

93 Et d'ailleurs très étudiée. Mais justement le nombre des études ne fait en réalité que démontrer sa difficulté (G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p. 3).

94 Le Code définit ensuite six contrats, qu'il oppose deux à deux : unilatéral et synallagmatique, aléatoire et commutatif, de bienfaisance et à titre onéreux. La liste est non exhaustive, et la doctrine lui a ajouté ses propres distinctions. Par exemple, les contrats consensuels qui s'opposent aux contrats formels, ou les contrats de gré à gré qui se distinguent des contrats d'adhésion, voy. F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11ème éd., 2013, n° 71 et s.

95 La convention peut elle-même être définie comme « tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Convention).

96 Ainsi l'association Henri CAPITANT définit le contrat comme « une espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Contrat).

97 F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 17 (nous soulignons). Cette définition est reprise au mot près de J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. 2, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 930.

qui ressort de l'article 1101 du Code civil »⁹⁸. Il suppose un accord de volonté, ce qui permet de le distinguer facilement de l'acte juridique unilatéral - soit la « manifestation de volonté émanant d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans le secours d'aucune autre volonté »⁹⁹. Le testament, exemple type de l'acte juridique unilatéral, peut alors être exclu sans difficulté du champ de notre étude¹⁰⁰.

13. Application de la notion de contrat. Tous les accords de volontés destinés à créer une ou plusieurs obligations seront donc concernés par cette étude. Les contrats unilatéraux - la donation par exemple - , seront bien sûr étudiés au même titre que les contrats synallagmatiques. Peu importe que le contrat soit nommé, comme la vente, ou innommé, comme le bail à nourriture. Peu importe enfin que le contrat soit tellement réglementé que son contenu échappe, pour sa plus grande part, à la volonté des parties. Les contrats de crédit à la consommation ou de construction d'une maison individuelle, malgré une réglementation impressionnante, ne donnent pas moins lieu à accord de volontés portant sur des obligations réciproques. Il s'agit donc là du seul critère de délimitation du champ contractuel. Il est pourtant d'une application très délicate. Deux domaines très différents témoignent de la difficulté que l'on rencontre parfois à rattacher une simple obligation consentie au champ contractuel. Il s'agit des transactions financières d'une part, et du consentement donné en matière de bioéthique, d'autre part.

14. Variété des transactions financières. La restriction du sujet autour du champ contractuel pose d'abord avec insistance la question de l'intégration des atteintes au consentement commises sur les marchés financiers. Le cas des transactions passées de gré à gré, et non sur un marché réglementé, peut cependant être facilement résolu¹⁰¹ : leur nature contractuelle relève de « l'évidence »¹⁰². Elles peuvent d'ailleurs être annulées, à

98 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 15ème éd., 2012, n° 79.

99 F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 50.

100 L'intégration des actes unilatéraux n'aurait sans doute pas changé la teneur de notre étude : l'extorsion d'un testament, par exemple, obéit à des règles similaires à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel *stricto sensu*.

101 Rappr. la possibilité pour le membre de marché de procéder à un pré-rapprochement des ordres avant leur entrée dans le carnet d'ordre central, qui s'apparente lui aussi plus facilement à une relation contractuelle (A.-C. ROUAUD, *Contribution à l'étude de l'opération de marché, Étude de droit des marchés financiers*, préf. J.-J. DAIGRE, IRJS, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, t. 26, 2010, n° 434 et s.).

102 A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET, TH. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET, D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, coll. Précis, 2ème éd., 2012, n° 1016.

condition qu'elles portent sur des titres admis aux négociations sur un marché réglementé¹⁰³. Elles donnent alors lieu à restitution du prix exact, sans tenir compte de la variation de la valeur du titre¹⁰⁴. Les atteintes au consentement commises lors des transactions passées de gré à gré seront donc naturellement intégrées au sein de cette étude.

En revanche, la question de l'intégration des transactions financières se pose avec une acuité toute particulière pour les transactions conclues sur un marché réglementé, ou dans un système multilatéral de négociation. Elle se pose d'autant plus que plusieurs incriminations pénales viennent justement réprimer les atteintes au consentement qui ont pu y être commises.

15. Existence d'une pénalisation des atteintes au consentement portant sur les transactions financières. Par son importance, le délit d'initié vient le premier à l'esprit. Il y a indéniablement atteinte au consentement commise par la contrepartie de la victime du délit¹⁰⁵ : celle-ci détient un avantage informationnel, et l'utilise à son profit en s'abstenant d'en faire bénéficier les autres investisseurs. Ces derniers sont alors victimes d'une forme de réticence dolosive, sanctionnée pénalement¹⁰⁶ et administrativement¹⁰⁷, notamment parce que la théorie des vices du consentement est inapplicable du fait de l'anonymat des parties. Il est également possible de prendre les exemples, plus pertinents encore, de deux incriminations pénales d'une indéniable atteinte au consentement des investisseurs financiers. C'est d'abord le cas du délit de manipulation des cours. Selon l'article L. 465-2, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier, « Est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 465-1¹⁰⁸ le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer, directement ou par personne interposée, une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé en induisant autrui en erreur ». Davantage qu'un simple mensonge, le délit exige une manœuvre - par exemple la fameuse technique dite *de la bonilloire* : un investisseur choisit un titre sensible, passe de très nombreux ordres

103 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préf. Y.-M. SERINET, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 529, 2011, n° 159 et s.

104 Civ. 1^{ère}, 19 mars 1996 ; *Bull. civ.* I, n° 139.

105 Le terme de cocontractant est volontairement évité par les spécialistes des marchés financiers, compte tenu de l'incertitude sur le rattachement à la matière contractuelle, ce qui illustre la difficulté.

106 Article L. 465-1 du Code monétaire et financier.

107 Le manquement d'initié est prévu et réprimé par l'article 621-1 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Voy. N. MENNESSON, « Information privilégiée : bonne ou mauvaise nouvelle ? », *JCP E* 2012, étude n° 1348.

108 C'est-à-dire « de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit ».

d'achat de manière à persuader les spéculateurs de l'imminence d'une opération sur ce titre pour les conduire à entretenir la hausse. Le manipulateur vend alors ses titres artificiellement gonflés¹⁰⁹. Autre exemple, le délit de fausse information défini à l'article L. 465-2, alinéa 2 du Code monétaire et financier. Est incriminé « le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif visé au II de l'article L. 421-1 admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours ». Dans les deux derniers exemples, l'altération du consentement des investisseurs est un élément même du délit. Il est vrai que l'altération est alors le plus souvent le fait d'un tiers, car c'est un intermédiaire - émetteur, analyste financier, voire banque d'investissement - , et non la contrepartie qui réalisera les infractions. Cela n'est pas un obstacle à notre démonstration, car il n'est pas ici question de restreindre le sujet aux seules atteintes au consentement du fait du cocontractant. En revanche, une autre question reste entière : est-on vraiment *dans le champ contractuel*? La doctrine civiliste semble ne pas s'être réellement intéressée à la question, tandis que les spécialistes de la matière peinent à s'entendre sur le sujet. À notre avis, malgré un rapprochement certain, les transactions financières ne peuvent être assimilées à de véritables contrats, faute de réel accord de volonté et doivent, partant, être exclues du sujet.

16. Le rapprochement des transactions financières de la notion de contrat. La lecture de la définition classique du contrat permet *a priori* d'envisager d'inclure les transactions financières dans le champ contractuel. Rappelons que le contrat, selon la définition qui a été retenue est un *accord de volonté destiné à produire des obligations*¹¹⁰. Or, il semble que ce soit bien la nature de la transaction financière¹¹¹, qui est un « processus volontaire de créations d'obligations »¹¹². L'analyse classique de la doctrine était donc de traiter la négociation en bourse comme un contrat de vente¹¹³. Pour certains auteurs, la

109 Voy. TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Économica, coll. Corpus droit privé, 3ème éd., 2010, n° 503.

110 Voy. *supra*, n° 12.

111 « Qu'acheteur et vendeur ne se connaissent pas, ayant chacun pour contrepartie une chambre de compensation, qu'ils ne négocient pas les termes de leurs engagements respectifs n'invalident pas la dimension contractuelle de l'opération : il y a bien consentement, créateur de droits et d'obligations » (A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET, TH. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGOBELLET, D. ROBINE, *Droit financier, op. cit.*, n° 1016).

112 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, n° 837-1.

113 Voy. G. BOISSIÈRE, *La compagnie des agents de change et le marché officiel de la bourse de Paris*, thèse, Paris, 1908, 2ème éd., A. Rousseau Editeur, 1925, p. 218 : « toutes les opérations pratiquées en Bourse par les agents de change se ramènent à un type contractuel unique : la vente mobilière ». L'évolution des marchés

qualité de contrat s'impose en réalité avec la même force pour les contrats conclus sur un marché réglementé avec interposition d'une chambre de compensation ¹¹⁴. Le caractère à la fois spécifique et réglementé de ces opérations ne doit en rien faire douter de leur nature contractuelle ¹¹⁵. Pour cette partie de la doctrine, le fait que les personnes ne se connaissent pas n'est pas en soi un obstacle à la qualification contractuelle.

Mais si un premier abord permet de rattacher les transactions financières à la sphère contractuelle, il apparaît qu'en réalité un tel rattachement ne saurait s'opérer. Plusieurs éléments viennent en effet immédiatement s'y opposer. Parmi ceux-ci, il convient toutefois de distinguer les spécificités propres aux transactions financières, qui sont indifférentes à la caractérisation d'un contrat, de l'absence de réel accord de volonté, véritable fondement de l'exclusion des transactions financières du champ contractuel.

17. L'indifférence des spécificités des transactions financières sur la qualification de contrat. Plusieurs éléments témoignent de la spécificité des transactions financières, sans pour autant remettre en cause leur nature contractuelle. Peu importe par exemple que l'offre soit faite à personne indéterminée ¹¹⁶. C'est également le cas de l'absence de fixation du prix, puisqu'il est acquis en droit commun, qu'il suffit que le prix soit déterminable objectivement ¹¹⁷. Un autre argument est tiré du fait que « les opérations de bourse ne sont pas réductibles à des opérations contractuelles. Il résulte de leur spécificité un principe de non-cumul du dol pénal (délit boursier) et du dol civil » ¹¹⁸. La conséquence directe tient dans le fait qu'une opération passée sur un marché réglementé ne peut pas en principe être annulée. En réalité, cette exclusion ne s'explique aucunement par l'absence de rapport contractuel. Des auteurs citent en effet la difficulté d'identifier les parties à une transaction boursière, notamment en raison du secret des opérations de bourse ¹¹⁹, et donc de l'anonymat de principe. Or, pour que le dol prévu à l'article 1116 du Code civil soit

financiers vers l'automatisation et l'anonymat viennent évidemment compliquer cette solution.

114 A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET, TH. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET, D. ROBINE, *Droit financier, op. cit.*, n° 1016.

115 En ce sens, voy. TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, n° 837-1.

116 Comp. Civ. 3ème, 28 novembre 1968 ; *Bull. civ.* III, n° 507 : « l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée ».

117 Voy. par ex., pour la vente, PH. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTHIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, coll. Droit civil, 6ème éd., 2012, n° 203 et s.

118 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 160.

119 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, n° 837-1. Ajoutons qu'il faut également que l'auteur du dol soit le cocontractant de la victime, ce qui, par hypothèse n'est pas le cas sur un marché réglementé, où la tromperie du consentement sera en principe le fait d'un intermédiaire.

constitué, il faut que le cocontractant auteur du dol soit identifié. Il serait, en outre, extrêmement compliqué et long d'annuler massivement des petites transactions. D'autres arguments sont en revanche à même de remettre en cause le caractère contractuel des transactions financières.

18. L'absence de réel accord de volonté, fondement de l'exclusion des transactions financières. La notion même de contrat, avancée par certains auteurs comme un argument de rattachement possible des transactions financières au champ contractuel, est selon d'autres ¹²⁰, auxquels nous nous rattachons, justement l'une des raisons de son exclusion. Il n'est en effet absolument pas certain que l'accord de volontés qu'implique le contrat soit présent en matière de transactions financières. Celles-ci ne découlent pas d'un véritable échange de consentement, mais d'un « rapprochement de consentements compatibles selon les modalités conformes à l'intérêt du marché » ¹²¹. Pour certains auteurs, la transaction reposerait sur deux engagements unilatéraux - ce qui suppose au préalable de reconnaître leur existence ¹²² - et ne se formerait que lors de son enregistrement par la chambre de compensation ¹²³. Mme ROUAUD va plus loin, niant tout accord de volontés à l'origine de l'opération de marché : « Des manifestations de volonté concordantes coexistent, mais ces volontés ne se rencontrent pas » ¹²⁴. Il s'agirait plutôt de deux actes juridiques unilatéraux émis par chacune des parties. C'est-à-dire de deux manifestations de volonté destinées à produire seules, des effets de droit, sans que ces deux manifestations de volonté ne se rencontrent. Il n'y a pas d'offre et d'acceptation au sens où elles sont classiquement entendues ¹²⁵, chaque ordre étant émis de manière indépendante. Les opérations de marchés sont d'ailleurs totalement anonymes, puisque la contrepartie est

120 Voy. déjà, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 2ème éd., 1951, n° 1681 : « la volonté ne joue plus aucun rôle à partir du moment où l'ordre a été donné. On peut même se demander s'il y a contrat, étant donné qu'il n'y a pas consentement au sens étymologique du mot. Deux ordres en sens contraire sont exécutés et ils ne peuvent l'être que dans des conditions et suivant les modalités fixées par le règlement de la Bourse ».

121 A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, préf. H. SYNDET, Economica, coll. Recherches juridiques, vol. 16, 2007, n° 50.

122 Au regard de la théorie juridique, et en dépit du silence du Code civil à son sujet (voy. en particulier son article 1370), l'introduction de la notion ne soulève plus de réelles objections (pour des applications légales et jurisprudentielles, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 501). Du point de vue de la politique juridique en revanche, certains auteurs dénoncent à la fois le danger et l'inutilité de l'engagement unilatéral de volonté. Voy., présentant le débat théorique, F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 51 et s.

123 A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, th. préc., n° 67 et s.

124 A.-C. ROUAUD, *Contribution à l'étude de l'opération de marché, Étude de droit des marchés financiers*, th. préc., n° 433. Dans le même sens, A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, th. préc., n° 49.

125 A.-C. ROUAUD, *Contribution à l'étude de l'opération de marché, Étude de droit des marchés financiers*, th. préc., n° 431 et s.

désignée par un procédé objectif. L'opération est informatisée et réglée par la chambre de compensation ¹²⁶. Mme ROUAUD en tire la conclusion que « Le rapprochement des ordres, qui scelle leur exécution et la formation de l'opération de marché, ne marque donc pas la conclusion d'un contrat entre les membres de marché ayant produit les ordres qui ont été rapprochés. Il permet de s'assurer que le marché est bien un "jeu à somme nulle", et que les obligations nées de l'exécution des ordres peuvent être intégrées - par leur enregistrement -, dans le système de compensation multilatérale sans risque de déséquilibre » ¹²⁷. Au stade de l'exécution des obligations, l'indépendance des engagements devient totale, « [n'intervenant] pas, pour ne pas dire jamais, entre les parties à la transaction ayant donné naissance à l'engagement » ¹²⁸ ; l'interposition de la chambre de compensation ne suffisant pas à justifier cette indépendance ¹²⁹.

19. Conclusion : la nécessaire exclusion des transactions financières du champ contractuel. En définitive, il semble nécessaire d'exclure les transactions financières du champ contractuel. Il est vrai qu'une vision générale du contrat semble admettre leur caractère contractuel ; mais en réalité de solides arguments, qui emportent notre conviction, mettent à mal toute tentative d'intégration ¹³⁰. Il nous semble préférable d'y voir deux actes juridiques unilatéraux, qui coexistent sans se rencontrer. La situation est similaire en matière de bioéthique, bien que l'accord de volonté destiné à produire des effets de droit soit *a priori* plus facile à caractériser.

20. L'incertitude du rattachement de la bioéthique au champ contractuel. Délimiter le champ contractuel impose de s'attarder sur le domaine médical, car il existe en la matière une importante pénalisation des atteintes au consentement ¹³¹. En réalité, cette protection pénale ne s'exprime pas dans le cadre du contrat médical classique ¹³² - ou

126 Sur l'historique de la confrontation des ordres, voy. M. ROUSSILLE, *La compensation multilatérale*, préf. J. BÉGUIN, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 59, 2006, n° 235.

127 A.-C. ROUAUD, *Contribution à l'étude de l'opération de marché, Étude de droit des marchés financiers*, th. préc., n° 437.

128 A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, th. préc., n° 355.

129 Pour une réfutation de cette justification, voy. A.-C. ROUAUD, *Contribution à l'étude de l'opération de marché, Étude de droit des marchés financiers*, th. préc., n° 440 et s.

130 Cette exclusion des transactions financières est en outre justifiée par le fait que les quelques incriminations existantes ne présentent aucune réelle particularité, et n'auraient servi qu'à titre d'illustration de certains de nos propos.

131 X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002, n° 65 et s. ; voy. déjà, CH. BYK, « Le droit pénal des sciences de la vie », *RPDP* 1996, p. 25 et s., spéc. p. 32 et s.

132 Rappelons que depuis l'arrêt *Mercier* de 1936 la relation entre médecin et patient est de nature contractuelle (Civ., 20 mai 1936 ; *D. P.* 1936, I, p. 88, concl. MATTER, rapp. L. JOSSERAND, note E. P. ;

aucune pénalisation spécifique ne semble pouvoir être relevée ¹³³ - , mais dans cette matière spécifique qu'est la bioéthique ¹³⁴. Nous utiliserons ici les deux illustrations principales. En premier lieu, selon l'article 223-8 du Code pénal ¹³⁵, « Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé [...] est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » ¹³⁶. La jurisprudence a ainsi pu déclarer un médecin coupable de recherche biomédicale non consentie, en retenant qu'il a entrepris cette recherche sur un patient très affaibli et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'a été recueilli ni par écrit ni par une autre façon ¹³⁷. Une seconde illustration est tirée de la pénalisation des prélèvements sur le corps - organe ¹³⁸, tissu ¹³⁹, gamètes ¹⁴⁰ - , sans le consentement de la personne. Il est exceptionnel qu'un tel consentement soit présumé ¹⁴¹. Au contraire, il doit le plus souvent être écrit ¹⁴², et parfois même être exprimé devant le président du tribunal de grande instance ¹⁴³. Nous sommes alors en présence d'atteintes au consentement des patients, lesquelles atteintes font l'objet d'une répression pénale importante.

Mais ces atteintes au consentement interviennent-elles au sein d'un quelconque champ contractuel ? L'accord de volonté paraît *a priori* plus facile à retenir que pour les transactions financières. Pourtant, les textes sont étrangement muets : le législateur paraît avoir soigneusement évité de prendre parti dans ce débat, mentionnant de la manière la

RTD *civ.* 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE). En revanche, la jurisprudence semble avoir récemment et définitivement opté pour une responsabilité extra-contractuelle pour tout ce qui concerne le défaut d'information du patient (voy. not., Civ. 1ère, 12 juin 2012 ; *Bull. civ.* I, n° 129 ; *LPA* 30 août 2012, n° 174, p. 6, note S. PRIEUR ; *JCP G* 2012, act. 756, note F. VIALLA ; *D.* 2012, p. 1610, note I. GALLMEISTER ; *RDC* 2012, p. 1195, obs. S. CARVAL. Pour une critique, voy. G. MÉMETEAU, « Le devoir d'information, ou les moulins à vent », *LPA* 7 janvier 2013, n° 5, p. 4 et s.).

133 En revanche, les incriminations classiques sont bien sûr applicables. On relèvera ainsi la sanction de certains protagonistes de l'affaire du sang contaminé par le biais de la tromperie (voy. *infra*, n° 102).

134 Rappr., plus général, M. BÉNÉJAT, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal* 2012, p. 392 et s.

135 Cet article est repris et précisé aux articles L. 1126-1 et suivants du Code de la santé publique.

136 *Adde* l'alinéa 2 « Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré ».

137 *Crim.*, 24 février 2009 ; *Bull. crim.*, n° 45 ; *D.* 2009, p. 2087, note P.-J. DELAGE, et pan. p. 2830, obs. S. MIRABAIL ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 59, note M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2009, p. 227, obs. G. ROYER.

138 Article 511-3 du Code pénal (sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende).

139 Article 511-5 du Code pénal (cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende).

140 Article 511-6 du Code pénal (cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende).

141 Voy. toutefois, les articles L. 1232-1 (personne décédée) et L. 1245-2 (dans l'intérêt de la personne) du Code de la santé publique.

142 Ainsi pour le prélèvement de gamètes (article 511-6 du Code pénal).

143 Voy. par ex. l'article L. 1241-3 du Code de la santé publique.

plus générale un consentement à un acte de prélèvement ou de recherche biomédicale. Les rapports et débats parlementaires relatifs aux grandes lois régissant la matière font preuve de la même réserve¹⁴⁴. La jurisprudence est sujette au même mutisme, mis à part quelques décisions isolées, et maintenant anciennes, de juges de première instance concernant les prélèvements d'éléments et produits du corps humain, retenant l'existence d'une convention¹⁴⁵. La doctrine est quant à elle tout aussi divisée qu'en matière de transactions financières, partagée entre statuts légal et contractuel¹⁴⁶.

Comme pour les transactions financières, il ne faut sans doute pas donner trop d'importance au statut légal particulièrement réglementé, ni à la possibilité pour l'administration de s'immiscer dans le contrat¹⁴⁷. La seule question est de savoir si l'on se trouve en présence d'un accord de volonté destiné à produire des obligations. Or, il apparaît que tel n'est pas le cas en matière de recherches biomédicales ni de prélèvements d'éléments et produits du corps humain, ce qui nous conduira à préférer la qualification d'acte juridique unilatéral.

21. L'indifférence au statut légal. Pour une partie de la doctrine, l'accord en matière d'expérimentation sur la personne humaine est tellement réglementé qu'il échapperait à la matière contractuelle pour rejoindre un statut légal : « Comme pour l'expérimentation biomédicale, le don d'éléments corporels présuppose une manifestation de volonté mais celle-ci ne déploie ses effets que dans un cadre légal extrêmement strict »¹⁴⁸. Sur cette seule

144 Ont été consultés : pour les recherches biomédicales, l'exposé des motifs de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, les rapports parlementaires de M. Olivier JARDÉ n° 1377 et 2444 des 13 janvier 2009 et 7 avril 2010 ; pour les prélèvements, le rapport parlementaire de M. Alain CLAEYS n° 3528 du 10 janvier 2002, et l'exposé des motifs de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

145 TGI Créteil, 1^{er} août 1984 ; *Garç. Pal.* 1984, jur. p. 560, concl. LESEC ; *RTD cin.* 1984, p. 703, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; TGI Toulouse, 26 mars 1991 ; *JCP G* 1992, II, 21807, note PH. PÉDROT ; *RTD cin.* 1991, p. 310, obs. J. HAUSER. En matière de recherche biomédicale en revanche, la jurisprudence n'a, semble-t-il, jamais tranché la question de son rattachement à la matière contractuelle (voy F. BELLIVIER et CH. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2006, n° 91, où les auteurs citent un seul jugement (TGI Paris, 4 octobre 1995 ; *D.* 1996, p. 8, note S. GROMB ; *JCP G* 1996, II, 22615, note A. LAUDE), au demeurant inutilisable puisqu'il concerne non pas la relation entre le sujet d'expérimentation et l'investigateur mais la seule relation de ce dernier au promoteur de la recherche).

146 « Cette relation n'est-elle pas plus statutaire que contractuelle, les parties étant en effet placées par la loi dans un statut déterminé - tant en ce qui concerne la forme de leur relation que ses effets ? » (F. BELLIVIER et CH. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, *op. cit.*, n° 91).

147 Voy. L. GUIGNARD, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *RRJ* 2001, p. 45 et s., n° 9 et s. ; I. MOINE, *Les choses hors du commerce, Une approche de la personne humaine juridique*, préf. É. LOQUIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 271, 1997, n° 444 et s. ; S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. É. LOQUIN, Les études hospitalières, coll. Thèses, n° 3, 1999, n° 243 et s.

148 F. BELLIVIER et CH. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, *op. cit.*, n° 94.

remarque de « contrats très réglementés, truffés d'ordre public »¹⁴⁹, on objectera que cela, en soi, ne saurait empêcher une qualification contractuelle¹⁵⁰ - certains contrats de consommation sont également extrêmement réglementés, leur nature contractuelle n'a pourtant jamais été remise en cause.

22. L'indifférence à l'ingérence de l'administration. Un autre argument pour écarter la qualification contractuelle tient au fait que l'administration peut modifier, interrompre voire interdire de telles recherches en certaines circonstances - ainsi l'AFSSAPS a suspendu en 2002 les essais de thérapie génique menés sur des « bébés-bulles »¹⁵¹. Cette possibilité pour l'administration d'intervenir est pour le moins exceptionnelle. Mais elle n'est pas à elle seule de nature à remettre en cause l'existence d'un accord de volonté portant sur un effet de droit, donc un contrat. En revanche, d'autres éléments doivent amener, selon nous, au rejet de la qualification contractuelle, au profit de la qualification plus adaptée d'acte juridique unilatéral.

23. Le rejet de la qualification contractuelle. En dehors des spécificités des opérations de prélèvement et d'expérimentation médicale, c'est dans la nature même de la relation entre le sujet de l'expérimentation ou le donneur, d'une part, et les intervenants professionnels, d'autre part, qu'il faut chercher une éventuelle qualification contractuelle. La nature du contrat pose d'abord difficulté. L'expérimentation a pu être vue comme une forme de contrat unilatéral¹⁵², ce qui est concevable. En revanche, quelle est la nature du don d'éléments et produits du corps humain ? La qualification de donation est presque unanimement rejetée¹⁵³. Comment caractériser une donation, alors que l'objet du prélèvement n'est pas patrimonial, que le donateur n'est d'ailleurs pas propriétaire des éléments de son corps, que le don est anonyme ? En réalité, plus que la nature, c'est

149 *Idem*, n° 95.

150 Voy. par ex., J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 147 et s., spéc. p. 155.

151 F. BELLIVIER et CH. NOUVILLE, *Contrats et vivant, op. cit.*, n° 91.

152 M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004, n° 480. L'auteur affirme ensuite que « quelle que soit la qualification retenue, cette opération est incontestablement une convention » (*idem*, note 81), et cite en son sens une doctrine nombreuse, de laquelle on retiendra J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 198 ; G. MÉMETEAU, « De quelques droits sur l'homme : commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », *D.* 1990, chron. p. 165 et s. ; F. ALT-MAES, « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991, p. 244 et s.

153 Voy. les arguments développés par D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* 14 décembre 1994, n° 149, p. 25 et s. *Contra*, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. préc., n° 481.

l'existence même d'un contrat qui nous semble contestable. Il faut, pour le démontrer, partir à nouveau de la notion de contrat telle qu'elle a pu être dégagée : un accord de volonté destiné à créer une ou plusieurs obligations. Or, il est discutable de voir dans ces opérations un accord de volonté ; il est surtout extrêmement discutable d'y trouver une obligation au sens classique du terme.

24. L'existence discutable d'un accord de volonté. Les défenseurs de la qualification contractuelle expliquent que, nonobstant la réglementation d'ordre public et le statut dans lequel s'enferment les parties, il y a bien accord de volonté. La solution a été proposée tant pour l'expérimentation biomédicale ¹⁵⁴ que pour le prélèvement d'éléments et produits du corps humain ¹⁵⁵. L'existence d'un accord de volonté n'est pourtant pas évident. Le consentement du donneur ou du sujet de l'expérimentation ne fait aucun doute, mais à quel consentement fait-il écho ? En matière d'expérimentation médicale, la réponse est aisée : il semble bien y avoir un accord de volonté entre le promoteur ou l'investigateur ¹⁵⁶, et le sujet de l'expérimentation. La réponse est plus délicate en matière de prélèvement : « on n'a jamais affaire à une relation interindividuelle créée par voie d'échange des consentements, ni entre le donneur et le receveur, puisque c'est précisément ce modèle qui a été écarté, ni entre le donneur et le médecin, en effet, ce dernier ne passe pas d'accord avec le donneur mais a l'obligation de vérifier l'existence de son consentement pour pouvoir effectuer le prélèvement » ¹⁵⁷. De sorte qu'en matière de prélèvement tout du moins, il est possible de douter de l'existence d'un accord de volonté. Mais, avant tout, c'est l'existence d'une obligation, créée par cet accord de volonté, qui nous paraît discutable.

25. L'existence discutable d'une obligation : la difficulté du droit de révocation discrétionnaire. L'élément déterminant du rejet de la qualification contractuelle consiste dans l'octroi au sujet de l'expérimentation d'un droit de retrait unilatéral et discrétionnaire.

154 En ce sens, C. LABRUSSE-RIOU, « Aux frontières du contrat : l'expérimentation biomédicale sur des sujets humains », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 335 et s. ; A.-S. GINON, *La recherche biomédicale en quête de principes*, thèse, Paris X, 2002, n° 224 et s.

155 Voy. en particulier M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. préc., n° 499, qui soutient l'existence d'un consentement « à triple détente », c'est-à-dire un premier consentement qui forme le contrat, un deuxième qui intervient pour légitimer l'atteinte à l'intégrité corporelle, un troisième qui peut être amené à intervenir pour chaque intervention.

156 « La personne physique ou la personne morale qui est responsable d'une recherche impliquant la personne humaine, en assure la gestion et vérifie que son financement est prévu, est dénommée le promoteur [...]. La ou les personnes qui dirigent et surveillent la réalisation de la recherche sur un lieu sont dénommées investigateurs » (article L. 1121-1, 3° du Code de la santé publique).

157 D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », art. préc., spéc. p. 27-28.

Selon l'article L. 1122-1, 6°, alinéa 2 du Code de la santé publique, en matière d'expérimentation biomédicale, « la personne dont le consentement est sollicité [est informée] de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait ». De même, pour tout ce qui concerne le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, le consentement du donneur « est révocable sans forme et à tout moment »¹⁵⁸. On pourrait, certes, rétorquer que « la place désormais réservée à la résolution unilatérale du contrat inexécuté est remarquable »¹⁵⁹, et, d'autre part, que la faculté de rétractation n'est pas inconnue en droit des contrats français¹⁶⁰. Mais cette révocation en matière de bioéthique dépasse largement ces hypothèses. En particulier, elle n'est pas limitée dans le temps. On pourrait rapprocher cette faculté du pouvoir de se dégager unilatéralement par la résiliation du contrat dans les contrats à durée indéterminée. Mais il est évident que toutes les recherches médicales ou prélèvements ne sont pas à durée indéterminée : un consentement peut ne valoir que pour une recherche¹⁶¹ ou un prélèvement donné¹⁶². Or, la révocation discrétionnaire, et à tout moment d'un contrat à durée déterminée est contraire à l'esprit même de ce type de contrat. Elle prive, au demeurant, de tout intérêt la nullité de l'acte juridique, la révocation étant bien plus avantageuse pour le patient. Seule une demande de dommages et intérêt pourra alors justifier son action en justice.

Toute la difficulté est là. Elle conduit une partie de la doctrine à nier tout caractère contractuel aux opérations d'expérimentation et de prélèvement¹⁶³. Le propre du contrat est de faire naître des effets de droit, plus particulièrement une obligation. Et le propre de l'obligation est de contraindre la personne qui s'est engagée : c'est un « lien de droit,

158 Article L. 1241-1 du Code de la santé publique (à propos des prélèvements de tissus, cellules, produits du corps humains). *Adde* pour tous les prélèvements, l'article L. 1211-2 du Code de la santé publique.

159 D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 235 et s., n° 9.

160 Ainsi en particulier les différents contrats de crédits - immobilier, à la consommation - , se voient assortir une faculté de rétractation étendue et obligatoire, voy. *infra*, n° 119 et s.

161 Pour les recherches, la situation est assez complexe. Le consentement du sujet porte en effet à la fois sur l'opération elle-même mais aussi sur les finalités de la recherche (médicale, industrielle *etc.*). Or ces recherches sont par nature évolutives, quand certains produits du corps humain peuvent être conservés des dizaines d'années. Le consentement n'a de sens que si la personne est informée des suites des recherches. Le consentement est donc conçu comme continu, devant être renouvelé à chaque changement d'affectation (F. BELLIVIER et CH. NOUVILLE, *Contrats et vivant, op. cit.*, n° 122).

162 *Idem*, n° 155.

163 Voy., niant la qualification contractuelle, D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », art. préc. *Contra*, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. préc., n° 481.

unissant deux personnes, et en vertu duquel l'une (le créancier) est en droit d'exiger quelque chose de l'autre (le débiteur) »¹⁶⁴. En notre hypothèse, il n'y a aucune contrainte pesant sur le donneur ou le sujet de l'expérimentation puisqu'il est libre, au contraire, de revenir quand il le souhaite sur son consentement. Quant au prétendu créancier - pour autant que l'on parvienne à l'identifier - , il n'est nullement en droit d'exiger quoi que ce soit.

En définitive, les deux éléments centraux de la notion de contrat que sont l'accord de volonté et la création d'obligations nous paraissent difficilement caractérisables, ce qui ne peut conduire qu'à exclure la qualification contractuelle, tant pour les expérimentations médicales que pour les prélèvements d'éléments et produits du corps humain. Il semble en revanche possible de voir, dans le consentement du donneur ou du sujet de l'expérimentation, une forme d'acte juridique unilatéral.

26. La qualification retenue d'acte juridique unilatéral. Comme le résumait Mme BELLIVIER et M. NOIVILLE, le paradoxe est « qu'au fond le corps humain est irréductible à une analyse rigoureuse en termes contractuels, alors même que le consentement est la pierre angulaire de tout l'édifice »¹⁶⁵. Mais en partant de cette manifestation du consentement émis par le donneur ou le sujet de l'expérimentation, il semble tout à fait possible de relier le prélèvement et le don d'éléments du corps à un acte juridique unilatéral. Ce dernier se définit en effet comme la manifestation de volonté d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans le secours d'aucune autre volonté¹⁶⁶.

27. Le rejet de l'engagement unilatéral de volonté. Si cette manifestation de volonté a pour effet de créer des obligations à la propre charge de la personne, il s'agit d'un engagement unilatéral de volonté. Mais, outre que l'existence même d'un engagement unilatéral de volonté est discutée¹⁶⁷, cette qualification n'est pas pertinente en matière d'expérimentation ou de prélèvement d'éléments du corps humain. Il n'y a en effet dans le consentement du donneur aucun réel engagement puisqu'il peut légalement à tout moment

164 Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 2.

165 F. BELLIVIER et CH. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, *op. cit.*, n° 99. Mais si le consentement est la pierre angulaire du dispositif, il est nécessaire qu'il réponde à une finalité médicale d'ordre public (voy. N.-M. HUR-VARIO, « Le statut juridique du corps humain, Entre libre disposition et protection de l'ordre public », *RPDP* 2013, doct. p. 43 et s., spéc. p. 54).

166 Voy. *supra*, n° 18.

167 Voy. les références citées note 122.

révoquer son consentement ¹⁶⁸. Or, l'irrévocabilité de l'engagement unilatéral de volonté semble être la condition *sine qua non* de son efficacité ¹⁶⁹.

28. L'admission d'un acte unilatéral d'autorisation. En revanche, on peut se demander s'il ne serait pas plus facile de rattacher le consentement à un acte juridique unilatéral d'autorisation. Il s'agirait d'une manifestation unilatérale de volonté, destinée à accepter d'entrer dans un statut impératif - sans aucunement s'engager à y rester. Or, justement, le donneur consent unilatéralement au prélèvement d'un élément de son corps en vue d'une finalité donnée : il manifeste unilatéralement son autorisation aux prélèvements. C'est en ce sens qu'on peut comprendre les formulaires d'autorisation de prélèvement que chaque donneur doit remplir. Une solution similaire peut être retenue pour les expérimentations sur la personne humaine. Ce consentement n'a pas vocation à créer une obligation ; il déclenche un régime statutaire impératif qui échappe ensuite presque entièrement aux parties. Cette idée d'un acte juridique unilatéral d'autorisation permet, à notre avis, de continuer à donner toute sa valeur au consentement de la personne - plutôt qu'à un accord de volonté douteux -, tout en expliquant sa possibilité de le révoquer à tout moment puisque aucun engagement n'est pris ¹⁷⁰.

29. Bilan : l'exclusion des opérations de recherches biomédicales et de prélèvement d'éléments et produits du corps humain du champ contractuel. Finalement, les opérations de recherches biomédicales et de prélèvements d'éléments et produits du corps humain ne peuvent être que difficilement rattachées au champ contractuel : l'existence d'un réel accord de volonté et, surtout, de la création d'une obligation étant largement discutable. Il nous semble bien plus logique de retenir la qualification d'acte juridique unilatéral : le sujet de l'expérimentation ou le donneur manifeste en effet unilatéralement un consentement, destiné à autoriser certaines opérations. Cet acte juridique unilatéral déclenche un processus statutaire impératif, duquel la personne peut néanmoins à tout moment se libérer. En conséquence, sortant du champ contractuel, les opérations de recherches biomédicales et de prélèvement d'éléments et produits du corps humain seront exclues de notre étude.

168 F. BELLIVIER et CH. NOUVILLE, *Contrats et vivant*, *op. cit.*, n° 99.

169 Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 499.

170 Voy., retenant cette qualification d'acte juridique unilatéral, I. MOINE, *Les choses hors commerce, Une approche de la personne humaine juridique*, th. préc., n° 444 et s. ; S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, th. préc., n° 209 et s., et n° 243 et s. ; *contra*, B. THULLIER, *L'autorisation, Étude de droit privé*, préf. A. BÉNABENT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 252, 1996, n° 67.

Bien qu'encore revêtue d'une certaine obscurité, la notion de champ contractuel a ainsi pu être éclaircie en revenant à la définition classique du contrat : un accord de volonté destiné à produire une ou plusieurs obligations. C'est au sein de ce champ contractuel que risquent d'intervenir un certain nombre d'atteintes au consentement, lesquelles méritent, à leur tour, quelques éclaircissements.

III. LA PÉNALISATION « DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT »

30. La notion de consentement. La notion de consentement est loin d'être inconnue des pénalistes¹⁷¹. Il s'agit pour eux de répondre aux deux questions principales suivantes : quelle est l'influence du consentement de la victime à l'infraction ? Dans quelle mesure un délinquant peut-il consentir à son procès, ou à sa sanction¹⁷² ? Plus généralement, il ne serait pas faux de voir dans la plupart des infractions causant une ou plusieurs victimes, une atteinte au consentement de ces dernières : la soustraction de la chose d'autrui dans le vol ou les relations sexuelles en matière de viol ne sont punissables que si elles ne sont pas librement consenties.

31. La notion de consentement contractuel. Mais seule la vision *contractuelle*, donc civiliste, du consentement doit ici retenir l'attention. De toutes les notions envisagées par notre étude, celle de consentement apparaît alors comme une des plus délicates. Elle impose en effet de synthétiser plus de cent occurrences dans le seul Code civil, qui lui consacre par ailleurs une section entière - sans pour autant définir positivement le consentement, pas plus d'ailleurs que les travaux français et européens de réforme du droit des contrats¹⁷³ - ; et une jurisprudence qui, à son propos, « dit beaucoup, mais pas grand-chose de clair »¹⁷⁴. La seule certitude tient dans l'importance du consentement, essence même du contrat¹⁷⁵. De tout cela ressort néanmoins une vision duale du

171 Voy. PH. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, doct. p. 699 et s. ; et surtout la thèse de X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc.

172 Sur quoi, voy. not. M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 39, 2001, p. 367 et s.

173 Voy., faisant le même constat, L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, préf. É. LOQUIN, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 77, 2008, n° 4 et s.

174 PH. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 263 et s., spéc. p. 267.

175 Voy. par ex., parlant de « berceau du contrat », G. LOISEAU, « La qualité du consentement », in P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 65 et s., n° 1.

consentement. Celui-ci peut en effet être vu soit comme l'accord des volontés lui-même, soit comme la manifestation de volonté émise par chacune des parties.

32. Première acception du consentement contractuel : un accord de volonté. Le consentement, c'est avant tout un accord, un consensus entre plusieurs personnes¹⁷⁶. C'est « le signe d'une rencontre »¹⁷⁷, d' « une *manifestation de volonté qui s'accorde à celle d'autrui* »¹⁷⁸. L'étymologie du mot - *cum sentire* : vouloir avec - , conforte cette conception. Plus techniquement, c'est un « accord de deux ou plusieurs volontés *en vue de créer des effets de droit* »¹⁷⁹. Cette rencontre des volontés est la condition essentielle de la formation du contrat¹⁸⁰ - mais le champ contractuel est loin d'être seul concerné¹⁸¹. Allant plus loin, une doctrine classique pouvait même aller jusqu'à assimiler les notions de consentement et de contrat¹⁸².

33. Seconde acception du consentement contractuel : une manifestation de volonté. Il y a en réalité une autre acception du consentement contractuel, qui nous semble davantage pertinente ici. En reprenant la formule de J. CARBONNIER, « Le consentement c'est à la fois la volonté de chaque contractant et l'accord de leurs volontés »¹⁸³. L'article

176 Certains auteurs ne voient dans le consentement que cet accord de deux volontés (voy. en particulier, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 122 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9ème éd. par F. CHABAS, 1998, n° 128 : « Dans le langage courant, le consentement est la volonté de la personne qui s'oblige, tandis que le terme désigne, dans la langue du droit, l'accord de deux ou plusieurs volontés. Pour qu'il y ait consentement, il faut donc : 1° l'existence de volontés individuelles ; 2° la rencontre de ces volontés » (souligné par les auteurs).

177 X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., n° 1.

178 *Ibidem* (souligné par l'auteur).

179 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Consentement (nous soulignons). Mais l'ouvrage livre ensuite un deuxième sens du terme, qui fait référence à celui que nous retiendrons : « 1. Accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit ; rencontre de ces volontés qui est la condition de la formation du contrat [...]. 2. Dans l'accord, la volonté de chacune des parties contractantes [...] ». D'autres sens, plus spécifiques, sont ensuite découverts.

180 La question s'était posée de savoir si un simple concours de consentements pouvait suffire à former un contrat. Mais il est certain qu'il faut une « réunion et non [une] juxtaposition » (B. OPPEITI, « Le consentement sans l'échange : le concours de consentements, Le concours implicite », in *L'échange des consentements, Colloque de Deauville organisé par l'association droit et commerce*, RJ Com. 1995, numéro spécial, p. 69 et s., spéc. p. 73).

181 X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., n° 2 et s.

182 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n° 4 : « le consentement n'est autre chose, ici, que l'accord des volontés en vue de créer des obligations ; sa définition se confond donc avec celle du contrat lui-même dont il constitue la trame, le *substratum* ».

183 J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, PUF, coll. Thémis, 16ème éd., 1992, n° 34 : l'auteur le déduisait du fait qu' « Il n'y a point de contrat là où il n'est pas constaté que les deux ont voulu, mais il n'y en a point davantage si chacun a voulu dans la solitude ». Voy. déjà, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, première partie, LGDJ, 2ème éd., par P. ESMEIN, 1952,

1108 du Code civil vise d'ailleurs un « consentement de la partie qui s'oblige »¹⁸⁴, donc considéré à titre individuel. Les vices du consentement prévus aux articles 1109 et suivants ne concernent également que cet aspect : en disposant qu' « Il n'y a point de consentement valable [...] » en cas de vice du consentement, l'article 1109 du Code civil nous semble en effet faire référence au consentement donné individuellement par chacun des contractants¹⁸⁵. En définitive, le consentement sera ici entendu comme une manifestation de volonté¹⁸⁶ individuelle tendue vers un contrat¹⁸⁷. Il ne s'agit certainement pas de nier la première acception - il paraît certain que les deux acceptions coexistent¹⁸⁸ -, mais de reconnaître que c'est le consentement, pris individuellement, d'un contractant qui a été trompé, forcé ou refusé par les agissements d'un autre. C'est sur cette base qu'il convient de définir et délimiter les atteintes qui peuvent être portées au consentement contractuel.

34. Définition et délimitation des atteintes au consentement. *L'atteinte* n'est pas un terme juridique. Il a été choisi pour sa largesse, permettant d'appréhender tout acte nuisant à l'intégrité du consentement au contrat et, une fois celui-ci émis, à son respect. Car si le terme est large, il est fortement connoté, comme en témoignent ses synonymes : coup, blessure, attaque notamment¹⁸⁹. L'atteinte se rapproche alors de l'altération du consentement qui, en son sens moderne, renvoie à une dégradation, une détérioration, « un

n° 94 : « En matière de contrat le terme de consentement est pris dans deux sens différents. Dans son sens étymologique (cum sentire), il est l'accord de volonté des parties sur le contrat projeté : il y a entre elles ce que le Littré appelle "l'uniformité d'opinion". [...] Dans une acception plus restreinte, sous laquelle il sera ici pris, il désigne l'acquiescement donné par chacune des parties aux conditions du contrat projeté, avec la volonté de faire naître des effets de droit. Afin de joindre l'autre et de nouer entre elles le lien de droit, chacune des parties doit exprimer son adhésion individuelle ».

184 La formulation est erronée puisque même dans un contrat unilatéral, où une seule partie s'oblige, il est nécessaire que les deux parties consentent. Cet argument a servi la doctrine niant la vision du consentement comme la manifestation de volonté prise individuellement (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 122, note 1).

185 B. PETIT et S. ROUXEL, « Consentement », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1109, 2013, n° 1.

186 Rappr. M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 et s., n° 2 : le consentement est « un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté ». Pour valoir consentement, la volonté devra être exprimée, extériorisée, peu important la manière. Des auteurs précisent notamment que cette volonté est précédée d'une réflexion sur l'intérêt du contrat, de sorte que le consentement serait plus précisément « une *volition précédée d'une réflexion* » (F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 93, souligné par les auteurs).

187 En ce sens, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., n° 2 : « il semble plus juste de désigner par le terme de consentement la volonté de chacune des parties, pour indiquer la similitude des volontés concourant à la formation de l'acte [...] ». Rappr. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^{ème} éd., 2012, n° 54.

188 B. PETIT et S. ROUXEL, « Consentement », fasc. préc., n° 1.

189 Dictionnaire *Le Petit Robert 2014*, v° Atteinte.

changement en mal par rapport à l'état normal »¹⁹⁰. Mais l'atteinte dépasse l'altération, pour viser également la violation du respect du consentement une fois celui-ci donné. C'est dire que les frontières des atteintes au consentement sont vastes d'un point de vue temporel, comme elles le sont également dans un sens matériel¹⁹¹.

35. Les frontières temporelles de l'atteinte au consentement. La délimitation que tracent les frontières temporelles de l'atteinte au consentement est des plus étendues. Le terme d'atteinte le suggérait, la référence au champ contractuel le confirme : il n'y aucunement lieu de se limiter à la période de formation du contrat. Chaque étape de la vie du contrat - conception, naissance, vie et extinction -, est à l'inverse concernée : là réside d'ailleurs l'un des intérêts de cette étude. La première phase consiste à rapprocher les consentements des parties par des négociations qui suivent généralement une première offre de contracter, parfois elle-même suggérée par la publicité de cette offre. Le consentement - qui à ce stade n'est encore qu'hypothétique et futur -, risque alors d'être provoqué principalement par des offres alléchantes, mais litigieuses. Bien que cette phase soit située avant la formation du contrat, son appartenance au champ contractuel ne fait guère de doute. La deuxième phase est la naissance du contrat, c'est-à-dire sa formation. Les atteintes au consentement qui ont lieu à ce stade sont bien connues, de même que cette réponse devenue courante qu'est la pénalisation¹⁹². Il faudra toutefois en saisir les problématiques récentes, renouvelées par les formes d'inégalités - économiques ou informationnelles -, apparues depuis plusieurs décennies. La troisième phase conduira, ensuite, à intégrer les atteintes au consentement contractuel commises au stade de l'exécution du contrat¹⁹³. Si, après que le contrat se soit valablement formé, l'une des parties viole ses prescriptions, c'est incontestablement le consentement de son cocontractant, tel qu'il avait été donné, qui est atteint. Or, ces atteintes ont également fait l'objet d'une pénalisation spécifique - construite autour de l'incrimination centrale d'abus de confiance. Et la comparaison de la pénalisation au stade de la formation et de l'exécution

190 *Idem*, v° Altération. Adde C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 19, 2002, n° 5, pour qui l'altération du consentement contractuel est « manifestée soit par un défaut de connaissance suffisante, soit par un manque de liberté empêchant le plus faible de s'opposer au désavantage constaté ».

191 Rapp., plus général, la formule souvent reprise d'une des chroniques de J. MESTRE : « Le contrat occupe, en effet, au sein des infractions pénales les places les plus diverses [...] » (*RTD civ.* 1988, p. 129).

192 R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, préf. H. BLAISE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CX, 1970.

193 Sur la distinction, voy. O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution des contrats, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 535, 2012.

du contrat, qui s'appuiera sur une analyse doctrinale déjà fournie¹⁹⁴, sera riche d'enseignements. Enfin, l'extinction du contrat constitue un dernier lieu d'atteintes possibles au consentement contractuel, quoiqu'il ne connaisse qu'une pénalisation plus limitée.

36. Les frontières matérielles de l'atteinte au consentement. La tromperie du consentement. Si l'on s'intéresse, à présent, au contenu des atteintes au consentement, ce qui vient le premier à l'esprit consiste à provoquer l'erreur de la victime. Les médias s'en font d'ailleurs volontiers le relais, à l'occasion d'un rat retrouvé dans une conserve de haricots ou dans une boîte de pâtes¹⁹⁵ ou, comme au printemps 2013, d'une viande de cheval substituée à une viande de bœuf dans des plats surgelés¹⁹⁶ - notons que dans ce dernier cas, la viande de cheval étant parfaitement saine, c'est la seule tromperie des consommateurs qui a suscité l'indignation.

Cette tromperie peut prendre la forme d'un mensonge, ou plus largement de manœuvres, mais également d'une abstention, notamment d'une rétention d'informations. Parfois insignifiantes¹⁹⁷, ces tromperies sont, dans le cas contraire, largement sanctionnées. Le droit civil s'en empare naturellement, en particulier à travers le dol institué par l'article 1116 du Code civil. Mais ces tromperies subissent également les foudres d'une importante répression concurrente du droit pénal, laquelle fera l'objet de larges développements. Il convient dès à présent de la délimiter précisément, ce qui pose deux problèmes principaux : la pénalisation du simple risque de tromperie d'une part, de la séduction du consentement d'autre part.

194 Voy. en particulier G. LEVASSEUR, « Rapport sur les sanctions de l'inexécution des contrats en droit pénal français », in Dalloz, coll. Travaux de l'association H. Capitant, t. XVII, 1964, *Les sanctions attachées à l'inexécution contractuelle*, p. 307 et s. ; M. MULLER, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, thèse, Paris II, 1977. Plus récemment, Mme PALVADEAU a consacré la seconde partie de sa thèse à cette question (E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, thèse, Bordeaux IV, 2011).

195 Voy. par ex. une affaire jugée par la CA Grenoble, 30 avril 2007 ; *Juris-Data* n° 2007-337059 ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 311, obs. G. RAYMOND (relaxe du prévenu de tromperie, pour défaut d'intention).

196 Voy., pour l'affaire similaire d'une tromperie portant sur les qualités nutritionnelles de produits congelés, Crim., 20 mars 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-87203 ; *D.* 2012, p. 1668, obs. B. BOULOC ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2013, chron. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, n° 4514, spéc. n° 37 et s. ; *RTD com.* 2012, p. 630, obs. B. BOULOC.

197 Rapp. la formule du philosophe ALAIN : « Considérez l'acheteur et le vendeur autour d'une vache ; le vendeur ne cesse pas de faire croire, par les paroles et l'attitude, qu'il n'est pas pressé de vendre ; et l'acheteur, au contraire, fait entendre, par une comédie parfaitement jouée, qu'il n'a point envie d'acheter, et que cette vache ne lui plaît pas du tout. Ce double mensonge est dans les règles du jeu ; et remarquez que l'on n'a trouvé rien de mieux pour fixer les justes prix » (cité par M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal de la vente », *D.* 1973, chron. p. 323 et s., spéc. p. 323).

37. Le risque de tromperie du consentement. Face à la multiplication des atteintes au consentement, notamment dans les rapports de consommation - au sens large : consommation, bail, crédit, construction - , le législateur a pénalisé des actes pour la seule raison qu'ils risquent d'entraîner l'altération du consentement d'autrui. Par exemple, le constat d'une étiquette mal renseignée au regard de la réglementation suffit à entraîner la répression¹⁹⁸, indépendamment de toute atteinte effective au consentement des consommateurs. En réalité, beaucoup d'incriminations - alors qualifiées de *formelles* - , indifférentes à la concrétisation de l'atteinte au consentement, visent à la fois un simple risque d'atteinte comme une atteinte réalisée : ainsi de la tromperie¹⁹⁹ ou des pratiques commerciales trompeuses²⁰⁰. Bien qu'il ne s'agisse que du simple risque d'atteinte qui est pénalisé, il nous paraît nécessaire de l'inclure dans cette étude, car le fondement - la protection du consentement, en particulier du contractant faible - , et la technique d'intervention du législateur sont exactement les mêmes qu'en matière de pénalisation des atteintes effectives au consentement.

Un rapprochement peut ici être effectué avec les hypothèses où un comportement est sanctionné parce qu'il risque d'empêcher une personne de retirer librement le consentement qu'il a émis. C'est l'hypothèse de tout ce qui perturbe le temps de réflexion - acceptation d'un paiement en matière de crédit et construction²⁰¹ - , ou de rétractation - absence de formulaire détachable²⁰² - , du contractant. La volonté de l'auteur des faits est de restreindre ou de compliquer l'exercice des droits contractuels du cocontractant. Elle emprunte tout à la fois à une forme de tromperie et de forçage du consentement, aboutissant indéniablement à une atteinte, ou tout du moins une tentative d'atteinte au consentement d'autrui. La pénalisation de ces agissements du professionnel sera donc naturellement intégrée dans le champ de cette étude.

38. La séduction du consentement. Les frontières de la pénalisation de la tromperie du consentement doivent ensuite être précisées par rapport à une forme particulière et

198 Notamment par les articles L. 213-1 et suivants et L. 214-1 et suivants du Code de la consommation.

199 Article L. 213-1 du Code de la consommation (voy. *infra*, n° 102).

200 Article L. 121-1 du Code de la consommation (voy. *infra*, n° 112).

201 Voy. par ex., en matière de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, l'article L. 121-79-3 du Code de la consommation : « Est puni de 30 000 € d'amende le fait, pour tout professionnel, d'exiger ou de recevoir du consommateur, directement ou indirectement, tout versement ou engagement de versement, à quelque titre que ce soit, avant l'expiration des délais de rétractation prévus [...] ».

202 Voy. par ex., l'article L. 311-12 du Code de la consommation. La sanction en cas de défaut de ce formulaire est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe (1 500 euros, selon l'article L. 311-49 du Code de la consommation).

insidieuse de tromperie. J. CARBONNIER la dénommait vice de *séduction*, citant un ouvrage de sociologie qui dénonce « comme un nouveau et redoutable vice du consentement cette sorte de séduction qu'exerce la publicité, en pénétrant les consciences et (peut-être plus efficacement encore) l'inconscient »²⁰³. La séduction est partie intégrante de toute négociation, elle est également inhérente aux procédés modernes de distribution et de consommation, et la réglementation de ces procédés ne pouvait donc concerner que les plus dangereux d'entre eux. Il n'y a en effet pas ici à proprement parler de *tromperie*, l'atteinte au consentement est plus insidieuse, « plus discrète »²⁰⁴. Elle affaiblit le consentement plus qu'elle ne le vicie. S'agit-il encore d'une atteinte au consentement ? On remarquera immédiatement qu'« Abuser, égarer, tromper », sont trois synonymes du verbe « séduire »²⁰⁵. Mais « Le problème est de distinguer ce qui est tolérable et ce qui ne l'est pas. Tout le monde est d'accord pour sanctionner les malhonnêtetés caractérisées, comme les tromperies sur la marchandise vendue. Inversement, personne ne songe à supprimer le sourire de la vendeuse, quelqu'agressif qu'il soit. Entre les extrêmes, où s'arrêter ? »²⁰⁶, interrogeait malicieusement J. CALAIS-AULOY.

Notre limite sera celle fixée par le législateur lui-même : chaque intervention pénale justifiée par la crainte d'une séduction malhonnête du consentement d'autrui correspond bien à une forme de pénalisation des atteintes au consentement contractuel. C'est le sens, nous semble-t-il, de la pénalisation des ventes avec prime ou des loteries publicitaires²⁰⁷ - le but étant de détourner l'attention du consommateur par l'attrait de la prime. C'est également par crainte des méfaits de la séduction pouvant opérer les soldes et les liquidations que celles-ci sont strictement réglementées²⁰⁸. Certes, les atteintes au consentement ne sont ici qu'appréhendées indirectement à travers la finalité plus large de la protection d'une concurrence saine : il s'agit pour autant bien d'une pénalisation des atteintes au consentement contractuel²⁰⁹.

203 J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, PUF, coll. Thémis, 22ème éd., 2000, n° 45.

204 M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal de la vente », art. préc., spéc. p. 325.

205 Dictionnaire *Le Petit Robert 2014*, v° Séduire.

206 J. CALAIS-AULOY, « Les ventes agressives », *D.* 1970, chron. p. 37 et s., spéc. p. 37.

207 Articles L. 121-35 et suivants du Code de la consommation. Voy. *infra*, n° 128 et s.

208 Articles L. 310-3 et suivants du Code de commerce. Voy. *infra*, n° 130 et 363.

209 Voy. *infra*, n° 124 et s.

39. Le forçage du consentement. À côté de la tromperie du consentement du contractant vient immédiatement le cas d'un consentement *forcé* par autrui ²¹⁰. L'hypothèse semble bien plus grave car l'auteur de l'atteinte ne se contente plus de ruser, il nie le consentement d'autrui en méconnaissant ouvertement sa volonté ²¹¹. Classiquement, la contrainte est d'ordre presque physique : on extorque un contrat, une donation par exemple, par une menace directe sur la personne. Elle est aujourd'hui moins directe, et résulte surtout de la situation de supériorité - économique ²¹² notamment - , dans laquelle se trouve l'un des contractants, qui en abuse pour forcer le consentement d'autrui ²¹³. De tels forçages subissent les foudres d'incriminations aussi célèbres que les abus de faiblesse ou, plus récemment, les pratiques commerciales agressives. À ce stade de notre étude, le forçage du consentement n'appelle pas de commentaire particulier, si ce n'est le parallèle intéressant qu'il convient d'opérer avec le refus du consentement : forçage et refus du consentement n'étant que les deux faces de la négation pure et simple du consentement d'autrui.

40. Le refus du consentement. Tromperie et forçage ont en commun une atteinte positive au consentement : celui-ci a été provoqué ou détourné par l'attitude du cocontractant malhonnête. Mais ne faut-il pas considérer comme une atteinte au consentement la situation inverse, celle d'une personne qui voulait conclure un contrat, manifestant son consentement en ce sens, l'autre partie n'en tenant aucun compte ? À notre sens, refuser le consentement d'autrui n'est rien d'autre que nier, ignorer ce consentement : le refus du consentement obéit alors à la même logique que son forçage. Seront alors intégrées toutes les hypothèses de pénalisation des refus de contracter - en particulier les refus de vente ou de prestation de service. Par exemple, un consommateur souhaite acheter un bien que propose un commerçant, lequel, pour des raisons

210 Le *forçage* du consentement se distingue évidemment du forçage du contrat lui-même, qui consiste pour le juge à ajouter au contrat une obligation qui n'y était pas prévue, le fondement étant en principe l'article 1135 du Code civil. Sur quoi, voy. PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 5ème éd., 2011, n° 774 et s.

211 « L'escroc, comme le serpent, fascine sa future victime avant de la croquer. Celui qui abuse de la faiblesse d'autrui est semblable au rapace qui fond sur le plus faible du troupeau, puis après avoir joué avec sa victime, la déchiquette et la dévore » (G. RAYMOND, « Droit pénal de la consommation (Les abus de faiblesse) », in *L'entreprise et le droit pénal*, *Gaz. Pal.* 2002, doct. p. 399 et s., spéc. p. 399).

212 Sur quoi, voy. G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986.

213 Le forçage du consentement fait ainsi référence à la notion d'abus, ainsi qu'elle a été théorisée aussi bien en droit des contrats (PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000) qu'en droit pénal (E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, préf. PH. CONTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 105, 2011).

personnelles, économiques ou purement ségrégationnistes, refuse. Or, cette forme de refus de contracter a également été pénalisée. La pénalisation n'est certes qu'hésitante lorsque le refus est motivé par des raisons économiques : l'incrimination générale a été supprimée par la fameuse ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, remplacée par la seule incrimination du refus de contracter opposé au consommateur ²¹⁴. Mais cette pénalisation est au contraire croissante lorsque la discrimination se fonde sur des considérations ségrégationnistes.

Un rapprochement particulièrement riche d'enseignements, et semble-t-il inédit, sera donc opéré entre les hypothèses de consentements trompé, forcé ou refusé, et la pénalisation qu'elles ont suscitée. Là réside un des intérêts majeurs de cette étude, qui démontrera jusqu'où le législateur est allé dans cet objectif de protection du consentement. Ce qui amène naturellement une autre question, bien plus délicate, celle de la place qui est réellement accordée par la pénalisation au consentement contractuel. Il en ressort que si les atteintes au consentement sont le plus souvent appréhendées comme le moyen de réalisation d'une infraction destinée à attenter à une autre valeur protégée par le droit pénal, la pénalisation va parfois jusqu'à ériger directement le consentement contractuel en valeur sociale protégée par les incriminations qui en résultent.

41. Les atteintes au consentement contractuel comme moyen de réalisation d'une infraction. La pénalisation appréhende le plus souvent les atteintes au consentement contractuel comme le moyen de réalisation d'une infraction destinée à nuire à un intérêt protégé par la loi pénale - par exemple le droit de propriété - , mais sans que l'intégrité ou la bonne foi contractuelle ne soient elles-mêmes les valeurs sociales protégées par les textes. Autrement dit, l'atteinte au consentement constitue un moyen, non une finalité redoutée par les textes. Cette situation se retrouve dans la plupart des textes récents. La sanction pénale y est utilisée comme auxiliaire de règles extra-pénales, destinées à la protection d'intérêts divers : à titre principal, la loyauté du marché qui comprend la protection des consommateurs et des relations saines entre professionnels. Faut-il, pour autant, exclure ces incriminations, pour se concentrer sur celles dont la valeur protégée est directement l'intégrité ou la bonne foi contractuelle ? Ce serait, à notre sens, une restriction injustifiée. D'abord parce qu'il est impossible d'identifier avec certitude la valeur protégée par une incrimination. Ensuite, parce que cette étude n'est pas celle de la protection pénale du consentement contractuel, mais de la pénalisation des atteintes qui lui sont portées. Or,

214 Article L. 122-1 du Code de la consommation. Voy. *infra*, n° 170.

même lorsque les atteintes au consentement ne sont que le moyen de réalisation d'une infraction, ce sont elles qui, concrètement, sont pénalisées. Seront donc ici traitées les incriminations dont les atteintes au consentement constituent le moyen privilégié, à côté, bien évidemment, des hypothèses plus rares où l'intégrité et la bonne foi contractuelle sont érigées directement en valeurs sociales protégées par les incriminations.

42. Le consentement contractuel comme valeur sociale protégée. La valeur sociale protégée - aussi dénommée bien juridique ou intérêt protégé -, est le fondement philosophique ou politique, la cause profonde de la norme pénale²¹⁵. Il faut nous y intéresser, pour distinguer clairement les cas dans lesquels la pénalisation appréhende le consentement contractuel en l'érigant directement en valeur protégée. Cette question n'est pas dénuée d'intérêts pratiques : en particulier, « c'est sur le critère de la finalité de la loi pénale que sont résolus les *conflits de qualifications*, plus traditionnellement présentés sous les traits du concours "idéal" d'infractions »²¹⁶. La valeur sociale protégée devrait *a priori* également permettre de déterminer les personnes aptes à se constituer partie civile, seules celles ayant *personnellement* souffert du dommage - c'est-à-dire de l'atteinte à la valeur protégée -, directement causé par l'infraction étant admises, aux termes de l'article 2 du Code de procédure pénale²¹⁷. Sous un aspect plus théorique, la pénalisation est également particulièrement remarquable, plaçant l'intégrité du consentement contractuel sur le même plan que d'autres valeurs classiquement protégées, notamment les personnes ou les biens²¹⁸. Cette mise en avant du consentement contractuel comme valeur sociale protégée, qui n'a jamais été entreprise, est justifiée par l'apparente mutation, déjà remarquée en doctrine²¹⁹, de l'intérêt protégé par certaines incriminations - l'escroquerie, l'abus de

215 Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 et s., n° 1.

216 Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire, op. cit.*, p. 3 et s., spéc. p. 7 (souligné par l'auteur). L'auteur résume ainsi le problème : « La question est de savoir dans quelle mesure le cumul des qualifications en concours peut être compatible avec le principe *non bis in idem*. Tout est fonction des valeurs sociales en cause. Soit ces valeurs sont les mêmes, et le non-cumul s'impose, soit au contraire elles sont différentes, et le cumul est possible » (*ibidem*). Pour une illustration, voy. *Crim.*, 28 juin 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-82607 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3441, chron. E. DREYER, et jur. p. 3553, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 249, note G. RAYMOND ; *RSC* 2012, p. 159, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

217 La jurisprudence, cependant, semble négliger la condition d'un dommage personnel, pour simplement vérifier le caractère direct du lien de causalité (voy. not. *Crim.*, 9 février 1989 ; *Bull. crim.*, n° 63).

218 Rappr. R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. MALABAT, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 98, 2010, n° 81 : « le consentement paraît désormais constituer une valeur sociale à ce point essentielle qu'elle justifie, à elle seule, l'intervention de la loi pénale ».

219 Voy. par ex., R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 44 et s ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., n° 67 : « cette percée du consentement s'observe aussi en jurisprudence, au prix d'une transformation du fondement juridique de certaines infractions. Les juges, en effet, à force d'interprétation et dans un souci légitime d'assurer la pleine effectivité des incriminations, ont été amenés à déplacer le résultat de certaines infractions, de la lésion du patrimoine ou de la personne d'un

confiance ou l'abus de faiblesse incriminé par le Code pénal notamment - , vers l'intégrité ou le respect du consentement. Mais encore faut-il être capable d'identifier avec certitude la valeur protégée d'une incrimination.

43. L'identification délicate de la valeur sociale protégée. « Si vous croyez avoir compris, vous avez sûrement tort » : la formule qu'affectionnait J. LACAN vient naturellement à l'esprit, pour qui cherche à identifier la valeur protégée d'une incrimination. Celle-ci n'est en effet pas définie par le texte ²²⁰, ce qui en fait une des notions les plus fuyantes du droit pénal ²²¹, en rendant souvent insoluble la question de son identification ²²². À défaut de précision dans le texte, c'est dans l'intention du législateur, au moment de l'adoption du texte, que l'on découvre en principe la *ratio legis* d'une incrimination. Cette intention se retrouve dans les travaux parlementaires ²²³, mais le législateur peut également en laisser certaines traces, notamment dans la place d'une incrimination dans le Code ²²⁴. Mais en réalité, la recherche de l'intention du législateur est le plus souvent inadaptée. En effet, les juges ont tendance à s'appropriier les textes pour les adapter à la valeur sociale qu'ils entendent protéger, laquelle peut considérablement varier au fil des années. Ainsi en est-il, par exemple, de l'escroquerie ou de l'abus de confiance. Les deux incriminations ont été insérées dans le Code pénal en 1810 dans l'objectif incontestable de protection du patrimoine, ainsi que l'attestait - et l'atteste encore aujourd'hui - leur place dans le Code - depuis 1992 au sein du Titre premier « Des appropriations frauduleuse », du Livre Troisième « Des crimes et délits contre les biens ». Pourtant, sous l'influence de la jurisprudence, nous verrons que les deux incriminations ont

individu vers la lésion de sa *volonté*, au point de faire apparaître le droit pénal avant tout comme un instrument de protection du consentement des particuliers » (souligné par l'auteur).

220 O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, préf. PH. CONTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 74, 2008, n° 160 : « Politique, elle est imprécise, faut d'avoir été légalement définie : se situant en amont des textes, la valeur sociale est le fondement, la cause profonde de la norme pénale, mais elle n'en est pas l'expression positive ».

221 Malgré les éclairages d'une thèse récente consacrée à ce sujet : M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préf. A. D'HAUTEVILLE, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2011.

222 Voy. à ce titre, les avertissements de M. ROBERT : « L'introduction trop récente de la notion d'intérêt protégé dans le droit français explique ces incertitudes : on sait qu'elle existe, mais on n'en connaît pas encore les genres, espèces et variétés » (J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6ème éd., 2005, p. 284).

223 Les juges tiennent parfois le même raisonnement : voy. par ex., TGI Toulouse, 30 octobre 1995 ; D. 1996, jur. p. 101, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING : « Face à une imprécision de la loi pénale, il convient de l'interpréter à la lueur des principes généraux du droit et des débats parlementaires qui en ont précédé le vote ».

224 Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 12.

évolué, pour s'attacher désormais également et peut-être prioritairement à la protection de l'intégrité ou de la bonne foi contractuelle ²²⁵.

Partant, et ainsi que l'écrivait J. CARBONNIER, « Ce qui importe, ce n'est pas la place d'une incrimination dans le Code, c'est sa définition » ²²⁶. Si, par exemple, un préjudice pécuniaire est exigé, il est possible d'en déduire la protection du patrimoine. Si les composantes d'une incrimination induisent nécessairement l'altération du consentement, il en découlera logiquement que l'intégrité du consentement est une valeur sociale protégée. Mais il faut encore tenir compte de deux facteurs de complication.

En premier lieu, il est illusoire de croire « qu'à chaque incrimination corresponde un bien juridique unique » ²²⁷. Au contraire, lorsque nous concluons à la protection du consentement contractuel, cette protection coïncidera souvent avec d'autres valeurs, en particulier le patrimoine ou, plus souvent, le droit de propriété ²²⁸. Il s'agit alors de textes d'incrimination qualifiés par la doctrine de « pluri-offensifs » ²²⁹, pour souligner le fait qu'ils protègent plusieurs valeurs sociales. En second lieu, le contenu de l'incrimination ne permet d'identifier sa valeur protégée que lorsque l'infraction est matérielle, c'est-à-dire lorsque le seuil de l'illicite fixé par le législateur correspond à l'atteinte à la valeur protégée ²³⁰. En revanche, lorsque l'infraction est formelle, la consommation intervient indépendamment de toute atteinte effective à la valeur protégée. Dans ce dernier cas, identifier la valeur protégée devient pratiquement impossible. Or, il n'est pas précisé dans l'incrimination si celle-ci est formelle ou matérielle. Pour le savoir, il faut comparer son contenu avec... sa valeur protégée : bref, l'observateur a la désagréable impression de tourner en rond.

225 Voy. *infra*, n° 54 et s.

226 J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices », *JCP G* 1952, I, 1034.

227 M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., n° 313 : « Classer les incriminations du droit positif à l'aide du critère du bien juridique protégé suppose qu'à chaque incrimination corresponde un bien juridique unique ; or, il ne fait aucun doute qu'il n'en est rien ».

228 Mais aussi bien d'autres valeurs très spécifiques, comme la lutte contre l'endettement (voy. par exemple la sanction pénale en cas de méconnaissance de la rétractation ou réflexion de l'acquéreur immobilier (article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation), instituée par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles).

229 E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2ème éd., 2012, n° 149 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours Dalloz, 5ème éd., 2012, n° 240. L'expression semble avoir été utilisée pour la première fois par A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. 1, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 1ère éd., 1982, n° 22.

230 C'est-à-dire, pour reprendre les expressions de MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, lorsque les résultats *légal* et *juridique* coïncident (PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 312 et s.).

On conclura donc sur cette question avec la phrase de M. ROBERT : « la désignation des intérêts protégés est hasardeuse, imprécise, parfois arbitraire »²³¹. Or, évidemment, en droit pénal, l'intuition ne saurait remplacer la réflexion. La question des intérêts protégés par les incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel ne sera donc traitée que lorsque des éléments pertinents permettront de la trancher.

Quoique particulièrement délicate, cette question illustre la place que la pénalisation est susceptible d'accorder au consentement contractuel. En tout état de cause, que les atteintes au consentement soient le moyen ou la finalité de la pénalisation, l'intervention du droit pénal en cette matière peut surprendre. Est-elle utile, alors que le contrat dispose d'un juge naturel, le juge civil ? Est-elle légitime, alors que la pénalisation répond à des finalités très particulières ? C'est poser la question, délicate, de la justification de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

44. Justification de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

L'intrusion du droit pénal dans le champ contractuel a toujours été contestée²³². Ce n'est pas seulement sa place et son importance qui poseraient problème²³³, mais le principe même d'une pénalisation. Ici figure un autre intérêt majeur de cette étude : le phénomène de pénalisation affecte toutes les branches du droit, mais l'étude de son extension, de ses méfaits voire de son dévoiement revête concernant les atteintes au consentement contractuel une acuité toute particulière, en raison des enjeux et des critiques qu'elle entraîne. Le contrat ne concernerait que les intérêts des parties, à l'exclusion de l'intérêt général. La pénalisation serait alors l'incarnation d'une réglementation pointilleuse et dirigiste dans un monde contractuel où devrait prévaloir la liberté²³⁴ - ce à quoi il est permis de répondre, en reprenant M. MAZEAUD, que le droit contemporain des contrats « ne s'abreuve plus exclusivement à la source de la théorie de l'autonomie de la volonté et

231 J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 284. *Adde*, soulignant que « la moindre valeur reconnue par le droit bénéficie d'une garantie pénale et que cette réflexion en termes de valeur se prête aux pires contresens, quand elle ne s'avère pas ouvertement dangereuse pour la légalité », E. DREYER, « La violence ou la ruse ? », in *La violence dans les infractions contre les biens, Gaz. Pal.* 13-15 octobre 2013, p. 6 et s., spéc. p. 6.

232 M. OTTENHOF commençait ainsi sa thèse en affirmant que « seul le goût du paradoxe paraît, a priori, justifier un tel rapprochement » entre contrat et droit pénal (*Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 1).

233 Sur quoi, voy. A. LEPAGE, « Les sanctions en droit pénal des affaires, Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique, op. cit.*, p. 95 et s.

234 Voy. par ex., retraçant ces critiques (pour les dénoncer), PH. CONTE, « 1905 - 2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Droit pénal* 2006, étude n° 4, n° 3.

ne s'incline plus mécaniquement devant l'impératif de sécurité juridique »²³⁵. C'est parce que le consentement au contrat est atteint que l'intervention du droit, et notamment du droit pénal, peut *a priori* trouver une justification. En effet, le contrat n'est pas seulement un « pilier de l'ordre juridique »²³⁶, c'est également un phénomène sociologique²³⁷ et économique²³⁸ majeur. Or, le droit pénal se proposant de défendre les valeurs jugées essentielles de la société, « L'union du droit pénal et du contrat pourrait ainsi constituer un mariage des plus naturels »²³⁹. Cette union est d'ailleurs fort ancienne, ce qui facilite sa légitimation : à l'instar de certains couples, la relation du droit pénal et des contrats n'est-elle pas trop ancienne pour que l'on songe à les séparer ?

45. Ancienneté de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

L'union du droit pénal et du droit des contrats engendre depuis longtemps une pénalisation spécifique des atteintes au consentement, au moins depuis le droit romain « qui avait imprimé au dol et à la violence un caractère pénal, une dimension répressive ; nature et caractères qui, malgré les vicissitudes du temps, ont continué à influencer leur régime »²⁴⁰. Cette répression pénale a ensuite perduré, traversant l'ancien Droit. On notera, entre autres exemples remarquables, la peine de pilori infligée en 1316 à seize boulangers parisiens exposés place de Grève pour avoir fabriqué du pain avec de la farine mélangée d'ordures²⁴¹, ou encore cet édit resté fameux de Louis XI en 1481 : « à tout homme qui aura vendu du lait mouillé, sera mis un entonnoir dedans la gorge et ledit lait mouillé sera entonné jusqu'à temps qu'un médecin ou un barbier dise qu'il n'en peut avaler davantage. Tout homme qui aura vendu du beurre contenant navets, pierres ou autre chose, sera bien curieusement attaché à notre pilori, puis ledit beurre sera rudement posé sur sa tête et laissé

235 D. MAZEAUD, « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés, (actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux)*, Cujas, coll. Actes & Études, 2012, p. 101 et s., spéc. p. 107. Dans le même sens, voy. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD cin.* 1997, p. 357 et s.

236 J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*, p. 255 et p. 313 et s. Plus récemment un ouvrage remarqué classait le contrat parmi les grandes notions du droit privé (J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 1ère éd., 2011, notion n° 7, p. 425 et s.).

237 Sur l'apport des sciences humaines et sociales à l'étude du contrat, voy. É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997, n° 141 et s.

238 Voy. par ex., qualifiant le contrat de « pilier du marché », M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD cin.* 1998, p. 43 et s., n° 10.

239 E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, th. préc., n° 1.

240 D. MAZEAUD, « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », art. préc., spéc. p. 102.

241 Exemple mentionné par L. BIHL, *Le droit pénal de la consommation*, Nathan, coll. Formation continue juridique, 1989, p. 6.

tant que le soleil ne l'aura pas entièrement fondu. Pourront les chiens venir le lécher et le menu peuple l'outrager par telles épithètes diffamatoires qu'il lui plaira, sans offenser Dieu ni le roi »²⁴². On le voit, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel prit parfois les tournures les plus originales. Toutes les formes d'atteintes au consentement étaient par ailleurs concernées : ainsi un marchand de chandelles fut condamné en 1844 à 800 livres d'amende pour avoir refusé de les vendre à un consommateur²⁴³.

46. Développement de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

Une époque plus récente a considérablement étoffé la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il faut en effet remarquer que celle-ci a suivi l'avènement de la société moderne de consommation²⁴⁴, qui a transformé les rapports de contractants auparavant placés sur un pied d'égalité. Désormais, « la généralité de la règle de droit a vécu »²⁴⁵. Les contractants sont le plus souvent opposés au sein d'une relation inégalitaire : les salariés aux employeurs, les professionnels aux consommateurs²⁴⁶ - relation marquée par le phénomène du contrat d'adhésion²⁴⁷ -, les fournisseurs aux distributeurs²⁴⁸ - avec notamment l'apparition des contrats de dépendance²⁴⁹ -, etc. Cette

242 Cité par L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection des contractants*, th. préc., note 159.

243 Exemple mentionné par L. BIHL, *Le droit pénal de la consommation*, *op. cit.*, p. 6.

244 Telle que théorisée par J.-K. GALBRAITH, H. MARCUSE, puis en France par J. BAUDRILLARD, *La société de consommation*, Gallimard, coll. Folio essais, 2012 [1970], p. 17 : « Il y a aujourd'hui tout autour de nous une espèce d'évidence fantastique de la consommation et de l'abondance, constituée par la multiplication des objets, des services, des biens matériels, et qui constitue une sorte de mutation fondamentale dans l'écologie de l'espèce humaine. À proprement parler, les hommes de l'opulence ne sont plus tellement environnés, comme ils le furent de tout temps, par d'autres hommes que par des objets. Leur commerce quotidien n'est plus tellement celui de leurs semblables que, statistiquement selon une courbe croissante, la réception et la manipulation de biens et de messages, depuis l'organisation domestique très complexe et ses dizaines d'esclaves techniques jusqu'au "mobilier urbain" et toute la machinerie matérielle des communications et des activités professionnelles, jusqu'au spectacle permanent de la célébration de l'objet dans la publicité et les centaines de messages journaliers venus des mass media, du fourmillement mineur des gadgets vaguement obsessionnels jusqu'aux psychodrames symboliques qu'alimentent les objets nocturnes qui viennent nous hanter jusque dans nos rêves » (souligné par l'auteur).

245 B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n° 4, *crises dans le droit*, p. 9 et s., spéc. p. 16.

246 Rapp. J. BEAUCHARD : « Dans sa genèse, le droit de la consommation est un droit d'opposition, un droit militant, qui s'est forgé en marge et contre un certain ordre établi » (« Remarques sur le Code de la consommation », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu, droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 9 et s., n° 12). *Adde* H. TEMPLE, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1067 et s.

247 Avec lequel « On est ainsi passé du sur-mesure au prêt-à-porter » (M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP G* 1979, 2952, n° 1).

248 Sur quoi, voy. M. BEHAR-TOUCHAIS, « "Le choc des titans" : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 53 et s.

249 Les contrats de dépendance ont été définis par M. VIRASSAMY comme « les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son

transformation des rapports sociaux et contractuels est bien connue, de même que les limites que le droit des contrats a laissé entrevoir dans sa réaction ²⁵⁰, limites qui n'ont pas été sans influence sur l'extension de la pénalisation en la matière ²⁵¹.

47. Actualité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Cette transformation des rapports sociaux et contractuels perdue aujourd'hui, sous d'autres formes, mettant au défi la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Chaque nouvelle tendance économique - ainsi du développement de la consommation biologique ou durable ²⁵² -, ou pratique commerciale - ainsi des ventes de listes portant sur les locations d'immeubles ²⁵³ -, risque en effet d'être le siège de nouvelles atteintes au consentement. De manière plus particulière, il n'est pas inintéressant de se demander dans quelle mesure la crise économique actuelle est de nature à accroître les tensions entre professionnels ²⁵⁴, lesquels seront par ailleurs tentés de vendre leurs produits aux consommateurs à tout prix, fût-ce dans des conditions litigieuses. Dans un autre ordre d'idées, c'est également le contentieux des nouvelles technologies qui repose la question de la protection du consentement contractuel. Le réseau internet, notamment, est le siège de multiples atteintes ²⁵⁵. Pensons, d'abord, aux transactions effectuées en ligne dont le montant total est évalué à 45 milliards d'euros pour la seule année 2012 ²⁵⁶. Pensons,

existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination » (G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. préc., n° 2).

250 Retraces par B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s.

251 Rappr. la formule de R. OTTENHOF : « sur le plan de la technique juridique, la théorie du contrat a été souvent présentée comme un modèle de perfection, difficile à dépasser. Or, l'appel au droit pénal en la matière laisse supposer soit l'existence d'une lacune, soit une altération dans la technique considérée » (*Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 6).

252 M.-P. BLIN-FRANCHOMME, « Le "marché de la consommation durable" : regards sur la loyauté des pratiques commerciales », *Contrats concurrence consommation 2012*, étude n° 13.

253 Voy. S. PRIEUR, « Les pratiques commerciales déloyales dans les contrats de "vente de listes" en matière de location immobilière », *Contrats concurrence consommation 2013*, étude n° 2.

254 Voy. par ex., M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC 2010*, p. 383 et s. ; J. ROCHFELD, « La rupture des relations contractuelles en temps de crise économique », *idem*, p. 499 et s. ; N. MATHEY, « La rupture de relations commerciales établies en période de crise. Difficultés d'application de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce en période de crise économique », *Contrats concurrence consommation 2010*, étude n° 3. En jurisprudence, voy. not. Com., 12 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-11709 ; *Contrats concurrence consommation 2013*, comm. n° 78, note N. MATHEY ; *RTD civ.* 2013, p. 375, chron. H. BARBIER. (impact de la crise dans l'appréciation de la rupture des relations commerciales au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce).

255 J. ROCHFELD, « Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in J. ROCHFELD (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, 2010, p. 5 et s.

ensuite, aux sites aussi utilisés que les réseaux sociaux²⁵⁷, ou les sites de comparaisons du prix des biens ou services²⁵⁸.

L'ancienneté comme l'actualité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel augurent son maintien, voire son extension : la pénalisation est en action. Ce mouvement entraîne, avec lui, un certain nombre d'interrogations : la pénalisation est, surtout, en question.

48. Problématique de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

Notre sujet est une *réflexion sur la pénalisation*, et doit par conséquent s'articuler autour de cette notion - en prenant garde, toutefois, à ne jamais oublier son objet : les atteintes au consentement contractuel. À cette fin, le plus simple est alors de reprendre les deux connotations de la pénalisation qui ont pu être dégagées.

La pénalisation désignerait d'abord, nous l'avons dit, l'extension du recours au droit pénal. En ce premier sens, la pénalisation n'est finalement rien d'autre que *l'inflation pénale*, phénomène aussi commenté que critiqué²⁵⁹. Son étude pourrait alors paraître peu novatrice, si elle n'était en réalité motivée par certaines particularités. En premier lieu, ce n'est pas n'importe quelle pénalisation qu'il s'agit ici d'étudier, mais celle des atteintes au consentement dans le champ contractuel. C'est, autrement formulé, s'attacher à rechercher les incriminations qui protègent l'intégrité du consentement ou la bonne foi contractuelle. Cette démarche, qui n'a jamais été entreprise, est justifiée par la mutation apparente de la valeur sociale protégée par certaines incriminations vers l'intégrité du consentement. Dans un second cas de figure, plus fréquent, l'atteinte au consentement contractuel est le moyen de l'infraction - laquelle porte atteinte à différents intérêts protégés. La question

256 Chiffre issu du rapport remis à la ministre de l'artisanat, du commerce et du tourisme par la Fédération du e-commerce et de la vente à distance (www.fevad.com).

257 Siège d'atteintes au consentement parfois des plus insidieuses : ainsi s'est développé un phénomène de création de faux internautes qui laissent des appréciations valorisantes sur tel ou tel produit. Sur le site internet www.facebook.com, des entreprises créent virtuellement des milliers de faux comptes qui « aiment » un produit, faisant croire à son approbation massive par de véritables personnes (sur le phénomène, voy. l'article de Y. EUDES, « Les faux amis de mes amis... », *Le Monde*, 19 septembre 2012, p. 17).

258 Voy. par ex., pour la condamnation pour pratiques commerciales déloyales d'un comparateur de prix sur internet, en réalité site publicitaire : Com., 4 décembre 2012 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 11-27729 ; D. 2012, act. p. 2956, obs. C. MANARA ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2013, n° 4414, obs. C. MATHONNIÈRE ; *Communication commerce électronique* 2013, comm. n° 14, note G. LOISEAU ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 68, note G. RAYMOND.

259 L'expression semble avoir été employée pour la première fois par M. DELMAS-MARTY lors de son intervention au VI^{ème} congrès de l'Association française de droit pénal qui s'est tenu à Montpellier les 7, 8 et 9 novembre 1983.

sous-jacente aux deux situations est celle de la *mesure* de la pénalisation. Il faudra ici s'interroger quant à la pertinence même de notre intitulé : peut-on parler de pénalisation, dans ce pan du droit pénal des affaires où une dépenalisation est régulièrement annoncée, et parfois opérée ? Il n'est à cet égard pas inutile de remarquer que notre thèse a commencé quelques mois après le chassé-croisé des plus curieux²⁶⁰ entre la loi du 3 janvier 2008²⁶¹ incriminant entre autres les pratiques commerciales déloyales et la présentation, quelques jours plus tard, du rapport du groupe de travail présidé par M. COULON tendant à une réelle « dépenalisation de la vie des affaires »²⁶².

Bien évidemment notre sujet dépasse la simple question de la mesure de l'étendue de la pénalisation. *La pénalisation n'est pas qu'une simple addition d'incriminations*. C'est en réalité un ensemble de règles - substantielles comme procédurales - , tendant à l'amélioration de la prévention et au durcissement de la répression du plus grand nombre d'atteintes au consentement contractuel. Ainsi l'élément matériel des incriminations a-t-il été souvent élargi, tandis que, parallèlement, l'élément moral a été assoupli dans des proportions parfois inquiétantes. C'est alors se poser la question de la portée de la pénalisation, en particulier sur la nature et la qualité des incriminations.

Les implications de la pénalisation dépassent en réalité le seul droit pénal. Il ne s'agit pas d'oublier que la protection pénale du consentement contractuel coïncide souvent avec la protection offerte par le droit civil, lequel reste le protecteur naturel du contrat. M. OTTENHOF se proposait de rechercher « comment le droit pénal collabore avec le droit civil pour assurer le respect des règles qui président à la formation correcte du contrat »²⁶³. Dans bien des cas cependant, la réalité est moins celle d'une collaboration que d'une subordination du droit civil au droit pénal. En particulier, il est possible de se demander dans quelle mesure la présence d'une infraction pénale est susceptible d'influer sur la validité du contrat d'une part, sur le procès civil d'autre part.

Ce constat d'une inflation de la pénalisation des atteintes au consentement, qui cause par ailleurs une dénaturation de certains principes classiques, ne peut laisser indifférent. Il pose

260 Voy., parlant à ce sujet d'une « dépenalisation peu cohérente et parfois contradictoire », M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n° 238.

261 Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

262 J.-M. COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

263 R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 9.

à nos yeux ce qui est la véritable question de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, celle de sa *légitimité*. La nécessité pénale est un principe central. Or, fallait-il recourir au droit pénal en cette matière, ou plutôt, fallait-il y recourir aussi souvent et aussi largement ? C'est s'atteler à un travail risqué, mais particulièrement intéressant, d'un contrôle de légitimité de la pénalisation. Mais, et là est sans doute la question la plus délicate, selon quels critères ? Ces critères devront s'appuyer sur certaines solutions déjà dégagées par le Conseil constitutionnel, mais surtout de solides bases logiques au regard de la fonction et de l'efficacité du droit pénal. Il conviendra de faire preuve d'une certaine mesure : il ne serait ni réaliste ni même souhaitable de dépénaliser à l'excès. Pour autant que nous y arrivions, les conséquences seront importantes, en particulier car cela nous conduira à proposer une dépénalisation du droit pénal illégitime. Si l'on s'accorde sur une dépénalisation partielle des atteintes au consentement contractuel, cela ne doit pas être synonyme d'une baisse de la protection des contractants. Il faudra alors proposer des substituts à la pénalisation, en étudiant principalement les voies administratives et civiles. Toute la difficulté sera d'identifier des sanctions originales et distinctes des sanctions pénales, mais suffisamment efficaces dans la protection du consentement contractuel.

49. Plan. Si l'on résume cette liste - non exhaustive - , de questions soulevées par le sujet, celles-ci s'assemblent naturellement autour de deux grands axes. Le premier s'attache à la mesure et à la portée de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel, c'est-à-dire à son étendue (Partie I). L'on y découvrira une certaine *méprise* du droit positif sur le sens et la portée de la pénalisation, laquelle doit laisser place à sa *maîtrise*. Le second axe propose en ce sens une réelle réflexion sur la nécessité et, plus largement, la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel (Partie II).

**PARTIE I. ÉTENDUE DE LA PÉNALISATION DES
ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE
CHAMP CONTRACTUEL**

50. L'analyse critique de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel suppose d'en établir d'abord l'étendue. Cela implique, en premier lieu, d'en saisir exactement les manifestations. Sous cet aspect, l'inflation pénale vient la première à l'esprit ; mais il est en réalité certain que la pénalisation dépasse la seule addition d'incriminations, pour recouvrir une réalité bien plus riche et complexe. Les manifestations de la pénalisation ne sauraient alors s'apprécier qu'en considération de l'ensemble des règles - substantielles comme procédurales - , destinées à améliorer la prévention et durcir la répression des atteintes au consentement contractuel. Ces aspects de la pénalisation sont guidés par la volonté claire de lutter contre ces atteintes. C'est de manière moins directe, voire involontaire que la pénalisation des atteintes au consentement engendre, en second lieu, certaines implications. Le droit pénal n'est pas neutre. Son utilisation perturbe l'application du droit civil, naturellement présent lorsqu'il s'agit de protéger le consentement des contractants, et risque de nuire, en particulier, à la validité du contrat civil qui serait éventuellement conclu à la suite de l'atteinte au consentement. Mais la responsabilité pénale elle-même est également affectée : « dans la mise en œuvre de cet ordre nouveau, le visage traditionnel du droit pénal - juste retour des choses - , s'est lui-même modifié. "L'intrus a dû payer son écot" »²⁶⁴. En effet, l'utilisation massive de la sanction pénale, outre le dévoiement certain de la matière qu'elle implique²⁶⁵, dénature parfois les éléments constitutifs de l'incrimination pénale. L'étude des manifestations de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel (Titre I) ne suffirait donc pas à mesurer son étendue, il faut encore en saisir les implications (Titre II).

264 R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 217, citant G. FARJAT (*L'ordre public économique*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 37, 1963, n° 579).

265 Voy. notre Partie II, *infra* n° 308 et s.

TITRE I. LES MANIFESTATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

51. La première manifestation de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel tient dans l'*inflation pénale*. Certes, de ce point de vue, et ainsi que l'écrivait très justement J. CARBONNIER, « tous les siècles, même ceux qui nous paraissent à distance avoir été bien sobres de législation, ont éprouvé le sentiment d'avoir trop de lois. N'est-ce pas tout simplement que rien n'est plus naturel à l'homme que de détester ce qui le bride ? Pourtant, à notre époque, il ne semble pas que ce soit par simple irritabilité que l'on parle d'inflation législative »²⁶⁶. Pareils propos s'appliquent parfaitement à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. L'inflation pénale y est indéniable : il s'agit ici de la mesurer et d'en apprécier les différentes facettes, pour découvrir, notamment, quelles formes d'atteintes au consentement sont effectivement pénalisées. Mais la pénalisation ne se réduit pas à cela. Elle traduit au contraire toutes les interventions destinées à améliorer la prévention et la répression des atteintes au consentement. Un second sens se fait alors jour : il s'agit des différentes *facilités procédurales* - règles aménagées de prescription, pouvoirs des agents compétents, spécialisation des organes de poursuites *etc* - , adoptées dans ce même objectif. Ainsi, les manifestations de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel doivent s'entendre par référence à une inflation pénale (Chapitre I) renforcée par des facilités procédurales (Chapitre II).

266 J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2ème éd., 1995, p. 307.

CHAPITRE I. L'INFLATION PÉNALE

52. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel renvoie, dans son sens le plus évident, à l'inflation pénale, c'est-à-dire à l'extension du nombre ou du champ d'application des incriminations concernées. Cette inflation pénale ne préjuge en rien de son efficacité ; au contraire, « les pénalistes savent bien que l'énervement de la répression est parfois un indice de son impuissance »²⁶⁷. Nous y reviendrons plus tard : à ce stade, deux interrogations très différentes se posent. La première, incidente, est de connaître la place réellement accordée par la pénalisation au consentement contractuel. Les atteintes au consentement sont-elles appréhendées en tant que moyen de réalisation d'infractions dirigées contre d'autres intérêts protégés, ou bien le consentement contractuel est-il érigé directement en valeur protégée par les différentes incriminations ? Cette interrogation est le plus souvent insoluble, en raison de la difficulté d'identification de la valeur protégée : nous ne nous y attarderons que lorsque des éléments pourront être pertinemment avancés, par exemple en matière d'escroquerie ou d'abus de confiance. De sorte que la question principale, plus neutre et objective, est bien celle de l'identification des atteintes au consentement qui ont subi les foudres de la pénalisation. Une opposition évidente mérite alors d'être opérée, entre la tromperie du consentement, provoquant l'erreur d'un contractant, et la négation du consentement - soit parce que le consentement d'une personne qui ne souhaite pas un contrat est forcé, soit au contraire parce que le consentement d'une personne à un contrat est refusé. L'inflation pénale concerne tout autant la tromperie du consentement (Section 1), que sa négation (Section 2), bien qu'au sein de chacune de ces hypothèses, les atteintes au consentement soient comprises de manière différente.

SECTION 1. LA PÉNALISATION DE LA TROMPERIE DU CONSENTEMENT

53. La tromperie du consentement fait l'objet de la pénalisation la plus importante. Les frontières de la pénalisation sont repoussées temporellement, puisque des tromperies potentielles sont pénalisées bien avant la formation du contrat, comme au stade de son

267 M. DANTI-JUAN, « Espoirs et déboires de la répression des discriminations », in *Huitièmes journées René Savatier, Communautés, discriminations et identité*, LGDJ, coll. Publications de l'Université de Poitiers, 2009, p. 227 et s., spéc. p. 233.

exécution. Elles sont aussi repoussées matériellement, lorsque ce qui relève davantage de la simple séduction du consentement est pénalisé. Au-delà, le plus marquant est l'existence de deux phases distinctes de la pénalisation de la tromperie du consentement. Deux temps - deux siècles, en schématisant - , s'opposent. Le premier est celui des grandes incriminations de référence de la tromperie du consentement que sont, au stade de la formation du contrat, l'escroquerie, et au stade de son exécution, l'abus de confiance. L'intérêt principal est alors, non pas de rentrer dans le détail de ces incriminations fameuses, mais d'étudier la place qu'elles accordent au consentement contractuel. Il semblerait en effet que les atteintes au consentement ne soient pas seulement appréhendées indirectement par ces incriminations consacrées initialement à la protection des biens. Le consentement contractuel semble avoir été érigé comme l'une des valeurs sociales protégées par ces deux incriminations. La pénalisation classique de la tromperie du consentement (§ 1) est à ce titre remarquable. Le second temps, commencé au milieu du XX^{ème} siècle, est celui du renouveau de la pénalisation de la tromperie du consentement, provoqué par l'apparition de la société moderne de consommation. Celle-ci place certains de ses acteurs en situation d'infériorité - soit économique, soit informationnelle - , source d'une multiplication des atteintes au consentement contractuel. Le législateur a réagi en recourant massivement à l'arme pénale, le plus souvent en tant que simple auxiliaire de réglementations diverses. La pénalisation renouvelée de la tromperie du consentement (§ 2), n'interroge alors plus sur la valeur protégée : celle-ci est en effet diffuse, au sein de multiples intérêts à la fois très généraux - loyauté du marché, protection des consommateurs - , et très particuliers, protégés par des dispositions spécifiques des Codes de commerce ou de la consommation notamment. L'intérêt est alors davantage d'établir la mesure exacte de la pénalisation et de revenir sur ses frontières, matérielles et temporelles.

§ 1. LA PÉNALISATION CLASSIQUE DE LA TROMPERIE DU CONSENTEMENT

54. Le XIX^{ème} siècle fut celui de la pénalisation classique de la tromperie du consentement²⁶⁸ ; encore faut-il distinguer les seules incriminations élaborées dans cet objectif²⁶⁹. La pénalisation apparaît alors centrée autour des deux incriminations

268 La référence se situe alors dans le Code pénal de 1810, même si ce dernier n'a fait parfois que reprendre ce qui existait auparavant.

269 Cela conduit à exclure, notamment, l'incrimination de *faux* (articles 441-1 et suivants du Code pénal). En effet, l'infraction porte atteinte à la confiance publique, étant constituée par « toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice [...] qui a pour objet ou qui a pour effet, d'établir la *preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* » (nous soulignons) : si un contrat est conclu et réprimé par le biais du faux, c'est ainsi pratiquement par hasard, l'incrimination étant tournée

principales d'escroquerie et d'abus de confiance. Une première question est évidemment de comprendre quelles tromperies du consentement sont exactement incriminées. Au-delà, leur évolution permet de se demander si la tromperie est toujours envisagée en tant que simple moyen d'atteinte aux biens, ou si le consentement contractuel n'est pas érigé directement comme valeur sociale protégée par ces deux incriminations, à côté, voire à la place du patrimoine ou du droit de propriété. Cette évolution particulièrement remarquable mérite que les développements relatifs à l'escroquerie et à l'abus de confiance soient articulés autour d'elle.

Cousines du vol, et partageant le même ancêtre - le *furtum* du droit romain²⁷⁰ -, les incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance ont été créées dans le même but de protection du patrimoine. Le contenu des incriminations confirmait cette idée. La situation a finalement considérablement évolué - « les valeurs ne sont pas des essences éternelles », disait P. RICOEUR -, au point qu'au milieu du siècle dernier, J. LÉAUTÉ décelait déjà dans l'escroquerie et l'abus de confiance²⁷¹ « l'embryon d'un droit pénal des infractions contre les contrats »²⁷². L'évolution de ces incriminations a révélé la justesse de cette analyse. Car si l'escroquerie (A) et l'abus de confiance - qui sera rapproché des autres incriminations de détournement (B) -, sont des incriminations traditionnellement considérées comme protectrices du patrimoine, il est possible de remarquer qu'elles ont opéré une mutation pour s'intéresser également, voire davantage, à la protection du consentement contractuel.

A. L'incrimination classique de la tromperie au stade de la formation du contrat : l'escroquerie

55. Si le champ d'application de l'escroquerie dépasse le seul champ contractuel, l'incrimination permet néanmoins d'appréhender d'une manière très large les différentes atteintes au consentement au stade de la formation du contrat. Mais outre cet aspect

vers de tout autres objectifs que la protection de l'intégrité du consentement au contrat.

270 Le *furtum* se définit, à l'époque classique, comme « *la contractatio fraudulosa rei alienae lucri faciendi gracia* », soit la « manipulation frauduleuse de la chose d'autrui en vue de réaliser un profit » (J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, coll. Droit fondamental, 1ère éd., 1990, n° 25). L'ancien droit ne distinguait toujours pas entre les trois incriminations fondamentales de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance. La distinction n'a été ébauchée que par un décret des 19-22 juillet 1791 (article II-35) et le Code pénal de 1791 ; puis consacrée par le Code pénal de 1810.

271 Ainsi que dans l'extorsion de signature, qui mérite effectivement d'en être rapprochée (voy. *infra*, n° 142).

272 J. LÉAUTÉ, « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », in *Études juridiques, Mélanges en l'honneur du doyen Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243 et s., spéc. p. 252.

théorique, son caractère historique et son effectivité pratique²⁷³, l'incrimination est remarquable par la place qu'elle semble désormais accorder aux atteintes au consentement contractuel. Il ne s'agit plus en effet de réprimer ces atteintes en tant que simple moyen de réalisation de l'escroquerie, qui serait alors exclusivement tournée vers la protection du patrimoine ou de la propriété. Suivant un mouvement jurisprudentiel et doctrinal assez fort, l'incrimination aurait évolué, et l'essentiel de ses composantes se tournerait désormais vers l'intégrité du consentement contractuel (1). Cette évolution n'exclut pas, mais implique au contraire la protection complémentaire du droit de propriété. L'escroquerie demeure une infraction contre les biens, à condition toutefois de préciser ce qu'il faut en retenir. Il est certain que la protection du patrimoine économique n'est plus l'une des priorités de l'escroquerie, sa consommation étant totalement indifférente à l'appauvrissement pécuniaire de la victime. Mais cela n'empêche pas que, indépendamment de tout préjudice économique, l'escroquerie exige une atteinte effective au droit de propriété (2) : l'escroquerie n'est en effet constituée que si le propriétaire se voit privé des droits que lui confère théoriquement son titre.

1. La finalité nouvelle d'une protection de l'intégrité du consentement

56. Les atteintes au consentement, moyen classique de réalisation de l'escroquerie. « Infraction admirable, archétype de l'imagination tournée vers l'astuce et le mensonge »²⁷⁴, l'escroquerie est un délit consistant à porter préjudice à autrui en obtenant une remise volontaire²⁷⁵. Sous l'empire du Code pénal de 1810, cette remise pouvait porter sur « des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges », ces derniers termes désignant, selon la jurisprudence, tous les actes créant un lien de droit à l'aide desquels on peut porter préjudice à la fortune d'autrui²⁷⁶. Ces actes pouvaient donc être sans nul doute possible de nature contractuelle, et la jurisprudence a pu ainsi sanctionner des escroqueries commises en matière de promesse d'achat ou de

273 7 219 condamnations en 2006 ; 8 698 en 2008 ; 9 255 en 2010 selon l'*Annuaire statistique de la Justice, Édition 2011-2012*, La documentation Française, 2012, p. 179.

274 J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5ème éd., 2010, n° 870.

275 C'est la remise volontaire qui distingue l'escroquerie du vol. Cette remise consomme cette infraction instantanée qu'est l'escroquerie, faisant démarrer le point de départ du délai de prescription de l'action publique (Crim., 8 septembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-85961 ; *D.* 2011, pan. p. 1862, obs. C. MASCALA ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 144, obs. M. VÉRON ; *RTD com.* 2011, p. 183, obs. B. BOULOC). L'exigence d'une remise est nuancée par l'admission de la tentative d'escroquerie (article 313-3 du Code pénal).

276 Crim., 3 août 1950 ; *D.* 1950, jur. p. 667 ; Crim., 1^{er} avril 1963 ; *Bull. crim.*, n° 140.

vente²⁷⁷, de titre de location d'appartement²⁷⁸, de contrat de prêt²⁷⁹, ou encore de contrat de publicité²⁸⁰.

Sans le modifier substantiellement²⁸¹, la nouvelle formulation retenue par le Code pénal de 1992 clarifie le délit d'escroquerie. Désormais, l'escroquerie sera constituée lorsqu'elle aboutira non seulement, bien sûr, à une remise - de fonds, valeurs ou biens -, mais aussi à la fourniture d'un service, et surtout, de la part de la victime, « à consentir un acte opérant obligation ou décharge »²⁸². Cette dernière expression doit être entendue au sens civiliste le plus large : sont visés les contrats par lesquels l'on s'engage à donner, faire ou ne pas faire²⁸³, et l'escroquerie est appliquée tant pour les contrats synallagmatiques²⁸⁴ qu'unilatéraux, à titre onéreux ou gratuit²⁸⁵.

Ce qui justifie la sanction pénale est le fait que la remise ait été déterminée par la tromperie de l'escroc. Ce délit pénal recoupe donc assez largement le dol²⁸⁶, fondement civil de l'annulation du contrat suite à une erreur d'un contractant « provoquée »²⁸⁷ par les manœuvres de l'autre partie²⁸⁸. L'escroquerie est ainsi clairement un instrument de pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il reste à préciser le lien exact entre escroquerie et protection du consentement. Les atteintes au consentement ne sont-elles

277 Crim., 11 novembre 1891 ; *Bull. crim.*, n° 349.

278 Crim., 21 octobre 1954 ; *Bull. crim.*, n° 305 ; *JCP G* 1954, IV, p. 158.

279 Crim., 6 mars 1957 ; *D.* 1957, jur. p. 468.

280 Crim., 16 novembre 1967 ; *D.* 1968, jur. p. 64.

281 Pour MM. PRADEL et DANTI-JUAN, la nouvelle expression est « synonyme » de l'ancienne (*Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 887).

282 Article 313-1 du Code pénal : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

283 Article 1101 du Code civil. Trilogie à laquelle il faut néanmoins rajouter l'obligation de donner à usage (J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », *RDC* 2006, p. 89 et s.).

284 Pour la vente, voy. par ex., Crim., 23 janvier 1997 ; *Bull. crim.*, n° 34.

285 Voy. par ex., Crim., 28 mars 1996 ; inédit, pourvoi n° 95-82752 ; *Droit pénal* 1996, comm. n° 183, obs. M. VÉRON. Ces sanctions ont ainsi permis le développement du contentieux de l'escroquerie dite *à la charité*.

286 La distinction des dols civil et criminel a d'ailleurs longtemps été source de difficulté pour la doctrine ; à l'origine ils étaient d'ailleurs confondus, voy. M. PLANIOL, « Dol civil et dol criminel », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1893, p. 545 et s. ; R. DREYFUS, *De la distinction du dol civil et du dol criminel en droit français*, thèse, Paris, 1907 ; B. BOCCARA, *Dol civil et dol criminel dans la conclusion des contrats*, thèse, Paris, 1952.

287 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 211.

288 Pour une étude comparant le dol et l'escroquerie, voy. A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, PUAM, 2006, n° 38 et s.

réprimées qu'en tant que moyen de réalisation d'une lésion du patrimoine, véritable valeur protégée par l'escroquerie ? Ou bien l'intégrité du consentement contractuel est-elle érigée directement en valeur protégée ?

57. L'intégrité du consentement, finalité nouvelle de l'incrimination d'escroquerie ? Intéressante ²⁸⁹, la question est extrêmement délicate et, il faut bien le dire, presque insoluble. Rechercher l'intention du législateur n'aurait aucun sens tant l'escroquerie a évolué sous l'influence de la jurisprudence ²⁹⁰. Pour la même raison, la place de l'incrimination au sein du Code pénal est un indice qui doit faire l'objet de la plus grande méfiance. Seul le contenu d'une incrimination révèle l'intérêt qu'elle protège ²⁹¹. Il nous faut donc, pour découvrir la *ratio legis* de l'escroquerie, analyser l'évolution du délit pour se demander quels sont les éléments dont la réunion consomme l'infraction.

Sur la base d'une telle analyse, une doctrine désormais nombreuse appelle à considérer l'escroquerie comme visant davantage la protection du consentement que du patrimoine ²⁹². L'argument principal tient dans l'évolution de la nature du préjudice exigé par l'escroquerie.

58. L'évolution du préjudice, indice de la mutation de la valeur protégée. « Aux antipodes des exigences du principe de légalité criminelle, la notion civiliste de préjudice embarrasse le juriste pénaliste lorsque le code pénal l'érige en élément constitutif de l'infraction » ²⁹³. Il faut pourtant s'y intéresser, le préjudice étant d'un intérêt certain dans

289 Sur les intérêts de cette question, voy. *supra*, n° 42.

290 On pense ici par exemple à la notion de *manœuvres*. Si l'une des règles les plus connues du délit veut que le simple mensonge ne saurait suffire à constituer les « manœuvres frauduleuses » visées (Crim., 20 juillet 1960 ; *Bull. crim.*, n° 382 ; *D.* 1961, jur. p. 191, note A. CHAVANNE ; *JCP G* 1961, II, 11973, note Y. GUYON), les exceptions à ce principe se développent peu à peu. La jurisprudence, en particulier, se montre parfois si peu exigeante sur les manœuvres frauduleuses devant accompagner le mensonge, qu'elle caractérise les manœuvres en présence d'une simple accumulation de mensonges (Crim., 28 mars 1996 ; préc.). Surtout, les juges sont allés jusqu'à reconnaître des manœuvres frauduleuses dans de simples mensonges matérialisés par écrit, tels les cas d'une publicité mensongère (Crim., 3 juin 1985 ; *Bull. crim.*, n° 211), d'une présentation de fausses factures (en matière de TVA, voy. Crim., 6 avril 2011 ; *Bull. crim.*, n° 71 ; *AJ Pénal* 2011, p. 367, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE), ou d'une escroquerie par lettre de change (Crim., 4 avril 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-81332 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2885, chron. J. MOREL-MAROJER ; *AJ Pénal* 2012, p. 653, obs. J. GALLOIS).

291 Voy. *supra*, n° 43.

292 Outre les auteurs qui seront cités dans les développements qui suivent, voy. not. R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 44 et s. ; V. WESTER-OUISSÉ, *Convention et juridiction pénale*, thèse, Nantes, 1999, n° 60 et n° 119 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., n° 67 ; E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, th. préc., n° 388 et s.

293 M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464 et s., spéc. p. 465. Adde Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, op. cit.*, p. 807 et s., spéc. p. 808 : « Autant le droit civil se construit sur le fondement du préjudice, en recoupant les intérêts privés qui en sont les enjeux, autant le droit pénal ne

notre tentative d'identifier l'intérêt protégé par l'incrimination. Ainsi, si l'escroquerie exigeait systématiquement un préjudice de nature pécuniaire, il serait possible d'en déduire que l'incrimination s'attache à la protection du patrimoine. À l'inverse, ne pas exiger un préjudice économique effectif suppose de renoncer à la vision patrimoniale de l'infraction. Or, justement, cela fait longtemps que la Cour de cassation s'est engagée dans cette dernière voie.

59. La suppression initiale d'un quelconque préjudice. Une première évolution a consisté, de manière surprenante, à éliminer toute exigence de préjudice. « Le délit d'escroquerie existe alors même que la personne à l'égard de laquelle il a été commis n'aurait subi aucun préjudice [...] »²⁹⁴, a pu affirmer la Cour de cassation. Aujourd'hui, une telle solution paraît impossible : depuis sa réécriture à l'occasion de la réforme du Code pénal en 1992, le texte vise en effet une remise de la victime « à son préjudice ou au préjudice d'un tiers ». Affirmer le contraire serait contredire directement un texte explicite, au mépris du principe d'interprétation stricte²⁹⁵. L'escroquerie exige donc un préjudice. En revanche, sa nature a changé.

60. L'évolution de la nature du préjudice : du préjudice économique au préjudice moral. À la suite de la solution, à la fois rare et ancienne, ayant supprimé l'exigence du préjudice, une jurisprudence devenue classique a transformé en préjudice de toute nature, y compris moral, le préjudice requis par l'escroquerie. Or, le contenu du préjudice moral exigé est riche d'enseignements. Il consiste simplement à se faire remettre une chose que la victime n'aurait pas remise si elle avait été éclairée sur la situation exacte²⁹⁶. De manière très claire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu affirmer qu'en « matière d'escroquerie, le préjudice, élément constitutif de ce délit, est établi dès lors que les remises ou versements n'ont pas été librement consentis mais [...] extorqués par des moyens frauduleux »²⁹⁷. Il suffit donc que la « volonté de celui qui s'est dessaisi n'ait pas été libre »²⁹⁸, ou encore que « les remises de fonds [aient] été le résultat des moyens frauduleux

peut que s'en éloigner, pour répondre à un tout autre objet. L'intérêt général est ici en cause, ce qui rend la matière peu compatible avec le préjudice. Il est une antinomie philosophique entre le préjudice privé et le droit pénal, qui ne peut que situer le premier en retrait des besoins et des objectifs du second ».

294 Crim., 7 mars 1936 ; *D. H.* 1936, p. 196 ; Crim., 30 octobre 1936 ; *D. H.* 1936, p. 590.

295 Article 111-4 du Code pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

296 Crim., 19 novembre 1979 ; *Bull. crim.*, n° 369 ; Crim., 20 juin 1983 ; *Bull. crim.*, n° 189.

297 Crim., 16 avril 1980 ; *Bull. crim.*, n° 107.

298 Crim., 15 décembre 1943 ; *Bull. crim.*, n° 153 ; *D.* 1945, jur. p. 131, note H. DONNEDIEU DE VABRES ; Crim., 6 janvier 1953 ; *D.* 1953, jur. p. 152 : « Mais attendu qu'indépendamment de tout préjudice, le délit d'escroquerie n'en existait pas moins, l'acceptation des offres faites par [le prévenu], en usant de

employés par le prévenu et qu'elles n'[aient] pas été librement consenties par celui [que l'escroc] a trompé »²⁹⁹. Aucun préjudice économique n'est exigé. Il faut en déduire que le patrimoine n'est plus la valeur sociale principalement protégée par l'incrimination, sauf à considérer - mais sur quelle base ? -, l'escroquerie comme une infraction formelle³⁰⁰ ou déceler dans l'atteinte au consentement une présomption de préjudice économique³⁰¹.

Notons que de telles considérations remettent en cause, non l'existence du préjudice - il reste une condition du délit, formellement exigée -, mais son utilité même³⁰². En effet, l'atteinte à l'intégrité du consentement est un élément constitutif propre de l'escroquerie : le fait « de tromper une personne » et de la déterminer ainsi à une remise. De sorte que, concrètement, le préjudice n'est plus une composante autonome de l'escroquerie. C'est un

faux nom et de fausse qualité, n'ayant pas été librement consentie par la Société [...] ». *Adde* dans le même sens, la formule illustrative d'un ancien Premier Président de la Cour de cassation : « il suffit que la remise ait lieu *contre la volonté de la victime* » (cité par J. LÉAUTÉ, « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », art. préc., spéc. p. 249).

299 Crim., 18 novembre 1969 ; *Bull. crim.*, n° 302 ; D. 1970, jur. p. 437, note B. BOULOC.

300 En ce sens, A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 103. L'escroquerie aurait pour intérêt protégé le patrimoine mais, étant une infraction formelle, serait constituée indépendamment de toute atteinte effective à ce bien juridique, par la seule survenance de son résultat légal : la remise d'un bien ou l'obtention d'un consentement. Si l'idée n'est pas inconcevable, elle ne repose sur aucune assise jurisprudentielle et semble contredire l'impression assez claire laissée par la lecture des arrêts qui ne font aucune référence au patrimoine, pour s'assurer directement de l'intégrité du consentement contractuel.

301 Mme LANTHIEZ s'était par exemple demandée si certains arrêts, plutôt que de remplacer le préjudice matériel par le préjudice moral, n'avaient pas créé une présomption de préjudice matériel, lorsqu'une atteinte au consentement était constatée (« Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc., spéc. p. 466). Cette question se fonde sur la rédaction de certains arrêts selon lesquels « en matière d'escroquerie, le préjudice, élément constitutif du délit, est *établi* dès lors que les remises n'ont pas été librement consenties, mais extorquées par des moyens frauduleux » (voy. par ex., Crim., 16 avril 1980 ; préc., nous soulignons). Mais rien ne nous dit que dans ces arrêts la Cour de cassation fait référence à un préjudice matériel. Le préjudice établi pourrait tout aussi bien résulter justement de la seule atteinte au consentement (W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. Précis, 6ème éd., 2005, n° 11 ; Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal, Essai d'une théorie générale*, thèse, Lyon III, 1976, n° 429). Et même si un préjudice pécuniaire était visé, la solution ne changerait en rien : « C'est en effet une présomption irréfragable de préjudice, fondée sur le fait connu de la remise non librement consentie, que semblent poser les juges » (R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 790), de sorte que cette condition est toujours remplie, une fois prouvée l'obtention frauduleuse du consentement.

302 En ce sens, voy. Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », art. préc., spéc. p. 814 : « le préjudice a perdu de son caractère civil de référence, pour se confondre avec une réalité toute pénale, qui ne permet pas de le retenir comme un élément distinct participant de la matérialité proprement dite du délit. En fait, le préjudice s'est fondu dans la remise, pour en manifester différemment l'existence, ce qui en rend le principe totalement inutile » ; et, plus loin, « Parvenu à ce point, le préjudice est privé de toute particularité. Il est une condition toujours réalisée, dès lors qu'est reconnue par ailleurs l'existence de manœuvres frauduleuses ».

« élément non distinctif, surabondant »³⁰³, car il découle directement de l'emploi de moyens frauduleux et de la tromperie qui en résulte³⁰⁴.

Outre les formulations de la jurisprudence, deux éléments paraissent renforcer l'idée de l'escroquerie comme ayant directement pour objet la protection du consentement contractuel, et non du patrimoine. Si le premier ne permet pas de conclure clairement en faveur du rejet de l'aspect patrimonial, le second ne peut qu'emporter la conviction.

61. Un argument insuffisant : l'indifférence à la nullité du contrat. Il est certain que les faits qualifiables d'escroquerie coïncident très souvent avec une cause d'ouverture de la nullité³⁰⁵. La nullité a pour conséquence de priver l'acte de tous ses effets - par exemple la remise du bien dans un contrat de vente. L'acte étant privé d'effet, il ne peut, par hypothèse, engendrer aucun préjudice économique. Pourtant, il est bien connu que l'escroquerie est indifférente à l'éventuelle nullité du contrat³⁰⁶. On pourrait alors en déduire que le préjudice économique est exclu des composantes du délit. Mais cet argument est contournable. En effet, il est certain que les éléments constitutifs de l'infraction sont appréciés au jour de sa commission. Or, au moment de l'escroquerie, le contrat n'est, par hypothèse, pas encore annulé. Peut-être la nullité ne sera-t-elle d'ailleurs jamais invoquée, « de sorte que, au moment de la consommation du délit, un préjudice économique au moins éventuel peut toujours être relevé, résultant de la possible exécution de l'acte juridique entaché de nullité »³⁰⁷. On ne peut donc pas déduire de l'indifférence de l'escroquerie à la validité du contrat la nature de l'intérêt qu'elle protège.

62. Un argument convaincant : l'indifférence au caractère équilibré du contrat. Il est bien plus significatif que l'escroquerie soit retenue dans l'hypothèse d'un contrat frauduleusement obtenu, mais pourtant conclu à des conditions pécuniaires équilibrées,

303 M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc., spéc. p. 466 : « Dire que le préjudice découle nécessairement de l'acte dont la nature s'y prête, qu'il est virtuellement compris dans celui-ci, c'est dévoiler son caractère diffus au sein de l'élément matériel de l'infraction et le reléguer au rang d'élément non distinctif, surabondant, des infractions contre les biens ».

304 E. DREYER, *Droit pénal spécial*, ellipses, coll. Cours magistral, 2ème éd., 2012, n° 962.

305 Sur la coïncidence de l'escroquerie avec la théorie des vices du consentement, et en particulier le dol, voy. A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 38 et s.

306 Crim., 9 juillet 1969 ; RSC 1969, p. 883, chron. P. BOUZAT. Il s'agirait d'une conséquence de la notion propre de contrat en droit pénal. Mme PALVADEAU (E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, th. préc.) explique ainsi que le droit pénal est indifférent aux règles civiles destinées à faire produire au contrat ses effets (sa validité notamment) ; en revanche il exige l'existence du contrat (et non son apparence, l'auteur s'inscrivant en cela à contre-courant de la doctrine traditionnelle).

307 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 800.

donc non lésionnaires pour la victime ³⁰⁸. L'affaire dite *de la Croix-Rouge* en fournit une illustration célèbre : le prévenu s'était fait remettre par l'organisation, au moyen de manœuvres frauduleuses, quinze colis au lieu de treize, qu'il avait payés au prix normal. Il fut néanmoins condamné pour escroquerie car celle-ci « n'exige pas, comme condition de son application, que les choses escroquées aient tourné au profit de l'auteur du délit, et que, si les services de la Croix-Rouge n'ont pas subi un préjudice notable, il n'en est pas moins vrai que, trompés par les allégations [du prévenu], ils ont consenti à lui livrer des marchandises exclusivement réservées aux prisonniers de guerre » ³⁰⁹. La solution est la même pour tout contrat synallagmatique conclu à titre onéreux et à des conditions pécuniaires normales ³¹⁰, par exemple un prêt à la consommation ³¹¹. Il est possible d'en déduire que l'existence, ou non, d'un préjudice pécuniaire pour la victime n'a aucune importance pour la qualification de l'escroquerie. Seule compte l'atteinte à l'intégrité du consentement et, plus loin, l'atteinte au droit de propriété.

Toutes les solutions précitées ont été rendues sous l'empire de l'ancien Code pénal, alors que l'article 405 relatif à l'escroquerie ne faisait pas de référence explicite au préjudice ³¹². Avec la nouvelle rédaction de l'incrimination d'escroquerie issue de la réforme du Code pénal entré en vigueur en 1994, la question s'est posée du maintien de cette solution jurisprudentielle. Il en est résulté une confirmation de la nature du préjudice.

63. La confirmation de la nature du préjudice avec le nouveau Code pénal.

Depuis 1994, l'incrimination d'escroquerie vise une remise frauduleusement obtenue de la victime « à son préjudice ou au préjudice d'un tiers ». Cela a évidemment imposé l'existence d'un préjudice ; mais, au-delà, cela a également posé la question de sa nature, et du maintien de la jurisprudence antérieure ³¹³. La question a en réalité été posée avec une acuité toute particulière à la suite de deux arrêts immédiatement antérieurs et postérieurs à la réforme, qui ont paru remettre en cause la solution traditionnelle, en exigeant un préjudice de nature

308 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 305 ; R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 801.

309 Crim., 29 décembre 1949 ; *JCP G* 1950, II, 5582, note A. C. Dans le même sens, voy. Crim., 25 octobre 1967 ; *Bull. crim.*, n° 269.

310 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 803.

311 Crim., 6 mars 1957 ; préc.

312 Mais il était toutefois précisé que l'escroquerie devait avoir porté sur « tout ou partie de la fortune d'autrui ».

313 C. MASCALA, « Escroquerie », *Répertoire pénal Dalloz* 2001, n° 168.

patrimoniale³¹⁴. Une partie de la doctrine a alors logiquement annoncé l'abandon de la solution jurisprudentielle au profit, selon l'expression de Mme MASCALA, d'un « renouveau d'une conception patrimoniale de l'escroquerie »³¹⁵. Mais peut-être la portée des deux arrêts doit-elle être relativisée³¹⁶. Au-delà, M. OLLARD s'était interrogé sur leur signification, pour se demander « si ce n'est pas en réalité au prix d'une maladresse rédactionnelle que la décision de relaxe fut fondée sur "l'absence de tout préjudice" »³¹⁷. Quoiqu'il en soit, on remarquera leur isolement, la jurisprudence ayant repris sa solution traditionnelle juste avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal³¹⁸, comme de manière plus récente³¹⁹.

Il n'y a dans le retour à la solution traditionnelle rien de surprenant car en réalité, la nouvelle rédaction de l'incrimination, loin d'impliquer un préjudice pécuniaire, nous semble au contraire conforter la solution antérieure d'une incrimination entièrement tournée vers la protection de l'intégrité du consentement contractuel ainsi que du droit de propriété. En effet si un préjudice est exigé, il n'est nullement précisé que le préjudice doive être de nature patrimoniale³²⁰. Le législateur n'a manifestement pas entendu distinguer entre préjudices matériel et moral ; or, comme on le sait bien, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*³²¹. Ce serait ajouter au texte une condition qu'il ne contient pas, en contrariété avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Aussi, l'admission du préjudice moral paraît-elle

314 Crim., 3 avril 1991 ; *Bull. crim.*, n° 155 ; *D.* 1991, somm. p. 275, obs. G. AZIBERT ; *D.* 1992, p. 400, note C. MASCALA ; *RSC* 1992, p. 579, obs. P. BOUZAT ; Crim., 26 octobre 1994 ; *Bull. crim.*, n° 341 ; *D.* 1995, somm. p. 187, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *RSC* 1995, p. 583, obs. R. OTTENHOF, et p. 593, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE (dans une affaire d'escroquerie par le mariage, dans laquelle la chambre criminelle a jugé que « la remise par l'administration d'un titre de séjour, fût-ce à la suite de manœuvres frauduleuses, ne porte pas atteinte à la fortune d'autrui », et ne constitue donc pas l'infraction).

315 C. MASCALA, note précitée sous Crim., 3 avril 1991, spéc. p. 402. Dans le même sens, voy. V. WESTER-OUISSÉ, *Convention et juridiction pénale*, th. préc., n° 48 et s.

316 Outre qu'il s'agit d'un arrêt de rejet qui, par hypothèse, ne permet pas aux juges de la chambre criminelle d'exprimer directement leur avis, la cour d'appel n'était saisie que par la partie civile ce qui peut expliquer l'accent mis sur le préjudice, justifiant l'admission de la partie civile (E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, th. préc., n° 249 ; R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 822 et s.).

317 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 828 et 831.

318 Crim., 15 juin 1992 ; *Bull. crim.*, n° 234 ; *Droit pénal* 1992, comm. n° 282, obs. M. VÉRON.

319 Crim., 9 septembre 2009 ; inédit, pourvoi n° 09-80431 : un notaire établit frauduleusement des chèques destinés à prouver que la situation financière d'un club était saine et lui permettait de se maintenir en première division du championnat de France de rugby. Aucun préjudice patrimonial n'a été constaté, l'escroquerie a pourtant été retenue.

320 En ce sens, J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 890 : la chambre criminelle « pourrait concilier son ancienne jurisprudence avec la lettre du Nouveau Code en indiquant que, pour la victime, le seul fait d'avoir été privée de sa liberté de consentir constitue un préjudice. Il n'y aurait alors à peu près rien de changé... ».

321 Où la loi ne distingue pas il ne faut pas distinguer (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du Droit Français*, Litec, 4ème éd., 1999, v° *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, n° 453).

naturelle³²². Et ce d'autant plus que le nouveau texte vise une escroquerie commise au préjudice d'une personne, terme plus neutre que l'ancien qui visait « tout ou partie de la fortune d'autrui »³²³ - qui renvoyait sans doute plus facilement au préjudice économique.

Un autre argument a parfois été invoqué par la doctrine, justement à propos de la disparition de l'exigence d'une atteinte à la fortune d'autrui, ce qui semblait commander la remise de l'*instrumentum* et du *negotium*³²⁴. Or, depuis 1994, le législateur se satisfait de l'obtention du simple « consentement à un acte opérant obligation ou décharge », et n'exige plus la remise de l'acte lui-même. Ceci a été présenté comme un argument renforçant la solution traditionnelle. En effet, « au moment de l'obtention du consentement, l'exécution de l'acte juridique en cause est future et donc, par nature, incertaine »³²⁵. Aussi « reconnaître comme suffisante la remise du *negotium* met l'accent uniquement sur le consentement de la victime indépendamment de ses suites »³²⁶, et, notamment, de ses conséquences sur le patrimoine économique de la victime.

64. La difficulté de l'hypothèse d'une escroquerie commise « au préjudice d'un tiers ». Il est vrai qu'un autre élément issu de la réforme vient faire douter de la mutation de la valeur protégée de l'escroquerie vers l'intégrité du consentement. Il s'agit de la référence textuelle « au préjudice d'un tiers ». Or, ce n'est pas le tiers qui a procédé à la remise, et ce n'est pas davantage lui qui a été trompé. Il est alors possible de se demander si, au moins dans cette hypothèse, il n'est pas opéré un retour à un préjudice strictement patrimonial³²⁷. Aucune évolution jurisprudentielle ne semble cependant avoir eu lieu sur ce point. En outre, on remarquera que le consentement du tiers est lui aussi par hypothèse trompé, bien que ce ne soit pas sa tromperie qui consomme l'escroquerie. Si, par exemple, un tiers a remis un bien à autrui, qui a ensuite été escroqué, le consentement du propriétaire ne paraît-il pas également, au moins indirectement, atteint ?

65. Conclusion : la mutation de l'escroquerie vers la protection de l'intégrité du consentement contractuel. Les développements précédents nous ont permis d'aboutir à

322 Dans le même sens, R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 782.

323 Nous soulignons.

324 Rappelons que l'*instrumentum* est le titre juridique consistant en un « objet concret et symbolique, [...] un morceau de papier portant une écriture » (R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331 et s.) ; alors que le *negotium* renvoie au contenu de l'acte.

325 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 742.

326 E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, th. préc., n° 267.

327 En ce sens, Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », art. préc., spéc. p. 815.

deux observations : le préjudice exigé par l'escroquerie peut être constitué par la seule atteinte au consentement contractuel ; inversement, l'absence de préjudice pécuniaire n'est absolument pas de nature à empêcher sa qualification. Il est donc tout à fait possible d'y voir un « [déplacement du] résultat [...], de la lésion du *patrimoine* ou de la *personne* d'un individu vers la lésion de sa *volonté*, au point de faire apparaître le droit pénal avant tout comme un instrument de protection du consentement des particuliers »³²⁸. Une doctrine nombreuse clame cette évolution, avec la force de l'évidence³²⁹, mais parfois à regrets³³⁰. Mme MASCALA par exemple s'étonne à juste titre que le juge pénal ait pu modifier à ce point les éléments du délit qu'il en a résulté une dénaturation de la finalité que lui assigna le législateur³³¹.

Mais il faut immédiatement préciser que, loin d'être unique, cette valeur protégée en révèle une autre, complémentaire³³² : il s'agit du droit de propriété pris en tant que tel, indépendamment de toute considération pécuniaire.

2. La finalité maintenue d'une protection du droit de propriété

66. La thèse de M. OLLARD : la distinction des patrimoines économique et juridique. La tentative doctrinale la plus aboutie tendant à maintenir l'aspect patrimonial de l'escroquerie, a consisté à redéfinir le patrimoine afin de pouvoir y intégrer les différentes interprétations jurisprudentielles excluant toute idée de préjudice économique. L'idée est de distinguer, comme le fait le droit allemand, deux types de patrimoines. Un patrimoine économique d'abord, atteint si la victime subit effectivement un appauvrissement pécuniaire. Un patrimoine juridique ensuite, qui serait atteint,

328 X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., n° 67 (souligné par l'auteur). L'auteur applique ensuite plus généralement cette réflexion aux infractions contre les biens, qui « ont vu, elles aussi, leur résultat se déplacer, au point d'apparaître comme des *infractions contre le consentement*. Ce n'est plus la lésion de la propriété du bien susceptible de détournement, de soustraction ou de destruction qui est incriminée, mais l'atteinte à la liberté de disposer de ce bien, c'est-à-dire, là encore, *l'atteinte à la liberté de consentir* » (*ibidem*, souligné par l'auteur).

329 Voy. not., M. OTTENHOF : « D'infraction contre la propriété, l'escroquerie est devenue aujourd'hui une infraction contre la liberté du consentement » (*Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 44) ; Mme LANTHIEZ : « « l'intérêt pénalement protégé [...] n'est plus le patrimoine mais l'intégrité du consentement de la victime » (M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc., spéc. p. 468).

330 Voy. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Propositions de réforme du contenu de l'élément matériel du délit d'escroquerie », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009 p. 123 et s., spéc. n° 13.

331 C. MASCALA, « Escroquerie », fasc. préc., n° 165.

332 L'atteinte au consentement entraîne presque nécessairement l'atteinte à la propriété. « Ces deux intérêts semblent donc complémentaires » retient M. DREYER (*Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 963).

indépendamment de toute atteinte au patrimoine économique, dès que le droit de propriété est affecté, privant la victime de la possession de son bien et de la possibilité pour elle d'exercer les pouvoirs que lui confère théoriquement son droit de propriété. Pour M. OLLARD, qui présente cette thèse, l'escroquerie protège le patrimoine « dans sa seule dimension juridique, non dans sa dimension économique »³³³. En effet, l'atteinte au patrimoine pris en sa dimension économique n'est pas le critère d'application de l'escroquerie. En revanche, l'escroquerie est inséparable du patrimoine pris en sa dimension juridique, en ce sens où les droits réels de la victime sur le bien escroqué sont nécessairement affectés par la commission du délit.

67. La distinction du préjudice et du dommage en droit pénal. La distinction des dimensions juridique et économique du patrimoine prend appui sur une autre distinction - en pratique peu usitée, et parfois théoriquement contestée³³⁴ -, qui est celle du dommage et du préjudice³³⁵. Selon la vision civiliste, transposable en droit pénal, « le *dommage* désigne, à proprement parler, la *lésion subie*, qui s'apprécie au siège de cette lésion, tandis que le *préjudice*, qui est la *conséquence de la lésion*, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage [...] »³³⁶. Le dommage est ainsi une réalité première, la lésion d'un intérêt ; tandis que le préjudice, notion seconde, serait constitué par les répercussions de la lésion sur la personne de la victime. Compris ainsi, un dommage unique peut être source de préjudices divers - matériel, moral *etc*³³⁷. Or, « Conformément à l'objet particulier du droit criminel, le fondement de l'infraction pénale, sa *ratio legis*, réside dans le dommage, dans l'atteinte au droit, non dans le préjudice ressenti par la victime »³³⁸. Et, pour M. OLLARD, si le préjudice économique n'est pas nécessaire à l'escroquerie, le dommage, lui, ne se conçoit que par rapport à une atteinte au droit de propriété. Ceci est parfaitement conforme aux finalités propres du droit pénal. Le droit pénal a pour fonction la protection des intérêts collectifs de la société, il doit donc se focaliser sur le dommage en tant qu'atteinte au droit. En revanche, ces fonctions pénales justifient « une antinomie philosophique entre le

333 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 845.

334 Voy. not. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1121.

335 Sur quoi, voy. R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2010, p. 561 et s. L'auteur explique que le droit romain distinguait le *damnum*, soit l'atteinte matérielle à l'intégrité de la chose, du *praejudicium*, qui sont les conséquences d'une telle atteinte pour la victime. En droit civil, voy. not., L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse, Poitiers, 1983, n° 34 et s.

336 PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz-action, 9ème éd., 2012, n° 1305 (souligné par les auteurs). Dans le même sens, voy. L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013, p. 275 et s., spéc. p. 288 et s.

337 R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », art. préc., spéc. p. 562.

338 *Ibidem*.

préjudice privé et le droit pénal »³³⁹. Finalement, « Indifférents au préjudice pécuniaire, mais consommés par un dommage patrimonial, ces délits demeureront des infractions protégeant le patrimoine, certes pas dans sa dimension économique, mais dans sa dimension juridique »³⁴⁰.

68. La protection du droit de propriété. Une première appréciation de cette présentation est d'ordre terminologique. Le terme de patrimoine - même pris en son sens juridique et non économique -, est dangereux au regard de sa conception classique. Celle-ci, inspirée par la définition d'AUBRY et RAU, retient le patrimoine comme « composé, pour sa dimension active, d'objets matériels, mobiliers ou immobiliers, ainsi que de droits, personnels ou réels »³⁴¹ ; mais le patrimoine établit en réalité un lien indissoluble entre l'actif et le passif de la personne : c'est une *universalité de droit*. Mais, par dessus tout, et selon la conception civiliste, « c'est l'idée de valeur qui donne aux éléments du patrimoine leur trait commun, au point que la possibilité d'une évaluation monétaire reste généralement posée en critère du patrimonial »³⁴². Le terme de patrimoine nous paraît donc inadapté ; plutôt que de dommage patrimonial nous utiliserons alors l'expression d'atteinte au droit de propriété. Cette exigence d'une atteinte au droit de propriété se vérifie pour les différents résultats de l'escroquerie, à savoir, d'une part, la remise d'un bien ou la fourniture d'un service, d'autre part, l'obtention d'un consentement valant obligation ou décharge.

69. L'atteinte au droit de propriété en cas de remise d'un bien. L'escroquerie cause nécessairement une atteinte au droit de propriété lorsqu'elle est consommée par la remise « des fonds, valeurs ou un bien quelconque »³⁴³. En pratique, le patrimoine subira d'ailleurs très souvent une perte de valeur, donc un appauvrissement pécuniaire pour la victime³⁴⁴.

339 Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », art. préc., spéc. p. 808.

340 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 609.

341 W. DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, n° 489.

342 *Ibidem*.

343 La généralité du texte permet de viser l'ensemble des biens, mêmes incorporels, à l'exception remarquée des biens immeubles. Cette solution classique (Crim., 27 mars 1995 ; *Bull. crim.*, n° 124) justifiée par l'impossible remise matérielle de l'immeuble, est contournée par la jurisprudence admettant la remise du prix de l'immeuble ou des titres ou actes de propriété (voy. les références et explications mentionnées par C. MASCALA, « Escroquerie », fasc. préc., n° 152).

344 Pour certains auteurs, le préjudice économique est en réalité inhérent aux biens objets de la remise qui seraient par nature dotés d'une valeur pécuniaire (PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, coll. Manuel, 4ème éd., 2013, n° 578 ; A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 109). Cette analyse peine à convaincre. En effet, d'une part le critère de qualification du bien ne réside pas dans sa valeur pécuniaire, mais simplement dans son aptitude à l'échange commercial (V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 6ème éd., 2013, n° 779. D'autre part, même si les choses remises sont dotées de valeur pécuniaire, leur remise n'est pas nécessairement préjudiciable d'un point de vue économique : la remise peut intervenir en vertu d'un contrat équilibré (voy.

Mais même si cela n'est pas le cas, le droit de propriété est affecté car la victime est privée contre sa volonté de la possession de son bien, et, plus généralement, de la possibilité d'exercer les pouvoirs que lui confère son titre. Dans ces conditions, « une telle remise engendre toujours une atteinte effective au droit de propriété et, partant, une atteinte au patrimoine de la victime »³⁴⁵.

70. L'atteinte au droit de propriété en cas de fourniture d'un service. L'article 313-1 du Code pénal vise expressément la « fourniture d'un service » comme résultat possible de l'escroquerie. Le lien avec le droit de propriété semble disparaître, puisque le service n'était pas la propriété de celui qui le fournit, ni ne devient celle de celui qui en bénéficie. Sous cet aspect, l'escroquerie s'éloigne de la protection de la propriété au sens strict, pour confirmer son rapprochement avec la protection de l'intégrité du consentement. Toutefois, le lien avec la propriété ne disparaît pas entièrement. En effet, la fourniture d'un service ne semble devoir être retenue qu'à condition qu'elle revête une valeur patrimoniale³⁴⁶. Par conséquent, la fourniture d'un service porte atteinte - indirectement certes - , au patrimoine économique et donc à la propriété de la victime.

71. L'atteinte au droit de propriété en cas d'obtention d'un consentement valant obligation ou décharge. Une solution similaire est défendue par M. OLLARD à propos de l'escroquerie consommée par l'obtention du consentement à « un acte opérant obligation ou décharge ». Si cette hypothèse renforce assez naturellement l'idée de la protection de l'intégrité du consentement par l'escroquerie³⁴⁷, elle n'est pas exclusive de la protection du droit de propriété. Pour la jurisprudence, la notion d'obligation s'entend des seuls « actes qui forment un lien de droit de nature à engager la victime »³⁴⁸. Dans ces conditions, « L'obligation présente [...] incontestablement une substance patrimoniale puisque c'est le patrimoine du débiteur qui est assujéti en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations »³⁴⁹, en vertu des articles 1142 et 2284 du Code civil. L'obligation fait naître une créance qui implique le pouvoir d'exiger l'exécution de l'obligation ; aussi la créance

R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 795). Ainsi de l'hypothèse où un créancier se fait remettre au moyen de manœuvres frauduleuses l'exact montant d'une créance qui lui est effectivement due (Crim., 15 décembre 1943 ; préc.).

345 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 839.

346 E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 958. Se trouvent ainsi exclus les relations sexuelles ou les témoignages (J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 888 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, coll. Manuel, 3ème éd., 2013, n° 170).

347 E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 959.

348 Voy. not. Crim., 3 août 1950 ; préc. ; Crim., 1^{er} avril 1963 ; préc. ; Crim., 25 octobre 1967 ; préc.

349 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 51.

est-elle uniformément analysée comme un bien patrimonial ³⁵⁰. Elle permettra, ensuite, par sa mise à exécution, de nuire au patrimoine d'autrui. Une réflexion similaire peut être menée à propos de la notion de décharge. Celle-ci doit être entendue des actes qui « éteignent ou dissolvent un lien de droit » ³⁵¹ : la décharge est donc celle d'une obligation et doit avoir pour effet de libérer l'escroc de sa dette.

Finalement, « seuls les actes potentiellement attentatoires au patrimoine des victimes sont donc considérés comme entrant dans le champ de l'escroquerie » ³⁵². À l'inverse, « la jurisprudence n'a jamais étendu le domaine de l'escroquerie à des actes juridiques extrapatrimoniaux » ³⁵³. De telle sorte que, si « l'indifférence à l'appauvrissement de la victime en matière d'infractions contre le consentement n'a pas pour effet de transformer ces dernières en infraction contre les personnes, la spécificité patrimoniale des délits [paraît] préservée par l'exigence d'un dommage patrimonial » ³⁵⁴.

72. Bilan : la protection complémentaire de l'intégrité du consentement et du droit de propriété. Théoriquement, la thèse de M. OLLARD est séduisante. Elle permet de maintenir l'aspect patrimonial de l'escroquerie, indéniable puisque l'escroquerie ne saurait être retenue qu'à condition qu'elle porte atteinte aux droits du propriétaire, tout en expliquant l'indifférence au préjudice économique de la victime. On ajoutera d'ailleurs que la constitution de partie civile n'est acceptée que pour les seuls propriétaires ou détenteurs de la chose détournée, ce qui nous semble conforter cette analyse ³⁵⁵. Le droit de propriété est protégé en tant que tel, et la seule question qu'il convient de se poser est de savoir si le propriétaire a été privé de sa possibilité d'exercer les droits que lui confère son titre. Mais surtout, il faut comprendre qu'affirmer que l'escroquerie protège le droit de propriété n'exclut en rien la protection simultanée de l'intégrité du consentement. En effet, l'escroquerie pourrait tout à fait être perçue comme une incrimination dite *pluri-offensive* ³⁵⁶, en ce sens qu'elle ne protège non pas une, mais deux valeurs sociales qui se juxtaposent ³⁵⁷. Le meilleur indice de la valeur protégée par l'infraction est le résultat légal ³⁵⁸, c'est-à-dire le

350 Voy. les références citées par R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 51 et 99.

351 Crim., 1^{er} avril 1963 ; préc.

352 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 61.

353 *Idem*, n° 57.

354 *Idem*, n° 772.

355 Crim., 5 octobre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-83574.

356 Sur l'expression, voy. *supra*, n° 43.

357 En ce sens, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 305.

358 Sauf en matière d'infractions formelles.

seuil de l'illicite, composé des éléments dont la réunion consomme l'infraction. Or, dans l'escroquerie, c'est la remise ou l'obtention du consentement qui consomme l'infraction. Cela nous permet d'affirmer que l'intégrité du consentement est bien protégée par l'escroquerie. Mais l'atteinte au consentement contractuel emporte mécaniquement atteinte au droit de propriété : une fois la remise effectuée ou le consentement frauduleusement obtenu, celui-ci est atteint³⁵⁹. C'est en ce sens que les protections de l'intégrité du consentement et du droit de propriété sont complémentaires.

L'escroquerie a ainsi opéré une mutation particulièrement intéressante dans le cadre de notre étude. Au stade, non plus de la formation mais de l'exécution du contrat, il est tout à fait remarquable qu'une autre incrimination ait opéré une mutation similaire. Il s'agit de l'abus de confiance, qui sera rapproché des autres détournements pénalement réprimés.

B. Les incriminations classiques de la tromperie au stade de l'exécution du contrat : les détournements

73. L'incrimination d'abus de confiance (1) est l'instrument principal de sanction du détournement d'un bien commis au mépris du consentement d'un cocontractant ; elle sera rapprochée des incriminations qui lui sont voisines, en particulier le détournement de gage (2).

1. L'incrimination d'abus de confiance

74. Outre qu'elle est l'instrument principal de pénalisation des atteintes au consentement au stade de l'exécution du contrat, l'incrimination d'abus de confiance est remarquable par la place qu'elle accorde au consentement contractuel. En effet, allant au-delà de la solution retenue en matière d'escroquerie, la conception traditionnelle d'une incrimination protectrice de la propriété est bien davantage sujette à discussion (a), tandis que la protection de la confiance - laquelle englobe mais dépasse le consentement contractuel -, paraît s'imposer (b).

a. La protection discutée de la propriété

75. L'étude de l'abus de confiance livre, au premier abord, une certitude : la finalité initiale et traditionnelle de l'incrimination est celle d'une protection du droit de propriété (i).

³⁵⁹ Contrairement au patrimoine économique qui lui, peut rester intact malgré l'atteinte au consentement.

Si cette présentation reste pertinente, des doutes sérieux émergent de certaines solutions récentes paraissant incompatibles avec le maintien de cette finalité (ii).

i. La certitude : la finalité traditionnelle de la protection du droit de propriété

76. Une vision classique de l'abus de confiance, qui trouve son origine dans le *furtum* du droit romain, tend à considérer l'incrimination comme protectrice de la propriété. Sa place dans le Code pénal - parmi les infractions contre les biens - , conforte cette hypothèse³⁶⁰. Mais surtout, la finalité traditionnelle de la protection du droit de propriété peut être déduite des éléments constitutifs de l'abus de confiance, à travers les notions de détournement, de bien susceptible d'appropriation, de préjudice et d'intention.

77. **La protection du droit de propriété déduite de la notion de détournement.** La notion centrale de détournement³⁶¹ démontre un rapprochement certain de l'abus de confiance de la protection du droit de propriété. Concrètement, le détournement s'apparente à une interversion de titre - une « interversion de possession », écrivait J. LÉAUTÉ³⁶² - , caractérisée dès lors que le détenteur précaire de la chose se comporte, même momentanément, comme un propriétaire³⁶³. Le critère paraît donc bien être l'atteinte à la propriété, ce qu'atteste une jurisprudence constante qui retient, pour caractériser un détournement punissable, qu'il « suffit [...] que le propriétaire ne puisse plus exercer ses droits sur elle »³⁶⁴.

78. **La protection du droit de propriété déduite de la restriction aux seuls biens susceptibles d'appropriation.** En restreignant le détournement punissable aux seuls biens *susceptibles d'appropriation*, la jurisprudence semble rapprocher davantage l'abus de confiance de la protection du seul droit de propriété, à l'exclusion de la confiance³⁶⁵. Cette restriction

360 C. MASCALA, « Abus de confiance », *Répertoire pénal Dalloz* 2003, n° 2.

361 Le détournement englobe aujourd'hui la dissipation, qui était une autre forme d'abus de confiance sous l'empire de l'ancien Code pénal.

362 J. LÉAUTÉ, « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, p. 223 et s., spéc. p. 227.

363 La notion de détournement se distingue en cela difficilement de l'élément intentionnel : voy. *infra*, n° 80.

364 Crim., 2 décembre 1911 ; *D. P.* 1912, I, p. 343 ; Crim., 15 mai 1968 ; *D.* 1968, jur. p. 594 ; Crim., 9 avril 1973 ; *D.* 1975, jur. p. 257, note M. DELMAS-MARTY ; Crim., 10 mai 1989 ; *Droit pénal* 1989, comm. n° 17, obs. M. VÉRON.

365 En ce sens, V. MALABAT, note sous Crim., 20 octobre 2004 ; *RPDP* 2005, p. 239 et s. ; R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Droit pénal* 2012, étude n° 9. Si l'incrimination visait à protéger la confiance, pourquoi faudrait-il exclure

est intervenue à la suite du phénomène de *dématérialisation* de l'abus de confiance ³⁶⁶. Ce phénomène fut initié par un arrêt du 14 novembre 2000 dans lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation posait à titre de principe que « les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel » ³⁶⁷, ce qui a donné lieu à une riche jurisprudence ³⁶⁸. Ce n'est qu'assez récemment, par un arrêt remarqué du 16 novembre 2011 ³⁶⁹, que la Cour de cassation est venue opérer une précision fondamentale, à savoir que les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal relatif à l'abus de confiance ne s'appliquent à un bien quelconque qu'à condition qu'il soit « susceptible d'appropriation ». Il s'agissait en l'espèce du détournement de la clientèle d'une société. La clientèle est certes un bien patrimonial ³⁷⁰, pouvant d'ailleurs être cédée à titre onéreux depuis une jurisprudence célèbre du 7 novembre 2000 ³⁷¹. Mais on déduit de l'arrêt de 2011 que la clientèle n'en constitue pas pour autant un bien appropriable ³⁷², seules les *informations* relatives à la clientèle le sont ³⁷³. La décision de 2011

les biens non susceptibles d'appropriation ?

- 366 G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, préf. B. DE LAMY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 532, 2012, n° 175 et s.
- 367 Crim., 14 novembre 2000 ; *Bull. crim.*, n° 338 ; *D.* 2001, p. 1423, note B. DE LAMY ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 28, note M. VÉRON, et chron. n° 16, obs. S. JACOPIN ; *RTD civ.* 2001, p. 912, obs. TH. REVET ; *RSC* 2001, p. 386, obs. R. OTTENHOF ; *RTD com.* 2001, p. 526, obs. B. BOULOC.
- 368 Voy., entre autres exemples, ceux de l'utilisation de l'ordinateur et de la connexion Internet, mises à disposition au titre de l'activité professionnelle, pour visiter des sites pornographiques (Crim., 19 mai 2004 ; *Bull. crim.*, n° 126 ; *D.* 2004, somm. p. 2748, obs. B. DE LAMY ; *Communication commerce électronique* 2004, comm. n° 39, note A. LEPAGE ; *RSC* 2004, p. 824, obs. B. BOULOC), d'un détournement de projet de borne informatique par un salarié (Crim., 22 septembre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 218 ; *D.* 2005, p. 411, note B. DE LAMY, et p. 962, obs. J. RAYNARD ; *JCP G* 2005, II, 10034, note A. MENDOZA-CAMINADE ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 179, obs. M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2005, p. 22, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2005, p. 852, obs. R. OTTENHOF ; *RTD civ.* 2005, p. 164, obs. TH. REVET ; *RTD com.* 2005, p. 179, obs. B. BOULOC) ou encore de l'emploi de salarié d'une association à des fins personnelles par son directeur qui réalise un détournement de fonds (Crim., 20 octobre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 248 ; *D.* 2005, p. 411, note B. DE LAMY ; *AJ Pénal* 2005, p. 70, obs. J. COSTE ; *RTD com.* 2005, p. 427, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2005, p. 239, note V. MALABAT).
- 369 Crim., 16 novembre 2011 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 300, note E. DREYER ; *D.* 2011, p. 2935, obs. M. LÉNA ; *D.* 2012, p. 137, note G. BEAUSSONIE, et pan. p. 1704, obs. C. MASCALA ; *JCP G* 2012, 322, note S. DETRAZ ; *AJ Pénal* 2012, p. 163, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 1, obs. M. VÉRON ; *RPDP* 2011, p. 914, obs. V. MALABAT ; *RSC* 2012, p. 169, obs. J. FRANCILLON ; *RDC* 2012, p. 551, obs. R. OLLARD.
- 370 Voy. les références citées par R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », art. préc., n° 28.
- 371 À condition que soit préservée la liberté de choix des clients, voy. Civ. 1ère, 7 novembre 2000 ; *JCP E* 2001, p. 149, note G. LOISEAU ; *Defrénois* 2001, 37338, note R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2001, p. 168, note TH. REVET.
- 372 Comp., plus nuancé, G. BEAUSSONIE, note préc. sous Crim., 16 novembre 2011, spéc. p. 139 : « au-delà d'une indéniable consécration de la protection pénale de l'information, ce que la chambre criminelle de la Cour de cassation réprime, en réalité, est un authentique détournement de clientèle ».
- 373 Ce qui n'est pas sans reposer, par comparaison, « la "vieuse question neuve" du vol d'information » (J. DEVEZE, « À propos de l'évolution des "délits contre les biens" », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de*

permet en cela de rattacher la clientèle aux créances qui avaient sans doute³⁷⁴ antérieurement été également exclues par la Cour de cassation du domaine de l'abus de confiance, n'étant pas considérées comme des biens appropriables. En effet, dans un arrêt du 1^{er} décembre 2010³⁷⁵, la Cour de cassation a affirmé que le détournement constitutif d'abus de confiance ne pouvait porter que sur l'*instrumentum* - le support du contrat -, et non le seul *negotium* - son contenu. Les créances en tant que telles sont donc exclues du champ de l'abus de confiance, relevant d'un droit personnel et, selon l'analyse classique tout du moins, non d'un droit de propriété³⁷⁶. Quoique la Cour de cassation soit restée vague sur ce point, on peut enfin se demander si ce n'est pas cette condition d'un bien susceptible d'appropriation qui justifie l'exclusion de principe des immeubles³⁷⁷ du domaine de l'abus de confiance³⁷⁸.

79. La protection de la propriété déduite du préjudice. La nature du préjudice exigé par l'abus de confiance permet de maintenir la vision d'une incrimination tournée vers la protection du droit de propriété. Certes, comme en matière d'escroquerie, le préjudice exigé explicitement par l'article 314-1 du Code pénal, s'est progressivement détaché de toute conception pécuniaire et se trouve nécessairement inclus dans la constatation du seul détournement³⁷⁹. Mais il faut se garder de considérer que cette nature du préjudice exclut

Philippe le Tourneau, op. cit., p. 359 et s., spéc. p. 360).

374 Voy. les réserves de R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », art. préc., n° 31 et s.

375 Crim., 1^{er} décembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-88478 ; *D.* 2011, pan. p. 1864, obs. C. MASCALA, et p. 2834, obs. S. MIRABAIL ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 29, obs. M. VÉRON ; *RDC* 2012, p. 553, obs. R. OLLARD ; *RTD com.* 2011, p. 427, obs. B. BOULOC.

376 La solution est parfois contestée car les créances sont apparentées à des biens, pouvant d'ailleurs revêtir une valeur importante, et être cédées. Comp. l'analyse qui pourrait être faite à partir de l'arrêt du 19 juin 2013, *infra* n° 88.

377 Voy. Crim., 10 octobre 2001 ; *Bull. crim.*, n° 205 ; *D.* 2002, somm. p. 1796, obs. B. DE LAMY ; *Droit pénal* 2002, comm. n° 1, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2002, p. 108, obs. R. OTTENHOF ; *RTD com.* 2002, p. 379, obs. B. BOULOC ; et, pour les droits réels portant sur un immeuble, Crim., 14 janvier 2009 ; *Juris-Data* n° 2009-047163 ; *D.* 2009, pan. p. 1725, obs. C. MASCALA, et pan. p. 2833, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *JCP G* 2009, 166, note G. BEAUSSONIE ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 65, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2009, p. 842, obs. R. OTTENHOF. Cette exclusion permet au juge pénal d'éviter l'important contentieux locatif. Comp., plus général, C. MASCALA, « L'immeuble, un bien saisi par le code pénal ? », in *L'immeuble et le droit, Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Éditions législatives-Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 369 et s.

378 En ce sens, N. THOMASSIN, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964 et s., spéc. p. 968.

379 Crim., 3 décembre 2003 ; *Bull. crim.*, n° 232 ; *Gaz. Pal.* 2004, somm. p. 2605 ; Crim., 13 janvier 2010 ; *Bull. crim.*, n° 6 ; *D.* 2010, pan. p. 1666, obs. C. MASCALA ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 983, chron. E. DREYER ; *JCP G* 2010, 500, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 61, obs. M. VÉRON. Voy. déjà, une solution similaire sous l'ancien Code pénal, Crim., 5 mars 1980 ; *Bull. crim.*, n° 81 ; *D.* 1980, IR p. 335, obs. M. PUECH.

nécessairement la propriété comme valeur sociale protégée. Il est possible de reprendre ici la distinction des patrimoines économique et juridique telle que proposée par M. OLLARD³⁸⁰. L'abus de confiance étant indifférent à l'appauvrissement en valeur du patrimoine de la victime, il paraît logique de considérer que le patrimoine économique n'est qu'une finalité secondaire de l'incrimination. Mais indépendamment de tout appauvrissement pécuniaire, le détournement constitutif de l'abus de confiance cause nécessairement une atteinte aux droits légitimes du propriétaire sur sa chose. La victime est en effet privée de la possession de son bien, c'est-à-dire de la possibilité d'exercer les pouvoirs que lui confère théoriquement son droit de propriété³⁸¹.

80. La protection du droit de propriété déduite de l'élément intentionnel. L'abus de confiance est évidemment une infraction intentionnelle. Détournement et intention sont d'ailleurs si étroitement intriqués qu'« Il est souvent difficile ; dans la pratique, de détacher l'intention coupable de l'acte matériel de détournement [...] »³⁸². En effet, d'une part, l'intention est le plus souvent directement déduite du détournement³⁸³. D'autre part, et surtout, ce qui caractérise le détournement punissable, par opposition à la simple inexécution contractuelle appréhendée par le droit civil, c'est justement cette intention de se comporter en maître de la chose³⁸⁴. Ainsi la Cour de cassation retient depuis longtemps, caractérisant l'élément intentionnel, le constat d'une « intention frauduleuse de s'approprier la chose d'autrui »³⁸⁵. Plus récemment, la même Cour a rappelé que « l'usage abusif de la chose confiée est exclusif de tout détournement s'il n'implique pas la volonté de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de la chose »³⁸⁶. « Ainsi défini,

380 Voy. *supra*, n° 66.

381 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 663.

382 A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. 2, *Les atteintes aux intérêts privés*, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 1ère éd., 1982, n° 2374.

383 Selon une jurisprudence constante, il n'est pas nécessaire que l'intention frauduleuse soit constatée en des termes particuliers et il suffit qu'elle se déduise des circonstances retenues par le juge, l'affirmation de la mauvaise foi étant nécessairement incluse dans la constatation du détournement (voy. par ex., Crim., 12 mai 2009 ; inédit, pourvoi n° 08-87418 ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 108, obs. M. VÉRON).

384 Le détournement est « un état de conscience, la décision de voir désormais, dans la chose reçue à titre précaire, un objet sur lequel on s'arroge des pouvoirs plus énergiques ; on ne se contente plus d'une simple détention, et l'on prétend regarder la chose avec l'œil du maître : on a la volonté de se comporter, à son égard, même momentanément, comme un propriétaire » (J. LARGUIER et PH. CONTE, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 216).

385 Crim., 30 août 1849 ; *D. P.* 1849, V, p. 2.

386 Crim., 16 juin 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-83758 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3440, chron. S. DETRAZ ; *D.* 2011, pan. p. 2834, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 116, note M. VÉRON ; *RSC* 2011, p. 832, obs. H. MATSOPOULOU ; *RPDP* 2011, p. 893, chron. S. FOURNIER ; *RTD com.* 2011, p. 806, obs. B. BOULOC.

le caractère intentionnel du détournement semble délimiter l'infraction conformément à [sa] valeur traditionnellement protégée [...] »³⁸⁷ : le droit de propriété.

L'analyse de l'élément central de l'abus de confiance, c'est-à-dire le détournement intentionnel d'un bien susceptible d'appropriation, démontre ainsi le rapprochement naturel qui peut être opéré entre l'incrimination et la protection du droit de propriété. Deux éléments doivent ici être néanmoins relevés. En premier lieu, ce rapprochement n'est certainement pas exclusif d'une autre finalité que tient dans la protection de la relation de confiance : ainsi les notions de détournement et de préjudice notamment pourront également être analysées à l'aune de cette finalité particulière. En second lieu, ces éléments qui paraissent induire une protection principale de la propriété sont contredits sur ce point par certaines évolutions jurisprudentielles récentes, qui viennent mettre en doute une telle finalité de l'incrimination.

ii. Les doutes : les évolutions jurisprudentielles incompatibles avec la protection du droit de propriété

81. De solides arguments viennent combattre l'idée de l'abus de confiance comme tournée vers la protection du droit de propriété, issus d'évolutions jurisprudentielles qui interprètent tant le texte d'incrimination qu'elles en sont arrivées à affecter, finalement, son esprit même³⁸⁸. Une première série d'éléments peut toutefois être contournée, en considérant l'abus de confiance comme protectrice de l'ensemble des droits réels, plutôt que de la seule propriété (α). En revanche, d'autres évolutions jurisprudentielles rendent délicat, sinon impossible, le rattachement de l'abus de confiance à une telle finalité (β).

α . Les éléments contournables de remise en cause de la protection de la propriété

82. Le contournement par l'extension de la protection à l'ensemble des droits réels. Sans préjuger de la finalité que nous retiendrons finalement, un premier constat s'impose : en tous les cas, ce n'est pas le droit de propriété qui pourrait être protégé par l'abus de confiance, mais plus largement l'ensemble des droits réels de la personne abusée. Plusieurs éléments le démontrent. Il est d'abord indéniable que l'abus de confiance peut préjudicier à d'autres que le propriétaire, l'article 314-1 du Code pénal visant le « préjudice

387 E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, th. préc., n° 375.

388 Pour une vue d'ensemble, voy. N. THOMASSIN, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », art. préc.

d'autrui »³⁸⁹. En conséquence, une jurisprudence constante estime que l'abus de confiance peut préjudicier et ouvrir droit à réparation, non seulement aux propriétaires, mais encore aux détenteurs des dossiers détournés³⁹⁰ ou aux possesseurs des effets ou deniers détournés³⁹¹. Ces derniers ne peuvent plus, du fait de l'interversion de la possession, user de la chose conformément à leur titre³⁹². Le droit de propriété n'est donc pas seul protégé³⁹³, c'est plus largement l'ensemble des droits réels qui fait l'objet de la protection de l'abus de confiance. L'hypothèse du détournement commis par un propriétaire le confirme.

83. L'hypothèse du détournement commis par un propriétaire. Un autre élément pourrait se présenter comme un obstacle à toute idée de la protection de la propriété par l'abus de confiance ; il s'agit de certaines hypothèses de détournements commis par le propriétaire lui-même. Il faut bien comprendre ce que cela implique : si l'abus de confiance est constitué quand le bien est détourné par son propriétaire, il devient *a priori* impossible de continuer à présenter l'incrimination comme protectrice de la propriété³⁹⁴. Or, bien que l'abus de confiance soit en principe cantonné aux remises à titre précaire, la jurisprudence a exceptionnellement élargi son champ d'application à certaines remises en propriété.

84. Le cantonnement de principe de l'abus de confiance aux remises à titre précaire. En théorie, le détenteur précaire est celui qui détient une chose en vertu d'un titre valant reconnaissance du droit de propriété d'autrui sur le bien, ce qui emporte deux choses³⁹⁵. En premier lieu, le détenteur précaire détient non pas *animo domini* - « pour soi et

389 L'article 408 de l'ancien Code pénal était plus précis : il visait un abus de confiance accompli « au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs ».

390 Crim., 8 janvier 1998 ; *Bull. crim.*, n° 7.

391 Crim., 11 octobre 1993 ; *Bull. crim.*, n° 281.

392 E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, th. préc., n° 186

393 En ce sens, voy. E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1193 ; PH. CONTE, obs. sous Crim., 7 septembre 2005 ; *RPDP* 2006, p. 397 et s. Il s'agissait dans l'arrêt du 7 septembre 2005 de l'admission de la recevabilité de la constitution de partie civile des détenteurs ou possesseurs pour préjudice moral. *Contra*, répondant que, même lorsque le détenteur ou le possesseur est victime de l'abus de confiance, cet abus se répercute toujours, au moins indirectement, sur les droits du propriétaire : R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., note 449 ; J. LÉAUTÉ, « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », art. préc., spéc. p. 235.

394 En ce sens, V. MALABAT, note sous Crim., 20 juillet 2011 ; *RDC* 2012, p. 557 et s., spéc. p. 559 : « Conçu comme une sanction des atteintes à la propriété, l'abus de confiance ne saurait en effet être réalisé sur sa propre chose. Conçu comme la sanction du non-respect de l'obligation de rendre, représenter ou de faire un usage déterminé, il peut être commis par un propriétaire sur sa propre chose dès lors que son droit réel ne lui laissait pas une libre disposition du bien ».

395 Voy., pour une analyse plus approfondie, R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », art. préc., n° 7 et s.

à titre de propriétaire »³⁹⁶ - , mais *animo detinendi* - « pour autrui »³⁹⁷, c'est-à-dire le propriétaire. En second lieu, le détenteur ne bénéficie pas de tous les attributs du droit de propriété, à défaut notamment de pouvoir disposer de la chose - l'*abusus*. Dès que la remise n'est plus à titre précaire mais en propriété, l'abus de confiance devrait être alors exclu. Il devrait en être de même, si l'on suit cette conception, des remises en propriété assorties de charges. C'est ce qu'a pu juger la chambre criminelle dans plusieurs arrêts rendus en 2007³⁹⁸, dont il résulte très clairement que « l'abus de confiance est résolument incompatible avec la remise de la propriété »³⁹⁹, même assortie de charge. Cette solution correspond à l'idée d'une protection pénale de la propriété : seul le détournement commis au préjudice du propriétaire devrait pouvoir être réprimé.

85. L'élargissement exceptionnel de l'abus de confiance à certaines remises en propriété. Pourtant, la jurisprudence a exceptionnellement élargi l'abus de confiance à certaines hypothèses de remises en propriété⁴⁰⁰. Dans un arrêt en date du 13 janvier 2010⁴⁰¹, la Cour de cassation a admis l'application de l'abus de confiance dans l'hypothèse d'un détournement de fonds remis à une association⁴⁰². On sait que les sommes d'argent, en tant que biens fongibles non individualisés, rendent propriétaire celui qui les reçoit, à charge pour lui d'en restituer l'équivalent⁴⁰³ - classiquement, le détournement s'entend alors de l'impossibilité de leur restitution⁴⁰⁴. La remise était donc en propriété. Mais cette propriété était assortie d'une charge puisque les fonds devaient être affectés à une destination particulière. Dans ces conditions, la remise n'était en réalité effectuée qu'à titre précaire, selon la Cour de cassation, qui a dès lors retenu l'abus de confiance. Dans une

396 Article 2261 du Code civil.

397 Articles 2255 et 2257 du Code civil.

398 Crim., 14 février 2007 ; *Bull. crim.*, n° 48 ; *D.* 2007, AJ p. 1080 ; *AJ Pénal* 2007, p. 275, note Y. MULLER ; *Droit pénal* 2007, comm. n° 84, obs. M. VÉRON ; *Revue de droit immobilier* 2007, p. 281, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Crim., 5 septembre 2007 ; *Bull. crim.*, n° 194 ; *JCP G* 2007, II, 10186, note S. DETRAZ ; *Droit pénal* 2007, comm. n° 157, obs. M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2007, p. 481, obs. Y. MULLER ; Crim., 19 septembre 2007 ; inédit, pourvoi n° 06-86343 ; *D.* 2008, p. 958, note D. REBUT, et pan. p. 1577, obs. C. MASCALA.

399 D. REBUT, note précitée sous Crim., 19 septembre 2007, spéc. p. 959.

400 Comp., nuancant cette position, PH. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 558.

401 Crim., 13 janvier 2010 ; préc.

402 Cette décision est la dernière en date d'une série d'arrêts assez contradictoires sur la remise en propriété ou en détention précaire en cas de subventions, voy. les explications de C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et des affaires*, Gualino, coll. Master, 3ème éd., 2012, n° 388.

403 Articles 1893 (prêt de consommation) et 2341, alinéa 2 (gage-espèces) du Code civil.

404 M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6ème éd., 2011, n° 181 ; C. MASCALA, obs. sous Crim., 20 juillet 2011 ; *D.* 2012, pan. p. 1703 : « Tout acte qui empêche la restitution des sommes déposées constitue un détournement ».

autre affaire jugée le 20 juillet 2011⁴⁰⁵, la Cour de cassation a confirmé cette interprétation : malgré une remise *a priori* en propriété induite par la nature fongible des biens remis, celui qui reçoit la chose est en réalité détenteur précaire dès lors qu'il n'a pas la libre disposition des biens. Un arrêt plus récent, en date du 5 décembre 2012, semble aller encore dans le même sens⁴⁰⁶.

86. Conséquence sur la finalité de l'abus de confiance. Il est possible de ne pas voir dans cette jurisprudence une remise en cause de la finalité traditionnelle de l'abus de confiance, à condition encore une fois de considérer l'ensemble des droits réels, plutôt que la seule propriété⁴⁰⁷, car il s'agit en réalité de remises en propriété très particulières. Il ne faut pas ignorer en effet qu'« en dehors de la *plena in re potestas* de l'article 544 du Code civil, il existe des degrés dans la propriété, que celle-ci soit conditionnelle ou que son exercice soit assorti de certaines charges »⁴⁰⁸. Dans ces hypothèses, la remise en propriété est elle-même précaire en ce que la propriété doit subir la concurrence de certains droits réels d'autrui⁴⁰⁹. Or, si celui qui reçoit la chose nie les droits d'autrui sur celle-ci, il est tout à fait concevable de retenir l'abus de confiance : les droits réels d'autrui sur la chose ont bien été détournés.

Suivant le même raisonnement, M. OLLARD s'était livré à une analyse prospective, dont il résulte que l'abus de confiance pourrait être étendu à d'autres hypothèses de remises en propriété que celles jusqu'ici admises⁴¹⁰. Ce serait le cas, à titre principal, des cas de propriété transférée aux fins de garanties de l'exécution d'une créance, notamment en cas

405 Crim., 20 juillet 2011 ; *Bull. crim.*, n° 158 ; *D.* 2011, p. 2114, obs. M. BOMBLED, et p. 2242, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *D.* 2012, pan. p. 1703, obs. C. MASCALA ; *RPDP* 2011, p. 898, obs. PH. CONTE ; *RDC* 2012, p. 557, obs. V. MALABAT ; *RSC* 2011, p. 832, obs. H. MATSOPOULOU ; *RTD com.* 2011, p. 805, obs. B. BOULOC. En l'espèce, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu la qualification d'abus de confiance à l'encontre d'une banque qui s'était appropriée indûment le solde créditeur d'un compte clôturé, peu important que durant le fonctionnement du compte, l'établissement ait eu la libre disposition des fonds.

406 Crim., 5 décembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-82918 : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations d'où il résulte que les prévenus n'étaient pas propriétaires des recettes [...], lesquelles remises à titre précaire à ses membres, auraient dû être comptabilisées dans le patrimoine de cette personne morale, la cour d'appel, qui a caractérisé, en tous ses éléments, le délit d'abus de confiance dont elle a déclaré les prévenus coupables, a justifié sa décision ».

407 Comp. PH. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 558 : « Si l'on devait admettre pareille extension de l'incrimination, elle ne protégerait plus la propriété mais la foi due au contrat ».

408 R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », art. préc., n° 10.

409 *Idem*, n° 25. *A contrario*, il semble évident qu'une remise en propriété pleine et entière rend inapplicable l'abus de confiance.

410 *Idem*, n° 14 et s.

de fiducie⁴¹¹ ou de cession de créance à titre de garantie - les *cessions Daily*⁴¹² principalement. Ce serait également le cas de certains contrats opérant transfert de propriété stipulés sous condition résolutoire : vente à réméré ou donation consentie avec stipulation d'un droit de retour conventionnel⁴¹³.

Ces premiers éléments de remise en cause de la protection de la propriété peuvent donc être contournés, en admettant que l'abus de confiance vise à protéger l'ensemble des droits réels. D'autres éléments cependant, issus d'évolutions jurisprudentielles récentes, viennent perturber cette conception et semer un doute bien plus prégnant.

β. Les éléments dirimants de remise en cause de la protection de la propriété

87. L'application de l'abus de confiance en matière de droit personnel. Parmi les éléments qui semblent interdire de voir dans l'abus de confiance une incrimination tournée vers la protection des droits réels, une jurisprudence qualifiant l'infraction en matière de droit personnel doit d'abord être citée. C'est l'hypothèse d'une personne qui loue un véhicule, subit un accident et le fait réparer, qui devient seule victime de l'abus de confiance si le garagiste vend le véhicule au lieu de le réparer⁴¹⁴. Fort logiquement, M. DREYER en déduit qu'« On ne saurait donc prétendre qu'en incriminant l'abus de confiance le législateur a voulu protéger la propriété au sens strict »⁴¹⁵. L'argument est convaincant. On pourrait lui opposer le caractère apparemment isolé de cette jurisprudence, si un arrêt du 19 juin 2013 ne semblait venir confirmer l'impossible rattachement de l'abus de confiance à

411 La fiducie permet au constituant de transférer la propriété fiduciaire d'un bien au fiduciaire, soit à fin de garantie soit à fin de gestion. Le fiduciaire doit donc agir dans un « but déterminé » (article 2011 du Code civil). Le patrimoine que le fiduciaire reçoit est un patrimoine d'affectation (article 2025 du Code civil) : il ne dispose pas des pleins pouvoirs sur le bien remis. S'il dispose de la chose au mépris des droits réels concurrents d'autrui, le fiduciaire devrait donc s'exposer aux peines de l'abus de confiance. En ce sens, R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », art. préc., n° 23 ; et, plus largement, R. OLLARD, « La fiducie : aspects de droit pénal », *RSC* 2009, p. 545 et s.

412 Articles L. 313-23 à L. 313-29-2 du Code monétaire et financier.

413 R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », art. préc., n° 17. En revanche les donations avec charge seraient exclues du domaine de l'abus de confiance : au terme de l'article 894 du Code civil en effet, le disposant transfère irrévocablement l'intégralité de son droit de propriété au gratifié, lequel acquiert ainsi un pouvoir de libre disposition du bien : la remise n'est entachée d'aucune précarité (*idem*, n° 24).

414 Crim., 20 octobre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-87362 ; *D.* 2011, pan. p. 1863, obs. C. MASCALA ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 262, chron. E. DREYER ; *RTD com.* 2011, p. 427, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2011, p. 166, chron. S. FOURNIER.

415 E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1195.

la protection des droits réels, en l'appliquant au détournement du temps de travail du salarié.

88. L'application de l'abus de confiance en matière de temps de travail.

Classiquement et - il ne faut sans doute pas hésiter à le dire - , assez logiquement, la Cour de cassation refusait de caractériser un abus de confiance dans le seul cas du détournement de son temps de travail par un salarié ⁴¹⁶. La solution a changé avec un arrêt remarqué du 19 juin 2013 ⁴¹⁷, dans lequel la Cour de cassation pose à titre de principe que « l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance [...] ». Certes, il est connu que le phénomène déjà aperçu de *dématérialisation* de l'abus de confiance a donné lieu à une remarquable « extension du domaine des possibles » ⁴¹⁸. Mais celle-ci connaît cependant des limites rationnelles ⁴¹⁹. Or, une première lecture de l'arrêt laisse penser que le temps de travail serait un bien quelconque ⁴²⁰, qui aurait été remis puis détourné. Cette solution n'est guère défendable. D'abord parce qu'il est contestable que le temps de travail puisse être assimilé à un bien ⁴²¹, moins encore à un bien susceptible d'appropriation. Ensuite parce que le temps de travail n'est pas remis au salarié, c'est lui qui s'en acquitte auprès de son employeur, en contrepartie de la rémunération qu'il reçoit.

Mais cette dernière considération amène, justement, une autre interprétation. Depuis quelques années, l'objet de l'abus de confiance a été étendu non seulement par le biais de la dématérialisation, mais encore par celui de sa *dissociation* ⁴²². Schématiquement, il y a dissociation quand le bien détourné n'est pas celui qui a été initialement remis, à charge d'être rendu, représenté ou utilisé à une fin quelconque. Ainsi un serveur a pu être

416 Voy. not., CA Toulouse, 26 avril 2001 ; *JCP G* 2001, IV, 2946 ; *D.* 2002, p. 1795, obs. B. DE LAMY ; Crim., 20 octobre 2004 ; préc.

417 Crim., 19 juin 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 12-83031 ; *Gaz. Pal.* 4-8 août 2013, p. 9, note R. MÉSA, et 13-15 octobre 2013, p. 36, chron. E. DREYER ; *JCP G* 2013, 933, note S. DETRAZ ; *D.* 2013, p. 1936, note G. BEAUSSONIE ; *AJ Pénal* 2013, jur. p. 608, obs. J. GALLOIS ; *RPDP* 2013, p. 650, chron. PH. CONTE.

418 B. DE LAMY, note sous Crim., 22 septembre et 20 octobre 2004 ; *D.* 2005, p. 411.

419 S. DETRAZ, note précitée sous Crim., 19 juin 2013, spéc. p. 1624.

420 À défaut de pouvoir caractériser des fonds ou valeurs, autres objets visés par l'article 314-1 du Code pénal.

421 R. MÉSA, note précitée sous Crim., 19 juin 2013, spéc. p. 10 « Il apparaît au premier abord difficile de considérer le temps, qu'il soit un temps de travail, un temps de repos ou encore un temps de réflexion, comme un bien quelconque. Le rapprochement du temps avec le bien incorporel est également hasardeux. [...] Il est par ailleurs difficile de concevoir qu'une personne puisse transmettre du temps ou son temps à une autre et qu'elle puisse, le cas échéant, récupérer ce temps après une telle transmission ».

422 S. DETRAZ, note précitée sous Crim., 19 juin 2013, spéc. p. 1625 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1206 *in fine*.

condamné pour abus de confiance pour s'être « abstenu volontairement de remettre à son employeur le prix des boissons qu'il était chargé d'encaisser »⁴²³, alors même que le prix lui avait été remis, non par l'employeur, mais par les clients, en contrepartie des boissons elles-mêmes remises par l'employeur.

Si l'on applique ce phénomène de la dissociation au temps de travail, il est aisé de considérer que le bien remis par l'employeur est la rémunération du salarié, laquelle a pour contrepartie son temps de travail que le salarié devait utiliser à une fin précise, mais qu'il a finalement détourné⁴²⁴. La formulation choisie par la Cour de cassation permet une telle interprétation, puisqu'elle lie dans la même formule le temps de travail du salarié à la rémunération qu'il perçoit de son employeur. Ainsi comprise, la décision du 19 juin 2013 permettrait de maintenir la conception d'une incrimination tournée vers la protection de la propriété, en l'occurrence du patrimoine de l'employeur, atteint par le versement de la rémunération. Mais cela nécessite tant de contorsions intellectuelles que l'on se demande si ce n'est pas dénaturer la solution de la Cour de cassation⁴²⁵. Ce qu'elle met en exergue, c'est bien « l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail ». Deux éléments doivent alors être remarqués. En premier lieu, les faits de l'espèce démontrent que le salarié n'avait pas seulement détourné son temps de travail, mais également certains biens matériels de son employeur⁴²⁶. La Cour de cassation n'avait nullement besoin d'insister sur le temps de travail, ce qui renforce l'idée d'une décision de principe quant au respect de l'affectation du temps de travail du salarié⁴²⁷. En second lieu, il ne s'agit pas d'un simple arrêt d'espèce, dans lequel la condamnation serait seulement justifiée par les faits particulièrement répréhensibles ici commis par le condamné, cet arrêt connaîtra en effet les honneurs d'une

423 Crim., 5 octobre 2011 ; *Bull. crim.*, n° 193 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3362, chron. S. DETRAZ ; *RPDP* 2012, p. 910, obs. V. MALABAT ; Crim., 16 octobre 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 12-86241 ; *D.* 2013, p. 2755, note L. SAENKO.

424 Rappr. les hypothèses où des salariés de personnes morales avaient été utilisés par leurs dirigeants pour leur profit personnel, la Cour de cassation ayant retenu que leur salaire (et non le temps de travail) avait été détourné (Crim., 20 octobre 2004 ; préc. ; Crim., 13 septembre 2006 ; *Bull. crim.*, n° 220 ; *AJ Pénal* 2006, p. 504, obs. G. ROYER ; *RSC* 2007, p. 537, obs. C. MASCALA ; *RTD com.* 2007, p. 249, obs. B. BOULOC).

425 Laquelle, certes, dénature elle-même le texte d'incrimination...

426 La cour d'appel de renvoi avait d'ailleurs retenu que l'utilisation, par le salarié, « de son temps de travail et des moyens mis à sa disposition par son employeur, pour mener une activité extérieure [...] et rémunérée [...] constitue un acte de détournement pénalement punissable ».

427 Quant à son opportunité, la solution est assez dangereuse : « Le salarié qui discuterait, pendant son temps de travail, du match de football de la veille avec un de ses collègues, ou qui quitterait son bureau pour un motif quelconque hors de ses heures de pause et sans l'autorisation de son employeur, [doit-il] ainsi être considéré [...], malgré l'absence de tout usage des biens mis à sa disposition, comme utilisant son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il est rémunéré » ? (R. MÉSA, note précitée sous Crim., 19 juin 2013, spéc. p. 11).

publication non seulement au *Bulletin criminel* et au *Bulletin d'information bimensuel de la Cour de cassation*, mais encore dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation* : celle-ci souhaite donc une large diffusion de sa décision.

Cette interprétation crédible de la solution du 19 juin 2013, centrée sur le détournement du temps de travail en lui-même, interdit de voir dans l'abus de confiance une incrimination protectrice du droit de propriété ou des droits réels. L'employeur n'est pas propriétaire du temps de travail de son salarié ⁴²⁸. À l'invitation de M. BEAUSSONIE, il serait possible d'y voir une créance que posséderait l'employeur à l'égard de son employé ⁴²⁹. La Cour de cassation reviendrait ainsi sur sa solution émise le 1^{er} décembre 2010 ⁴³⁰. Il reste que la créance s'analysant classiquement comme un droit personnel ⁴³¹, cette proposition ne remet pas en cause notre solution. Il paraît donc plus simple de voir dans cette décision une confirmation de l'absence de protection des droits réels par l'abus de confiance. À l'inverse, si l'utilisation du temps de travail suffit à qualifier l'infraction, c'est bien parce que le salarié a trahi la confiance que l'employeur lui avait accordée, en violant les stipulations du contrat de travail. De sorte que la décision du 19 juin 2013 nous semble guidée par la finalité devenue principale de l'abus de confiance : la protection de la relation de confiance qui s'était établie entre les parties.

b. La protection certaine de la confiance

89. Exclusion de la protection de la seule bonne foi contractuelle. La protection de la relation de confiance. Ainsi que le nom même de l'incrimination le sous-entend, sa finalité semble aujourd'hui entièrement tournée vers la protection de la relation de confiance. Une première précision s'impose. La doctrine favorable à cette idée explique parfois que l'incrimination protège la bonne foi contractuelle ⁴³². L'expression est maladroite, puisque le domaine de l'abus de confiance dépasse les seules obligations

428 G. BEAUSSONIE, note précitée sous Crim., 19 juin 2013, spéc. p. 1938.

429 *Idem*.

430 Voy. *supra*, n° 78.

431 Le fait que la créance revête parfois une valeur patrimoniale importante, ce qui conduit à l'assimiler à un bien et autorise sa cession, ne remet pas en cause cette analyse car il ne s'agit que des conséquences de la créance, laquelle reste un lien de droit unissant des personnes.

432 Voy. par ex., J. DEVEZE, « À propos de l'évolution des "délits contre les biens" », art. préc., spéc. p. 368 : « S'agissant de l'escroquerie et de l'abus de confiance, c'est davantage le droit des obligations que celui des biens qui est en cause et le droit pénal sanctionne moins l'atteinte à la propriété *stricto sensu* que la mauvaise foi contractuelle ».

contractuelles⁴³³. La solution existait déjà sous l'empire de l'ancien Code pénal, lorsque la remise à titre précaire avait une origine légale ou judiciaire. Par exemple, pouvaient se rendre coupables d'abus de confiance le tuteur administrant les biens de son pupille⁴³⁴ ou l'administrateur d'un fonds de commerce⁴³⁵. La solution est aujourd'hui théoriquement impossible puisqu'il faut une acceptation du bien remis ; les tribunaux, pourtant, ont maintenu cette solution⁴³⁶.

En outre, depuis la réécriture du texte à l'occasion de la réforme du Code pénal en 1992, la référence expresse à l'origine contractuelle de la remise a disparu⁴³⁷. Les remises de pur fait, indépendantes d'un titre juridique, peuvent donc entrer dans le champ du délit⁴³⁸, solution à laquelle s'est rangée la jurisprudence selon laquelle « l'abus de confiance ne suppose pas que la [chose] détournée ait été remise en vertu d'un contrat »⁴³⁹. M. OLLARD en conclut que « dès lors que l'obligation violée, nécessaire à la constitution du délit, peut être de nature extra-contractuelle, l'infraction d'abus de confiance ne saurait être considérée comme assurant la sanction pénale de la seule atteinte à la foi contractuelle »⁴⁴⁰. On rétorquera toutefois que la remise aura, en pratique, presque toujours une origine contractuelle. Mais surtout, il est aisé de contourner le problème en retenant que, plus que la bonne foi contractuelle, c'est plus largement la *confiance* du cocontractant victime qui est protégée par l'incrimination⁴⁴¹.

90. La protection de la confiance déduite d'un rapport de confiance initial. La confiance abusée est celle qui a été manifestée lors de la remise volontaire du bien : « Les divers titres de remise énumérés [...] impliquent tous [...] qu'une confiance existe entre le remettant et celui à qui il confie la chose : c'est de cette relation que le délit tire sa

433 C. MASCALA, « Abus de confiance », fasc. préc., n° 13 : « cette infraction sanctionne le plus souvent, mais plus exclusivement aujourd'hui du fait de la nouvelle rédaction du texte d'incrimination et de l'évolution jurisprudentielle, l'inexécution d'obligations contractuelles [...] ».

434 Crim., 28 avril 1866 ; *D. P.* 1866, I, p. 356.

435 Crim., 3 mai 1946 ; *JCP G* 1946, IV, 85.

436 PH. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 552.

437 L'article 408 de l'ancien Code pénal exigeait que le bien ait été remis en vertu de six contrats nommés : louage, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage et travail.

438 C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier, droit pénal, procédure pénale*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 303 et s., n° 10.

439 Crim., 18 octobre 2000 ; *JCP G* 2001, I, 346, obs. M. VÉRON ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 28, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2001, p. 384, obs. R. OTTENHOF.

440 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 107.

441 En ce sens, Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance, Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809 et s., spéc. p. 814 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1206.

dénomination »⁴⁴². Derrière la remise - classiquement analysée comme la condition préalable de l'abus de confiance⁴⁴³ -, c'est plus largement la relation de confiance elle-même qui constitue la condition préalable de l'infraction⁴⁴⁴.

91. La protection de la confiance déduite du détournement. La notion centrale de détournement a pu être utilisée pour démontrer le lien qui pourrait, sous cet aspect du moins, rapprocher l'abus de confiance de la protection de la propriété. Mais il est tout aussi pertinent de déduire du détournement la protection de la confiance. L'acte de détournement doit s'apprécier au regard de l'acceptation de la précarité de la remise : « Constitue un détournement l'acte qui contredit volontairement cette précarité et qui, ce faisant, révèle une trahison de la confiance accordée »⁴⁴⁵. En effet le détenteur précaire est tenu à certaines obligations liées aux fonds, valeurs ou biens remis - « les rendre, [...] les représenter ou [en] faire usage déterminé ». Il commet l'infraction s'il détourne la chose de son affectation, ce qui recoupe principalement les actes suivants : l'usage abusif, le retard dans la restitution, le refus ou l'impossibilité de restituer⁴⁴⁶.

On observera alors que toutes les atteintes à la confiance ne tombent pas sous le coup du délit : l'abus de confiance ne saurait se résumer à la sanction pénale de n'importe quelle inexécution contractuelle⁴⁴⁷. « Il faut établir en plus que le prévenu, ayant modifié sa perception de la chose, a agi sur elle comme s'il en était devenu le maître »⁴⁴⁸. Remarquons ici à nouveau à quel point les éléments matériel et moral de l'incrimination sont indissociables. Le détournement n'est punissable que s'il manifeste une intention particulière chez son auteur. La jurisprudence, d'ailleurs, rattache souvent le contenu de cette intention à la seule violation de la confiance accordée par le remettant⁴⁴⁹.

442 A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. 2, *Les atteintes aux intérêts privés*, *op. cit.*, n° 2378.

443 W. JEANDIDIER, « Abus de confiance », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 314-1 à 314-4, fasc. 20, 2012, n° 15 et s.

444 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1194.

445 Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance, Observations sur le délit d'abus de confiance », art. préc., p. 817.

446 C. MASCALA, « Abus de confiance », fasc. préc., n° 61 et s.

447 Par exemple, la restitution tardive d'un véhicule loué ne constitue pas un abus de confiance (Crim., 21 mars 1977 ; *Bull. crim.*, n° 99). Rapp., déjà, M. PLANIOL, « Dol civil et dol criminel », art. préc., spéc. p. 661 : « on commet une confusion quand on cherche l'abus de confiance dans la violation du contrat ». *Adde* C. MASCALA, « Abus de confiance », fasc. préc., n° 16 et 66.

448 E. DREYER, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1211 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 811.

449 L'intention est par exemple caractérisée quand « le prévenu ne pouvait ignorer qu'il utilisait les subventions accordées par le conseil général à des fins étrangères à celles qui avaient été expressément stipulées dans les conventions » (Crim., 9 janvier 2008 ; inédit, pourvoi n° 07-83425 ; *D.* 2008,

L'abus de confiance se présente en cela non pas comme une incrimination qui serait réduite à un rôle d'auxiliaire du droit des contrats, elle intervient de manière autonome pour ne sanctionner que les violations qui démontrent l'intention d'appropriation frauduleuse de leur auteur. Cette autonomie est dite *fonctionnelle* - elle se double d'une autonomie *technique*, manifestée à titre principal par l'indifférence de principe de la qualification d'abus de confiance à l'éventuelle nullité du contrat ⁴⁵⁰.

Il reste que lorsqu'il est prohibé, le détournement est en soi une atteinte au consentement qui avait été manifesté par le cocontractant ⁴⁵¹. Celui qui avait reçu le bien a trahi volontairement la confiance que le remettant lui avait accordée. Il est donc possible de rattacher l'incrimination à la protection de la confiance. La nature du préjudice confirme largement cette idée, puisque la jurisprudence retient que l'existence du préjudice se trouve incluse dans le seul détournement - c'est-à-dire dans la trahison de la confiance.

92. La protection de la confiance déduite du préjudice. Un rapprochement évident des intérêts protégés par l'escroquerie et l'abus de confiance peut être fait à partir de la nature du préjudice, dont l'évolution a été exactement la même dans les deux cas. Il ne fait pas de doute qu'un préjudice est exigé par l'abus de confiance, puisque l'article 314-1 du Code pénal fait une référence expresse « au préjudice d'autrui ». Mais le préjudice exigé s'est progressivement détaché de toute conception pécuniaire. D'abord, le préjudice peut être simplement éventuel ⁴⁵². Ensuite, et avant tout, la nature du préjudice a changé. Un arrêt ancien a ainsi été interprété comme admettant un préjudice moral ⁴⁵³. Depuis, une jurisprudence constante retient que « l'existence d'un préjudice, qui peut être seulement

pan. p. 1577, obs. C. MASCALA ; D. 2009, pan. p. 132, obs. S. MIRABAIL ; *Droit pénal* 2008, comm. n° 50, obs. M. VÉRON ; RSC 2008, p. 594, obs. C. MASCALA).

450 Crim., 9 juillet 1857 ; D. P. 1857, I, p. 379 ; Crim., 12 novembre 1909 ; *Bull. crim.*, n° 519 ; Crim., 18 février 1937 ; D. P. 1937, I, p. 56 ; RSC 1937, p. 492, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES. L'autonomie technique n'est pas absolue : ainsi la preuve du titre se fait dans le respect des règles civiles et commerciales (E. DREYER, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1208).

451 Rappr. la définition donnée par E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, th. préc., n° 186 : « Le détournement d'un bien implique de faire prendre une autre direction à celui-ci, de lui donner une autre destination, celle-ci s'appréciant au regard de celle qui avait été convenue lors de la remise » (nous soulignons).

452 Crim., 18 mars 1936 ; *Gaz. Pal.* 1936, jur. p. 880 ; RSC 1936, p. 562, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES.

453 Crim., 6 avril 1882 ; *Bull. crim.*, n° 98. En réalité, le préjudice subi par la victime (une société laitière dont un employé avait ajouté de l'eau au lait, vendant ainsi des quantités supérieures dont il s'attribuait les bénéfices, tandis que la société recevait exactement les sommes versées) était certainement plus d'ordre matériel (risque de répercussions sur la fidélité de la clientèle), voy. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 185. Un meilleur exemple pourrait être trouvé dans le cas d'un salarié qui utilise une connexion internet mise à disposition pour se connecter sur des sites pornographiques, portant « atteinte à l'image de marque et à la réputation de l'entreprise » (Crim., 19 mai 2004 ; préc.).

éventuel, se trouve nécessairement incluse dans la constatation du détournement »⁴⁵⁴. Dit autrement, si le préjudice est bien exigé, il n'a qu'une portée pratique extrêmement faible⁴⁵⁵, étant déduit du seul détournement. La consommation de l'infraction étant indifférente à l'existence d'un préjudice pécuniaire, nous en avons déduit que le patrimoine économique n'est pas prioritairement protégé par l'abus de confiance⁴⁵⁶. En revanche, cet accent volontairement mis sur le détournement, seuil de consommation de l'infraction, renforce l'idée de la protection de la confiance comme *ratio legis* de l'abus de confiance.

93. Bilan. Alors que certaines évolutions jurisprudentielles sèment un doute dans la conception traditionnelle de l'abus de confiance, selon laquelle l'incrimination serait tournée vers la protection de la propriété, les différents éléments de l'abus de confiance semblent tous tendre vers la même finalité : la protection de la relation de confiance que traduisait la remise initiale. C'est, autrement présenté, dire qu'il ne s'agit pas seulement de réprimer les atteintes au consentement en tant que moyen privilégié de réalisation de l'infraction, qui serait alors destinée à attenter à des valeurs sociales extérieures. Bien plus, la protection de la confiance apparaît justement comme la finalité principale de l'incrimination.

La place que l'abus de confiance accorde au consentement contractuel est donc remarquable. La question se pose ensuite, de savoir si les incriminations voisines de détournements obéissent aux mêmes finalités, et, plus largement, de connaître le rôle qu'elles font jouer aux atteintes au consentement contractuel.

2. Les incriminations voisines de l'abus de confiance

94. Plusieurs incriminations très spécifiques peuvent être considérées comme voisines de l'abus de confiance, visant le détournement d'un bien affecté à une destination particulière. Certaines d'entre elles participent directement à la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel. Le détournement de gage⁴⁵⁷ vient le premier à

454 Voy. la jurisprudence citée note 379.

455 Ce qui amène la question du respect de l'interprétation stricte par le juge (en ce sens, C. MASCALA, « Abus de confiance », fasc. préc., n° 86).

456 Voy. *supra*, n° 79.

457 Article 314-5 du Code pénal : « Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines ». En revanche, le détournement d'objet saisi (article 314-6 du Code pénal) n'appartient pas au champ contractuel.

l'esprit, mais il faut lui ajouter les incriminations de détournements de warrants agricoles, hôteliers ou encore pétroliers ⁴⁵⁸, ou, dans un autre ordre d'idées, du détournement des versements, dépôts et souscription d'effets de commerce reçus à l'occasion d'un contrat de société ou de promotion immobilière ⁴⁵⁹. Il serait ici inutile de décrire toutes ces incriminations dans un inventaire dont la teneur serait à la fois trop longue, car n'apportant pas de réflexion supplémentaire, et trop court car nous ne pourrions rentrer dans le détail de toutes ces incriminations. Nous nous concentrerons donc sur la principale incrimination voisine de l'abus de confiance, qui est le détournement de gage, pour retenir que la confiance n'est probablement pas la valeur protégée par l'incrimination, qui semble se tourner exclusivement vers la protection des droits réels du créancier. De sorte que l'atteinte au consentement qui pourra être réalisée à travers un détournement de gage, nous semble davantage appréhendée et réprimée en tant que moyen de réalisation de l'infraction.

95. La protection incertaine de la confiance par l'incrimination de détournement de gage. Au premier regard, l'incrimination de détournement de gage semble obéir aux mêmes finalités que l'abus de confiance. Aucune référence n'est en effet faite à un quelconque préjudice ; l'infraction est consommée par la destruction ou le détournement du bien gagé ⁴⁶⁰. L'incrimination pourrait donc être considérée comme protégeant l'exécution de l'obligation garantie. Il est pourtant certain que ce n'est pas le cas. En effet, le détournement est conçu comme tout acte ayant pour effet de compromettre la réalisation du gage. L'incrimination est donc indifférente à la relation contractuelle garantie par le gage ; elle ne prend en compte que le contrat constitutif de la sûreté ⁴⁶¹. On pourrait alors se demander si l'incrimination a vocation à protéger la confiance du créancier manifestée lors de ce contrat de sûreté, à l'instar de ce qui a été retenu pour l'abus de confiance. Cette idée est tout à fait défendable, mais peine en réalité à s'imposer : l'incrimination de détournement de gage nous paraît en effet toute entière tournée vers la protection des droits réels du créancier ⁴⁶².

458 Voy. respectivement les articles L. 342-14 du Code rural, et L. 523-13 et L. 524-17 du Code de commerce (les textes renvoient à chaque fois, pour la peine, aux peines de l'escroquerie ou de l'abus de confiance).

459 Article L. 241-2 du Code de la construction et de l'habitation.

460 L'existence d'un gage actuel est la condition préalable de l'infraction. Peu importe qu'il soit légal ou conventionnel, avec ou sans dépossession ; en revanche, il ne peut porter que sur un objet mobilier, corporel ou incorporel (M. DAURY-FAUVEAU, « Détournement de gage ou d'objet saisi », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 314-5 et 314-6, fasc. 20, 2010, n° 16 et s.). Le délit est indifférent à la validité du contrat de gage (*idem*, n° 47 et s.).

461 En ce sens, E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, th. préc., n° 377 ; V. WESTER-OUISSÉ, *Convention et juridiction pénale*, th. préc., n° 120.

462 Et évidemment pas de la propriété, puisque le donneur de gage est, justement, le propriétaire du bien.

96. La protection certaine des droits réels du créancier par le détournement de gage. Dans le gage avec dépossession, le détournement sera réalisé par toute atteinte juridique au bien mais également par le fait, pour le donneur de gage, de reprendre la chose qui se trouve entre les mains du créancier ou d'un tiers. Dans le cas d'un gage sans dépossession, le détournement n'est pas réalisé par le simple usage du bien, mais par l'interversion de la possession. Finalement, par une interprétation extensive, la jurisprudence retient le détournement « à chaque fois que les droits du créancier sont amoindris par les agissements frauduleux du débiteur »⁴⁶³. D'ailleurs, l'élément intentionnel du délit a toujours été interprété comme supposant non seulement la connaissance de l'existence du gage, mais encore la conscience de porter atteinte aux droits du créancier⁴⁶⁴. Il y a bien atteinte au consentement du créancier, liée au contrat de sûreté, mais cette atteinte ne paraît être que le moyen de réalisation de la négation des droits réels du créancier sur le bien, véritable valeur protégée par l'incrimination.

97. Conclusion. La pénalisation classique de la tromperie du consentement est essentiellement le fait de deux grandes incriminations : l'escroquerie qui intervient au stade de la formation du contrat et l'abus de confiance qui intervient au moment de son exécution. Le champ d'application de ces incriminations leur permet de réprimer de manière très large diverses atteintes au consentement. Mais ces incriminations devaient surtout être remarquées par la place qu'elles accordent au consentement contractuel. En effet, la tromperie du consentement n'est pas incriminée simplement comme le moyen de réalisation d'une atteinte dirigée vers une autre valeur. Le consentement contractuel est la valeur protégée par ces deux incriminations. Cela n'exclut pas qu'une autre valeur complémentaire vienne s'y juxtaposer. C'est le cas en matière d'escroquerie, où la finalité d'une protection de la propriété semble maintenue. La solution est moins certaine en matière d'abus de confiance : même en considérant l'ensemble des droits réels comme objet de la protection plutôt que la seule propriété, certaines évolutions jurisprudentielles semblent incompatibles avec le maintien de la finalité traditionnelle de l'incrimination.

Cette question de la valeur protégée par les incriminations se posait avec acuité pour l'escroquerie comme pour l'abus de confiance lesquelles, initialement dirigées vers la protection des biens, ont connu une évolution complexe, mais rationnelle. La situation

463 M. DAURY-FAUVEAU, « Détournement de gage ou d'objet saisi », fasc. préc., n° 63.

464 Crim., 25 avril 1890 ; *D. P.* 1890, I, p. 450 ; Crim., 1^{er} février 1924 ; *Bull. crim.*, n° 54 ; Crim., 3 avril 1973 ; *Bull. crim.*, n° 167.

diffère dans le second temps de la pénalisation, celui de son renouveau. L'esprit et la technique législatifs changent. Le législateur utilise massivement la sanction pénale, le plus souvent comme simple auxiliaire de disciplines ou réglementations diverses, sans qu'aucune réflexion particulière ne le guide sinon la facilité et l'efficacité présumée du droit pénal. La valeur sociale protégée se retrouve alors diffuse au sein d'objectifs plus généraux tenant à la protection de la loyauté du marché et de ses acteurs. C'est la raison pour laquelle la question de la valeur protégée ne sera qu'incidente s'agissant de l'étude de la pénalisation renouvelée de la tromperie du consentement contractuel, laquelle mérite, en revanche, d'amples développements sur les atteintes au consentement elles-mêmes, objets de la pénalisation.

§ 2. LA PÉNALISATION RENOUVELÉE DE LA TROMPERIE DU CONSENTEMENT

98. Le caractère diffus des intérêts protégés. La pénalisation de la tromperie du consentement s'est entièrement renouvelée au cours du XX^{ème} siècle. Les atteintes au consentement contractuel ont été multipliées en raison des inégalités, économiques ou informationnelles, engendrées par l'apparition de la société de consommation. Le fondement de l'intervention du législateur a alors évolué : la sanction pénale est en effet la plupart du temps venue appuyer, à titre d'auxiliaire, une réglementation initialement extra-pénale destinée à la protection de la loyauté du marché, d'une concurrence saine, ou de la protection des consommateurs ⁴⁶⁵. Et si les quelques incriminations répondant aux finalités strictement pénales protègent parfois le consentement contractuel, leurs *ratio legis* sont généralement diffuses au sein d'objectifs plus vastes. Pour cette raison, avec le renouveau de la pénalisation de la tromperie du consentement, la question de la valeur protégée par les incriminations ne se pose qu'avec une acuité bien moindre.

99. Étendue de la pénalisation renouvelée de la tromperie du consentement. L'étude de cet aspect de la pénalisation offre en revanche un autre intérêt, qui sera ici privilégié. Il permet en effet de dresser certaines frontières de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Les frontières temporelles d'abord, par exemple en raison de la pénalisation de tromperies qui se situent bien en amont de la conclusion du contrat. Les frontières matérielles ensuite, par exemple lorsque la pénalisation aura pour objet ce qui

⁴⁶⁵ Voy. par ex., mêlant les diverses protections, la directive européenne précitée du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, dont le huitième considérant dispose que « la présente directive protège les intérêts des consommateurs contre les pratiques commerciales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par elle, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne ».

relève davantage d'une simple séduction du consentement. Le fondement, mais aussi la technique de pénalisation de ces atteintes diffèrent selon les deux inspirations principales de la pénalisation renouvelée de la tromperie du consentement : il s'agit de l'inspiration consumériste (A) et de l'inspiration concurrentielle (B).

A. L'inspiration consumériste de la pénalisation de la tromperie du consentement

100. La pénalisation de la tromperie du consentement a débuté avant l'essor du droit de la consommation à proprement parler, avec la répression des fraudes et falsifications opérée par la fameuse loi du 1^{er} août 1905, dont l'objectif initial était la protection du marché. Ces prémices de la pénalisation d'inspiration consumériste (1) ont été annonciatrices de sa plénitude (2), intervenue seulement dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, et concrétisée par une pénalisation massive de toutes les tromperies qui pourraient nuire à l'intégrité du consentement du consommateur.

1. Les prémices de la pénalisation d'inspiration consumériste de la tromperie du consentement : les fraudes et falsifications

101. La loi du 1^{er} août 1905. La répression de la *tromperie* - du consommateur, mais pas seulement - , constitue la base et l'origine de la pénalisation des atteintes au consentement, ce qui explique son ancienneté : avant 1905, la tromperie du contractant pouvait être poursuivie sur le fondement de l'escroquerie, ou sur l'ancêtre de l'incrimination de tromperie⁴⁶⁶. Bien plus tard, d'autres incriminations tendant aux mêmes objectifs sont apparues. Entre ces deux phases se situe une loi fameuse, celle du 1^{er} août 1905 « sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles ». Mais cette loi de 1905 est-elle protectrice du marché, ou des consommateurs⁴⁶⁷ ? Rattacher indistinctement la loi du 1^{er} août 1905 à la protection du consommateur serait trahir l'inspiration concurrentielle qui présida à son adoption. La loi de 1905 répondit aux exigences des agriculteurs et commerçants, qui furent les premiers à exiger des sanctions contre les fraudeurs qui leur faisaient une concurrence déloyale. Ces derniers profitaient à l'époque de l'absence d'une quelconque réglementation pénale de la production alimentaire pour fournir des produits tels que du

466 Article 423 du Code pénal de 1810, lequel réprimait la tromperie de l'acheteur, notamment en matière de vente de minéraux de valeur.

467 Sur quoi, voy. A. LECOURT, « La loi du 1^{er} août 1905 : protection du marché ou protection du consommateur ? », *D.* 2006, p. 722 et s.

lait frelaté ou du vin coupé ou empli d'additifs nocifs⁴⁶⁸. Mais ces mêmes exemples montrent bien que, indirectement, la loi du 1^{er} août 1905 aboutit à protéger également le consommateur, qui subissait en première ligne ces fraudes et falsifications. Cette dualité d'objectif, en germe dans le texte d'origine, a ensuite éclos sous l'influence conjuguée du législateur et du juge. Le mouvement consumériste des années 1970 en fut évidemment le facteur déterminant, et la loi de 1905 « reçut facilement, sans en être [bouleversée], les nouveautés inspirées par le mouvement consumériste moderne »⁴⁶⁹. De sorte que certaines de ses incriminations visent désormais incontestablement la protection du consentement contractuel⁴⁷⁰.

Les incriminations issues de la loi de 1905 sont multiples et, par exemple, coexistent avec la tromperie certains délits connexes : tentative de tromperie, détention de faux poids ou d'instruments de mesure fausse⁴⁷¹. D'autres prescriptions pénales y ont ensuite été adjointes : signalons l'article L. 214-1 du Code de la consommation, qui permet au pouvoir réglementaire de prendre, par décret en Conseil d'État, les mesures nécessaires pour prévenir la tromperie du consommateur, décrets dont les violations sont pénalement réprimées⁴⁷². Nous ne retiendrons ici que les deux délits principaux de la loi de 1905 que sont les délits de tromperie et de falsification, pour remarquer que si le premier protège directement le consentement contractuel (a), le second n'envisage les atteintes au consentement que comme l'un des moyens d'une atteinte dirigée contre, principalement, la santé du consommateur (b).

a. La protection directe du consentement contractuel par le délit de tromperie

102. Le rattachement du délit de tromperie à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. L'incrimination de tromperie participe de manière évidente à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Elle figure aujourd'hui à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, lequel réprime « quiconque, qu'il soit ou non partie

468 *Idem*, spéc. p. 722.

469 J.-H. ROBERT et H. MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2004, p. 296.

470 En ce sens, J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2010, n° 219 : « la loi de 1905, passée dans le Code de la consommation, n'a plus pour but principal de réprimer les fraudes. Elle tend principalement à protéger les consommateurs ».

471 Voy. l'article L. 213-4 du Code de la consommation.

472 Dans le cas où les délits de falsification et de tromperie sont inapplicables, l'article L. 214-2 du Code de la consommation sanctionne les infractions aux décrets visés d'une contravention de troisième classe. Voy. *infra*, n° 256.

au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers », le texte visant ensuite un grand nombre d'éléments sur lesquels la tromperie peut porter ⁴⁷³. Il faut donc d'abord un contrat ou une offre de contrat ⁴⁷⁴ - un arrêt rendu le 20 novembre 2012 à propos du nuage de Tchernobyl a permis de le rappeler ⁴⁷⁵ -, dont le juge a très vite étendu la nature ⁴⁷⁶. Ensuite, les « marchandises » sur lesquelles le contrat porte ont été entendues de tous les meubles dits *meublants*, les voitures, jusqu'au sang humain, et c'est d'ailleurs en se fondant sur la tromperie - « *délit d'épicier* » ⁴⁷⁷, fulminèrent certains -, que fut engagée l'affaire du sang contaminé ⁴⁷⁸. Seuls les immeubles sont exclus du domaine de la tromperie ⁴⁷⁹. Le législateur est, lui, venu rajouter notamment les services au champ d'application de la tromperie par la loi du 10 janvier 1978 ⁴⁸⁰. C'est depuis cette même loi que le texte vise, comme auteur de l'infraction, « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat [...] même par l'intermédiaire d'un tiers », alors que seul le cocontractant était auparavant concerné. La largesse de cette formule induit par ailleurs que ce texte n'est pas réservé aux contrats entre

473 Inséré aux articles L. 213-1 et suivants du Code de la consommation en 1993, le délit de tromperie punit plus exactement « d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers : 1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ; 2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ; 3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre ». Signalons que les peines de la tromperie sont amenées à être augmentées avec l'adoption du projet de loi relatif à la consommation (voy. *infra*, n° 358).

474 L'existence d'un contrat est ainsi une condition préalable du délit de tromperie, voy. TC Paris, 14 janvier 2009 ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 98, note J.-H. ROBERT (affaire de l'hormone de croissance). Un arrêt, sans doute d'espèce, a élargi de manière critiquable le délit en retenant qu'un contrat « éventuel » suffisait pour caractériser la tromperie (Crim., 7 septembre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-87354).

475 La Cour de cassation a refusé d'appliquer la tromperie aux « informations d'ordre général, délivrées en dehors de tout lien contractuel » données à l'occasion du passage en France du nuage radioactif de Tchernobyl (Crim., 20 novembre 2012 ; *Bull. crim.*, n° 251 ; *D.* 2013, p. 218, note C. LACROIX ; *Communication commerce électronique* 2013, comm. n° 7, note A. LEPAGE ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 17, note M. VÉRON, et comm. n° 28, note J.-H. ROBERT ; *AJ Pénal* 2013, p. 220, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *RSC* 2013, p. 89, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD com.* 2013, p. 361, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2012, p. 367, note J.-C. SAINT-PAU).

476 Tous les contrats ne sont cependant pas concernés : ainsi les contrats à titre gratuit sont exclus du champ d'application de la tromperie (Crim., 8 mars 1990 ; *Bull. crim.*, n° 111 ; *JCP G* 1990, II, 21542, note J.-H. ROBERT ; *Droit pénal* 1990, comm. n° 227, obs. J.-H. ROBERT).

477 J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'affaire du sang contaminé : la triple ambiguïté de l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 juin 1994 », *Gaz. Pal.* 1994, doctr. p. 1135 et s., spéc. p. 1135 (souligné par l'auteur).

478 Voy. Crim., 22 juin 1994 ; *Bull. crim.*, n° 248 ; *JCP G* 1994, II, 22310, note M.-L. RASSAT ; *D.* 1995, jur. p. 65, concl. J. PERFETTI, et jur. p. 85, note A. PROTHAIS ; *RSC* 1995, p. 347, obs. Y. MAYAUD.

479 Les juges ont également fait échapper la location d'un immeuble à la loi de 1905 (Crim., 24 janvier 1991 ; *D.* 1991, somm. p. 271, note G. AZIBERT ; et, plus récemment, Crim., 13 janvier 2009 ; *Bull. crim.*, n° 12 ; *JCP G* 2009, II, 10094, note A. DONNIER ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 119, obs. G. RAYMOND).

480 Cette extension considérable figure désormais à l'article L. 216-1 du Code de la consommation.

professionnels et consommateurs : la chambre criminelle applique donc le délit de tromperie aux relations entre professionnels, et même aux professionnels contractant dans leurs domaines de compétences⁴⁸¹. Si l'incrimination de tromperie est d'inspiration consumériste, son champ d'application transgresse donc largement ce seul domaine.

Comme son nom l'indique, l'incrimination exige ensuite une tromperie, destinée à inciter autrui à contracter. La tentative étant réprimée, le délit est constitué par la simple mise en vente de la marchandise. Quant aux moyens de cette tromperie, une simple abstention ou défaut d'information suffit⁴⁸², ce qui rapproche ce délit du dol civil par réticence, mais l'éloigne des autres incriminations pénales, notamment de l'escroquerie. Bien d'autres évolutions pourraient être citées, et notamment l'extension démesurée de l'élément moral, qui donnera lieu à des développements spécifiques⁴⁸³. Mais il n'est pas utile de rentrer plus en avant dans la description de l'incrimination : il suffisait de vérifier sa participation effective à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. En réalité, la place accordée au consentement contractuel par l'incrimination de tromperie est telle qu'elle pose la question de savoir s'il ne s'agit pas de l'intérêt désormais protégé.

103. L'intégrité du consentement, valeur protégée par l'incrimination de tromperie ? L'identification certaine de la valeur protégée par l'incrimination de tromperie paraît impossible, car plusieurs protections s'entremêlent sans qu'aucune ne l'emporte réellement. Ce qui est certain, c'est que le contenu de l'incrimination est entièrement tourné vers la protection de l'intégrité du consentement du contractant : la consommation de la tromperie suppose nécessairement la tromperie du contractant, ou du moins un risque de tromperie lorsque la tentative est réprimée⁴⁸⁴. D'ailleurs, la réécriture du texte incriminant la tromperie telle que la proposait M. ROBERT dans le rapport « COULON », ne reprenait que ce seul aspect de protection du consentement⁴⁸⁵. En outre, les peines encourues seront

481 Crim., 4 novembre 2008 ; *Bull. crim.*, n° 223 ; *D.* 2009, pan. p. 394, obs. N. SAUPHANOR-BROULLAUD ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 90, note G. RAYMOND ; *AJ Pénal* 2009, p. 74, note J.-R. DEMARCHI ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 14, note J.-H. ROBERT ; *RSC* 2009, p. 102, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD. com.* 2009, p. 472, obs. B. BOULOC ; Crim., 6 septembre 2011 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 139, obs. J.-H. ROBERT.

482 Voy. par ex., Crim., 27 janvier 1987 ; *D.* 1988, jur. p. 156, note C. CARREAU.

483 Voy. *infra*, n° 263.

484 Comp. Crim., 20 octobre 2009 ; inédit, pourvoi n° 09-83678 ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 50, obs. J.-H. ROBERT, et chron. n° 4, obs. A. LEPAGE : la tromperie a été caractérisée en présence d'une indication inexacte quant à la cylindrée du véhicule, alors que l'acheteur ne s'y intéressait pas.

485 « Constitue une tromperie le fait de dire ou de suggérer, même par réticence, lors de la formation ou de l'exécution d'un contrat à titre onéreux, des informations mensongères relatives aux qualités substantielles de l'objet de la convention lorsqu'il consiste en un objet mobilier matériel ou en une

doublées notamment lorsque certaines manœuvres frauduleuses destinées à tromper le consommateur seront caractérisées⁴⁸⁶. Il serait alors possible d'identifier cette intégrité du consentement comme valeur protégée par l'incrimination de tromperie.

Mais il convient de remarquer qu'aucune des différentes extensions ne perd de vue l'objectif initial de la tromperie : favoriser les professionnels honnêtes, de sorte que l'incrimination ne saurait être totalement détachée de ses vertus concurrentielles. Il serait donc possible de considérer que la tromperie du consentement du contractant n'est incriminée que parce qu'elle risque de nuire à la concurrence, *ratio legis* initiale de l'incrimination, sans qu'aucun argument ne permette de trancher cette question d'une manière définitive, dans un sens ou dans l'autre. On ajoutera qu'à ces différentes finalités s'ajoute encore la protection de la santé des consommateurs, impératif présent de 1905 à nos jours, ce qu'attestent notamment certaines circonstances aggravantes de la tromperie⁴⁸⁷.

En définitive, il faut reconnaître que la valeur protégée par l'incrimination de tromperie est diffuse au sein de l'objectif général de loyauté du marché, qui se décline en une concurrence saine d'une part, la protection des consommateurs, et notamment de leurs consentements d'autre part⁴⁸⁸. En tous les cas, la tromperie constitue un instrument certain et essentiel de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel. Pareilles considérations ne sauraient être étendues au délit de falsification, qui n'intègre qu'indirectement la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

prestation de service » (*in* J.-M. COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p. 47).

486 Selon l'article L. 213-2 du Code de la consommation, « Les peines prévues à l'article L. 213-1 sont portées au double : 1° [...]; 2° Si le délit ou la tentative de délit prévus à l'article L. 213-1 ont été commis : a) Soit à l'aide de poids, mesures et autres instruments faux ou inexacts ; b) Soit à l'aide de manœuvres ou procédés tendant à fausser les opérations de l'analyse ou du dosage, du pesage ou du mesurage, ou tendant à modifier frauduleusement la composition, le poids ou le volume des marchandises, même avant ces opérations ; c) Soit enfin à l'aide d'indications frauduleuses tendant à faire croire à une opération antérieure et exacte ». Rapp. l'article L. 213-4 du Code de la consommation (délict connexe de détention réprimant notamment la détention d'appareils de mesures inexacts ou d'objets propres à falsifier).

487 L'article L. 213-2 du Code de la consommation double ainsi les peines prévues pour la tromperie notamment lorsque celle-ci aura eu pour conséquence de rendre l'utilisation de la marchandise dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal (circonstance aggravante retenue dans l'affaire dite du sang contaminé, voy. la jurisprudence citée note 478).

488 En ce sens, A. LECOURT, « La loi du 1^{er} août 1905 : protection du marché ou protection du consommateur ? », art. préc. ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1008.

104. L'impossible rattachement du délit de falsification à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Voisin, dans le Code et dans l'esprit, de la tromperie, le délit de falsification, prévu par l'article L. 213-3 du Code de la consommation⁴⁸⁹, est puni des mêmes peines. La distinction des deux délits peut d'ailleurs s'avérer délicate : si tromper, c'est induire le client en erreur, falsifier suppose une modification ou altération du produit⁴⁹⁰. L'article 213-3 incrimine plus précisément quatre comportements, qu'il est possible de schématiser ainsi : falsifier, exposer des produits falsifiés, exposer des instruments de falsification, et enfin provoquer à l'emploi de ces moyens de falsification. L'infraction est, comme la tromperie, assez naturellement intentionnelle, encore que cette condition soit relativement assouplie par la jurisprudence⁴⁹¹. Le domaine de l'incrimination de falsification est cependant plus étroit, puisqu'elle ne s'applique qu'en matière de produits alimentaires⁴⁹², médicaments, boissons et produits agricoles ou naturels. Si l'incrimination protège initialement les professionnels honnêtes, les consommateurs en bénéficient tout autant, ce qu'attestent les sanctions jurisprudentielles d'abus en tous genre, notamment en matière alimentaire⁴⁹³. Mais pas question de sanctionner ici la falsification de voitures ou de logiciels comme le permet le délit de tromperie. En effet, c'est de la santé du consommateur que le délit de falsification se soucie principalement, et non de la liberté de son consentement. D'ailleurs, l'existence d'un contrat n'est nullement une condition préalable du délit. De sorte que l'incrimination de falsification ne peut être vue comme principalement protectrice du consentement contractuel. Les atteintes qui lui sont portées ne sont en effet que l'un des moyens de l'incrimination, destinée à la protection d'intérêts différents.

489 À côté du délit de falsification proprement dit existent les délits de détention de produits falsifiés (article L. 213-4 du Code de la consommation).

490 Le terme de falsification, non-défini par la loi, l'a été par la jurisprudence : « la falsification d'un produit est constituée par le recours à un traitement illicite et non conforme à la réglementation en vigueur de nature à en altérer la substance » (Crim., 23 janvier 2001 ; *Bull. crim.*, n° 19 ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 89, obs. J.-H. ROBERT ; *RTD com.* 2001, p. 791, obs. B. BOULOC).

491 Voy. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », *Répertoire pénal Dalloz* 2009, n° 453.

492 Excepté toutefois les fruits et légumes frais fermentés ou corrompus (article L. 213-3, alinéa 8 du Code de la consommation) qui sont visés spécifiquement par une loi du 29 juin 1934 et le décret n° 55-1126 du 19 août 1955.

493 Voy. la « petite boutique des horreurs alimentaires » retracée par C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 450.

2. La plénitude de la pénalisation d'inspiration consumériste de la tromperie du consentement

105. Malgré l'incrimination remarquable des fraudes et falsifications dès 1905, les contours de la pénalisation au service de la protection du consommateur n'étaient initialement que vaguement esquissés. Or, le développement économique et sociétal de la France à partir des années 1960 a engendré une recrudescence des atteintes au consentement de contractants souvent placés en situation d'infériorité, économique ou informationnelle. Le législateur devait réagir, et l'a fait à l'aide de son arme favorite, l'arme pénale. Des réactions souvent indirectes et ponctuelles de ses débuts, la pénalisation de la tromperie du consentement s'est alors peu à peu étoffée, jusqu'à acquérir une réelle *plénitude* ⁴⁹⁴.

De l'éparpillement législatif qui en résulte, il est possible d'en tirer une tendance nouvelle, celle de *prévenir* les atteintes au consentement. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel s'entend alors de l'incrimination de comportements *susceptibles* de tromper les consommateurs, notamment par le biais d'une information insuffisante ou mensongère. Ici plus qu'ailleurs, le nombre et la diversité des réglementations pénales impressionnent. S'y mêlent des réglementations aussi spécifiques que celles relatives à l'étiquetage ⁴⁹⁵, aux informations spécifiques à certains contrats particuliers, tels les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de revente ou d'échange ⁴⁹⁶, ou à certains types de vente, par exemple la vente dite *à la boule de neige* ⁴⁹⁷. Chacune de ces réglementations fourmille de sanctions pénales extrêmement précises, qu'il est impossible et inutile de reprendre ici dans leur intégralité. Mais nous ne négligerons ces exemples que pour mieux les retrouver plus tard, car il est certain qu'ils entretiennent la réflexion sur l'opportunité d'une pénalisation aussi massive des atteintes au consentement contractuel. Seules seront donc ici retenues les incriminations qui présentent un intérêt particulier au regard de la pénalisation de la tromperie d'inspiration consumériste, de par leur importance ou leur

494 Ce terme est synonyme d'« ampleur » et d'« épanouissement » (Dictionnaire *Le Petit Robert* 2014, v° Plénitude), autant de mots qui qualifient avec justesse la pénalisation contemporaine de la tromperie du consentement.

495 Les différentes règles relatives à l'étiquetage prévues par l'article L. 113-3 du Code de la consommation sont sanctionnées d'une contravention de cinquième classe par l'article R. 113-1 du même Code.

496 Les défauts d'information ou de respect du droit de rétractation du consommateur tel que visés par les articles L. 121-60 à L. 121-79 du Code de la consommation sont alors sanctionnés pénalement selon les prescriptions des articles L. 121-79-2 et suivants du même Code.

497 Aussi appelée vente *multiniveau* ou *pyramidale* : chaque adhérent bénéficie d'un avantage sous réserve de recruter plusieurs autres adhérents, et ainsi de suite. La loi du 5 novembre 1953 a fait de ce type de vente un délit particulier, qui figure aujourd'hui à l'article L. 122-6 du Code de la consommation. Pour un exemple de condamnation récente sur ce fondement, voy. CA Montpellier, 13 mars 2012 ; *Juris-Data* n° 2012-029133 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 249, obs. G. RAYMOND.

originalité, notamment parce qu'elles permettent de tracer les frontières, temporelles ou matérielles, des atteintes au consentement contractuel. Cela nous entraîne vers l'exploration de deux voies principales, que sont la réglementation pénale des pratiques commerciales trompeuses (a), et celle de certains contrats de consommation (b).

a. La réglementation pénale des pratiques commerciales trompeuses

106. L'incrimination initiale de la publicité trompeuse. L'incrimination de *publicité mensongère* fut créée par la loi du 2 juillet 1963. Jusqu'alors, la tromperie du consommateur par une publicité malhonnête ne pouvait être réprimée que par les délits d'escroquerie⁴⁹⁸ et de tentative de tromperie, bien sûr insuffisants au regard des spécificités de ce « cancer de la publicité »⁴⁹⁹. La loi de 1963 apparut d'ailleurs elle-même très rapidement comme insuffisante, notamment parce qu'elle exigeait la démonstration de la mauvaise foi de l'auteur de la publicité, et fut remplacée par l'article 44 de la loi « ROYER » du 27 décembre 1973, créant le délit plus large de *publicité fausse ou de nature à induire en erreur*, terminologie que la doctrine simplifia en *publicité trompeuse*. Repris aux articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation en 1993, le délit était alors ainsi rédigé : « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles [...] ». Le délit exigeait donc d'abord une publicité, dont les tribunaux ont eu une vision très large⁵⁰⁰. Cette publicité devait surtout être fausse ou de nature à induire en erreur, ce qui permit une répression assez large des publicités trompeuses, à l'exception notable des publicités hyperboliques⁵⁰¹. Quant à l'élément moral du délit, il pouvait être

498 Sur ce point, voy. not. M. BLONDET, « L'escroquerie à la publicité », *D.* 1953, chron. p. 133 et s. ; C. CARREAU, « Publicité et escroquerie », *D.* 1996, chron. p. 257 et s.

499 S. GUINCHARD, « Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne, droit pénal, propriété industrielle*, Litec, 1990, p. 11 et s., n° 1.

500 Constituait une publicité « tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés » (Crim., 12 novembre 1986 ; *Bull. crim.*, n° 335 ; *JCP G* 1987, IV, 29 ; Crim., 14 octobre 1998 ; *D.* 2000, somm. p. 130, obs. M.-H. GOZZI, et somm. p. 281, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP E* 1999, p. 462, note PH. CONTE).

501 L'annonceur était relaxé lorsque la publicité ne pouvait, en raison de son caractère exagéré et hyperbolique, tromper le consommateur moyen, solution affirmée dans l'affaire célèbre où une publicité montrait des bulldozers jouant au football avec une valise pour démontrer sa solidité (affaire dite *Samsonite*, Crim., 21 mai 1984 ; *D.* 1985, jur. p. 105, note S. MARGUERY ; *RTD com.* 1985, p. 379, obs. P. BOUZAT). De même le slogan « La pile Wonder ne s'use que si l'on s'en sert » n'est pas trompeur, bien que l'affirmation soit objectivement fausse (Crim., 15 octobre 1985 ; *D.* 1986, IR p. 397, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE). La conception pénale ne s'éloigne guère, sur ce point, de la notion civile de *dolus bonus* (sur laquelle, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte*

constitué, depuis la réforme de 1973, en dehors de toute mauvaise foi⁵⁰², par simple négligence ou imprudence⁵⁰³. Précisons enfin qu'il s'agissait d'une infraction formelle⁵⁰⁴ : peu importait qu'une victime ait été effectivement trompée, car il s'agissait bien de prévenir la tromperie des consommateurs. L'auteur principal du délit était l'annonceur⁵⁰⁵, qui pouvait être un professionnel, mais aussi un simple particulier⁵⁰⁶. L'incrimination de publicité trompeuse participait donc incontestablement à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, et en était même l'un des éléments les plus emblématiques. Elle a aujourd'hui disparu, englobée depuis 2008 dans l'incrimination de pratiques commerciales trompeuses.

107. Les lois des 3 janvier et 4 août 2008. C'est dans un contexte inquiétant pour le pouvoir d'achat que fut adoptée le 3 janvier 2008 la loi n° 2008-3 « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ». L'intitulé est trompeur car la loi vise, en réalité, « un peu de concurrence, beaucoup de droit de la consommation »⁵⁰⁷, et son apport majeur réside en effet, sans doute, dans l'incrimination des pratiques commerciales déloyales⁵⁰⁸. Sur ce point, le législateur français a entendu transposer la directive communautaire du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales⁵⁰⁹, ce qu'il n'était, compte tenu de la pénalisation déjà existante, sans doute pas tenu de faire⁵¹⁰. La

juridique, op. cit., n° 212).

502 Crim., 4 décembre 1978 ; *Bull. crim.*, n° 342 ; *D.* 1979, IR p. 180, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Crim., 27 octobre 1980 ; *RTD com.* 1981, p. 622, obs. P. BOUZAT. *Contra*, J.-C. FOURGOUX, « La publicité mensongère, délit intentionnel », *Gaz. Pal.* 1977, doct. p. 76 et s.

503 Crim., 2 octobre 1985 ; *Bull. crim.*, n° 290 ; Crim., 10 avril 1986 ; *D.* 1987, IR p. 397, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

504 Crim., 20 mars 2007 ; *Bull. crim.*, n° 86 ; *Droit pénal* 2007, comm. n° 86, obs. J.-H. ROBERT.

505 Ancien article L. 121-5 du Code de la consommation.

506 Crim., 24 mars 1987 ; *Bull. crim.*, n° 139 ; *JCP* 1988, II, 21017, note G. HEIDSIECK.

507 L. LEVENEUR, « Un peu de concurrence, beaucoup de droit de la consommation, À propos de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 », *JCP G* 2008, act. 69. La loi de 2008 ne fait que reprendre les objectifs visés par la directive dont elle s'inspire, directive dont le considérant 8 dispose que « la présente directive protège les intérêts des consommateurs contre les pratiques commerciales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par elle, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne ».

508 Parmi les autres innovations importantes opérées par cette loi, signalons la possibilité pour le juge de se saisir d'office (article L. 141-4 du Code de la consommation) et la possibilité de transiger accordée à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (*infra*, n° 192 et s.).

509 Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 : *JOUE* 11 juin 2005, n° L 149, p. 22. Voy., pour un bilan récent, D. ROSKIS et C.-M. DORÉMUS, « Contrôle des pratiques commerciales déloyales, Retour sur la transposition et l'application en France de la directive 2005/29/CEE », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2013, n° 4, dossier n° 28.

510 Voy. *supra*, n° 10.

pénalisation de ces pratiques s'est encore développée - sept mois et un jour plus tard - , avec la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008. « Réformite aigüe », diagnostiqua, sarcastique, Mme AMBROISE-CASTÉROT⁵¹¹. Réformite dont le syndrome serait alors l'incrimination toujours plus large - du moins formellement - , des atteintes au consentement dans le champ contractuel. Nul doute, en effet, que ce sont ces atteintes au consentement qu'incriminent directement les textes concernés⁵¹², nous en donnerons d'ailleurs plusieurs illustrations.

108. Les incriminations de pratiques commerciales déloyales. Les lois des 3 janvier et 4 août 2008 aboutissent à une architecture assez complexe, dont la clef de voûte est l'interdiction des *pratiques commerciales déloyales*, par l'article L. 120-1 du Code de la consommation. Celui-ci précise qu'« une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Le texte pourrait sembler manquer de clarté, notamment quant aux « exigences de la diligence professionnelle » : aucun texte ou code, hormis pour les professions libérales, ne détermine une quelconque déontologie professionnelle⁵¹³. Mais le législateur précise ensuite sa pensée : « constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses [...] et agressives [...] ». Seule sera maintenant étudiée la première incrimination⁵¹⁴, dont le siège se situe à l'article L. 121-1 du Code de la consommation, en lieu et place de l'ancien délit de publicité trompeuse.

109. La nouvelle incrimination de pratiques commerciales trompeuses. Quels changements le passage de la *publicité fausse ou de nature à induire en erreur* aux *pratiques commerciales trompeuses* induit-il ? La doctrine s'est naturellement et vivement intéressée à cette modification, avec, comme première question, celle de son ampleur réelle. « Blanc bonnet ou bonnet blanc ? »⁵¹⁵ s'interrogeait ainsi un auteur peu après la sortie de la loi. La réécriture de l'incrimination n'est en effet intervenue qu'au dernier moment, à la faveur d'un

511 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ Pénal* 2009, p. 22 et s., spéc. p. 22.

512 Voy., rattachant les pratiques commerciales trompeuses à la protection du consentement du consommateur, A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 1237.

513 G. RAYMOND, « Pratiques commerciales déloyales et agressives », *J.-Cl. Concurrence-consommation*, fasc. 900, 2008, n° 12.

514 Les pratiques commerciales agressives seront étudiées comme participant à la pénalisation du forçage du consentement (voy. *infra*, n° 160 et s.).

amendement, et sans avoir retenu l'attention des parlementaires. Mais à l'inverse, il est certain qu'aucune modification n'est anodine dans notre droit pénal régi par le principe de légalité. En ce qui concerne, d'abord, l'élément matériel, il convient de revenir sur chacun des termes de l'incrimination - *pratiques, commerciales et trompeuses* - , afin de délimiter son nouveau champ d'application, dont on pourra déduire la place accordée à la protection du consentement contractuel.

110. De la *publicité aux pratiques*. Comment comprendre le remplacement du terme de *publicité* par celui de *pratique commerciale* ? Il est en tous les cas certain que « le principe de la légalité [n'y] gagne rien »⁵¹⁶, le terme de *pratique* n'étant défini ni dans le texte de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, ni à aucun autre endroit de la loi du 3 janvier 2008⁵¹⁷. Un consensus s'est pourtant rapidement fait, considérant la pratique comme plus large que la publicité, et englobant cette dernière⁵¹⁸. Pourtant, si l'on analyse les actes qui, concrètement, constitueront une *pratique* alors qu'ils ne constituaient auparavant pas une publicité, l'extension opérée ne peut être que relativisée. Notons, en effet, que la jurisprudence avait retenu de la publicité une conception très élargie, et l'infraction de publicité fautive ou de nature à induire en erreur était constituée par les indications portées à même l'objet proposé à la vente⁵¹⁹, sur son emballage⁵²⁰, ou sur divers documents commerciaux, telles les factures⁵²¹. Il en était de même des déclarations faites lors d'une démonstration⁵²², et même des lettres adressées de manière privée à un ou plusieurs clients⁵²³. Selon Mme FOURNIER⁵²⁴, la seule extension finalement envisageable

515 S. FOURNIER, « De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses », art. préc., n° 1. Dans le même sens, voy. G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats concurrence consommation* 2008, étude n° 3, n° 26.

516 A. LEPAGE, « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007 - avril 2008) », *Droit pénal* 2008, chron. n° 4, n° 21.

517 La directive européenne précitée du 11 mai 2005 n'est pas non plus d'une grande aide, définissant les pratiques commerciales de manière assez floue, comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs » (article 2, d).

518 S. FOURNIER, « De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses », art. préc., n° 6.

519 Crim., 15 mai 2001 ; *Bull. crim.*, n° 122 ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 118, obs. J.-H. ROBERT.

520 Crim., 3 septembre 2002 ; inédit, pourvoi n° 01-86760.

521 Crim., 23 mars 1994 ; *Bull. crim.*, n° 114 ; Crim., 14 novembre 2000 ; *Juris-Data* n° 2000-007547 ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 34, obs. J.-H. ROBERT.

522 Crim., 13 décembre 1982 ; *Bull. crim.*, n° 285.

523 Crim., 12 novembre 1986 ; préc.

524 S. FOURNIER, « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2008, n° 14.

concerne l'hypothèse d'agissements *postérieurs* à la conclusion du contrat⁵²⁵, ce que la définition de la publicité excluait⁵²⁶. La continuité certaine entre les deux incriminations est largement confirmée par la jurisprudence, laquelle a même pu retenir que l'« enrichissement de la définition n'a pas modifié les éléments constitutifs de l'infraction »⁵²⁷.

111. Conséquences de l'exigence d'une pratique commerciale. L'extension réalisée par le terme de *pratique* semble donc assez limitée. Et elle l'est d'autant plus que seule la pratique *commerciale* est visée par le texte d'incrimination. De sorte que seuls les agissements des professionnels - personnes physiques comme morales⁵²⁸ -, seront réprimés, conformément à l'esprit de la directive européenne du 11 mai 2005⁵²⁹, à l'exclusion des pratiques des particuliers ou associations à but non lucratif. L'article L. 120-1 du Code de la consommation, « guide de l'interprète »⁵³⁰ de ce titre du Code, le rappelle en évoquant des « pratiques contraires aux diligences professionnelles ». La publicité fautive ou de nature à induire en erreur permettait pourtant de poursuivre ces catégories d'auteurs⁵³¹, de même qu'elle s'appliquait lorsque la victime était une professionnelle⁵³² - ce qui sera désormais le cas en matière d'*action* mais pas d'*omission* trompeuse⁵³³. Enfin, l'exigence d'une pratique commerciale conduit à exclure les simples campagnes d'opinion⁵³⁴, comme elle devrait exclure les opérations à titre gratuit, pourtant réprimées par l'ancien délit de publicité

525 Voy. en ce sens l'article 3, 1 de la Directive du 11 mai 2005, selon lequel « la présente directive s'applique aux pratiques commerciales [...] avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit ».

526 Voy. par ex., Crim., 31 janvier 1989 ; *Bull. crim.*, n° 40 ; *D.* 1990, somm. p. 359, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

527 Crim., 24 mars 2009 ; inédit, pourvois n° 08-86530 et n° 08-86534 ; *LPA* 10 juin 2010, n° 115, p. 15, obs. V. CRAPONNE ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 235, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2009, p. 637, obs. B. BOULOC.

528 Voy. par ex., pour la condamnation d'une agence immobilière pour pratiques commerciales déloyales, Crim., 23 février 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-81819 ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 73, note J.-H. ROBERT.

529 Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, directive n° 2005/29/CE, article 2, d).

530 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », art. préc., spéc. p. 22.

531 Voy. Crim., 24 mars 1987 ; préc. ; Crim., 13 juin 1991 ; *Bull. crim.*, n° 256 ; *Droit pénal* 1991, comm. n° 263, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 1992, p. 98, obs. J. PRADEL ; Crim., 27 mars 1996, *Bull. crim.*, n° 139 ; *RSC* 1997, p. 122, obs. A. GIUDICELLI.

532 Crim., 2 octobre 1980 ; *Bull. crim.*, n° 246 ; Crim., 14 novembre 2000 ; préc.

533 Article L. 121-1, III du Code de la consommation.

534 Voy. Com., 27 avril 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-15648 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 2866, chron. S. PIEDELIÈVRE, et jur. p. 2880, chron. A. BASSET : il n'y a pas pratique commerciale trompeuse quand « la communication litigieuse se présente comme une campagne d'opinion sur la nécessité d'ouvrir à la concurrence la vente des médicaments non remboursés [...] ».

trompeuse⁵³⁵. On le voit, la nouvelle incrimination de pratiques commerciales déloyales est loin de réaliser une extension systématique.

112. Précisions sur le caractère *trompeur* des pratiques commerciales. Il faut enfin que les pratiques commerciales soient *trompeuses*. Précisons, d'abord, que l'infraction est constituée dès lors qu'elle est *susceptible* de tromper le public - par une appréciation *in abstracto*, en référence au consommateur « moyen »⁵³⁶ -, sans qu'il soit nécessaire qu'une personne ait été effectivement trompée : il s'agit donc d'une infraction *formelle*⁵³⁷. Sur ce point, la nouvelle incrimination ne fait que reprendre la solution auparavant admise pour la publicité trompeuse⁵³⁸. Il fallait néanmoins, pour le législateur, préciser cette notion. Or, et à l'inverse de la notion de pratiques commerciales, le caractère *trompeur* qu'elles doivent avoir pour caractériser l'infraction fait l'objet d'une définition très - trop ? - détaillée. Celle-ci a son siège à l'article L. 121-1 du Code de la consommation, qui est en réalité exclusivement consacré à la définition du caractère trompeur : composé d'une dizaine de lignes lorsqu'il incriminait la publicité trompeuse, l'article L. 121-1 occupe désormais plus d'une page du Code. Curieuse évolution, au demeurant, à une époque où les pouvoirs publics proclament et annoncent la « simplification du droit »⁵³⁹. Rappelons que l'ancienne publicité trompeuse était caractérisée dès lors qu'elle comprenait « sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ». Désormais, la loi distingue entre des pratiques de *commission* et d'*omission*, divisant l'article L. 121-1 du Code de la consommation en deux parties principales.

113. Les pratiques commerciales trompeuses par commission. Rentrent dans cette première catégorie trois pratiques. La première est celle qui « crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial [...] ». La deuxième ne fait que

535 Crim., 8 mars 1990 ; préc. Voy., pour une critique de cette solution, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 412.

536 Voy. déjà, pour l'ancien délit de publicité trompeuse : Crim., 15 octobre 1985 ; préc. ; Crim., 18 mai 1996 ; RSC 1998, p. 120, obs. A. GIUDICELLI.

537 Pour une application du délit en l'absence de victime, voy. Crim., 5 mai 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-85689 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 953, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *Revue de droit immobilier* 2010, p. 605, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 86, obs. G. RAYMOND ; RSC 2011, p. 106, note C. AMBROISE-CASTÉROT. *Contra*, exigeant de la cour d'appel qu'elle vérifie qu'un nombre significatif de personnes aient acheté le produit faisant l'objet de la publicité : Com., 7 juillet 2009 ; *Bull. civ.* IV, n° 104 ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 257, note G. RAYMOND.

538 Crim., 8 décembre 1987 ; *Bull. crim.*, n° 450 ; D. 1988, IR p. 43 ; Crim., 20 mars 2007 ; préc.

539 Voy. par ex., la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, ou encore la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

reprandre l'ancienne publicité trompeuse, en visant une pratique qui « repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur », lesquelles doivent porter sur un certain nombre d'éléments relatifs au contrat. La troisième et dernière pratique est, comme la première, textuellement novatrice, visant le cas où « la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ».

Formellement, l'extension est incontestable. Mais cette extension formelle se prolonge-t-elle substantiellement ? Autrement dit, de nouveaux comportements pourront-ils, concrètement, être appréhendés par la nouvelle incrimination, du fait de cette définition élargie du caractère trompeur ? Là aussi, l'extension réalisée par la loi du 3 janvier 2008 doit être relativisée, quelques exemples le montreront. L'article L. 121-1 du Code de la consommation débute, nous l'avons dit, en considérant comme trompeuse une pratique commerciale qui « crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial [...] ». Certes, l'ancien texte ne visait pas de manière explicite de tels agissements. Mais ne permettait-il pas pour autant de réprimer la « confusion » que vise aujourd'hui le nouvel article L. 121-1 du Code de la consommation ? L'hypothèse soulevée à ce sujet lors des travaux parlementaires était celle de l'usage d'un logo qui ressemblerait à un autre, faisant naître une confusion dans l'esprit du consommateur ⁵⁴⁰ - hypothèse qui a donné lieu à condamnation dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 février 2013 ⁵⁴¹. Or, cette hypothèse précise a justement été qualifiée de publicité de nature à induire en erreur par la jurisprudence antérieure ⁵⁴². Ajoutons que le délit de contrefaçon est également parfois applicable, par exemple lorsqu'un distributeur vend sous une marque des carburants provenant d'une autre société pétrolière ⁵⁴³, ou commercialise un produit dans un emballage portant la marque d'autrui ⁵⁴⁴, ou encore propose du parfum imitant une marque célèbre ⁵⁴⁵. Il en est de même pour la troisième hypothèse d'action trompeuse, « lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiée ».

540 Mme C. PROCACCIA, séance du Sénat du 14 décembre 2007, citée par S. FOURNIER, « Pratiques commerciales trompeuses », fasc. préc., n° 23.

541 Il y a pratique commerciale trompeuse lorsque le logo d'une société, fournissant des services publicitaires, risque de se confondre avec celui d'une caisse de sécurité sociale à laquelle l'adhésion est obligatoire (Com., 26 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-12203 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 147, note G. RAYMOND).

542 Voy. not., Crim., 23 février 1989 ; *Bull. crim.*, n° 91.

543 Crim., 8 octobre 1974 ; *Gaz. Pal.* 1975, somm. p. 95.

544 CA Agen, 23 janvier 1975 ; *D.* 1975, p. 748, note J.-C. FOURGOUX.

545 CA Aix-en-provence, 23 février 1994 ; *Contrats concurrence consommation* 1995, comm. n° 17, note G. RAYMOND.

L'ancienne publicité trompeuse pouvait notamment porter sur l'« identité, qualités ou aptitudes du fabricant », et les deux hypothèses semblent se confondre. Cette hypothèse est d'ailleurs reprise par la deuxième action trompeuse visée par l'article L. 121-1, I, 2°, f). Ne faut-il donc pas douter de l'utilité de cette troisième hypothèse ? D'autant qu'elle semble également recouper très largement l'hypothèse d'une « confusion avec un autre bien ou service, un nom commercial », que vise l'article L. 121-1, I, 1°. Prenons un dernier exemple, tiré de la comparaison entre les délits de pratiques commerciales trompeuses et de tromperie. Le premier sanctionne les indications, allégations ou présentations trompeuses portant sur les caractéristiques essentielles du bien, tandis que le second sanctionne toute personne qui aura trompé ou tenté de tromper le contractant par quelque moyen que ce soit, la tromperie devant là aussi porter sur des caractéristiques essentielles du bien. Ces deux articles sont plus que redondants, ce qui pose la question de l'intérêt qu'offre désormais le délit de tromperie, englobé et dépassé par les pratiques commerciales trompeuses⁵⁴⁶.

114. Les pratiques commerciales trompeuses par omission. Grande nouveauté textuelle, l'article L. 121-1, II du Code de la consommation vise ensuite les pratiques commerciales trompeuses par *omission*. Plus précisément, constitue cette forme de pratique celle qui « omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps⁵⁴⁷ une information substantielle », laquelle information substantielle est ensuite précisée en matière d'offre de vente mentionnant le prix et certaines caractéristiques du bien. La pénalisation des omissions trompeuses a alors été présentée comme l'apport le plus significatif de la nouvelle incrimination de pratiques commerciales trompeuses. Il est pourtant certain que l'on admettait déjà, à propos de l'ancien délit de publicité trompeuse, que le caractère de nature à induire en erreur pouvait résulter d'un silence gardé, d'une dissimulation ou d'une ambiguïté. Un arrêt souvent repris l'illustre, à propos d'un propriétaire viticole également négociant en vins, qui appose sur des bouteilles de diverses origines, y compris les siennes, une même étiquette indiquant la mise en bouteille à la propriété. Son affirmation est exacte, mais son silence sur la provenance des différents vins et sa qualité de négociant a été jugé trompeur par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁴⁸. Cela étant, la largesse de la nouvelle incrimination permet d'envisager la

546 En ce sens, C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 13 ; et *infra*, n° 358.

547 La notion de contretemps a été jugée suffisamment claire pour ne pas que l'article L. 121-1 du Code de la consommation soit renvoyé au Conseil constitutionnel (Crim., 30 novembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 10-90076 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 24, note J.-H. ROBERT).

548 Voy. par ex., Crim., 4 décembre 1978 ; préc.

sanction d'une abstention pure et simple, quand l'abstention dans l'action était auparavant seule répréhensible⁵⁴⁹. Sans doute les pratiques commerciales trompeuses représentent-elles ici un élargissement des solutions antérieurement admises.

115. Les pratiques réputées trompeuses au sens de l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation. Malgré tous les soins apportés à la définition du caractère trompeur par l'article L. 121-1 du Code de la consommation, le législateur a entendu, tout juste sept mois plus tard, s'assurer de leur bonne compréhension par le juge en *réputant* trompeuses un certain nombre - vingt-deux - de pratiques. Ces pratiques réputées trompeuses ont été insérées par la loi du 4 août 2008 à l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation⁵⁵⁰. Il s'agit ni plus ni moins de *consignes d'interprétation* données au juge, ce qui ne doit pas manquer d'interpeller le juriste : ne doit-on pas y voir une méconnaissance de la séparation des pouvoirs ? La plupart des hypothèses visées ne font que détailler les règles déjà énoncées à l'article L. 121-1. Par exemple, le fait d' « afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire » est une pratique réputée trompeuse, quand l'article L. 121-1, I, 2° affirme déjà qu'une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant notamment sur « ses qualités substantielles, sa composition, [...], son origine, son mode et sa date de fabrication ». D'autres empiètent, ce qui est plus gênant, sur le champ d'application d'autres incriminations. Par exemple, les 15° et 16° de l'article L. 121-1-1 réputent trompeur le fait d' « affirmer faussement d'un produit ou d'une prestation de service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard », ou qu'il est « de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations », ce qui, sans doute, constitue une escroquerie⁵⁵¹. Toutes les dispositions de l'article L. 121-1-1 ne sont cependant pas dénuées d'intérêt. L'article L. 121-1-1, 20° complète ainsi utilement la prohibition des envois forcés⁵⁵², en réputant trompeur le fait d'envoyer une facture ou un document similaire - mais pas l'objet lui-même comme dans l'envoi forcé - , donnant l'impression au consommateur qu'il a déjà commandé le produit ou service. Ainsi ce nouvel article contribue-t-il à la largesse du champ d'application de l'article L. 121-1 du Code de la

549 En ce sens, S. FOURNIER, « Pratiques commerciales trompeuses », fasc. préc., n° 49.

550 De manière très critiquable, l'article L. 121-1-1 est appliqué rétroactivement par la jurisprudence, au motif fallacieux qu'il « ne fait que dresser une liste de pratiques commerciales présumées trompeuses, au sens de l'article L. 121-1, sans créer de nouvelle incrimination » (Crim., 17 mai 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-87646 ; RSC 2012, p. 156, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; RPDP 2011, p. 723, chron. S. DETRAZ).

551 En ce sens, C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », art. préc., spéc. p. 24.

552 Les envois forcés seront étudiés *infra*, n° 365.

consommation. Excellente illustration, soit dit en passant, que ces *pratiques réputées trompeuses*. Ne manifestent-elles pas tout à la fois le caractère extensif de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel - par des consignes d'interprétation données au juge -, et son aspect critiquable - par ses redondances et excès ?

116. Nature intentionnelle de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses.

Si l'élément matériel des pratiques commerciales trompeuses représente un certain élargissement par rapport à la publicité trompeuse, la solution est probablement inversée en ce qui concerne l'élément moral de l'infraction. Après un bouleversement, la conception de l'élément moral de la publicité trompeuse avait fini par se stabiliser. Une des principales innovations de la loi « ROYER » de 1973 était en effet la suppression de la référence à la mauvaise foi, qui figurait dans la loi originelle du 2 juillet 1963. De cette suppression, la Cour de cassation avait alors déduit que la publicité trompeuse était devenue un délit d'imprudence⁵⁵³, et la solution avait perduré après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal⁵⁵⁴. L'objectif des lois de 2008 étant l'élargissement de la pénalisation et l'amélioration de la protection du consommateur, la logique eut voulu que cette solution fût maintenue⁵⁵⁵. C'est pourtant dans le sens inverse que s'est orientée la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 15 décembre 2009⁵⁵⁶ : « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er} du code pénal ». En réalité, la solution ne pouvait sans doute être différente : faute pour l'article L. 121-1 du Code de la consommation de faire référence à une infraction d'imprudence, c'est le droit commun de l'article 121-3 du Code pénal - « point de crime ou de délit sans intention de le

553 Voy. not., Crim., 4 décembre 1978 ; préc. ; Crim., 27 octobre 1980 ; préc.

554 La solution n'était pas acquise, car l'article 121-3 du Code pénal prévoit en son alinéa premier qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », sauf si la loi en dispose autrement, ce qui n'était pas le cas de la publicité trompeuse. La loi d'adaptation n° 1992-1336 du 16 décembre 1992 avait cependant prévu, dans son article 339, le maintien des délits non intentionnels en l'état, et la jurisprudence avait continué à caractériser le délit en cas de simple faute de négligence ou d'imprudence de l'annonceur (voy. not., Crim., 14 décembre 1994 ; *Bull. crim.*, n° 415 ; *Droit pénal* 1995, comm. n° 98, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 1995, p. 570, obs. B. BOULOC ; Crim., 26 octobre 1999 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 21, obs. J.-H. ROBERT).

555 Voy. en ce sens les commentaires parus peu après les lois de 2008, et notamment, E. DREYER, « Un an de droit de la publicité », *Communication commerce électronique* 2008, chron. n° 7, n° 3 ; G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », art. préc., n° 59.

556 Crim., 15 décembre 2009 ; *Bull. crim.*, n° 212 ; D. 2010, p. 203, note X. DELPECH ; *AJ Pénal* 2010, p. 73, note N. ERÉSÉO et J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 41, note J.-H. ROBERT ; RSC 2010, p. 146, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD. com.* 2009, p. 444, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2010, p. 149, note J.-H. ROBERT. Voy. égal., dans le même sens, Crim., 23 mars 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-82545 ; D. 2010, p. 1913, note E. DREYER ; *Communication commerce électronique* 2010, chron. n° 7, obs. E. DREYER, n° 15 ; RSC 2011, p. 104, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

commettre » - , qui devait s'appliquer. La solution est ainsi moins sévère qu'en matière de publicité trompeuse ⁵⁵⁷, ce qui contrevient donc à l'objectif d'une répression accrue par les lois de 2008. Il faut, cependant, nuancer cette dernière affirmation, la Cour de cassation caractérisant l'intention coupable par « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire ». Autrement dit, une telle violation fait *présumer* l'intention requise, ce que déplorera, sans le surprendre, le juriste habitué à cet affaiblissement de l'élément moral en droit pénal des affaires ⁵⁵⁸.

117. Répression des pratiques commerciales trompeuses. Les modalités de répression des pratiques commerciales trompeuses s'inscrivent, elles, dans une continuité certaine vis-à-vis de la publicité trompeuse. Comme elle en effet, l'infraction de pratiques commerciale trompeuse, qui est une infraction instantanée ⁵⁵⁹, se prescrit du jour où elle a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ⁵⁶⁰. Elle bénéficie également de règles particulièrement extensives quand à ses modalités de poursuite ⁵⁶¹.

La peine est identique à celle que faisait encourir la publicité trompeuse, l'article L. 121-6 du Code de la consommation continuant de procéder par renvoi aux peines visées par l'article L. 213-1 en matière de tromperie, soit deux ans d'emprisonnement et une amende de 37 500 euros ⁵⁶². Toutefois, le *quantum* de l'amende peut être largement supérieur à ce montant : jusqu'à la moitié des dépenses de la pratique constituant le délit, selon l'alinéa deux de l'article L. 121-6 du Code de la consommation ⁵⁶³. « En cas de condamnation, le tribunal ordonne la publication du jugement », dispose ensuite l'article L. 121-4 du Code de la condamnation ⁵⁶⁴. Le caractère obligatoire de la publication a posé la question de sa

557 La loi de 2008 est donc sur ce point rétroactive comme plus douce, et a pu être appliquée dans l'arrêt de 2009 à des faits antérieurs à son entrée en vigueur.

558 Voy. *infra*, n° 257 et s.

559 Ce qui emporte l'indifférence du repentir actif constitué par la publication de rectificatifs une fois la pratique accomplie (voy., en matière de publicité trompeuse, Crim., 5 mai 2010 ; préc.).

560 Crim., 4 novembre 2008 ; inédit, pourvoi n° 08-81618 ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 24, note J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 65, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2009, p. 473, obs. B. BOULOC.

561 S. FOURNIER, « Pratiques commerciales trompeuses », fasc. préc., n° 59 et s.

562 Le projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 prévoit une augmentation du montant de l'amende à hauteur de 300 000 euros (article 64, VII).

563 Le même article du projet de loi prévoit que le montant de l'amende pourrait être porté « de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits [...] ».

564 L'article L. 121-4 du Code de la consommation prévoit également à titre de peine complémentaire la diffusion, aux frais du condamné, d'une ou plusieurs annonces rectificatives.

constitutionnalité⁵⁶⁵ - il devrait d'ailleurs disparaître à l'occasion de l'adoption du projet de loi relatif à la consommation⁵⁶⁶. Précisons, enfin, que les pratiques commerciales trompeuses recouperont très souvent la théorie civile des vices du consentement, et en particulier le dol⁵⁶⁷, auquel cas les sanctions civiles seront également encourues.

118. Bilan : une extension nuancée des pratiques commerciales trompeuses. Ainsi les pratiques commerciales trompeuses ne se distinguent-elles pas de la publicité trompeuse - et d'autres incriminations - en ce qui concerne les modalités de répression, et ne s'en distinguent même, de manière plus générale, que de manière nuancée. Concrètement, la nouvelle incrimination ne sera que rarement synonyme de pénalisation de nouveaux comportements. Cela n'altère en rien son importance dans le mouvement de pénalisation des atteintes au consentement contractuel, car les incriminations préexistantes œuvraient déjà dans le sens d'une pénalisation renforcée. Finalement, à défaut de véritablement créer de nouveaux interdits, la nouvelle incrimination centralise les anciens. Mme LEPAGE n'avait sans doute pas tout à fait tort de « craindre que cette notion ne devienne l'auberge espagnole du droit pénal de la consommation »⁵⁶⁸.

b. La réglementation pénale des contrats de consommation

119. Diversité et précision de la réglementation pénale des contrats de consommation. Parallèlement à la réglementation pénale des pratiques commerciales, l'intégrité du consentement du consommateur sera protégée par la réglementation pénale des contrats de consommation et, à titre principal, des informations que ceux-ci doivent obligatoirement contenir. Ces obligations d'information, multiples et variées, constituent sans doute la source la plus importante d'incriminations des atteintes au consentement dans le champ contractuel. L'objectif qui sous-tend toutes ces réglementations est toujours la

565 Saisi par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a validé cet article au regard de la Constitution (Conseil constitutionnel, 29 septembre 2010, décision n° 2010-41 QPC, *Société Cdiscount et autre* ; D. 2011, p. 54 et s., obs. B. BOULOC ; JCP G 2010, 1149, note A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 122, note J.-H. ROBERT ; *Communication commerce électronique* 2010, comm. n° 123, note A. DEBET). *Adde* D. THOMAS, « À la recherche de la sécurité juridique, une question qui interpelle le droit pénal de la consommation : que sont devenues les peines accessoires de l'ancien Code pénal ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 1171 et s.

566 L'article 64, VI du projet de loi adopté (n° 176) par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013 (non-modifié par le Sénat lors de l'adoption du projet de loi le 13 septembre 2013) prévoit en effet de rédiger ainsi l'article L. 121-4 du Code de la consommation : « En cas de condamnation, le tribunal *peut ordonner*, par tous moyens appropriés, l'affichage ou la diffusion de l'intégralité ou d'une partie de la décision ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci » (nous soulignons).

567 Voy. M. CANNARSA, « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. -Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », JCP G 2008, I, 180, n° 6 et s.

568 A. LEPAGE, « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007 - avril 2008) », art. préc., n° 21.

protection générale des consommateurs dans leur ensemble, et, plus indirectement, une concurrence loyale. Mais concrètement, le but est de s'assurer du consentement éclairé du consommateur, ce qui explique par ailleurs que celui-ci dispose parfois d'un délai de réflexion ou de rétractation afin d'apprécier au mieux son choix.

Sont concernées toutes les sollicitations supposées dangereuses pour le consommateur, par exemple en cas de vente négociée à distance, c'est-à-dire le plus souvent par téléphone ou internet. Ce type de vente soumet les consommateurs à des sollicitations répétées et attentatoires à leur vie privée, ceux-ci risquant de se décider d'après de simples images ou descriptions orales. Une importante réglementation pénale vient donc régir l'information du consommateur⁵⁶⁹, que le projet de loi relatif à la consommation suggère de renforcer encore⁵⁷⁰. Il ne s'agit là que d'un des nombreux exemples de réglementation pénale de l'information des contractants, et face à cette multitude, nous ne pourrions développer que les illustrations les plus significatives des réglementations pénales des contrats de consommation. À défaut de pouvoir les présenter de manière exhaustive, l'intérêt sera ici de commencer à fournir des éléments de réflexion sur l'opportunité d'une pénalisation aussi massive et pointilleuse.

120. La réglementation pénale du démarchage à domicile. Technique de vente agressive par excellence, le démarchage à domicile⁵⁷¹ est assurément un procédé susceptible d'altérer le consentement des consommateurs, et la pratique démontre qu'effectivement, « certains démarcheurs savent forcer les portes et les consentements grâce à des discours où la vérité et le mensonge sont adroitement mêlés »⁵⁷². Le démarchage est d'ailleurs purement et simplement interdit en certaines

569 Voy. les articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation, dont la violation est sanctionnée pénalement par les articles R. 121-1 et suivants du même Code (contraventions de cinquième classe).

570 Article 5 du projet de loi relatif à la consommation dans sa version adoptée par le Sénat le 13 septembre 2013 (projet n° 213).

571 L'article L. 121-21 du Code de la consommation définit le champ d'application de la réglementation du démarchage, sans pour autant définir la notion elle-même. La Cour de cassation a pourtant récemment refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité à ce sujet, estimant que l'interdiction du démarchage en matière juridique est une incrimination claire et précise (Crim., 5 décembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 12-90062 ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 58, note J.-H. ROBERT).

572 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 110. Parfois, le démarchage ira jusqu'à constituer un abus de faiblesse ou d'ignorance de la personne, auquel cas l'incrimination spécifique de l'article L. 122-8 du Code de la consommation sera naturellement applicable (voy. *infra*, n° 152 et s.).

matières : enseignement à distance ⁵⁷³, propriété intellectuelle ⁵⁷⁴, consultations juridiques ⁵⁷⁵ ou obsèques ⁵⁷⁶ notamment. Et lorsqu'il est autorisé, le démarchage à domicile n'en est pas moins soumis à une réglementation pointilleuse ⁵⁷⁷. Celle-ci date de la loi du 22 décembre 1972, l'une des premières grandes lois consuméristes ⁵⁷⁸. Le système détaillé d'information alors introduit, et légèrement retouché depuis - dans le sens, remarquons-le, d'une extension de son domaine ⁵⁷⁹ -, figure depuis 1993 aux articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation. Or, quoique la nullité ⁵⁸⁰ et l'allocation de dommages-intérêts - parfois même une sanction civile punitive particulière ⁵⁸¹ -, ne soient pas absentes de ce dispositif protecteur, les sanctions sont essentiellement pénales. L'article L. 121-28 du Code de la consommation punit en effet d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende, ou de l'une de ces deux peines seulement, un certain nombre de pratiques prohibées ⁵⁸². Y figurent notamment l'absence dans le contrat des mentions exigées par le Code ⁵⁸³, l'absence d'un formulaire détachable destiné à

573 Articles L. 471-4 et L. 471-5 du Code de l'éducation, la peine étant d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

574 Article L. 423-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui renvoie à la sanction de l'article L. 121-28 du Code de la consommation (un an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende).

575 L'article 66-4 de la loi n° 71-1259 du 31 décembre 1971 réprime le démarchage effectué en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique, d'une peine d'amende de 4 500 euros. Il a toutefois été jugé que la directive européenne du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui interdit totalement aux membres d'une profession réglementée, telle que la profession d'expert-comptable, d'effectuer des actes de démarchage (CJUE, 5 avril 2011, aff. C-119/09, *Sté fiduciaire nationale d'expertise comptable c/Min. budget, Comptes publics et Fonction publique ; Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 225, note G. RAYMOND).

576 Article L. 2223-33 du Code général des collectivités territoriales, la peine étant une amende de 75 000 euros (article L. 2223-35, alinéa 2 du même Code).

577 Cette réglementation ne concerne pas tous les démarchages à domicile. En effet, l'article L. 121-22 du Code de la consommation exclut les ventes de produits alimentaires ou de consommation courante faites lors de tournées fréquentes, ainsi que celles ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle du démarché. L'article L. 121-27 du Code de la consommation, quant à lui, renvoie, pour le démarchage bancaire et financier, à la réglementation spécifique des articles L. 341-1 et suivants du Code monétaire et financier.

578 Voy. J. CALAIS-AULOY, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chron. p. 266 et s.

579 Cette extension fut principalement le fait de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales.

580 Voy. l'article L. 121-33 du Code de la consommation, qui prévoit la nullité pour l'omission d'une mention obligatoire. Cela étant, et dans la mesure où il s'agit d'une réglementation d'ordre public, la nullité pourra être invoquée pour les autres prescriptions, voy. *infra*, n° 290 et s.

581 En effet, l'article L. 121-31 du Code de la consommation prévoit également qu'« à l'occasion des poursuites pénales exercées en application de la présente section contre le vendeur, le prestataire de services ou le démarcheur, le client qui s'est constitué partie civile est recevable à demander devant la juridiction répressive une somme égale au montant des paiements effectués ou des effets souscrits, sans préjudice de tous dommages-intérêts » (sur cette sanction civile originale, voy. J.-H. ROBERT, note sous *Crim.*, 4 avril 2006 ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 103).

582 L'article L. 121-33 du Code de la consommation prévoit les mêmes peines pour ceux qui se livreraient à des pratiques de démarchage interdites par un texte particulier.

583 Article L. 121-23 du Code de la consommation. Parmi les mentions exigées figurent les noms du fournisseur et du démarcheur, l'adresse du fournisseur, l'adresse du lieu de conclusion de contrat, la

faciliter la rétractation du consommateur ⁵⁸⁴, l'entrave à cette faculté de rétractation ⁵⁸⁵, ou encore l'acceptation d'une contrepartie quelconque avant l'expiration du délai de rétractation ⁵⁸⁶. Bien d'autres comportements sont prohibés, et l'ensemble se révèle d'ailleurs peu lisible. Ainsi, l'article L. 121-28 du Code de la consommation érige notamment en infraction le manquement à l'obligation de l'article L. 121-24 du Code de la consommation, c'est-à-dire l'absence d'un formulaire de rétractation... article L. 121-24 qui renvoie à son tour, pour la définition du formulaire, aux articles R. 121-3 à R. 121-6 du même Code ⁵⁸⁷.

121. La réglementation pénale spécifique du démarchage d'assurances. Le système est encore compliqué par l'instauration de réglementations spécifiques à certains démarchages - nous prendrons ici l'exemple du démarchage d'assurances. Les assurances étaient initialement exclues du domaine de la loi du 22 décembre 1972, jusqu'à ce que la DGCCRF se mette à lancer des procédures en ce domaine, ce que la Cour de cassation finit par autoriser dans un arrêt rendu en 2007 ⁵⁸⁸. Cette solution a été remise en cause quelques mois plus tard : la loi du 3 janvier 2008 a en effet soustrait le démarchage en assurance du droit commun du démarchage, peu adapté à la matière ⁵⁸⁹. Le nouvel article L. 112-9, I du Code des assurances ouvre à la personne physique démarchée « qui signe dans ce cadre une proposition d'assurance ou un contrat à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle » ⁵⁹⁰, une faculté discrétionnaire de rétractation de quatorze jours. Un modèle de lettre de rétractation doit être compris dans les documents remis par le démarcheur. Les violations des dispositions du présent article sont constatées et sanctionnées par l'Autorité de contrôle prudentiel. Certaines sont également recherchées et constatées par les agents de la DGCCRF dans les conditions prévues à l'article L. 141-1 du Code de la consommation. En outre, et c'est ce qui nous intéresse ici, est puni de

désignation précise des biens offerts ou services proposés, ou encore le prix global à payer et les modalités de paiement.

584 Article L. 121-24 du Code de la consommation

585 Article L. 121-25 du Code de la consommation.

586 Article L. 121-26 du Code de la consommation.

587 Comp. *infra*, n° 253 et s.

588 Crim., 2 octobre 2007 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *Contrats concurrence consommation* 2008, comm. n° 28, note G. RAYMOND.

589 Notamment quant aux conséquences d'une éventuelle renonciation alors que le souscripteur a pu avoir besoin d'une garantie immédiate (voy. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13^{ème} éd., 2011, n° 221-1).

590 L'article L. 112-9, I, alinéa 6 du Code des assurances prévoit que « Le présent article n'est pas applicable ni aux contrats d'assurance sur la vie ou de capitalisation ni aux contrats d'assurance de voyage ou de bagages ni aux contrats d'assurance d'une durée maximum d'un mois ».

15 000 euros d'amende le fait, pour l'entreprise d'assurance, de ne pas rembourser au souscripteur le solde dans les trente jours suivant la date de résiliation.

122. La réglementation pénale du crédit à la consommation. La réglementation du crédit à la consommation est, tout autant que celle des démarchages, emblématique de la pénalisation de la tromperie du consentement. Le crédit permet à une personne d'obtenir immédiatement une prestation dont elle paiera la valeur plus tard. On perçoit immédiatement les charmes d'une telle opération... et ses dangers. À la position de faiblesse naturelle des consommateurs s'ajoute en effet la précipitation dans laquelle ils s'engagent généralement. « Tout tout de suite : beaucoup d'adultes sont, sur ce point, mineurs », résumant MM. LARGUIER et CONTE ; « Et la loi de les protéger, ignorants et irréflechis qu'ils sont : d'où des obligations d'information en leur faveur, et, même une fois bien instruits, la possibilité, pour eux, de se rétracter après réflexion »⁵⁹¹. La loi « SCRIVENER » n° 78-22 du 10 janvier 1978 est venue la première protéger - très souvent pénalement - , le consentement des emprunteurs⁵⁹². D'autres lois suivirent⁵⁹³, jusqu'à la réforme du crédit à la consommation apportée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010⁵⁹⁴, confirmant la forte pénalisation de la matière⁵⁹⁵ - à l'inverse du rapport « COULON » qui préconisait une dépénalisation de la matière⁵⁹⁶. Cette loi, imposée par une directive européenne⁵⁹⁷, vient pénaliser davantage la situation issue de la loi de 1978. Le nouvel article L. 311-50 du Code de la consommation continue à ériger en délit puni de 30 000 euros d'amende⁵⁹⁸ un certain nombre de comportements, par exemple, le fait pour le prêteur de ne pas respecter le délai de rétractation de quatorze jours dont dispose l'emprunteur⁵⁹⁹. L'article L. 311-49, lui,

591 J. LARGUIER et PH. CONTE, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 470.

592 Pour une synthèse, voy. S. GJIDARA-DECAIX, « Le droit pénal du crédit aux consommateurs », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire, op cit.*, p. 589 et s.

593 Voy., dans le domaine voisin du crédit immobilier, la loi du 13 juillet 1979 (articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation).

594 Outre les extensions en matière d'information du futur emprunteur, la loi encadre strictement le crédit renouvelable, et augmente le rôle de la commission de surendettement dans cette procédure. La réforme de 2010 n'a pas concerné le crédit immobilier, par ailleurs très proche dans son fonctionnement du crédit mobilier. Voy. les articles L. 312-32 à L. 312-35 du Code de la consommation, qui prévoient les sanctions pénales en cas de violation des comportements imposés.

595 Les décrets d'application de cette loi sont, en revanche, en net retrait (G. BIARDEAUD et PH. FLORES, « Décrets du 1^{er} février 2011 et information de l'emprunteur : le compte n'y est pas ! », *D.* 2011, p. 688 et s.).

596 J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires, op. cit.*, p. 43.

597 Directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 ; *JOUE* 22 mai 2008, n° L 133, p. 66.

598 Amende qui pourrait être portée à 300 000 euros (article 66, I, 1° du projet de loi adopté (n° 176) par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013, non-modifié par le Sénat lors de l'adoption du projet le 13 septembre 2013).

599 Voy. l'article L. 311-12 du Code de la consommation. Avant la réforme de 2010, le délai de rétractation était de seulement sept jours.

continue de sanctionner d'une contravention de cinquième classe ⁶⁰⁰ le prêteur qui omet de respecter certaines formalités - visant à l'information de l'emprunteur - , prescrites en matière d'offres de contrat de crédit, ou qui ne prévoit pas un formulaire détachable dans l'offre de crédit facilitant la rétractation ⁶⁰¹, ou encore qui méconnaît les dispositions légales relatives à la publicité du crédit ⁶⁰². Mais ce même article L. 311-49 vient sanctionner, depuis la loi de 2010, un nombre considérable de nouveaux comportements, le nouveau texte passant de quatre à vingt-deux occurrences ! Citons le cas du prêteur qui omet de respecter les formalités concernant la fiche d'informations à délivrer au potentiel emprunteur, qui ne respecte pas son obligation d'information lorsque l'offre de contrat de crédit est assortie d'une proposition d'assurance, ou celui qui manque, pour certaines autorisations de découvert, à son obligation spécifique précontractuelle d'information... La pénalisation des atteintes au consentement dans le domaine du crédit impressionne par le nombre et la précision de ses incriminations. Cette pénalisation est-elle pour autant efficace et opportune, alors que le droit civil dispose ici, avec notamment la déchéance du droit aux intérêts, de sanctions redoutables ⁶⁰³ ?

B. L'inspiration concurrentielle de la pénalisation de la tromperie du consentement

123. Bien qu'elle soit moins fournie, la pénalisation de la tromperie du consentement d'inspiration concurrentielle étend les frontières matérielles des atteintes au consentement. Elle aboutit en effet à pénaliser ce qui relève davantage de la séduction du consentement. Il est en outre remarquable que cette discipline envisage, chose *a priori* surprenante, la tromperie des consommateurs comme atteinte possible à la concurrence (1), davantage que la tromperie des concurrents eux-mêmes (2).

600 L'amende est donc de 1 500 euros, mais le tribunal pourra également ordonner la publication du jugement et la rectification de la publicité aux frais du condamné.

601 En revanche, aucune disposition légale n'impose que le bordereau de rétractation, dont l'usage est exclusivement réservé à l'emprunteur, figure aussi sur l'exemplaire de l'offre destinée à être conservée par le prêteur, la formalité du double s'appliquant uniquement à l'offre préalable elle-même et non au formulaire détachable de rétractation qui y est joint (Civ. 1ère, 12 juillet 2012 ; *Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.* 2012, p. 2567, note G. POISSONNIER ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2797, chron. S. PIEDELIÈVRE, et jur. p. 2874, chron. M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2012, 1606, note É. BAZIN ; *RTD com.* 2012, p. 832, obs. D. LEGEAIS).

602 Ces dispositions sont là aussi extrêmement précises. Par exemple, le législateur exige que le prêteur donne des exemples chiffrés (article L. 311-4, alinéa 1^{er} du Code de la consommation) y compris pour les crédits renouvelables (alinéa 2 du même article), et que le taux annuel effectif global soit inscrit dans une taille plus importante que les autres mentions (article L. 311-5).

603 Voy. *infra*, n° 416 et s.

1. La protection surprenante du consentement des consommateurs

124. Le droit de la concurrence, fondement surprenant mais réel de la protection des consommateurs. Si le droit de la consommation - souvent qualifié de droit de classe ou de « droit militant »⁶⁰⁴ -, se concentre autour de la relation professionnel - consommateurs, pour protéger presque exclusivement ces derniers, il n'en est pas de même du droit de la concurrence, plus nuancé. S'il tend effectivement à protéger d'abord la concurrence, il joue également un « rôle d'appoint »⁶⁰⁵ important dans la protection du consommateur, au moins à titre indirect⁶⁰⁶. Nous illustrerons cette idée avec plusieurs éléments, et en premier lieu avec la réglementation de la publicité comparative, d'ailleurs proche de la réglementation des pratiques commerciales trompeuses.

125. L'autorisation restrictive de la publicité comparative. Certaines publicités sont interdites principalement en raison de l'atteinte à la concurrence qu'elles sont susceptibles de porter. Parmi plusieurs illustrations⁶⁰⁷, celle de la publicité comparative mérite d'être retenue. La publicité comparative consiste à donner des informations aux consommateurs, vantant telle marque ou entreprise, en la comparant à ses concurrents présentés comme moins performants ou plus chers. Elle présente pour avantages principaux de stimuler la concurrence et de pouvoir fournir aux consommateurs des informations que ne leur donnent pas les publicités classiques. Aussi, les instances communautaires l'ont-elles fortement encouragée⁶⁰⁸. Elle a pourtant, à l'exception de la comparaison portant sur les

604 Voy. les références citées *supra*, note 246.

605 J. CALAIS-AULOY, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 59 et s., spéc. p. 61. Dans le même sens, J. HÉMARD, « Droit de la concurrence et protection des consommateurs », *Gaz. Pal.* 1971, doctr. p. 575 et s.

606 Selon M. CALAIS-AULOY, la concurrence « n'a de signification que dans la mesure où [...] elle profite directement ou indirectement au consommateur » (J. CALAIS-AULOY, « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et les consommateurs », *D.* 1987, chron. p. 137 et s., spéc. p. 137). *Contra*, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèque de thèses, vol. 7, 2001, n° 18.

607 Une mention pourrait également mériter d'être faite à l'article L. 441-2, I du Code de commerce (« Toute publicité à destination du consommateur, diffusée sur tout support ou visible de l'extérieur du lieu de vente, mentionnant une réduction de prix ou un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables doit préciser la nature et l'origine des produits offerts et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée par l'annonceur. La mention relative à l'origine est inscrite en caractères d'une taille égale à celle de la mention du prix. Lorsque de telles opérations promotionnelles sont susceptibles, par leur ampleur ou leur fréquence, de désorganiser les marchés, un arrêté interministériel ou, à défaut, préfectoral fixe, pour les produits concernés, la périodicité et la durée de telles opérations. Toute infraction aux dispositions des premier ou deuxième alinéas est punie d'une amende de 15 000 € »).

608 Signalons particulièrement la directive européenne n° 97-55 du 6 octobre 1997 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84450 CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, sous l'influence de laquelle les dispositions actuelles furent adoptées, voy. J. CALAIS-AULOY

prix⁶⁰⁹, été interdite jusqu'à la loi du 18 janvier 1992⁶¹⁰. Cette loi l'autorise, mais la réglemente si strictement que les marques et enseignes préfèrent généralement s'abstenir⁶¹¹. L'article L. 121-8, 1° du Code de la consommation exige d'abord, et c'est une évidence, que la publicité comparative ne soit pas fautive ou de nature à induire en erreur. Elle doit, ensuite, porter sur des biens⁶¹², produits ou services strictement identiques⁶¹³. Il faut surtout qu'elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes et vérifiables de ces biens ou services⁶¹⁴. Les articles L. 121-9 et suivants prévoient ensuite un certain nombre de conditions négatives, qui tiennent toutes de l'obligation de loyauté envers les concurrents⁶¹⁵. Outre la responsabilité civile, le non-respect de la réglementation de la publicité comparative entraîne l'application de sanctions pénales, lesquelles varient selon les hypothèses⁶¹⁶.

et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 133-1.

609 Voy. Com., 22 juillet 1986 ; *D.* 1986, jur. p. 436, note G. CAS ; Com., 29 mars 1989 ; *D.* 1989, p. 409, note Y. SERRA.

610 Sur l'historique mouvementé de l'adoption de la publicité comparative, voy. C. CARREAU, « Publicité fautive ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative », *Répertoire Pénal Dalloz* 2004, n° 275 et s.

611 Les critiques de cette loi furent d'ailleurs assez virulentes, voy. not. J.-C. FOURGOUX, « L'article 10 de la loi du 18 janvier 1992, *Feu sur la publicité comparative* », *Gaz. Pal.* 1992, doct. p. 278 et s. ; M. LUBY, « Propos critiques sur la légalisation de la publicité comparative », *D.* 1993, chron. p. 53 et s.

612 Tout produit ou service peut être comparé, y compris les médicaments, ce qui a donné lieu à un contentieux abondant (voy. A. MARIS, « Publicité comparative et médicaments : Une réglementation à clarifier ? », *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 905 et s. ; P. DE CANDÉ, « Publicité comparative, notamment dans le domaine du médicament », *D.* 2000, chron. p. 33 et s.).

613 Doit donc être sanctionnée une enseigne de grande distribution qui s'est livrée à une publicité comparative qui prétendait (d'ailleurs faussement) pratiquer les prix les moins élevés de la ville, sans comparaison objective des prix pratiqués sur des produits clairement identifiés (Crim., 28 juin 2011 ; préc.).

614 Le prix peut évidemment en faire partie, à condition qu'il s'agisse du prix de produits strictement identiques. Par exemple, le magasin « Leclerc » qui comparait ses prix à ceux des supermarchés « Aldi » sans identifier clairement les produits a été sanctionné (Crim., 16 octobre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 364 ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 36, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 1997, p. 340, obs. B. BOULOC). De même, les « 3 Suisses » ont été condamnés pour avoir comparé leur délai de livraison avec « La Redoute », alors que le délai de 24 heures dont ils se prévalaient ne valait que pour les titulaires d'une carte de fidélité (CA Douai, 2 octobre 1995 ; *D.* 1996, p. 99, note J.-C. FOURGOUX, et somm. p. 179, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC ; *Contrats concurrence consommation* 1995, comm. n° 84, obs. L. VOGEL).

615 Selon l'article L. 121-9 du Code de la consommation, la publicité comparative ne peut ni tirer indûment profit de la notoriété d'une marque, d'un nom commercial, d'une appellation d'origine ou indication géographique protégée d'un produit concurrent (d'ailleurs l'article L. 121-10 prévoit une protection particulière des produits géographiquement protégés ou des appellations d'origine), ni entraîner le discrédit ou dénigrement des concurrents, ni engendrer de confusion entre l'annonceur et le concurrent, ni enfin présenter des biens ou services comme une imitation ou reproduction d'une marque ou nom protégés. L'article L. 121-11 du même Code précise enfin qu'il est interdit de faire figurer des annonces comparatives sur des emballages, des factures, des titres de transport et autres supports.

616 Quand la publicité comparative est fautive ou de nature à induire en erreur, les peines sont celles applicables aux pratiques commerciales trompeuses (voy. *supra*, n° 117). En dehors de cette hypothèse, l'article L. 121-14 du Code de la consommation renvoie aux articles L. 716-9 et L. 716-12 du Code de la propriété intellectuelle.

126. La publicité comparative, élément de pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Contrairement aux pratiques commerciales trompeuses, la réglementation de la publicité comparative vise principalement la protection de la concurrence, qui subit très fortement les publicités comparatives déloyales. Avant leur autorisation, de telles pratiques étaient d'ailleurs poursuivies sur le fondement de la concurrence déloyale ⁶¹⁷. Pourtant, il est certain que cette incrimination - au demeurant codifiée dans le Code de la consommation - n'est pas étrangère au mouvement de pénalisation des atteintes au consentement. « Comparaison n'est pas raison », dit une formule bien connue, et ce que l'on redoute, c'est effectivement l'atteinte au consentement des consommateurs ⁶¹⁸. De sorte que si la valeur protégée nous semble être une concurrence saine et loyale, il reste que la conséquence immédiate de la publicité comparative sera concrètement, de tromper les consommateurs. Plusieurs éléments en attestent. Ainsi des décisions jurisprudentielles, tel l'arrêt précurseur de la chambre commerciale du 22 juillet 1986 ⁶¹⁹ qui autorise la comparaison des prix, car celle-ci contribue « à la transparence d'un marché soumis à la concurrence [...] ». Mais les consommateurs ne bénéficient-ils pas de cette transparence du marché ? La loi du 18 janvier 1992 réglementant la publicité comparative fut d'ailleurs intitulée « loi renforçant la protection des consommateurs », sans même que soit mentionnée la loyauté de la concurrence. Nulle surprise donc, de voir le Conseil constitutionnel, saisi de l'article 10 de cette loi de 1992, affirmer qu'elle vise à la fois « à améliorer l'information des consommateurs et à stimuler la concurrence dans le respect de règles clairement établies » ⁶²⁰. En conséquence de cette prise en compte de l'atteinte au consentement, les associations de consommateurs peuvent exercer une action civile en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs ⁶²¹, et notamment demander la cessation de la publicité comparative illicite ⁶²². En ayant, certes, une concurrence saine pour finalité, la réglementation de la publicité comparative appréhende donc directement la tromperie du consentement des consommateurs qui pourrait en résulter.

617 Le concurrent lésé pouvait alors, comme aujourd'hui, agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, pour demander tant l'indemnisation de son préjudice que la cessation de la publicité illicite.

618 À propos de quoi, voy. J.-C. FOURGOUX, « Publicité comparative, Information ou manipulation ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 399 et s.

619 Com., 22 juillet 1986 ; préc.

620 Conseil constitutionnel, 15 janvier 1992, décision n° 91-303 DC ; *Loi renforçant la protection des consommateurs*, considérant n° 11.

621 Article L. 421-1 du Code de la consommation.

622 Article L. 421-2 du Code de la consommation.

127. La pénalisation d'inspiration concurrentielle de la séduction du consentement. Outre la publicité comparative, les réglementations des ventes avec primes, des loteries et des prix, toutes d'inspiration concurrentielle, aboutissent indéniablement et directement à la répression de certaines atteintes au consentement contractuel des consommateurs. Rappelons que les procédés dont il est ici question, plus proches de la *séduction* que de la tromperie, ont néanmoins pu être rapprochés des atteintes au consentement ⁶²³.

128. La pénalisation de la séduction du consommateur par l'interdiction des ventes avec primes. L'intérêt de l'interdiction des ventes avec prime a considérablement diminué depuis la loi du 17 mai 2011 ⁶²⁴, qui a modifié l'incrimination en précisant que les ventes avec prime - ainsi que les loteries publicitaires avec obligation d'achat ⁶²⁵ et les ventes liées ⁶²⁶ -, ne sont interdites qu'à condition de constituer une pratique commerciale déloyale. Elle prend acte, en cela, des obligations européennes de la France : la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, d'harmonisation complète ⁶²⁷, censure en effet toute restriction supplémentaire. Il aura tout de même fallu une mise en demeure de la Commission européenne ⁶²⁸, puis un arrêt explicite de la Cour de justice ⁶²⁹, pour que le législateur réagisse. L'affaire n'est peut-être pas tout à fait terminée : le 29 septembre 2011 - donc après l'intervention législative -, la France a fait l'objet d'une nouvelle procédure d'infraction pour non-respect de la directive.

L'incrimination perdure toutefois. Elle vise en premier lieu à protéger les petits commerçants, non le consentement des consommateurs ⁶³⁰. Il reste que c'est bien au moyen d'atteintes au consentement des consommateurs que se réalise l'atteinte à la

623 Sur la définition des atteintes au consentement, voy. notre introduction, *supra*, n° 34 et s., spéc. n° 38.

624 Article 45 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

625 Voy. *infra*, n° 129.

626 Voy. *infra*, n° 149.

627 Cette harmonisation complète - prévue aux quatorzième et quinzième considérants de la directive -, impose aux États une transposition fidèle, sans qu'ils puissent aller au-delà des trente-et-une pratiques définies dans l'annexe I de la directive.

628 Mise en demeure adressée le 25 juin 2009 par la Commission européenne (C(2009)4864).

629 Selon cet arrêt, « la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale des ventes avec primes » (CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co.KG c./ « Österreich » - Zeitungsverlag GmbH* ; D. 2011, p. 975, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD eur. 2010, p. 695, chron. C. AUBERT DE VINCELLES ; RDC 2011, p. 497, obs. C. AUBERT DE VINCELLES).

630 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 155.

concurrence, la prime visant à séduire et détourner l'attention du consommateur⁶³¹. L'interdiction, dont la violation est pénalement sanctionnée⁶³², date de la loi du 20 mars 1951, modifiée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et codifiée depuis 1993 à l'article L. 121-35 du Code de la consommation⁶³³. Ce texte suppose d'abord une vente ou une prestation de service, ou simplement l'offre qui en est faite. Si une prime est attribuée en leur absence, il s'agit d'un simple cadeau, que l'ordonnance de 1986 autorise, puisqu'il n'incite pas directement à l'achat. Il faut ensuite une prime gratuite liée à cette opération support, sachant que seules les primes en nature sont interdites⁶³⁴. Un commerçant peut parfaitement faire des remises en espèces à ses clients, ou donner en prime un objet identique - pratique dite du *treize à la douzaine* -, puisqu'il s'agit alors d'une réduction de prix⁶³⁵. L'interdiction des ventes avec primes peut donc être vue comme liée à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, rejointe sur ce point par la réglementation des loteries.

129. La pénalisation de la séduction du consommateur par la réglementation des loteries. La loterie est un jeu laissant espérer un gain dû totalement ou partiellement au hasard, la loterie étant publicitaire lorsque le gain est un lot mis en avant par l'entreprise organisatrice. L'atteinte au consentement par la séduction est bien réelle, le consommateur se pressant d'acheter la contrepartie attendue, toute son attention étant détournée vers le gain convoité. Le danger est particulièrement grand lorsqu'une contrepartie - achat d'un bien ou service -, est exigée pour participer à la loterie. Ce type de loteries est donc en

631 M. PÉDAMON, « La réglementation des ventes avec primes, entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 823 et s. Un arrêt ancien de la chambre criminelle avait même refusé à un syndicat patronal le droit de poursuivre, par voie de citation directe, l'auteur d'une vente avec prime, au motif que la loi de 1951 n'avait « pour objet que l'intérêt général et la défense des consommateurs et non, d'une manière directe et indirecte, la protection de l'intérêt collectif de la profession représentée par ce syndicat (Crim., 5 novembre 1959 ; D. 1960, jur. p. 80).

632 Les infractions sont sanctionnées d'une contravention de cinquième classe (article R. 121-13 du Code de la consommation).

633 Selon l'alinéa 1^{er} de l'article L. 121-35 du Code de la consommation, « Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation ». La loi du 17 mai 2011 a simplement précisé « dès lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 ». L'incrimination est recopiée à l'article L. 442-1 du Code de commerce.

634 Exceptionnellement, les primes gratuites sont autorisées, voy. les articles R. 121-8 à R. 121-9 du Code de la consommation, qui autorisent notamment les primes symboliques, tels les portes-clés ou échantillons.

635 La seule condition sera alors que le prix ne descende pas en dessous du prix d'achat, ce qui constituerait une revente à perte, prohibée par les articles L. 442-2 et suivants du Code de commerce.

principe interdit ⁶³⁶, depuis la loi du 21 mai 1836. Celle-ci, restée en vigueur jusqu'à son intégration en 2012 dans le Code de la sécurité intérieure ⁶³⁷, est complétée par les articles L. 121-36 et suivants du Code de la consommation, issus de la loi du 23 juin 1989. Notons, fait regrettable, que les deux lois prévoient pour ce même type de loterie deux sanctions pénales radicalement différentes ⁶³⁸.

Cette interdiction de principe des concours et jeux promotionnels avec obligation d'achat fait l'objet, comme celle des ventes liées et avec prime, des foudres de l'Union européenne ⁶³⁹. L'ordonnance de 2012 n'en a pas tenu compte, l'article L. 322-1 du Code de la sécurité intérieure prévoyant que « les loteries de toutes espèces sont prohibées ». En revanche, la loi du 17 mai 2011 a restreint l'interdiction à la seule condition que la loterie constitue une pratique déloyale ⁶⁴⁰. La loterie redevient en tous les cas licite lorsqu'elle est sans obligation d'achat, n'exigeant aucune contrepartie. La loi de 1989 la régit néanmoins, dans le but de fournir aux participants une information aussi complète que possible ⁶⁴¹. La méconnaissance de ces règles de forme est punie d'une amende de 37 500 euros. Enfin, une dernière forme possible des loteries publicitaires consiste à envoyer aux consommateurs un document leur laissant croire qu'ils ont gagné un lot important. Le droit pénal dut recourir à la publicité trompeuse pour sanctionner ce genre

636 Certaines sont tolérées, comme les loteries destinées à des actes de bienfaisance.

637 Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012. Voy. les nouveaux articles L. 322-1 à L. 322-6 et L. 324-6 à L. 324-10 du Code de la sécurité intérieure.

638 Le nouvel article L. 324-6, alinéa 1^{er} du Code de la sécurité intérieure prévoit une peine d'emprisonnement de trois ans et une amende de 90 000 euros, l'article L. 121-41 du Code de la consommation une amende de 37 500 euros. Comp. *infra*, n° 362 et s. Ajoutons que le projet de loi relatif à la consommation tel qu'adopté par l'Assemblée nationale (n° 176) le 3 juillet 2013 prévoit de rédiger ainsi l'article L. 121-41 du Code de la consommation : « Tout manquement aux articles L. 121-36 à L. 121-38 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale » (article 54, II, 2° du projet, non-modifié par le Sénat lors de l'adoption du projet le 13 septembre 2013).

639 CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*; D. 2010, p. 258, obs. E. CHEVRIER, et p. 791, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 84, note G. RAYMOND; *RDC* 2010, p. 1290, note C. AUBERT DE VINCELLES.

640 Ce qui pose la question de savoir quand une loterie constitue une pratique déloyale. Y-a-t-il déloyauté dans le fait, notamment de ne pas déposer le règlement de la loterie auprès d'un huissier, comme le prévoit encore l'article L. 121-38 du Code de la consommation ? Sur quoi, voy. É. BAZIN, « L'huissier de justice et les loteries après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 », *Droit et procédures* 2011, p. 226 et s.

641 Voy. l'article L. 121-37 du Code de la consommation « Les documents présentant l'opération publicitaire ne doivent pas être de nature à susciter la confusion avec un document administratif ou bancaire libellé au nom du destinataire ou avec une publication de la presse d'information. Ils comportent un inventaire lisible des lots mis en jeu précisant, pour chacun d'eux, leur nature, leur nombre exact et leur valeur commerciale. Ils doivent également reproduire la mention suivante : « Le règlement des opérations est adressé, à titre gratuit, à toute personne qui en fait la demande ».

de comportements⁶⁴² - il s'agit désormais d'une pratique commerciale réputée agressive⁶⁴³ -, tandis que le droit civil utilisa avec une certaine audace la notion de quasi-contrats⁶⁴⁴.

130. La pénalisation de la séduction du consommateur par la réglementation des prix. Les différentes réglementations des prix intègrent clairement l'objectif d'une concurrence saine et loyale. Mais cet objectif principal n'est pas exclusif, et ces réglementations permettent finalement de sanctionner la séduction malhonnête des consommateurs. Prenons l'exemple des articles L. 442-2 et suivants du Code de commerce sur la revente à perte, interdiction classique - mais menacée⁶⁴⁵ -, issue du droit de la concurrence⁶⁴⁶. Il suffit pourtant de relire cet extrait du « Bonheur des dames » d'Émile ZOLA pour saisir le lien avec la protection du consentement : « Nous perdrons quelques centimes sur l'article, je le veux bien. Après ? Le beau malheur, si nous attirons toutes les femmes et si nous les tenons à notre merci, séduites, affolées devant l'entassement de nos marchandises, vidant leur porte-monnaie sans compter ! »⁶⁴⁷. C'est exactement dans cette hypothèse que la *séduction* du consentement devient une *atteinte* au consentement : la perte supportée sur quelques articles est nécessairement compensée par l'augmentation de prix d'autres articles, ce qui fausse le jugement de la clientèle⁶⁴⁸. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que l'infraction de revente à perte porte également atteinte à l'intérêt général de tous les consommateurs, autorisant en conséquence la constitution de partie civile d'une association de consommateurs⁶⁴⁹. En réalité, toutes les opérations commerciales déloyales finissent par atteindre le consommateur, qui croit faire une bonne affaire, mais finit toujours par en payer le prix : « il n'existe pas de commerce altruiste »⁶⁵⁰. Les opérations de

642 Voy. par ex., Crim., 30 janvier 1992 ; *JCP E* 1992, pan. 829. Rapp. un arrêt plus récent qui caractérise le délit de pratiques commerciales trompeuses pour des faits similaires : Crim., 20 novembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-89090 ; *Gaz. Pal.* 2013, jur. p. 461, chron. E. DREYER.

643 Article L. 122-11-1, 8° du Code de la consommation. En ce sens, voy. CJUE, 18 octobre 2012, aff. C-428/11, *Purely Creative Ltd et a. c/ Office of Fair Trading* ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 3488, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 2013, alerte 21, obs. I. LUCAS.

644 Ch. Mixte, 6 septembre 2002 ; *Bull. ch. mixte*, n° 4 ; *JCP G* 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE ; *JCP E* 2002, 1687, note G. VINEY ; *Deffrénois* 2002, 37644, spéc. p. 1608, chron. É. SAVAUX. *Adde* PH. BRUN, « Loteries publicitaires, La foire aux qualifications pour une introuvable sanction », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 191 et s.

645 Voy. l'ordonnance récente rendue par la CJUE à propos de l'interdiction de la revente à perte en droit belge : CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, *Euronics Belgium CVBA c/ Kamera Express BV*.

646 D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, coll. Manuel, 1ère éd., 2010, n° 186 et s.

647 É. ZOLA, *Le bonheur des dames*, Gallimard, coll. Folio classiques, 1980 [1883], chapitre II, p. 70,

648 En ce sens, C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 294.

649 Crim., 10 octobre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 358 ; *D.* 1997, IR p. 20.

650 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 253.

liquidations sans autorisation préfectorale ⁶⁵¹ nuisent donc, selon la jurisprudence, à l'intérêt collectif des consommateurs ⁶⁵², de même que les ventes au déballage illicites ⁶⁵³. Les soldes ⁶⁵⁴, enfin, ne devraient pas obéir à une solution différente, puisqu'il s'agit là aussi de sanctionner - parfois pénalement ⁶⁵⁵ -, la concurrence déloyale résultant de la séduction illicite du consentement ⁶⁵⁶.

Toutes ces réglementations ont pour point commun d'appréhender la séduction du consommateur, parce qu'elle est susceptible de troubler leur consentement. Si elles sont d'inspiration concurrentielle, elles contribuent donc, au moins indirectement, à la protection du consentement des consommateurs. D'autres règles, procédant d'une même inspiration, visent cette fois la protection du consentement des professionnels.

2. La protection naturelle du consentement des professionnels

131. Si le droit de la concurrence s'aventure quelquefois du côté de la protection du consommateur, il devrait surtout s'épanouir lorsqu'il s'agit de protéger la loyauté des relations entre professionnels. Il est évident que « le label de professionnel n'est pas un antidote à l'inégalité et à l'injustice contractuelles » ⁶⁵⁷, bien au contraire, et l'inégalité et la dépendance économique entre professionnels sont sources de nombreux abus. Certains de ces abus se manifestent par la contrainte du consentement d'autrui ⁶⁵⁸, d'autres par la tromperie du concurrent.

132. La pénalisation indirecte de la tromperie des professionnels par le droit de la consommation. Remarquons d'abord que la tromperie du professionnel sera parfois prévenue ou sanctionnée par... le droit de la consommation. En effet, la jurisprudence a finalement retenu, à propos de la définition du consommateur et du non-professionnel, la

651 La CJUE a rappelé il y a peu la validité de principe d'un régime d'autorisation préalable des liquidations (CJUE, 17 janvier 2013, aff. C-206/11, *Georg Köck*; D. 2013, pan. p. 947, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD).

652 CA Rennes, 24 novembre 2000 ; BRDA 8/2001, p. 9.

653 CAA Douai, 16 novembre 2004 ; AJDA 2005, p. 77, note J. MICHEL.

654 Articles L. 310-3 et suivants du Code de commerce.

655 Voy. l'article L. 310-5, 3° et 4° du Code de commerce (amende de 15 000 euros).

656 F. AUQUE, « Ambiguïtés de la réglementation des soldes », JCP E 1998, étude p. 648 et s.

657 D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 95 et s., spéc. p. 104.

658 Voy. *infra*, n° 145 et s.

notion de *rapport direct*⁶⁵⁹. Le professionnel est considéré comme étant dans le même état d'ignorance que le consommateur lorsqu'il conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité, par exemple lorsqu'il installe un système d'alarme dans son magasin⁶⁶⁰. Il bénéficie alors des règles protectrices du droit de la consommation. Rappelons également que quelques incriminations - tromperie⁶⁶¹ et pratiques commerciales trompeuses⁶⁶² notamment -, bien que rattachées au droit de la consommation, sont néanmoins applicables aux relations entre professionnels, même contractant dans leurs domaines de compétence. Paradoxalement, la pénalisation d'inspiration consumériste est supérieure à celle résultant des réglementations régissant les rapports entre professionnels.

133. La faible pénalisation directe de la tromperie des professionnels. La réglementation des rapports entre professionnels - droit de la concurrence, mais aussi de la distribution ou des sociétés⁶⁶³ -, n'utilise qu'exceptionnellement l'arme pénale. Quelques incriminations ont vu le jour, parmi lesquelles on peut retenir l'information précontractuelle imposée, sous peine de sanctions pénales⁶⁶⁴, dans certains contrats de distribution par la loi dite « DOUBIN » de 1989, insérée à l'article L. 330-3 du Code de commerce⁶⁶⁵. Pourtant, globalement, les sanctions pénales brillent par leur absence, dans ce domaine qui a par ailleurs fait l'objet d'une certaine dépenalisation.

659 Civ. 1ère, 3 et 30 janvier 1996 ; *D.* 1996, p. 228, note G. PAISANT, et somm. p. 325, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1996, p. 609, obs. J. MESTRE. *Adde* sur la définition pénaliste du consommateur, V. WESTER-OUISSÉ, « La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP G* 1999, I, 176. Sur les différentes conceptions du consommateur, voy. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 6 et s. Reprenant l'article 2-1 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, l'article 3 du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 définit le consommateur ainsi : « Un consommateur s'entend de toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Pour une critique, voy. G. RAYMOND, « Définir le consommateur », *Contrats concurrence consommation* 2013, repère n° 9.

660 Voy. not., Civ. 1ère, 28 avril 1987 ; *D.* 1988, jur. p. 1, note PH. DELEBECQUE. Inversement, l'existence d'un rapport direct avec l'activité professionnelle exclut la personne de la protection légale : voy. en matière de démarchage à domicile, Civ. 1ère, 19 juin 2013 ; inédit, pourvoi n° 11-27698 ; *JCP G* 2013, 958, note G. PAISANT.

661 Voy. *supra*, n° 102.

662 Article L. 121-1, III du Code de la consommation (pour les seules pratiques par commission).

663 Signalons également la pénalisation de la tromperie des actionnaires, la réunion d'un capital suffisant étant la clef de la réussite économique et un champ de bataille privilégié des concurrents (voy. par ex., l'incrimination de publication de comptes annuels inexacts à l'article L. 241-3 du Code de commerce).

664 Article R. 330-2 du Code de commerce (contravention de cinquième classe).

665 L'alinéa 1^{er} de cet article dispose que « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

Prenons l'exemple de l'article L. 441-6 du Code du commerce, à propos des communications obligatoires des conditions de vente du producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur à l'égard de toute personne intéressée « qui en fait la demande pour une activité professionnelle ». Selon cet article, est puni d'une amende de 15 000 euros le fait de ne pas respecter certains délais de paiement, ou de ne pas y indiquer certaines mentions obligatoires. Il reste que sa prescription principale - la communication des barèmes et conditions de ventes - , n'est aujourd'hui constitutive que d'une faute civile ⁶⁶⁶, alors que la sanction était autrefois pénale ⁶⁶⁷. En réalité, tel est le cas de la plupart des différentes obligations d'information en droit de la distribution et de la concurrence, depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Les relations entre professionnels s'inscrivent en cela à contre-courant de l'attitude du droit positif à l'égard de la tromperie du consentement. En effet, renouvelant l'approche classique, la pénalisation avait investi progressivement et profondément les relations contractuelles, notamment consuméristes et professionnelles. Cette approche progressive se retrouve d'une manière similaire dans la pénalisation de la négation du consentement d'autrui.

SECTION 2. LA PÉNALISATION DE LA NÉGATION DU CONSENTEMENT

134. Dans sa forme la plus primaire, l'atteinte au consentement contractuel consiste non plus à ruser afin de tromper autrui, mais à forcer son consentement à l'aide d'une violence ou d'une agression, laquelle peut être autant physique que morale. Le consentement d'autrui est alors nié puisque l'auteur de l'atteinte ne tient aucun compte de la volonté de la victime. Ce forçage du consentement d'autrui peut être rapproché de son refus. Lorsqu'en réponse à une offre, une personne émet un consentement, ce dernier est bien nié si l'auteur de l'offre le refuse ⁶⁶⁸. Ces deux formes de la négation du consentement d'autrui à un contrat ont toutes deux fait l'objet d'une importante pénalisation destinée à les réprimer sévèrement. La pénalisation du forçage (§ 1) et du refus du consentement (§ 2) diffèrent toutefois tant dans leur mesure que dans leurs fondements ; il convient donc de les étudier séparément.

666 Voy. l'article L. 442-6, I, 9° du Code de commerce.

667 Voy. D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence, op. cit.*, n° 169.

668 Sur le rapprochement entre consentements forcé et refusé, voy. *supra*, n° 39 et s.

§ 1. LA PÉNALISATION DU FORÇAGE DU CONSENTEMENT

135. La pénalisation du forçage du consentement a suivi un cheminement similaire à celle de sa tromperie. Initialement, la pénalisation s'est construite autour des incriminations d'extorsion et de chantage, permettant la répression d'un consentement forcé par les procédés les plus brutaux. Cette pénalisation classique perdure aujourd'hui, et connaît même de relatifs prolongements, avec par exemple l'incrimination en 2003 de la demande de fonds sous contrainte. Elle s'est toutefois révélée largement insuffisante lorsque la modification des rapports sociaux, à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, a entraîné une multiplication des forçages, plus insidieux, du consentement. Le législateur a réagi en pénalisant davantage ces différentes atteintes. La pénalisation classique du forçage du consentement (A), a ainsi été par la suite renouvelée (B).

A. La pénalisation classique du forçage du consentement

136. Les incriminations d'extorsion. Le Code pénal consacre un chapitre spécifique aux extorsions. Trois incriminations y sont distinguées : l'extorsion à proprement parler à l'article 312-1⁶⁶⁹ et le chantage, qui n'en est qu'une forme particulière, à l'article 312-10⁶⁷⁰, auxquelles il faut désormais ajouter l'incrimination de demande de fonds sous contrainte - laquelle n'en est à nouveau qu'une autre forme particulière⁶⁷¹. Cette incrimination fut insérée par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, à l'article 312-12-1 du Code. Le délit consiste à demander sur la voie publique⁶⁷², soit en réunion, soit sous la menace d'un animal dangereux, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien. La loi avait comme finalité principale la sécurité et la tranquillité urbaine - en pratique, le délit est connu sous le nom de *mendicité agressive* -, dans une moindre mesure la

669 « L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. L'extorsion est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

670 « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

671 Le Conseil constitutionnel a pourtant estimé que cette incrimination n'était pas contraire au principe de nécessité des délits et des peines (Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, considérants n° 78 à 80). Sur le contrôle des doubles incriminations, voy. *infra*, n° 355 et s.

672 Cette condition exclut donc les mendicités agressives pratiquées ailleurs que sur la voie publique. Rappelons cependant qu'il existe depuis longtemps l'interdiction de toute mendicité dans toutes les dépendances des chemins de fer et gares (article 85, alinéas 3 et 4 du décret n° 42-730 du 22 mars 1942) et gares routières (article 17, alinéa 2 du décret n° 48-488 du 16 mars 1948).

protection des biens et de la propriété. En tous les cas, et bien que les dons manuels extorqués s'apparentent à un contrat, la protection du consentement contractuel semble assez évidemment étrangère à la *ratio legis* de l'incrimination. Nous nous concentrerons donc sur les seules incriminations d'extorsion et de chantage.

Incriminations très proches, l'extorsion et le chantage ont d'ailleurs le même résultat, consistant à obtenir « soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque ». Les deux incriminations ne diffèrent que par leurs moyens : l'extorsion résulte de « violence, menace de violences ou contrainte », alors que le chantage vise la menace « de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération ». Leur utilité est certaine : puisque la chose est remise, le vol est exclu⁶⁷³, et puisque cette remise est consciente, non trompée, l'escroquerie l'est également.

137. Les moyens de l'extorsion. L'extorsion altère le consentement contractuel dans son élément de liberté, ce que retrace l'étymologie du terme : extorquer est issu du latin *extorquere* qui signifie « arracher, obtenir par force »⁶⁷⁴. Cette extorsion se réalise, concrètement, par l'une des trois formes alternatives visées à l'article 312-1 du Code pénal : une « violence, menace de violences ou contrainte ». La violence s'entend de toute violence physique, privant la victime de sa liberté de décision : coups et blessure, séquestration et, dans les cas les plus extrêmes, tortures et actes de barbarie⁶⁷⁵. L'extorsion est également constituée en cas de simple menace de violences. On soulignera ici la redondance avec l'incrimination spécifique des menaces aux articles 222-17 et suivants du Code pénal, et plus particulièrement avec l'article 222-18, lequel sanctionne⁶⁷⁶ « la menace, par quelque moyen que ce soit, de commettre un crime ou un délit contre les personnes [...] lorsqu'elle est faite avec l'ordre de remplir une condition ». La condition en question peut revêtir différentes obligations de faire ou de ne pas faire, dont, sans doute, le consentement à certains actes ou contrats⁶⁷⁷ - la donation vient naturellement à l'esprit. Le

673 Quoique certaines hypothèses de vol avec violence soient très proches de l'extorsion. Pour la distinction des deux, voy. S. DETRAZ, « La distinction de l'extorsion et du vol avec violences », in *La violence dans les infractions contre les biens*, *Gaz. Pal.* 13-15 octobre 2013, p. 17 et s.

674 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Extorquer.

675 Chacun de ces faits donne bien sûr lieu à aggravation de la peine, selon les articles 312-2 et suivants du Code pénal. Les plus graves font encourir la réclusion criminelle à perpétuité à leur auteur.

676 La peine est de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende en cas de menace de mort.

677 La solution semble certaine, quoique apparemment inconnue de la jurisprudence (V. CANTAT-LAMPIN, « Menaces », *Répertoire pénal Dalloz* 2004, n° 75).

troisième et dernier moyen de l'extorsion est la contrainte, qui permet d'étendre l'extorsion au-delà des seules atteintes ou menaces d'atteintes physiques⁶⁷⁸. Cela a permis de caractériser l'extorsion dans l'hypothèse d'un abus de dépendance économique⁶⁷⁹, et devrait pouvoir permettre de l'étendre aux violences sur les biens⁶⁸⁰.

138. Les moyens du chantage. Forme particulière de l'extorsion, le délit de chantage n'a été créé que par la loi du 13 mai 1863 pour compléter utilement les textes existants⁶⁸¹. Désormais incriminé à l'article 312-10 du Code pénal, le chantage a, comme l'extorsion, pour objet d'obtenir une signature, engagement, renonciation, révélation d'un secret ou remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. Les deux incriminations ne se distinguent que par le moyen de pression utilisé, le chantage visant la menace « de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération »⁶⁸² - mais encore faut-il remarquer que cette menace s'apparente largement à la « contrainte » visée par l'extorsion. Cette menace peut être écrite ou verbale, dès lors qu'elle est certaine. Elle doit surtout être antérieure à la révélation, et, en principe, porter sur des faits inconnus. Le délit sera néanmoins constitué pour des faits qui, tombés dans l'oubli, sont ravivés par la révélation⁶⁸³, ou encore pour ceux qui transforment « en un fait avéré et certain ce qui n'était jusqu'alors qu'une rumeur sujette à controverse »⁶⁸⁴. La révélation doit enfin porter atteinte à l'honneur ou à la considération, ce qui résulte du rapprochement qu'a fait la jurisprudence avec l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la diffamation⁶⁸⁵. C'est ainsi le cas de la menace d'impliquer une personne dans un procès de mœurs, de vol et d'assassinat⁶⁸⁶. La notion juridique de chantage diffère donc de celle

678 La contrainte est majoritairement appréciée *in concreto*, tenant notamment compte de la situation de faiblesse dans laquelle se trouvait la victime, voy. les exemples cités par CH. SOULARD, « Extorsion. Chantage. Demande de fonds sous contrainte », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 312-1 à 312-15, fasc. 20, 2007, n° 22 et s.

679 Crim., 4 novembre 1997 ; *Bull. crim.*, n° 372.

680 A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. 2, *Les atteintes aux intérêts privés*, *op. cit.*, n° 2295.

681 Le juge avait tenté de pallier le vide juridique en recourant à l'escroquerie, qui ne pouvait cependant aboutir si les faits que le maître chanteur menaçait de révéler étaient vrais (Crim., 19 septembre 1840 ; *Bull. crim.*, n° 280).

682 La moindre gravité des faits par rapport aux infractions d'extorsion explique sa répression considérablement moins lourde : cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, peine qui ne sera aggravée (sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende) qu'en cas de mise à exécution de la menace (article 312-11 du Code pénal).

683 Crim., 8 février 1994 ; *Droit pénal* 1994, comm. n° 135, note M. VÉRON ; *RJC* 1994, p. 766, obs. R. OTTENHOF.

684 Crim., 25 janvier 1968 ; *D.* 1968, jur. p. 153.

685 Voy. par ex., pour un arrêt explicite, CA Paris, 24 mars 1953 ; *Gaz. Pal.* 1953, t. 2, jur. p. 14.

686 Crim., 7 décembre 1900 ; *Bull. crim.*, n° 362 ; *D. P.* 1901, I, p. 512 ; Crim., 18 décembre 1975 ; *Bull. crim.*, n° 289.

que lui attribue le sens commun, et, par exemple, n'est pas un chantage le fait de menacer quelqu'un de lui causer des ennuis quelconques s'il n'accomplit pas quelque chose ⁶⁸⁷. Le chantage est bien évidemment une infraction intentionnelle, l'intention étant la volonté ou la conscience d'utiliser des menaces illégitimes ⁶⁸⁸ pour obtenir une remise indue ⁶⁸⁹.

139. La mutation de la valeur protégée par les incriminations d'extorsion et de chantage. Les atteintes au consentement contractuel font donc l'objet d'une large pénalisation, à travers les incriminations d'extorsion et de chantage. Au-delà, il est possible d'analyser la place exacte accordée à la liberté du consentement contractuel, pour se demander s'il ne constitue pas désormais la valeur protégée par les incriminations. *A priori* en effet, le parallèle avec la mutation des incriminations d'escroquerie et d'abus de confiance est saisissant. Les incriminations étaient initialement vouées à la protection du patrimoine, ce qui ressortait à la fois du contenu des incriminations - seule l'obtention d'actes juridiques patrimoniaux était réprimée -, et de leur place dans le Code pénal, au sein des infractions contre les biens. L'évolution est, cette fois, venue du législateur lui-même. La loi du 2 février 1981 a en effet étendu les incriminations à des hypothèses d'obtention d'avantages non patrimoniaux. Aucune référence n'est faite à un quelconque préjudice. De sorte que le contenu des incriminations démontre que, ne s'attachant plus exclusivement à la protection du patrimoine, l'extorsion et le chantage visent davantage la protection de la liberté de décision de la personne. Il suffit « de démontrer que l'acte même non préjudiciable n'aurait pas été conclu si la violence n'avait pas été exercée » ⁶⁹⁰. Cette idée est confirmée par la nature exacte de l'objet de l'extorsion ou du chantage.

140. L'obtention de « fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque » et « d'un engagement ». L'extorsion et le chantage permettent évidemment, en pratique, de protéger très souvent le patrimoine des victimes. La solution est évidente lorsque leur résultat consistera en une « remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque », par hypothèses revêtus d'un aspect patrimonial. Il en est de même lorsque le résultat sera

687 CA Paris, 18 mai 1896 ; *D. P.* 1897, II, p. 324.

688 Cela a posé la question de la caractérisation du chantage en matière de menaces de recourir aux voies de droit. Si le chantage n'est alors pas, en principe, constitué (*Crim.*, 12 mars 1985 ; *Bull. crim.*, n° 110 ; *Gaz. Pal.* 1985, jur. p. 626 ; *RSC* 1986, p. 384, obs. P. BOUZAT), il en sera autrement lorsque cette menace relève d'un abus de droit, voy. not. *Crim.*, 5 mars 1975 ; *Bull. crim.*, n° 72 ; *Crim.*, 13 mars 1990 ; *Bull. crim.*, n° 116.

689 Jusqu'en 1972, la chambre criminelle exigeait en outre un dol spécial de « cupidité illégitime », lequel n'est plus un des éléments de l'infraction (*Crim.*, 22 juin 1972 ; *Bull. crim.*, n° 216 ; *JCP G* 1973, II, 17326, note J. LARGUIER ; *RSC* 1972, p. 890, obs. P. BOUZAT ; *RSC* 1973, p. 393, obs. J. LARGUIER).

690 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 41.

l'obtention d'un « engagement ». En effet, « l'emploi de ce terme semble impliquer la création d'un rapport d'obligation entre l'auteur des violences et sa victime »⁶⁹¹. La mise en œuvre de ce rapport d'obligation sera ensuite de nature à affecter le patrimoine de la victime. En effet, sur le modèle de ce qui a pu être dit concernant l'escroquerie⁶⁹², l'obligation fait naître une créance, dont la réalisation sera susceptible d'atteindre le patrimoine du débiteur en cas d'inexécution. Un élément vient toutefois nuancer cette solution : en évoquant un « engagement », les incriminations n'exigent pas la remise du titre - l'*instrumentum* -, mais la simple obtention du consentement de la victime - le *negotium*⁶⁹³. Il est possible d'en déduire que les incriminations s'attachent alors avant tout à la protection du consentement contractuel. Cette idée se retrouve d'une manière certaine à propos de l'obtention des autres objets de l'extorsion et du chantage, à commencer par l'obtention d'une renonciation.

141. L'obtention d'une « renonciation ». Les textes visent aujourd'hui l'obtention d'une « renonciation », alors que l'ancienne incrimination d'extorsion visait plus précisément la renonciation à « un acte opérant décharge ». Il est possible de déduire de cette extension deux choses. En premier lieu, la renonciation n'a pas nécessairement « à présenter les traits d'un acte juridique patrimonial »⁶⁹⁴. La doctrine et la jurisprudence fournissent l'illustration du désistement d'instance ou d'action en justice⁶⁹⁵ : c'est ainsi que la Cour de cassation a qualifié d'extorsion la séquestration d'un inspecteur du travail afin qu'il renonce à engager des poursuites pénales, par hypothèse dépourvues d'aspect patrimonial⁶⁹⁶. En second lieu, la renonciation peut sans doute viser autre chose qu'un acte juridique : désistement de candidature à un poste professionnel ou à une élection par exemple. La jurisprudence n'a pas, jusqu'ici, opéré une telle extension. Si tel était le cas, il faudrait en conclure que l'intérêt protégé n'est pas la liberté du consentement contractuel, mais, de manière plus générale, la liberté de décision de la personne. En tous les cas, le patrimoine et le droit de propriété sont en ces hypothèses exclus de la protection, solution qui vaut *a fortiori* pour l'extorsion de signature et la révélation d'un secret.

691 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 72. *Adde* dans le même sens, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 196 et s.

692 Voy. *supra*, n° 71.

693 PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 615.

694 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 74.

695 *Idem*, n° 75.

696 Crim., 9 janvier 1991 ; *Bull. crim.*, n° 17 ; RSC 1992, p. 323, obs. P. BOUZAT.

142. L'obtention de « signature ». L'extorsion de signature consiste dans le fait de forcer une personne à apposer sa signature ou son paraphe au bas d'un écrit, celui-ci valant généralement obligation, disposition ou décharge, par exemple si la signature extorquée figure au bas d'un chèque⁶⁹⁷ ou d'une reconnaissance de dette⁶⁹⁸. Mais il est certain que la signature extorquée n'a pas à avoir nécessairement des conséquences patrimoniales, ce dont on peut déduire que l'extorsion et le chantage sont clairement tournés vers la protection de la liberté de décision, davantage que celle du patrimoine. Il n'est en effet nullement précisé que l'acte portant la signature extorquée doit opérer obligation ou décharge. D'ailleurs, la mention de l'extorsion de signature serait en ce cas parfaitement inutile, puisqu'elle rejoindrait celle d'un engagement ou d'une renonciation. N'importe quel écrit peut donc être concerné, par exemple une lettre missive privée, un écrit contenant des propos injurieux⁶⁹⁹, un mandat général d'administrer les biens de la victime⁷⁰⁰, une attestation de moralité, un diplôme⁷⁰¹ ou une pétition. La signature peut donc porter sur un écrit même non contractuel, ce qui confirme par ailleurs que c'est la liberté de décision qui est protégée, plutôt que, plus précisément, la liberté du consentement contractuel.

143. La « révélation d'un secret ». Enfin, il n'est nullement précisé que le secret révélé doit, pour caractériser une extorsion ou un chantage, revêtir un aspect patrimonial : le secret révélé peut s'entendre d'autre chose que d'un secret industriel⁷⁰². Ce serait en effet rajouter une condition au texte, au mépris du principe d'interprétation stricte. Des secrets dépourvus de toute valeur pécuniaire, par exemple un élément de la vie privée ou le contenu d'une lettre, devraient donc pouvoir entrer dans la champ d'application des incriminations⁷⁰³.

144. Bilan. La mutation de la valeur protégée : de la protection du patrimoine à la protection de la liberté de décision. En définitive, il est vrai que l'extorsion et le chantage répriment souvent, en pratique, une atteinte au patrimoine. Mais l'évolution de ces incriminations, notamment depuis la loi du 2 février 1981, permet surtout de remarquer la mutation de leur valeur protégée. L'obtention peut être celle d'avantages non patrimoniaux,

697 Crim., 26 octobre 2005 ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 25, obs. M. VÉRON.

698 Crim., 7 mars 2000 ; inédit, pourvoi n° 99-83819.

699 CA Aix-en-Provence, 7 septembre 2005 ; *Juris-Data* n° 2005-284749.

700 Crim., 30 juin 1999 ; inédit, pourvoi n° 98-85440.

701 En ce sens, A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. 2, *Les atteintes aux intérêts privés*, *op. cit.*, n° 2293.

702 *Contra*, déduisant cette restriction de la place des incriminations dans le Code, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 199.

703 CH. SOULARD, « Extorsion. Chantage. Demande de fonds sous contrainte », fasc. préc., n° 11.

auquel cas seule « la liberté de décision »⁷⁰⁴ est protégée. Le parallèle est d'ailleurs saisissant avec le vice de violence prévu aux articles 1112 et suivants du Code civil⁷⁰⁵. Aussi le contrat éventuellement conclu à la suite d'une extorsion sera très souvent annulé - sans que son annulation ne remette en cause la qualification retenue⁷⁰⁶. Mais c'est bien de liberté de décision et non de liberté du consentement contractuel qu'il convient de parler, car l'extorsion et le chantage visent l'obtention d'écrits ou la révélation de secrets, même détachés de toute considération contractuelle.

Quoiqu'il en soit, la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel ne pouvait reposer que sur les seules incriminations d'extorsion et de chantage, alors que la société de consommation multiplie les risques de forçage du consentement, souvent de manière plus insidieuse, moins brutale. Pour s'y adapter, la pénalisation a été considérablement renouvelée.

B. La pénalisation renouvelée du forçage du consentement

145. L'intérêt de la pénalisation renouvelée du consentement forcé ne réside pas dans l'identification des valeurs protégées, souvent impossible : les pratiques commerciales agressives protègent-elles l'intégrité du consentement ? Ou les consommateurs dans leur ensemble ? Ou, plus largement encore, la loyauté du marché ? Cette question sera parfois abordée - pour les abus de faiblesse par exemple - , mais laissera le plus souvent la place à l'étude de la mesure de la pénalisation. Cela revient à poser la question des formes d'atteintes au consentement concrètement réprimées d'une part, de l'étendue de la pénalisation d'autre part. Or, à cet égard, le renouveau de la pénalisation du consentement forcé ne doit pas être compris comme un mouvement d'inflation pénale exponentielle en tous les domaines. Au contraire, la pénalisation oscille parfois jusqu'à donner lieu à dépénalisation, notamment dans certains rapports entre professionnels. Cela étant, il faut bien convenir que la norme reste une inflation pénale saisissante, notamment dans les rapports de consommation. La dépénalisation du forçage du consentement doit donc être relativisée (1), le principe reste celui d'une pénalisation massive (2).

704 Voy. la formule d'A. VITU : « Ce que la loi entend désormais protéger, c'est moins l'intégrité du patrimoine, que la liberté de décision de l'être humain contre les moyens de pression qui tendent à faire violence à sa volonté et à lui dicter certains gestes ou certaines attitudes » (A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. 2, *Les atteintes aux intérêts privés*, *op. cit.*, n° 2291).

705 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 36 et s.

706 Crim., 9 mai 1867 ; D. 1868, I, p. 236.

1. Une dépenalisation relative

146. La faible utilisation de la sanction pénale dans les rapports professionnels.

Les rapports de force sont l'essence même des relations commerciales, rapports qui peuvent facilement dégénérer en abus lorsqu'ils sont inégalitaires. De tels abus sont parfois réprimés pénalement : c'est ainsi le cas de la prohibition des prix imposés de revente par les fournisseurs telle qu'elle figure à l'article L. 442-5 du Code de commerce ⁷⁰⁷. Mais de manière générale, pas plus qu'en matière de tromperie, le législateur n'a fait appel à l'arsenal pénal pour sanctionner le forçage du consentement dans les rapports entre professionnels - concurrence, distribution... Au contraire, le droit civil lui est généralement préféré ⁷⁰⁸. L'interdiction des abus de position dominante et de dépendance et, depuis peu, le célèbre article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, en sont autant d'illustrations.

147. L'illustration des abus de position dominante et de dépendance économique. Les abus de position dominante et de dépendance économique, initialement réprimés par l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, sont désormais visés à l'article L. 420-2 du Code de commerce. Cet article prohibe l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises, soit, selon le premier alinéa, « d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci », soit, selon l'alinéa second, « de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur ». Les abus prohibés peuvent consister en des refus de vente et discrimination ⁷⁰⁹, mais également en vente liée, c'est-à-dire lorsqu'on subordonne la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat d'un autre produit ou service, contraignant le consentement du professionnel assujéti. Or, la sanction prévue pour ces formes d'atteinte au consentement est, selon l'article L. 420-3 du Code de commerce, la nullité des conventions. Certes, l'ancien article 17 de l'ordonnance et actuel article L. 420-6 du Code de commerce érige en délit ⁷¹⁰ le fait « de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre » de ces pratiques abusives. Au premier abord, le champ d'application de ce texte

707 L'article L. 442-5 du Code de commerce punit d'une amende de 15 000 euros « le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ».

708 Voy. V. LASSERRE, « Les sanctions civiles en droit de la concurrence », in *Au-delà des codes, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 343 et s.

709 Ce qui constituera alors une négation du consentement d'autrui, voy. *infra*, n° 168.

710 La peine consiste alors en un emprisonnement de quatre ans et une amende de 75 000 euros.

pourrait le rendre « inquiétant »⁷¹¹. L'illusion dure cependant peu de temps à propos de ce texte « en trompe-l'œil, destiné à figurer dans les textes mais à ne pas encombrer les prétoires »⁷¹². En effet, la preuve d'une « part personnelle et déterminante » d'une personne dans des opérations aussi complexes que les abus de position dominante ou de dépendance économique s'apparente à bien des égards à une *preuve diabolique*. D'autant plus que l'intention ne peut s'entendre d'une simple négligence. « [L]a volonté - sinon de dépenalisation totale, du moins d'une importante dépenalisation partielle - est ici manifeste », peut-on conclure avec Mme DELMAS-MARTY⁷¹³. Convenons toutefois qu'une autre partie de la doctrine prétend que ce délit de participation frauduleuse à une pratique anticoncurrentielle « sort aujourd'hui de sa torpeur et pourrait devenir un outil efficace pour renforcer le contrôle de la concurrence »⁷¹⁴, notamment grâce à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales⁷¹⁵.

De manière plus générale, l'interdiction des abus de position dominante et de dépendance économique n'a guère eu de succès. En particulier, l'interdiction des abus de dépendance économique n'a pas eu l'efficacité escomptée. La notion de *dépendance économique* a ainsi fait l'objet d'une interprétation des plus restrictives, y compris après la réécriture partielle opérée par la loi du 15 mai 2001⁷¹⁶. Cette inefficacité explique en grande partie l'enrichissement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, censé compenser les insuffisances de l'état de dépendance économique. Mais, pas plus que l'abus de dépendance économique ou l'abus de position dominante, cet article ne fait appel aux sanctions pénales.

148. L'illustration de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. L'article L. 442-6, I du Code de commerce engage la responsabilité civile - *a priori* délictuelle⁷¹⁷ - ,

711 M.-P. LUCAS DE LEYSSAC et C. LUCAS DE LEYSSAC, « L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce et comment se rassurer », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, op. cit.*, p. 651 et s.

712 PH. CONTE, « Droit pénal et concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2000, n° 3, p. 21 et s., spéc. p. 23.

713 M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, t. 2, *Partie spéciale : infractions*, PUF, coll. Thémis, 3ème éd., 1990, p. 430.

714 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 354. Dans le même sens, E. CLAUDEL, « Le printemps de l'article L. 420-6 », *RTD com.* 2003, p. 80 et s.

715 Sur quoi, voy. F. STASIAK, « Droit pénal et droit de la concurrence : regards croisés », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés, op. cit.*, p. 267 et s., spéc. p. 272.

716 M. CHAGNY, « L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.* 2011, p. 392 et s., spéc. p. 395.

717 Telle est du moins la solution si l'on applique celles déjà rendues en matière de refus de vente (Com., 9 avril 1996 ; *Bull. civ.* IV, n° 117 ; *D.* 1997, p. 77, note E. TICHADOU ; *RTD civ.* 1997, p. 118, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1997, p. 129, obs. B. BOULOC) et de rupture de relations commerciales établies (Com., 6 février 2007 ; *Bull. civ.* IV, n° 21, *D.* 2007, p. 653, obs. E. CHEVRIER, et p. 1694, obs. A. BALLOT-LÉNA ; *RTD civ.* 2007, p. 343, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2008, p. 210,

de l'auteur de différents comportements, la plupart correspondant à une atteinte au consentement⁷¹⁸. Et, en particulier, depuis la loi LME du 4 août 2008, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce soumet à responsabilité le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »⁷¹⁹. Cet article semble promis à une réelle postérité⁷²⁰ ; en tous cas bien plus que son ancienne version, quasiment inappliquée⁷²¹. La possibilité d'une mise en action par le ministre de l'économie⁷²² ou le Ministère public permet de contourner le risque d'entreprises victimes qui renonceraient à agir contre un partenaire indispensable⁷²³. Elle leur permet de se substituer à ces entreprises victimes pour demander, selon les cas, la cessation des pratiques litigieuses, la nullité des clauses ou des contrats⁷²⁴, la répétition de l'indu ou une amende civile⁷²⁵. L'amende civile qui peut être alors prononcée se distingue nettement d'une amende pénale. Pour autant, « son caractère exorbitant conduit à une assimilation compte tenu du montant

obs. PH. DELEBECQUE. *Contra*, Civ. 1ère, 6 mars 2007 ; *Bull. civ.* I, n° 93 ; *D.* 2007, p. 951, obs. E. CHEVRIER ; *RTD com.* 2008, p. 210, obs. PH. DELEBECQUE). *Contra*, J.-D. BRETZNER, « La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L. 442 6, I, 5°, du code de commerce », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2010, n° 2979.

718 Par exemple, l'article L. 442-6, I, 4° du Code de commerce vise le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente » ; et l'article L. 442-6, I, 9°, le fait « de ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ».

719 Sur la notion de déséquilibre significatif, voy. N. MATHEY, « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », in *L'année 2012 en droit de la concurrence, Contrats concurrence consommation* 2013, dossier n° 3 ; M. PONSARD, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *idem*, dossier n° 4.

720 En ce sens, voy. la pratique dite des *assignments Novelli*, du nom du ministre de l'Économie qui, en 2009, lança une série d'assignments sur ce nouveau fondement à l'encontre de certains acteurs de la grande distribution, assignments qui débouchèrent sur plusieurs condamnations ; voy. not. T. Com. Lille, 6 janvier 2010, *Min. éco. C/ Castorama* ; *D.* 2010, p. 1000, obs. J. SÉNÉCHAL ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 234, obs. N. MATHEY ; T. Com. Lille, 7 septembre 2011, *Min. éco. C/ Auchan* ; *JCP E* 2011, 1701, note G. CHANTEPIE ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 234, note N. MATHEY. Ces sociétés furent condamnées respectivement à 300 000 euros et 1 000 000 d'euros d'amende.

721 En ce sens, A. BERG-MOUSSA, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E* 2012, 1139, n° 6 et s.

722 Cette action du ministre de l'économie n'est pas contraire au procès équitable : Cour EDH, 17 janvier 2012, requête n° 51255/08, *Galec c/ France* ; *JCP G* 2012, 462 ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 94, note M. MALAURIE-VIGNAL.

723 A. BERG-MOUSSA, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », art. préc., n° 29.

724 Rapp. CA Nîmes, 25 février 2010, *Min. écon. c/ SAS Carrefour France* ; *D.* 2010, p. 956, note E. CHEVRIER : « dès lors qu'une clause d'une convention ou d'un contrat prévoit l'obligation d'exécuter une obligation prohibée par des dispositions d'ordre public, telles celles prévues à l'article L. 442-6, I cette obligation repose nécessairement sur une cause illicite, atteinte donc de nullité relative au sens de l'article 1131 ; elle peut ainsi être annulée ».

725 Sur les amendes civiles, voy. *infra*, n° 484 et s.

qu'elle peut atteindre »⁷²⁶ : deux millions d'euros, amende pouvant être portée au triple du montant des sommes indûment versées⁷²⁷. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'imprécision de la notion de déséquilibre significatif, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs vérifié sa conformité au regard du principe de *légalité des délits et des peines*, assimilant ainsi la sanction de l'article L. 442-6, I, 2° à une sanction pénale, et qualifiant même cette disposition d' « incrimination »⁷²⁸. « Quasi-pénale »⁷²⁹, la sanction de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'en reste pas moins de nature civile. L'article L. 442-6, I du Code de commerce ne peut donc en aucun cas être présenté comme participant à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il est vrai que les rapports entre professionnels, et notamment entre concurrents, s'inscrivent depuis quelques décennies dans un contexte de *dépénalisation*⁷³⁰, ce qui atténue sans doute le constat d'une forte pénalisation des atteintes au consentement dans cette période. Le droit civil permettrait une souplesse indispensable à la mobilité de l'ordre public économique. Surtout, le droit pénal ne serait pas efficace ni adapté à cette forme de délinquance en col blanc⁷³¹. On remarquera cependant que la dépénalisation de certaines hypothèses de consentement forcé ne s'est pas limitée aux rapports entre professionnels, l'exemple de la dépénalisation des ventes liées l'illustre.

149. La dépénalisation relative de l'incrimination des ventes liées. Comme en matière de ventes avec prime et de loterie publicitaire⁷³², la directive du 11 mai 2005 a sonné le glas de l'interdiction générale des ventes liées- aussi appelées ventes *subordonnées* ou

726 Y. PICOD, note préc. sous Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, n° 5.

727 Article L. 442-6, III, 2° du Code de commerce.

728 Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011 ; préc. : « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties [...] ; qu'en égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».

729 J.-B. PERRIER, obs. préc. sous Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, spéc. p. 191.

730 Sur quoi, voy. déjà J. AZÉMA, « La dépénalisation du droit de la concurrence », *RSC* 1989, p. 651 et s.

731 Voy. not. L. VOGEL, « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* 2003, doct. p. 120 et s. *Contra*, D. BLANC, « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », in *Quelle dépénalisation pour le droit des affaires ?*, *AJ Pénal* 2008, p. 69 et s.

732 Voy. *supra*, n° 128 et 129.

jumelées. Les juges européen⁷³³ et national⁷³⁴ l'ont affirmé : le caractère d'harmonisation complète de la directive est incompatible avec le maintien de cette incrimination. Depuis la loi du 17 mai 2011, les ventes liées continueront cependant à être sanctionnées, à condition de caractériser une pratique commerciale déloyale.

L'interdiction vise à prévenir la contrainte du consentement qui peut résulter des ventes liées. Par esprit pratique et commercial, les distributeurs⁷³⁵ constituent souvent des lots de plusieurs articles, ce qui profite également au consommateur, puisque le prix est généralement moindre que l'article acheté à l'unité⁷³⁶. Le procédé risque cependant de se retourner à son encontre si le commerçant refuse de dissocier le lot et *force* ainsi le consommateur à des achats non-souhaités, par ailleurs souvent inutiles. Aussi les ventes liées étaient-elles prohibées depuis l'ordonnance du 30 juin 1945, dont les règles ont été reprises par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 puis par l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Cet article pénalise⁷³⁷ le fait de « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre

733 « La directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause dans les litiges au principal, qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur » (CJCE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV* ; D. 2009, AJ p. 1273, obs. E. PETIT, et chron. p. 2561, obs. M. CHAGNY, et p. 2825, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 183, note G. RAYMOND ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2009, n° 2418, note J.-C. GRALL et E. CAMILLERI ; *RDC* 2009, p. 1458, note C. AUBERT DE VINCELLES ; *RTD com.* 2009, p. 607, obs. B. BOULOC ; CJUE, 11 mars 2010, aff. C-522/08, *Telekomunikacja Polska SA w warszawie c/ Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej* ; *Communication commerce électronique* 2010, comm. n° 63, note M. CHAGNY).

734 CA Paris, 14 mai 2009, *France Télécom c/ SAS Free et autres* ; D. 2009, AJ p. 1475, obs. E. PETIT ; *JCPE* 2009, 299, note D. ROSKIS ; *Gaz. Pal.* 2009, jur. p. 3193, note J. PRIEUR ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 201, note D. BOSCO ; *Communication commerce électronique* 2009, comm. n° 68, note PH. STOFFEL-MUNCK. Les pourvois contre cet arrêt ont été rejetés par Civ. 1ère, 15 novembre 2010 ; *Bull. civ. I*, n° 232 ; *LPA* 21 mars 2011, n° 56, p. 8 et s., note E. AY ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 954, chron. S. PIEDELIÈVRE ; D. 2010, p. 2765, obs. X. DELPECH ; D. 2011, chron. p. 622, note N. AUROY et C. CRETON ; *JCP G* 2010, act. 1150 ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 9, note M. MALAURIE-VIGNAL.

735 Une interdiction similaire existe en droit bancaire depuis la loi du 11 décembre 2001 (dite *loi MURCEF*). L'article L. 312-1-2, I-1 du Code monétaire et financier interdit aux banques « la vente ou offre de vente de produits ou de prestations de services groupés sauf lorsque les produits ou prestations de services inclus dans l'offre groupée peuvent être achetés individuellement ou lorsqu'ils sont indissociables ».

736 S'il s'agit traditionnellement d'articles liés en raison de leur faible valeur, comme les yaourts ou les bouteilles de bières, la question se pose également pour des articles d'une valeur bien plus importante, comme la vente d'un ordinateur accompagné de ses logiciels d'exploitation (sur ce point, voy. L. MAZEAU, « Offres conjointes et pratiques commerciales déloyales. L'exemple des ventes liées d'ordinateurs et de logiciels », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 4046).

737 La sanction est une contravention de cinquième classe (article R. 121-13, 2° du Code de la consommation).

service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit »⁷³⁸. À l'inverse, l'infraction n'est pas constituée si le consommateur dispose de la liberté de séparer les produits⁷³⁹. L'incrimination a évolué pour ne viser que les rapports de consommation, l'interdiction ayant été abrogée entre professionnels par la loi du 1^{er} juillet 1996⁷⁴⁰. Il s'agit pourtant d'une incrimination dont la finalité est davantage la protection de la concurrence⁷⁴¹.

Cette dépénalisation, incontestable, ne possède qu'une portée limitée. On ne saurait en déduire une véritable tendance à la dépénalisation du forçage du consentement, celle-ci étant directement due à l'influence du droit de l'Union européenne. D'autant qu'une telle dépénalisation s'inscrit à contre-courant d'une tendance certaine à une pénalisation massive du forçage du consentement.

2. Une pénalisation massive

150. L'apparition, à partir du milieu du XIX^{ème} siècle, d'une société moderne de consommation a entraîné de nouvelles inégalités, de nouvelles dépendances et de nouvelles vulnérabilités. Les incriminations initiales d'extorsion et de chantage furent alors largement inadéquates à la répression des abus qui en résultèrent. La réaction du législateur, pourtant, a été tardive. Elle s'est construite depuis quelques décennies autour des différents abus de faiblesse (a). Plus récemment, la pénalisation s'est également centrée autour des pratiques commerciales agressives (b).

738 On soulignera la rédaction maladroite de cet article : à la lettre, il « pourrait en effet conduire à des absurdités, comme par exemple obliger les commerçants à vendre les allumettes une par une » (J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un code de la consommation*, préf. M. ROCARD, av.-propos V. NEIERTZ, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1990, p. 46). *Adde*, plus général, PH. STOFFEL-MUNCK, « L'infraction de vente liée à la dérive... Observations sur les malfaçons du droit de la consommation », *JCP G* 2009, 84.

739 En ce sens, la vente d'un ordinateur prééquipé d'un logiciel d'exploitation sur un site Internet ne constitue pas une pratique commerciale déloyale lorsque la possibilité est offerte d'acquérir le même ordinateur dépourvu de tout logiciel sur un autre site lié : voy. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012 ; *Bull. civ. I*, n° 170 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2799, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *LPA* 15 août 2012, n° 163, obs. V. LEGRAND ; *D.* 2012, p. 1951, obs. X. DELPECH, et p. 2354, obs. C. LE STANC ; *JCP E* 2012, 1531, note É. BAZIN. Mais il faut sans doute considérer que le professionnel doit délivrer au consommateur une information sur l'existence d'alternatives à l'achat groupé (rapp. Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2011 ; *Bull. civ. I*, n° 160 ; *D.* 2011, p. 2464, obs. X. DELPECH, et p. 2968, obs. Y. PICOD ; *D.* 2012, p. 842, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 31, note G. RAYMOND ; *RDC* 2012, p. 941, obs. R. OLLARD).

740 À moins que cela ne caractérise un abus de position dominante (article L. 420-2 du Code de commerce).

741 M. PÉDAMON, « La réglementation des ventes avec primes : entre droit de la consommation et droit de la concurrence », art. préc.

a. *Les abus de faiblesse*

151. Il est possible d'abuser de l'état d'ignorance ou de faiblesse d'une autre personne pour *tromper* ou *forcer* son consentement - l'accent ne sera ici mis que sur cette dernière hypothèse. Dès 1972, certains abus de faiblesse commis envers des consommateurs ont été incriminés (i). L'incrimination plus générale d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse n'a vu le jour qu'à l'occasion de la réforme du Code pénal en 1992 (ii). C'est également à cette occasion que le législateur a entendu réprimer les formes d'esclavage moderne qui ont pu apparaître en France, résultant de différents abus de vulnérabilité contraires à la dignité de la personne (iii).

i. L'incrimination consumériste d'abus de faiblesse

152. **La pénalisation des atteintes au consentement par l'abus de faiblesse.** Dans sa version initiale, reprise à l'article L. 122-8 du Code de la consommation, le délit d'abus de faiblesse ne pouvait être commis qu'à l'occasion de démarchages à domicile. Les articles L. 122-9 et L. 122-10 du même Code, issus de la loi du 18 janvier 1992, étendirent le domaine de l'abus de faiblesse largement au-delà de cette seule hypothèse : sont concernés les démarchages par téléphone, les transactions hors des lieux de vente ou encore les transactions conclues dans une situation d'urgence ayant mis la victime dans l'impossibilité de faire jouer la concurrence. L'abus de faiblesse ne saurait être caractérisé hors les cas prévus par la loi, par exemple lorsque c'est la victime qui sollicite le professionnel ⁷⁴². Une fois que l'on se situe dans l'un de ces cadres, le délit suppose encore, à titre de condition préalable, la faiblesse ou l'ignorance de la victime ⁷⁴³. Cette vulnérabilité s'apprécie, non pas objectivement, par exemple par référence à l'âge avancé de la victime ⁷⁴⁴, mais concrètement, lorsque « les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte » ⁷⁴⁵. Il faut, enfin, que l'abus ait conduit la victime à « souscrire des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit », selon l'article

742 CA Montpellier, 20 mai 2010, cité par É. BAZIN, « Un an de droit pénal de la consommation (avril 2010 - avril 2011) », *Droit pénal* 2011, chron. n° 4, n° 5.

743 Comp. avec la vulnérabilité telle qu'entendue dans l'incrimination du Code pénal, *infra*, n° 154.

744 CA Paris, 11 avril 2012 ; *Juris-Data* n° 2012-012075 ; CA Toulouse, 11 octobre 2012 ; *Juris-Data* n° 2012-024820.

745 Article L. 122-8 du Code de la consommation.

L. 122-8 du Code de la consommation. L'article L. 122-10 est plus précis, envisageant l'hypothèse de remises « sans contreparties réelles, des sommes en numéraire ou par virement, des chèques bancaires ou postaux, des ordres de paiement par carte bancaire ou carte de crédit, ou bien des valeurs mobilières au sens de l'article 529 du Code civil ».

153. La protection indirecte de l'intégrité du consentement par l'abus de faiblesse. Ces dernières exigences relatives à l'acte obtenu, permettent de rattacher l'incrimination à la protection du patrimoine, davantage que du consentement contractuel. Il est certain qu'une atteinte au consentement sera réalisée : la victime est trompée ou contrainte par l'abus. Les engagements au comptant ou à crédit permettent en outre de rattacher ces atteintes au champ contractuel. Mais cette limitation démontre bien que la raison d'être de l'incrimination est d'interdire l'atteinte au patrimoine de la victime. L'abus de faiblesse n'est réprimé que si une atteinte au patrimoine en résulte. Autrement dit, les atteintes au consentement ne sont réprimées qu'en tant que moyen de réalisation de l'abus, la finalité étant la protection du patrimoine des consommateurs. Curieusement, la solution apparaît inversée lorsqu'il s'agit d'étudier l'incrimination plus générale d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, davantage tournée vers la protection de la liberté de décision.

ii. L'incrimination générale d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse

154. La double incrimination de l'abus de faiblesse. Si les abus de faiblesse commis dans certains rapports de consommation sont réprimés depuis 1972, il a fallu attendre le nouveau Code pénal pour que l'incrimination d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse soit créée. De façon très regrettable, la répression de ces deux incriminations diffère pourtant largement. Les peines⁷⁴⁶ et les modalités de poursuites⁷⁴⁷ de l'abus de faiblesse consumériste sont en effet considérablement plus sévères. Et en application du

746 Cinq ans d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende (peines principales au demeurant disproportionnées l'une par rapport à l'autre), contre trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende pour l'incrimination du Code pénal. Toutefois, le projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 prévoit un alignement des sanctions du délit consumériste sur celles prévues par le Code pénal (sur quoi, voy. *infra*, n° 366).

747 L'article L. 122-11 du Code de la consommation permet d'appliquer les dispositions des articles L. 450-1 à L. 450-3 et L. 450-8 du Code de commerce relatifs aux constatations et poursuites des infractions en matière de concurrence. Les associations de consommateurs sont par ailleurs recevables à se constituer parties civiles pour les abus de faiblesse consuméristes (article L. 421-1 du Code de la consommation).

principe *Specialia generalibus derogant*, c'est cette dernière incrimination qui devrait s'appliquer lorsque les deux textes sont applicables ⁷⁴⁸.

Alors que sous l'empire du Code pénal de 1810, seul l'abus des besoins, faiblesses ou passions d'un mineur était réprimé ⁷⁴⁹, le législateur saisit l'occasion de la réforme du Code pénal en 1992 pour généraliser l'incrimination. Celle-ci, déplacée depuis à l'article 223-15-2 du Code pénal, sanctionne l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne mineure ou vulnérable, pour la conduire ⁷⁵⁰ « à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ». Notons que la « particulière vulnérabilité » de la victime est ici entendue de façon bien plus précise qu'en matière consumériste ⁷⁵¹, quoiqu'elle soit en pratique souvent déduite de l'acte obtenu ⁷⁵². Concrètement, l'abus, évidemment intentionnel ⁷⁵³, résulte de « l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer [le jugement de la victime] » ⁷⁵⁴. De sorte que l'article 223-15-2 peut être présenté comme un instrument de pénalisation des atteintes au consentement contractuel. En réalité, cette incrimination apparaît même comme protégeant désormais à titre principal la liberté de décision.

748 J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 148.

749 L'article 406 de l'ancien Code pénal réprimait « quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent ou de choses mobilières, ou d'effets de commerce ou de tous autres effets obligatoires ». L'ancienne incrimination paraissait donc entièrement tournée vers la protection du patrimoine (en ce sens, R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 84).

750 Ce qui semble laisser entendre que l'infraction est formelle (comp., plus nuancée, E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, th. préc., n° 178 et n° 378).

751 Selon l'article 223-15-2 du Code pénal, la vulnérabilité de la personne peut résulter de son âge, maladie, infirmité, déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse, lorsque ces circonstances sont apparentes ou connues de l'auteur de l'abus de faiblesse. Le délit sera également constitué en cas de vulnérabilité *extrinsèque*, en présence d'une « personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement ».

752 Par exemple, le montant exorbitant d'un chèque par rapport au patrimoine de la victime démontre sa particulière vulnérabilité (Crim., 8 février 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-81162 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2222, chron. E. DREYER ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 65, note M. VÉRON ; *RDC* 2012, p. 1330, obs. R. OLLARD).

753 L'intention « doit s'apprécier au regard de l'état de particulière vulnérabilité au moment où est accompli l'acte gravement préjudiciable à la personne » (Crim., 26 mai 2009 ; *D.* 2009, p. 1830, obs. A. DARSONVILLE ; *JCP G* 2009, 261, note Ph. SALVAGE ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 118, obs. M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2009, p. 357, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 297, note G. RAYMOND ; *RSC* 2009, p. 594, obs. Y. MAYAUD ; *RPDP* 2009, p. 855, obs. J.-C. SAINT-PAU).

754 Article 223-15-2 du Code pénal.

155. La protection principale de la liberté de décision déduite de la place de l'incrimination dans le Code. Un premier indice - mais dont on sait qu'il faut se méfier⁷⁵⁵ -, est tiré de la place de l'incrimination dans le Code. Initialement positionné parmi les infractions contre le patrimoine - conformément à sa *ratio legis*⁷⁵⁶ -, le délit a en effet déserté, depuis la loi du 12 juin 2001⁷⁵⁷, le Livre troisième du Code pour s'installer dans celui consacré à la protection de la personne. Cette migration de l'incrimination, d'une partie du Code vers une autre, a souvent été interprétée par la doctrine comme démontrant la mutation de l'intérêt protégé⁷⁵⁸, du patrimoine vers la liberté de décision. Mais, avant toute autre chose, cette mutation de la valeur protégée se déduit du contenu de l'incrimination.

156. La protection principale de la liberté de décision déduite du contenu de l'incrimination. La seule obtention de l'acte ou de l'abstention⁷⁵⁹ suffit à consommer le délit, ce qui montre que l'on tient avant tout compte de l'altération du consentement⁷⁶⁰. En effet, il n'est nullement précisé que cet acte doive être de nature patrimoniale. Or, on sait que l'interprétation stricte de la loi pénale interdit de rajouter une condition à un texte qui n'en contient pas. Les actes juridiques patrimoniaux⁷⁶¹ comme non-patrimoniaux⁷⁶² tombent donc dans le champ d'application du délit. Plus encore, l'acte n'a pas à être un acte juridique, le texte s'abstenant de cette précision. Pourrait donc constituer un abus de faiblesse le fait de conduire une personne à un acte d'auto-mutilation, au refus de certains

755 Voy. *supra*, n° 43.

756 Sur laquelle, voy. M.-L. IZORCHE, « La genèse du délit d'abus de faiblesse », in C. LAZERGES (dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, A. Pedone, 1995, p. 107 et s.

757 Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

758 Voy. par ex., E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 149 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., n° 66.

759 Soit un acte, soit une abstention : la mise au pluriel qui suit (« qui lui sont gravement préjudiciables ») semble résulter d'une faute d'accord de la part du législateur.

760 Dans le cas d'un abus provoquant la conclusion d'un contrat, le consentement de la victime est vicié. Toutefois, et comme le remarque régulièrement la doctrine, il existe de réelles « discordances entre la théorie des vices du consentement et le délit d'abus de faiblesse, qu'il s'agisse de l'admission du *dolus bonus*, de l'existence d'une obligation d'information à la charge du cocontractant de la personne vulnérable, ou du moyen de remédier à l'irrecevabilité des erreurs indifférentes » (A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 86).

761 Par exemple un contrat de vente (Crim., 12 janvier 2000 ; *Bull. crim.*, n° 15 ; *D.* 2001, jur. p. 813, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 69, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2000, p. 614, obs. R. OTTENHOF).

762 Un testament par exemple, dont le contenu serait la reconnaissance d'un lien de filiation ou l'organisation des funérailles. En revanche, les contrats comportent par nature un aspect patrimonial, puisqu'en cas d'inexécution de l'obligation, le patrimoine du débiteur est engagé (voy. sur ce point, ce qui a déjà été dit à propos de l'escroquerie, *supra*, n° 71).

soins ou à une relation sexuelle ⁷⁶³ : il n'est pas inutile ici de rappeler que la loi du 12 juin 2001 avait pour objectif la lutte contre les dérives des mouvements sectaires. Ce n'est donc pas le patrimoine qui paraît être protégé par l'incrimination. Ce n'est pas davantage la liberté du consentement contractuel, puisque tous les actes et abstentions, quelle que soit leur nature, sont envisagés. Comme en matière d'extorsion ⁷⁶⁴, c'est donc plus largement la liberté de décision de la personne que l'incrimination protège ⁷⁶⁵.

Il est vrai que l'incrimination précise ensuite que cet acte ou cette abstention doit être « gravement préjudiciables [*sic*] » à la victime de l'abus. Mais cette exigence n'est pas de nature à remettre en cause ce qui vient d'être dit. En premier lieu, selon la jurisprudence, « si l'article 313-4 [aujourd'hui 223-15-2] du Code pénal prévoit que l'acte obtenu de la victime doit être de nature à lui causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage se soit réalisé » ⁷⁶⁶. Mais surtout, l'évolution de la nature du préjudice doit ici encore être remarquée. Le préjudice sera, certes, le plus souvent de nature pécuniaire. Mais en l'absence de précision du texte, et au regard de la nature des actes et abstentions punissables, tous les types de préjudices doivent en réalité être admis : corporels ou moraux notamment ⁷⁶⁷. Cela a conduit la Cour de cassation à caractériser un préjudice du seul fait de l'atteinte portée à la liberté du consentement. Dans les affaires en cause ⁷⁶⁸, la victime avait été conduite à rédiger un testament qui, par hypothèse, ne lui cause aucun préjudice direct ni personnel ⁷⁶⁹. Mais, selon la Cour, « pour une personne vulnérable, l'acte de disposer de ses biens par testament en faveur de la personne qui l'a obligée à cette disposition, constitue un acte gravement préjudiciable au sens [...] de l'article 223-15-2 ». Autrement dit, « Il suffit donc d'établir que le bénéficiaire du testament

763 En ce sens, R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 87.

764 Voy. *supra*, n° 144.

765 En ce sens, PH. SALVAGE, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 223-15-2 à 223-15-4, fasc. 20, 2011, n° 27 ; E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, th. préc., n° 369 (parlant d'« atteinte à la liberté de consentir »).

766 Crim., 12 janvier 2000 ; préc.

767 J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 150.

768 Crim., 15 novembre 2005 ; inédit, pourvoi n° 04-86051 ; *JCP G* 2006, II, 10057, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Contrats concurrence consommation* 2006, comm. n° 52, obs. G. RAYMOND ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 29, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2006, p. 833, obs. R. OTTENHOF. Dans le même sens, Crim., 21 octobre 2008 ; *Bull. crim.*, n° 210 ; *D.* 2008, AJ p. 2942 ; *D.* 2009, p. 911, note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 12, note M. VÉRON ; *RPDP* 2008, p. 877, obs. V. MALABAT ; *RSC* 2009, p. 100, obs. Y. MAYAUD ; Crim., 5 septembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-84483 ; *RDC* 2013, obs. R. OLLARD.

769 Le préjudice des héritiers n'a pas à être pris en compte, le texte exigeant, du point de vue de la victime, un acte qui « lui » soit gravement préjudiciable. Voy. L. SAENKO, « L'abus de faiblesse et le testament », *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 5061, n° 12.

a "conduit" la personne vulnérable à tester en sa faveur »⁷⁷⁰. On ne peut qu'y voir une nouvelle illustration de la résistance du droit pénal au préjudice⁷⁷¹ : comme en matière d'escroquerie ou d'abus de confiance, le préjudice est « un élément résiduel du délit d'abus de faiblesse »⁷⁷². Continuant cette voie, il est possible d'interpréter l'exigence d'un acte ou d'une abstention gravement préjudiciable comme un indice de l'atteinte portée au consentement de la victime⁷⁷³, seule exigence réelle de l'incrimination⁷⁷⁴.

C'est ainsi la liberté de décision qui fonde l'incrimination, laquelle apparaît remarquable au sein de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse est complété par deux incriminations qui lui sont contemporaines. Il s'agit des incriminations d'abus de vulnérabilité qui, bien que pouvant aboutir à la sanction d'une atteinte au consentement contractuel, semblent entièrement tournées vers la protection de la dignité des personnes.

iii. Les incriminations d'abus de vulnérabilité

157. Présentation des incriminations. Les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal incriminent également certains abus dont peuvent être l'objet des personnes « dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur »⁷⁷⁵ - état qui constitue une sorte de condition préalable des infractions. L'article 225-13 réprime⁷⁷⁶ le fait d'obtenir d'une telle personne la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. L'article 225-14 vise quant à lui sa soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine. En luttant contre ces formes d'esclavage moderne du fait des employeurs sans scrupules ou des marchands de sommeil⁷⁷⁷, le législateur vise

770 M. VÉRON, note précitée sous Crim., 21 octobre 2008.

771 Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », art. préc.

772 J.-Y. MARÉCHAL, note précitée sous Crim., 15 novembre 2005.

773 E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 989.

774 Voy., déjà, CA Versailles, 9 mars 2005 ; *Juris-Data* n° 2005-272775 : la rédaction d'un testament a causé à la victime un préjudice moral résultant de « l'atteinte ainsi causée à la liberté de son consentement ».

775 J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 447 et 449.

776 Les peines sont identiques pour les deux incriminations : cinq années d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende à titre principal, peines susceptibles d'aggravation selon les modalités de l'article 225-15 du Code pénal.

777 C. WILLMANN, « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine », *Répertoire pénal Dalloz* 2003, n° 1 et s.

clairement la protection, non du patrimoine ni du consentement contractuel, mais bien de la dignité des personnes.

La finalité de ces incriminations n'est pas la protection du patrimoine, qui n'est pas affecté, par exemple, par des conditions d'hébergement indignes. On pourrait plus facilement considérer qu'il s'agit de la liberté du consentement : les victimes sont forcées, en raison de leur vulnérabilité ou de leur dépendance, de subir des conditions de vie indignes. Ces abus auront d'ailleurs souvent pour cadre une relation contractuelle⁷⁷⁸ : contrat de travail ou bail d'habitation notamment. Mais un contrat n'est certainement pas obligatoire, le législateur visant de la manière la plus générale des services ou « des conditions de travail ou d'hébergement ». En réalité, il semble bien que l'atteinte au consentement résultant de l'abus n'est appréhendée qu'indirectement par ces incriminations destinées à la protection de la dignité des personnes.

158. La protection principale de la dignité de la personne. Il paraît certain que l'intérêt protégé par ces deux incriminations est « la dignité de la personne » - titre de la section du Code dans laquelle elles s'insèrent. La solution est évidente pour l'article 225-14 du Code pénal, qui précise d'ailleurs que les conditions de travail et d'hébergement imposées à autrui doivent être « incompatibles avec la dignité humaine ». Il s'agit de la condition essentielle de la répression, et les décisions des juges du fond qui s'abstiendraient de la caractériser encourent la cassation⁷⁷⁹. Cela suppose que la jurisprudence développe une notion de dignité propre au droit pénal, la plus précise possible pour satisfaire au principe de légalité⁷⁸⁰. L'atteinte au consentement de la victime n'est donc que le moyen permettant la réalisation d'une infraction niant sa dignité⁷⁸¹.

La solution est moins certaine s'agissant de l'article 225-13. Aucune référence à la dignité n'est d'ailleurs faite dans le texte même de l'incrimination. Ce qui est incriminé c'est le fait d'obtenir la « fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli ». Une telle obtention étant en pratique la conséquence de la situation de dépendance de la personne, c'est le risque d'atteinte à son consentement qui est ici incriminé. Toutefois, il est possible d'aller

778 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 156.

779 Crim., 11 décembre 2001 ; *Bull. crim.*, n° 256 ; *Droit pénal* 2003, comm. n° 30, obs. M. VÉRON.

780 Sur ce point, voy. not. G. LEBRETON, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », in *Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2000, p. 53 et s.

781 R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, th. préc., n° 96.

plus loin et de retenir, avec une partie de la doctrine ⁷⁸², que l'exploitation du travail d'une personne est en soi une atteinte à sa dignité. L'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme rattache ainsi l'exploitation abusive du travail à une atteinte à la dignité humaine. En effet, cet article dispose notamment que « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail [...]. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence *conforme à la dignité humaine* ⁷⁸³ [...] ». Cette idée paraît tout à fait défendable. « Si la rémunération est à ce point réduite qu'elle ne permet pas à la personne de satisfaire ses besoins élémentaires et la maintient dans un rapport de dépendance à l'égard de l'agent, [l'atteinte à la dignité] est nécessairement constituée », explique M. DREYER ⁷⁸⁴. En somme, plus que l'abus de vulnérabilité provoquant une atteinte au consentement, c'est bien, derrière elle, l'atteinte à la dignité que le législateur cherchait à appréhender.

159. Bilan. Les différents abus de faiblesse attribuent donc au consentement contractuel une place très variable. Seul l'article 223-15-2 du Code pénal l'érige en intérêt protégé. Dans les autres cas, l'atteinte au consentement n'est réprimée que parce qu'elle porte elle-même atteinte à un autre intérêt. La pénalisation du consentement abusé est, en tous les cas, étendue. Elle a été complétée en 2008, avec l'incrimination spécifique des pratiques commerciales agressives.

b. Les pratiques commerciales agressives

160. L'incrimination des pratiques commerciales agressives par les lois des 3 janvier et 4 août 2008. Les lois de 2008 ont déjà été étudiées à propos de l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses. Mais il faut se souvenir que ces pratiques commerciales trompeuses ne sont qu'une des formes des pratiques commerciales déloyales, interdites par l'article L. 120-1 du Code de la consommation. Et cet article vise expressément, comme seconde forme des pratiques commerciales déloyales, les *pratiques commerciales agressives*. Cette appellation n'est pas sans rappeler une ancienne expression de M. CALAIS-AULOY ⁷⁸⁵, et de fait, la nouvelle incrimination reprend plusieurs interdictions

782 Voy. not., C. WILLMANN, « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine », fasc. préc., n° 47 et s.

783 Nous soulignons.

784 E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 560.

785 J. CALAIS-AULOY, « Les ventes agressives », art. préc.

déjà connues du droit de la consommation, et ne se justifie que par le zèle du législateur lors de la transposition de la directive européenne du 11 mai 2005.

161. La définition initiale des pratiques commerciales agressives par la loi du 3 janvier 2008. Les pratiques commerciales agressives sont incriminées à l'article L. 122-11 du Code de la consommation, issu de la loi du 3 janvier 2008, mais profondément modifié avec celle du 4 août de la même année. L'article L. 122-11 vise deux formes ou procédés de pratiques commerciales agressives : les « sollicitations répétées et insistantes », d'abord, « l'usage d'une contrainte physique ou morale », ensuite. L'usage de l'un de ces procédés caractérise une pratique commerciale aggressive dans trois hypothèses : si « elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur », si « elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur », et enfin si « elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur ». Quel que soit le procédé employé par le professionnel, l'élément matériel de l'infraction relève d'une véritable *agression* du consommateur, ce qui ne peut résulter que d'un comportement volontaire : l'infraction est donc naturellement intentionnelle. Immédiatement, ces notions rappellent la théorie civile des vices du consentement, et il est effectivement « tentant de considérer que la loi du 3 janvier 2008 est venue "pénaliser" les vices du consentement »⁷⁸⁶, le vice de violence des articles 1111 et suivants du Code civil en particulier. Une telle affirmation doit cependant être nuancée, pour deux raisons principales. D'abord, la pénalisation des vices du consentement, loin d'être initiée par la loi de 2008, est au contraire à la fois large et ancienne, nous en avons déjà donné de multiples exemples. Ensuite, il est certain que l'article L. 122-11 du Code de la consommation dépasse le champ d'application des vices du consentement. Certes, « l'usage d'une contrainte morale ou physique » fait largement écho à la violence du Code civil, constituée par « la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »⁷⁸⁷. Mais ni la violence, ni le dol, ne permettent par exemple d'appréhender les « sollicitations répétées et insistantes »⁷⁸⁸. En réalité, l'incrimination semble avoir un domaine suffisamment large pour recouper la plupart des hypothèses de forçage du consentement, renforçant la pénalisation de ce type d'atteintes au consentement⁷⁸⁹.

786 PH. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives », *Droit pénal* 2008, étude n° 3, n° 3.

787 Article 1112 du Code civil.

788 Voy. *infra*, n° 472.

789 Ce domaine très élargi pose d'ailleurs la question de l'articulation des pratiques commerciales agressives avec les incriminations préexistantes, voy. *infra*, n° 367 et s.

162. La redéfinition des pratiques commerciales agressives par la loi du 4 août 2008. La loi du 4 août 2008 conserve le texte initial, pour en faire le premier paragraphe du nouvel article L. 122-11 du Code de la consommation. Un second paragraphe est créé, énumérant les éléments à prendre en considération pour déterminer « si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée ». Si cette seconde version de l'incrimination est plus large, elle paraît surtout bien plus trouble. Les commentateurs sont notamment restés perplexes devant cette « notion fort brumeuse »⁷⁹⁰ d'*influence injustifiée*, dont on ne sait si elle fait référence à une forme de manipulation mentale⁷⁹¹, d'abus de position dominante ou encore d'abus de faiblesse. Quant aux éléments à prendre en considération, ils sont à la fois larges et nombreux. Figurent notamment le moment, l'endroit et la nature de la pratique, et l'emploi éventuel de la menace physique ou verbale. De manière plus originale, doivent également être pris en compte la mise en place d'obstacles destinés à empêcher le consommateur de faire valoir ses droits contractuels, et surtout « l'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur »⁷⁹².

163. La création de pratiques réputées agressives par la loi du 4 août 2008. Nous avons déjà, à propos des pratiques commerciales trompeuses, souligné l'originalité - et les risques - , des consignes d'interprétation données au juge⁷⁹³. Or, le législateur a procédé de la même manière en matière de pratiques commerciales agressives. Selon l'article L. 122-11-1 du Code de la consommation, créé par la loi du 4 août 2008, « sont réputées agressives au sens de l'article L. 122-11 » les pratiques commerciales qui ont pour objet l'un des huit comportements décrits ensuite. En font partie, à titre d'exemple, le fait de « donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu », « d'effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur [...] », ou encore « de se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées ». En réalité, cette liste de comportements n'échappe pas aux critiques déjà formulées à l'encontre des consignes d'interprétation des pratiques commerciales trompeuses. À leur utilité douteuse s'ajoute en effet plusieurs redondances, forcément regrettables⁷⁹⁴, avec des incriminations

790 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », art. préc., spéc. p. 24.

791 *Ibidem*.

792 Cette formule recoupe par ailleurs la prohibition du démarchage funéraire de l'article L. 2223-33 du Code général des collectivités territoriales.

793 Voy. *supra*, n° 115.

794 Voy. *infra*, n° 367 et s.

préexistantes, par exemple l'abus de faiblesse ⁷⁹⁵ et le démarchage ⁷⁹⁶ pour les deux premiers comportements cités.

164. Répression des pratiques commerciales agressives. Cette logique extensive se poursuit jusqu'aux sanctions des pratiques commerciales agressives, fulminées à l'article L. 122-12 du Code de la consommation. Selon cet article, « le fait de mettre en œuvre une pratique commerciale agressive est puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 150 000 euros au plus » ⁷⁹⁷, sachant qu'en outre, si ces pratiques aboutissent à la conclusion d'un contrat, l'article L. 122-15 du Code de la consommation le déclare « nul et de nul effet » - affirmation redondante et, surtout, inexacte ⁷⁹⁸. La nullité est, en tous les cas, encourue par le biais du vice du consentement de violence, largement englobé par l'incrimination des pratiques commerciales agressives ⁷⁹⁹.

165. Bilan. L'incrimination se prête mal, en revanche, à l'analyse de sa valeur protégée. Le contenu est, certes, entièrement tourné vers la protection du consentement : les pratiques commerciales agressives ne sauraient être constituées sans qu'une atteinte lui soit portée. Mais l'on peut se demander si la finalité, la cause profonde de cette incrimination ne réside pas plus largement dans la protection des consommateurs, voire du marché dans son ensemble. En tous les cas, bien que la pénalisation du consentement forcé n'ait pas systématiquement vocation à ériger le consentement contractuel en valeur protégée, le forçage du consentement fait l'objet d'une pénalisation massive, que les quelques hypothèses de dépenalisation ne font que relativiser. Ce renouveau de la pénalisation a permis de compléter une pénalisation classique qui ne parvenait plus à appréhender les nouvelles hypothèses de consentement forcé, moins brutales mais plus insidieuses. Désormais, et de manière générale, le fait de nier le consentement d'autrui en le forçant fait

795 Ainsi la chambre criminelle avait-elle condamné pour abus de faiblesse un professionnel qui, lors d'une excursion pour personnes âgées, avait enfermé et retenu ces dernières jusqu'à ce qu'elles acquièrent à prix d'or des vêtements censés éviter les rhumatismes (Crim., 1^{er} février 2000 ; *Bull. crim.*, n° 52 ; *D.* 2000, jur. p. 198, note C. RONDEY ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 59, obs. J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2001, comm. n° 14, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2000, p. 741, obs. B. BOULOC).

796 Articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation, voy. *supra*, n° 120.

797 Une peine complémentaire d'interdiction pour une durée de cinq années au plus d'exercer directement ou indirectement une activité commerciale pourra également être prononcée (article L. 122-13 du Code de la consommation). Le projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 prévoit d'augmenter le montant de l'amende à hauteur de 300 000 euros, amende pouvant être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires connus (article 64, XI du projet).

798 Voy. *infra*, n° 298.

799 Voy. M. CANNARSA, « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. -Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », art. préc., n° 15 et s.

l'objet d'une forte pénalisation. Tel est également le cas du fait de nier le consentement d'autrui en refusant de tenir compte de sa volonté de conclure ou d'exécuter le contrat.

§ 2. LA PÉNALISATION DU REFUS DU CONSENTEMENT

166. Le consentement refusé, forme d'atteinte au consentement. La négation du consentement ne s'entend pas des seules hypothèses de consentements forcés. Cela a déjà été dit, les *atteintes au consentement* doivent être ici entendues dans leur sens le plus large ⁸⁰⁰. Aussi convient-il de ne pas se limiter aux hypothèses où l'atteinte consiste à provoquer la conclusion d'un contrat. L'atteinte est en effet tout aussi forte lorsque la personne souhaite au contraire le contrat, manifestant son consentement en ce sens, lequel sera néanmoins ignoré, nié. Par exemple, un consommateur souhaite acheter un bien qu'offre un commerçant, lequel, pour des raisons personnelles, ou purement ségrégationnistes, refuse. En ne tenant pas compte de la volonté du consommateur, ignorant sa liberté de contracter, le commerçant porte alors bien atteinte à son consentement. La volonté du législateur de lutter contre toutes les formes d'atteinte au consentement l'a logiquement amené à pénaliser le refus du consentement et, fait notable, l'a pénalisé dans la même phase chronologique que la tromperie et le forçage du consentement.

167. Dualité de la pénalisation du refus du consentement. Le consentement contractuel ne semble jamais protégé en tant que tel. Les refus du consentement paraissent plutôt réprimés parce qu'ils portent atteinte à d'autres intérêts protégés, qui peuvent être très différents. La pénalisation a en effet emprunté deux voies. Il s'est d'abord agi, principalement en droit de la concurrence et en droit de la consommation, de réprimer les différents refus de vente et de prestation de service, fondés principalement sur des raisons économiques. Dans un autre ordre d'idées, les refus de contracter ⁸⁰¹ fondés sur un motif discriminatoire ont été également pénalisés. Or, si les incriminations d'inspiration économique de refus de contracter hésitent entre pénalisation et dépénalisation (A), le refus discriminatoire de contracter s'insère, lui, dans le cadre d'une pénalisation croissante (B).

800 Voy. *supra*, n° 34 et s.

801 L'expression sera préférée à celle de refus de vente, englobant également le refus de prestation de services.

A. La pénalisation hésitante du refus de contracter pour des motifs économiques

168. La dépenalisation du refus de contracter entre professionnels. Dans un système d'économie libérale fondé sur l'échange et la circulation des marchandises, la pratique du refus de vente peut surprendre. Elle a pourtant rencontré l'intérêt de certains professionnels qui, en particulier durant la seconde guerre mondiale, conservaient leurs marchandises afin de provoquer la hausse des prix⁸⁰². Ce comportement, faussant la concurrence tout en nuisant aux consommateurs, a été interdit dès la loi du 21 octobre 1940. À la fin de la guerre pourtant, les privations, en particulier des biens de consommation courante, ont occasionné une multiplication de ces comportements. Aussi, l'incrimination de *refus de vente et de prestation de service* a été insérée dans l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, reprise par le décret du 9 août 1953. « Est assimilé à la pratique des prix illicites le fait : 1° Par tout commerçant, industriel ou artisan, a) de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités, aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services [...] », disposait alors l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945⁸⁰³. Plus tard, l'interdiction fut maintenue, visant notamment à empêcher les fournisseurs de refuser de vendre à la grande distribution⁸⁰⁴. Ainsi, bien que visant la protection de la concurrence et de la distribution, c'est donc au travers d'une atteinte au consentement - par sa négation -, que cette incrimination raisonnait. Le refus de contracter, quoique légèrement antérieur à la pénalisation massive des atteintes au consentement qui eut lieu à partir des années 1960, peut donc lui être assimilé. Cette incrimination a néanmoins disparu : l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a dépenalisé le refus de vente entre professionnels, pour n'en faire plus qu'un délit civil. Délit civil qui fut, à son tour, supprimé par la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales⁸⁰⁵. Cela étant, la dépenalisation

802 Voy. P. GULPHE, « L'évolution du délit de refus de vente », in *Dix ans de conférence d'agrégation, Études de Droit Commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 423 et s.

803 L'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945, tel que résultant du décret du 9 août 1953, disposait plus précisément qu'« est assimilé à la pratique des prix illicites le fait : 1° Par tout commerçant, industriel ou artisan, a) de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités, aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou la prestation de services n'est pas interdite par la loi ou une réglementation de l'autorité publique ainsi que de pratiquer habituellement des majorations discriminatoires de prix qui ne sont pas justifiées par des différences de prix de revient ». Annulé pour excès de pouvoir le 18 juin 1958, le décret du 9 août 1953 fut immédiatement remplacé par un nouveau décret du 24 juin 1958. Sur cette incrimination, voy. J.-L. DELVOLVÉ, « Le refus de vente », *D.* 1960, chron. p. 34 et s.

804 D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence, op. cit.*, n° 148.

805 A. DECOCQ, « Sur l'abolition du délit civil de refus de vente », *JCP G* 1997, I, 3997 ; J.-M. COT, « La suppression du refus de vente », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1996, n° 5, p. 14 et s.

opérée par l'ordonnance de 1986 ne fut pas complète. D'abord, entre professionnels, le refus de vente continue d'être sanctionné - civilement -, lorsqu'il constitue, au regard du droit commercial, une des pratiques restrictives de concurrence prohibées. Ensuite, et surtout, cette même ordonnance de 1986 incrimina, de manière spécifique, le refus de contracter dans les relations entre professionnels et consommateurs.

169. La sanction civile du refus de contracter en droit de la concurrence. Malgré la dépénalisation du refus de contracter opérée à partir de 1986, ce refus reste prohibé lorsqu'il est le fait d'une entreprise qui profite de sa position sur le marché, pour participer à une entente anticoncurrentielle, ou abuser de sa position dominante ou de l'état de dépendance économique d'un partenaire commercial. Ces abus ont déjà été abordés, car ils sont également sanctionnés lorsqu'ils consistent, entre autres, en ventes liées forçant le consentement d'autrui⁸⁰⁶. Le refus de vente sera d'abord sanctionné, implicitement, en matière d'ententes. L'article L. 420-1 du Code de commerce sanctionne en effet les abus opérés dans le cadre d'une *entente anticoncurrentielle* - définie comme l'action concertée visant à limiter l'accès au marché des concurrents -, abus qui peuvent incontestablement résulter d'un refus de contracter⁸⁰⁷. L'interdiction du refus de vente en matière d'*abus de position dominante* est bien plus directe : est prohibée, selon l'alinéa 1^{er} de l'article L. 420-2 du Code de commerce, « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente [...] »⁸⁰⁸. La position dominante d'une entreprise, rappelons-le, résultera bien sûr de sa situation de monopole, mais également de sa détention d'une part prépondérante sur le marché ou d'un avantage technologique, commercial ou financier⁸⁰⁹. L'alinéa 2 du même article, à propos des *abus de dépendance économique*⁸¹⁰, est tout aussi explicite : est en outre prohibée « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se

806 Voy. *supra*, n° 147.

807 Selon l'article L. 420-1 du Code de commerce, « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

808 Une telle solution est également prévue par l'article 82 du Traité CE (pour un exemple de condamnation d'une entreprise en position dominante refusant de contracter, voy., CJCE, 16 septembre 2008, aff. C-468/06 à C-478/06, *Sot. Lelos kai Sia c/ GlaxoSmithKline* ; RDC 2009, p. 124, note C. PRIETO).

809 Voy. D. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6ème éd., 2012, n° 326.

trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente [...] ». Ainsi, si le refus de contracter entre professionnels a effectivement fait l'objet d'une dépénalisation, il reste civilement sanctionné lorsqu'il constitue certains abus en matière concurrentielle. L'ordonnance de 1986 n'avait donc certainement pas pour effet d'autoriser ces pratiques. En outre, et surtout, c'est cette même ordonnance qui incrimina spécifiquement le refus de contracter entre un professionnel et un consommateur.

170. La pénalisation du refus de contracter en droit de la consommation. Pour diverses raisons, et contrairement à son intérêt économique évident, il peut arriver qu'un professionnel refuse la vente ou la prestation de service au consommateur qui la réclame. Compte-tenu de la forte tendance à la protection du consommateur, la dépénalisation de ce comportement par l'ordonnance de 1986 se révélait particulièrement contraire à l'air du temps. Aussi cette même ordonnance a-t-elle prévu, en même temps que la dépénalisation du refus général de contracter, une nouvelle incrimination de refus de vente et de prestation de services, mais restreinte au domaine de la consommation. Initialement posée par l'article 30 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, cette incrimination fut reprise, lors de la codification de 1993, à l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Peu disert, le texte énonce simplement qu'il « est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime [...] »⁸¹¹. La sanction encourue est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe, soit une amende de 1 500 euros⁸¹². Le refus est autorisé, exceptionnellement, en présence d'un *motif légitime*. L'exception est remarquable : le législateur autorise alors une atteinte au consentement contractuel, dont on a pourtant déjà remarqué l'étendue de la pénalisation. Cette exception est donc cantonnée à de rares applications. C'est par exemple le cas pour un produit indisponible en magasin ou, dans un autre ordre d'idées, pour une vente d'alcool à une personne déjà en état d'ébriété. En revanche, n'est pas légitime le refus fondé sur un sentiment d'antipathie, ou une quelconque raison illégitime, tels les pharmaciens qui, en raison de leurs convictions

810 L'abus de dépendance économique s'apprécie au regard de quatre critères cumulatifs : la notoriété de la marque de l'entreprise dominante, l'importance de sa part de marché, l'importance de sa part dans le chiffre d'affaires de la victime, et l'impossibilité pour la victime de trouver une solution commerciale équivalente (dernier critère supprimé par la loi du 15 mai 2001, mais toujours retenu par les juges, voy. not., Com. 7 janvier 2004 ; *Bull. civ.* IV, n° 4 ; *Contrats concurrence consommation* 2004, comm. n° 108, obs. M. MALAURIE-VIGNAL).

811 L'article L. 122-1 du Code de la consommation prévoit ensuite l'interdiction des ventes liées (voy. *supra*, n° 149).

812 Article R. 121-13, 2° du Code de la consommation.

religieuses, refusent de vendre des contraceptifs⁸¹³. Précisons enfin que, si le refus est fondé sur une discrimination, les règles spécifiques du Code pénal s'appliqueront. Pénalisation du refus discriminatoire de contracter sur laquelle il convient, justement, de s'attarder à présent.

B. La pénalisation croissante du refus de contracter pour des motifs discriminatoires

171. Le rattachement des discriminations à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Les atteintes au consentement jusqu'ici étudiées révélaient chez leur auteur un état d'esprit particulier : à travers un démarchage, un abus de faiblesse ou une extorsion, le délinquant impose sa volonté à la victime, souvent dans l'espoir de s'approprier une partie de ses biens. Plus rarement, c'est un motif personnel qui fondera l'atteinte au consentement : ainsi du refus de vente à un consommateur, où l'antipathie personnelle ou les préceptes religieux avaient été donnés comme exemples. En matière de refus de contracter *discriminatoire*, le but poursuivi par l'auteur se révèle fort différent. L'auteur n'est motivé dans son refus que par des considérations purement ségrégationnistes⁸¹⁴, tenant compte de la situation catégorielle ou personnelle de la victime⁸¹⁵. Un fait discriminatoire « tend à distinguer un groupe humain des autres, à son détriment »⁸¹⁶ - ou même un seul individu des autres - , notamment en lui refusant un droit. Il faut en tous cas que la conviction personnelle s'extériorise et se matérialise : en son for intérieur, chacun est libre de mépriser qui il entend, sans encourir une quelconque répression⁸¹⁷. Mais toutes les extériorisations ne sont pas prises en compte : une personne peut refuser d'indiquer une direction à une autre ou refuser de lui serrer la main en raison de sa couleur de peau : il ne s'agit pas d'une discrimination répréhensible. « Seules les manifestations les plus graves de cet esprit discriminatoire sont réprimées », constate M. DREYER⁸¹⁸, et on ne manquera pas de relever que ces manifestations s'apparentent, le

813 Crim., 16 juin 1981 ; D. 1982, jur. p. 190, note M. SFEZ ; Crim., 21 octobre 1998 ; *Bull. crim.*, n° 273 ; *JCPG* 1999, II, 10163, note F. FREUND ; *Contrats concurrence consommation* 1999, comm. n° 33, obs. G. RAYMOND.

814 Les discriminations « reviennent à sélectionner des hommes comme on trie des choses ou des animaux et sont fondamentalement incompatibles avec la dignité » (J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 364).

815 M. DANTI-JUAN, « Discriminations », *Répertoire pénal Dalloz* 2009, n° 2. Depuis le Code pénal de 1994, l'incrimination se trouve donc en tête d'un chapitre intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ».

816 Dictionnaire *Le Petit Robert* 2014, v° Discriminatoire. L'étymologie est celle du verbe latin *discriminare* : « mettre à part, diviser, séparer, distinguer ».

817 E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 728.

818 *Ibidem*.

plus souvent, à un refus du consentement d'autrui à un contrat. Dans cette hypothèse, c'est la formation d'un contrat - de travail ou de fourniture de services par exemple - , qui est refusée à une personne, ou bien c'est au stade de l'exécution du contrat que la volonté d'autrui est niée. Dans tous les cas, la discrimination aboutit bel et bien à une *atteinte au consentement*. Le consentement de la personne discriminée est en effet refusé, à tout le moins ignoré. Le droit pénal s'est assez naturellement emparé de ces comportements inacceptables, et il y a bien eu pénalisation des atteintes discriminatoires au consentement dans le champ contractuel. Dès lors, son étude à cet endroit se révèle particulièrement intéressante, d'autant plus que les développements qui suivent établiront deux liens significatifs entre pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel et discriminations : lien chronologique, d'abord, lien substantiel, ensuite.

172. Le rattachement chronologique des discriminations à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Le principe d'égalité - fondement, avec la dignité, de l'interdiction des discriminations - , a plusieurs siècles. Proclamé par l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ⁸¹⁹, il est, avec la liberté, le premier des droits de l'homme. Pourtant, la protection pénale de ce principe n'est apparue que très tardivement en droit interne ⁸²⁰. La première sanction des discriminations n'est ainsi issue que du décret-loi du 21 avril 1939, dit « loi MARCHANDEAU », incriminant, dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, la diffamation ou l'injure à caractère racial dans le but d'exciter à la haine. D'une portée très limitée, ce texte ne fut d'ailleurs quasiment pas appliqué ⁸²¹. Ce ne fut finalement que par la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme que furent pénalisées, de manière générale, les

819 L'égalité figure également en bonne place aussi bien dans les grands traités internationaux (voy. not., les articles 1^{er}, 7 et 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales du 21 décembre 1965, et l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950), que dans le droit de l'Union Européenne.

820 Sur l'appréhension de l'égalité par le droit pénal, voy. M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, préf. J. PRADEL, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, t. 6, 1987 ; D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, tome 45, 2008.

821 La limitation du domaine de l'incrimination était en outre aggravée par son caractère d'intérêt général : l'action publique n'appartenait qu'aux parquets qui, semble-t-il, n'en faisaient quasiment jamais usage (voy. M. DANTI-JUAN, « Discriminations », fasc. préc., n° 3. *Adde* J. FOULON-PIGANIOL, « Réflexions sur la diffamation raciale », *D.* 1970, chron. p. 133 et s. ; et « Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale », *D.* 1970, chron. p. 163 et s.). Aussi la jurisprudence a-t-elle pu préférer appliquer l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relatif au refus économique de contracter (CA Colmar, 25 février 1972 ; *D.* 1972, somm. p. 83), ce qui était certainement détourner le texte de sa destination première (M. DANTI-JUAN, « Discriminations », fasc. préc., n° 28 ; et *L'égalité en droit pénal*, th. préc., n° 324 ; M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal de la vente », art. préc., spéc. p. 324).

discriminations. Cette loi incrimine, à nouveau dans la loi de 1881 sur la presse, la provocation à la discrimination, la haine ou la violence raciales, ainsi que la diffamation et l'injure présentant ces caractères. Mais la loi de 1972 insère surtout dans le Code pénal deux nouvelles incriminations : la discrimination commise par un représentant de l'autorité publique, et celle commise par un particulier. C'est donc cette loi qui lança le mouvement de pénalisation des discriminations, pénalisation sans cesse croissante depuis, notamment en ce qui concerne son domaine, désormais bien loin d'être cantonné au seul racisme ⁸²². Remarquons ainsi la coïncidence chronologique de cette loi avec le mouvement de pénalisation massive de la tromperie et du forçage du consentement, dont le cœur se situe justement au début des années 1960. La coïncidence n'est sans doute pas tout à fait fortuite, car la discrimination a, comme en matière de consommation, la particularité de prendre souvent la forme d'un refus de contracter, donc d'une atteinte au consentement : on ne peut alors que constater l'extension, à tous points de vue, de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel.

173. Le rattachement substantiel des discriminations à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. L'augmentation des comportements discriminatoires - racistes et homophobes notamment - a conduit le gouvernement et le législateur, national et communautaire ⁸²³, à tenter de réagir. Les principes d'égalité et de non-discrimination sont aujourd'hui affirmés dans la plupart des domaines juridiques : droit de la famille ⁸²⁴, du travail ⁸²⁵ ou de la santé publique ⁸²⁶ notamment. Et plusieurs organismes, parmi lesquels le Défenseur des droits ⁸²⁷, veillent au respect de ces principes. Nous ne traiterons ici que du seul droit pénal, lequel appréhende aujourd'hui les discriminations de différentes manières ⁸²⁸. Il érige, d'abord, la discrimination en circonstance aggravante d'un certain nombre de délits ⁸²⁹. Il procède ensuite à

822 Voy. *infra*, n° 174.

823 Voy. par ex., l'article 13 du Traité d'Amsterdam, qui prévoit l'égalité de traitement des citoyens européens devant les services publics, disparu en 2007 au profit des articles 18 et 19 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

824 Voy. not., l'article 310-1 du Code civil issu de la loi du 4 mars 2002 : « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère ».

825 Voy. not., le célèbre article L. 1132-1 du Code du travail (ancien article L. 122-45).

826 Voy. not., l'article L. 1110-3 du Code de la Santé Publique : « aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins ».

827 Voy. *infra*, n° 211 et s.

828 Sur l'ensemble de ce point, voy. A. CERF-HOLLENDER, « L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, *op. cit.*, p. 367 et s., spéc. p. 369.

829 Voy. les articles 132-76 et 132-77 du Code pénal.

l'incrimination spéciale de certaines discriminations⁸³⁰, notamment en droit du travail⁸³¹. Surtout, il incrimine de manière générale les discriminations *directes*⁸³² commises par un particulier⁸³³ aux articles 225-1 et suivants du Code pénal.

174. L'incrimination des discriminations directes commises par les particuliers.

Les motifs de la discrimination. L'article 225-1 du Code pénal définit la discrimination comme « toute distinction opérée entre les personnes physiques » - ou entre personnes morales à travers la situation personnelle ou catégorielle de leurs membres - , en raison d'un certain nombre de motifs, dont la liste s'est considérablement allongée au gré des lois successives⁸³⁴, sans pour autant apporter satisfaction⁸³⁵. Sont aujourd'hui visés l'origine, le sexe, la situation de famille, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, l'état de grossesse, l'identité sexuelle, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Depuis la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, le nouvel article 225-1-1 du Code pénal réprime les discriminations opérées entre les personnes parce qu'elles ont subi ou

830 Pour une liste des diverses incriminations spéciales des discriminations, voy. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Discriminations », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 225-1 à 225-4, fasc. 20, 2011, n° 7 et s.

831 Le Code du travail sanctionne ainsi pénalement la discrimination sexiste (article L. 1142-1 du Code du travail, punie d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros selon l'article L. 1146-1 du Code du travail), syndicale (punie d'une amende de 3 750 euros en vertu de l'article L. 2141-5 du Code du travail), et fondée sur l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher ou pour rompre le contrat de travail (article R. 1227-5 du Code du travail, contravention de cinquième classe). Ces sanctions sont sans commune mesure avec celle prévue par le Code pénal (trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende selon l'article 225-2 du Code pénal), ce qui s'ajoute aux incohérences diverses entre incriminations du Code du travail et du Code pénal, voy. A. CŒURET et É. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, coll. Manuel, 5ème éd., 2012, n° 562 et s. ; A. CŒURET, « Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *op. cit.*, p. 207 et s.

832 Ces discriminations ne doivent pas être confondues avec les discriminations *indirectes*, qui ne ressortent pas en principe de la matière pénale (sur la définition et les sanctions des discriminations indirectes, voy. l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, et les commentaires de É. FORTIS, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ Pénal* 2008, p. 303 et s. ; S. DETRAZ, « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *Droit pénal* 2008, étude n° 10).

833 L'article 432-7 du Code pénal réprime, lui, les discriminations commises par un agent public, lesquelles ne peuvent toutefois pas prendre en principe la forme d'une atteinte au consentement contractuel, puisqu'il n'y aura discrimination qu'en cas de « refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi » ou « entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque ». Dans une hypothèse, une atteinte au consentement peut cependant être causée, mais de manière indirecte : il s'agit du contentieux de l'abus de droit de préemption utilisé par certains maires à des fins discriminatoires.

834 Sur l'historique des lois, voy. M. DANTI-JUAN, « Discriminations », fasc. préc., n° 5 et s.

835 Voy. par ex., critiquant une liste à la fois « incertaine et redondante », E. DREYER, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 732.

refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33, ou témoigné de tels faits. La précarité sociale pourrait bientôt s'ajouter à cette liste ⁸³⁶.

175. Les manifestations de la discrimination. La discrimination sera punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ⁸³⁷ lorsqu'elle consistera, selon l'article 225-2 du Code : « 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale ». Quelques aménagements sont prévus à cette répression, dans le sens soit d'une aggravation de la peine ⁸³⁸, soit au contraire d'une justification, lorsque la discrimination sera réputée légitime. Le législateur a en effet dressé à l'article 225-3 du Code pénal une liste de discriminations légitimes, considérablement augmentée avec la loi du 27 juin 2008. Cette hypothèse est particulièrement remarquable car elle aboutit à justifier ⁸³⁹ directement certaines atteintes au consentement contractuel, dont on a pu pourtant jusqu'ici mesurer leur forte pénalisation. Tel est le cas, par exemple, des « discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée » ⁸⁴⁰ de la personne ; ou encore des « discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » ⁸⁴¹. Ces hypothèses ont en commun d'opposer au consentement de la personne, d'autres finalités jugées supérieures, parfois dans son intérêt propre. On remarquera alors que les

836 Le Défenseur des droits, M. BAUDIS, milite en ce sens. Voy. C. ROLLOT, « Discriminer les plus pauvres pourrait devenir un délit », *Le Monde*, 18 octobre 2013, p. 9.

837 Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque le refus de fournir un bien ou un service intervient dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès. Voy. égal., les peines complémentaires prévues à l'article 225-19 du Code pénal.

838 Le dernier alinéa de l'article 225-2 du Code pénal prévoit ainsi que « lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ». C'est également le cas en matière de discrimination faite par un agent public, l'article 432-7 du Code pénal prévoyant alors une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, et renvoyant, pour la définition de la discrimination, à l'article 225-1 du Code pénal.

839 Il s'agit en effet d'une infraction justifiée par l'autorisation de la loi (article 122-4 du Code pénal).

840 Article 225-3, 2° du Code pénal.

841 Article 225-3, 3° du Code pénal.

critères religieux ou raciaux notamment, ne sont pas concernés par de telles justifications, ce qui pose la question de savoir si certaines discriminations ne sont pas plus graves que d'autres ⁸⁴².

Il semble en tous les cas certain que chacune des hypothèses visées à l'article 225-2 du Code pénal puisse concerner plus ou moins directement la conclusion d'un contrat, prévenant ⁸⁴³ ou réprimant un refus de contracter discriminatoire, et l'éventail paraît assez large pour recouvrir la plupart d'entre eux ⁸⁴⁴. Notons que cette incrimination vise également les atteintes au consentement lors de l'*exécution* du contrat : c'est notamment le cas du licenciement discriminatoire, dans la mesure où le consentement du salarié discriminé est de poursuivre l'exécution du contrat, ce dont l'employeur ne tiendra pas compte, pour des motifs illégitimes ⁸⁴⁵. L'interprétation des textes semble d'ailleurs être extensive. Ainsi, l'expression « bien ou service » recouvre-t-elle toute chose susceptible d'être l'objet d'un droit et qui représente une valeur pécuniaire ou un avantage ⁸⁴⁶, mais devrait l'être aussi des simples prestations, y compris à titre gratuit ⁸⁴⁷. Le contraire serait surprenant : peu importe le type de contrat, ce que les incriminations de discrimination protègent, ce ne sont ni les biens ni la propriété, mais bien la dignité de la personne, à travers l'égalité de chacun dans la liberté contractuelle. Il y a bien atteinte au consentement contractuel, mais si celles-ci sont réprimées, c'est parce qu'elles « agressent la victime dans le sentiment qu'elle a de sa propre dignité » ⁸⁴⁸.

176. La preuve de la discrimination. Encore faut-il apporter la preuve, particulièrement problématique, des discriminations ⁸⁴⁹, étant précisé que l'infraction est,

842 En ce sens, S. DETRAZ, « La cohérence des infractions de discrimination », in *La lutte contre les discriminations*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2016 et s., spéc. p. 2019.

843 C'est en effet le cas des 4^o et 5^o de l'article 225-2 du Code pénal, puisque la matérialité du délit se réalise avant même que les parties soient entrées en relation.

844 En jurisprudence, voy. not., pour le refus de location d'un appartement : CA Paris, 12 novembre 1974 ; *D.* 1975, jur. p. 472, note J. FOULON-PIGANIOL ; pour le refus de vente d'un immeuble : *Crim.*, 24 mai 2005 ; *Bull. crim.*, n^o 151 ; *Droit pénal* 2005, comm. n^o 120, note M. VÉRON ; pour le refus d'embauche : *Crim.*, 14 octobre 1986 ; *Bull. crim.*, n^o 287 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. p. 193.

845 Le licenciement discriminatoire est cependant très délicat à prouver, et le salarié ne bénéficie pas au pénal, comme devant les juridictions du travail (voy. l'article L. 1134-1 du Code du travail), d'une charge de la preuve partagée avec l'employeur (*infra*, n^o 236).

846 CA Paris, 12 novembre 1974 ; préc.

847 J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Discriminations », fasc. préc., n^o 42.

848 PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n^o 441.

849 PH. BELLOIR, « Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires », in *La lutte contre les discriminations*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2027 et s.

fort logiquement, intentionnelle⁸⁵⁰. Il est rare, en effet, que la discrimination résulte de propos ou d'écrits explicites⁸⁵¹. Or, il faut réussir à prouver « l'existence d'une relation de causalité entre les mesures jugées discriminatoires et l'appartenance [de la victime à l'une des situations énumérées] »⁸⁵². L'autorisation expresse du procédé dit du *testing* par l'article 225-3-1 du Code pénal est certes de nature à compenser cette difficulté, mais sans la surmonter entièrement⁸⁵³.

177. Conclusion de Chapitre. En somme, la prise en compte des discriminations par le droit pénal ne se distingue guère des autres incriminations des atteintes au consentement : l'arsenal répressif est *a priori* impressionnant. Le législateur a multiplié les interventions, cherchant à prévenir et réprimer au mieux les atteintes au consentement contractuel. Parfois, la pénalisation se fonde directement sur le consentement au contrat, érigé ainsi en valeur sociale jugée digne de la protection pénale. Dans la plupart des cas toutefois, la sanction pénale ne vient qu'appuyer et renforcer une réglementation particulière, destinée à la protection de certains contractants faibles. En tous les cas, chaque forme d'atteinte est concernée : la tromperie, le forçage ainsi que le refus du consentement d'autrui, ce qui nous a permis d'établir des parallèles intéressants, et inédits, entre la pénalisation de ces trois formes d'atteintes.

Ces parallèles ne visent pas le seul constat d'une inflation pénale. La pénalisation du refus du consentement d'autrui, à l'instar de celle de la tromperie et du forçage, dévoile un certain nombre de faiblesses récurrentes : technicité des textes, ineffectivité *etc.* Ces faiblesses, le législateur a essayé de les prendre en compte d'une manière quelque peu différente, en créant des modalités procédurales spécifiques, renforçant les acteurs de la pénalisation, bref, diverses facilités procédurales qui constituent la seconde manifestation de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

850 Crim., 20 juin 2006 ; inédit, pourvoi n° 05-82559 ; Crim., 19 septembre 2006 ; inédit, pourvoi n° 05-83540.

851 Voy. toutefois certaines illustrations jurisprudentielles : Crim., 14 novembre 1989 ; *Bull. crim.*, n° 416 ; *Droit pénal* 1990, comm. n° 129, note M. VÉRON, pour une note rédigée par une assistante sociale à ses collègues recommandant, pour le recrutement d'aides ménagères, « d'éviter le personnel de couleur ».

852 En l'occurrence son appartenance ou son activité syndicale (Crim., 11 avril 2012 ; *Bull. crim.*, n° 95 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2085, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE et L. MOUREY, et jur. p. 2222, chron. S. DETRAZ ; *JCP G* 2012, 862, note S. BRISSY ; *AJ Pénal* 2012, p. 418, obs. L. PRIOU ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 106, obs. J.-H. ROBERT ; *RPDP* 2012, p. 695, obs. F. CHOPIN).

853 Le *testing* sera étudié en tant qu'aspect procédural de la pénalisation (*infra*, n° 236 et s.).

CHAPITRE II. LES FACILITÉS PROCÉDURALES

178. L'inflation pénale n'aurait aucun sens si les textes demeuraient inappliqués. Or, justement, le constat d'une ineffectivité latente de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel a conduit le législateur à aménager certaines règles procédurales, afin de faciliter la mise en œuvre de cette pénalisation. Ces facilités procédurales intègrent parfaitement la pénalisation qui ne doit en aucun cas être comprise comme une seule addition d'incriminations, mais recouvre au contraire l'ensemble des règles destinées à améliorer la prévention et durcir la répression des atteintes au consentement contractuel. Complétant l'inflation pénale, ces facilités procédurales apparaissent alors comme la seconde manifestation de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Divers aspects de la procédure sont concernés : la prescription de l'infraction est retardée, la réponse pénale laisse une place importante à la négociation. Parallèlement, le nombre et les pouvoirs des organes en charge des poursuites sont augmentés. De telle sorte que la pénalisation des atteintes au consentement contractuel bénéficie de facilités procédurales tenant à la fois aux modalités (Section 1) et aux organes (Section 2) de poursuite de ces atteintes.

SECTION 1. LES FACILITÉS TENANT AUX MODALITÉS DE POURSUITE

179. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel bénéficie de diverses facilités procédurales tenant aux modalités de poursuite. Seules doivent retenir l'attention celles qui apparaissent, de par leur importance, comme une des constantes de cette pénalisation. Tel est le cas pour deux aspects procéduraux, très différents l'un de l'autre. La première constante tient dans le recul du point de départ du délai de prescription des infractions portant atteinte au consentement contractuel, en raison de la *clandestinité* propre à la plupart d'entre elles. Nombre de ces infractions ne voit en effet leur délai de prescription courir non pas à compter du jour où elles ont été commises, mais à compter de celui où elles sont apparues et ont pu être constatées. Dans un tout autre ordre d'idées, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel réprimant des infractions à la fois nombreuses et souvent de faible gravité, leur règlement donne souvent lieu à une négociation destinée à éviter un procès pénal long et coûteux. Ainsi, si l'on s'intéresse aux

modalités de poursuite, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel est facilitée tant par la prescription retardée de l'action publique (§ 1) que par une réponse pénale négociée (§ 2).

§ 1. LA PRESCRIPTION RETARDÉE DE L'ACTION PUBLIQUE

180. La clandestinité des atteintes au consentement, fondement d'une prescription retardée. La prescription de l'action publique est l'oubli volontaire⁸⁵⁴ de l'infraction, passé un certain délai. La tendance répressive du droit pénal actuel a entraîné un retard de cette prescription, soit en augmentant son délai, soit en reculant le point de départ de ce délai⁸⁵⁵. La logique d'une pénalisation extensive, déjà constatée, des atteintes au consentement contractuel impliquait de recourir à cette extension de la prescription. Et, effectivement, cette pénalisation connaît une multiplication des règles dérogatoires au point de départ de la prescription. La raison en est simple : beaucoup d'atteintes au consentement contractuel sont dissimulées à leurs victimes. Et si l'infraction est dissimulée à la victime, il sera également extrêmement difficile pour le ministère public de les connaître. Or, « L'oubli de l'infraction en raison du temps ou de la volonté est [...] inconcevable tant que l'infraction en question n'est pas connue »⁸⁵⁶. Dans d'autres cas, les atteintes au consentement ont pour victimes des personnes dont la situation de faiblesse ne leur permet pas d'exercer leur action dans des conditions normales⁸⁵⁷. C'est la raison pour laquelle la prescription ne court souvent, pour ces infractions dites *clandestines*, que dans le cas où, selon une formule connue, le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique⁸⁵⁸. La solution a été initiée par la

854 Cette volonté a plusieurs fondements. Le plus important est le droit à l'oubli : passé un certain délai, il vaut mieux refermer les plaies du passé que les rouvrir. On considère également que l'auteur de l'infraction, en vivant dans l'angoisse de poursuites pendant un certain temps, subit une sanction importante. Parallèlement, il s'agit d'une sanction à l'égard des autorités de poursuite qui n'ont pas réagi suffisamment vite. Plus pragmatiquement, on invoque le dépérissement des preuves au fil des années. Sur l'étude des fondements de la prescription, voy. C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, préf. A. DECOCQ, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 44, 2008, n° 63 et s.

855 J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaire et prescription de l'action publique », *D.* 1997, chron. p. 23 et s.

856 C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, th. préc., n° 443 ; L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., n° 725. Si l'on considère qu'il s'agit davantage de sanctionner les autorités de poursuites pour leur inaction, la prescription n'a pas davantage de sens si l'infraction est occulte.

857 Rappr. la solution qui prévaut en matière de crimes et délits concernant les mineurs pour lesquels la législation prévoit expressément un recul du point de départ du délai de prescription au jour où ils atteignent leur majorité.

858 Voy. G. LECUYER, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Droit pénal* 2005, étude n° 14.

jurisprudence - souvent hostile au mécanisme de la prescription⁸⁵⁹ -, en dépit de l'« intolérable atteinte au principe de légalité »⁸⁶⁰ qu'elle entraîne. En effet les dispositions des articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale sont très claires : le délai court à compter du jour où l'infraction a été commise ; elles sont pourtant bafouées⁸⁶¹. Dans ces conditions, le refus de la Cour de cassation de transmettre les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées à ce sujet n'est malheureusement guère surprenant⁸⁶². La solution est moins gênante aujourd'hui, ayant été partiellement consacrée par une loi du 14 mars 2011.

181. La consécration législative du 14 mars 2011 : l'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 est venue rajouter un troisième alinéa à l'article 8 du Code de procédure pénale : le délai de prescription de l'action publique de plusieurs délits « commis à l'encontre d'une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse, court à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ». Il s'agit donc bien d'un recul du point de départ de la prescription dérogatoire au droit commun de l'article 8, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale⁸⁶³. En cela l'article 8, alinéa 3 rappelle à bien des égards la jurisprudence antérieure relative aux infractions clandestines⁸⁶⁴, ne serait-ce que par la proximité des formules employées. Il s'en détache néanmoins pour étendre la notion d'infraction clandestine à l'hypothèse nouvelle d'une clandestinité résultant de la vulnérabilité de la victime.

859 P. MAISTRE DU CHAMBON, « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », *JCP G* 2002, II, 10075.

860 C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, th. préc., n° 481.

861 Cherchant à restreindre les inconvénients du recul du point de départ de la prescription, le groupe de travail présidé par M. COULON avait suggéré de mettre fin à cette jurisprudence : le point de départ de la prescription devrait être la commission de l'infraction. Pour compenser ce retour en arrière, le groupe de travail proposait d'allonger les délais de prescription (J.-M. COULON, « L'actualité de la dépenalisation du droit des affaires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 112 et s.).

862 Ass. Plén., 20 mai 2011 ; *Bull. crim.*, n° 6 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 1526, note G. DRAGO ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 95, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2011, p. 611, obs. H. MATSOPOULOU, et p. 656, obs. J. DANET ; *RSC* 2012, p. 221, obs. B. DE LAMY (à propos de l'abus de biens sociaux).

863 Cet article prévoit qu'en matière de délit la prescription « s'accomplit selon les distinctions spécifiées à l'article précédent », soit à l'article 7 du Code de procédure pénale qui dispose qu'en matière criminelle « l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis [...] » (nous soulignons).

864 J. BUISSON, « La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », *Procédures* 2011, étude n° 5, n° 25 ; C. RIBEYRE, « Loppsi II : de nouvelles règles au service de la répression », *Droit pénal* 2011, étude n° 10, n° 37.

182. Un fondement nouveau au recul de la prescription : la vulnérabilité de la victime. L'article 8, alinéa 3 suppose que l'infraction soit commise sur « une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse ». Le texte n'est guère précis : une personne d'un âge avancé est-elle *de facto* considérée comme vulnérable ? Il vaut sans doute mieux considérer qu'il faut que la victime se trouve effectivement, en raison de l'une des circonstances visées par le texte, dans une situation de faiblesse qui amoindrit ses facultés ⁸⁶⁵. De la même manière, faut-il que l'auteur connaisse l'état de vulnérabilité de la victime ? Sans doute doit-on considérer que non, l'article 8, alinéa 3 visant le délit « commis à l'encontre d'une personne vulnérable » et non celui commis en raison de sa vulnérabilité.

Cette extension est en tous les cas remarquable ; il est même possible de se demander si elle n'aboutit pas à dénaturer la notion de la clandestinité dégagée jusqu'alors par la jurisprudence ⁸⁶⁶. On remarquera en effet que la clandestinité résultait jusqu'ici du comportement de l'auteur, celui-ci prenant soin de dissimuler ses agissements. Or, avec l'article 8, alinéa 3, les agissements de l'auteur n'ont pas besoin d'être camouflés, il suffit qu'ils n'aient pas été perçus par la victime, en raison de sa fragilité ⁸⁶⁷. Il en résulte que l'unité de la notion d'infraction clandestine ne se fait plus autour de la cause de la clandestinité, mais de sa conséquence : l'ignorance dans laquelle se trouvent la victime et le ministère public de l'existence de l'infraction ⁸⁶⁸.

183. Les délits concernés par la loi du 14 mars 2011. L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale ne prévoit le report du point de départ du délai de prescription que pour certains délits limitativement énumérés. Pour ce qui concerne les seuls délits pouvant être rattachés à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, l'article 8, alinéa 3 vise l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, l'escroquerie et l'abus de confiance. Une telle limitation est critiquable : un tel report ne devrait-il pas concerner toutes les infractions, dès lors que la victime n'a pas pu déclencher les poursuites en raison de son

865 C. JACOBET DE NOMBEL, « L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ? », *Droit pénal* 2013, étude n° 3, n° 18.

866 *Idem*, n° 6 et s.

867 Voy., relevant certaines hypothèses déjà existantes en ce sens, D. DECHENAUD, « La clandestinité en procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, *op. cit.*, p. 213 et s., n° 10 ; V. CLARET-TOURNIER, *La clandestinité en matière pénale*, thèse, Grenoble, 2012, n° 175 et s.

868 C. JACOBET DE NOMBEL, « L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ? », art. préc., n° 12.

ignorance, due à sa vulnérabilité ? Il est ainsi difficile d'expliquer, par exemple, que l'abus de confiance soit visé, et pas le détournement de gage ⁸⁶⁹.

184. L'apport certain de la loi du 14 mars 2011 à la prescription de l'escroquerie et de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. En réalité, la loi du 14 mars 2011 ne représente un apport que pour l'escroquerie et l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. La Cour de cassation refusait en effet régulièrement de retarder le point de départ de la prescription de l'escroquerie au jour de la découverte de l'infraction ⁸⁷⁰. Ce n'était qu'exceptionnellement, lorsque l'escroquerie était constituée par des manœuvres frauduleuses répétées sur une certaine période, formant un tout indivisible et provoquant des remises successives, que la prescription ne commençait à courir qu'à partir de la dernière remise ou délivrance ⁸⁷¹. La solution retenue en matière d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse d'une personne était exactement la même : la Cour de cassation censurait toute tentative des juges du fond de faire débiter la prescription au jour où la victime a été en mesure d'avoir connaissance des conséquences des faits poursuivis, tout en les encourageant à reporter ce point de départ, en cas de succession de différents faits, à la fin du mode opératoire unique ⁸⁷². Pour ces deux délits, la loi du 14 mars 2011 aura donc un apport certain, reculant le point de départ de leur délai de prescription - à condition que la victime de l'infraction soit « vulnérable ». L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse est même l'un des destinataires privilégiés de la loi, car, par définition, sa victime est justement soit un mineur, soit une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse, soit en état de sujétion psychologique ou physique ⁸⁷³.

869 Étant précisé que les détournements de gage et d'objet saisis avaient pourtant fait l'objet de la même jurisprudence extensive, reculant le point de départ du délai de prescription. La Cour de cassation avait en effet retenu, de la manière la plus générale, qu' « en matière d'abus de confiance ou de détournements assimilables à l'abus de confiance il appartient aux juges du fond de rechercher souverainement la date à laquelle le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (Crim., 3 janvier 1985 ; *Bull. crim.*, n° 5).

870 Crim., 8 septembre 2010 ; préc.

871 Crim., 9 mai 1972 ; *Bull. crim.*, n° 161 ; Crim., 17 décembre 1974 ; *Bull. crim.*, n° 371 ; Crim., 29 octobre 1978 ; *Bull. crim.*, n° 283.

872 Crim., 27 mai 2004 ; *Bull. crim.*, n° 141 ; *D.* 2004, somm. p. 2750, obs. S. MIRABAIL ; *D.* 2005, pan. p. 685, obs. J. PRADEL ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 130, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2004, p. 881, obs. Y. MAYAUD, et p. 886, obs. R. OTTENHOF ; Crim., 5 octobre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *AJ Pénal* 2005, p. 71, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Droit pénal* 2005, comm. n° 1, obs. M. VÉRON.

873 Article 223-15-2 du Code pénal.

185. L'apport discuté de la loi du 14 mars 2011 à la prescription de l'abus de confiance. En revanche, l'apport de la loi du 14 mars 2011 à la prescription de l'abus de confiance est des plus limités. L'abus de confiance est un délit clandestin par excellence⁸⁷⁴ : les parties sont réputées être dans un climat de confiance et l'on ne peut exiger de chacune d'elles qu'elle surveille sans cesse la bonne exécution de l'autre. D'autant que l'auteur de l'abus peut dissimuler son détournement par des manœuvres ou réponses dilatoires. L'abus de confiance bénéficie donc depuis longtemps de la règle selon laquelle son délai de prescription ne court qu'à compter du jour où le délit est apparu et a pu être constaté⁸⁷⁵ ; la Cour de cassation précisant ultérieurement qu'il devait l'être dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique⁸⁷⁶. La solution a été reprise par le législateur de 2011 - dans le cas précis où la victime de l'abus de confiance est une « personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse ». Toute la question est de savoir si, *a contrario*, un abus de confiance commis à l'encontre d'une personne non vulnérable au sens de l'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale pourra continuer à bénéficier du report du point de départ de son délai de prescription : c'est se poser la question de la portée de la loi du 14 mars 2011.

186. Portée de la loi du 14 mars 2011. L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale ne reprend qu'une partie des délits qui avaient auparavant été dégagés par la jurisprudence comme pouvant bénéficier du report du point de départ de leur délai de prescription. Une interprétation d'une valeur cruciale doit alors être menée : l'énumération des délits est-elle limitative ? Autrement dit, le législateur, prenant acte de la jurisprudence extensive, a-t-il souhaité la restreindre aux seuls cas qu'il énumère ? Il s'agirait d'une simple lecture *a contrario* de l'article 8, alinéa 3. Il résulte pourtant des travaux préparatoires à la loi du 14 mars 2011 qu'il n'était nullement question, pour le législateur, de revenir sur la jurisprudence antérieure⁸⁷⁷, seulement de conforter une partie des choix prétoriens. Sans surprise, c'est ainsi que l'a entendu la jurisprudence⁸⁷⁸ : immédiatement après l'entrée en

874 Voy., soulignant « le caractère clandestin des détournements reprochés », Crim., 29 octobre 1984 ; *Bull. crim.*, n° 323.

875 Crim., 16 mars 1970 ; *Bull. crim.*, n° 106 ; Crim., 18 juillet 1974 ; *Bull. crim.*, n° 258 ; Crim., 7 décembre 1976 ; *Bull. crim.*, n° 350.

876 Crim., 13 mai 1991 ; *Droit pénal* 1991, comm. n° 258, obs. M. VÉRON. Voy., plus récemment, Crim., 27 janvier 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-81816 ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 60, obs. M. VÉRON ; RSC 2010, p. 626, obs. H. MATSOPOULOU.

877 J. BUISSON, « La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », art. préc., n° 25.

878 En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 664.

vigueur de la loi, la Cour de cassation a repris son ancienne solution⁸⁷⁹. Il est donc possible de conclure, que « l'article 8, alinéa 3 fait simplement figure de disposition complémentaire destinée à ajouter, à ceux déjà existants, un nouveau cas de clandestinité fondé sur la vulnérabilité de la victime »⁸⁸⁰. Le maintien du recul du point de départ de la prescription des délits non visés par la loi de 2011, comme ceux de tromperie⁸⁸¹ et de pratiques commerciales trompeuses⁸⁸², est donc envisageable.

187. Transition. Le recul du point de départ du délai de prescription facilite en tous les cas grandement la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, en étendant le nombre de cas susceptibles d'être poursuivis. Toutes les atteintes au consentement ne méritent pas, pour autant, de donner lieu à un procès pénal. C'est la raison pour laquelle le nombre et la faible gravité de certaines infractions justifient parfois une autre réponse, laissant davantage de place à la négociation.

§ 2. LA RÉPONSE PÉNALE NÉGOCIÉE

188. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel réprimant souvent des infractions de faible gravité, elle est le terrain privilégié des différents dispositifs s'apparentant à une négociation entre le délinquant et les organes de poursuite - au mépris

879 Ass. Plén., 20 mai 2011 ; préc. ; Crim., 21 septembre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-87031 ; Crim., 16 mai 2012 ; *Bull. crim.*, n° 123.

880 C. JACOBET DE NOMBEL, « L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ? », art. préc., n° 32.

881 La prescription de la tromperie a connu une évolution célèbre, due aux particularités de l'affaire *Creutzfeldt-Jakob*. Dans un arrêt rendu le 7 juillet 2005 (Crim., 7 juillet 2005 ; *Bull. crim.*, n° 206 ; *JCP G* 2005, II, 10143, note J. LEBLOIS-HAPPE ; *D.* 2005, p. 2998, note A. DONNIER ; *Droit pénal* 2005, comm. n° 132, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2006, p. 84, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT), la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu que si la tromperie est une infraction instantanée, elle ne constitue pas moins un délit clandestin par nature, en ce qu'elle a pour but de laisser le contractant dans l'ignorance des caractéristiques réelles du produit. Dès lors, le délai de prescription ne commence à courir qu'au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. En l'occurrence, le point de départ de la prescription a été fixé à la date à laquelle le résultat des investigations médicales a été communiqué aux parents d'une victime de la maladie de *Creutzfeldt-Jakob* qui avait suivi un traitement à base d'hormone de croissance extraite d'hypophyses humaines. Ce revirement est « indéniablement porté par l'équité vu la gravité et l'ampleur des faits de cette affaire » (C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, th. préc., n° 463). Partant, en l'absence de jurisprudence postérieure sur ce point, se pose la question de sa postérité. Il serait toutefois surprenant, compte tenu de la tendance actuelle au recul du point de départ du délai, que la solution s'inverse.

882 La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de l'affirmer, mais avant 2008, le délai de prescription de la publicité trompeuse ne commençait déjà à courir qu'à compter du jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Crim., 20 février 1986 ; *Bull. crim.*, n° 70 (deux arrêts) ; Crim., 22 mai 2002 ; inédit, pourvoi n° 01-85763 ; *RSC* 2003, p. 108, obs. J.-F. RENUCCI et C. AMBROISE-CASTÉROT).

du principe d'indisponibilité de l'action publique ⁸⁸³. Cette négociation est destinée à offrir une réponse à des faits qui n'auraient sans doute pas donné lieu à un procès pénal, justement en raison de leur faible gravité. C'est d'abord le cas lorsque le procureur de la République, seul maître de l'opportunité des poursuites ⁸⁸⁴, pourra choisir une des alternatives aux poursuites prévues aux articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale. Mais, en matière de pénalisation des atteintes au consentement contractuel, c'est avant tout la place de la transaction pénale qui mérite d'être remarquée.

189. Le classement sous condition et la composition pénale. Depuis les lois remarquées du 4 janvier 1993 et, surtout, du 23 juin 1999, le procureur de la République, auparavant placé devant deux alternatives radicales - poursuivre ou classer sans suite -, peut décider de recourir à une troisième voie. Cette voie est celle des alternatives aux poursuites édictées aux articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale, communément dénommées classement sous condition et composition pénale. Le classement sous condition suspend ⁸⁸⁵ mais n'éteint pas l'action publique, même si l'obligation prescrite par le procureur de la République est exécutée ⁸⁸⁶. Au contraire, l'accomplissement de l'une des dix-sept mesures prévues au titre de la composition pénale - proposée par le procureur de la République et validée par le président du tribunal -, par le délinquant qui avait auparavant reconnu avoir commis un ou plusieurs délits ⁸⁸⁷, éteint l'action publique ⁸⁸⁸.

Il n'est pas utile de revenir longuement sur ces mécanismes car ils ne sont pas spécifiques au contentieux des atteintes au consentement contractuel, et n'ont pas été créés afin de faciliter leur traitement. Il convient simplement de constater l'importance que la pratique leur a conféré, notamment en cette matière. En effet, l'apport du classement sous condition et de la composition pénale est de pouvoir régler les contentieux nés d'infractions

883 Sur quoi, voy. A. BUREAU, *Le principe d'indisponibilité de l'action publique*, thèse, Poitiers, 2010.

884 Article 40 du Code de procédure pénale.

885 Article 41-1 du Code de procédure pénale *in fine* : « La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique ».

886 Encourt, en conséquence, la cassation un arrêt qui retient que le procureur de la République ne peut engager des poursuites en cas d'exécution d'une mesure imposée en application de l'article 41-1 (Crim., 21 juin 2011 ; *Bull. crim.*, n° 141 ; *JCP G* 2011, II, 1453, note F. LUDWIEZAK). La victime n'est dès lors pas privée de la possibilité de mettre en mouvement l'action publique par la voie d'une citation directe devant la juridiction de jugement, même si sa plainte avait été classée sans suite (Crim., 17 janvier 2012 ; *BICC* 2012, n° 548).

887 À l'inverse, toutes les obligations relevant de l'article 41-1 n'emportent pas reconnaissance de culpabilité (pour le rappel à la loi, voy. Crim., 6 décembre 2011 ; *BICC* 2012, n° 474).

888 Article 41-2, alinéa 9 du Code de procédure pénale. Mais l'exécution ne fait pas échec au droit de la partie civile qui peut citer directement le délinquant, mais uniquement en vue de statuer sur les intérêts civils (Crim., 24 juin 2008 ; *Bull. crim.*, n° 162).

nombreuses et peu graves, mais auxquelles il convient cependant d'apporter une certaine réponse. La composition pénale est ainsi applicable, selon l'article 41-2, à tous les « délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes ». La composition pénale s'applique *a fortiori* aux contraventions, auquel cas les mesures applicables sont assouplies⁸⁸⁹. En droit de la concurrence, l'article L. 470-4-2 du Code de commerce prévoit spécifiquement que la composition pénale « est applicable aux personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits inclus dans le titre intitulé « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées »⁸⁹⁰. Curieusement, l'article 41-1 du Code de procédure pénale ne précise pas le champ d'application du classement sans suite. C'est au procureur de la République d'y recourir « S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits ». Le contenu des mesures proposées laisse deviner que le procureur n'y recourra que pour les infractions les moins graves. Or, l'essentiel de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel vise justement des infractions à la fois nombreuses et peu graves. Elle est en conséquence composée de contraventions et de délits⁸⁹¹, pour la plupart punis de moins de cinq ans d'emprisonnement - ainsi de l'escroquerie, de l'abus de confiance, des abus de faiblesse, de la tromperie ou encore des pratiques commerciales trompeuses et agressives -, et donc susceptibles d'être réglés par l'intermédiaire des alternatives aux poursuites. On en déduit que les alternatives aux poursuites concourent, en pratique, de manière effective au règlement de nombre d'atteintes au consentement contractuel, et méritaient à ce titre d'être mentionnées. Leur place est toutefois moins importante que la transaction pénale, car la possibilité de transiger est accordée à des autorités dont l'une des missions principales est de lutter contre les atteintes au consentement d'autrui à un contrat, que ce soit pour des raisons économiques ou discriminatoires.

889 Article 41-3 du Code de procédure pénale.

890 Ce qui renvoie, concernant les incriminations d'atteintes au consentement au sens large, aux articles L. 441-1 (publicité mentionnant une réduction de prix ou un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables), L. 441-6 (communication des conditions de vente) et L. 442-1 (qui renvoie aux articles du Code de la consommation incriminant les ventes avec primes et les ventes subordonnées) du Code de commerce.

891 Très exceptionnellement, une atteinte au consentement est susceptible de revêtir une qualification criminelle, notamment pour les extorsions aggravées.

190. La transaction pénale. La transaction est un mode alternatif de règlement des litiges bien connu du droit civil : il s'agit alors d'un contrat obéissant aux articles 2044 et suivants du Code civil. Elle est également un mode d'extinction de l'action civile née d'une infraction pénale⁸⁹². Mais, pour ce qui nous intéresse ici, la transaction est surtout un mode d'extinction de l'action publique. L'idée de pouvoir ainsi transiger avec le délinquant est en soi une nouvelle atteinte portée au principe d'indisponibilité de l'action publique. Elle n'est donc possible que dans les cas limitativement énumérés par la loi, selon l'article 6, alinéa 3 du Code de procédure pénale. Curieusement, cette atteinte ne se fait pas au profit du Ministère public, qui ne peut lui-même transiger avec le délinquant qu'il poursuit⁸⁹³ - sauf à considérer le classement sous condition et la composition pénale comme des formes de transaction. Le droit de transiger est seulement accordé à certaines grandes administrations ou autorités - mais la proposition de transaction est alors soumise à l'accord préalable du procureur de la République. En matière d'atteinte au consentement contractuel, sont concernés le Défenseur des droits et, surtout, certains fonctionnaires de la DGCCRF.

191. La mission de transaction pénale du Défenseur des droits. Depuis une loi du 31 mars 2006, l'ancienne Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité disposait déjà du droit remarqué de transiger avec l'auteur d'une discrimination⁸⁹⁴. Son remplacement par le Défenseur des droits n'a absolument pas remis en cause cette prérogative⁸⁹⁵. La transaction peut être de nature civile : le Défenseur des droits peut proposer à la personne mise en cause d'indemniser la victime⁸⁹⁶. Mais, surtout, la transaction peut être de nature pénale. L'article 28, II de la loi organique du 29 mars 2011 a créé en effet une procédure de transaction spécifique aux cas de discriminations réprimés par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et L. 1146-1 et L. 2146-2 du Code du travail. Or, selon l'article 28, IV de la loi organique, « L'exécution de la transaction constitue une cause d'extinction de l'action publique ». En revanche, l'exécution de la transaction laisse

892 Sur l'extinction de l'action civile par la transaction, voy. B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23ème éd., 2012, n° 324.

893 Voy. toutefois, pour des cas se rapprochant de l'idée de transaction, J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 17ème éd., 2013, n° 257.

894 Articles 11-1 et suivants de la loi du 30 décembre 2004, rajoutés par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, voy. not., J. BOUTON, « La Halde et la transaction pénale », *Revue de droit du travail* 2006, p. 320 et s.

895 L'article 28, II, alinéa 1^{er} de la loi organique vise spécifiquement les faits constitutifs d'une discrimination réprimée par les articles 225-5 (délit général de discrimination) et 432-7 (délit spécial lorsque l'auteur est un agent public) du Code pénal ; et L. 1146-1 (violation des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) et L. 2146-2 (discriminations syndicales) du Code du travail.

896 Article 28, I de la loi organique. Comp. avec le classement sous condition (article 41-1, 4^o du Code de procédure pénale) et la composition pénale (article 41-2).

intact le droit de la partie civile de saisir, par citation directe, un tribunal correctionnel composé d'un seul magistrat exerçant les pouvoirs conférés au président, qui ne statue alors que sur les seuls intérêts civils ⁸⁹⁷.

La transaction proposée par le Défenseur des droits et acceptée par l'auteur des faits ⁸⁹⁸ ainsi que, s'il y a lieu, par la victime ⁸⁹⁹, doit être homologuée par le procureur de la République. La transaction peut consister dans le versement par l'auteur des faits d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder 3 000 euros ⁹⁰⁰. Mais le Défenseur des droits peut aussi proposer que la transaction consiste dans la diffusion, par divers moyens ⁹⁰¹, d'un communiqué. En cas de refus de la proposition de transaction ou en cas d'inexécution, « le Défenseur des droits, conformément à l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, peut mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe » ⁹⁰².

La transaction pénale du Défenseur des droits ne saurait concurrencer le pouvoir de décision du procureur de la République. Lorsque les faits discriminatoires font l'objet d'une enquête de police, le Défenseur des droits ne peut transiger qu'après avoir obtenu l'aval du procureur de la République ⁹⁰³. Mais si aucune enquête n'est en cours, le Défenseur des droits peut librement recourir à la transaction pénale et n'a que l'obligation d'en informer le

897 Article 28, IV de la loi organique.

898 Article 28, II de la loi organique : « La personne à qui est proposée une transaction est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition du Défenseur des droits ».

899 Cette condition est difficile à interpréter. Il semble logique de considérer que l'accord de la victime n'est en réalité requis qu'à propos du pan civil de la transaction ; de sorte que même rejetée par la victime, la transaction peut tout de même se former s'agissant de ses stipulations pénales (en ce sens, S. DETRAZ, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », *Droit pénal* 2011, étude n° 8, n° 27).

900 15 000 euros s'il s'agit d'une personne morale.

901 Article 28, III de la loi organique : « — Dans les cas prévus au II, le Défenseur des droits peut également proposer que la transaction consiste dans : 1° L'affichage d'un communiqué, dans des lieux qu'elle précise et pour une durée qui ne peut excéder deux mois ; 2° La transmission, pour information, d'un communiqué au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel ; 3° La diffusion d'un communiqué, par son insertion au Journal officiel ou dans une ou plusieurs autres publications de presse, ou par la voie de services de communication électronique, sans que ces publications ou services de communication électronique puissent s'y opposer ; 4° L'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise. Les frais d'affichage ou de diffusion sont à la charge de l'auteur des faits, sans pouvoir toutefois excéder le montant maximal de l'amende transactionnelle prévue au II ».

902 Article 28, IV *in fine* de la loi organique.

903 Article 23 de la loi organique.

procureur de la République ⁹⁰⁴. Si ce dernier décide alors d'ouvrir une enquête, la procédure de transaction devrait logiquement être suspendue jusqu'à l'accord du procureur ⁹⁰⁵.

192. La mission de transaction pénale des agents de la DGCCRF en matière de consommation. La DGCCRF dispose également de l'important pouvoir de transiger directement avec l'auteur des faits ⁹⁰⁶. Concrètement, elle n'est rien d'autre qu'une convention conclue entre la DGCCRF et le délinquant, soumise à l'accord préalable du procureur de la République ⁹⁰⁷. Les parties conviennent d'une certaine somme d'argent. Une fois celle-ci versée, l'action publique est éteinte, en application de l'article 6, alinéa 3 du Code de procédure pénale ⁹⁰⁸. Les avantages de la transaction - sa célérité et sa confidentialité ⁹⁰⁹ notamment - , en font un instrument séduisant de règlement des litiges en droit pénal de la consommation, et d'ailleurs très utilisé ⁹¹⁰.

La transaction a été initiée par l'ordonnance du 30 juin 1945, avant d'être supprimée par celle du 1^{er} décembre 1986, puis réintroduite avec celle du 1^{er} septembre 2005 ⁹¹¹. Elle figure aujourd'hui à l'article L. 141-2 du Code de la consommation. Sont concernés toutes les contraventions et les délits non punis d'une peine d'emprisonnement, qui figurent dans les livres premier - information des consommateurs et formation des contrats - , et troisième du Code - concernant notamment les règles relatives au crédit. Mais l'article L. 141-2 prévoit également expressément que les pratiques commerciales trompeuses puissent faire l'objet d'une mesure de transaction. L'article L. 216-11, enfin, prévoit cette même transaction pour les contraventions relatives à la conformité et sécurité des produits et des services, c'est-à-dire, à titre principal, aux fraudes et falsifications.

904 Article 33 de la loi organique.

905 S. DETRAZ, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », art. préc., n° 13.

906 La DGCCRF n'est pas seule concernée : voy. la liste figurant aux articles R. 141-3 et R. 216-3 du Code de la consommation.

907 « L'acte par lequel le procureur de la République donne son accord à la proposition de transaction est interruptif de la prescription de l'action publique » (article L. 141-2, alinéa 2 du Code de la consommation).

908 Article 6, alinéa 3 du Code de procédure pénale : l'action publique « peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément [...] ». Cet effet extinctif de l'action publique est d'ailleurs rappelé par le dernier alinéa des articles L. 141-2 et L. 216-11 du Code de la consommation.

909 En particulier, la transaction ne donne lieu ni à publication ni à inscription au casier judiciaire.

910 J. BOMBARDIER, « La transaction en droit pénal de la consommation : faut-il céder à la tentation ? », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2013, n° 4424.

911 Ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005.

193. La mission de transaction pénale des agents de la DGCCRF en matière de concurrence. Une procédure de transaction pénale a été introduite en droit de la concurrence par la loi du 2 août 2005 à l'article L. 470-4-1 du Code de commerce. Cet article dispose que « pour les délits prévus au Titre IV du Livre IV ⁹¹² pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger, après accord du procureur de la République ». L'autorité compétente pour transiger est identifiée à l'article R. 470-5 du Code de commerce : il s'agit à titre principal du chef du service national des enquêtes au sein de la DGCCRF, mais encore du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou du directeur de la direction départementale chargée de la protection des populations. L'autorité compétente doit transmettre la proposition de transaction au procureur de la République dans un délai de trois mois à compter de la clôture du procès-verbal de constatation de l'infraction ⁹¹³. La proposition de transaction doit être acceptée par le procureur de la République puis, le cas échéant, par l'auteur de l'infraction ⁹¹⁴.

Quant aux délits susceptibles d'être réglés par la voie de la transaction, si l'on ne retient que les incriminations visant une atteinte au consentement contractuel, sont concernées la communication des conditions de vente par un producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur à un acheteur ⁹¹⁵, et la publicité mentionnant une réduction de prix ou un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables ⁹¹⁶. Le pouvoir de transaction a été élargi par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 aux infractions en matière de liquidation, de ventes au déballage, de soldes et de vente en magasin d'usine ⁹¹⁷. En revanche, les ventes avec primes et ventes subordonnées, bien qu'inclues dans ce même titre ⁹¹⁸, ne sont pas visées en raison de leur nature contraventionnelle. Elles peuvent toutefois faire l'objet d'une transaction, mais sur le fondement de l'article L. 141-2 du Code de la consommation.

912 « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ».

913 Article R. 470-6 du Code de commerce. Cette proposition précise la somme que l'auteur de l'infraction devra payer au Trésor public, le délai imparti pour son paiement et, s'il y a lieu, les autres obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.

914 Article R. 470-7 du Code de commerce.

915 Article L. 441-6 du Code de commerce (15 000 euros d'amende).

916 Article L. 441-2 du Code de commerce (15 000 euros d'amende).

917 Article L. 310-6-1 du Code de commerce.

918 L'article L. 442-1 du Code de commerce renvoie en effet aux articles L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la consommation.

194. Bilan. D'un point de vue pratique, on ne peut que remarquer le nombre et l'importance des infractions dont le règlement est susceptible d'intervenir par la voie de la transaction, classement sous condition et composition pénale. Théoriquement, la solution est tout aussi remarquable : l'hypothèse reste celle d'une atteinte au consentement suffisamment grave pour être pénalisée, et qui pourtant ne donnera volontairement lieu à aucune poursuite pénale. Les différentes mesures prises s'apparentent davantage à des mesures de réparation et de cessation de l'illicite qu'à une conception classique du droit pénal. Et il n'est pas inexact d'affirmer, comme M. PRADEL, qu'alors « le parquetier devient un peu le juge civil des petites affaires pénales »⁹¹⁹. De pareils propos peuvent être tenus pour les AAI ou la DGCCRF qui disposent d'un pouvoir de transaction. Cela ne manquera pas de nourrir nos réflexions sur l'opportunité et la légitimité d'une pénalisation si massive des atteintes au consentement contractuel⁹²⁰. Toutes ces atteintes que l'on juge suffisamment anodines et indolores pour être réglées par la voie de la négociation, méritaient-elles vraiment d'être incriminées ?

Il reste que ces aspects de la négociation permettent d'offrir une réponse pénale à des infractions qui, en raison de leur faible gravité, n'auraient sans doute pas donné lieu à un procès. Cette réponse pénale négociée facilite en cela l'effectivité de la lutte contre certaines atteintes au consentement contractuel, de la même manière que la prescription retardée de l'action publique augmente les chances de poursuite. Parallèlement à ces facilités procédurales tenant aux modalités de poursuite, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel bénéficie de certaines règles qui tiennent, cette fois, directement aux organes de poursuite et aux pouvoirs qui leur sont conférés.

SECTION 2. LES FACILITÉS TENANT AUX ORGANES DE POURSUITE

195. Les facilités procédurales tenant aux organes de poursuite, et bénéficiant à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, sont de plusieurs ordres ; mais seules celles qui caractérisent l'une des constantes de la pénalisation méritent d'être relevées. La finalité commune de ces règles est de faciliter le travail des organes judiciaires en charge de la poursuite d'infractions complexes et particulières, comme c'est le cas pour les atteintes au consentement contractuel. Une première idée, très naturelle, fut de spécialiser les organes judiciaires chargés de la poursuite et de la répression d'infractions en matière

919 J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 595.

920 Voy. notre Partie II, *infra* n° 308 et s.

économique et financière - c'est-à-dire de l'immense majorité des atteintes au consentement contractuel - , afin d'accroître leur compétence et, partant, l'efficacité de la pénalisation. Une seconde idée, tout aussi naturelle, fut d'adjoindre à ces organes judiciaires différents acteurs eux-mêmes spécialisés, destinés à relayer leur lutte contre certaines infractions. Ainsi, les facilités procédurales de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel tenant aux organes de poursuite permettent aux organes judiciaires d'être spécialisés (§ 1) et relayés (§ 2) par d'autres organes.

§ 1. DES ORGANES JUDICIAIRES SPÉCIALISÉS

196. Il n'existe évidemment pas d'institutions judiciaires spécialisées en matière d'atteintes au consentement contractuel. Toutefois, la spécialisation de certaines juridictions en matière économique et financière aboutit, concrètement, à leur conférer une grande partie du contentieux des atteintes au consentement, ce qui contribue à l'efficacité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Cela impose de comprendre le principe de la spécialisation des juridictions en matière économique et financière (A) ; avant de démontrer, en étudiant son domaine (B), l'importance que la spécialisation des juridictions revêt en matière d'atteintes au consentement contractuel.

A. Le principe de la spécialisation des juridictions en matière économique et financière

197. La notion de spécialisation. Créé par la loi n° 75-701 du 6 août 1975, l'article 704 du Code de procédure pénale prévoit la compétence d'un ou plusieurs tribunaux de grande instance dans le ressort de chaque cour d'appel - voire dans le ressort de plusieurs cours d'appel ⁹²¹ - , pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement de certaines infractions en matière économique et financière. Ces juridictions comprennent « une section du parquet et des formations d'instruction et de jugement spécialisées pour connaître de ces infractions » ⁹²². Il s'agit donc simplement de prévoir des règles

⁹²¹ Voy. *infra*, n° 203.

⁹²² Article 704, alinéa 4 du Code de procédure pénale. *Adde* les alinéas 5 (« Au sein de chaque tribunal de grande instance [...], le premier président, après avis du président du tribunal de grande instance, désigne un ou plusieurs juges d'instruction ou magistrats du siège chargés spécialement de l'instruction et, s'il s'agit de délits, du jugement des infractions [...] ») et 6 (« Au sein de chaque cour d'appel [...], le premier président et le procureur général désignent respectivement des magistrats du siège et du parquet général chargés spécialement du jugement des délits et du traitement des affaires [...] ») du même article.

déroatoires *rationae loci*⁹²³. Celles-là nuisent au rapport de proximité qui doit lier les juridictions aux citoyens. Mais il est certain qu'en matière économique, le besoin de proximité n'est pas aussi prégnant que dans d'autres domaines. Il doit au contraire céder la place à des considérations de compétence⁹²⁴. Aussi les règles de compétences applicables aux infractions en matière économique et financière doivent être défendues.

198. La spécialisation initialement cantonnée à l'instruction et au jugement. Avec la loi fondatrice du 6 août 1975, seules les phases de jugement et d'instruction étaient concernées par le mouvement de spécialisation. L'avancée était alors certaine. Nous aurons l'occasion de remarquer à quel point les éléments matériel et moraux des infractions d'affaires sont parfois difficilement saisissables⁹²⁵. La spécialisation de certaines juridictions est alors de nature à faciliter l'instruction et le jugement du fond de l'affaire, en confiant cette tâche à des organes expérimentés. Pareille considération vaut également en matière de peine. Le prononcé des peines en matière de délinquance d'affaires recèle des difficultés particulières. Le juge se trouve confronté à un panel impressionnant de peines principales, alternatives et complémentaires, qu'il doit au demeurant adapter à la personnalité particulière de l'auteur. La spécialisation des juges va indéniablement dans le sens de cet objectif⁹²⁶.

199. La spécialisation ultérieurement étendue à l'enquête et aux poursuites. Ce n'est qu'à partir de 1994 que la phase d'investigation du procès connut également un tel mouvement de spécialisation⁹²⁷. La loi du 1^{er} février 1994⁹²⁸ a prévu en effet la spécialisation des poursuites ; il fallut attendre la loi du 9 mars 2004⁹²⁹ pour que cette spécialisation vise l'enquête. Là aussi, la spécialisation des enquêteurs et organes de

923 G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, préf. F. STASIAK, av.-propos G. CANIVET, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2009, n° 251.

924 J.-P. JEAN, « La mythique réforme de la carte judiciaire, entre justice de proximité et spécialisation des contentieux », in *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 257 et s., spéc. p. 262-263 ; et « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, p. 135 et s., spéc., p. 142 et s.

925 Voy. *infra*, n° 245 et s.

926 G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 255.

927 Ce mouvement se poursuit : voy. ainsi le projet de loi organique présenté le 7 mai 2013 par la Garde des Sceaux instaurant un procureur de la République financier à la compétence nationale (pour une présentation, voy. M. QUÉMÉNER, « Vers une refonte globale de la justice économique et financière », *AJ Pénal* 2013, p. 244 et s.). Le champ de compétence qui lui serait attribué (corruption, trafic d'influence, fraude fiscale...) ne recouvre toutefois pas celui des atteintes au consentement contractuel.

928 Loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.

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

poursuite semble synonyme d'efficacité⁹³⁰. Or, la phase d'investigation est capitale, et pas seulement quant aux preuves qui pourront alors être récoltées : c'est à ce moment que les grandes orientations et impulsions de l'affaire auront lieu⁹³¹. Remarquons que cela n'est pas sans poser la question d'une atteinte au procès équitable : à ce stade du procès, la personne poursuivie n'est pas encore en mesure de se défendre de manière effective⁹³², face à des organes spécialisés et assistés⁹³³. On comprend dès lors qu'une partie de la doctrine ait pu s'inquiéter de la puissance conférée au parquet en matière économique et financière⁹³⁴.

200. La compétence concurrente des juridictions normalement compétentes et des juridictions spécialisées. Initialement, la compétence de la juridiction spécialisée était subsidiaire : le dessaisissement de la juridiction normalement compétente au profit de la juridiction spécialisée relevait d'une ordonnance motivée du Président de la chambre d'accusation, laquelle pouvait être demandée, selon les cas, par le procureur de la République ou par le juge d'instruction. Il fallait un consensus difficile à obtenir, car supposant la reconnaissance humble, par le juge normalement compétent, de son incompétence ou de son indisponibilité pour transférer un dossier - par hypothèse important, peut-être médiatique -, à un autre que lui⁹³⁵. Aussi la loi du 1^{er} février 1994 est-elle revenue sur cette situation, en instituant une véritable compétence *concurrente* des juridictions spécialisées⁹³⁶. Encore faut-il savoir comment cette concurrence pourra être résolue, car elle semble impliquer une égalité entre les chefs de compétence, source de

930 Rapp., soulignant que le Parquet traite des infractions économiques avec la plus grande difficulté (L. LEVY, « Le droit pénal des affaires, du droit complexe au droit immergé », *JCP G* 1989, I, 3369).

931 H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, préf. B. BOULOC, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 32, 1996, n° 1.

932 G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 259.

933 Sur la détermination des assistants spécialisés, voy. l'article 706 du Code de procédure pénale. *Adde* A. GALLOIS, « Des personnages méconnus du procès pénal : les assistants spécialisés », *Procédures* 2009, alerte n° 58.

934 Voy. not., A. GIUDICELLI, « La justice pénale économique et financière en France », in *L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe*, LGDJ, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, 2004, p. 17 et s., n° 20.

935 G. ACCOMANDO et A. BENECH, « La spécialisation de la justice pénale en matière économique et financière », *RPDP* 2000, p. 52 et s., spéc. p. 57 et s. ; A. GIUDICELLI, « La justice pénale économique et financière en France », art. préc., n° 2 ; G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 267.

936 Article 705, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale : « Pour la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement des infractions prévues à l'article 704 et des infractions connexes, le procureur de la République, le juge d'instruction et la formation correctionnelle spécialisée du tribunal de grande instance visé au même article exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43, 52, 382 et 706-42 ».

potentiels conflits⁹³⁷. L'article 705-1 du Code de procédure pénale permet d'y répondre : c'est le procureur de la République⁹³⁸ qui doit « requérir le juge d'instruction de se dessaisir au profit de la ou de l'une des juridictions d'instruction compétentes [...] ». Mais, selon l'alinéa 2 du même article, le juge d'instruction « décide de se dessaisir » : il n'y est pas contraint. Si le juge d'instruction refuse de se dessaisir, son ordonnance pourra alors, selon l'article 705-2, « être déférée dans les cinq jours de sa notification, à la requête du ministère public ou des parties, soit à la chambre de l'instruction si la juridiction spécialisée au profit de laquelle le dessaisissement a été ordonné ou refusé se trouve dans le ressort de la même cour d'appel que la juridiction initialement saisie, soit, dans le cas contraire, à la chambre criminelle de la Cour de cassation ». La chambre de l'instruction ou la chambre criminelle désigne alors dans les huit jours le juge d'instruction chargé de poursuivre l'information. Mais selon quels critères ? Comme le relève M. ROYER, « la détermination de la compétence des juridictions pénales est encore une fois abandonnée au juge pénal dans la plus grande méconnaissance de la légalité pénale »⁹³⁹.

B. Le domaine de la spécialisation des juridictions en matière économique et financière

201. La spécialisation des organes du procès pénal existe d'abord pour certaines incriminations particulières - ainsi l'article 704-1 du Code de procédure pénale prévoit la compétence exclusive du tribunal de grande instance de Paris pour les délits prévus aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier⁹⁴⁰. Mais, pour ce qui doit ici retenir l'attention, la spécialisation a surtout lieu pour un grand nombre d'incriminations énumérées par le texte - beaucoup étant rattachées à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel -, à la condition supplémentaire que l'affaire soit d'une grande ou d'une très grande complexité.

202. La coïncidence fréquente de la spécialisation et de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. La spécialisation intervient « en matière

937 En ce sens, A. GIUDICELLI, « La justice pénale économique et financière en France », art. préc., n° 3.

938 L'article 705-1 du Code de procédure pénale réserve au seul ministère public l'initiative de la procédure de dessaisissement de la juridiction de droit commun au profit de la juridiction spécialisée ; il n'appartient pas au juge d'instruction de mettre en œuvre ladite procédure (Crim., 28 mars 2007 ; *Bull. crim.*, n° 96 ; *D.* 2007, AJ p. 1598 ; *AJ Pénal* 2007, p. 330, obs. G. ROYER).

939 G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 269.

940 Voy. égal. l'article 706-1 du Code de procédure pénale (à propos des articles 435-1 à 435-10 du Code pénal).

économique et financière », comme l'indique l'intitulé du titre treizième du Code de procédure pénale dans lequel s'insèrent les articles 704 et suivants. C'est l'article 704 lui-même qui énumère les incriminations considérées comme relevant de la matière économique et financière. Relevons, en premier lieu, que seuls des délits sont envisagés comme pouvant justifier la compétence d'une juridiction spécialisée⁹⁴¹. La solution peut paraître curieuse : il est des contraventions qui, de par l'importance du nombre de victimes ou de leur échelle géographique, sont indéniablement d'une grande complexité. Il reste la question de savoir quels délits sont concernés. Depuis la loi du 1^{er} février 1994, les différentes incriminations relevant de la juridiction spécialisée sont déterminées par leur localisation dans un Code. Seuls les délits figurant dans le Code pénal font l'objet d'une sélection. Sont visés, pour ne retenir que les délits réprimant une atteinte au consentement contractuel, l'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse⁹⁴², l'escroquerie⁹⁴³ et l'abus de confiance⁹⁴⁴. Pour le reste, tous les délits prévus dans certains Codes sont concernés. En matière d'atteintes au consentement, relevons que seront potentiellement concernés tous les délits prévus par les codes de commerce, de la construction et de l'habitation et de la consommation. Autrement dit, l'immense majorité des délits intégrant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel est susceptible d'être affectée à une juridiction spécialisée. Mais tous les délits énumérés ne donneront pas lieu à la compétence d'une juridiction spécialisée : encore faut-il que l'affaire en question soit ou apparaisse d'une grande ou d'une très grande complexité.

203. La restriction de la spécialisation aux affaires de « grande complexité » ou de « très grande complexité ». L'article 704, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale indique que la « grande complexité » d'une affaire rattachée à un des délits énumérés justifie la compétence « d'un ou plusieurs tribunaux de grande instance » dans le ressort de chaque cour d'appel⁹⁴⁵. Selon l'alinéa 2 du même article, la « très grande complexité » d'une affaire justifie en revanche la compétence d'une juridiction spécialisée dans le ressort de plusieurs cours d'appel⁹⁴⁶. L'idée est intéressante : réserver la spécialisation aux seules affaires qui le

941 Voy. toutefois, l'article 704, alinéa 3 du Code de procédure pénale : « La compétence des juridictions [spécialisées] s'étend aux infractions connexes ».

942 Article 223-15-2 du Code pénal.

943 Sont visés les articles 313-1, 313-2 et 313-6 du Code pénal.

944 Sont visés les articles 314-1 et 314-2 du Code pénal.

945 La liste des tribunaux de grande instance spécialisés dans le ressort de chaque cour d'appel figure à l'article D. 47-2 du Code de procédure pénale.

946 La liste des tribunaux de grande instance spécialisés dans le ressort de plusieurs cours d'appel figure à l'article D. 47-3 du Code de procédure pénale.

méritent vraiment, et prévoir quelques juridictions spécialisées dans les affaires très complexes. Mais sa mise en œuvre est critiquable, en raison du flou entourant la notion-clé de *complexité*⁹⁴⁷. Celle-ci n'a jamais été définie - excepté par une circulaire datant du 2 septembre 2004 relative à la criminalité organisée⁹⁴⁸, mais la définition de la grande complexité qui y est livrée est alors difficilement transposable en matière économique et financière⁹⁴⁹. On pourrait considérer la notion de *très grande complexité* plus précise que celle de grande complexité. L'article 704, alinéa 2 du Code livre en effet des éléments d'appréciation : il peut y avoir très grande complexité des affaires « en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes où⁹⁵⁰ du ressort géographique sur lequel elles s'étendent ». En réalité, cette définition n'est pas d'une grande aide⁹⁵¹, pour deux raisons. En premier lieu, les notions utilisées sont floues : que faut-il entendre par *nombre* d'auteurs, de complices ou de victimes ? En second lieu, l'adverbe *notamment* indique que la liste des critères n'est pas exhaustive. Autrement dit, les indications fournies par le législateur pour l'appréciation de la très grande complexité ne sont que des indices. Ce sont les différents organes de la procédure pénale qui décideront seuls de leur compétence.

204. Bilan. La spécialisation des organes judiciaires en matière économique et financière est très certainement de nature à faciliter la pénalisation des atteintes au consentement contractuel - largement intégrée dans le domaine d'application de ces règles spéciales -, contribuant à son efficacité. La spécialisation n'est toutefois pas suffisante pour lutter contre des atteintes au consentement délicates à découvrir et complexes à déchiffrer. Les organes judiciaires se sont en conséquence vus relayés par d'autres acteurs - autorités administratives indépendantes, Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, associations -, eux-mêmes spécialisés, avec la même finalité de faciliter la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

947 En ce sens, voy. J.-P. JEAN, « Les nouveaux territoires de la politique criminelle », *RSC* 2007, p. 666 et s.

948 Circulaire CRIM 04-13 G1 du 2 septembre 2004 présentant les dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi n° 203-2004 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

949 G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 266.

950 Il semble s'agir d'une faute rédactionnelle : il faut comprendre, à notre sens, « ou » et non « où ».

951 Voy., parlant d'une « faillite du légalisme procédural », G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 266.

§ 2. DES ORGANES JUDICIAIRES RELAYÉS

205. La spécialisation des organes judiciaires en matière économique et financière n'est qu'un aspect des facilités procédurales bénéficiant à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. De manière bien plus significative, les organes judiciaires en charge de la lutte contre les atteintes au consentement sont relayés dans leur travail, par d'autres acteurs aux pouvoirs parfois remarquables. Ces relais peuvent être de nature administrative (A) - ainsi de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de différentes autorités administratives indépendantes - , ou de nature associative (B).

A. Les relais administratifs

206. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel n'attribue pas un monopole au juge pénal dans le pouvoir de répression, mais partage au contraire ce dernier avec certaines administrations - un tel système se retrouve dans bien d'autres matières ⁹⁵². Celles-ci participent à la pénalisation en exerçant les attributions pénales que leur confère la loi : recherche et constatation des infractions, saisine des organes de la procédure pénale, voire intervention au procès. Le système paraît efficace, en particulier parce que les différentes administrations sont composées de techniciens spécialisés dans la répression de différents comportements, ce qui leur permet de traiter les dossiers mieux et plus rapidement. Les relais administratifs facilitent en cela la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Leur rôle et leur influence diffèrent selon qu'il s'agit d'autorités administratives indépendantes (1) ou, comme dans le cas de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, d'une simple administration (2).

1. Le rôle des autorités administratives indépendantes

207. Les autorités administratives indépendantes - ci-après AAI - , disposent d'un important rôle de répression administrative, y compris pour de nombreuses atteintes au consentement contractuel. De manière plus accessoire, ces autorités jouent également un rôle dans la répression pénale des infractions commises dans leur secteur d'activité, soit que leurs agents sont compétents pour rechercher et constater les infractions, soit que l'autorité

⁹⁵² A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. préc., n° 15.

de régulation puisse provoquer la procédure pénale, voire y intervenir une fois celle-ci déclenchée. En matière d'atteintes au consentement contractuel, rares sont les autorités administratives indépendantes disposant de telles attributions pénales. Parmi les différentes autorités de régulation ⁹⁵³, seule l'Autorité de la concurrence mérite de voir son rôle dans la pénalisation des atteintes au consentement souligné (a). Bien qu'ayant un domaine d'action très différent, le Défenseur des droits dispose en revanche d'attributions pénales remarquables (b).

a. Le rôle de l'Autorité de la concurrence

208. Présentation de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité de la concurrence a remplacé en 2008 le Conseil de la concurrence, lui-même créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ⁹⁵⁴. L'Autorité de la concurrence a en charge la police des marchés. Elle dispose d'une fonction consultative, d'une fonction administrative de contrôle des concentrations économiques et, pour ce qui nous intéresse, d'une fonction contentieuse à l'égard des pratiques anticoncurrentielles. À ce titre, elle dispose d'abord de services d'instruction ⁹⁵⁵ et de pouvoirs d'enquête exorbitants - l'Autorité peut par exemple procéder à des perquisitions et saisies ⁹⁵⁶. Mais elle dispose surtout de pouvoirs de décision, de contrôle et de sanction très étendus. Elle n'est pas pour autant un juge - bien que la Cour EDH l'assimile à un tribunal pour la soumettre au respect de certaines garanties ⁹⁵⁷ -, mais davantage une autorité administrative de régulation des pratiques concurrentielles.

209. Existence d'un rôle de l'Autorité de la concurrence dans la pénalisation.

L'Autorité de la concurrence peut être saisie par le ministre chargé de l'économie, par les entreprises, ainsi que par certains organismes ⁹⁵⁸ ; mais surtout, l'Autorité peut se saisir

953 La question aurait par exemple pu se poser pour l'Autorité de contrôle prudentiel. Mais en réalité, la réglementation des assurances n'est quasiment pas pénalisée (voy. toutefois le démarchage en assurance, *supra*, n° 121), et surtout, l'Autorité de contrôle prudentiel ne dispose pas d'attributions pénales : ce n'est pas elle qui déclenche ni intervient dans la procédure pénale, et ce sont les agents de la DGCCRF qui sont compétents pour rechercher et constater les infractions.

954 C'est la loi « LME » du 4 août 2008 qui a substitué la nouvelle Autorité de la concurrence au Conseil de la concurrence. Sur cette autorité, voy. not., D. BOSCO, « La nouvelle autorité de la concurrence », *Contrats concurrence consommation* 2008, étude n° 8 ; M. DEBROUX, « La création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories », *Contrats concurrence consommation* 2008, alerte n° 45.

955 Article L. 461-4 du Code de commerce.

956 Article L. 450-4 du Code de commerce.

957 J.-J. MENEURET, « Autorité de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 60, 2010, n° 65 et s.

958 Ceux visés à l'article L. 462-1 du Code de commerce. *Adde* pour d'autres hypothèses non visées par cet article, J.-J. MENEURET, « Autorité de la concurrence », fasc. préc., n° 48.

d'office ⁹⁵⁹ - ce qui n'est pas sans poser la question du respect de certaines garanties fondamentales ⁹⁶⁰. Sa saisine peut viser toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce ⁹⁶¹. Il s'agit des pratiques que sont, respectivement, les ententes restrictives de concurrence, les abus de domination et les pratiques de prix abusivement bas. Lorsqu'elle est saisie, « L'autorité de la concurrence examine si les pratiques [...] entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 [...] » ⁹⁶². Si tel est le cas ⁹⁶³, l'Autorité de la concurrence prononce les sanctions et les injonctions qui lui paraissent pertinentes ⁹⁶⁴. Mais surtout, selon l'alinéa 2 de l'article L. 462-6 du Code de commerce, « Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle adresse le dossier au procureur de la République ». En ce sens, l'Autorité de la concurrence contribue en pratique à assurer l'effectivité de cette incrimination.

210. Nuances au rôle de l'Autorité de la concurrence dans la pénalisation. Il faut pourtant nuancer ce propos, pour deux raisons. En premier lieu, avec cette référence à l'article L. 420-6 du Code de commerce, seul le délit de participation frauduleuse à une pratique anticoncurrentielle est concerné - délit qui, selon la plupart des auteurs, est « destiné à figurer dans les textes mais à ne pas encombrer les prétoires » ⁹⁶⁵. Et nous avons déjà pu observer ⁹⁶⁶ à quel point, de manière plus générale, le droit pénal de la concurrence, pour reprendre un euphémisme de la doctrine, « n'est pas très actif » ⁹⁶⁷. En second lieu, le rôle de l'Autorité de la concurrence en matière pénale se limite à la détection de comportements susceptibles de revêtir la qualification de participation frauduleuse à une pratique anticoncurrentielle. L'Autorité abandonne ensuite ses pouvoirs aux organes

959 Article L. 462-5, III du Code de commerce : « Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office [...] ».

960 Le Conseil constitutionnel a pourtant jugé l'article L. 462-5, III du Code de commerce conforme à la Constitution, car la saisine d'office doit être proposée par le rapporteur général, et ne préjuge pas de la réalité des manquements poursuivis. L'instruction de l'affaire est ensuite assurée par le rapporteur général alors que le collège de l'Autorité est pour sa part compétent pour délibérer et prononcer, le cas échéant, des sanctions (Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autre* ; D. 2012, p. 2382 ; JCP E 2012, 632 ; AJDA 2012, p. 1928, obs. D. POUPEAU).

961 Article L. 462-5, I et II du Code de commerce.

962 Article L. 462-6 du Code de commerce.

963 À moins que la pratique anticoncurrentielle n'apparaisse justifiée par l'existence d'un texte ou d'un progrès économique (article L. 420-4 du Code de commerce).

964 Articles L. 464-2 et suivants du Code de commerce.

965 La formule, précitée, est empruntée à PH. CONTE, « Droit pénal et concurrence », art. préc., spéc. p. 23.

966 Voy. *supra*, n° 131 et s., pour la répression de la tromperie en matière concurrentielle, et *supra*, n° 146 et s., pour la répression du forçage du consentement en la même matière.

967 D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 72.

classiques de la procédure pénale, en particulier au procureur de la République, seul à même de décider de la suite à donner aux faits litigieux. La contribution de l'Autorité de la concurrence à l'effectivité de la pénalisation de certaines atteintes au consentement contractuel est donc extrêmement limitée. Dans un domaine d'intervention très différent, le Défenseur des droits mérite bien davantage que l'on s'attarde sur le rôle qu'il est susceptible de jouer dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

b. Le rôle du Défenseur des droits

211. Les discriminations, en ce qu'elles peuvent aboutir à nier le consentement d'une personne à un contrat, constituent des atteintes directes au consentement contractuel, et doivent, dès lors, être mises sur le même plan que les hypothèses de tromperie ou du forçage du consentement⁹⁶⁸. Un parallèle entre l'extension des incriminations des discriminations et celle des autres atteintes au consentement, avait d'ailleurs pu être fait. Or, ce même parallèle peut être établi en terme d'extension procédurale. La lutte contre les discriminations a en effet été confiée, en plus du juge pénal, à une autorité spécialisée : la *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* - ci-après HALDE - , à laquelle s'est substitué le *Défenseur des droits*, dont la compétence, plus large, recouvre notamment la lutte contre les discriminations.

212. La compétence initiale de la HALDE. L'autorité spécialisée se trouvait être initialement la *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* créée par la loi du 30 décembre 2004⁹⁶⁹. Au terme de l'article premier de cette loi, « la haute autorité [était] compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international ». La HALDE possédait donc diverses compétences⁹⁷⁰, et, parmi elles, une importante compétence pénale⁹⁷¹. Cette compétence pénale se subdivisait, à son tour, en deux grandes missions⁹⁷² : identification et résolution des discriminations. La HALDE disposait de pouvoirs d'investigation spécifiques - qui

968 Voy. *supra*, n° 171.

969 Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ; B. STASI, *Vers la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2004.

970 PH. ROZEC et V. MANIGOT, « La place de la HALDE dans le paysage judiciaire », *JCP S* 2010, 1294.

971 Celle-ci étant considérablement renforcée par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

972 F. AMEGADJIE, « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *AJ Pénal* 2008, p. 307 et s.

nécessitaient toujours l'accord de la personne, ou à défaut du juge ⁹⁷³ - , de même qu'elle était susceptible de recourir à diverses mesures ⁹⁷⁴, de présenter ses observations devant les juridictions pénales dans le cadre de toute instance en cours relative à une discrimination, et également de transiger avec les délinquants ⁹⁷⁵. La HALDE devait, en tous les cas, transmettre au Parquet les faits de discriminations dont elle a pris connaissance ⁹⁷⁶. On le voit, depuis 2004, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel résultant de discriminations était passablement facilitée par le rôle de la HALDE.

213. La compétence nouvelle du Défenseur des droits. La HALDE fut finalement remplacée avec les deux lois du 29 mars 2011 ⁹⁷⁷ - l'une organique et l'autre ordinaire - , instituant le *Défenseur des droits*. Ce Défenseur des droits a été initié par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 ⁹⁷⁸, mais n'a pu voir le jour qu'« après deux ans et demi d'intenses tractations et négociations souterraines de toutes sortes » ⁹⁷⁹. L'objectif était de permettre aux citoyens de disposer d'un seul organisme défenseur de l'ensemble de leurs droits, au lieu de devoir s'orienter, comme auparavant, vers un grand nombre d'instances spécialisées.

214. Nature du Défenseur des droits. L'article 2 de la loi organique du 29 mars 2011 qualifie d'une manière originale le Défenseur des droits d'« autorité constitutionnelle indépendante ». La formulation est maladroite car il s'agit plus simplement d'une autorité administrative indépendante, mais protégée constitutionnellement d'une éventuelle abrogation ou dénaturation législative ⁹⁸⁰. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs affirmé

973 Articles 5, 6 et 8 de la loi du 30 décembre 2004. La HALDE pouvait également recourir au procédé dit du *testing* (à propos duquel, voy. *infra*, n° 236).

974 La HALDE pouvait par exemple recourir à la médiation (article 7 de la loi du 30 décembre 2004) et émettre diverses recommandations à la personne (article 11 de la même loi).

975 Voy. *supra*, n° 191.

976 C'était en effet une obligation, imposée par l'article 12 de la loi du 30 décembre 2004.

977 Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits et loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. Voy. not. J.-C. ZARKA, « Le "Défenseur des droits" », *D.* 2011, chron. p. 1027 et s. ; M. VERPEAUX, « Il est né le Défenseur des droits, À propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP G* 2011, doct. 502 ; S. DETRAZ, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », art. préc.

978 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République.

979 M. VERPEAUX, « Il est né le Défenseur des droits, À propos des lois du 29 mars 2011 », art. préc., n° 1. Ce n'est d'ailleurs qu'à la suite d'un amendement pris en commission des lois du Sénat que le Défenseur des droits a été substitué à la HALDE (sur cet amendement, voy. P. GÉLARD, « Rapport au nom de la commission des lois », 2ème lecture, n° 258, janvier 2011, p. 14).

980 En ce sens, S. DETRAZ, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », art. préc., note 5.

d'une manière très claire, en retenant que le Défenseur des droits est « une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; [...] cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels »⁹⁸¹. Cette solution est parfaitement logique car la seule mention d'une institution dans la Constitution ne suffit pas à la qualifier de pouvoir public constitutionnel, il faut pour cela qu'elle s'inscrive dans une véritable logique de séparation des pouvoirs, et dispose en outre d'une autonomie financière⁹⁸².

En tous les cas, sa protection constitutionnelle⁹⁸³ lui confère une autorité renforcée. L'objectif affiché est bien de s'assurer de son indépendance, et l'article 2 de la loi organique précise d'ailleurs qu'il ne peut recevoir « aucune instruction » de quiconque, de même que ni lui ni ses adjoints « ne peuvent être poursuivis, recherchés, arrêtés, détenus ou jugés à l'occasion des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions »⁹⁸⁴.

215. Nomination du Défenseur des droits. L'article 71-1 de la Constitution dispose que le Défenseur des droits est nommé par le président de la République en conseil des ministres⁹⁸⁵. Ce même article prévoit, en son alinéa 4, que la durée de ses fonctions est fixée à six ans pour un mandat non renouvelable. Il ne peut y être mis fin que sur sa demande ou en cas d'empêchement⁹⁸⁶. Le Défenseur des droits est assisté par des adjoints qui seront chacun vice-président de l'un des trois collèges institués par la loi. Chaque collège reprend les spécialités des trois autorités supprimées en 2011 : l'un d'eux se voit donc attribuer la lutte contre les discriminations⁹⁸⁷. Les adjoints sont nommés par le

981 Conseil constitutionnel, 29 mars 2011, décision n° 2011-626 DC, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, considérant n° 5.

982 Comp. Conseil constitutionnel, 19 juillet 2010, décision n° 2010-611 DC, *Loi organique relative à l'article 65 de la Constitution*, considérant n° 13. Sur l'ensemble de ce point, voy. M. VERPEAUX, « Il est né le Défenseur des droits, À propos des lois du 29 mars 2011 », art. préc., n° 14.

983 Le défenseur des droits fait l'objet de l'article 71-1 de la Constitution, seul article du titre XI *bis* intitulé « Le Défenseur des droits ».

984 Dans sa décision précitée du 29 mars 2011, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation relative aux immunités : « l'immunité pénale reconnue au Défenseur des droits et à ses adjoints ne saurait s'appliquer qu'aux opinions qu'ils émettent et aux actes qu'ils accomplissent pour l'exercice de leurs fonctions » ; cette immunité « ne saurait exonérer les intéressés des sanctions encourues en cas de violation des règles relatives aux secrets protégés par la loi et à la protection des lieux privés ».

985 Le Défenseur des droits doit d'ailleurs rendre compte de son activité au président de la République, mais aussi au président du Sénat et au président de l'Assemblée nationale sous la forme d'un rapport annuel.

986 Article 1^{er} de la loi organique du 29 mars 2011.

987 Sur la composition et le fonctionnement de ce collège, voy. l'article 15 de la loi organique du 29 mars 2011.

Premier ministre sur proposition du Défenseur des droits, et sont placés sous son autorité. Les fonctions du Défenseur des droits et de ses adjoints sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement, du Conseil constitutionnel, du Conseil supérieur de la magistrature, du Conseil économique, social ou environnemental ainsi qu'avec tout mandat électif⁹⁸⁸. Elles sont également incompatibles avec toute autre fonction ou emploi public et toute activité professionnelle.

216. Domaines de compétence du Défenseur des droits. Le Défenseur des droits voit ses compétences définies à l'article 4 de la loi organique, compétences qui, pour schématiser, « sont celles des autorités que le Défenseur remplace »⁹⁸⁹. En ce qui concerne les discriminations, l'article 4, 3^o reprend en effet au mot près la définition des compétences de la HALDE : le Défenseur des droits sera, lui aussi, chargé « De lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité ». Contrairement à ce que laisse entendre l'article 71-1, alinéa 1^{er} de la Constitution⁹⁹⁰, il importe peu que la discrimination en question soit le fait d'une personne privée ou publique⁹⁹¹. La saisine du Défenseur des droits est accessible à tous les citoyens, et gratuite⁹⁹². Cette institution pourra aussi, comme auparavant la HALDE, se saisir d'office⁹⁹³.

217. Pouvoirs du Défenseur des droits. Le Défenseur des droits est doté de larges pouvoirs d'investigation et de contrôle, plus efficaces même que ceux dont disposait la HALDE, puisque les personnes qui s'y opposeront encourront les sanctions pénales prévues par la loi ordinaire du 29 mars 2011⁹⁹⁴. Le Défenseur de droits peut ainsi

988 Article 3 de la loi organique du 29 mars 2011.

989 M. VERPEAUX, « Il est né le Défenseur des droits, À propos des lois du 29 mars 2011 », art. préc., n^o 19. Les compétences du Défenseur des droits reprennent également celles auparavant attribuées au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants et à la Commission nationale de déontologie de la sécurité.

990 Lequel dispose : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

991 En effet, l'article 5 de la loi organique énonce clairement que « le Défenseur des droits peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées ». En outre, l'article 28, II de la même loi renvoie tant à l'article 432-7 qu'à l'article 225-2 du Code pénal, c'est-à-dire aux discriminations commises par les particuliers.

992 Article 6 de la loi organique du 29 mars 2011.

993 Article 71-1, alinéa 2 *in fine* de la Constitution.

994 Ces sanctions pénales peuvent être rapprochées de celles que font encourir les délits d'obstruction aux agents de la DGCCRF (*infra*, n^o 222).

demander des explications à toute personne mise en cause, mais aussi à de simples témoins⁹⁹⁵. Il peut également demander la communication des informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission⁹⁹⁶ - alors même que la procédure pénale classique reconnaît aux parties poursuivies le droit de ne pas contribuer à leur propre incrimination⁹⁹⁷. Le Défenseur des droits peut encore procéder à des vérifications dans les locaux administratifs et privés des personnes mises en cause⁹⁹⁸. À cette occasion, il peut entendre toute personne susceptible de fournir des informations. En outre, les agents du Défenseur des droits peuvent procéder à des opérations de *testing*⁹⁹⁹. Le Défenseur des droits dispose ensuite de pouvoirs de règlement des conflits. Tout comme la HALDE, il est doté d'un pouvoir de recommandation¹⁰⁰⁰, du pouvoir de procéder à la résolution amiable du conflit par voie de médiation¹⁰⁰¹, du droit de proposer une transaction - civile ou pénale -, au délinquant¹⁰⁰², et du droit d'intervenir devant toute juridiction¹⁰⁰³. Bref, à l'image des autres autorités administratives indépendantes, « le Défenseur des droits est tout à la fois, *mutatis mutandis*, enquêteur, avocat, témoin, dénonciateur, procureur et juge »¹⁰⁰⁴. Cela n'est pas sans poser la question de l'articulation de ses compétences avec celles des organes classiques de la procédure pénale, auquel cas, la priorité est accordée par principe à ces derniers¹⁰⁰⁵. En outre, l'article 33, alinéa 1^{er} de la loi organique dispose que « le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle ».

218. L'apport potentiel du Défenseur des droits dans la pénalisation du refus discriminatoire de contracter. L'importance des pouvoirs et compétences du Défenseur des droits n'est pas sans poser la question de leur conformité à certains droits

995 Article 18 de la loi organique du 29 mars 2011.

996 Article 20, alinéa 1^{er} de la loi organique du 29 mars 2011.

997 Voy., soulevant cette contradiction, S. DETRAZ, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », art. préc., n° 18.

998 Article 22, I de la loi organique du 29 mars 2011. L'article 22, III prévoit la possibilité pour le responsable des locaux de s'y opposer. Le Défenseur des droits devra alors saisir le juge des libertés et de la détention.

999 Article 225-3-1 du Code pénal. Voy. *infra*, n° 236 et s.

1000 Article 25 de la loi organique du 29 mars 2011.

1001 Article 26 de la loi organique du 29 mars 2011.

1002 La transaction est développée *supra*, n° 191.

1003 Article 33 de la loi organique du 29 mars 2011.

1004 S. DETRAZ, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », art. préc., n° 2.

1005 Ainsi, si le Défenseur des droits est saisi de faits donnant lieu à une enquête préliminaire ou de flagrance en cours, l'article 23 de la loi organique prévoit qu'il doit recueillir l'accord préalable du procureur de la République s'il entend recourir à des demandes d'explications, de communications ou de vérifications sur place (S. DETRAZ, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », art. préc., n° 12).

fondamentaux, tenant notamment au procès équitable. Plusieurs décisions ont pourtant déclaré les dispositions conformes tant à la Constitution¹⁰⁰⁶ qu'à la Convention EDH¹⁰⁰⁷. Mais, et suivant en cela la majorité des auteurs, on peut surtout légitimement douter de l'amélioration que représente le Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations¹⁰⁰⁸. Pour reprendre l'élégante formule de M. ZARKA, « à trop embrasser, le Défenseur des droits ne risque-t-il pas de peu étreindre ? »¹⁰⁰⁹. La multiplication des intervenants au sein de ce « monstre bureaucratique »¹⁰¹⁰ pose la question de l'efficacité de son fonctionnement. Il reste qu'en théorie au moins, celui-ci conserve les mêmes pouvoirs, auréolés d'une autorité renforcée. On peut donc espérer que le Défenseur des droits contribue de manière effective à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

Le rôle des AAI dans la répression pénale est assez naturel de la part d'autorités elles-mêmes chargées d'un important rôle de répression administrative. Il est pourtant significatif que le rôle dans la répression pénale des AAI est supplanté, en pratique, par celui d'une simple administration, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qui s'impose comme le relais administratif aux organes judiciaires le plus efficace dans la lutte contre les atteintes au consentement.

2. *Le rôle de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*

219. Présentation de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. La loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications fut, rappelons-le, la première loi touchant - au moins indirectement - à la protection des consommateurs. Afin de s'assurer de son respect, une administration spécialisée fut alors créée : le *service de la répression des fraudes*. Bien plus tard, les ordonnances

1006 Pour le contrôle *a priori* de la loi organique du 29 mars 2011, voy. Conseil constitutionnel, 29 mars 2011 ; préc. Pour le contrôle *a posteriori* par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, à propos de la HALDE, voy. Soc., 2 février 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-20415 ; *Procédures* 2011, comm. n° 138, obs. A. BUGADA.

1007 Voy., à propos de la HALDE, Soc., 2 juin 2010 ; *Bull. civ.* V, n° 124 ; *JCP S* 2010, 1241, obs. G. LOISEAU ; Soc., 16 novembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-42956 ; *JCP S* 2011, 1070, note PH. ROZEC et V. MANIGOT ; *Procédures* 2011, comm. n° 19, obs. A. BUGADA.

1008 Dans son ultime rapport, la HALDE faisait état de 12 467 réclamations reçues en 2010, soit plus de 40 000 en six ans, à un rythme augmentant de 20 % chaque année (*JCP G* 2011, act. 561). Ces chiffres serviront d'élément de comparaison avec ceux du Défenseur des droits en matière de discriminations, afin d'en évaluer l'effectivité. *Adde* en ce sens le bilan effectué par M. BAUDIS dans l'entretien « Le Défenseur des droits et le parquet », in *La lutte contre les discriminations*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2033 et s.

1009 J.-C. ZARKA, « Le "Défenseur des droits" », art. préc., spéc. p. 1029.

1010 L'expression est empruntée à M. BADINTER, dans un entretien au *Journal du Dimanche* en date du 6 juin 2010.

du 30 juin 1945 marquèrent les débuts du droit de la concurrence, et furent accompagnées de la création de la *direction générale de la concurrence et de la consommation*. Ces deux administrations fusionnèrent en 1985 pour former la *direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* - ci-après DGCCRF - , placée sous l'autorité du ministère de l'économie et des finances.

220. La recherche et la constatation des infractions, mission principale de la DGCCRF. Mission originaire, la recherche et la constatation des infractions pénales forment encore aujourd'hui la mission principale de la DGCCRF ¹⁰¹¹. Cette mission, qui concerne tant le domaine de la concurrence que celui de la consommation, n'est en fait rien d'autre que celle confiée habituellement à la police judiciaire et à la gendarmerie ¹⁰¹², la DGCCRF brisant sur ce point leur monopole ¹⁰¹³. Une fois l'infraction constatée, les agents de la DGCCRF en saisissent le procureur de la République. Leur rôle s'arrête là : ils ne sont pas maîtres de l'action publique, et ne peuvent en aucun cas sanctionner eux-mêmes les auteurs des infractions - du moins pas pénalement : le projet de loi relatif à la consommation prévoit en revanche d'attribuer à la DGCCRF un véritable pouvoir de sanction administrative ¹⁰¹⁴. En tous les cas, les pouvoirs dont disposent les agents de la DGCCRF restent en pratique considérable, contribuant largement à l'effectivité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel ¹⁰¹⁵.

221. Diversité des pouvoirs des agents de la DGCCRF. Les pouvoirs des agents de la DGCCRF dépendent des infractions recherchées. En ce qui concerne les infractions portant atteinte au consentement contractuel, deux articles du Code de la consommation sont applicables. L'article L. 141-1 du Code de la consommation, d'abord, mentionne de manière générale les pouvoirs des agents. Ces pouvoirs diffèrent selon que l'infraction concernée est considérée comme grave, ou de moindre gravité. Les articles L. 215-1 et suivants du Code de la consommation, ensuite, prévoient des pouvoirs encore différents en matière de fraudes et falsifications.

1011 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 542 ; PH. CONTE, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », art. préc. ; H. CLARET, « Institutions de la consommation et organismes de défense des consommateurs », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 1200, 2012, n° 29 et s.

1012 Article 14, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

1013 N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 295.

1014 Voy. *infra*, n° 453.

1015 Rappr. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 296.

222. Les pouvoirs des agents de la DGCCRF en matière d'infractions graves. Ces infractions les plus graves sont visées par l'article L. 141-1, I du Code de la consommation. En font partie, notamment, les différentes pratiques commerciales déloyales - trompeuses et agressives ¹⁰¹⁶, les infractions relevant de la vente à distance ¹⁰¹⁷, du démarchage ¹⁰¹⁸ ou encore l'abus de faiblesse ¹⁰¹⁹. Toutes ces infractions accordent aux agents spécialisés des pouvoirs exorbitants, l'article L. 141-1, I du Code de la consommation invitant à se référer, pour leur définition, aux articles L. 450-1 et suivants du Code de commerce. L'article L. 450-3 du Code de commerce, d'abord, prévoit que ces agents peuvent « accéder à tous locaux [...], demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels [...], recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications ». L'article L. 450-4 du Code de commerce, ensuite, accorde aux agents des pouvoirs d'enquête encore plus étendus - sous réserve d'autorisation judiciaire ¹⁰²⁰ - : visites en tous lieux, saisies, apposition de scellés... Remarquons enfin l'article L. 470-5 du Code de commerce, selon lequel « le ministre chargé de l'économie *ou son représentant* peut, devant les juridictions civiles ou pénales, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience » ¹⁰²¹. Cette faculté octroyée entre autres à la DGCCRF a amené certains auteurs à qualifier cette administration de « procureur adjoint » ¹⁰²². Il est certain, en tous les cas, que ce pouvoir d'intervention confère à la DGCCRF un statut particulier. Et ce d'autant plus que l'obstruction à l'exercice des fonctions des agents est érigée en délit. L'incrimination figure à l'article L. 450-8 du Code de commerce ¹⁰²³, punissant d'un emprisonnement de six mois et de 7 500 euros d'amende l'obstruction aux pouvoirs des agents mentionnés aux articles L. 450-1 et suivants du même Code. La répression de ce délit est effective, et la Cour de cassation a pu préciser que le délit s'applique même à l'égard de personnes tenues au secret professionnel ¹⁰²⁴. De plus, le Code de la

1016 Articles L. 120-1, L. 121-1 et L. 122-1 du Code de la consommation.

1017 Articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation.

1018 Articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation.

1019 Articles L. 122-8 et suivants du Code de la consommation.

1020 Article L. 450-4, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

1021 Nous soulignons.

1022 J.-H. ROBERT, note sous Crim., 9 mars 2010 ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 72.

1023 Selon l'article L. 450-8 du Code de commerce, « est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre ».

1024 Crim., 24 février 2009 ; *Bull. crim.*, n° 46 ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 151, note G. RAYMOND ; *Revue Lamy de la Concurrence* 2011, n° 1744, obs. B. BOULOC ; *AJ Pénal* 2009, p. 226, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE. La non-opposabilité du secret professionnel est indiquée à l'article L. 141-1, IV du Code de la consommation.

consommation dispose lui aussi de sa propre incrimination d'obstruction, à la fois plus générale - visant toutes les fonctions des agents - , et sévère ¹⁰²⁵.

223. Les pouvoirs des agents de la DGCCRF en matière d'infractions de moindre gravité. L'article L. 141-1, II du Code de la consommation prévoit des pouvoirs légèrement réduits au bénéfice des agents de la DGCCRF, lorsque l'infraction concernée est considérée comme étant de moindre gravité. Tel est notamment le cas des ventes avec primes ¹⁰²⁶, refus de vente et ventes liées ¹⁰²⁷. Dans ces hypothèses, les agents disposent des mêmes pouvoirs que pour les infractions graves, à l'exception de ceux prévus à l'article L. 450-4 du Code de commerce - c'est-à-dire, pour l'essentiel, les visites et saisies.

224. Les pouvoirs des agents de la DGCCRF en matière de fraudes et falsifications. Les articles L. 215-1 et suivants du Code de la consommation déterminent enfin les pouvoirs d'enquête des agents de la DGCCRF - mais pas seulement ¹⁰²⁸ - , en matière de fraudes et falsifications, ce qui recouvre notamment l'infraction de tromperie. Les divers fonctionnaires compétents disposent alors des pouvoirs très élargis visés à l'article L. 215-3 du Code de la consommation. Ils peuvent notamment pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans les lieux utilisés à des fins professionnelles, et y pénétrer en dehors de ces heures, lorsque ceux-ci sont utilisés ou accueillent du public. Ils peuvent encore exiger et saisir divers documents. Bref, les fonctionnaires compétents disposent, là encore, de prérogatives exorbitantes du droit commun, destinées à faciliter la recherche et la constatation des infractions. Le projet de loi relatif à la consommation prévoit d'augmenter encore ces pouvoirs, l'objectif étant de transposer la réglementation des enquêtes en matière de concurrence prévue par l'article L. 450-4 du Code de commerce ¹⁰²⁹.

225. La mission accessoire de cessation des agissements illicites. En certaines hypothèses, et afin de protéger davantage les consommateurs, la DGCCRF dispose, en plus

¹⁰²⁵ Article L. 217-10 du Code de la consommation : « Quiconque aura fait obstacle à l'exercice des fonctions des agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sera passible des peines prévues par les articles L. 213-1 et L. 216-3 du présent code [...] ». La peine encourue est alors de deux ans d'emprisonnement et de 37 500 euros d'amende.

¹⁰²⁶ Articles L. 121-35 et suivants du Code de la consommation.

¹⁰²⁷ Articles L. 122-1 et suivants du Code de la consommation.

¹⁰²⁸ Voy. le détail de la liste des agents compétents à l'article L. 215-1 du Code de la consommation.

¹⁰²⁹ Article 49 du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013. Voy. les précisions apportées par Y. PICOD, C. GAVALDA-MOULENAT et V. VALETTE-ERCOLE, « Commentaire du projet de loi relatif à la consommation du 2 mai 2013 », *Droit et procédures* juillet-août 2013, supplément n° 2 *Droit de la consommation*, p. 18 et s., n° 66 et s., spéc. n° 71.

de son pouvoir de recherche et de constatation des infractions, du pouvoir d'agir directement sur l'infraction ou son auteur. Les agents pourront, d'abord, prendre certaines mesures visant à faire cesser l'infraction. Ils pourront, à cet égard, s'appuyer sur un réel pouvoir de fait ¹⁰³⁰, par l'intermédiaire d'un avertissement donné à l'auteur de l'infraction. L'avertissement pourra intimider ce dernier, et le dissuader de poursuivre son comportement du fait de la crainte d'une transmission au parquet. Mais les agents de la DGCCRF disposent surtout de pouvoirs de droit. Ceux-ci prennent différentes formes, visant notamment à la cessation des agissements illicites mettant en danger la santé et la sécurité des consommateurs ¹⁰³¹. Ces mesures pourront notamment prendre la forme de saisie et de consignation, parfois sans l'autorisation du juge ¹⁰³². En matière de commerce électronique, le projet de loi relatif à la consommation suggère de reconnaître en outre à la DGCCRF le pouvoir de saisir le juge, y compris en référé, aux fins de voir ordonner toute mesure propre à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ¹⁰³³. Les mesures pourront surtout, à l'avenir, prendre la forme d'injonctions assorties d'amendes administratives, bien plus contraignantes ¹⁰³⁴.

226. Conclusion sur le rôle de la DGCCRF dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il faut encore rappeler que la DGCCRF fait partie des administrations autorisées à transiger avec l'auteur d'une infraction qu'elle aura constatée ¹⁰³⁵. Elle est ainsi une institution possédant des pouvoirs très importants, tant pour constater les infractions, les faire cesser et parfois contribuer à leur sanction. Or, sa compétence recoupe une part prépondérante des incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Les autres administrations occupent une place plus restreinte, mais contribuent aussi, dans cette mesure, à la pénalisation. Sur le plan de l'efficacité et de l'effectivité, il faut sans doute se réjouir du rôle joué par les relais administratifs. On connaît, en particulier, la difficulté de preuve de certaines infractions techniques. Mme D'HAILLECOURT écrivait à leur sujet que « la réglementation technique est d'une complication telle que les agents de l'administration sont seuls en mesure de

1030 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 547.

1031 Par exemple, les agents de la DGCCRF peuvent « ordonner toute mesure corrective » lorsque, du fait du manquement à la réglementation, les conditions de fonctionnement d'un établissement rendent dangereux les produits mis sur le marché (article L. 218-3 du Code de la consommation).

1032 Voy. les articles L. 215-5 et suivants du Code de la consommation.

1033 G. NOTTÉ, « Projet de loi relatif à la consommation », *JCP E* 2013, act. 356.

1034 Article 53 du projet de loi relatif à la consommation, voy. *infra* n° 453.

1035 Voy. *supra*, n° 192 et s.

déceler la violation »¹⁰³⁶. En outre, ce rôle de l'administration permet d'atténuer les craintes d'un « zèle moins grand dans la poursuite des infractions économiques »¹⁰³⁷ de la part du Parquet, déjà fort occupé ailleurs.

Le rôle de la DGCCRF et, plus largement, de l'ensemble des relais administratifs aux organes judiciaires, est donc indéniablement de nature à faciliter la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il est possible d'en dire de même pour les associations, bien que le rôle qui leur est attribué soit nettement distinct de celui des relais administratifs.

B. Les relais associatifs

227. Les impératifs de la protection du consentement des consommateurs et de la lutte contre les discriminations ont conduit le législateur à conférer un rôle renforcé non seulement à certaines administrations, mais aussi à des associations spécialisées dans ces deux domaines. Les pouvoirs accordés aux associations sont en revanche assez différents des pouvoirs des administrations spécialisées : il s'agit moins de rechercher et constater les infractions que d'exercer l'action civile et partant, de pouvoir déclencher l'action publique. En exerçant leurs prérogatives, les associations spécialisées en matière de consommation (1) et de lutte contre les discriminations (2), vont contribuer à activer la pénalisation de ces deux domaines, et notamment des atteintes au consentement contractuel qui en ressortent.

1. Le rôle des associations spécialisées en matière de consommation

228. **L'agrément, condition nécessaire au rôle des associations de consommateurs.** « Entre un consommateur quasi-impuissant et un ministère public souvent indifférent, l'association est l'organe le plus apte à faire respecter les droits des consommateurs », avancent MM. CALAIS-AULOY et TEMPLE¹⁰³⁸. Aussi les associations se sont vues confier, dès la loi « ROYER » du 27 décembre 1973, le droit d'exercer « devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs »¹⁰³⁹. Toutes ne pourront bien sûr pas bénéficier de ce droit, réservé aux seules associations *agrées*. L'agrément est accordé par les pouvoirs publics, aux seules associations régulièrement déclarées, ayant pour objet statutaire

1036 C. D'HAILLECOURT, *Droit pénal technique et droit pénal*, thèse, Paris II, 1983, n° 151.

1037 R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 192.

1038 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 553.

1039 Article 46 de la loi du 27 décembre 1973.

explicite la défense des consommateurs, et n'exerçant aucune activité professionnelle ¹⁰⁴⁰. L'agrément suppose, surtout, une certaine *représentativité* de l'association. Cette représentativité est conditionnée à une durée d'existence minimum d'une année, une défense effective et publique des consommateurs, et un nombre conséquent de membres ¹⁰⁴¹. Une fois agréées, les associations peuvent représenter les consommateurs. Cette représentation est très large, et touche notamment tout le pan civil du droit de la consommation ¹⁰⁴². Cela étant, cette partie étant consacrée au rôle des associations de consommateurs dans la pénalisation des atteintes au consentement, seule la représentation des consommateurs au procès pénal sera développée.

Les associations agréées peuvent représenter les consommateurs dans la défense de deux intérêts distincts. Dans la plupart des cas, les associations défendront et représenteront l'intérêt collectif des consommateurs (a). Plus rarement, ce sont les intérêts individuels de certains consommateurs que les associations pourront défendre, par le biais de l'action en représentation conjointe (b) et, bientôt, de l'action de groupe ¹⁰⁴³.

a. La défense de l'intérêt collectif des consommateurs

229. Principe de l'action civile des associations de consommateurs. Le pouvoir de déclencher le procès pénal existe depuis la loi « ROYER », depuis codifiée sur ce point à l'article L. 421-1 du Code de la consommation, qui dispose que les associations agréées peuvent « exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». Il s'agit d'une action civile classique - telle que définie à l'article 2 du Code de procédure pénale - , exercée en parallèle de l'action publique, et pouvant avoir pour effet de la déclencher ¹⁰⁴⁴. L'association aura le choix entre mener son action civile « en même temps que l'action publique et devant la même juridiction » ¹⁰⁴⁵, ou « devant une juridiction civile, séparément de l'action

1040 L'article L. 412-1 du Code de la consommation prévoit toutefois l'agrément des sociétés coopératives de consommation.

1041 Ces conditions sont posées à l'article R. 411-1 du Code de la consommation.

1042 Voy. not., l'article L. 421-6 du Code de la consommation, selon lequel « les associations mentionnées à l'article L. 421-1 [...] peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite [...]. Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

1043 Voy. *infra*, n° 503 et s.

1044 L'article L. 421-1 du Code de la consommation heurte en cela les conditions de recevabilité classiques de l'action civile édictées à l'article 2 du Code de procédure pénale, puisque les associations ne peuvent se prévaloir d'un préjudice direct et personnel.

1045 Article 3 du Code de procédure pénale.

publique »¹⁰⁴⁶. Il incombera toutefois à l'association de prouver la réunion de deux conditions : l'une tenant à l'infraction pénale commise, l'autre à l'intérêt collectif des consommateurs.

230. Condition tenant à l'infraction pénale. Il est assez évident que, comme toute action civile, celle des associations de consommateurs suppose qu'une infraction pénale ait été commise. Peu importe laquelle : « aucune infraction ayant porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs n'est exclue des prévisions de l'article L. 421-1 du Code de la consommation », retient la Cour de cassation¹⁰⁴⁷. Il n'est absolument pas nécessaire que l'incrimination figure dans le Code de la consommation, et, par exemple, l'escroquerie peut faire l'objet de l'action civile des associations de consommateurs¹⁰⁴⁸. Il faut, et il suffit, que l'infraction pénale ait porté une atteinte directe ou indirecte à l'*intérêt collectif* des consommateurs. Encore faut-il s'entendre sur cette notion.

231. Condition tenant à l'intérêt collectif des consommateurs. La définition du consommateur a déjà pu être abordée : est un consommateur celui qui se procure un bien ou utilise un service dans le cadre d'une activité qui n'a pas de *rapport direct* avec sa profession¹⁰⁴⁹. La notion d'*intérêt collectif* - particulièrement fuyante¹⁰⁵⁰ - mérite plus de précision. Cet intérêt collectif, d'abord, n'est pas censé être la somme des intérêts individuels des consommateurs¹⁰⁵¹, lesquels doivent être défendus par les consommateurs eux-mêmes, le cas échéant par le biais de l'action en représentation conjointe¹⁰⁵². D'ailleurs, la Cour de cassation a pu juger il y a longtemps qu'une association pouvait intervenir sans avoir à prouver l'existence d'aucun préjudice individuel¹⁰⁵³. L'intérêt collectif est distinct,

1046 Article 4 du Code de procédure pénale.

1047 Crim., 24 juin 1997 ; *Bull. crim.*, n° 251 ; *Gaz. Pal.* 1998, jur. p. 650, note S. PETIT ; Crim., 1^{er} avril 2008 ; *D.* 2008, AJ p. 1405, note A. DARSONVILLE ; *AJ Pénal* 2008, p. 326, note M.-E. CHARBONNIER.

1048 Crim., 30 janvier 1995 ; *D.* 1995, IR p. 77 ; Crim., 27 octobre 1997 ; *Bull. crim.*, n° 352.

1049 Voy. *supra*, n° 132, et les modifications que le projet de loi relatif à la consommation apporte sur ce point *infra* n° 521.

1050 Sur la définition de l'intérêt collectif, voy. not., L. BOY, « Intérêt(s) collectif(s) », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 634 et s., et *L'intérêt collectif en droit français, réflexion sur la collectivisation du droit*, thèse, Nice, 1979 ; M. CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC* 1975, p. 571 et s.

1051 Crim., 20 mai 1985 ; *Bull. crim.*, n° 190. Mais, plus récemment, la première chambre civile de la Cour de cassation a déduit directement l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs de « la recrudescence du nombre de dossiers » (Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008 ; *JCP G* 2009, I, 123, note PH. STOFFEL-MUNCK ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 29, note G. RAYMOND).

1052 Voy. *infra*, n° 233 et n° 507.

1053 Voy. not., Crim., 31 janvier 1983 ; *Bull. crim.*, n° 38. Dans la même veine, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis la recevabilité d'une action civile d'une association de consommateurs en matière d'infractions de revente à perte, approuvant une cour d'appel qui déclarait cette infraction

ensuite, de l'intérêt général de l'ensemble des citoyens, que représente le ministère public lui-même. Entendu assez largement¹⁰⁵⁴, l'intérêt collectif se situerait plutôt à « mi-chemin »¹⁰⁵⁵ entre ces deux intérêts. Il peut d'ailleurs recouper l'un ou l'autre, sans que les diverses actions ne s'excluent¹⁰⁵⁶.

232. Objets de l'action civile des associations de consommateurs. Comme toute action civile, celle exercée par les associations de consommateurs tend d'abord à la « réparation du dommage causé »¹⁰⁵⁷. Les dommages-intérêts éventuellement versés le sont à l'association elle-même, ce qui s'explique aisément, puisqu'elle est partie civile au procès. La difficulté est alors d'en évaluer le montant. Cette évaluation est lourde de conséquences, car c'est grâce aux dommages-intérêts que les associations fonctionnent et développent une activité efficace de protection des consommateurs¹⁰⁵⁸. L'action civile des associations de consommateurs peut ensuite avoir un autre objet, tout aussi intéressant. Selon l'article L. 421-2 du Code de la consommation¹⁰⁵⁹, ces associations peuvent demander, tant aux juridictions civiles que pénales¹⁰⁶⁰, lorsqu'elles statuent sur l'action civile, « d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite »¹⁰⁶¹. Cette action en cessation peut se révéler

incompatible avec une concurrence saine et loyale, comme contraire à l'intérêt général des consommateurs (Crim., 10 octobre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 358).

1054 J. FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *in Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 409 et s., spéc. p. 412.

1055 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 556.

1056 *Ibidem*.

1057 Article 2 du Code de procédure pénale.

1058 J. FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », art. préc. Cet auteur remarque l'incertitude sur le fondement de la réparation : s'agit-il d'une réparation des frais engagés par l'association dans ses démarches, ou de la réparation du préjudice moral ? La Cour de cassation hésite entre les deux solutions. Elle refuse, en tout état de cause, la réparation symbolique du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs. La réparation est donc assez fluctuante, mais peut très bien être assez importante (voy., pour une indemnisation de 20 000 euros au titre du préjudice collectif et de 5 000 euros au titre du préjudice associatif, Crim., 15 juin 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-84222 ; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 285, note G. RAYMOND).

1059 La même action en cessation des agissements illicites est prévue, en matière strictement civile, par l'article L. 421-6 du Code de la consommation.

1060 Le juge des référés pourra être saisi en cas de trouble manifestement illicite, à condition que ce trouble soit causé par une infraction pénale (Civ. 1ère, 9 mars 2004 ; *Contrats concurrence consommation* 2004, comm. n° 101, note G. RAYMOND).

1061 Étant précisé que, pour la Cour de cassation, l'agissement illicite, au sens des articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation, n'est pas nécessairement constitutif d'une infraction pénale (Civ. 1ère, 5 octobre 1999 ; *D.* 2000, jur. p. 110, note G. PAISANT ; et, plus récemment, Civ. 1ère, 25 mars 2010 ; *Bull. civ.* I, n° 76 ; *JCP G* 2010, p. 700, note C. CORGAS-BERNARD ; *JCP E* 2010, 1722, note K. RODRIGUEZ ; *D.* 2010, p. 886, obs. X. DELPECH, et p. 1842, obs. N. DUPONT ; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 169, note G. RAYMOND ; *RDC* 2010, p. 879,

particulièrement utile pour la défense des consommateurs, pouvant empêcher la survenance d'atteintes au consentement ¹⁰⁶². Enfin, par leur action civile, les associations de consommateurs pourront également demander la publication de la condamnation, aux frais du condamné ¹⁰⁶³. Cette publication permet de prévenir les consommateurs, et, partant, diminue le risque d'atteinte au consentement.

b. La défense des intérêts individuels de plusieurs consommateurs

233. Progrès théorique et ineffectivité pratique de l'action en représentation conjointe. L'action en représentation conjointe a été instaurée en droit de la consommation par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, et figure désormais à l'article L. 422-1 du Code de la consommation. Selon cet article, « lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national [...] peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs ». Cette action était censée répondre à l'inexistence d'une représentation des intérêts individuels de plusieurs consommateurs, ce que la technique du mandat était loin de parvenir à combler ¹⁰⁶⁴. Toutefois, et à l'opposé des attentes appuyées de la doctrine vers une véritable action de groupe, l'action en représentation conjointe ne représenta qu'une avancée des plus timides. La pratique révéla d'ailleurs son inadaptation, causée par des obstacles d'ordre matériel - l'interdiction de toute publicité - , et financier ¹⁰⁶⁵. Cette situation, qui ne saurait satisfaire, a conduit au projet de loi relatif à la consommation qui consacre, enfin, une véritable action de groupe - dont certaines modalités restent trop timorées ¹⁰⁶⁶. Nous reviendrons sur ces différentes procédures quand il sera question de proposer un certain renforcement de l'attractivité de la voie civile ¹⁰⁶⁷ ; il convient donc de s'intéresser ici plutôt au rôle des associations spécialisées en matière de discrimination.

note D. FENOUILLET).

1062 J. CALAIS-AULOY, « Les actions en cessation exercées dans l'intérêt des consommateurs », *in Liber amicorum Norbert Reich*, Nomos, 1997, p. 789 et s.

1063 Article L. 412-9 du Code de la consommation.

1064 Voy. *infra*, n° 506.

1065 Voy. *infra*, n° 507.

1066 Voy. *infra*, n° 519 et s.

1067 Voy. *infra*, n° 503 et s.

2. Le rôle des associations spécialisées en matière de discrimination

234. « Espoirs et déboires de la répression des discriminations »¹⁰⁶⁸. Depuis quarante ans, l'arsenal répressif de lutte contre les discriminations n'a de cesse de s'étendre, pour compter aujourd'hui pas moins de quinze lois majeures¹⁰⁶⁹. M. DANTI-JUAN a ainsi pu écrire, non sans ironie, qu'« il est certain que si l'effectivité de l'égalité des citoyens se mesurait au nombre des interventions législatives, il y aurait tout lieu d'être rassuré »¹⁰⁷⁰. Il n'en est évidemment rien, et force est plutôt de constater que « le nombre des poursuites pénales et des condamnations demeure dérisoire au regard de la multitude de faits dont chacun peut être témoin chaque jour »¹⁰⁷¹. Ce n'est pas faute pour le législateur d'avoir conféré aux associations spécialisées un rôle important, dans le but d'une mise en application effective des textes. Dès 1972, les associations de lutte contre les discriminations ont en effet pu - comme les associations de consommateurs - , exercer les droits reconnus à la partie civile. Validant une initiative prétorienne, le législateur a surtout, de manière plus originale, autorisé les associations à recourir au procédé dit du *testing*, afin de contrebalancer les difficultés - souvent insurmontables - , de preuve des discriminations.

235. L'espoir né de l'exercice de l'action civile par les associations. La possibilité pour les associations d'exercer l'action civile date de la loi n° 1972-546 du 1^{er} juillet 1972, laquelle instaura l'article 2-1 du Code de procédure pénale. En vertu de cet article, « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne [...] les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal ». Plus tard, les motifs de discriminations interdites fleurissant, d'autres lois vinrent prévoir ce même principe à leur propos. Ainsi de la loi n° 1985-772 du 25 juillet 1985, créant l'article 2-6 du Code de procédure pénale, qui aujourd'hui prévoit l'exercice, par les associations spécialisées, des droits reconnus à la partie civile en matière de discriminations commises fondées sur le sexe, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle de la victime ou à la suite d'un harcèlement sexuel. La même possibilité est

¹⁰⁶⁸ Le titre de ce paragraphe est emprunté à M. DANTI-JUAN, « Espoirs et déboires de la répression des discriminations », art. préc.

¹⁰⁶⁹ Voy. *supra*, n° 172 et s.

¹⁰⁷⁰ M. DANTI-JUAN, « Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, p. 85 et s., spéc. p. 87.

¹⁰⁷¹ M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Sirey, coll. Université, 14^{ème} éd., 2012, p. 141. L'*Annuaire statistique de la Justice, Édition 2011-2012 (op. cit., p. 173)* associant - de manière surprenante - , discriminations et diffamations, mentionne pour ces deux infractions 716 condamnations en 2010.

reconnue dans deux autres hypothèses par la loi n° 1990-602 du 12 juillet 1990, d'une toute autre portée. Cette loi a créé les articles 2-8 et 2-10 du Code de procédure pénale, traitant respectivement des discriminations commises envers les personnes malades ou handicapées, et celles commises envers des personnes en état de grande pauvreté ou en raison de leur situation de famille. Dans tous ces cas, peut exercer les droits reconnus à la partie civile « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits ayant, en vertu de ses statuts, vocation à lutter » contre ces types de discriminations. Sans doute faut-il être ici « frappé par l'extrême généralité, voire par l'imprécision des termes décrivant l'activité exigée des associations »¹⁰⁷². Déviant des principes habituels, l'exercice de l'action civile est ici accordé à des associations qui n'ont pas nécessairement pour but principal la lutte contre les discriminations ou la défense des personnes qui en sont victimes. Les associations pouvant exercer les droits reconnus aux parties civiles sont donc, potentiellement, assez nombreuses. Il leur faudra néanmoins, dans presque tous les cas, justifier avoir reçu l'accord de la victime - ou de son représentant légal -, si celle-ci est connue¹⁰⁷³.

236. L'espoir né de la reconnaissance du *testing*. En dépit du renforcement du rôle des associations et du Défenseur des droits, la répression des discriminations souffre d'une ineffectivité chronique, qui s'explique en grande partie par la difficulté de prouver les discriminations¹⁰⁷⁴. Le droit du travail, on le sait, a en partie résolu ce problème : s'inspirant d'une directive européenne, le législateur a affirmé qu'il suffit au salarié de présenter les faits laissant supposer une discrimination, l'employeur devant alors prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination¹⁰⁷⁵. Bien entendu, « ce "demi-renversement" de la présomption d'innocence n'a pas droit de cité en procédure pénale »¹⁰⁷⁶, ce que la loi¹⁰⁷⁷ puis la chambre criminelle de la Cour de cassation ont néanmoins pris la peine de préciser¹⁰⁷⁸.

1072 M. DANTI-JUAN, « Discriminations », fasc. préc., n° 58.

1073 Articles 2-1, alinéa 2, 2-8, alinéa 1^{er} *in fine* et 2-10 *in fine* du Code de procédure pénale. L'article 2-6 du même Code n'impose lui l'accord de la victime ou de son représentant que pour les discriminations prévues par les articles L. 1142-1 et suivants du Code du travail, et 6 ter de la loi n° 1983-634 du 13 juillet 1983 (relatif aux abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail).

1074 M. DANTI-JUAN, « Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ? », art. préc., spéc. p. 90.

1075 Article 4 de la loi du 27 mai 2008, voy. not. A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8ème éd., 2012, n° 1021.

1076 M. DANTI-JUAN, « Espoirs et déboires de la répression des discriminations », art. préc., spéc. p. 235.

1077 Article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *in fine* : « Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales ».

1078 Voy. par ex., très clair, Crim., 11 avril 2012 ; préc. : « Attendu que les articles susvisés du code du travail, concernant le délit de discrimination syndicale, n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve

Face à l'inertie du législateur, c'est du juge, sollicité par les associations, que vint une solution audacieuse. Plus précisément, c'est par le biais de la méthode dite du *testing* - l'anglicisme est justifié, la méthode étant importée du Royaume-Uni -, que les associations tentèrent d'apporter la preuve des discriminations. Le *testing* consiste, pour plusieurs personnes ou groupes de personnes, en apparence d'origine différente, à se présenter successivement devant une discothèque, un bar, ou à solliciter un emploi ou logement. Si un refus est systématiquement opposé aux personnes en apparence d'origine étrangère, les organisateurs du *testing* en déduisent un comportement discriminatoire, dont ils saisissent le juge pénal¹⁰⁷⁹. Sous la pression des associations - chacun se souvient des actions médiatisées de l'association « SOS Racisme » -, la Cour de cassation a jugé le 11 juin 2002 que le recours à la méthode du *testing* constituait un moyen de preuve recevable. Aucune disposition légale, a affirmé la chambre criminelle, ne permet au juge d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale¹⁰⁸⁰. Il est vrai que l'article 427 du Code de procédure pénale prévoit le principe de la liberté des preuves en matière pénale¹⁰⁸¹, et que la Cour de cassation se montre depuis longtemps très souple à l'égard des preuves rapportées par les parties civiles¹⁰⁸². La publicité donnée au *testing* par cet arrêt a conduit le législateur à introduire le procédé dans le Code pénal. Ce fut le fait de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, créant l'article 225-3-1 du Code pénal. Selon cet article, « les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à

en matière pénale ; qu'il résulte des deux derniers textes visés que tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa culpabilité incombe à la partie poursuivante [...] ».

1079 J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le testing », *AJ Pénal* 2008, p. 310 et s.

1080 Crim., 11 juin 2002 ; *Bull. crim.*, n° 131 ; *RSC* 2002, p. 879, obs. J.-F. RENUCCI ; *RTD civ.* 2002, p. 498, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Droit et patrimoine* 2003, n° 111, p. 105, obs. PH. BONFILS ; *JCP G* 2002, IV, 2370 ; *RDPD* 2003, p. 565, obs. M. DANTI-JUAN ; L. COLLET-ASKRI, « *Testing or not testing*. La chambre criminelle valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2002) », *D.* 2003, chron. p. 1309 et s. ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 8ème éd., 2013, n° 16. Voy. égal., l'admission de l'utilisation d'indices et de tableaux comparatifs pour apprécier les discriminations professionnelles (Crim., 9 novembre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 273 ; *Droit ouvrier* 2005, p. 350, obs. E. FORTIS).

1081 « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction », dispose l'article 427, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

1082 La chambre criminelle considère ainsi qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (voy. not., Crim., 11 février 1992 ; *Bull. crim.*, n° 66 ; Crim., 6 avril 1993 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. RASSAT ; Crim., 15 juin 1993 ; *Bull. crim.*, n° 210 ; *D.* 1994, jur. p. 613, note C. MASCALA).

l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».

La consécration du *testing* n'est pas anodine. Le procédé se joue de la loyauté des preuves, et a par ailleurs été parfois présenté comme une réelle provocation à l'infraction¹⁰⁸³. Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a même semblé déduire de l'élément matériel, mis en lumière par le *testing*, l'élément intentionnel de l'infraction de discrimination qui devrait pourtant être constaté spécifiquement¹⁰⁸⁴. Cela ne démontre-t-il pas l'effort du législateur en matière de pénalisation des discriminations, et des atteintes au consentement qui en résultent ? L'entorse aux principes habituels ne se conçoit, en effet, que dans la mesure où elle représente une amélioration conséquente de la lutte contre les discriminations. Sur le plan pratique, les associations de lutte contre les discriminations devraient s'en trouver renforcées, et rendre plus effective cette lutte.

237. Les déboires de l'ineffectivité récurrente de la répression des discriminations. De fait, il apparaît que le *testing* n'a rempli que très partiellement ces objectifs. À cela une raison principale : le *testing* n'est qu'une preuve parmi d'autres, et le juge décide librement du crédit à lui accorder. Isolé, le *testing* ne saurait convaincre le juge du motif discriminatoire d'une personne, quant tant d'autres éléments peuvent rentrer en considération¹⁰⁸⁵. Il faut, déduit-on de la jurisprudence, que le *testing* soit corroboré par d'autres éléments probatoires, pour entrer en condamnation¹⁰⁸⁶. Le progrès que représente la reconnaissance du *testing* reste donc essentiellement théorique, et ne bouleverse pas, c'est le moins que l'on puisse dire, la pénalisation concrète des refus discriminatoires de contracter.

238. Conclusion de Chapitre. Le *testing* est symptomatique des manifestations extensives de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. La reconnaissance de ce procédé illustre à merveille les efforts du législateur, parfois devancé par le juge, dans la lutte contre les atteintes au consentement. Cette lutte ne se résume pas à une simple

1083 B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, Brèves observations sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, p. 97 et s., spéc. p. 106.

1084 Crim., 27 novembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-84395 ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 37, note M. VÉRON.

1085 Voy. par. ex., CA Douai, 25 mars 2004 ; *Juris-Data* n° 2004-242547.

1086 Voy. par ex., CA Toulouse, 4 avril 2002 ; *Juris-Data* n° 2002-175143 ; Crim., 12 septembre 2000 ; inédit, pourvoi n° 99-87251. Pour davantage de jurisprudence, et, de manière générale, sur ce point, voy. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le testing », art. préc., spéc. p. 312.

multiplication des textes et interdits, mais se prolonge procéduralement, par certaines facilités accordées aux acteurs de la pénalisation. Ces acteurs ne sont pas nécessairement les organes judiciaires en charge de la poursuite ; ils peuvent être, comme c'est le cas pour les associations, d'une nature différente, alors chargés de relayer le travail des organes judiciaires confrontés à la complexité inhérente à la poursuite et au jugement des atteintes au consentement. Ces facilités tenant aux organes de poursuite répondent à celles ayant trait à ses modalités, puisque la pénalisation des atteintes au consentement contractuel bénéficie souvent d'une prescription retardée ainsi que d'une réponse pénale négociée. L'ensemble forme toute une série de facilités procédurales nécessaires à l'effectivité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel qui, loin de ne former qu'une addition d'incriminations, revêt des aspects variés et complexes.

239. Conclusion de Titre. Appréciables à l'aune d'une inflation pénale galopante d'une part, de larges facilités procédurales d'autre part, les manifestations de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel se révèlent enfin pleinement. Il s'agit, d'abord, d'une multiplication des incriminations visant les trois formes d'atteintes au consentement qui ont pu être identifiées : la tromperie, le forçage ainsi que le refus du consentement d'autrui. Leur étude a permis, au demeurant, de remarquer la place qui était parfois accordée au consentement contractuel. Alors qu'elle se limite, dans la plupart des situations, à prêter l'arme pénale au soutien de certaines réglementations, la pénalisation érige parfois, dans une perspective tout autre, le consentement contractuel comme valeur sociale protégée. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel est alors remarquable. Elle l'est d'autant plus que, loin de se limiter à une simple multiplication des incriminations, la pénalisation s'entend en réalité d'un ensemble de règles qui tendent à prévenir et réprimer - pénalement -, au mieux les atteintes portées au consentement contractuel. Participent alors à la pénalisation toutes les facilités procédurales qui lui sont accordées. Leur étude a permis de rapprocher, de manière originale et inédite, les règles applicables aux processus de consommation ou de distribution des marchandises, et celles que connaît la répression des discriminations.

Même entendue largement, c'est-à-dire comme toutes les règles participant au durcissement du droit pénal, incluant tant l'inflation pénale que les facilités procédurales, la pénalisation ne révèle pas toute sa portée. L'utilisation massive de la sanction pénale est de nature à engendrer certains effets, parfois indirects, parfois même involontaires. C'est la raison pour laquelle l'étude des manifestations de la pénalisation des atteintes au

consentement contractuel ne saurait suffire à apprécier son étendue : il faut encore en cerner les différentes *implications*.

TITRE II. LES IMPLICATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

240. Apprécier l'étendue de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel nécessite de bien en saisir les différentes implications. Sous cet aspect, l'utilisation extensive de l'arme pénale pose, en premier lieu, la question de ses implications sur la qualité des éléments constitutifs - légal, matériel et moral -, des incriminations concernées. Cela permettra de relever une première fois les méfaits d'une pénalisation aussi massive qu'irréfléchie. Sera soulignée, en particulier, l'incidence de l'utilisation de la sanction pénale à titre de renfort supposé de disciplines ou réglementations diverses - le droit pénal est alors dit *auxiliaire* ou *sanctionnateur*¹⁰⁸⁷. La délicate articulation de ces réglementations et du droit pénal cause souvent une certaine dénaturation de ce dernier. L'utilisation massive de l'arme pénale pose, en second lieu, la question d'éventuelles implications sur le droit civil lequel, bien entendu, n'est jamais très éloigné lorsqu'il s'agit de prévenir ou sanctionner les atteintes au consentement contractuel. Outre les implications procédurales bien connues, tirées du principe de primauté du criminel sur le civil, ceci sera l'occasion de revenir sur un aspect plus délicat : celui de l'incidence de la pénalisation sur la validité du contrat¹⁰⁸⁸. On aperçoit ici le caractère indirect, parfois involontaire de certaines implications de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, lesquelles sont donc susceptibles d'affecter tant la qualité de l'incrimination (Chapitre I) que la validité du contrat (Chapitre II).

1087 Voy. *infra*, n° 345 et s.

1088 Rappr. la célèbre mise en garde de R. PERROT : « il est toujours dangereux de vouloir greffer des mesures à caractères pénal sur des rapports de pur droit privé car c'est introduire un corps étranger qui ne parvient pas à s'assimiler » (note sous Civ. 1ère, 19 janvier et 22 mars 1955 ; *D.* 1955, jur. p. 537 et s., spéc. p. 539).

CHAPITRE I. LES IMPLICATIONS SUR LA QUALITÉ DE L'INCRIMINATION

241. L'importance des manifestations de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel pose, relativement au droit pénal, deux questions principales. La question essentielle est, sans doute, celle de l'éventuel dévoiement du droit pénal en la matière : nous l'étudierons dans notre seconde partie, consacrée à la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. L'importance de ses manifestations pose, plus concrètement, la question de ses implications sur certains mécanismes classiques de la responsabilité pénale. La qualité des incriminations est ici directement visée. Outre les méfaits de l'inflation pénale elle-même, une des raisons principales tient sans doute dans l'utilisation massive de la sanction pénale à titre d'auxiliaire de réglementations diverses. En effet, les prescriptions étant édictées par ces réglementations initialement extra-pénales, il est parfaitement logique qu'elles ne correspondent qu'imparfaitement aux caractéristiques et exigences pénales classiques. En conséquence, se trouvent affectées, entre autres, la légalité criminelle, la précision des textes, leur accessibilité, ou encore la connotation morale des incriminations¹⁰⁸⁹. Les implications de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel s'entendent donc d'une forme de *dénaturation* des trois éléments de l'incrimination, à savoir les éléments légal (Section 1), matériel (Section 2) et moral (Section 3).

SECTION 1. LA DÉNATURATION DE L'ÉLÉMENT LÉGAL

242. L'inflation pénale qui a pu être constatée en matière d'atteintes au consentement contractuel et la banalisation du droit pénal qui en résulte, engendrent la *dénaturation* de certains de ses principes essentiels. En premier lieu, et quoique cela soit moins flagrant que pour les éléments matériel et moral, ce sont certains principes liés à l'élément légal de l'incrimination qui sont affectés. Sont concernées, plus précisément, la règle cardinale de la légalité criminelle, mais également, de manière plus indirecte, la règle « Nul n'est censé

1089 Rappr. C. MASCALA, « Les finalités de l'évolution législative du droit pénal des affaires », art. préc., spéc. p. 736 : « La multiplication des textes, la complexité des incriminations, le caractère systématique de la sanction pénale dans les législations techniques contemporaines nuisent à la valeur de la norme pénale et par conséquent à son effectivité ».

ignorer la loi ». Bien que les développements qui suivent pourraient s'appliquer à l'inflation pénale entendue de manière générale, ils présentent en matière d'atteintes au consentement contractuel une acuité et une pertinence particulières, en raison de l'importance de l'inflation pénale en ce domaine.

243. La dénaturation de la légalité criminelle. La légalité criminelle, principe essentiel du droit pénal français ¹⁰⁹⁰, recouvre différentes acceptions et corollaires ¹⁰⁹¹. Une première acception, que l'on peut qualifier de *matérielle* ¹⁰⁹², exige la qualité de la norme pénale. Le principe de légalité est alors susceptible d'être atteint par la rédaction défailante de certaines incriminations, par exemple celles qui abusent de la technique du renvoi : mais il s'agit là d'une dénaturation de l'élément matériel de l'incrimination ¹⁰⁹³. Une seconde acception, que l'on peut qualifier de *formelle*, peut en revanche être rattachée à l'élément légal de l'incrimination. Sous cet aspect, le principe de légalité criminelle semble être atteint d'une autre manière par l'inflation du droit pénal, en contemplation de l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La règle oblige le juge à chercher un texte qui réprime expressément le comportement qui lui est soumis ¹⁰⁹⁴. Mais il faut bien reconnaître, en matière d'atteintes au consentement tout du moins, que cette obligation n'a absolument plus rien de contraignant, tant « les "vides législatifs" se sont comblés » ¹⁰⁹⁵. À une époque où l'inflation pénale était bien moindre qu'aujourd'hui, J. LÉAUTÉ estimait déjà que « Grâce au lacis des dispositions en vigueur, le Parquet saura presque toujours découvrir l'article de loi qui lui permettra de mettre en mouvement l'action publique, s'il l'estime opportun » ¹⁰⁹⁶. La difficulté, pour le juge, sera sans doute plutôt de choisir, parmi les différents textes applicables à un même comportement, celui qui correspond le mieux ¹⁰⁹⁷. C'est en cela qu'il y a dénaturation : « la

1090 R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 7ème éd., 1997, n° 151.

1091 Les corollaires principaux sont la non-rétroactivité et l'interprétation stricte des lois pénales.

1092 Pour l'utilisation des expressions de légalité matérielle et formelle, voy. CH. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Droit pénal* 2011, étude n° 16.

1093 *Infra*, n° 245 et s.

1094 Il s'agit de « légitimer le pouvoir de punir en soumettant son exercice à une prédétermination textuelle des infractions, des peines et de la procédure pénale » (A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français, Aspects légistiques et jurisprudentiels », art. préc., n° 1).

1095 R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 185.

1096 J. LÉAUTÉ, « Le changement de fonction de la règle "nullum crimen sine lege" », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de Droit Commercial offertes à Joseph Hamel, op. cit.*, p. 81 et s., spéc. p. 84.

1097 En ce sens, R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 185 : « Placés devant la nécessité de sauvegarder les intérêts de la société, les Parquets n'ont plus guère à rechercher s'il existe un texte susceptible de s'appliquer à la situation litigieuse, mais à choisir quel texte parmi plusieurs, il convient d'appliquer ! ».

nouvelle fonction de la règle *nullum crimen* est de servir le respect des qualifications »¹⁰⁹⁸, mais ne permet plus véritablement de restreindre le recours à l'arme pénale.

244. L'inapplicabilité de la règle « Nul n'est censé ignorer la loi ». L'utilisation massive de la sanction pénale en matière d'atteintes au consentement contractuel entraîne encore l'inapplicabilité de la règle *nemo legem ignorare censetur* - « Nul n'est censé ignorer la loi »¹⁰⁹⁹, laquelle peut également être rattachée à l'élément légal de l'incrimination. Alors que l'inflation pénale commençait seulement à sévir, le doyen RIPERT écrivait qu'« On a déjà connu dans l'histoire du droit la difficulté de connaître la loi applicable au temps où elle n'était pas écrite. Nous connaissons une difficulté opposée, celle de la connaître au milieu de tant de textes »¹¹⁰⁰. Or, l'inflation pénale a depuis pris des proportions considérables - la pénalisation des atteintes au consentement constitue de ce point de vue une illustration topique. Le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, présidé par M. LÉGER, a permis d'évaluer avec une certaine précision le nombre des textes pénaux¹¹⁰¹. Mais jusqu'alors, la Chancellerie elle-même était incapable de donner un chiffre précis¹¹⁰². Or, si le nombre même des textes est presque impossible à cerner, le risque est que nul n'ait jamais, *a fortiori*, une connaissance précise de leur contenu¹¹⁰³. Soulignons l'hypocrisie qu'il y a alors à exiger des citoyens la connaissance précise des textes de lois, alors que les meilleurs spécialistes sont parfois eux-mêmes dans une ignorance au moins relative. Et une fois le texte porté à la connaissance des juges, comment « pourront-ils prononcer des sanctions réellement équitables en vertu de textes que les délinquants sont censés ne pas

1098 J. LÉAUTÉ, « Le changement de fonction de la règle "nullum crimen sine lege" », art. préc., spéc. p. 85. Dans le même sens, R. LEGROS, « L'influence des lois particulières sur le droit pénal général », *RSC* 1968, p. 233 et s., n° 3 : « L'importance des droits particuliers nouveaux, surtout le droit pénal social et économique, se caractérise *quantitativement* par une véritable inflation d'incriminations, au point que l'angoisse et le talent du magistrat se manifestent plus aujourd'hui dans le choix entre divers textes sanctionnant le même fait que dans l'application scrupuleuse de la règle *nullum crimen sine lege* [...] » (souligné par l'auteur).

1099 Sur cet adage, voy. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du Droit Français*, *op. cit.*, v° Nul n'est censé ignorer la loi, n° 291. Sur son application en droit pénal, voy. R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 583.

1100 G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 143 *in fine*.

1101 Le rapport dit « LÉGER », du Comité de réflexion sur la justice pénale, rendu le 1^{er} septembre 2009, a recensé 2 486 infractions codifiées, 7 763 non codifiées.

1102 J.-J. DE BRESSON, « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations "techniques" », *RSC* 1985, p. 241 et s., spéc. p. 241.

1103 M. DELMAS-MARTY, « Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise », in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, *Xème congrès de l'Association française de droit pénal*, *Économica*, 1989, p. 89 et s., spéc. p. 90.

ignorer, mais qu'eux-mêmes ne peuvent connaître que grâce à une importante documentation qu'ils doivent quotidiennement mettre à jour ? »¹¹⁰⁴.

C'est en cela que l'inflation pénale telle qu'elle existe, notamment, en matière d'atteintes au consentement contractuel rend inapplicable la règle « Nul n'est censé ignorer la loi ». Ces considérations valent, surtout, pour toutes les incriminations dites *techniques* fleurissant dans différentes réglementations particulières. Devant la difficulté de connaître les règles, notamment pénales, les professionnels agissent parfois au hasard, en espérant que leur comportement ne viole pas la loi. « Leur chance sera que les Parquets l'ignorant également, l'infraction ne sera pas poursuivie... », note malicieusement M. BIHL¹¹⁰⁵.

L'inapplicabilité de la règle « Nul n'est censé ignorer la loi » n'est pas sans lien avec la dénaturation des autres éléments de l'incrimination. Elle est aggravée, en premier lieu, par la faible accessibilité de certains textes en raison de leur rédaction obscure ou d'une utilisation excessive de la technique du renvoi. Elle affaiblit, ensuite, l'élément moral de l'incrimination : la sanction pénale repose sur la responsabilité de l'individu et sur son intention de méconnaître la loi ou son acceptation délibérée du risque de la transgresser¹¹⁰⁶. De ce point de vue, la connaissance de la loi pénale devrait être une condition indispensable à la caractérisation de l'élément moral.

En réalité, en dehors des conséquences de la règle « Nul n'est censé ignorer la loi », les éléments matériel et moral des incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sont tout autrement affectés, par d'autres facteurs conduisant à leur dénaturation certaine.

SECTION 2. LA DÉNATURATION DE L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

245. La pénalisation massive des atteintes au consentement contractuel affecte, de manière plus sensible, la qualité de l'élément matériel des incriminations concernées. La raison tient, souvent, dans le caractère auxiliaire d'une sanction pénale utilisée à titre de simple renfort de réglementations diverses, non tenues aux principes pénaux classiques. La

1104 M. LE ROY, cité par C. D'HAILLECOURT, *Droit pénal technique et droit pénal*, th. préc., p. 46.

1105 L. BIHL, « Le droit pénal de la consommation », *Gaz. Pal.* 1986, doct. p. 355 et s., spéc. p. 359.

1106 J.-J. DE BRESSON, « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations "techniques" », art. préc., spéc. p. 249.

prolifération des infractions d'omission et des infractions formelles constitue un premier indice de cette dénaturation ; mais nous nous attarderons surtout sur l'atteinte, bien plus grave, au principe de légalité qui sera ici entendu dans son sens *matériel*, c'est-à-dire exigeant des textes clairs et accessibles.

246. La prolifération des infractions d'omission ¹¹⁰⁷. « Il y a infraction d'omission lorsque [...] le comportement incriminé est un comportement passif, une abstention » ¹¹⁰⁸. L'infraction d'omission « [ôte] à la passivité sa neutralité pour lui conférer la nocivité intrinsèque à toute infraction » ¹¹⁰⁹. Cette catégorie d'infractions se distingue alors de la conception classique de l'élément matériel, constituée par la commission d'actes prohibés, ce qui semble postuler le caractère exceptionnel des infractions d'omissions. Cela fait pourtant longtemps que les infractions d'omission progressent en droit pénal ¹¹¹⁰, et particulièrement en droit pénal des affaires, qui serait même, si l'on en croit M. JEANDIDIER, « un paradis pour les infractions d'omission » ¹¹¹¹. Signalons à titre d'exemple le défaut de communication par un producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur, à tout acheteur de produits ou demandeur de prestation de services, de son barème de prix et de ses conditions de vente, réprimé par l'article L. 441-6 du Code de commerce. C'est également le cas des pratiques commerciales trompeuses visées à l'article L. 121-1, II du Code de la consommation, ainsi que de l'incrimination de tromperie. La rédaction extrêmement large de l'article L. 213-1 du Code de la consommation - « quiconque aura trompé [...] par quelque moyen que ce soit » -, invitait en effet le juge à retenir la tromperie en cas de silence ou réticence, ce qu'il n'a pas manqué de faire ¹¹¹². Surtout, la plupart des textes pénaux composant les réglementations techniques comme celle des crédits et démarchages, incriminent des comportements d'omission.

1107 La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel comprend tant des infractions dites *de commission par omission* (par exemple, l'agent qui dans le cadre de manœuvres frauduleuses dissimule certains faits peut être poursuivi du chef d'escroquerie, voy. Crim., 20 mars 1997 ; *Droit pénal* 1997, comm. n° 108, obs. M. VÉRON) que de *pure omission*.

1108 E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 625.

1109 W. JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales & Sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 245 et s., n° 7.

1110 Voy. déjà, M. ROLLAND, « Le délit d'omission », *RSC* 1965, p. 583 et s.

1111 W. JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance », art. préc., n° 6.

1112 Voy. *supra*, n° 102.

L'existence d'infractions d'omission ne réalise pas, en tant que telle, une dénaturation de l'élément matériel. Mais leur prolifération pose une première fois la question de l'adéquation du contenu de certaines réglementations, avec la conception classique de l'élément matériel de l'incrimination. De telles considérations se retrouvent en ce qui concerne la prolifération des infractions formelles.

247. La prolifération des infractions formelles. L'expression d'*infraction formelle* connaît deux acceptions. Dans un premier sens, l'infraction formelle se place au niveau intentionnel pour s'opposer à l'infraction matérielle, laquelle est démontrée par la seule constatation de l'élément matériel de l'infraction, indépendamment de l'élément intentionnel. Cette acception sera retenue lors de l'étude de l'affaiblissement de l'élément intentionnel¹¹¹³. Dans un second sens, qui sera ici utilisé, l'infraction formelle se place au niveau de l'élément matériel, et désigne une infraction indifférente au résultat ; en amont, autrement dit, du processus de consommation. « [I] suffit que le comportement ait été en mesure de provoquer le résultat redouté par le texte d'incrimination, pour que l'infraction soit constituée », explique M. DREYER¹¹¹⁴. L'infraction formelle peut être perçue comme une tentative érigée en délit distinct, et « s'avère de la sorte un instrument de choix dans la constitution d'un système pénal performant dont l'objectif est une mise en œuvre aisée de la responsabilité »¹¹¹⁵. Or, beaucoup des incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel répondent à cette définition. Pensons à la tromperie¹¹¹⁶, aux pratiques commerciales trompeuses¹¹¹⁷, et aux réglementations techniques comme celle du crédit à la consommation¹¹¹⁸. Il semble certain que la prolifération des infractions formelles contribue à affaiblir la conception de l'élément matériel des incriminations des atteintes au consentement. Mais elle ne cause pas pour autant sa dénaturation. En revanche, tel semble bien être le cas de certaines atteintes causées à la légalité matérielle.

1113 Voy. *infra*, n° 257 et s.

1114 E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 687.

1115 W. JEANDIDIER, « L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance », art. préc., n° 12.

1116 En menaçant « quiconque aura trompé ou tenté de tromper le contractant », l'article L. 213-1 du Code de la consommation répond en effet à cette définition.

1117 Voy. *supra*, n° 112.

1118 Pour ne prendre qu'un exemple, l'omission par le prêteur d'une des formalités prévues en cas de crédit à la consommation l'expose aux peines prévues à l'article L. 311-49 du Code de la consommation, indépendamment de la recherche d'un quelconque résultat.

248. L'atteinte au principe de légalité matérielle. La conception matérielle de la légalité exige la qualité de la rédaction de l'incrimination, c'est-à-dire des textes suffisamment clairs, précis et accessibles ¹¹¹⁹. Le législateur devrait « définir tous les mots de la loi qui participent à la détermination du champ d'application du texte ou, à tout le moins, [...] recourir à des notions ou des formules non équivoques » ¹¹²⁰. Force est de constater que la pénalisation des atteintes au consentement contractuel ne répond que rarement à ces exigences. La raison tient là encore souvent - mais pas exclusivement -, dans le caractère auxiliaire de la sanction pénale. En effet, les différentes réglementations qu'elle vient renforcer, étant initialement non-pénales, ne sont en rien tenues à la précision qu'implique le principe de légalité. En outre, la norme de comportement - prévue par une réglementation extra-pénale -, et la norme de pénalité sont souvent séparées, le législateur usant et abusant alors de la technique du *renvoi* afin de lier la norme de pénalité à la norme de comportement ce qui, en certaines situations, est de nature à porter atteinte au principe de légalité. Finalement, et à titre principal, la dénaturation de l'élément matériel de nombre d'incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel résulte de textes soit imprécis (§ 1), soit complexes (§ 2).

§ 1. L'IMPRÉCISION DES TEXTES

249. L'exigence primordiale de clarté et d'intelligibilité. La formulation des textes pénaux devrait, plus encore qu'ailleurs, être claire et intelligible, de manière à être accessible à tous les citoyens ¹¹²¹. Ces qualités peuvent être rattachées au principe de légalité criminelle ¹¹²², et, de manière plus générale, au principe de sécurité juridique. Elles sont considérées, en conséquence, comme primordiales tant par le Conseil constitutionnel ¹¹²³,

1119 CH. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », art. préc., n° 1 ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, A. Pedone, 1980, p. 149 et s.

1120 S. PELLÉ, « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », *RPDP* 2013, doctr. p. 265 et s., n° 18.

1121 Rappr. G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13ème éd., 2007, p. 71 : « Ce qui sépare les citoyens de leur droit, plus encore que le langage de celui-ci, c'est la monstruosité intrinsèque du droit, le gigantisme de la masse des normes, la complexité du système juridique, la prolifération des lois, des règlements, des directives, en deux mots, la pollution normative. On ne peut définir l'accessibilité du droit que comme le rêve irréalisable de sa simplification. On ne voit que son contraire, constat incontestable : l'inaccessibilité du droit ».

1122 Articles 5, 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et articles 111-2 et 111-3 du Code pénal. MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON voient ainsi dans la définition de plus en plus obscure des incriminations un « affaiblissement de la légalité criminelle » (*Droit pénal général, op. cit.*, n° 157).

que par la Cour européenne des Droits de l'Homme ¹¹²⁴. Ainsi le Conseil constitutionnel oblige le législateur à « définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » ¹¹²⁵. En l'absence de textes clairs et accessibles, d'ailleurs, comment pourrait-on exiger leur respect par les citoyens, sachant que « nul n'est censé ignorer la loi » ¹¹²⁶ ? Ce principe peut être vu comme un droit subjectif des citoyens d'accès au droit ¹¹²⁷, droit parfois expressément relayé par la loi ¹¹²⁸, plus rarement par le Conseil constitutionnel ¹¹²⁹. Surtout, comment pourrait-on attendre une « interprétation stricte » ¹¹³⁰ de la loi pénale par le juge ? Pourtant, en dépit de ces intérêts, et des exigences qu'il a lui-même formulées, le Conseil constitutionnel ne contrôle la clarté des incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel que de manière très insuffisante.

Il revient pourtant au Conseil constitutionnel de contrôler la qualité rédactionnelle des textes d'incriminations, contrôle qu'il opère d'ailleurs volontiers en certaines matières ¹¹³¹. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a à ce titre permis d'élargir considérablement son contrôle - les décisions que le Conseil a rendu en matière

1123 Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* ; Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, décision n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

1124 Cour EDH, 26 avril 1979, requête n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49 (pour l'accessibilité des textes pénaux), et 25 mai 1993, requête n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce* (pour la clarté des textes pénaux).

1125 Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, décision n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, considérant n° 7 ; D. 1982, jur. p. 441, note A. DEKEUWER ; JCP 1981, II, 19701, note C. FRANCK ; AJDA 1981, p. 275, note J. RIVERO, et p. 278, note CH. GOURNAY ; RDP 1981, p. 661, note L. PHILIP ; *Revue administrative* 1981, p. 266, note M. DE VILLIERS.

1126 Sur cet adage, voy. *supra*, n° 244.

1127 Voy. not. A. MARAIS, *Introduction au droit*, Vuibert, coll. Dyna'Sup Droit, 4ème éd., 2013, n° 86.

1128 Voy. not. la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, dont l'article 2 dispose que « Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent chapitre en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens. Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller ».

1129 Voy. toutefois, Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981 ; préc. ; et plus récemment, Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, considérant n° 60.

1130 Article 111-4 du Code pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

1131 Voy. par ex., jugeant insuffisamment précis le terme d'« interopérabilité » (Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006 ; préc., considérants n° 59 à 61), de « travail collaboratif » (même décision, considérants n° 54, 56 et 57), ou encore « d'intelligence économique » (Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, décision n° 2011-625 DC, *Loi pour la performance de la sécurité intérieure*, considérants n° 74 à 76).

d'inceste¹¹³² et de harcèlement sexuel¹¹³³ notamment, sont connues. Toutefois, ce contrôle reste sur certains points décevants¹¹³⁴, et n'a notamment, jusqu'ici, pas atteint le domaine des atteintes au consentement contractuel. Peut-être la faute en revient-elle à la chambre criminelle de la Cour de cassation qui rejette massivement les demandes de transmission au Conseil¹¹³⁵, et dont certaines décisions sont, de l'avis d'un observateur avisé, « parfois déconcertantes »¹¹³⁶ : ainsi en matière de tromperie¹¹³⁷ ou de pratiques commerciales trompeuses¹¹³⁸. Il reste que cette absence de contrôle effectif du Conseil a laissé libre cours à un regrettable manque de clarté et d'intelligibilité des incriminations.

250. L'absence de clarté et d'intelligibilité des incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il paraît que STENDHAL aimait à lire, pendant la rédaction de « La Chartreuse de Parme », un article du Code civil dont il admirait la clarté et la concision. Il se délecterait sans doute moins des lois contemporaines¹¹³⁹, certaines étant un modèle d'illogisme¹¹⁴⁰. En particulier, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel est loin de répondre aux exigences de clarté des incriminations¹¹⁴¹. Les explications sont nombreuses ; mais l'une d'entre elle

1132 Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, décision n° 2011-163 QPC, *M. Claude N.* ; *JCP G* 2011, 1160, note A. LEPAGE ; *D.* 2011, p. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, TH. GARÉ, S. MIRABAIL et T. POTSKIN ; *AJ Pénal* 2011, p. 588, obs. C. PORTERON ; *RSC* 2011, p. 830, obs. Y. MAYAUD ; *RTD civ.* 2011, p. 752, obs. J. HAUSER.

1133 Conseil constitutionnel, 4 mai 2012, décision n° 2012-240 QPC, *M. Gérard D.* ; *JCP G* 2012, 662, note A. LEPAGE ; *D.* 2012, p. 1372, note S. DETRAZ ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 83, obs. M. VÉRON ; *RPDP* 2012, p. 389, note V. MALABAT ; *RSC* 2012, p. 371, obs. Y. MAYAUD.

1134 S. PELLÉ, « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », art. préc., n° 20.

1135 Un auteur a compté qu'entre les mois de mai et novembre 2012, la chambre criminelle a été saisie d'une trentaine de questions mettant directement en cause l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi : une seule a passé le filtre de la Cour de cassation, le texte ayant finalement été déclaré conforme à la Constitution (S. PELLÉ, « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », art. préc., n° 21).

1136 B. DE LAMY, *in RSC* 2012, p. 221.

1137 Voy., pour le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le respect, par l'article L. 213-1 du Code de la consommation incriminant la tromperie, des exigences de clarté et d'accessibilité suffisante du texte : *Crim.*, 6 septembre 2011 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 139, note J.-H. ROBERT. La Cour de cassation juge son interprétation de l'article L. 213-1 conforme au texte en question et refuse ainsi de remettre en cause sa clarté, son intelligibilité et son accessibilité (voy., très critique, E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 315).

1138 Voy. l'arrêt du 9 février 2013 cité *infra*, note 1154.

1139 Avec M. DREYER il est toutefois possible de remarquer qu'en réalité « Le mauvais exemple vient de loin » (*Droit pénal général, op. cit.*, n° 378) : « Il faut se méfier des effets d'optique auxquels conduit une idéalisation rétrospective de la codification napoléonienne » (*idem*, n° 379) ; « Ce n'est pas parce que [ces textes] s'accommodent fort bien de leur incertitude qu'ils satisfont aux exigences de précision et de clarté que l'on est en droit d'attendre de tout texte répressif » (*idem*, n° 380 *in fine*).

1140 Voy. les nombreux exemples cités par W. JEANDIDIER, « Un échantillon de malfaçons textuelles en droit pénal des affaires », *in Liber amicorum, mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 377 et s.

1141 Par exemple, dans l'incrimination de certaines loteries publicitaires déjà croisée (*supra*, n° 129), comment expliquer qu'une première partie de l'article L. 121-36 du Code de la consommation exige qu'« aucune

tient certainement dans le caractère souvent auxiliaire du droit pénal venant appuyer des réglementations non tenues au principe de légalité¹¹⁴². Ces réglementations d'ordre public économique s'accordent mal à l'indispensable rigidité des principes pénaux, avec cette conséquence immédiate, relevée par M. ROBERT, que « dans les textes dont l'objet principal est [...] civil, comme la protection du consommateur [...], les dispositions répressives qui figurent en remorque sont rédigées sans soin, elles alignent des incriminations nombreuses et vagues »¹¹⁴³. Du point de vue de l'effectivité de la répression, cette imprécision est évidemment un avantage : « l'imprécision de l'élément matériel favorise la mobilité et l'opportunisme de l'ordre public économique de droit pénal. Telle conduite jugée licite hier peut devenir illicite aujourd'hui si l'intérêt de la société paraît l'exiger », soutenait R. OTTENHOF¹¹⁴⁴. Mais « ce procédé constitue aussi une grave altération du principe d'égalité devant la loi »¹¹⁴⁵, reconnaissait-il aussitôt. Les incriminations centrales de la pénalisation des atteintes au consentement que sont les pratiques commerciales trompeuses et agressives fournissent une bonne illustration du manque de clarté que l'on retrouve souvent dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

251. L'illustration tirée de l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses. L'incrimination des pratiques commerciales trompeuses constitue, du point de vue de la mauvaise qualité de la rédaction, un exemple topique. Bien que long, « le texte pêche malgré tout par l'absence de certaines précisions, tout en ayant néanmoins à pâtir de la surabondance de certaines autres »¹¹⁴⁶. Avec l'article L. 121-1 du Code de la consommation en effet, le législateur a été jusqu'à définir l'incrimination sur plus d'une page du Code, sans consacrer un seul mot aux *pratiques* elles-mêmes, pourtant notion la plus importante¹¹⁴⁷. La définition retenue par la directive du 11 mai 2005 n'étant pas d'une

contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit » ne soit réclamée, alors que la seconde précise que « Lorsque la participation à cette opération est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que dans la mesure où elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 ». Il faudrait savoir ! Dans un tout autre domaine, M. DETRAZ a pu récemment critiquer la mauvaise rédaction des incriminations des discriminations (S. DETRAZ, « La cohérence des infractions de discrimination », art. préc.).

1142 Ce qui n'empêche pas les incriminations intervenant à titre autonome d'être également parfois mal rédigées ; mais l'explication se situe alors ailleurs.

1143 J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », art. préc., spéc. p. 192.

1144 R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 186.

1145 *Ibidem*.

1146 S. FOURNIER, « De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses », art. préc., n° 5.

1147 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », art. préc., spéc. p. 23.

grande aide ¹¹⁴⁸, l'incrimination des pratiques reste bien trop floue ¹¹⁴⁹. Il s'agit là d'un exemple d'« *incriminations ouvertes* » ¹¹⁵⁰, particulièrement courantes en droit pénal des affaires. Parallèlement, le caractère trompeur des pratiques commerciales fait, lui, l'objet d'un excès de précisions. Rappelons que l'article L. 121-1 du Code de la consommation distingue les pratiques de commission et d'omission, les pratiques de commission étant constituées par l'une des trois pratiques expressément visées ¹¹⁵¹. Or, nous l'avons vu ¹¹⁵², de larges redondances existent entre ces trois pratiques. On ne reprendra ici que l'exemple de l'article L. 121-1, I, 3° du Code de la consommation. Selon cet article, une pratique commerciale est trompeuse « lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiée ». Or, est également trompeuse la pratique qui « repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur », portant, selon l'article L. 121-1, I, 2°, f), sur « l'identité, les qualités, les aptitudes ou les droits du professionnel ». On peine à distinguer ces deux pratiques, et la confusion est entretenue par l'article L. 121-1-1, 13° du Code de la consommation, qui répute trompeur le fait « De promouvoir un produit ou un service similaire à celui d'un autre fournisseur clairement identifié, de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit ou le service provient de ce fournisseur alors que tel n'est pas le cas ». De manière générale, les consignes d'interprétations données au juge par l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation sont le siège de nombreuses redondances ¹¹⁵³. Malgré - ou à cause - , les différentes touches apportées par le législateur, les pratiques commerciales trompeuses illustrent bien la faible qualité du travail législatif, et l'inintelligibilité des incriminations qui en résulte. Récemment, la Cour de cassation a pourtant refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question portant sur l'éventuelle atteinte au principe de légalité des délits et des peines causée par l'incrimination de pratiques commerciales trompeuses ¹¹⁵⁴.

1148 L'article 2, d) de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 définit les pratiques comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ».

1149 C'est loin d'être la première fois pour le législateur d'oublier une définition importante, pensons aux *manœuvres frauduleuses* de l'escroquerie.

1150 P. MISTRETTA, « Les frontières du droit pénal des affaires », *RPDP* 2011, p. 331 et s., spéc. p. 334 (souligné par l'auteur).

1151 Voy. *supra*, n° 113.

1152 Voy. *supra*, n° 113.

1153 Voy. *supra*, n° 115.

1154 Voy. Crim., 9 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-85515. La question portant sur la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 121-1, I, 2°, a) du Code de la consommation « ne présente pas un caractère sérieux dès lors que l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service, sur lesquelles portent les allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur permettant de caractériser les pratiques commerciales trompeuses ou réputées trompeuses, qui sont des notions suffisamment claires et précises pour avoir donné lieu, en droit interne sans risque d'arbitraire, à

252. L'illustration tirée de l'incrimination des pratiques commerciales agressives.

La qualité de la rédaction des textes relatifs aux pratiques commerciales agressives est tout autant sujette à caution - d'ailleurs, les *pratiques* ne sont pas plus définies qu'en matière de pratiques commerciales trompeuses. En premier lieu, l'incrimination vise, parmi ses effets prohibés, le fait « d'altérer ou être de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur », ou de « vicier ou être de nature à vicier le consentement d'un consommateur »¹¹⁵⁵. Mais l'altération de la liberté de choix du consommateur, et le vice de son consentement, ne sont-ils pas qu'une seule et même chose¹¹⁵⁶ ? Ensuite, l'article L. 122-11, II du Code de la consommation énumère les éléments à prendre en compte pour déterminer « si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris à la force physique, ou à une influence injustifiée ». Mais rien n'indique, chose regrettable, ce qu'on l'on doit entendre par *influence injustifiée* : abus de faiblesse, abus de position dominante ou manipulation mentale ? Quand cette influence est-elle considérée comme justifiée ? Qui est susceptible de l'exercer ?

Les pratiques commerciales réputées agressives connaissent le même manque de clarté. Pensons notamment à la cinquième pratique réputée aggressive, qui vise le fait, « dans une publicité, d'inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité ». L'imprécision du texte est ici flagrante : « quelle publicité n'incite pas à acheter, en usant notamment de la cible privilégiée de notre société de consommation : l'enfant-Roi ? », soulève Mme AMBROISE-CASTÉROT¹¹⁵⁷. Théoriquement, toutes les publicités de céréales ou jouets, notamment, sont alors réputées agressives... Finalement, les lois récentes souffrent au moins autant que les anciennes de leur mauvaise rédaction, qui les rend à la fois imprécises et peu compréhensibles. Faut-il rappeler, pourtant, que l'objectif affiché de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales était la « clarification »¹¹⁵⁸ ?

une interprétation entrant dans l'office du juge répressif, sont désormais des concepts transposés de l'article 6 de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 ».

1155 Le troisième effet prohibé des pratiques commerciales agressives est, une fois le contrat conclu, d'« entraver l'exercice des droits contractuels d'un consommateur ».

1156 En ce sens, PH. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives », art. préc., n° 9.

1157 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 232.

1158 Voy. le point n° 5 de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005. Voy., ironisant sur cet objectif, PH. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives », art. préc., n° 11.

La faible accessibilité de la norme pénale n'est pas seulement due au manque de clarté et de précision des incriminations, elle est encore aggravée par l'utilisation excessive de la technique du renvoi, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel en constituant, là encore, un cas particulièrement significatif.

§ 2. LA COMPLEXITÉ DES TEXTES : L'UTILISATION EXCESSIVE DE LA TECHNIQUE DU RENVOI

253. Présentation de la technique du renvoi. Le principe de légalité criminelle n'oblige pas seulement à une définition précise de l'incrimination et de sa sanction, il tendrait également à ce que la sanction soit précisée « dans le texte même de l'incrimination »¹¹⁵⁹. Or, lorsque la pénalisation des atteintes au consentement contractuel intervient à titre d'auxiliaire, « la loi pénale ne détermine plus que la sanction applicable et la définition du comportement faisant encourir la sanction se trouve ailleurs, dans les dispositions extra-pénales auxquelles il est fait renvoi »¹¹⁶⁰. Il s'agit là d'une *incrimination par renvoi*¹¹⁶¹. Par exemple, l'article L. 121-28 du Code de la consommation punit d'une peine d'emprisonnement d'un an et de 3 750 euros d'amende l'inobservation des règles relatives au démarchage à domicile telles que prévues par les articles L. 121-23 et suivants du même Code. Plus souvent encore, le comportement est défini, mais le texte renvoie, pour sa sanction, à un autre texte - c'est la *pénalisation par renvoi*¹¹⁶². Le renvoi peut concerner deux textes d'un même code ou loi, auquel cas le renvoi est dit *interne*. Il est malheureusement très souvent *externe*, lorsqu'un texte renvoie à un autre qui ne se trouve pas dans le même *corpus* juridique, ce qui complique davantage encore l'accessibilité du droit¹¹⁶³.

254. Obscurité de la technique du renvoi. Théoriquement, la technique du renvoi améliore la clarté des textes, les allégeant en évitant les répétitions inutiles, les coordonnant, et aiguillant le lecteur vers une disposition indispensable à l'application du texte¹¹⁶⁴. Mais la

1159 J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 19ème éd., 2012, n° 135.

1160 M. DELMAS-MARTY, « Rapport général », in *Conception et principes du droit pénal économique et des affaires, y compris la protection des consommateurs*, RIDP 1983, vol. 54, p. 41 et s., spéc. p. 50. Dans le même sens, voy. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 240.

1161 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 388.

1162 Ainsi l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses renvoie, pour connaître les peines applicables, à celles prévues en matière de tromperie (articles L. 121-6 et L. 213-1 du Code de la consommation).

1163 N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », in *La législation par référence*, RRJ 1997, p. 1193 et s., n° 4.

« crise de la technique législative »¹¹⁶⁵ que nous connaissons depuis longtemps, a conduit les vices de la législation par référence à en supplanter les vertus¹¹⁶⁶. En premier lieu, « c'est la porte ouverte aux accidents législatifs »¹¹⁶⁷, dans la mesure où un texte peut être modifié ou abrogé sans que le législateur se soucie de l'autre¹¹⁶⁸. Le problème étant aggravé par la vitesse à laquelle, aujourd'hui, naissent et disparaissent les différents textes. En second lieu, et plus souvent, de tels renvois peuvent s'avérer particulièrement fastidieux pour le lecteur, transformant les textes pénaux en sortes de « messages cryptés »¹¹⁶⁹, difficilement intelligibles¹¹⁷⁰, amenuisant d'autant les fonctions dissuasive et expressive de la sanction pénale.

255. Manifestations de la technique du renvoi. La technique législative du renvoi inonde la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, principalement en raison de son caractère souvent auxiliaire d'autres réglementations. Ainsi, pour connaître la peine applicable à la publicité comparative, l'article L. 121-14 du Code de la consommation invite d'abord à consulter l'article L. 121-6 du Code de la consommation... qui renvoie à son tour à l'article L. 213-1 du même Code. Le même article L. 121-14 du Code de la consommation rend ensuite applicables à certaines infractions¹¹⁷¹ les peines de la contrefaçon, auquel cas il faudra se référer, cette fois, au Code de la propriété intellectuelle¹¹⁷². Nous ne résistons pas au plaisir de recopier cet article, qui n'est pourtant pas l'exemple le plus extrême du mécanisme du renvoi : « sans préjudice de l'application de l'article 1382 du code civil, les infractions aux dispositions des articles L. 121-8 à L. 121-12 sont, le cas échéant, punies des peines prévues, d'une part, aux articles L. 121-1 à L. 121-7 et, d'autre part, aux articles

1164 M. BRUSCHI, « La législation par référence dans le code de la consommation : le puzzle et l'échiquier », in *La législation par référence*, RRJ 1997, p. 1247 et s.

1165 A. VIANDIER, « La crise de la technique législative », *Droits* 1986, n° 4, *crises dans le droit*, p. 75 et s.

1166 J.-L. BERGEL, « Vices et vertus de la législation par référence », in *La législation par référence*, RRJ 1997, p. 1209 et s.

1167 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 389.

1168 PH. CONTE, « L'art de légiférer se perd-il ? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 307 et s.

1169 A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 1354, à propos de la réglementation du crédit immobilier.

1170 La Cour de cassation a pourtant considéré une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cette hypothèse non sérieuse (Crim., 15 juin 2011 ; *Bull. crim.*, n° 132 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 108, obs. J.-H. ROBERT).

1171 Les infractions concernées sont celles qui sont réprimées par les articles L. 121-8 à L. 121-12 du Code de la consommation.

1172 Articles L. 716-9 et L. 716-12 du Code de la propriété intellectuelle (quatre ans d'emprisonnement et 400 000 euros d'amende, peines portées au double en cas de récidive).

L. 716-9 et L. 716-12 du code de la propriété intellectuelle ». Le législateur, écrivait Victor HUGO, mais à l'époque sans ironie, est « l'exécuteur de la volonté des poètes »¹¹⁷³...

Dans un autre ordre d'idées, pour connaître les infractions qui sont considérées, au regard de la récidive, comme une seule et même infraction, l'article L. 213-5 du Code de la consommation renvoie à quatre-vingt sept articles, auxquels il faut encore ajouter sept lois non codifiées. Autre illustration : la peine applicable en cas de refus de vente, incriminé à l'article L. 122-1 du Code de la consommation, se trouve à l'article R. 121-13, 2° du même Code, mais dans une section relative aux... loteries publicitaires. La méthode emprunte aux *cavaliers législatifs*, avec ceci d'original qu'elle perdure après l'adoption du texte. Que dire, sinon que l'on reste désarmé devant un tel manque de clarté ? Il est évident que dans ces conditions, de tels renvois nuisent considérablement à la lisibilité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

Au-delà de ces cas où la seule intelligibilité des textes est menacée, d'autres renvois permettent d'attribuer un pouvoir d'incrimination pénale à des autorités qui ne devraient pas en disposer : cette attribution a pu être qualifiée, pour cela, de « loi pénale en blanc »¹¹⁷⁴.

256. Une manifestation particulièrement dangereuse : la loi pénale en blanc. Cette technique, aussi appelée « renvoi *in futurum* »¹¹⁷⁵ connaît une application principale en matière d'atteinte au consentement, tirée de l'article L. 214-1 du Code de la consommation. Ce texte habilite le gouvernement à prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des chapitres du Code de la consommation relatifs aux fraudes et aux falsifications. Autrement dit, l'article L. 214-1 du Code de la consommation renvoie à un certain nombre de décrets, sans pour autant les délimiter précisément, ce dont témoigne l'adverbe « notamment »¹¹⁷⁶. C'est ainsi par décret que seront réglementés les modes de présentation, les emballages, les factures, les documents commerciaux¹¹⁷⁷, mais aussi la définition, la composition et la dénomination des marchandises¹¹⁷⁸, ainsi que la définition et les conditions d'emploi des termes et expressions publicitaires dont le but est d'éviter

1173 Cité dans l'éditorial de F. ROME, « Oh, la belle loi !!! », *D.* 2009, p. 1329.

1174 L'expression est de M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 46.

1175 Pour l'emploi de cette expression, voy. N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », art. préc., n° 4 ; J.-L. BERGEL, « Vices et vertus de la législation par référence », art. préc., spéc. p. 1215.

1176 Ce qui a posé la question de la constitutionnalité du dispositif, voy. *supra*, n° 9.

1177 Article L. 214-1, 2° du Code de la consommation.

1178 Article L. 214-1, 3° du Code de la consommation.

toute confusion ¹¹⁷⁹. La rédaction large de l'article L. 214-1 du Code de la consommation en fait un facteur d'inflation pénale ¹¹⁸⁰, et effectivement, une centaine de décrets a été pris sur ce fondement - le décret du 7 décembre 1984 relatif aux denrées alimentaires ¹¹⁸¹ est le plus connu - , sans compter les arrêtés ministériels et circulaires administratives destinées aux agents de l'administration ¹¹⁸². Les infractions à ces décrets sont punies de la peine prévue pour les contraventions de la troisième classe ¹¹⁸³ - à moins qu'elles ne se confondent avec les délits de fraude ou de falsification ¹¹⁸⁴.

L'ordre public économique s'accommode fort bien de cette mobilité et de cette adaptabilité des normes ¹¹⁸⁵. La légalité criminelle, en revanche, en souffre nécessairement. Il semble évident que la clarté et l'accessibilité du droit imposent une rationalisation de ces renvois, qui serait particulièrement bienvenue dans le cadre de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Mais une telle rationalisation, ainsi que s'en amuse M. MOLFESSIS, « pourrait sembler constituer un dernier renvoi : aux calendes grecques » ¹¹⁸⁶.

SECTION 3. LA DÉNATURATION DE L'ÉLÉMENT MORAL

257. Étiologie de l'affaiblissement de l'élément moral. La dénaturation ou l'affaiblissement de l'élément moral - ou psychologique - , dans les infractions d'affaires est depuis longtemps un sujet à la mode chez les pénalistes ¹¹⁸⁷. Ceux-ci en traitent toutefois plus souvent pour décrire cet affaiblissement, que pour en comprendre les raisons. Certains ont proposé des explications ; R. MERLE, par exemple, a pu considérer que « La

1179 Article L. 214-1, 4° du Code de la consommation.

1180 M. DELMAS-MARTY, « Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise », art. préc., spéc. p. 99.

1181 Décret n° 84-1147 du 7 décembre 1984 portant application de la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services en ce qui concerne l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires. Voy. égal. les décrets pris en matière de produits pharmaceutiques (décret n° 76-807 du 24 août 1976), d'automobiles (décret n° 78-993 du 4 octobre 1978) ou encore de meubles (décret n° 86-583 du 14 mars 1986).

1182 N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 245.

1183 Soit 450 euros au plus, en vertu de l'article 131-13 du Code pénal.

1184 Article L. 214-2 du Code de la consommation.

1185 G. FARJAT, *L'ordre public économique*, th. préc., n° 586.

1186 N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », art. préc., n° 26. Ce qui n'a rien d'étonnant à lire F. ROME pour qui « Glinglin [est le] nouveau saint patron de la justice française... » (*D.* 2011, p. 737).

1187 W. JEANDIDIER, « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », in *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 369 et s.

démoralisation du droit pénal était depuis longtemps la rançon paradoxale de l'inflation répressive »¹¹⁸⁸. C'est tout à fait exact, mais il est sans doute possible d'aller plus loin, et rappeler que l'inflation en question est le plus fréquemment celle du droit pénal technique intervenant comme auxiliaire d'autres disciplines juridiques, ce qui cause directement, selon nous, l'affaiblissement de l'élément moral des incriminations concernées¹¹⁸⁹. En effet, le comportement est décrit par une réglementation extra-pénale. Or, ces réglementations n'ont la plupart du temps aucune vocation à réprimer un acte grave résultant d'une intention malveillante, mais uniquement à régir certaines activités socio-économiques. Aussi la pénalisation des atteintes au consentement contractuel paraît-elle, en son état actuel, souvent détachée de toute préoccupation éthique et de la notion essentielle de culpabilité propre au droit pénal.

258. Manifestations de l'affaiblissement de l'élément moral. Il est indéniable que l'élément moral des incriminations d'affaires en général, des incriminations d'atteintes au consentement en particulier, « tend à s'amenuiser chaque jour davantage »¹¹⁹⁰. Le dol spécial y est en effet, plus que jamais, une exception¹¹⁹¹. Le dol général, lui, conserve difficilement sa mainmise. La première cause de cet affaiblissement réside dans la prolifération des infractions non-intentionnelles. La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel en est un terrain privilégié : pensons à toutes les incriminations spéciales de la négligence du prêteur dans les crédits mobiliers et immobiliers¹¹⁹². La prolifération des infractions non-intentionnelles n'est toutefois pas systématique, les emblématiques contre-exemples que constituent les pratiques commerciales agressives, et surtout trompeuses¹¹⁹³, en attestent. Mais s'il s'agit bien d'un allègement de l'élément moral, celui-ci ne s'apparente pas pour autant à sa dénaturation.

1188 R. MERLE, « L'évolution du droit pénal français contemporain », in *La plume et la parole, Mélanges offerts à Roger Merle*, Cujas, 1993, p. 75 et s., spéc. p. 77.

1189 Voy., rattachant au caractère technique de la pénalisation « la jurisprudence de la Cour de cassation qui se contente d'une peau de chagrin pour la culpabilité intentionnelle des délits », P. MISTRETTA, « Les frontières du droit pénal des affaires », art. préc., spéc. p. 334.

1190 G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La protection du consommateur par le droit pénal », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVII, 1979, p. 201 et s., spéc. p. 205.

1191 Citons toutefois l'exemple de l'action frauduleuse dans les pratiques anticoncurrentielles, où l'intéressé doit avoir pris « frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre » de ces pratiques (article L. 420-6 du Code de commerce).

1192 Voy. *supra*, n° 122.

1193 Rappelons, en effet, que la suppression de la mauvaise foi dans la version de 1973 de la publicité mensongère avait conduit la jurisprudence à la considérer comme une infraction non-intentionnelle, conception qui fut inversée par la Chambre criminelle le 15 décembre 2009, à propos du nouveau délit de pratiques commerciales trompeuses (*supra*, n° 116).

Il y a, en revanche, indiscutablement dénaturation lorsque aucun élément moral ne sera exigé : c'est le cas des fameuses *infractions matérielles*. Dans une moindre mesure, la multiplication des *présomptions* est également de nature à affaiblir l'élément moral. La dénaturation de l'élément moral en matière de pénalisation des atteintes au consentement contractuel sera donc le résultat soit d'un élément moral *supprimé* (§ 1), soit d'un élément moral *présumé* (§ 2).

§ 1. L'ÉLÉMENT MORAL SUPPRIMÉ

259. La suppression de l'élément moral en matière d'infractions matérielles. Une infraction est dite matérielle lorsqu'elle est constituée par la seule réalisation de l'élément matériel de l'infraction, sans qu'il faille procéder à la recherche d'un quelconque élément moral, pas même d'une négligence ou imprudence¹¹⁹⁴. Théoriquement, les seules infractions matérielles sont les contraventions. En effet, l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994 mit officiellement fin à l'existence de délits matériels. Pourtant, il semble bien que, malgré la prohibition officielle, et plus ou moins insidieusement, certains délits matériels subsistent.

260. La reconnaissance des contraventions comme seules infractions matérielles. Le célèbre premier alinéa de l'article 121-3 du Code pénal - « il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre » - , exclut *a contrario* la recherche d'une quelconque intention en matière de contravention, et la démonstration par le prévenu de sa bonne foi n'aura aucun effet. À une nuance près, toutefois, puisque l'alinéa 5 de cet article précise ensuite, assez maladroitement, qu'« il n'y a point de contravention en cas de force majeure ». Les contraventions sont donc des infractions *matérielles*, au sens où la seule constatation de la matérialité des faits suffit à engager la responsabilité de leur auteur, sauf force majeure. Autrement dit, l'élément moral est inexistant¹¹⁹⁵. Ce rappel s'imposait, car la solution est riche de conséquences en matière de pénalisation des atteintes au consentement contractuel. N'a-t-on pas déjà remarqué la multitude de contraventions qui la compose ? Pensons, au sein d'une liste impressionnante, à l'illustration symptomatique de

1194 L'élément matériel, en général associé à l'élément intentionnel, « suffit à lui seul à constituer l'infraction dans les infractions dites matérielles » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Matériel). L'expression n'est donc pas ici utilisée comme antonyme des infractions qui ne nécessitent pas l'obtention d'un résultat.

1195 Ce principe connaît toutefois certaines exceptions, par exemple les violences sans incapacité (article R. 625-1 du Code pénal), voy. J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 531.

l'article L. 311-49 du Code de la consommation, qui, depuis la loi du 1^{er} juillet 2010, sanctionne d'une amende de 1 500 euros¹¹⁹⁶ la violation de dizaines d'obligations, extrêmement précises, mises à la charge du prêteur dans le cadre du crédit à la consommation. Toutes ces infractions sont des infractions matérielles, exclusives de toute recherche d'intention¹¹⁹⁷. En somme, les contraventions sont autant d'infractions matérielles, et leur surabondance en la matière est une des manifestations de l'affaiblissement de l'élément moral qu'entraîne la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

261. La subsistance d'une forme de matérialité de certains délits. Les délits matériels, autrefois nombreux¹¹⁹⁸, ont disparu. C'est ce qui ressort expressément de la lecture du premier alinéa de l'article 121-3 du Code pénal : « il n'y a point de crime ou de délit sans intention ». La loi d'adaptation du nouveau Code pénal du 16 décembre 1992 a d'ailleurs confirmé cette interprétation¹¹⁹⁹, de même que, quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel¹²⁰⁰. La modification est, bien entendu, théoriquement considérable. Mais, sur un plan pratique toutefois, ses incidences semblent plus nuancées¹²⁰¹. Comme l'a écrit M. JEANDIDIER, la faute matérielle semble avoir survécu, bien que pour cela, elle ait dû « se parer des atours de fautes plus élaborées pour survivre »¹²⁰². Beaucoup des anciennes infractions matérielles sont devenues des infractions formelles, c'est-à-dire indépendantes du résultat finalement obtenu. Elles sont, également, très souvent des infractions d'omission. Or, M. REBUT le démontre dans sa thèse, pour ces infractions à la fois formelles et d'omission, « la question de leur dimension intentionnelle ou imprudente

1196 Il s'agit donc de contraventions de cinquième classe (article 131-13, 5^o du Code pénal).

1197 G. ROYER, « Crédit », *Répertoire pénal Dalloz* 2011, n^o 32 et 35.

1198 A. LÉGAL, « La responsabilité sans faute », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin, op. cit.*, p. 129 et s. ; J.-P. MARTY, « Les délits matériels », *RSC* 1982, p. 41 et s.

1199 Article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 : « Tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la vie d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ». *Adde* la circulaire du garde des Sceaux en date du 14 mai 1993 portant commentaire du nouveau Code pénal, n^o 28, *in fine* : « Est donc supprimée la catégorie des délits matériels ».

1200 Conseil constitutionnel, 16 juin 1999 ; décision n^o 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs* ; *D.* 1999, jur. p. 589, note Y. MAYAUD ; *D.* 2000, somm. p. 197, obs. S. SCORTINO-BAYART ; *AJDA* 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; *RDP* 1999, p. 1287, obs. F. LUCHAIRE.

1201 Sur l'ensemble de cette question, voy. R. HAÏK, *Droit pénal des contrats*, thèse, Paris XI, 2008, n^o 256 et s. *Adde* B. BOULOC, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *RSC* 1995, p. 465 et s., spéc. p. 471, qui présente la résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation à la suppression des délits matériels.

1202 W. JEANDIDIER, « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », art. préc., n^o 14.

ne se pose pas »¹²⁰³. En effet, l'élément matériel est constitué par la négligence de la personne - car c'est une infraction d'omission - , sans qu'on tienne compte d'un éventuel résultat - car c'est une infraction formelle. L'infraction étant non-intentionnelle¹²⁰⁴, la constatation de la négligence établit à la fois l'élément matériel et moral de l'infraction. Bien que l'expression de délits matériels soit bannie, ce type de délits semble bien aboutir au même résultat. Insidieusement, les délits matériels sont ainsi parvenus à maintenir leur existence, notamment parmi les incriminations des atteintes au consentement contractuel. Cela semble bien être le cas des délits sanctionnant les violations aux formalités du crédit immobilier¹²⁰⁵. Anciennes infractions matérielles¹²⁰⁶, ces délits sont aujourd'hui des infractions à la fois formelles et d'omission. Autre indice : les violations similaires, commises cette fois dans le cadre du crédit à la consommation¹²⁰⁷, sont cette fois sanctionnées par des contraventions, dont on connaît l'appartenance à la catégorie des infractions matérielles. Cette forme d'acte manqué de la part du droit français, ne révèle-t-elle pas son inconscient - la difficulté de supprimer définitivement les délits matériels ? On peine à imaginer, en tous les cas, les juges faire œuvre de rigueur dans la recherche de l'intention pour ces délits liés au crédit immobilier. Que ce soit par ce biais de la subsistance de certains délits matériels, ou plus directement, par la multiplication des contraventions, les différentes infractions matérielles, plus qu'elles n'affaiblissent l'intention, la suppriment. Ce n'est pas la seule hypothèse de dénaturation de l'élément moral. À côté de la suppression pure et simple de l'intention, la prolifération des présomptions de l'élément moral de l'infraction contribue, plus insidieusement, à son affaiblissement.

§ 2. L'ÉLÉMENT MORAL PRÉSUMÉ

262. La dénaturation de l'élément intentionnel par le mécanisme des présomptions. Le principe de la nécessité de l'intention, affirmé par l'article 121-3, alinéa 1^{er} du Code pénal, connaît une seconde nuance. Cette nuance ne tend pas cette fois à supprimer l'intention, comme en matière d'infractions matérielles. L'intention continue à

1203 D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon III, 1993, n° 235.

1204 C'est ce qui résulte de l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992, voy. V. VALETTE-ERCOLE, « Droit pénal de la consommation », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, *op. cit.*, p. 143 et s., spéc. p. 150.

1205 Voy. les articles L. 312-32 et suivants du Code de la consommation.

1206 En ce sens, voy. not. G. ROYER, « Crédit », fasc. préc., n° 59 et 65.

1207 Article L. 311-49 du Code de la consommation.

être exigée, mais elle est *présumée*. Plus précisément, on se contentera de vérifier la réalisation des faits, soit la commission de l'élément matériel. De cette réalisation des faits sera déduite l'intention, à moins que le prévenu ne parvienne à démontrer sa bonne foi ¹²⁰⁸. La solution est extrêmement pratique, car elle dispense le juge de la recherche souvent délicate de l'intention. Cet avantage peut s'avérer crucial dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, et dans la délinquance d'affaire en général, qui est une délinquance d'astuce, souvent l'œuvre d' « esprits nocifs supérieurs » ¹²⁰⁹. Elle n'est pourtant pas sans risque, car c'est bien affaiblir voire dénaturer l'élément intentionnel de l'infraction que de le présumer à partir de la simple réalisation des faits, c'est convertir l'élément intentionnel en simple conséquence de l'élément matériel. Ces présomptions, bien qu'édictees pour le plus grand bien social, heurtent alors certains principes comme la présomption d'innocence ou l'égalité des armes ¹²¹⁰. Elles prolifèrent pourtant, et tout particulièrement dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

De multiples illustrations de présomptions de l'élément intentionnel pourraient en être tirées, par exemple de la plupart des délits issus de la réglementation du démarchage bancaire et financier ¹²¹¹. Nous ne développerons ici que la plus significative d'entre elles, tirée du délit de tromperie.

263. L'illustration de l'élément intentionnel du délit de tromperie. Le délit est en principe une infraction intentionnelle, qui requiert la démonstration de la mauvaise foi du professionnel ¹²¹². Le nom même de tromperie n'invite-t-il pas, d'ailleurs, à considérer que tromper, c'est induire volontairement l'autre en erreur ? ¹²¹³ Aucune intention de nuire, cependant, n'est exigée par la jurisprudence, qui se contente de la conscience, chez l'auteur, que son produit est trompeur. Cette conscience ne saurait, en théorie, être présumée ¹²¹⁴.

1208 En ce sens, voy. M. OTTENHOF, lequel remarque que, de manière générale, « à la notion d' "intention-volonté", le droit pénal économique préfère la notion d' "intention-connaissance" » (R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 187).

1209 W. JEANDIDIER, « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », art. préc., n° 3.

1210 Bien que les présomptions soient simples et non irréfragables : *idem*, n° 10.

1211 Voy. W. JEANDIDIER, « Démarchage. - Démarchage bancaire ou financier », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2011, n° 17, 19, 21, 27, 29, 35 et 37.

1212 Pour une application, voy. Crim., 13 juin 1984 ; *Bull. crim.*, n° 214 ; *JCP G* 1985, I, 13711.

1213 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 432.

1214 Crim., 4 janvier 1977 ; *Bull. crim.*, n° 4 ; *D.* 1977, jur. p. 366, note J.-C. FOURGOUX.

Cela étant, la jurisprudence a largement abaissé son niveau d'exigence, à tel point que le défaut de contrôle ou de vérification suffit à établir la mauvaise foi du professionnel ¹²¹⁵.

La sévérité est plus forte encore à l'égard des importateurs. Sur impulsion du juge ¹²¹⁶, le législateur introduisit en 1983 un nouvel article dans la loi de 1905, devenu depuis l'article L. 212-1 du Code de la consommation : le responsable de la première mise sur le marché est tenu de vérifier sa conformité aux prescriptions en vigueur ¹²¹⁷. Ce texte, déjà exigeant en tant que tel, a été largement complété par la jurisprudence. Les juges déduisent en effet systématiquement l'élément intentionnel de la simple réalisation de l'élément matériel ¹²¹⁸. Ils rajoutent, surtout, l'obligation de vérifier les produits non seulement lors de l'achat et avant l'entrée sur le territoire, mais aussi après ¹²¹⁹, et même régulièrement par la suite ¹²²⁰. Et l'existence de certificats de conformité, même issus de laboratoires européens ¹²²¹ ne saurait exonérer l'importateur ¹²²². Enfin, dans une espèce particulière, la jurisprudence

1215 Voy., parmi une jurisprudence fournie, Crim., 12 avril 1976 ; *D.* 1977, jur. p. 239, note J.-C. FOURGOUX ; Crim., 5 novembre 1985 ; *D.* 1986, somm. p. 402, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Crim., 10 décembre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 457 ; *JCP G* 1997, IV, 777 ; Crim., 13 janvier 2009 ; inédit, pourvoi n° 08-84908.

1216 Crim., 29 avril 1980 ; *Bull. crim.*, n° 111.

1217 Article L. 212-1 du Code de la consommation : « Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs. Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur ».

1218 « Compte tenu de la qualité de professionnel du prévenu, l'insuffisance du contrôle mis en œuvre caractérise l'élément intentionnel du délit de tromperie », a ainsi pu décider la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 9 mars 1999 ; *RSC* 2000, p. 213, obs. D. REBUT ; Crim., 11 juin 2003 ; *Bull. crim.*, n° 120 ; *RSC* 2004, p. 107, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; Crim., 13 juin 2006 ; *Bull. crim.*, n° 176 ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 143, obs. J.-H. ROBERT).

1219 L'importateur de produits est tenu de vérifier leur conformité aux normes en vigueur dès leur première mise sur le marché et le contrôle des échantillons auquel il a fait procéder avant l'importation ne saurait satisfaire aux prescriptions de ce texte ; en l'absence de ces vérifications, l'importateur est coupable de tromperie, voy. not. Crim., 10 avril 1997 ; *Bull. crim.*, n° 138 ; *JCP E* 1997, II, 1008, note J.-H. ROBERT ; *Droit pénal* 1997, comm. n° 113, note J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 161, note G. RAYMOND ; *RTD com.* 1998, p. 217, obs. B. BOULOC ; Crim., 6 avril 2004 ; *Bull. crim.*, n° 86 ; *Contrats concurrence consommation* 2004, comm. n° 118, note G. RAYMOND ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 114, note J.-H. ROBERT ; Crim., 20 septembre 2011 ; *Bull. crim.*, n° 181 ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 3887, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *AJ Pénal* 2012, p. 38, obs. J. GALLOIS ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 156, note J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 32, obs. G. RAYMOND ; *RSC* 2012, p. 154, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RDC* 2012, p. 946, obs. V. MALABAT ; *RTD com.* 2012, p. 206, obs. B. BOULOC.

1220 Voy. Crim., 20 mars 2012 ; préc. : « le fait de se contenter d'une analyse, effectuée en mars 2005, est manifestement insuffisant pour assurer la sécurité du consommateur, et la défaillance du prévenu résulte du fait que celui-ci s'est soustrait à l'obligation qui lui incombait par ses fonctions de faire exercer les contrôles nécessaires ».

1221 Voy. not. Crim., 20 mars 2012 ; préc. (certificat délivré par un laboratoire belge). Même solution pour un certificat délivré par un laboratoire européen installé en Chine (Crim., 20 septembre 2011 ; préc.).

1222 Alors même que la CJCE a déclaré qu'un importateur devait pouvoir se fier aux certificats délivrés par les autorités de l'état membre du producteur ou par un laboratoire reconnu par ces autorités (CJCE, 11 mai 1989, aff. 25/88, *Wurmser et a.* ; *D.* 1990, somm. p. 94, obs. L. CARTOU ; *RSC* 1990, p. 158,

avait même caractérisé l'élément intentionnel dans le cas où le professionnel avait, certes, procédé aux vérifications réglementaires, mais n'avait pas utilisé les méthodes facultatives qui étaient suggérées pour le contrôle d'un produit ¹²²³. L'on s'éloigne considérablement des exigences formulées par le texte...

Finalement, comme le remarquait M. ROBERT, la force de ces présomptions « transforme en fiction le caractère intentionnel des délits de tromperie et de falsification » ¹²²⁴. Ainsi que le présente désormais une doctrine quasi unanime, « on aurait plus vite fait de dire, pour exprimer exactement l'état de la jurisprudence, que la tromperie est un délit d'imprudence ou de négligence » ¹²²⁵, en tous les cas en ce qui concerne les professionnels ¹²²⁶. Pire, les présomptions d'intention font qu'il est plus difficile de prouver la négligence ou l'imprudence de la personne que sa volonté délibérée de commettre les faits ¹²²⁷. Il semble bien en effet que seule l'impossibilité pour le prévenu de se livrer aux vérifications imposées permettrait de retenir le défaut d'intention. La protection du consommateur est alors d'autant plus efficace ¹²²⁸ ; il reste que cet affaiblissement de l'élément moral aboutit à sa dénaturation ¹²²⁹.

264. Conclusion de Chapitre. La dénaturation de l'élément intentionnel de la tromperie est symptomatique de celle que subissent souvent les éléments légal, matériel et moral des incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. La volonté de prévenir et réprimer au mieux les atteintes au consentement contractuel a en effet conduit non seulement à une inflation pénale ainsi qu'à de larges facilités procédurales, mais encore à étendre les éléments constitutifs classiques des incriminations, au risque de les dénaturer. Outre les méfaits - évidents -, du nombre des incriminations, il est tout à fait possible d'y voir une conséquence du caractère

obs. J.-C. BONICHOT).

1223 Crim., 17 septembre 2002 ; *Bull. crim.*, n° 166 ; *Droit pénal* 2002, comm. n° 125, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2003, p. 106, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

1224 J.-H. ROBERT, « La distinction des délits et des contraventions de fraude », *Droit pénal* mars 1990, chron. p. 1 et s., spéc. p. 2 ; alors pourtant que « le principe de la légalité pénale doit inspirer de la répugnance à l'égard des fictions » (*ibidem*).

1225 J.-H. ROBERT, note sous Crim., 7 avril 1999 ; *Droit pénal* 1999, comm. n° 103. Comp., évoquant un *dol éventuel*, E. VERNY, « Fautes et tromperies », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel, op. cit.*, p. 633 et s., spéc. p. 637.

1226 Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. Université, 2ème éd., 2010, n° 219.

1227 N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 286.

1228 *Idem*, n° 283.

1229 *Idem*, n° 282.

essentiellement auxiliaire de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel : les réglementations renforcées par la sanction pénale ne sont nullement tenues par le respect des exigences pénales classiques. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant de constater que certaines implications, loin d'être voulues ni maîtrisées par les auteurs de la pénalisation, sont en réalité involontaires et subies. En tous les cas, l'étude de ces implications paraissait nécessaire à celle, plus générale, de l'étendue de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, car elles y participent pleinement. Mais à bien y regarder, les implications de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel ne concernent pas les seuls mécanismes relevant de la responsabilité pénale. Le droit civil, qui coexiste naturellement avec le droit pénal dans le cadre de la lutte contre les atteintes au consentement contractuel, est également affecté. La principale manifestation a trait à la validité du contrat, fragilisée par la répression pénale vaste et impérative.

CHAPITRE II. LES IMPLICATIONS SUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT

265. Les implications de la pénalisation sur la responsabilité civile extra-contractuelle. La pénalisation a naturellement des implications sur la responsabilité civile extra-contractuelle de l'auteur d'une atteinte au consentement. Une fois l'infraction constatée, la personne qui a directement et personnellement souffert du dommage causé pourra exercer son action civile, soit « en même temps que l'action publique et devant la même juridiction »¹²³⁰, soit « devant une juridiction civile, séparément de l'action publique »¹²³¹. La teneur de la décision pénale antérieure sera en tous les cas susceptible d'exercer une influence déterminante sur l'issue de l'instance civile, à travers la règle de la primauté du criminel sur le civil, qui se décline elle-même en deux règles principales : le sursis à statuer et l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Ces implications sur la responsabilité civile extra-contractuelle ne méritent ici pas de développements particuliers, car la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel ne présente, à leur égard, aucune spécificité.

266. Les implications de la pénalisation sur la validité du contrat. La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel exerce en revanche une influence remarquable sur la validité du contrat. Ces implications sont d'abord d'ordre procédural (Section 1) en raison du principe de primauté du criminel sur le civil, qui peut conduire le juge civil à surseoir à statuer dans l'attente d'une décision pénale liée au contrat litigieux, et qui l'enjoint, une fois celle-ci rendue, à en respecter la teneur. D'une manière plus originale, il faut surtout remarquer que ces implications sont d'ordre substantiel (Section 2), lorsque la simple présence d'une infraction pénale va pouvoir rendre nul un contrat que le juge civil aurait, sans elle, considéré valable.

1230 Article 3, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

1231 Article 4, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

SECTION 1. LES IMPLICATIONS PROCÉDURALES DE LA PÉNALISATION SUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT

267. L'option procédurale offerte à la victime d'une atteinte au consentement.

Les articles 3 et 4 du Code de procédure pénale accordent à la victime de l'infraction une liberté d'option entre la voie civile et la voie pénale. La seule réserve tient dans l'adage *Electa una via, non datur recursus ad alteram*¹²³², c'est-à-dire l'irrévocabilité de l'option une fois le choix effectué¹²³³, étant précisé que la règle ne vaut que si le choix initial a été porté sur les tribunaux civils¹²³⁴. L'irrévocabilité de l'option implique encore que l'action portée au pénal soit la même que l'action dont a été saisi le juge civil. Cela suppose l'identité des parties, de la cause et de l'objet. Par conséquent, les actions à fins civiles¹²³⁵, comme la demande d'annulation ou de résolution du contrat, ne font pas obstacle à la saisine du juge pénal en vertu de l'irrévocabilité car il s'agit de compétences exclusives du juge civil. Ainsi la victime d'une escroquerie est-elle fondée à agir au civil pour faire annuler le contrat, tout en réclamant des dommages-intérêts au juge pénal¹²³⁶. La solution est la même au stade de l'exécution du contrat. Elle date d'un arrêt rendu par la chambre criminelle en 1930¹²³⁷, dont on a pu déduire que « la cause de l'action intentée devant le tribunal répressif est différente de la cause de l'action exercée devant la juridiction civile. Or, la cause de cette dernière est contractuelle, puisqu'il s'agit d'une action visant à tirer les conséquences de la violation du contrat ; c'est donc que la cause de l'action exercée devant la juridiction répressive, à raison des mêmes faits, n'est pas contractuelle »¹²³⁸. Or, dans l'hypothèse de deux actions menées concomitamment ou successivement devant les juges pénal et civil, se pose la question d'une éventuelle implication de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sur la validité du contrat, qui serait alors l'une des manifestations du fameux principe de primauté du criminel sur le civil.

1232 La règle peut être traduite ainsi : « une voie choisie, on ne peut revenir à l'autre » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, v° *Electa una via non datur recursus ad alteram*, n° 109).

1233 La règle est consacrée à l'article 5 du Code de procédure pénale « La partie qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente ne peut la porter devant la juridiction répressive ».

1234 Et encore faut-il préciser que les exceptions à cet adage sont nombreuses, voy. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. Manuel, 9ème éd., 2013, n° 1678.

1235 Sur la distinction des actions civiles et à fins civiles, voy. B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 229.

1236 Civ. 2ème, 24 juin 1987 ; *Bull. civ.* II, n° 140.

1237 Crim., 21 mars 1930 ; *Gaz. Pal.* 1930, jur. p. 902.

1238 M. MULLER, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, th. préc., n° 142.

268. La primauté du criminel sur le civil. La *primauté du criminel sur le civil* s'exerce, à titre principal, sur la responsabilité civile. Mais la liberté du juge civil qui devra statuer sur la validité du contrat apparaît également affectée. La primauté du criminel sur le civil connaît deux prolongements. En premier lieu, elle veut que le juge civil sursoie à statuer lorsque, pour la même affaire, une instance pénale est en cours. Il est vrai que cette solution est atténuée depuis la loi du 5 mars 2007, laquelle a rendu facultatif le sursis à statuer du juge saisi d'une action à fins civiles (§ 1). Il n'en reste pas moins que lorsqu'une décision pénale aura été rendue avant la décision civile, le juge civil est tenu de s'y conformer en vertu de *l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* (§ 2).

§ 1. LA SIMPLE FACULTÉ DU JUGE SAISI À FINS CIVILES DE SURSEoir À STATUER

269. « Le criminel tient le civil en l'état ». Dans le cas d'une action civile en réparation exercée « devant une juridiction civile, séparément de l'action publique », l'article 4 du Code de procédure pénale prévoit, en son alinéa 2, qu'il « est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement »¹²³⁹. Il n'est ici nul besoin d'une identité de parties, de cause et d'objet¹²⁴⁰ ; il suffit que l'action publique et l'action civile « procèdent du même fait »¹²⁴¹. Plus précisément, la jurisprudence retient le sursis « dès que la décision à intervenir sur l'action publique est susceptible d'influer sur celle de la juridiction civile »¹²⁴². La règle apparaît fondamentale puisque la Cour de cassation impose aux juges de « s'expliquer sur les raisons pour lesquelles la décision pénale à intervenir n'était pas susceptible d'exercer une influence sur la solution de l'instance civile »¹²⁴³. Telle est la règle classique de l'obligation de surseoir à statuer du juge civil, laquelle peut être soulevée d'office par le juge civil¹²⁴⁴. Cela étant, il faut bien avouer que, historiquement, « les décisions appliquant la règle "Le criminel tient le civil en l'état" à une action en nullité ne

1239 La mise en mouvement est caractérisée par la simple constitution de partie civile contre X (voy. par ex., Civ. 2ème, 2 février 1960 ; D. 1961, jur. p. 233, note P. BOUZAT) ; en revanche, une dénonciation ou plainte simple ne suffit pas (Civ. 2ème, 30 avril 1970 ; D. 1970, somm. p. 189).

1240 Une stricte identité est de toute façon impossible, puisque les demandes civiles et pénales n'ont pas la même finalité.

1241 Req., 5 juin 1882 ; D. P. 1883, I, p. 291.

1242 Les différentes chambres de la Cour de cassation utilisent cette formule, voy. par ex., Civ. 1ère, 14 juin 2007 ; inédit, pourvoi n° 05-16561 ; Com., 14 mai 1985 ; Bull. civ. IV, n° 152 ; Soc., 1^{er} octobre 2002 ; inédit, pourvoi n° 00-45070.

1243 Civ. 2ème, 24 juin 1998 ; Bull. civ. II, n° 220.

1244 Voy. les articles 120 et suivants du Code de procédure civile, consacrés aux cas où le juge civil doit obligatoirement surseoir à statuer, et particulièrement l'article 125 qui accorde au juge la faculté de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée.

sont pas légion »¹²⁴⁵. Mais surtout, depuis la loi du 5 mars 2007, le sursis à statuer sur les actions à fins civiles ne constitue plus qu'une simple faculté pour le juge civil¹²⁴⁶.

270. L'atténuation de la règle par la loi du 5 mars 2007. La loi du 5 mars 2007¹²⁴⁷ a amenuisé les implications de la primauté du criminel sur le civil et, partant, l'influence concrète de la pénalisation sur les possibilités d'annulation du contrat. La loi a en effet supprimé l'obligation pour le juge civil de surseoir à statuer sur une action à fins civiles, même lorsqu'une décision pénale est de nature à influencer la solution civile du litige. Désormais, l'alinéa 3 de l'article 4 du Code de procédure pénale dispose que « La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil »¹²⁴⁸. C'est donc la fin de la règle « Le criminel tient le civil en l'état » pour les actions à fins civiles¹²⁴⁹. Le juge civil peut toujours surseoir à statuer s'il l'estime utile, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, mais il ne s'agit plus que d'une simple faculté¹²⁵⁰. L'obligation de surseoir ne concerne plus que l'action en réparation du dommage causé par l'infraction. Il s'ensuit que le contrat pourra être annulé, par exemple pour dol ou violence, sans que la victime ayant excipé de l'autorité du criminel sur le civil n'obtienne de dommages-intérêts en raison de la faute délictuelle du cocontractant tant que le jugement pénal n'a pas été rendu. Cette atténuation de la règle présente certains avantages ; on en retiendra, pourtant, surtout les inconvénients.

271. Avantages de la faculté de sursis à statuer. L'instauration d'une simple faculté à la place de l'obligation de surseoir à statuer, permet de renforcer l'indépendance et le travail

1245 Y.-M. SERINET, note sous Soc., 23 mai 2007, Civ. 3ème, 10 mai 2007 et Com., 19 décembre 2006 ; RDC 2007, p. 1229 et s., spéc. p. 1232. Pour un exemple en matière d'escroquerie, voy. Com., 30 mars 1978 ; *Bull. civ.* IV, n° 95.

1246 Il existe d'autres limites au sursis à statuer (voy. J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 1055 et s.), parmi lesquelles on retiendra l'autorisation pour la victime, même constituée partie civile, à agir en référé devant le juge civil compétent pour « ordonner toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet des poursuites lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable » (article 5-1 du Code de procédure pénale).

1247 Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à l'équilibre de la procédure pénale.

1248 Le législateur de 2007 est allé moins loin que ne le suggérait le rapport « MAGENDIE » (J.-C. MAGENDIE (dir.), *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2004, p. 117 et s.), lequel proposait la suppression de toute autorité du criminel sur le civil, la remplaçant par une action en révision de la décision civile en cas de contrariété irréductible avec la décision de justice pénale.

1249 La jurisprudence postérieure à la loi l'a confirmé, voy. Com., 24 juin 2008 ; *Procédures* 2008, comm. n° 230, note R. PERROT.

1250 Voy. Soc., 17 septembre 2008 ; *Bull. civ.* V, n° 164 ; *AJ Pénal* 2008, p. 510, note C. PORTERON.

du juge civil. Il est vrai que derrière la règle de l'obligation de surseoir à statuer et, plus généralement, la primauté du criminel sur le civil, se cachent des considérations négatives, et passablement exagérées selon nous, sur le « juge passif »¹²⁵¹ civil, par opposition à un juge pénal qui disposerait de facilités probatoires et d'une légitimité renforcée, étant protecteur de l'ordre public et des libertés individuelles¹²⁵². Le présumé d'un juge pénal infaillible se heurte parfois à une réalité moins reluisante. Et en cas d'erreur du juge pénal, le justiciable en pâtit alors doublement car le juge civil ne peut le contredire. Il est possible, au demeurant, de poser la question d'une éventuelle atteinte au principe du contradictoire, donc au procès équitable¹²⁵³. On remarquera en effet qu'une partie absente au procès pénal, n'aura pas la possibilité de présenter ses arguments devant le juge civil¹²⁵⁴. En soi, la suppression de l'obligation de surseoir à statuer atténue donc les inconvénients qui viennent d'être présentés. Pour autant, de sévères critiques viennent à son encontre.

272. Inconvénients de la faculté du sursis à statuer. La simple faculté pour le juge civil de surseoir à statuer lorsqu'une instance pénale est parallèlement engagée atténue considérablement, en pratique, l'influence de la pénalisation sur la validité du contrat. Elle est alors d'autant plus critiquable que l'on peut douter de son bien-fondé. En premier lieu, il paraît totalement « illogique de distinguer le sursis à statuer de l'autorité de la chose jugée »¹²⁵⁵, les deux règles ayant un fondement commun, celui de la primauté du criminel sur le civil. Leur rôle est, à titre principal, celui d'une « harmonisation décisionnelle »¹²⁵⁶ : ce qui est jugé valable au pénal doit l'être de même au civil. Or, ce rôle peut être réduit à néant lorsque le juge civil refusera de surseoir à statuer. En effet, le juge civil pourra trancher le litige dans un sens opposé au juge pénal, dont le jugement

1251 A. VITU, « Le problème de la chose jugée au pénal et son influence sur le civil », *Revue de droit pénal et de criminologie* 1966-1967, p. 720 et s., spéc. p. 728. Le juge civil est pourtant susceptible de jouer un rôle très actif (voy. par ex. les articles 11 et suivants du Code de procédure civile).

1252 Pour un exposé critique de la supériorité du système probatoire répressif, voy. A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préf. B. DE LAMY, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 49, 2010, n° 215 et s.

1253 Pour la Cour EDH, l'article 6-1 de la Convention EDH comprend le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative aux droits et obligations à caractère civil (Cour EDH, 21 février 1975, requête n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, § 36).

1254 Précisons toutefois que, tenant compte de cet obstacle majeur, la jurisprudence tend à exclure le principe à l'égard des personnes qui n'étaient pas parties à l'instance pénale (voy. déjà, Civ. 9 mai 1898 (arrêt dit *Sainglas*) ; D. 1898, I, p. 505 ; sur ce point, voy. J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1039, et M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris II, 1988, n° 169).

1255 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 435.

1256 A. BOTTON, *Contribution à l'étude de la chose jugée au pénal sur le civil*, th. préc., n° 103. Selon l'auteur, le rôle de la primauté du criminel sur le civil tient également dans un objectif « d'accélération du cours du procès civil » (*ibidem*).

interviendra plus tard. En pratique, affaiblir la règle du sursis à statuer amenuise d'autant l'autorité du criminel sur le civil. Il est vrai que l'on n'est plus à une contradiction près en la matière : ainsi la jurisprudence accorde aux règles relatives au sursis à statuer un caractère d'ordre public, qu'elle refuse à l'autorité de la chose jugée¹²⁵⁷. On constate donc que l'indépendance du juge civil y gagne ce que la cohérence du droit y perd, tant il est vrai que la validité du contrat est susceptible d'être intimement liée à une éventuelle infraction pénale. Mais en réalité, le juge civil y gagne-t-il réellement une indépendance ? Avant la réforme, les juges ne retenaient déjà que les seules hypothèses où la décision pénale était susceptible d'influer sur la décision civile. En pratique, cela leur permettait déjà de contrôler l'opportunité du sursis à statuer¹²⁵⁸. Un autre avantage consisterait, pour les juges, à pouvoir refuser de surseoir à statuer dans le cas d'une décision pénale susceptible d'influer sur le procès civil, mais exercée de manière dilatoire par une partie¹²⁵⁹. On objectera que la répression des constitutions abusives de partie civile est justement là pour contrer ce genre de pratiques dilatoires, et qu'il ne s'agit donc pas là d'un argument dirimant¹²⁶⁰. Enfin, l'argument de la rapidité du procès ne paraît pas devoir être accueilli¹²⁶¹. En premier lieu, cet argument est paradoxal car l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est parfois justement présentée comme fondée sur l'accélération du cours du procès civil : « si le juge civil est, par l'effet de l'autorité de la chose jugée au pénal, dispensé de revenir sur une énonciation du juge pénal, comment ne pas y voir un gain de temps ? »¹²⁶². En second lieu, et surtout, si cet argument de la rapidité du procès devait malgré tout être retenu, il devrait valoir tant pour les actions à fins civiles que pour les actions civiles *stricto sensu*, ce qui n'est pas le cas. À notre avis, le réel manque de logique du législateur se situe ici : soit il devrait préférer la rapidité du procès, et supprimer la règle du sursis à statuer, soit donner la préférence à la cohérence de la justice, et maintenir en son intégralité la règle.

1257 V. TELLIER, « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », *RSC* 2009, doct. p. 797 et s., n° 28. *Contra*, estimant que la jurisprudence ne consacre plus au sursis à statuer un caractère d'ordre public, J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1060. *Adde* en jurisprudence, quelques décisions affirmant que les juges n'ont pas à assurer le respect d'office du sursis à statuer (Civ. 1ère, 28 avril 1982 ; *Bull. civ.* I, n° 152 ; Soc., 4 octobre 1989 ; *Bull. civ.* V, n° 565).

1258 En ce sens, B. BOULOC, *RSC* 2007, p. 574 : « les juges appréciaient déjà l'opportunité d'un sursis à statuer, de sorte que le texte nouveau n'était pas nécessaire ».

1259 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 427.

1260 Signalons toutefois que la jurisprudence civile accepte parfois le sursis à statuer, même lorsque la plainte au pénal n'est pas sérieuse, voire dilatoire (Civ. 2ème, 16 février 1967 ; *Gaz. Pal.* 1967, jur. p. 314 ; *contra*, rejetant une demande de sursis n'ayant « qu'un caractère dilatoire », Civ. 2ème, 10 juin 1966 ; *Bull. civ.* II, n° 672).

1261 *Contra*, mettant en avant cet argument, L. MINIATO, « La jurisprudence contre la loi ? Vers une interprétation (encore) audacieuse de l'article 4 du code de procédure pénale », *LPA* 24 juillet 2008, n° 148, p. 7 et s.

1262 A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, th. préc., n° 105.

Dans un autre ordre d'idée, la simple faculté de surseoir à statuer a posé la question d'une atténuation de la règle de primauté du criminel sur le civil. Une partie de la doctrine considère en effet que l'exclusion de l'obligation du sursis pour les actions à fins civiles entraîne l'exclusion, pour ces mêmes actions, de l'autorité de la chose jugée en raison du lien qui unit les deux règles¹²⁶³. La jurisprudence semble toutefois avoir maintenu sa position¹²⁶⁴. L'autorité du criminel sur le civil reste donc le principe. Son *existence* ne dépend nullement de la règle « le criminel tient le civil en l'état », seule son *applicabilité* diminue¹²⁶⁵.

§ 2. L'INFLUENCE DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL SUR LE CIVIL QUANT À LA VALIDITÉ DU CONTRAT

273. Domaine de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Bien que la règle soit confinée dans un cadre précis¹²⁶⁶, la chose jugée au pénal a en principe autorité sur le civil. Précisons - mais c'est une évidence - , que le juge pénal ne sera, lui, pas lié par la teneur du jugement civil : l'autorité de la chose jugée ne fonctionne que dans un sens¹²⁶⁷. Bien que la solution ne figure pas dans les textes¹²⁶⁸, la jurisprudence affirme depuis le XIXème siècle « le principe d'après lequel les décisions de justice répressive ont au civil l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous »¹²⁶⁹. L'autorité de la chose jugée ne s'attache cependant qu'à certaines dispositions pénales, rendues par les juridictions de jugement sur

1263 Voy. not. J.-H. ROBERT, « L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil », *Procédures* 2007, étude n° 19, n° 27.

1264 Soc., 9 avril 2008 ; inédit, pourvoi n° 07-40880 ; Soc., 21 mai 2008 ; *Bull. civ.* V, n° 107 ; *JCP G* 2008, II, 10135, note S. DETRAZ ; *JCP S* 2008, 1371, note I. BEYNEIX.

1265 A. BOTTON, *Contribution à l'étude de la chose jugée au pénal sur le civil*, th. préc., n° 157 et s., et n° 370.

1266 Voy. M. DANTI-JUAN, « Action civile », *Répertoire civil Dalloz* 2009, n° 229 et s.

1267 Ce principe ancien (voy. déjà, *Crim.*, 10 août 1878 ; *S.* 1879, I, p. 481, note E. VILLEY) ne semble souffrir d'aucune exception. Pour une critique, voy. PH. BONFILS, *L'action civile, Essai sur la nature juridique d'une institution*, préf. S. CIMAMONTI, PUAM, 2000, n° 350.

1268 Pour une présentation critique des fondements de la primauté du criminel sur le civil, voy. A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, th. préc., n° 127 et s. Sur l'infructueuse « chasse au texte » (expression de N. VALTICOS, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Librairie du recueil Sirey, 1953, n° 84, p. 73), voy. V. TELLIER, « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », art. préc., n° 22 et s. Finalement, le texte le plus cohérent serait tout simplement l'article 4 du Code de procédure pénale lui-même relatif au sursis à statuer : pourquoi le juge devrait-il surseoir à statuer, si ce n'est pour devoir tenir compte du jugement rendu par le juge pénal ?

1269 *Civ.*, 7 mars 1855 (arrêt dit *Quertier*) ; *Bull. civ.*, n° 31 ; *D. P.* 1855, I, p. 81 ; *S.* 1855, I, p. 439 : « L'ordre social aurait à souffrir d'un antagonisme qui aurait pour résultat d'ébranler la foi due aux arrêts de la chambre criminelle ». Ce dont on peut déduire deux choses : il faut éviter toute contradiction entre justices pénale et civile ; pour l'éviter il faut donner la préférence à la voie pénale.

le fond ¹²⁷⁰, et devenues irrévocables ¹²⁷¹. La règle vise à éviter tout risque de contradiction entre deux décisions, l'une civile et l'autre pénale, le droit entendant accorder officiellement une priorité à cette dernière ¹²⁷². Il ne s'agit pas d'interdire au juge civil de statuer, mais uniquement de le lier à ce que le juge pénal aura auparavant décidé. Le juge pénal peut d'abord rendre une décision purement civile, se prononçant sur le droit à réparation du préjudice de la victime, décision qui ne s'impose aux juridictions civiles qu'en vertu de l'article 1351 du Code civil, c'est-à-dire selon le droit commun de l'autorité de la chose jugée, à moins que la qualification du préjudice ne soit un élément constitutif de l'infraction ¹²⁷³. Mais le juge pénal peut surtout rendre une décision répressive, en statuant sur une question civile, par exemple l'existence ou la qualification d'un contrat comme condition préalable de l'abus de confiance ¹²⁷⁴ ou comme composante de l'escroquerie. Dans cette hypothèse, « le sort du contrat sera scellé par la décision pénale » ¹²⁷⁵. L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil suppose toutefois des constatations à la fois certaines ¹²⁷⁶, et constituant le « soutien nécessaire de la condamnation pénale » ¹²⁷⁷, c'est-à-dire les éléments de preuve retenus par le juge répressif pour caractériser la composante d'une infraction ¹²⁷⁸. Ces conditions sont primordiales, tant au stade de la formation que de l'exécution du contrat ; il faut néanmoins préciser leur portée.

1270 L'affirmation pose problème dans deux hypothèses. En premier lieu, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est assimilée à un « jugement de condamnation » par l'article 495-11 du Code de procédure pénale et devrait donc avoir autorité de chose jugée au civil. En revanche, la composition pénale débouchant sur une ordonnance de validation par le président du tribunal sans débat contradictoire (article 41-2 du Code de procédure pénale), ne peut avoir autorité de chose jugée sur le civil (Soc., 13 janvier 2009 ; *Bull. civ.* V, n° 1 ; D. 2009, AJ p. 291, note S. LAVRIC).

1271 L'action publique doit avoir été mise en mouvement avant ou pendant l'exercice de l'action civile devant le tribunal civil. *A contrario*, cela signifie bien évidemment que le procès civil a une indépendance absolue par rapport au procès pénal quand le tribunal civil rend son jugement avant la mise en mouvement de l'action publique (B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 312).

1272 Voy., contestant ce choix, J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 1038. *Adde* V. TELLIER, « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », art. préc., n° 3, où l'auteur explique que la primauté du criminel sur le civil augmente la durée des procédures d'une part, et d'autre part porte atteinte au principe du contradictoire dans la mesure où les parties absentes à l'instance pénale ne peuvent en discuter à l'instance civile.

1273 B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 986.

1274 Ainsi, l'affirmation du juge pénal, saisi d'une affaire d'abus de confiance, que les fonds détournés ou dissipés l'ont été en exécution d'un contrat, s'impose au juge civil (Com., 5 novembre 1991 ; *Bull. civ.* IV, n° 330). Cette solution ne vaut que lorsque la remise s'est effectuée en vertu d'un contrat : rappelons que depuis la réforme du Code pénal de 1992 un contrat n'est plus indispensable (voy. *supra*, n° 89).

1275 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 587.

1276 B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 984.

1277 Voy. par ex., utilisant cette formule, Soc., 27 septembre 2006 ; *Bull. civ.* V, n° 292 ; JCP S 2006, 1945, note J.-F. CESARO.

1278 En ce sens, Y.-M. SERINET, note précitée sous Soc., 23 mai 2007, Civ. 3ème, 10 mai 2007 et Com., 19 décembre 2006, spéc. p. 1238.

274. L'autorité de chose jugée au stade de la formation du contrat. L'autorité de chose jugée joue d'abord lorsque le juge civil doit statuer sur un vice du consentement, qui peut être rattaché à une infraction pénale ¹²⁷⁹. En sens opposé, la relaxe exclut que le juge civil puisse fonder l'annulation sur le comportement illicite défini par la loi pénale mais n'ayant pas été qualifié par les juridictions répressives. Mais la relaxe n'interdit toutefois ni une action en responsabilité civile ¹²⁸⁰, ni l'annulation du contrat sur un fondement distinct ¹²⁸¹. M. DADOUN le démontre à l'aide de l'incrimination d'escroquerie. En présence d'un simple mensonge, l'escroquerie est *a priori* écartée ¹²⁸² ; mais rien n'empêche le juge civil d'annuler le contrat pour dol ¹²⁸³, puisque le simple mensonge, et même la réticence ¹²⁸⁴, suffisent à le constituer. Inversement, la caractérisation de l'escroquerie du fait d'un tiers n'entraînera pas pour autant l'annulation du contrat pour dol, puisque seul le dol du cocontractant - ou de son représentant -, est pris en compte ¹²⁸⁵. De sorte qu'en définitive, le contrat n'est réellement scellé par la décision pénale que si « le juge répressif s'est prononcé sur des faits qui permettent ou non la caractérisation des conditions de la nullité et que le juge civil ne peut, en cas de relaxe, se fonder sur d'autres éléments pour fonder la nullité du contrat » ¹²⁸⁶. Toujours au stade de la formation du contrat, la cause, l'objet et l'ordre public visé à l'article 6 du Code civil sont susceptibles de tomber sous la règle de l'autorité de la chose jugée ¹²⁸⁷, dès lors que leur caractère illicite pourra être déduit des constatations certaines et nécessaires de la décision pénale ¹²⁸⁸.

1279 Voy. par ex. Civ. 3ème, 26 octobre 2005 ; inédit, pourvoi n° 04-14976 ; *Contrats concurrence consommation* 2006, comm. n° 21, note L. LEVENEUR (autorité d'une condamnation du chef d'abus frauduleux de la situation de faiblesse d'une personne sur l'action en nullité contractuelle pour dol). Au stade de l'exécution du contrat, la Cour de cassation a estimé qu'un juge civil devait surseoir à statuer sur l'exécution d'un contrat au motif que « l'instruction pénale pouvait aboutir à la constatation de circonstances de nature à mettre en cause la validité du contrat de vente [...] au titre d'un dol » (Civ. 1ère, 20 décembre 1988 ; *Bull. civ.* I, n° 371).

1280 Voy., en matière d'abus de faiblesse, Crim., 18 décembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 12-81268 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 123, note G. RAYMOND.

1281 Civ. 3ème, 10 mai 2007 ; *Bull. civ.* III, n° 74 ; *RDC* 2007, p. 1229, note Y.-M. SERINET. Comp., dans le même sens mais en matière de testament, Civ. 1ère, 30 janvier 2013 ; inédit, pourvoi n° 11-23318.

1282 Le simple mensonge suffit parfois à constituer l'escroquerie, par exemple en cas d'usage d'une fausse qualité ou de l'abus d'une qualité vraie.

1283 Voy. par ex., Com., 25 mai 1966 ; *Bull. civ.* IV, n° 276.

1284 Voy. *infra*, n° 467.

1285 Article 1116 du Code civil. En revanche, l'erreur pourra alors être invoquée. Voy. *infra*, n° 460.

1286 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 435. L'auteur en déduit que « le contrat constitutif de l'infraction est nécessairement nul si la cause de nullité coïncide avec les éléments constitutifs de l'infraction ou si elle fait appel à un standard dont l'interprétation par le juge conduit à y intégrer le comportement délictueux ».

1287 En ce sens, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 586.

1288 Voy. *infra*, n° 282 et s.

Il est également intéressant d'établir un parallèle avec le testament, bien que celui-ci n'appartienne pas au champ contractuel. En effet, la Cour de cassation a pu juger, au visa du « principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil »¹²⁸⁹, que l'abus de faiblesse ne pouvait laisser survivre le testament qu'il avait engendré, précisant que « l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil s'attache à ce qui a été définitivement, nécessairement et certainement décidé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification ainsi que sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé ». Le juge pénal ayant retenu que la victime, vulnérable au moment des faits, ne pouvait manifester sa volonté, a ainsi caractérisé son insanité d'esprit, et le juge civil est tenu de se conformer à cette appréciation et doit ainsi prononcer la nullité du testament¹²⁹⁰. On aperçoit donc, pour le testament également, l'influence de l'autorité de la chose jugée au criminel sur la validité d'un acte juridique.

275. L'autorité de chose jugée au stade de l'exécution du contrat. Au stade de l'exécution du contrat, l'évolution de l'incrimination d'abus de confiance est riche d'enseignements. L'article 408 de l'ancien Code pénal ne prévoyait la répression d'un détournement que pour six contrats limitativement énumérés¹²⁹¹. Il était donc *nécessaire*, pour le juge pénal, de qualifier le contrat. Pour cette raison, le choix pénal relatif à la qualification contractuelle avait autorité sur le civil¹²⁹². En revanche, la nouvelle rédaction de l'incrimination ne fait plus référence à une origine nécessairement contractuelle de la remise du bien détourné. Il n'est donc plus nécessaire pour le juge pénal de qualifier le contrat afin de caractériser un abus de confiance. On peut donc se demander si, cette considération n'étant plus nécessaire, elle continue à entraîner autorité de la chose jugée sur le civil¹²⁹³. En réalité, il nous semble que lorsque le juge pénal, malgré l'absence de nécessité, qualifie un contrat, cette constatation sera le soutien nécessaire de sa solution et s'imposera dès lors au juge civil. Loin d'être surabondante, cette constatation reste en effet déterminante de la condamnation¹²⁹⁴.

1289 Civ. 1ère, 24 octobre 2012 ; *Bull. crim.*, n° 209 ; *D.* 2013, p. 68, note N. RIAS ; *JCP G* 2012, 1193, note F. MEURIS ; *Droit de la famille* 2013, comm. n° 20, note PH. BONFILS.

1290 La logique de cette solution n'est d'ailleurs pas inattaquable, qui vise à déduire l'insanité d'esprit de la vulnérabilité : s'agit-il vraiment de la même chose ? (en ce sens, L. SAENKO, « L'abus de faiblesse et le testament », art. préc., n° 24).

1291 Voy. *supra*, n° 89.

1292 Voy. par ex., considérant que le juge civil ne peut remettre en cause la qualification de mandat retenue par le juge pénal, Civ. 2ème, 10 juillet 1996 ; inédit, pourvoi n° 94-16392.

1293 En ce sens, A. BOTTON, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, th. préc., n° 353.

1294 Rappr. M. DANTI-JUAN, « Action civile », fasc. préc., n° 237.

276. Bilan. Malgré la remise en cause, sur le plan procédural, de l'influence de la pénalisation sur l'action en nullité du contrat en raison de la suppression de l'obligation de surseoir à statuer en cette hypothèse, cette influence méritait amplement d'être remarquée. Le principe même de l'autorité de la chose jugée au pénal sur les actions à fins civiles n'est nullement remis en cause. Aussi la constatation antérieure par le juge pénal d'une infraction liée à un contrat pourra, sous certaines conditions, obliger le juge à suivre cet avis et éventuellement prononcer la nullité du contrat. On aperçoit dès lors que les retombées de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sont loin de se limiter à des considérations pénales, pour affecter la validité du contrat civil.

Mais les implications les plus remarquables sont d'ordre substantiel. Dans certains cas en effet, où le droit civil ne permet pas l'annulation du contrat, la seule présence d'une infraction pénale va être de nature à étendre l'un des cas classiques d'ouverture de la nullité, en particulier l'ordre public contractuel. Autrement dit, c'est la pénalisation qui justifie alors directement l'annulation du contrat.

SECTION 2. LES IMPLICATIONS SUBSTANTIELLES DE LA PÉNALISATION SUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT

277. Exclusion de l'inexistence du contrat. Parfois, l'atteinte au consentement est si grave que, selon une partie de la doctrine, s'appuyant sur quelques rares arrêts en ce sens ¹²⁹⁵, ce n'est plus la validité de l'acte juridique qui est en cause, c'est son existence même ¹²⁹⁶. Il ne s'agirait pas d'une sanction, contrairement à la nullité ; plutôt d'une situation de fait, d'un état ¹²⁹⁷. On pourrait alors imaginer, pour notre sujet, l'hypothèse de violences physiques si graves, commises par exemple pour forcer autrui à une donation, qu'elles aboliraient purement et simplement son consentement. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel pourrait alors jouer un rôle, puisque le constat d'une infraction particulièrement grave entraînerait l'inexistence du contrat. Délicate, la question ne semble pas mériter les longs débats qu'elle implique. En effet, en notre matière, aucune jurisprudence ne peut être citée, qui déduit l'inexistence d'un contrat de la commission

1295 Seules deux décisions semblent avoir fait appel à l'inexistence tout en lui attachant les effets qu'on lui prête (Civ. 1ère, 10 juin 1986 ; *Bull. cin.* I, n° 159 ; *RTD cin.* 1987, p. 535, obs. J. MESTRE ; Civ. 1ère, 5 mars 1991 ; *D.* 1993, jur. p. 508, 1ère espèce, note L. COLLET).

1296 Mais comment déterminer le stade à partir duquel une infraction abolit le consentement au lieu de simplement l'altérer ?

1297 Qui ne dépend donc pas directement de son prononcé par un juge - ce qui rendrait par ailleurs l'inexistence imprescriptible.

d'une infraction grave au consentement ¹²⁹⁸. De sorte qu'il est possible de se ranger derrière le conseil de certains auteurs ¹²⁹⁹ pour, devant l'utilité douteuse et la complexité d'une notion qui « n'est guère de saison en droit positif » ¹³⁰⁰, en faire abstraction. La même exclusion sera appliquée à l'hypothèse d'une influence de la pénalisation sur la résolution du contrat, mais pour des raisons très différentes.

278. Exclusion de la résolution du contrat en raison de la pénalisation. Il est possible d'évacuer également l'hypothèse d'une influence de la pénalisation sur la résolution du contrat pour inexécution. La résolution est décidée par le créancier lésé, sans qu'il doive nécessairement recourir au juge ¹³⁰¹, que le contrat soit à durée déterminée ou non ¹³⁰². Si le juge est saisi de l'action en résolution, il devra apprécier si la gravité de l'inexécution - et non de la faute -, justifie la résolution.

La pénalisation est bien sûr de nature à influencer sur le prononcé de la résolution du contrat pour inexécution. Si l'inexécution coïncide avec un abus de confiance préalablement constaté, le juge civil saisi des mêmes faits devra se conformer à cette solution. Mais il ne s'agit là que d'une application de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil ¹³⁰³, qui ne présente aucune spécificité. Cette influence procédurale ne connaît pas de prolongements substantiels. Il ne semble pas qu'il y ait, en effet, une extension de nouveaux cas de résolution qui seraient directement dus à la présence d'une sanction pénale. Autrement dit, en dehors de l'influence procédurale de la pénalisation sur la résolution du

1298 Voy., faisant le même constat, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 417.

1299 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 326.

1300 D. MAZEAUD, note sous Civ. 3ème, 21 septembre 2011 ; *D.* 2011, p. 2711 et s., spéc. p. 2713. L'inexistence semble d'ailleurs totalement absente des différents projets de réformes du droit des contrats. En revanche, elle est prévue par divers projets européens d'harmonisation de ce droit (voy. C. WITZ, « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 729 et s.).

1301 On distingue en effet les résolutions judiciaire et unilatérale (voy. TH. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 484, 2007, n° 157 et s.), auxquelles il faut encore rajouter les clauses résolutoires de plein droit. *Adde* retenant parmi les tendances lourdes de la sanction en droit des contrats, « la place désormais réservée à la résolution unilatérale du contrat inexécuté », D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., n° 9 et s.

1302 Pour la Cour de cassation, « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » (Civ. 1ère, 13 octobre 1998 ; *D.* 1999, somm. p. 115, obs. PH. DELEBECQUE, et jur. p. 197, note CH. JAMIN ; *Defrénois* 1999, 36953, spéc. p. 374, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 374, obs. J. MESTRE). Cela revient à « remettre en cause le principe même de la nécessité d'une résolution judiciaire » (J. GHESTIN, « Le futur : exemples étrangers, Le Code civil en France aujourd'hui », *RDC* 2004, p. 1152 et s., n° 4).

1303 Voy. *supra*, n° 273 et s.

contrat, la circonstance que des faits revêtent un aspect pénal n'entraîne aucune extension des cas de résolution. La pénalisation est alors bien moins influente pour la résolution que pour la nullité. Pour celle-ci en effet, la pénalisation va permettre d'étendre certains cas d'ouverture de la nullité, au-delà de ce que le juge civil aurait naturellement retenu si une sanction pénale n'avait pas existé pour le comportement litigieux.

279. L'influence de la pénalisation sur la nullité du contrat civil. C'est donc, à titre principal, au stade de la formation du contrat que l'existence d'une sanction pénale va pouvoir influencer sur sa validité. Bien que les sanctions civiles en droit des contrats soient extrêmement riches et variées, seule la nullité sera donc étudiée au sein cette section, étant la seule qui semble pouvoir être étendue en raison de la constatation d'une infraction pénale. En effet, même dans le cas où aucune décision pénale n'a été rendue - donc en dehors même de l'autorité du criminel sur le civil - , la simple existence d'une sanction pénale pour un comportement donné va être susceptible d'étendre les cas d'ouverture de la nullité, au-delà de ce qui justifierait, au regard du droit civil, la nullité du contrat (§ 1). Accessoirement, la pénalisation est également susceptible d'influer sur le régime de la nullité qui sera alors retenue, notamment en ce qui concerne la détermination des demandeurs en nullité, ou l'étendue de celle-ci (§ 2).

§ 1. L'INFLUENCE DE LA PÉNALISATION SUR LES CAS D'OUVERTURE DE LA NULLITÉ

280. L'indifférence de la pénalisation sur les vices du consentement. La pénalisation n'étend pas le champ d'application des vices du consentement. Prenons l'exemple du dol civil, qui ne peut être retenu que s'il émane du cocontractant - ou de son représentant. Si, pour les mêmes faits, une tromperie a été caractérisée par le juge pénal ¹³⁰⁴, le dol n'en sera pas pour autant retenu. La seule influence de la pénalisation sur les vices du consentement sera de nature procédurale, résultant du principe de primauté du criminel sur le civil ¹³⁰⁵.

1304 La tromperie n'exige pas que son auteur soit le cocontractant de la victime, voy. *supra*, n° 102. De même, en ce qui concerne les dispositions de la loi « DOUBIN » du 31 décembre 1989 à propos par exemple des obligations précontractuelles d'information pour les franchisés, il est constamment admis que, bien qu'elles soient sanctionnées pénalement, l'ordre public pénal n'entraîne pas par lui-même la nullité du contrat, qui est subordonnée à un vice du consentement (Com., 10 février 1998 ; cité et analysé *infra*, note 1366).

1305 Voy. *supra*, n° 267 et s.

281. L'influence de la pénalisation sur les autres cas d'ouverture de la nullité. La pénalisation est, en revanche, susceptible d'influer directement sur plusieurs cas spécifiques de nullité du contrat civil. Le raisonnement part du Code civil dont les articles 6, 1128, 1130 et 1131 imposent respectivement la conformité de la convention en général et de l'objet et de la cause du contrat à l'*ordre public* et aux bonnes mœurs. La loi pénale étant par nature d'ordre public, il faut se demander dans quelle mesure la pénalisation des atteintes au consentement commises lors de la formation du contrat est susceptible d'étendre ces cas de nullité (A), avant de s'attarder sur le bien-fondé de cette extension (B).

A. Constat de l'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de nullité

282. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel est susceptible d'exercer une influence sur trois « standards »¹³⁰⁶ ou « notions cadre »¹³⁰⁷, cas classiques d'ouverture de la nullité. Cette influence est faible, voire purement théorique, s'agissant de l'objet du contrat (1). Elle est bien plus prégnante et substantielle sur la cause du contrat (2), même si une préférence est assez curieusement accordée par le juge à l'article 6 du Code civil (3). Car si l'objet et la cause ne sont que des applications particulières de l'exigence posée à l'article 6 du Code civil, il est remarquable de constater que le juge a parfois érigé ce dernier en fondement autonome d'annulation.

1. *L'influence théorique de la pénalisation sur l'objet du contrat*

283. Le principe d'indifférence de la pénalisation des atteintes au consentement sur la licéité de l'objet. Pour que le contrat soit valable, son objet doit être licite¹³⁰⁸, faute de quoi la nullité est encourue. La pénalisation des atteintes au consentement peut-elle rendre illicite l'objet du contrat et, par ce biais, entraîner son annulation ? *A priori*, le fait qu'une infraction pénale soit constituée en lien avec un contrat, n'a aucune influence sur la licéité de son objet. Une vente provoquée par une escroquerie, une donation extorquée ont un objet parfaitement licite : le transfert de la propriété d'un côté, le paiement d'un prix ou l'intention libérale dans l'autre. Il en est de même pour les incriminations de tromperie, de pratiques commerciales déloyales et d'abus de faiblesse : « ce sont toujours les méthodes

1306 Pour l'emploi de cette expression, voy. par ex., F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 371.

1307 Sur quoi, voy. P. HÉNAFF, « L'unité des notions cadre », *JCP G* 2005, I, 189, n° 1, qui définit la notion cadre comme « un mécanisme juridique basé sur un flou placé intentionnellement dans la loi. Au juge de l'interpréter ».

1308 L'objet du contrat doit également exister et être déterminé ou déterminable.

entourant la formation de l'acte qui sont réprimées, mais pas les modalités de celui-là : l'opération contractuelle n'est pas, en elle-même, contraire à la loi »¹³⁰⁹. La solution est encore la même pour les différentes réglementations pénales des contrats de consommation *lato sensu*, car la méconnaissance d'une règle de forme du contrat ne rend pas son objet illicite. Dans tous ces cas, et telle est donc la règle de principe, l'objet du contrat demeure parfaitement licite¹³¹⁰.

284. L'influence exceptionnelle de la pénalisation des atteintes au consentement sur la licéité de l'objet. Ce n'est que très exceptionnellement que la question d'une influence de la pénalisation sur l'objet du contrat peut être posée. Cela suppose de préciser comment, parmi ses différentes acceptions¹³¹¹, l'objet du contrat sera ici entendu. Pour chacune de ses acceptions en effet, la licéité de l'objet s'apprécie d'une manière différente ; or l'influence de la pénalisation n'est susceptible de se faire sentir qu'à propos de l'une d'entre elles. L'objet désigne d'abord l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation à laquelle s'engage le débiteur : donner, faire ou ne pas faire¹³¹². L'objet de l'obligation est ainsi illicite si la prestation convenue porte par exemple sur un homicide ; les atteintes au consentement contractuel ne semblent en revanche pas concernées.

En revanche, la chose objet du contrat permet un réel contrôle de sa licéité, tiré des exigences de l'article 1128 du Code civil : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Il est possible d'imaginer certaines hypothèses d'influence de la présence d'une infraction pénale sur la licéité de l'objet, en partant de cette exigence d'une chose¹³¹³ qui soit « dans le commerce »¹³¹⁴. L'immense majorité des choses sont dans le commerce, ce n'est qu'exceptionnellement que le législateur retire certaines choses de la circulation juridique¹³¹⁵. Une première hypothèse

1309 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 390.

1310 Ce qui ne fera bien entendu pas obstacle à l'éventuelle application, en ces différentes hypothèses, de la théorie des vices du consentement.

1311 M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Themis, 3ème éd., 2012, p. 386 et s. Voy. cependant, recentrant l'objet autour du seul objet de l'obligation, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 234.

1312 Article 1126 du Code civil : « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

1313 La chose ne doit pas être comprise restrictivement, comme le seul bien matériel.

1314 « Dans le commerce » n'a pas la signification courante du mot. Concrètement, sont dans le commerce les choses qui peuvent faire l'objet d'une convention : « le texte se réduit alors à une pure tautologie » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 240), laissant la jurisprudence décider ce qu'il faut en comprendre.

1315 Comp. article 1598 du Code civil : « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». Rapp. G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du

peut être évacuée : celle où l'atteinte au consentement porte sur une chose nécessairement et antérieurement hors du commerce - un élément du corps humain par exemple. Dans ce cas, la pénalisation n'exerce aucune influence dans la mesure où l'objet est de toute façon illicite : ce n'est pas l'infraction pénale qui va lui communiquer son illicéité. Une deuxième hypothèse, que l'on retrouve sous la plume de Mme VALOTEAU ¹³¹⁶, pose la question avec plus d'acuité. Prenons l'exemple de l'article 225-14 du Code pénal, qui incrimine « Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine [...] ». Lorsqu'un travailleur se soumet à des conditions d'hygiène incompatibles avec la dignité humaine, il s'engage à une prestation dont l'illicéité est prévue par la loi pénale ¹³¹⁷. Cette illicéité se communique ensuite à l'objet du contrat ¹³¹⁸. Il en serait sans doute de même pour la vente de produits périmés. Comme toute chose dangereuse, les produits périmés sont hors commerce ¹³¹⁹. Imaginons un magasin qui vend des stocks de viande avariée, en modifiant l'étiquette pour laisser croire que le produit est frais - la pratique, courante, a même un nom : la remballe. Plusieurs infractions sont constituées, à titre principal la tromperie et les pratiques commerciales trompeuses. Ce faisant, l'infraction pénale rendra, de fait, l'objet de la prestation illicite : la chose sera hors commerce. Et le contrat passé pourra être annulé sur ce fondement ¹³²⁰, outre l'application probable de la théorie des vices du consentement. On aperçoit ici un lien possible entre infraction et illicéité de l'objet ¹³²¹.

commerce », *RTD cin.* 2000, p. 47 et s. ; F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 377, 2002.

1316 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 393 et s. L'auteur prenait, entre autres exemples, celui des ventes avec prime et des ventes liées. Lorsque ces contraventions aboutissent à la conclusion d'un contrat, la prestation d'une des parties, donc l'objet du contrat, est forcément illicite puisque prohibée par le droit pénal.

1317 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 393.

1318 *Contra*, A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 66 : l'auteur explique que ce sont les conditions matérielles du travail qui sont indignes, conditions qui restent extérieures au contrat. La prestation elle-même reste la fourniture d'un travail, donc parfaitement licite. Selon nous, ce serait priver de toute portée l'interdiction des contrats portant sur des choses hors commerce. D'un point de vue purement objectif en effet, si l'on s'abstient de porter un regard sur la nature des prestations, celles-ci ne sauraient être vues comme hors commerce.

1319 *Com.*, 16 mai 2006 ; *Bull. cin.* IV, n° 124 ; *JCP G* 2006, IV, 2289 ; *RTD cin.* 2006, p. 552, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « La vente est dépourvue d'objet lorsqu'elle porte sur des choses hors commerce tels que des produits périmés ». Rappr. l'article L. 4411-1 du Code du travail.

1320 Bien entendu c'est alors le contrat dans son ensemble qui devient nul, même si une seule prestation est illicite : en effet l'obligation corrélatrice, même si elle est intrinsèquement licite, est alors dépourvue de cause (voy. not. A. BÉNABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 157 et 181).

1321 *Addé* une solution de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de contrefaçon, où, sous le visa des articles 1128 et 1598 du Code civil, a été affirmé que « la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente » (*Com.*, 24 septembre 2003 ; *D.* 2003, p. 2683, note CH. CARON ; *RTD cin.* 2003, p. 703, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD cin.* 2004, p. 117, note TH. REVET), déduisant ainsi la

285. Nuance : une influence purement théorique sur la licéité de l'objet. Il faut toutefois convenir que l'influence de la pénalisation sur la caractérisation d'une chose hors commerce reste essentiellement un cas d'école, pour deux raisons. En premier lieu, en reprenant l'exemple précédent, les produits périmés auraient été de toutes façons déclarés illicites sur ce fondement de l'objet ¹³²², même en l'absence de toute contrariété à la loi pénale. Aucune jurisprudence n'a d'ailleurs été trouvée, où l'objet aurait été déclaré licite par le juge civil, si une infraction n'avait pas permis de le rendre illicite. Dit autrement, c'est reconnaître que, concrètement, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel n'ouvrira aucun cas supplémentaire d'annulation du contrat par le biais de l'objet illicite, par rapport à ce que le juge civil aurait déjà pu annuler sur ce fondement. Il n'y a pas non plus d'extension de la nature de la nullité, puisque la chose hors commerce rend déjà le contrat nul de nullité absolue ¹³²³. En définitive, l'influence exceptionnelle de la pénalisation des atteintes au consentement sur l'objet du contrat reste au demeurant purement théorique, et c'est bien le principe d'indifférence de la pénalisation qui doit être retenu.

La solution est différente en matière de cause, car la pénalisation permet justement au juge civil de qualifier d'illicite une cause qui, sans la présence d'une infraction pénale, aurait été déclarée licite. Loin d'être théorique, l'influence de la pénalisation sur la cause du contrat est substantielle, même si formellement, le juge préfère le fondement plus général de l'ordre public issu de l'article 6 du Code civil.

2. L'influence substantielle de la pénalisation sur la cause du contrat

286. Si l'influence du droit pénal sur la licéité de l'objet est purement théorique, l'existence d'une infraction pénale réprimant une atteinte au consentement contractuel peut en revanche influencer sur un autre cas d'ouverture de la nullité, qui est la cause illicite prévue aux articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil ¹³²⁴. Cela suppose de faire appel à titre

nullité pour objet illicite à partir d'une condamnation pénale sur le fondement de l'article L. 521-4 du Code de la propriété intellectuelle. Cet exemple doit toutefois être écarté du sujet car la pénalisation de la contrefaçon ne se fonde pas, ou pas directement, sur la protection du consentement contractuel, mais sur la protection des intérêts des concurrents.

¹³²² Com., 16 mai 2006 ; préc.

¹³²³ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 280. La solution s'impose puisque c'est l'intérêt général qui est en jeu.

¹³²⁴ La nullité fondée sur la cause semble être textuelle, et non virtuelle comme celle fondée sur la méconnaissance de l'ordre public (*infra*, n° 290 et s.). Il est, certes, exact, que ni l'article 1108 ni les articles 1131 et suivants du Code civil n'utilisent le terme de nullité. L'article 1108, toutefois, énumère les « conditions essentielles à la validité d'une convention », dont la sanction en cas de méconnaissance est la nullité (voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 323). Il paraît donc logique de considérer que les nullités fondées sur la cause illicite sont textuelles,

principal à la théorie moderne de la *cause du contrat*, par opposition à la théorie classique de la *cause de l'obligation* ¹³²⁵. Plus précisément, c'est la cause dite *subjective* ou *finale* qui trouve ici une application, et non la cause dite objective ou efficiente ¹³²⁶ du contrat, soit la contrepartie immédiatement attendue, qui est toujours la même pour chaque catégorie de contrat ¹³²⁷. L'analyse de la cause subjective pousse au contraire à chercher les motifs personnels qui poussent les parties à s'engager : « elle n'est plus la contrepartie ou, plus largement, l'intérêt immédiat du contrat, mais le mobile ayant conduit à la conclusion du contrat » ¹³²⁸. C'est principalement en s'appuyant sur cette conception de la cause qu'il est possible de caractériser l'influence de la pénalisation sur la cause subjective illicite. En effet, la cause est illicite quand le mobile d'une des parties est contraire à l'ordre public. Or, la loi pénale est par nature d'ordre public ¹³²⁹. Donc, si le mobile d'une partie correspond à des faits constitutifs d'une infraction pénale, il apparaît comme nécessairement illicite. Ainsi, dans le cas d'une infraction de tromperie qui aboutirait à la conclusion d'un contrat, le mobile de l'auteur réside dans la commission de l'infraction et ses produits, c'est-à-dire l'atteinte au patrimoine d'autrui et son enrichissement personnel indu : la cause du contrat semble devoir être nécessairement illicite.

L'inflation de la sanction pénale des atteintes au consentement est alors de nature à rendre illicite la cause de nombreux contrats, peu important d'ailleurs le montant en jeu ou la gravité de l'infraction ¹³³⁰. Surtout, il n'importe désormais plus que le motif illicite soit commun aux deux parties. Le 7 octobre 1998, la Cour de cassation a en effet opéré un revirement de sa jurisprudence pour retenir qu'un contrat « peut être annulé pour cause

par le jeu d'une combinaison des articles 1108 et 1133 du Code civil.

1325 Voy. not. J. ROCHFELD, « Cause », *Répertoire civil Dalloz* 2012, n° 11 et s. ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 4ème éd., 2013, n° 176. Les termes varient selon les auteurs. M. BÉNABENT par exemple, nomme la cause du contrat, « cause de l'opération contractuelle » (A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 187 et s.).

1326 Sur quoi, voy. PH. REIGNÉ, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, thèse, Paris II, 1993.

1327 Dans le contrat synallagmatique par exemple, la cause objective de chacun des contractants réside dans la contrepartie attendue de l'autre. Pour le vendeur d'un bien, il s'agit du paiement du prix par l'acheteur. Entendue ainsi, la cause objective est très proche de l'objet du contrat (sur la distinction entre cause objective et objet du contrat, voy. PH. SIMLER, « Contrats et obligations. Cause. Illicéité ou immoralité de la cause », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1131 à 1133, fasc. 30, 2010, n° 7 et s.).

1328 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 445.

1329 Il convient toutefois de se demander si, comme pour l'ordre public contractuel (*infra*, n° 293), toutes les lois pénales sont d'un ordre public suffisant pour justifier la nullité du contrat. La jurisprudence n'a, semble-t-il, jamais été en ce sens.

1330 Voy., pour une cause illicite dans une vente qui devait servir à commettre une contravention de troisième classe, Civ. 1ère, 12 juillet 1989 ; *Bull. civ.* I, n° 273 ; *JCP G* 1990, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBÉE ; *Gas. Pal.* 1991, jur. p. 374, note F. CHABAS ; *Deffrénois* 1990, 34750, spéc. p. 358, chron. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1990, p. 469, obs. J. MESTRE.

illicite ou immoral, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat »¹³³¹. L'ancienne jurisprudence excluait presque nécessairement toutes les formes d'atteintes au consentement puisque, par hypothèse, la victime ne partageait pas le mobile illicite de son cocontractant, et ne le connaissait pas non plus¹³³². La nouvelle solution a suscité certaines critiques¹³³³ : ne s'éloigne-t-on pas de la notion de cause *du contrat* pour appréhender un mobile individuel ? Il reste que cette solution correspond parfaitement au but assigné à la conception subjective de la cause : préserver la société de contrats illicites¹³³⁴. Et c'est bien grâce à l'extension jurisprudentielle qu'une infraction pénale, par hypothèse propre à un seul contractant, pourra entraîner la nullité du contrat par le biais de la cause illicite¹³³⁵.

287. La nécessité du caractère déterminant du motif illicite. Précisons que, selon une jurisprudence et une doctrine concordantes, il est nécessaire que le motif illicite ait été la « cause impulsive et déterminante »¹³³⁶ du contrat. Cette condition n'apparaît pas comme très restrictive, car le caractère déterminant est soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond¹³³⁷, des auteurs ayant par ailleurs remarqué que « dès que, parmi *les* motifs du contrat, le juge en découvre *un* qui est illicite ou immoral, il le qualifie déterminant, alors qu'il ne sait pas et ne veut pas savoir si cette raison de contracter a été plus décisive que les autres »¹³³⁸. Malgré cette réserve, il semble bien que cette condition soit importante. En effet, la cause impulsive et déterminante suppose que l'infraction pénale et le gain qui en a résulté aient été les réels objectifs poursuivis par l'auteur. Cela paraît induire une action intentionnelle. Cette exigence est lourde de conséquence pour la pénalisation des atteintes

1331 Civ. 1ère, 7 octobre 1998 (arrêt dit *Malvezin*) ; *Bull. civ.* I, n° 285 ; *D.* 1998, jur. p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE ; *D.* 1999, somm. p. 110, obs. PH. DELEBECQUE ; *JCP G* 1998, II, 10202, note M.-H. MALEVILLE ; *JCP G* 1999, I, 114, n° 1 et s., obs. CH. JAMIN ; *Contrats concurrence consommation* 1999, comm. n° 1, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1998, 36895, spéc. p. 1408, chron. D. MAZEAUD.

1332 Il était en effet auparavant exigé que le motif illicite ait été soit commun aux parties, soit simplement connu de l'autre partie (voy. PH. SIMLER, « Contrats et obligations. Cause. Illicéité ou immoralité de la cause », fasc. préc., n° 27).

1333 Voy. en particulier, O. TOURNAFOND, « L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat », *D.* 1999, chron. p. 237 et s.

1334 Voy. déjà, appelant un revirement finalement intervenu en 1998, A. WEILL, « Connaissance du motif illicite ou immoral et exercice de l'action en nullité », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1165 et s.

1335 Dans le même sens, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 366.

1336 Pour l'emploi de cette expression, voy. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 1249. En jurisprudence, voy. par ex. Civ. 1ère, 12 juillet 1989 ; préc.

1337 Voy. par ex., Civ. 1ère, 12 juillet 1989 ; préc.

1338 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 268 (souligné par les auteurs), qui renvoient eux-mêmes à G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949, n° 35.

au consentement contractuel. Certes, plusieurs infractions sont intentionnelles - escroquerie, abus de faiblesse, extorsion par exemple - , et peuvent dès lors caractériser une cause subjective illicite. Mais encore faut-il vérifier le contenu de l'intention. Prenons l'exemple des pratiques commerciales trompeuses. Il n'y a plus de doute sur le caractère intentionnel de cette incrimination ¹³³⁹. Mais en réalité, l'intention est déduite de la seule constatation des faits ¹³⁴⁰. L'infraction pourra donc être mise à la charge d'une personne dont l'intention est en réalité très douteuse. Mais l'affaiblissement de l'élément moral résulte surtout de la prolifération des infractions non-intentionnelles ¹³⁴¹, voire d'un élément moral supprimé pour les infractions dites matérielles ¹³⁴². Pour toutes ces incriminations où l'intention n'est pas évidente, voire purement absente, l'illicéité de la cause subjective paraît exclue puisque les faits constitutifs de l'infraction pénale ne sont pas les motifs déterminants du contrat.

288. La nécessité d'un lien direct entre la commission de l'infraction et la conclusion du contrat. Il faut encore préciser que ce n'est pas parce qu'une infraction pénale coïncide avec la conclusion d'un contrat que celui-ci est nécessairement nul pour cause subjective illicite. Il faut un lien de causalité entre l'infraction et la conclusion du contrat, ce qui « suppose une "rencontre" entre la commission de l'infraction et la conclusion du contrat » ¹³⁴³. Cette rencontre implique à son tour, que le contrat soit l'une des composantes de l'infraction ¹³⁴⁴. Tel est par exemple le cas de la tromperie, qui intègre la conclusion d'un contrat parmi ses composantes ¹³⁴⁵. Mais cette exigence exclut d'autres incriminations, celles n'exigeant pas qu'un contrat ait effectivement été signé. Cela concerne les différentes hypothèses de tentatives, et toutes les infractions formelles. C'est le cas, à titre principal, des pratiques commerciales trompeuses. La conclusion d'un contrat n'étant

1339 Ce qui avait été l'une de ses principales innovations, vis-à-vis de l'ancienne infraction, non-intentionnelle, de publicité trompeuse, voy. *supra*, n° 116.

1340 Voy. par ex., Crim., 15 décembre 2009 ; préc. : l'intention coupable est caractérisée par « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire ».

1341 Pour ne rappeler que ce seul exemple, la plupart des infractions composant les législations sur le démarchage (à domicile, bancaire ou financier...) sont non-intentionnelles (*supra*, n° 120).

1342 Voy. *supra*, n° 259 et s.

1343 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 371.

1344 Voy. cependant, soutenant qu'il « est faux de conclure à l'illicéité de la cause du seul fait que l'un des cocontractants a méconnu la loi pénale », A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 464 et s., spéc. n° 466. L'auteur explique que la cause illicite est un standard destiné à guider le juge, mais en lui laissant une faculté d'appréciation importante.

1345 À moins que ce ne soit la tentative de tromperie qui soit réprimée, auquel cas le contrat n'est plus l'élément constitutif de l'infraction (l'article L. 213-1 du Code de la consommation incriminant « quiconque aura trompé ou tenté de trompé [...] »).

pas l'un des éléments constitutifs de ce délit, sa caractérisation n'entraîne pas l'annulation du contrat par le biais de la cause ¹³⁴⁶.

289. Bilan. En définitive, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel est bien susceptible d'étendre ce cas d'ouverture de la nullité qu'est la cause ¹³⁴⁷. La cause est en effet illicite lorsqu'elle viole l'ordre public. Or, le droit pénal est par nature d'ordre public. La simple constatation d'une infraction pénale réprimant une atteinte au consentement devrait donc permettre d'entraîner la nullité du contrat éventuellement conclu, même dans l'hypothèse où le droit civil aurait, en l'absence de sanction pénale, considéré le contrat comme valable.

Il faut pourtant remarquer que la jurisprudence n'a jamais - formellement du moins -, jeté son dévolu sur la cause illicite. Par facilité sans doute, le juge préfère utiliser le fondement, plus général, de l'ordre public contractuel issu de l'article 6 du Code civil, le consacrant en un fondement autonome. L'influence de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sur la nullité est alors clairement affirmée.

3. L'influence affirmée de la pénalisation sur l'ordre public contractuel

290. Notion d'ordre public contractuel. L'article 6 du Code civil dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois ¹³⁴⁸ qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Et, bien que cela ne soit pas expressément affirmé, la contrariété à l'ordre public entraîne directement l'annulation du contrat ¹³⁴⁹. Or, le droit pénal « se compose de règles qui relèvent par excellence de l'ordre public le plus impérieux » ¹³⁵⁰. Par

1346 Il est vrai cependant que si, à l'issue d'une pratique commerciale trompeuse, un contrat est conclu, celui-ci pourra parfois bien être annulé par le biais de la cause, mais parce qu'une nouvelle incrimination prendra le relais (la tromperie par exemple), laquelle intègre la conclusion du contrat dans ses éléments constitutifs.

1347 La question est de savoir dans quelle mesure l'éventuelle modification, voire suppression du concept de cause changerait cette solution. Sur les propositions des différents projets en matière de cause, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 253. Quant aux projets européens d'harmonisation du droit des contrats (les « Principes "LANDO" » de droit européen des contrats ou le *Draft Common Frame of Reference* - projet européen de Cadre commun de référence, ci-après DCFR -, notamment), ils vont dans le sens d'une inévitable suppression de la cause, notion quasi-inconnue des autres droits (voy. J. BEAUCHARD, « L'absence de la cause dans les principes européens de droit des contrats », in *Apprendre à douter, Questions de droit, Questions sur le droit, Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2004, p. 819 et s.).

1348 En réalité, même en l'absence d'une disposition législative ou réglementaire, le juge a compétence pour apprécier si une convention déroge à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

1349 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 506.

1350 M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », art. préc., spéc. p. 367. Dans le même sens, voy. déjà, R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 111 : « toutes les fois qu'un

conséquent, un contrat dont la formation s'est effectuée en violation d'une disposition pénale est, par hypothèse, contraire à l'ordre public et, partant, susceptible d'annulation. La nullité est alors dite *virtuelle* - par opposition aux nullités *textuelles* - , en ce sens que les sanctions pénales, seules prévues par la loi, permettront aux juges de prononcer la nullité des contrats constitutifs des infractions, bien que cette sanction ne soit pas prévue par les textes¹³⁵¹. Précisons d'ores et déjà que les différents projets de réforme du droit des contrats, s'ils introduisent parfois des nuances rédactionnelles¹³⁵², ne menacent pas le sens de l'ordre public contractuel institué par l'article 6. Il reste, dès lors, particulièrement utile de s'interroger sur sa portée.

291. Portée de l'ordre public contractuel. L'articulation de l'ordre public avec la cause et l'objet est source de difficulté. Le plus simple serait de retenir que, de manière générale, « un contrat ne peut être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs que soit par son objet, soit par sa cause »¹³⁵³. L'analyse, si pertinente soit-elle au regard de la rédaction des textes, ne permet pourtant pas d'expliquer une jurisprudence désormais bien assise, annulant des contrats sur le seul fondement de l'article 6 du Code civil. Nous ne pourrions alors que nous ranger derrière l'idée que « l'article 6 du Code civil constitue donc une cause autonome de nullité du contrat »¹³⁵⁴, indépendante des nullités fondées sur un objet ou une cause illicites.

292. L'influence certaine de la pénalisation sur l'ordre public contractuel. La solution s'applique depuis 1987¹³⁵⁵, dans de très nombreuses hypothèses. Par exemple, a été annulé un contrat passé lors d'un démarchage à domicile, à la suite duquel le

fait entrant dans les éléments de formation d'un contrat civil constitue une infraction, l'ordre public est nécessairement violé ». La doctrine s'est parfois demandé si l'ordre public pénal correspondait exactement à l'ordre public civil (S. CIMAMONTI, « L'ordre public et le droit pénal », *in l'ordre public à la fin du XXème*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 89 et s., spéc. p. 95). À notre avis, c'est le cas, et la jurisprudence ne semble d'ailleurs aucunement distinguer entre les deux (en ce sens, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 403).

1351 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 181 et s. Il y a alors dérogation au principe « pas de nullité sans texte ».

1352 Voy. en particulier l'article 16, alinéa 2 de la version initiale (datant de 2008) du projet de la Chancellerie, finalement remanié dans un sens plus classique. Comp., articles 5 de la version de mai 2009, 1126 du projet « CATALA » (P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2006), 59 du projet « TERRÉ » (avant-projet de réforme du droit des contrats présenté par l'Académie des sciences morales et politiques, sous la direction de M. TERRÉ : voy. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009). En revanche dans les textes et projets européens, l'intérêt d'assimiler et de distinguer ordre public et lois impératives resurgit (G. CHANTEPIE et G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p. 251 et s., n° 12).

1353 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 275.

1354 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 174.

consommateur a payé immédiatement la somme attendue. Ce paiement est alors intervenu en méconnaissance de l'article L. 121-16 du Code de la consommation, qui interdit toute contrepartie ou engagement quelconque dans les sept jours suivant le démarchage¹³⁵⁶. Et, selon la Cour de cassation, cette disposition d'ordre public est « sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat »¹³⁵⁷, seul l'article 6 du Code civil figurant au visa de cet arrêt¹³⁵⁸. Un arrêt en matière de crédit à la consommation est encore plus clair : selon la première chambre civile de la Cour de cassation, « la méconnaissance des dispositions de l'article L. 311-17¹³⁵⁹ du Code de la consommation est sanctionnée non seulement pénalement comme le prévoit l'article L. 311-35 du même Code mais également par la nullité du contrat de crédit en vertu de l'article 6 du Code civil »¹³⁶⁰. La solution est donc acquise. On comprend qu'elle puisse être contestée par une partie de la doctrine, la lecture conjointe des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil suggérant leur rapprochement. Mais la Cour de cassation semble avoir consacré définitivement l'article 6 comme fondement autonome d'annulation du contrat. Précisons, et c'est primordial, que dans les arrêts ici cités, l'infraction n'a pas été constatée par le juge pénal : il ne s'agit aucunement d'une application de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. La nullité est prononcée du seul fait de la présence d'une sanction pénale pour le comportement constaté par le juge civil.

293. L'influence nuancée de la pénalisation sur l'ordre public contractuel. Il faut toutefois préciser que la transgression d'une règle d'ordre public n'entraîne pas mécaniquement l'annulation du contrat. Elle doit être expressément prononcée par un juge, et un juge civil, seul compétent pour annuler un contrat. Mais surtout, le juge devra décider, pour chaque règle d'ordre public, si sa méconnaissance est sanctionnée par la nullité. Selon

1355 Civ. 1ère, 23 juin 1987 ; *Bull. civ.* I, n° 208 ; *Gaz. Pal.* 1987, jur. p. 772, note M. ROUBACH ; *RTD civ.* 1988, p. 281 ; *RTD civ.* 1989, p. 66, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1988, p. 281, obs. J. HÉMARD ; Civ. 1ère, 20 juillet 1994 ; *Bull. civ.* I, n° 261 ; *D.* 1995, somm. p. 276, obs. F. MAGNIN, et somm. p. 312, obs. J.-P. PIZZIO ; *RTD civ.* 1995, p. 101, obs. J. MESTRE.

1356 L'article L. 121-28 du Code de la consommation prévoit une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 3 750 euros en cas de méconnaissance de cette disposition.

1357 Civ. 1ère, 7 octobre 1998 ; *Bull. civ.* I, n° 290 ; *JCP G* 1999, II, 10039, note S. GERVAIS ; *RTD civ.* 1999, p. 383, obs. J. MESTRE. Voy. égal., dans le même sens, Civ. 1ère, 7 décembre 2004 ; *Bull. civ.* I, n° 303 ; *JCP G* 2005, II, 10160, note N. RZEPECKI ; *JCP E* 2005, 1145, obs. A. CONSTANTIN ; *RDC* 2005, p. 323, obs. D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2005, p. 389, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

1358 Le motif principal de cet arrêt fait cependant naître un doute, laissant entendre que la sanction pénale coexiste avec la nullité mais ne la justifie pas directement.

1359 Actuel article L. 311-14 du Code de la consommation. La nouvelle rédaction a précisé la durée (sept jours à compter de l'acceptation) pendant laquelle aucun paiement ne peut être accepté par le prêteur.

1360 Civ. 1ère, 22 janvier 2009 ; inédit, pourvoi n° 03-11775 ; *Revue de Droit Bancaire et financier* 2009, comm. n° 20, note X. LAGARDE.

M. MESTRE, ce ne sera le cas que des règles ayant une « force intérieure »¹³⁶¹, une « intensité »¹³⁶² particulière justifiant la nullité. Il y aurait ainsi deux degrés d'ordre public, seul le plus élevé pouvant justifier la nullité¹³⁶³. Le droit pénal faisant appel à l'ordre public le plus impérieux, nous pourrions en déduire que toute norme pénalement sanctionnée peut entraîner l'annulation du contrat. Ce n'est pas ce qu'a décidé la Cour de cassation. Elle décide en effet que toutes les normes pénalement protégées ne relèvent pas de l'ordre public *intensifié*. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé que la méconnaissance des obligations particulières d'information visées par l'article L. 113-3 du Code de la consommation¹³⁶⁴, texte lui aussi sanctionné pénalement, n'entraînait pourtant pas l'annulation du contrat¹³⁶⁵. Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir « écarté la sanction de la nullité du contrat, laquelle ne pouvait résulter du seul manquement aux exigences d'information sur les prix formulées par l'article L. 113-3 du Code de la consommation ». Cet article n'édicte aucune sanction civile, telle que la nullité du contrat ; par ailleurs, « aucune nullité ne pouvait être invoquée au titre d'une indétermination du prix ou d'une altération du consentement » de la victime. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette solution à plusieurs reprises, et à propos de fondements très différents¹³⁶⁶. Elle a, plus récemment, eu l'occasion de rejeter un pourvoi dont l'un des moyens soutenait qu'« est nul tout contrat conclu au mépris de dispositions législatives et réglementaires d'ordre public sanctionnées pénalement »¹³⁶⁷. Autant dire que la décision sur le caractère intensifié de l'ordre public, et partant, sur l'éventuelle nullité du

1361 J. MESTRE, obs. sous Civ. 1ère, 7 octobre 1998 et Civ. 2ème, 15 décembre 1998 ; *RTD. civ.* 1999, p. 383 et s., spéc. p. 384.

1362 *Idem*, spéc. p. 385.

1363 Dans le même sens, A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 437.

1364 « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente [...] ».

1365 Civ. 1ère, 15 décembre 1998 (arrêt dit *MJC Maison pour tous des Quatre bornes c/ Société Gestetner Services*) ; *D.* 2000, somm. p. 45 ; *RTD. civ.* 1999, p. 385, obs. J. MESTRE.

1366 Ainsi pour l'information précontractuelle tirée de l'article L. 330-3 du Code de commerce : bien que pénalement sanctionnée, la violation de l'obligation n'entraîne pas automatiquement l'annulation du contrat : *Com.*, 10 février 1998 ; *Bull. civ.* IV n° 71 ; *D.* 1998, somm. p. 334, obs. D. FERRIER ; *JCP E* 1998, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1998, 36815, spéc. p. 733, chron. PH. DELEBECQUE ; *Com.*, 16 mai 2000 ; inédit, pourvoi n° 97-16386 ; *JCP E* 2001, p. 269, obs. P. NEAU-LEDUC ; *Com.* 20 mars 2007 ; inédit, pourvoi n° 06-11290 ; *JCP G* 2007, II, 10133, note L. ATTUEL-MENDÈS ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 167, note L. LEVENEUR. Les juges du fond avaient auparavant retenu une solution opposée, annulant automatiquement les contrats conclus en méconnaissance de cette loi d'ordre public (voy. not. CA Paris, 17 mai 1995 ; *D.* 1997, somm. p. 55, obs. D. FERRIER). Sur l'ensemble de ce point, voy. N. DISSAUX, « L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ? », *JCP G* 2010, I, 134, spéc. n° 12 et s.

1367 Civ. 1ère, 17 décembre 2009 ; *Bull. civ.* I, n° 255 ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2010, n° 2708, obs. D. CHEMIN-BOMBEN.

contrat, relève d'une appréciation casuistique du juge. La sanction pénale n'en constitue certainement pas le critère, elle n'en est qu'un indice ¹³⁶⁸.

294. Critique. À la recherche du critère de l'ordre public intensifié. Il ne semble exister aucun critère satisfaisant pour déterminer quelles normes pénales relèvent de l'ordre public intensifié. La sécurité juridique impose de ne pas se contenter de ce flou. La détermination d'un critère précis est d'autant plus importante que certains projets de réforme du droit des contrats prévoient de fondre l'objet, la cause et l'ordre public dans cette seule dernière notion ¹³⁶⁹. C'est dans cette optique que la doctrine a tenté de distinguer les dispositions pénales selon qu'elles relèvent de l'ordre public intensifié ou non. Une première proposition tendait à considérer comme chronologique le critère de l'ordre public intensifié. Pour M. PIZZIO, lorsqu'une règle « assure sa fonction de prévention antérieurement à la formation du contrat, sa violation ne saurait entraîner automatiquement la nullité du contrat » ¹³⁷⁰ ; « En revanche, lorsque la règle de prévention assure sa fonction de prévention au cours de l'échange des consentements, [...] sa transgression doit être sanctionnée par la nullité du contrat » ¹³⁷¹. Cette solution paraît « très défendable » ¹³⁷² ; force est de constater, toutefois, qu'elle n'a pas été suivie par la Cour de cassation, qui annule parfois des contrats sur le fondement de l'article 6 du Code civil même si la règle régit une situation antérieure à la formation du contrat. Cela a par exemple été le cas lorsque la Cour de cassation a approuvé l'annulation, sur le fondement de l'article 6 du Code civil, de contrats conclus à la suite de la violation des règles relatives à l'étiquetage, pénalement sanctionnées ¹³⁷³. La proposition de Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES présente le même inconvénient. L'auteur distingue l'ordre public selon qu'il est négatif ou positif, c'est-à-dire selon qu'il interdit un comportement ou, au contraire, en impose un. Pour la violation d'une règle d'ordre public négatif, « la nullité est une sanction

1368 Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », in F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON, *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Économica, coll. Études Juridiques, vol. 28, 2007, p. 85 et s., n° 25. Dans le même sens, J. MESTRE, obs. préc. sous Civ. 1ère, 7 octobre 1998 et Civ. 2ème, 15 décembre 1998, spéc. p. 385 : « Dans cette appréciation de l'intensité de la règle transgressée, les juges pourront naturellement attacher toute son importance à l'éventuelle sanction pénale édictée par le législateur pour sa violation ».

1369 Article 88 du projet de réforme de la Chancellerie du droit des contrats (version initiale de 2008) : « Est illicite le contrat prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » ; voy. D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC* 2009, p. 279 et s., n° 40.

1370 J.-P. PIZZIO, in *D.* 2000, somm. p. 45 et s., spéc. p. 46, citant l'arrêt Civ. 1ère, 15 décembre 1998 ; préc.

1371 *Ibidem*, citant l'arrêt Civ. 1ère, 7 octobre 1998 ; préc.

1372 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 451.

1373 Civ. 1ère, 7 décembre 2004 ; préc.

justifiée et efficace, puisqu'elle supprime ce qui contrevient à la règle en rétablissant la situation qui aurait été celle des contractants si la règle avait été respectée »¹³⁷⁴. À l'inverse, lorsqu'un comportement positif était imposé, la nullité n'a plus de sens, faute d'objet. Cette proposition, cependant, ne semble pas davantage avoir les faveurs de la Cour de cassation. L'exemple de la violation des règles d'étiquetage peut ici être repris¹³⁷⁵, puisque les règles d'étiquetage, qui relèvent d'un ordre public positif, ont justifié l'annulation des contrats sur le fondement de l'article 6. Plus récemment, M. DADOUN a suggéré de déduire l'intensité de la règle de deux critères, qui seraient la gravité du vice de l'acte d'une part, l'efficacité de la nullité d'autre part¹³⁷⁶. La solution est séduisante : il est étonnant en effet que la Cour de cassation étende la portée de la nullité à des hypothèses où le législateur l'avait - parfois volontairement - , écartée. Mais il faut bien convenir que ces critères ne permettront pas de sortir de la casuistique actuelle. En effet, la gravité du vice de l'acte devra être caractérisée par le juge, qui ne peut s'appuyer sur la présence, ou non, de sanctions pénales. Et l'efficacité de la nullité est entièrement dépendante des circonstances de fait et des situations respectives des parties. Finalement, en l'état actuel, il nous semble parfaitement impossible de déterminer *in abstracto* le critère de l'ordre public intensifié. Cette incertitude n'est pas sans inférer sur l'appréciation que l'on peut porter quant à l'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de la nullité.

B. Appréciation de l'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de nullité

295. Une influence fréquente. L'infraction pénale coïncide souvent avec un vice du consentement. En ce cas, la caractérisation de l'illicéité de la cause ou de l'ordre public contractuel n'aura qu'une incidence limitée¹³⁷⁷, car le contrat aurait de toutes façons pu être annulé. Mais dans certains cas, la situation est différente car le champ d'application de la loi pénale est susceptible de dépasser celui des vices du consentement, peu adaptés aux formes modernes d'atteintes au consentement contractuel. En tous les cas, les droits civil et pénal n'ayant pas la même finalité, il est parfaitement normal que leurs règles respectives divergent. Cela a été déjà été démontré par des études approfondies¹³⁷⁸. Il suffira en

1374 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 231 et s., spéc. n° 234.

1375 Civ. 1ère, 7 décembre 2004 ; préc.

1376 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 452 et s.

1377 Mais pas inexistante, puisque l'illicéité de la cause ou de l'ordre public contractuel pourra, en certains cas, transformer la nullité en nullité absolue d'une part, totale d'autre part, voy. *infra*, n° 299 et s.

1378 Cette question a une première fois été mise en lumière par la thèse d'A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 227 et s., l'auteur consacrant le titre II de sa première partie à « La

conséquence d'opérer quelques rappels significatifs, propres à démontrer l'influence de la fréquence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de la nullité. Ainsi le dol civil n'émane en principe que du cocontractant ou de son représentant, alors que les incriminations pénales correspondantes n'exigent nullement une telle condition¹³⁷⁹. Sauf à pouvoir recourir à l'article 1110 du Code civil, l'erreur provoquée par le tiers n'est donc pas susceptible de caractériser un vice du consentement. Elle pourra toutefois justifier l'annulation du contrat, dans les cas où la sanction pénale le rendra contraire à l'ordre public. Ensuite, certains comportements sont tout simplement ignorés par le droit civil, et la théorie des vices du consentement en particulier. Par exemple, l'envoi forcé incriminé pénalement¹³⁸⁰ ne trouve aucun équivalent civil : la violence doit notamment être écartée, en l'absence de toute « crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »¹³⁸¹. Une autre transgression du droit civil par le droit pénal peut être trouvée dans le cas « d'une sollicitation insistante, d'un harcèlement veillant à ne pas franchir les limites de la courtoisie »¹³⁸². On se situe alors en réalité entre le dol et la violence, sans qu'aucun des deux vices du consentement ne puisse être caractérisé. Le droit pénal, lui, appréhende certainement ces comportements, notamment par le biais des abus de faiblesse. Enfin, un dernier exemple peut être tiré de l'exigence d'un préjudice : là où le droit civil en exige par principe, notamment en matière de dol, le droit pénal y est le plus souvent indifférent¹³⁸³. Finalement, on se rend bien compte que le droit pénal va régulièrement permettre de dépasser la théorie des vices du consentement et, partant, rendre possible la nullité à des hypothèses où le droit civil ne la permettait pas. Cette fréquence donne une acuité toute particulière à la question de la légitimité de l'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de la nullité.

296. Une influence regrettable ? Le droit pénal permet d'appliquer la nullité à des hypothèses où le droit civil ne la prévoyait pas, il étend la nullité au-delà de ce que le législateur avait prévu et au-delà, notamment, de la théorie des vices du consentement. Mais est-ce vraiment un mal ? La doctrine s'accorde pour critiquer les insuffisances de la théorie

transgression de la théorie des vices du consentement par le droit pénal ».

1379 L'escroquerie peut être le fait d'un tiers au contrat, de même que la tromperie, les pratiques commerciales trompeuses ou encore les abus de faiblesse (A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 230 et s.).

1380 Articles R. 635-2 du Code pénal et L. 122-2 à L. 122-5 du Code de la consommation (la double incrimination se voulant pédagogique, voy. *infra*, n° 365).

1381 Article 1112 du Code civil.

1382 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 293.

1383 *Idem*, n° 300 et s.

des vices du consentement, qui ne prennent qu'imparfaitement en considération les atteintes modernes au consentement contractuel¹³⁸⁴. Le droit pénal, lui, les réprime très largement. L'influence de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel pourrait donc être vue comme permettant d'étendre de manière opportune la nullité du contrat, laquelle conserve en certains cas une utilité indéniable.

Toutefois, en reprenant la formule de M. GHESTIN, il « est permis de penser que dans certains cas les sanctions pénales ont précisément pour but de fournir une solution plus opportune que l'annulation du contrat »¹³⁸⁵. En imposant des sanctions pénales, le législateur n'a-t-il pas exclu volontairement la nullité ? Compte tenu des insuffisances que présente cette sanction, notamment en matière de contrats de crédit, de travail ou de bail, une réponse positive s'impose parfois avec évidence. On relèvera pourtant que la pénalisation a ouvert la nullité pour des contrats de crédit, alors que la loi ne prévoyait pas cette sanction¹³⁸⁶. Le fait, pour le juge, de réintroduire la nullité par le biais de l'ordre public ou de la cause est donc une forme de méconnaissance de cette volonté.

Afin de justifier cette influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de nullité, il a été soutenu que cela permettait de pallier certaines hypothèses de discordance des solutions civiles et pénales. À une décision pénale caractérisant une infraction directement liée à un contrat, ne devrait pas correspondre une décision civile validant ce même contrat¹³⁸⁷. La cause et l'ordre public contractuel permettent alors d'assurer une cohérence et une uniformisation minimales entre les deux droits, en calquant l'illicéité civile sur l'illicéité pénale. Cet argument n'emporte pas notre conviction. Pour le justiciable non-juriste, une telle discordance peut sans doute paraître curieuse. Mais elle s'explique par les différences profondes de finalité des droits civil et pénal. Les deux droits n'ayant pas la même vocation,

1384 Rapp. C. QUERDANE AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 237 : « parce [que les vices du consentement] sont inadaptés aux altérations actuelles, et sont souvent difficiles à prouver, le juge peut être tenté de se référer au caractère d'ordre public de la règle protectrice transgressée pour prononcer la nullité, alors que le fondement véritable est l'altération du consentement ».

1385 J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 3ème éd., 1993, n° 445. Dans le même sens, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 512.

1386 Voy. par ex., Civ. 1ère, 22 janvier 2009 ; préc.

1387 De manière générale, « il paraît logique que le contrat illicite d'un point de vue pénal soit nul et donc illicite d'un point de vue civil » (A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 16). La volonté d'unité du système juridique « exclu[t] la possibilité pour quoi que ce soit d'être simultanément légal et illégal [...]. Il faut, par suite, concevoir le système juridique comme l'unité du légal et de l'illégal » (N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 31, 1986, *le système juridique*, p. 163 et s., spéc. p. 179).

il paraît tout à fait normal que les règles civiles et pénales ne se recourent pas complètement.

297. L'affaiblissement corrélatif de la sécurité juridique. Une autre critique, plus sérieuse, est issue de l'atteinte à la sécurité juridique, en raison de l'imprévisibilité de l'annulation du contrat. Cette annulation est en effet subordonnée à son rattachement à un des standards, dont on a vu, notamment pour l'ordre public, qu'ils obéissent à une « logique de flou »¹³⁸⁸. Il n'y a plus qu'à se résigner, comme M. CONSTANTIN, à renoncer à des objectifs de « prévisibilité et de sécurité juridique »¹³⁸⁹. Mais cela n'est évidemment guère satisfaisant. Cette menace que le droit pénal fait planer sur le contrat contribue à l'affaiblissement de la sécurité contractuelle d'une part, de la force obligatoire des contrats d'autre part, que la doctrine constate, pour la regretter, depuis longtemps¹³⁹⁰.

298. L'annulation imposée par le législateur au juge : le retour à la nullité textuelle. Face à ces contradictions, le législateur bride parfois le juge en lui imposant son choix, comme en matière de pratiques commerciales agressives : le contrat constitutif de cette infraction pénale est déclaré « nul et de nul effet »¹³⁹¹. En revenant à la nullité textuelle, l'objectif du législateur est de priver le juge de toute marge de manœuvre. Trois remarques s'imposent néanmoins. En premier lieu, la formule paraît inutilement redondante : si un contrat est nul, il est en principe de nul effet¹³⁹². Cela n'est pas sans rappeler certaines défaillances du législateur dans la rédaction des textes liés à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel¹³⁹³. Mais surtout, la formule est trompeuse. Une fois l'infraction de pratiques commerciales agressives caractérisée, le contrat n'est pas automatiquement nul : le juge pénal n'a pas le pouvoir d'annuler le contrat. Et l'on ne saurait y voir une forme de peine accessoire - au demeurant officiellement proscrite depuis le nouveau Code pénal. Il faudra attendre qu'un juge civil - si un juge civil

1388 P. LECLERC, « Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 6, 2011, n° 24.

1389 A. CONSTANTIN, obs. préc. sous Civ. 1ère 7 décembre 2004, *in fine*.

1390 Voy. déjà, M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », art. préc.

1391 Article L. 122-15 du Code de la consommation. *Adde* le nouvel article L. 122-3, alinéa 3 du Code de la consommation relatif aux envois forcés (« Tout contrat conclu consécutivement à la mise en œuvre de la pratique commerciale illicite visée au premier alinéa du présent article est nul et de nul effet ») et le nouvel alinéa qui serait ajouté à l'article L. 122-8 du Code de la consommation (« Lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'un abus de faiblesse, celui-ci est nul et de nul effet ») en suivant l'article 64, IX du projet de loi relatif à la consommation modifié par le Sénat le 13 septembre 2013 (projet n° 213).

1392 Sauf l'hypothèse de clauses exceptionnelles qui survivent à la nullité, telle la clause compromissoire.

1393 Sur quoi, voy. *supra*, n° 248 et s.

est saisi - , vienne tirer les conséquences de l'infraction en prononçant l'annulation du contrat. Le contrat résultant des pratiques commerciales trompeuses ne sera réellement « nul et de nul effet » qu'à cette condition. Enfin, en dernier lieu, la solution est pour le moins originale. D'abord parce que la nullité est encourue en raison des pratiques agressives, alors que ces dernières peuvent être constituées lorsqu'elles sont simplement « de nature à vicier le consentement », à l'inverse de la solution traditionnelle qui exige son altération effective. Ensuite parce que les pratiques commerciales trompeuses peuvent se dérouler au stade de l'exécution du contrat ¹³⁹⁴ ; la nullité, sanction classique d'un vice de la formation du contrat, ne devrait donc pas s'y appliquer.

§ 2. L'INFLUENCE DE LA PÉNALISATION SUR LE RÉGIME DE LA NULLITÉ

299. La loi pénale relevant d'un ordre public particulièrement impératif, il est légitime de se demander si sa violation est susceptible, lorsqu'elle coïncide avec la nullité du contrat, de rendre la nullité absolue plutôt que relative d'une part, totale plutôt que partielle d'autre part. C'est étudier, autrement dit, l'influence de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sur la détermination des demandeurs en nullité (A) et l'étendue de celle-ci (B).

A. L'influence de la pénalisation sur la détermination des demandeurs en nullité

300. Présentation. La nullité est un droit de critique, dépendant des finalités de la règle transgressée ¹³⁹⁵. Selon une *summa divisio* bien connue ¹³⁹⁶, si la norme protège l'intérêt

1394 Article L. 122-11, I du Code de la consommation : « Une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent : [...] 3° Elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur [...] ».

1395 R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909, p. 533 et s. Un auteur a démontré que cette division fondamentale était en réalité empruntée par JAPIOT à de multiples auteurs plus anciens (A. POSEZ, « La théorie des nullités, Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647 et s.).

1396 Que proposent de confirmer les projets français de réforme du droit des contrats (articles 1129-1 du projet « CATALA », 61 du projet « TERRÉ », et 82 et 84 du projet de la Chancellerie dans sa version datant de mai 2009). Elle n'est pourtant pas inattaquable, certains auteurs ayant pu relever l'existence de nullités qui se situaient en réalité entre la nullité absolue et la nullité relative, voy. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. préc., n° 1023 et s. Adde S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Nullité ou rescision des conventions, Régime de la nullité », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1304 à 1314, fasc. 40, 2007, n° 1 : « on rencontre des nullités relatives "élargies" (généralisées a-t-on pu dire), en ce sens que le droit de les invoquer n'est plus réservé à la personne protégée par la loi, comme on rencontre des nullités absolues "restreintes" en ce sens que le droit d'agir est refusé à certaines personnes ».

général, la nullité est absolue, et toute personne qui y a un intérêt légitime peut la soulever ; si la norme protège un intérêt particulier, la nullité est relative : seules les personnes protégées peuvent soulever la nullité ou, au contraire, confirmer le contrat. Or, le droit pénal tend par nature à la protection de l'intérêt général. Fallait-il en déduire que la nullité d'un contrat devait, en présence d'une infraction pénale, être nécessairement absolue ?

301. L'influence exceptionnelle de la pénalisation sur la détermination des demandeurs en nullité. La solution positive paraît au premier abord logique. Elle prévaut en présence d'une cause illicite, cas dans lequel c'est l'intérêt général qui est concerné, et la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur la nature absolue de la nullité ¹³⁹⁷. Une question s'impose alors : si par exemple un dol civil est prouvé ¹³⁹⁸, la nullité qu'il fait encourir au contrat est relative. Mais si, parallèlement à ce dol, une escroquerie est caractérisée, la cause subjective peut alors devenir en outre illicite et la nullité est, sur ce fondement, absolue ¹³⁹⁹. La nullité absolue tirée de la cause illicite écarte-t-elle la nullité relative ? Aucune jurisprudence ne permet de résoudre ce concours d'action. Il faut alors se référer à la doctrine, qui paraît cependant ne s'y être également que peu intéressée. Signalons toutefois les travaux de Mme VALOTEAU, qui a proposé de résoudre ce concours d'action par l'application de l'adage *Specialia generalibus derogant*, lequel invite le juge, lorsqu'il est confronté à deux règles, à faire prévaloir la règle spéciale sur la règle générale. Selon l'auteur, la théorie des vices du consentement, serait une règle spéciale qui l'emporterait sur les autres causes de nullité, plus générales, en particulier celle issue de l'article 6 du Code civil ¹⁴⁰⁰. La solution est séduisante, mais pourrait conduire à un dévoiement de l'adage. En effet, « il faut se garder de croire que toute disposition qui présente un caractère exceptionnel soit nécessairement exclusive du droit commun » ¹⁴⁰¹ et, en particulier, il n'est pas certain que l'adage puisse s'appliquer pour la résolution du concours de deux actions,

1397 Voy. les références citées par PH. SIMLER, « Contrats et obligations. Cause. Illicéité ou immoralité de la cause », fasc. préc., n° 44.

1398 La question se poserait évidemment dans les mêmes termes s'il s'agissait d'une violence.

1399 La cause peut évidemment être illicite même si elle n'est rattachée à aucune infraction pénale : la question dépasse donc notre sujet. Mais la pénalisation des atteintes au consentement contractuel repose cette question avec une acuité toute particulière, eu égard aux multiples coïncidences entre infractions et contrats et, partant, aux cas potentiellement nombreux de causes illicites.

1400 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 538 et s. En revanche, la cause de nullité – absolue – fondée sur l'objet illicite serait elle-même une règle spéciale par rapport aux vices du consentement, et devrait alors prévaloir (*idem*, n° 543).

1401 H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, v° *Specialia generalibus derogant*, n° 418.

visant avant tout les conflits entre deux règles¹⁴⁰². On remarquera d'ailleurs que ce n'est pas sur *Specialia generalibus derogant* que le concours entre l'action en nullité pour erreur et l'action en garantie des vices cachés a été résolu. Rappelons qu'un cumul entre ces deux actions a longtemps été la règle, avant que la Cour de cassation ne vienne affirmer, sans se fonder, du moins explicitement¹⁴⁰³, sur l'adage, qu'en cas de vices cachés l'action en garantie constitue « l'unique fondement possible de l'action »¹⁴⁰⁴, excluant toute action fondée sur l'erreur. On soulignera au demeurant que ce choix ne concerne pas l'hypothèse d'un cumul entre vices cachés et dol¹⁴⁰⁵, ni entre erreur et garantie de conformité¹⁴⁰⁶.

Prenant acte de cet écueil, Mme VALOTEAU propose ensuite de se référer à la valeur protégée par les incriminations. Si l'intérêt protégé est un intérêt général, comme la liberté de la concurrence, la nullité absolue doit l'emporter ; si l'intérêt protégé est un intérêt particulier, comme la protection du consommateur, c'est la nullité relative qui doit primer¹⁴⁰⁷. La proposition a le mérite de la simplicité, mais impose de déterminer avec précision l'intérêt protégé par l'incrimination concernée. La tâche n'est pas mince. D'autant qu'elle risque de nous amener sur les berges, plus que glissantes, de la distinction des ordres publics de direction et de protection¹⁴⁰⁸. D'ailleurs, les mêmes auteurs qui soutiennent le critère de la nature de l'ordre public pour jouer sur la nullité, reconnaissent qu'en pratique il

1402 Pour une critique du recours à *Specialia generalibus derogant*, voy. A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 470 et s. L'auteur suggère plutôt le recours à la régularisation du contrat qui permettrait au juge de choisir entre deux alternatives opposées.

1403 Pour une part de la doctrine, la Cour de cassation a visé implicitement l'adage (voy. not. CH. RADÉ, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996) », *JCP G* 1997, I, 4009).

1404 Civ. 1ère, 14 mai 1996 ; *Bull. civ.* I, n° 213 ; *D.* 1997, somm. p. 345, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1998, jur. p. 305, note F. JAULT-SESEKE. Sur la question, voy. Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché, variations sur un même thème », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 789 et s.

1405 Voy. not. Civ. 1ère, 6 novembre 2002 ; *Bull. civ.* I, n° 260 ; *D.* 2002, IR p. 3190 ; *Contrats concurrence consommation* 2003, comm. n° 38, obs. L. LEVENEUR.

1406 Civ. 3ème, 25 mars 2003 ; *JCP G* 2003, I, 170, obs. Y.-M. SERINET.

1407 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 413. Adde F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 385, pour qui « un contrat contraire à l'ordre public classique ou à l'ordre public économique de direction est nul de nullité absolue. Il s'agit, en effet, de défendre la société contre les initiatives individuelles qui risquent de porter atteinte à l'intérêt général. À l'inverse, un contrat contraire à l'ordre public de protection économique et sociale est nul de nullité relative. S'agissant de protéger les intérêts de certaines personnes, il convient de réserver à celles-ci l'exercice de l'action en nullité ».

1408 Sur la difficulté de la distinction, voy. not. M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public économique de protection : l'avenir de la distinction », in *Au-delà des codes, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, op. cit., p. 317 et s. La doctrine propose parfois des distinctions différentes, par exemple en opposant un « ordre public social » à un « ordre public économique proprement dit » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 297), ou un « ordre étatique impératif » à un « ordre privé impératif » (J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in *l'ordre public à la fin du XXème siècle*, op. cit., p. 33 et s.).

n'est « pas toujours évident de tracer exactement la frontière entre ce qui relève de l'ordre public de direction et ce qui appartient à l'ordre public de protection »¹⁴⁰⁹. Selon nous, si le droit de la consommation a pour objet principal la protection des consommateurs, il tend également, de manière plus générale, à la loyauté et à la régulation du marché¹⁴¹⁰. Inversement, le droit de la concurrence, qui relève par excellence de l'ordre public économique de direction, a également pour but indirect la protection des consommateurs et, d'ailleurs, les associations de consommateurs peuvent déclencher l'action publique en plusieurs hypothèses¹⁴¹¹. Cette seconde proposition ne nous paraît donc pas davantage devoir être retenue.

Faute de pouvoir justifier l'exclusion de la nullité absolue ou relative dans notre hypothèse, la solution tient logiquement dans le cumul de ces deux nullités, et dans l'option qui s'offre alors à la victime de l'atteinte au consentement. Cette option aboutit naturellement à faire privilégier, concrètement, la nullité absolue au détriment de la nullité relative. En effet, la cause de nullité absolue permet à tout intéressé d'agir, le fait qu'une cause de nullité relative coexiste ne le remettant pas en cause. La restriction posée par la nullité relative quant aux demandeurs en nullité est alors dénuée de toute portée pratique. De même, l'éventuelle confirmation du contrat par la victime de l'atteinte au consentement n'entravera nullement le droit d'agir en nullité des autres personnes intéressées.

302. L'indifférence de principe de la pénalisation sur la détermination des demandeurs en nullité. En dehors de la cause, l'influence de la pénalisation sur la détermination des demandeurs en nullité n'a jamais été consacrée, de manière générale, par la jurisprudence¹⁴¹². Au contraire, la nullité relative continue à être appliquée à certaines hypothèses¹⁴¹³. Le principe n'est donc pas celui d'une influence de la pénalisation sur la détermination des demandeurs en nullité. Si l'on raisonne en opportunité, la solution s'impose assez naturellement. En premier lieu, en raison des multiples coïncidences entre

1409 F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 385.

1410 En ce sens, J.-P. PIZZIO, « Le droit de la consommation à l'aube du XXIème siècle », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 877 et s.

1411 Voy. *supra*, n° 126 et 130.

1412 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 444 et s. *Adde* J. GHESTIN, *La formation du contrat, op. cit.*, n° 445 : « Il n'est donc pas possible de déduire de façon systématique de l'existence de sanctions pénales la possibilité de demander l'annulation du contrat. A fortiori ne peut-on déduire de l'existence de sanctions pénales le caractère absolu de la nullité, qui dépend seulement du point de savoir si la règle visait à sanctionner l'ordre public de direction ou de protection ».

1413 Voy. par ex., Civ. 1ère, 2 octobre 2007 ; *Contrats concurrence consommation* 2008, comm. n° 29, note G. RAYMOND.

sanctions pénales et contrat, l'admission systématique d'une nullité absolue en présence d'une infraction pénale aboutirait, d'un point de vue quantitatif, à une restriction considérable de la nullité relative. En second lieu, et plus substantiellement, la solution pourrait devenir injuste pour la victime théoriquement protégée par le droit civil.

C'est d'abord le cas en raison du large éventail de personnes autorisées à agir en présence d'une nullité absolue. Toute personne intéressée peut en effet demander l'annulation du contrat ¹⁴¹⁴, y compris l'auteur lui-même de l'atteinte au consentement. Sous cet aspect, il faut rappeler que l'exception d'indignité - exprimée par les maximes *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* ¹⁴¹⁵ -, ne saurait être un obstacle à l'action en nullité ¹⁴¹⁶. La raison en est simple : prononcer la nullité ne revient pas à donner effet à la turpitude, mais empêche au contraire qu'elle puisse produire quelque effet. De sorte que la personne peut toujours se prévaloir de la nullité, notamment par voie d'exception, pour refuser d'exécuter ses engagements ¹⁴¹⁷. L'exception d'indignité paralyse uniquement la répétition, c'est-à-dire la restitution, des prestations réalisées en exécution du contrat annulé ¹⁴¹⁸. Certes, cette sanction peut être redoutable, par exemple en interdisant la restitution au banquier du capital d'un crédit qu'il a consenti. Néanmoins, encore faut-il préciser qu'une part importante de la doctrine et de la jurisprudence restreignent l'application de l'exception d'indignité aux seules situations d'immoralité, à l'exclusion des illicéités ¹⁴¹⁹. Il est de même certain que les contrats à titre gratuit échappent à la règle ¹⁴²⁰. En réalité, l'appréciation de l'exception d'indignité est dominée par une réelle

1414 Le ministère public a également ce pouvoir (en vertu de l'article 423 du Code de procédure civile, selon lequel le ministère public peut « agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci »). Un auteur a cependant pu remarquer qu'en pratique, le ministère public utilisait peu cette faculté (O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM, 1999, n° 374).

1415 Ces maximes peuvent être traduites ainsi : nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ; à égalité de turpitude, le droit à répétition disparaît. Sur la règle elle-même, nous renvoyons évidemment à la thèse de PH. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur »*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1970 ; *adde* du même auteur, « Exception d'indignité, Règles "Nemo auditur" et "In pari causa" », *J.-Cl. Civil Code*, App. art. 1131 à 1133, 2013.

1416 En ce sens, voy. Civ. 1ère, 25 janvier 1972 ; *Bull. civ.* I, n° 25 ; *D.* 1972, jur. p. 413, note PH. LE TOURNEAU ; Civ. 1ère, 22 juin 2004 ; *Bull. civ.* I, n° 182 ; *JCP G* 2005, I, 132, obs. G. VINEY, et II, 10066, note A.-F. EYRAUD ; *RTD cin.* 2004, p. 503, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 3ème, 25 juin 1985 ; *D.* 1986, jur. p. 212, note E. AGOSTINI ; Soc., 10 novembre 2009 ; *Bull. civ.* V, n° 251 ; *JCP G* 2010, 94, obs. J. MOULY ; *RDC* 2010, p. 557, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD cin.* 2010, p. 104, obs. B. FAGES.

1417 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 369. En jurisprudence, voy. not. Civ., 1ère, 22 juin 2004 ; préc.

1418 F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 428 et s.

1419 Voy. par ex. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 370. *Contra*, voy. l'article 1162-3 du projet « CATALA ».

1420 PH. LE TOURNEAU, « Exception d'indignité, Règles "Nemo auditur" et "In pari causa" », fasc. préc., n° 68 et s. La solution est logique : si, dans un contrat synallagmatique, chacune des parties espère tirer

casuistique. En particulier, la maxime *In pari causa* permet de tenir compte du « degré respectif de "turpitude" des parties »¹⁴²¹ pour adapter le jeu des restitutions¹⁴²². Il reste que, de manière générale, la portée limitée des règles *Nemo auditur* et *In pari causa* ne permet pas de contrer l'hypothèse d'une nullité demandée par l'auteur même de l'atteinte au consentement. Cela est susceptible de créer des situations injustes du point de vue de la victime de l'atteinte, qui subira parfois l'annulation d'un contrat, si un intérêt perdure pour elle en dépit de son consentement vicié.

L'admission systématique d'une nullité absolue en présence d'une infraction pénale risque encore d'être injuste pour la victime d'une atteinte au consentement, en ce qu'elle lui interdit de confirmer le contrat en présence d'une telle nullité. Le contrat, pourtant, ne lui est pas forcément désavantageux - ainsi de l'escroquerie qui sera caractérisée par la seule atteinte à la liberté du consentement, indépendamment de tout préjudice pécuniaire¹⁴²³. Le contrat est même parfois nécessaire pour la victime : on pense, à nouveau, aux contrats de bail, de travail ou de logement. Et même lorsque le contrat est désavantageux, il aurait pu rester utile, la victime se contentant de demander soit des dommages-intérêts, soit, lorsqu'elle est possible, sa réfaction. En imposant l'annulation du contrat, on risque de priver la victime d'un bien ou d'un service utile, ce qui l'obligera à se le procurer à nouveau ultérieurement¹⁴²⁴.

Cette difficulté aurait pu être palliée par le recours à la nullité partielle plutôt qu'à la nullité totale. Mais justement, il faut maintenant constater qu'il existe une réelle influence de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sur l'étendue de la nullité.

avantage de l'accord, seul le bénéficiaire profite de la donation. Le refus de la répétition renforcerait alors la donation immorale.

1421 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 370 (souligné par les auteurs).

1422 Schématiquement : si le demandeur est seul coupable, son action n'est pas recevable. Si la partie indigne est le défendeur, son partenaire pourra en revanche agir. Si les deux parties sont également indignes, aucune ne pourra agir en vertu de *In pari causa*. *A contrario* de cette règle, la répétition sera accordée si le demandeur est certes indigne, mais moins que ne l'est le défendeur (PH. LE TOURNEAU, « Exception d'indignité, Règles "Nemo auditur" et "In pari causa" », fasc. préc., n° 130 et s.).

1423 Voy. *supra*, n° 60.

1424 Ce qui est valable tant au stade de la formation du contrat (L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBERGE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002, n° 478) que de son exécution (Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse, Paris I, 1996, n° 412).

B. L'influence de la pénalisation sur l'étendue de la nullité

303. Constat de l'influence de la pénalisation sur l'étendue de la nullité. Le juge civil appliquait traditionnellement en matière de nullité « une politique du tout ou rien »¹⁴²⁵ : si la nullité était prononcée, le contrat tombait dans son intégralité. Les méfaits d'une telle politique ont fini par se faire sentir¹⁴²⁶, au point que l'on préfère aujourd'hui sans conteste une annulation « chirurgicale »¹⁴²⁷ du contrat. Il faut expurger l'acte de son venin, pour reprendre l'expression de PH. MALAURIE¹⁴²⁸, mais en limitant l'amputation aux seules parties affectées. La nullité partielle permet justement de limiter la nullité à « la partie de l'acte affectée d'un vice »¹⁴²⁹. L'objectif est clairement de maintenir le lien contractuel qui existe entre les deux parties. Le législateur a été à l'origine de nombreux textes prévoyant spécialement la nullité partielle. La jurisprudence l'a relayé efficacement, en se reconnaissant le droit de supprimer la seule clause illicite du contrat même en l'absence de texte. Mais encore faut-il que la clause litigieuse ne constitue ni la cause déterminante de l'engagement des parties, ni l'un de ses éléments essentiels¹⁴³⁰. À défaut, c'est l'économie du contrat dans son ensemble qui est touchée, et la nullité ne peut être que totale. Or, la pénalisation des atteintes au consentement rend illicite la cause, principalement, en raison de sa contrariété à l'ordre public¹⁴³¹. Cet élément est par nature essentiel au contrat. De sorte qu'« une convention entachée d'illicéité en raison de son lien avec une infraction pénale est irrémédiablement corrompue »¹⁴³² : la nullité partielle semble donc être nécessairement exclue.

1425 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc., n° 7.

1426 Voy. déjà, G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 347 et s., n° 9 : le tout ou rien de la nullité « n'est pas satisfaisant pour l'ordre économique. Il faudrait pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances, l'adapter aux événements imprévus et le faire servir l'ordre économique ».

1427 Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », art. préc., n° 4.

1428 PH. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, préf. P. ESMEIN, éd. Matot-Brainet, 1953, p. 110 (cité par Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », art. préc., n° 10).

1429 PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. préc., n° 174.

1430 F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 419 et s. Voy. toutefois, imposant la nullité partielle alors que les parties avaient convenu que la clause illicite était pour eux essentielle, Civ. 3ème, 31 janvier 2001 ; *JCP G* 2001, I, 354, obs. Y.-M. SERINET. *Adde* P. LECLERCQ, « Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », fasc. préc., n° 83, qui relève certaines hypothèses où « l'annulation est limitée jurisprudentiellement à une seule clause, même si elle est expressément réputée "essentielle" dans le contrat, au motif que la menace d'annulation globale porte atteinte à une disposition d'ordre public ».

1431 Voy. *supra*, n° 286 et s.

1432 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 511.

304. Critique de l'influence de la pénalisation sur l'étendue de la nullité. Ce critère du caractère déterminant de la clause pour les parties n'est pas satisfaisant¹⁴³³. La seule considération qui devrait ici primer doit être l'efficacité de la sanction¹⁴³⁴. Or, il est certain que la nullité totale n'est pas toujours plus efficace que la nullité partielle. En particulier, la perspective d'une annulation totale risque de dissuader l'un des contractants de dénoncer l'illicéité. Il est possible de raisonner encore une fois à l'aide des contrats de crédit, de bail ou de travail. Si, par exemple, la victime est un emprunteur, celui-ci doit rembourser le capital qu'il avait emprunté - ce qui peut être matériellement impossible si la somme a déjà été affectée ailleurs -, et réitérer le long processus d'emprunt. Inversement, le caractère essentiel de la clause illicite peut être invoquée par un contractant souhaitant se délier du contrat et pouvoir, le cas échéant, le conclure avec un partenaire moins récalcitrant¹⁴³⁵. Par exemple, un prêteur qui insère une clause d'indexation illicite au contrat aura intérêt à une annulation totale, plutôt que l'annulation partielle de la seule clause litigieuse¹⁴³⁶. Mais si le juge s'attache à l'intention des parties pour apprécier la cause du contrat, il ne pourra prononcer qu'une annulation totale tant il apparaîtra qu'en l'absence d'une telle clause le contrat n'eût pas été conclu. De sorte que finalement, l'éventualité d'une annulation totale engendre « un double risque d'inefficacité de la nullité soit pour n'être pas demandée, soit pour être dénoncée de façon inopportune »¹⁴³⁷. Il faudrait plutôt recourir à un critère téléologique, pour adapter l'annulation au but de la règle méconnue. En ce sens, la nullité partielle permettrait de maintenir le contrat en lui-même, en ne supprimant que les seules clauses litigieuses. L'intérêt particulier du demandeur convergerait alors vers l'intérêt général tendant à la suppression de l'illicite. La finalité de la nullité est en effet le rétablissement de la légalité transgressée lors de la conclusion d'un contrat en supprimant ses effets juridiques. Il faut pour cela que l'étendue de l'annulation soit calquée sur l'étendue de l'illicite : « de cette adéquation [...] dépend l'efficacité de la nullité, sanction de la règle violée »¹⁴³⁸.

305. Conclusion de Chapitre. Bien que les implications substantielles de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sur la validité du contrat ne soient

1433 Voy., sur ce point, Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », art. préc., n° 11 et s.

1434 O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, th. préc., n° 541 et s., et n° 669 et s.

1435 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 218, 1992, n° 491.

1436 Le cas échéant, une telle clause pourra toutefois caractériser une clause abusive et être, partant, réputée non écrite.

1437 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. préc., n° 491.

1438 *Idem*, n° 495.

pas systématiques, de réelles extensions ont pu être constatées, portant soit sur les cas d'ouverture de la nullité, soit sur son régime. Le plus significatif est, à notre sens, que la simple présence d'une sanction pénale puisse conduire le juge civil à prononcer la nullité du contrat, alors même, d'une part, que l'infraction pénale n'a pas été constatée, et alors même, d'autre part, que sans cette sanction pénale, le contrat serait demeuré valable aux yeux du droit civil. Ces implications substantielles s'ajoutent aux implications procédurales, dont on a déduit que, sous certaines réserves, la teneur de la décision pénale antérieure devait être respectée par le juge civil. La violation de la loi pénale est alors, en de multiples hypothèses, de nature à contraindre le juge civil à prononcer la nullité. Remarquables, ces implications de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel méritaient ainsi amplement d'être relevées.

306. Conclusion de Titre. Apprécier l'étendue de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel rendait nécessaire l'étude non seulement de ses manifestations, à savoir l'inflation pénale et les différentes facilités procédurales, mais encore de ses différentes implications. Celles-ci affectent tant la qualité des incriminations, à travers la dénaturation de leurs éléments constitutifs, que la validité du contrat. Il n'est pas sûr que ces implications résultent d'une volonté consciente de la part du législateur, ni qu'elles soient réellement maîtrisées. Il nous semble davantage s'agir d'une conséquence d'une inflation pénale démesurée, due principalement à l'utilisation de l'arme pénale - par nature impérative -, à titre de renfort de réglementations diverses. L'analyse des implications de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel vient ainsi ternir une première fois l'impression d'efficacité que pouvait laisser un premier aperçu de ses manifestations.

307. Conclusion de Partie. L'analyse critique de l'étendue de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel réserve, à bien y regarder, un sentiment paradoxal. Une première approche ne manque pas d'impressionner. Le nombre et le contenu des incriminations concernées, ainsi que la gravité des sanctions pénales encourues, laissent à l'observateur une sensation de vertige, laquelle s'aggrave encore, s'il se plonge dans l'étude des différentes facilités procédurales accordées à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il est certain que si l'effectivité de la protection du consentement contractuel se mesurait à la quantité des lois pénales intervenues en la matière, il y aurait tout lieu d'être rassuré ¹⁴³⁹. Mais un second regard, plus approfondi,

1439 Rapp. la citation précitée de M. DANTI-JUAN, « Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ? », art. préc., spéc. p. 87 : « il est certain que si l'effectivité de l'égalité des citoyens se mesurait au nombre des interventions législatives, il y aurait tout lieu d'être rassuré » (à propos de la répression des

nuance considérablement ces espoirs. L'étude objective des manifestations de la pénalisation ne suffit pas en effet à apprécier son étendue, il faut encore en mesurer les implications. Sous cet aspect, l'utilisation massive de l'arme pénale, destinée essentiellement à appuyer, à titre d'auxiliaire, des réglementations diverses, cause la dénaturation des éléments constitutifs des incriminations concernées. Le droit civil n'est pas épargné, en particulier parce que la profusion d'un droit pénal par nature impératif amène à fragiliser le contrat qui serait éventuellement conclu à la suite d'une atteinte au consentement.

De ces implications, souvent involontaires, parfois néfastes, agrémentées du constat de l'utilisation massive de la sanction pénale, naît naturellement une question, essentielle à cette étude : celle d'un éventuel *dévoiement* de la sanction pénale. Face à une atteinte au consentement contractuel, fallait-il *une* sanction pénale ? Si oui, fallait-il *cette* sanction pénale ? C'est poser la question de la *légitimité* de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

discriminations).

**PARTIE II. LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION DES
ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE
CHAMP CONTRACTUEL**

308. Les manifestations extensives de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel et ses nombreuses implications, notamment sur la qualité de l'incrimination, constituent le point de départ de la réflexion sur sa légitimité. La doctrine dénonce souvent « une excessive pénalisation »¹⁴⁴⁰, les auteurs rivalisant pour trouver le mot le plus fort : on a ainsi pu évoquer une « véritable invasion de sanctions pénales »¹⁴⁴¹, source d'« ivresse »¹⁴⁴² ou d'« overdose »¹⁴⁴³ pour qui s'aventurerait à son observation. Mais la doctrine ne dégage pas toujours, à notre avis, le sens réel de cet excès. Trop de droit pénal, certes, mais que faut-il entendre par *trop* ? Peut-on vraiment dire abstraitement qu'il y a trop de droit pénal ? Avant nous, M. CONTE avait déjà posé exactement ce problème : « par rapport à quels seuils [peut-on postuler qu'il y a trop de droit pénal] ? Je pourrais tout aussi bien affirmer qu'il n'y a pas assez de droit pénal ! [...] l'arrière-plan idéologique n'est pas toujours perçu »¹⁴⁴⁴. Certes, la quantité des lois pénales pose plusieurs problèmes¹⁴⁴⁵ ; en particulier, la banalisation de l'interdit pénal entraîne sa dévalorisation¹⁴⁴⁶. Mais, à notre avis, là n'est pas l'essentiel. Le *trop* de droit pénal résulte avant tout d'un droit pénal *dévoiyé*, c'est-à-dire utilisé en dehors de ses finalités propres, par un législateur en mal d'inspiration, ou cédant à certains groupes de pressions. Et ce n'est certainement pas parce que le droit pénal intervient ici fréquemment en tant qu'auxiliaire d'autres disciplines ou réglementations, qu'il est un simple outil mis à l'appréciation discrétionnaire du législateur. Cette utilisation quasi-systématique et intempestive de la sanction pénale se fait au mépris de l'exigence, pourtant essentielle - et d'ailleurs constitutionnelle -, de la nécessité pénale et, tout aussi souvent, de la proportionnalité de la réponse pénale - nécessité et proportionnalité que nous désignerons sous le terme plus général de *légitimité*¹⁴⁴⁷.

1440 A. LEPAGE, « Les sanctions en droit pénal des affaires, Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires », art. préc., n° 21.

1441 D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., n° 16.

1442 R. HAÏK, *Droit pénal des contrats*, th. préc., n° 5.

1443 F. DEBOVE, « L'overdose législative », *Droit pénal* 2004, étude n° 12 (l'auteur ne réservant pas son propos aux seules atteintes au consentement).

1444 Cité par S. BELMONT, « La dépenalisation de la vie des affaires : une question de proportion », *Journal des sociétés*, n° 53, avril 2008, p. 4 et s., spéc. p. 5. Rapp. PH. CONTE, « La dépenalisation de la vie des affaires », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 53, 2010, *Le droit pénal*, p. 183 et s., note 4, où l'auteur s'étonne de l'évocation, dans le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires, d'un « risque pénal anormal » pesant sur les acteurs de la vie des affaires : mais « anormal par rapport à quelle normalité ? ».

1445 Rapp. J.-J. DE BRESSON, « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations "techniques" », art. préc., spéc. p. 241 : l'auteur mentionne un « grave problème que pose, à l'occasion de l'adoption des législations ou réglementations dites "techniques", sans cesse plus abondantes, et l'extension corrélatrice du domaine du droit pénal, dans des conditions qui tendent à échapper à tout contrôle ».

1446 E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 401. Voy. *infra*, n° 423.

Dans ces conditions, il nous paraît nécessaire de procéder au contrôle de la légitimité de la pénalisation (Titre I), en répondant à plusieurs questions délicates mais essentielles : qui pourrait être chargé d'opérer un tel contrôle ? La pénalisation des atteintes au consentement contractuel se prête-t-elle dans son ensemble à ce contrôle ? Surtout, quels critères permettront d'apprécier la légitimité du droit pénal ? À l'issue de ce contrôle, certaines branches de la pénalisation apparaîtront légitimées, d'autres dévoyées. Pour ces dernières, la solution ne pourra être que la dépénalisation (Titre II). Il faudra alors proposer des substituts adéquats à la sanction pénale - à cette fin, la voie civile sera préférée aux sanctions administratives -, car il n'est pas question que la dépénalisation prônée aboutisse à une baisse de la protection des contractants.

1447 À condition de détacher la légitimité de son étymologie (fondée sur la racine du mot *loi*) pour retenir une définition plus usuelle : « Qui est justifié (par le bon droit, la raison, le bon sens) » (Dictionnaire *Le Petit Robert 2014*, v° Légitime), qui correspond plus à une appréciation sur l'opportunité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. La légitimité englobe donc à notre sens la nécessité, qui s'entend de ce qui est indispensable pour parvenir à un objectif (*ibidem*, v° Nécessaire) ; et la proportionnalité, qui exige une adéquation entre le comportement et la réponse qui lui est apportée (voy. *infra*, n° 324).

TITRE I. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION

309. Face à l'utilisation massive, et parfois manifestement dénuée de réflexion, de la sanction pénale, il convient de contrôler la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Encore faut-il déterminer les modalités d'un tel contrôle. Cela pose, d'abord, la question de l'organisation, ou plutôt, de la répartition du contrôle (Chapitre I). Répartition organique, d'abord - qui contrôle la légitimité de la pénalisation ? -, répartition sectorielle, ensuite - quelle part de la pénalisation des atteintes au consentement est concernée ? L'étude de la répartition du contrôle n'épuisera pas les questions que celui-ci pose. Il reste en effet la question essentielle - pourtant largement ignorée par la doctrine ¹⁴⁴⁸ : que faut-il entendre par nécessité ou, plus largement, légitimité du droit pénal ? Nous dégagerons alors ce qui nous semblent être les critères du contrôle de légitimité de la pénalisation (Chapitre II), deux concernant la légitimité de l'incrimination, un autre la légitimité de la peine. Ces critères, appliqués à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, révéleront parfois la légitimité de certaines incriminations, d'autres fois une forme de dévoiement du droit pénal, cas qui devrait donner lieu, selon nous, à dépénalisation.

1448 Voy. toutefois les différentes recherches menées par M. DELMAS-MARTY, « Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC* 1985, p. 225 et s. ; « L'enjeu d'un code pénal (réflexions sur l'inflation des lois pénales en France) », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 165 et s. ; « Les conditions de rationalité d'une dépénalisation partielle du droit pénal de l'entreprise », art. préc..

CHAPITRE I. LA RÉPARTITION DU CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION

310. Dans le cadre de l'étude du contrôle de légitimité de la pénalisation, et plus particulièrement de sa répartition, la question qui vient la première à l'esprit est de savoir *qui* sera en charge de ce contrôle. Ce rôle devrait revenir, selon nous, au législateur lui-même puis, dans un éventuel second temps, au Conseil constitutionnel. Aucun de ces organes, pourtant, n'assume pleinement cette responsabilité, situation sur laquelle il convient de revenir. Pour autant qu'une répartition organique du contrôle puisse s'opérer, il deviendra ensuite pertinent de s'intéresser au champ du contrôle. Or, il paraît certain qu'il ne pourra concerner l'ensemble de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Le contrôle de légitimité ne peut en effet s'apprécier qu'en considération des fondements de la pénalisation : encore faut-il pouvoir les identifier. Cela nous amènera à distinguer entre un droit pénal intervenant à titre autonome et à titre auxiliaire de disciplines ou réglementations juridiques extérieures, seul ce dernier se prêtant en réalité à un véritable contrôle de sa légitimité. La répartition du contrôle de légitimité de la pénalisation amène donc à étudier successivement sa répartition *organique* (Section 1) et sa répartition *sectorielle* (Section 2).

SECTION 1. LA RÉPARTITION ORGANIQUE DU CONTRÔLE

311. Théoriquement, il revient au législateur lui-même, représentant de la souveraineté nationale, de contrôler la légitimité du droit pénal lorsqu'il décide d'y recourir, pour réserver son intervention aux seules sanctions nécessaires à la protection des valeurs essentielles à la vie en société. En réalité, il est à la fois évident et connu que le législateur n'assume pas cette tâche - cette démission est particulièrement flagrante en matière d'atteintes au consentement contractuel. Le rôle du législateur dans le contrôle de légitimité pénale est donc manifestement inexistant (§ 1). Et les méfaits de cette absence de contrôle s'en ressentent d'autant plus que la liberté d'appréciation conférée au législateur n'est qu'à peine limitée par les contrôles supra-législatifs nationaux ou internationaux (§ 2). L'effectivité du contrôle de légitimité de la pénalisation suppose alors que soit renforcé le rôle des organes chargés d'y procéder.

§ 1. LE RÔLE INEXISTANT DU LÉGISLATEUR DANS LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ PÉNALE

312. L'absence de réflexion du législateur sur la légitimité pénale. C'est au législateur que la Constitution attribue le pouvoir de recourir à l'arme pénale¹⁴⁴⁹ ; c'est donc lui qui est censé apprécier sa légitimité. En réalité, il est devenu commun de reconnaître que le législateur n'assume pas ce rôle et, résistant « difficilement au charme terrible de la sanction pénale »¹⁴⁵⁰, y recourt massivement sans qu'aucune réflexion d'ensemble ne lui serve de ligne directrice. La doctrine explique parfois que le fondement de la pénalisation change pour devenir simplement utilitariste¹⁴⁵¹. Mais encore faudrait-il que la pénalisation manifeste une quelconque utilité, ce qui n'est pas toujours le cas¹⁴⁵². Et ainsi que nous l'avons vu, le législateur ne saurait, en dehors de quelques hypothèses, se réfugier derrière de prétendues exigences européennes qui, si exigeantes soient-elles, laissent la plupart du temps le législateur libre de recourir, ou non, à l'arme pénale¹⁴⁵³. Force est de constater, en conséquence, qu'ici comme ailleurs le législateur fuit sa responsabilité. Déplorant unanimement cet indéniable état de fait, la doctrine le souligne en relevant deux constantes de la pénalisation, lesquelles trouvent de nombreuses illustrations en matière d'atteintes au consentement contractuel.

313. Une pénalisation aléatoire ? En premier lieu, le législateur donne parfois la curieuse impression de pénaliser au hasard : « À l'heure actuelle, on a un peu l'impression d'une loterie », constate ainsi Mme DELMAS-MARTY¹⁴⁵⁴. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel en livre certaines illustrations flagrantes. Par exemple, est sanctionnée pénalement la violation des mentions informatives dans les contrats de vente à

1449 C'est ce qu'il résulte de la combinaison des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 34 de la Constitution. Toutefois, le pouvoir réglementaire dispose également d'un rôle important en matière pénale, soit que le législateur lui a délégué le pouvoir d'intervenir, soit, plus simplement, en matière contraventionnelle.

1450 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 398.

1451 Voy. not. P. MISTRETTA, « Les frontières du droit pénal des affaires », art. préc., spéc. p. 333 : « le droit pénal des affaires se nourrit d'infractions plus désincarnées, qui n'ont qu'une fonction utilitariste et disciplinaire sans que ne soient en jeu les fondements et grandes libertés du droit des affaires [...]. Telle est la raison d'être de ce droit pénal technique des affaires que de reposer sur un fondement purement utilitariste et sanctionnateur ».

1452 Voy. *infra*, n° 355 et s.

1453 Voy. *supra*, n° 10.

1454 « À l'heure actuelle, on a un peu l'impression d'une loterie : les bureaux de législation des ministres suivent leurs propres intentions pour décider de prévoir, soit des sanctions pénales, soit des sanctions administratives, soit le plus souvent les deux. Pour coordonner le choix entre les différents types de sanction... et donner une cohérence à la dépenalisation là où elle est nécessaire, on a besoin de définir des critères » (M. DELMAS-MARTY, « L'évolution du droit pénal des affaires », *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 354 et s., spéc. p. 356).

distance, de crédits à la consommation et de crédit immobilier, de courtage matrimonial, de démarchage à domicile ou financier... mais pas dans les contrats de ventes d'immeubles à construire, de promotion immobilière, de location-accession, de vente de fonds de commerce, de bail ou encore de ventes de voyages et de séjours. Ajoutons que lorsque la méconnaissance des règles relatives aux mentions informatives est pénalement sanctionnée, elle constitue aléatoirement un délit ou une contravention. Ce choix entre pénalisation et non-pénalisation ne semble reposer sur aucune logique rationnelle ¹⁴⁵⁵. Or, « On ne peut se contenter de s'en remettre au hasard et accepter que le législateur pénal intervienne quand bon lui semble, et que seules les occasions dirigent l'intervention du droit » ¹⁴⁵⁶. La légitimité du droit pénal est bafouée si elle ne repose sur aucune réflexion quant à ses fondements. Il en est de même si l'on remarque que la pénalisation n'intervient parfois pas par hasard, mais sur la base d'un mauvais réflexe du législateur.

314. Une pénalisation par simple réflexe ? Il est dans d'autres cas évident que la pénalisation ne relève que d'un pur réflexe ¹⁴⁵⁷ dénué de réflexion, d'une mauvaise habitude qu'aurait pris, par facilité, le législateur - ce qu'il reconnaît parfois lui-même ¹⁴⁵⁸. J. CARBONNIER écrivait qu'une « méthode législative s'est ainsi instaurée : il n'est guère de lois, de droit public ou privé, qui ne traîne derrière elle un codicille de droit pénal » ¹⁴⁵⁹. De ce point de vue la pénalisation n'est plus aléatoire, elle est automatique, alors qu'elle devrait au contraire reposer sur un choix réfléchi de la part du législateur ¹⁴⁶⁰. À cause de cette surenchère pénale, le législateur a fini, par une sorte de cercle vicieux, par s'obliger lui-même à recourir au droit pénal à chaque nouvelle réglementation, sous peine de laisser croire qu'elle ne revêt qu'une importance minimale. Le constat qu'avait fait à ce sujet M. VATIER paraît incontestable : aujourd'hui, « ce serait quasiment faire une loi au rabais que de ne pas la rehausser d'un dispositif répressif, quels que soient la nature et l'objet des dispositions principales » ¹⁴⁶¹.

1455 En ce sens, A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 178.

1456 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 333.

1457 Voy., utilisant le terme, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 398.

1458 Voy. la contribution de J. FOYER, initiateur de la pénalisation du droit des sociétés avec la loi de 1966, au colloque « Le dévoiement pénal », Journée d'études organisée par l'Institut de Criminologie de Paris, Palais du Luxembourg, 16 janvier 1995, in *Droit pénal* 1995, supplément au n° 4, p. 1 et s., spéc. p. 2.

1459 J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 144.

1460 Rappr. M. DELMAS-MARTY, « Pour des principes directeurs de législation pénale », art. préc., spéc. p. 266 : la pénalisation c'est « [d]'abord un choix. C'est-à-dire le refus de l'automatisme [...] du recours à la loi pénale comme seule réponse à une situation conflictuelle » (souligné par l'auteur).

1461 B. VATIER, in *La pénalisation nuit-elle à la démocratie*, LPA 27 janvier 1997, n° 12, spéc. p. 4.

315. Bilan : l'absence regrettable de réflexion du législateur sur la légitimité pénale. Il est donc flagrant que le choix du législateur est dénué de toute vue d'ensemble et de toute réflexion sur l'utilité et la finalité de la sanction pénale. « On utilise la menace de la sanction pénale sans même s'être donné le temps de définir le crime, de se demander s'il y avait lieu d' "incriminer" tel acte ou telle abstention », déplorait avec raison Mme DELMAS-MARTY ¹⁴⁶². C'est pourtant au législateur qu'incombe en premier lieu le contrôle de la légitimité pénale. Il doit donc accepter cette responsabilité. On pourrait l'y inciter en subordonnant l'adoption de lois assorties de sanctions pénales au « vote à une majorité qualifiée démontrant l'importance de l'intérêt protégé et la gravité du comportement en cause » ¹⁴⁶³. Cela paraît nécessaire, car toute réflexion sur la légitimité du droit pénal sera dénuée d'intérêt pratique tant que le législateur n'assumera pas ses responsabilités pour opérer un réel contrôle. Il est vrai que la loi fait elle-même l'objet des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, qui pourraient aboutir à imposer l'exigence de nécessité et, plus largement, de légitimité, au législateur. Cela étant, ces contrôles supra-législatifs sont actuellement des plus insignifiants.

§ 2. LE RÔLE LIMITÉ DES CONTRÔLES SUPRA-LÉGISLATIFS DE LÉGITIMITÉ PÉNALE

316. Le législateur n'est pas entièrement libre de ses choix : il est en effet contrôlé tant sur le plan international qu'interne, par le biais des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi. Ces contrôles pourraient permettre de pallier l'absence de réflexion du législateur sur la légitimité du droit pénal, notamment en matière d'atteintes au consentement contractuel où le besoin s'en fait particulièrement sentir. Pourtant, ces contrôles se révèlent des plus restreints : le contrôle de conventionnalité de la légitimité pénale ne se fait qu'indirectement, à l'aune du respect des droits et libertés fondamentales protégés, ce qui conduit à exclure tout contrôle de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel (A). Quant au contrôle de constitutionnalité, son caractère minimal le prive d'un réel intérêt (B).

1462 M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, coll. Droit d'aujourd'hui, 1980, p. 17-18.

1463 E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 398. Moins sérieusement, M. TERRÉ s'amusait, en relisant DÉMOSTHÈNE, de constater sa fascination « lorsqu'il constatait que chez les Locriens toute personne qui devait proposer une loi devait la proposer la corde au cou. Si la loi était acceptable, il s'en tirait la vie sauve, si la loi était inutile, il était pendu, on tirait la corde » (voy. la contribution de F. TERRÉ au colloque « Le dévoiement pénal », Journée d'études organisée par l'Institut de Criminologie de Paris, Palais du Luxembourg, 16 janvier 1995, in *Droit pénal* 1995, supplément au n° 4, p. 1 et s., spéc. p. 9).

A. Le contrôle de conventionnalité inapplicable à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel

317. Le caractère indirect du contrôle de conventionnalité de la légitimité pénale.

Le contrôle de légitimité pénale pourrait intervenir par l'intermédiaire du contrôle de conventionnalité - qui incombe en premier lieu aux juges nationaux ¹⁴⁶⁴ -, c'est-à-dire du contrôle de la conformité des lois aux traités et accords internationaux ¹⁴⁶⁵, et notamment à la Convention EDH ¹⁴⁶⁶ - qui seule retiendra ici l'attention. Mais en réalité, il apparaît rapidement que le contrôle de conventionnalité n'est certainement pas à même de limiter la pénalisation des atteintes au consentement contractuel sur un critère fondé sur la légitimité.

Le contrôle de conventionnalité amène à examiner la règle nationale concernée à l'aune des droits protégés par la Convention EDH. Partant, il faudrait pouvoir identifier un droit protégé par la Convention EDH susceptible d'être affecté par l'absence de nécessité pénale. Or, il n'existe pas d'équivalent, dans la Convention, aux articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : nulle part ne figure de manière générale, le principe de nécessité ou de proportionnalité pénale. Certes, la nécessité et la proportionnalité peuvent être contrôlées indirectement, à travers les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention. Ces articles protègent respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'opinion ainsi que la liberté de réunion et d'association. Les ingérences de l'autorité publique dans l'exercice de ces droits qui ne seraient pas nécessaires, dans une société démocratique, à la poursuite de l'une des finalités énumérées par les alinéas seconds des articles concernés, entraînent condamnation de l'État-membre fautif ¹⁴⁶⁷.

318. Conséquence : l'inapplicabilité du contrôle de conventionnalité à la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Mais ces considérations nous emmènent bien loin des atteintes au consentement contractuel. Il

¹⁴⁶⁴ Puis, si c'est la conformité à la Convention EDH qui est en jeu, le contrôle revient à la Cour EDH une fois épuisées toutes les voies de recours internes.

¹⁴⁶⁵ Article 55 de la Constitution.

¹⁴⁶⁶ Le contrôle de conventionnalité confine alors au contrôle de constitutionnalité par la similitude des droits et libertés protégés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 d'une part, par la Convention EDH d'autre part (voy. M. DANTU-JUAN, « Les principes directeurs du droit pénal et le Conseil constitutionnel », in J. PRADEL (dir.), *Droit constitutionnel et droit pénal*, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 21, 2000, p. 15 et s., spéc. p. 28).

¹⁴⁶⁷ Voy. par ex., le cas du droit pénal de la presse, G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Droit pénal* 2003, chron. n° 34.

semble en effet impossible de trouver dans l'une des incriminations concernées - par exemple l'escroquerie, l'abus de confiance, ou les pratiques commerciales déloyales -, une ingérence de la France dans l'exercice, par exemple, de la vie privée ou de la liberté de pensée. Un autre droit, bien qu'extérieur à la Convention, serait plus pertinent : il s'agit du respect des biens tel qu'envisagé par l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention EDH amendé par le protocole n° 11, signé à Paris le 20 mars 1952. Aucune décision ne semble cependant avoir jusqu'ici été prise en ce sens. Ainsi, si le contrôle de conventionnalité permet, en certains cas, de contrôler la nécessité des incriminations, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel n'est pas concernée. De sorte qu'il est possible de conclure à l'inapplicabilité du contrôle de conventionnalité de la légitimité des incriminations et des peines relatives aux atteintes au consentement contractuel. Un tel contrôle pourrait, en revanche, être le fait du Conseil constitutionnel. Mais si le Conseil procède effectivement à un tel contrôle, il lui fait perdre l'essentiel de sa portée en le restreignant à un contrôle minimal de l'erreur manifeste d'appréciation.

B. Le contrôle de constitutionnalité minimal de légitimité pénale

319. Le principe à valeur constitutionnelle de nécessité des délits et des peines.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, intégrée au bloc de constitutionnalité¹⁴⁶⁸, prévoit deux principes bien connus de la législation pénale en ses articles 5 et 8 : « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société »¹⁴⁶⁹ ; elle « ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »¹⁴⁷⁰. De là découlent les exigences de nécessité et de proportionnalité du droit pénal - ce que la doctrine et le Conseil constitutionnel désignent communément *principe de nécessité des délits et des peines*. Pour être tout à fait exact, il faudrait davantage viser un principe

1468 Reprise dans le préambule de la Constitution de 1958, la Déclaration de 1789 devait bénéficier de la valeur juridique accordée celui-ci par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, précisée le 16 janvier 1982 (décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*).

1469 La Constitution ne précise toutefois ni les valeurs qui méritent protection, ni les actions susceptibles de leur nuire (voy. sur ce point, A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, thèse, Paris II, 2011, n° 361 et s.).

1470 « La Constitution, telle qu'elle est interprétée par le Conseil constitutionnel, impose aux autorités un devoir de mesure dont le respect est de nature à légitimer le droit pénal. En raison de la restriction qu'il apporte à la liberté de chacun, par les interdictions qu'il pose, ainsi que les sanctions et autres contraintes qu'il contient, le droit pénal doit être conçu et appliqué sans excès, il doit être modéré, il doit faire l'objet d'une juste mesure, afin d'assurer, en toute légitimité, sa fonction première de régulation de la société et ne pas devenir le symbole d'une oppression injuste » (A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., n° 358).

de nécessité et de proportionnalité¹⁴⁷¹ des incriminations¹⁴⁷² et des peines¹⁴⁷³. Théoriquement, la Déclaration pourrait ainsi permettre au Conseil constitutionnel de contrôler la réponse du législateur à ces deux questions fondamentales : face à un acte litigieux, faut-il *une* réponse pénale ? Si oui, faut-il *cette* réponse pénale ? Pourtant, force est de constater que le Conseil constitutionnel s'est limité à un contrôle minimal, tant en ce qui concerne l'exigence de nécessité que de proportionnalité pénale.

320. Le contrôle minimal de la nécessité pénale. Le Conseil constitutionnel n'examine la nécessité des lois qu'avec la plus extrême réserve. Dans une décision restée célèbre du 20 janvier 1981¹⁴⁷⁴, le Conseil, statuant notamment sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴⁷⁵, a pu considérer que la Constitution ne lui conférait pas « un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement », mais « seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». Dans le cadre de cette mission, « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition [de la loi concernée] n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ». Cette solution a été plusieurs fois confirmée par le Conseil constitutionnel dans des termes tout aussi clairs, retenant par exemple qu'« il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions¹⁴⁷⁶ en déterminant les peines qui leur sont applicables »¹⁴⁷⁷, ou qu'« il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne,

1471 La distinction entre nécessité et proportionnalité n'est pas toujours très claire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui les mélange parfois (voy. par ex., Conseil constitutionnel, 22 octobre 2009, décision n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, considérant n° 20 : « Considérant que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue »).

1472 Il ne fait aucun doute que la Déclaration des droits de l'homme vise un tel principe de nécessité des *incriminations*. Rapp. Y. MAYAUD : le principe « vise les peines, mais [...] ne peut que rejaillir sur la portée prohibitive de l'incrimination. Il est évident que le défaut de nécessité peut se manifester autrement que par un excès flagrant dans le montant ou dans la durée de la peine, et aller jusqu'à remettre en cause le principe même de la sanction pénale, c'est-à-dire affecter l'incrimination à sa source, en constatant qu'elle ne répond à aucun besoin, et que la répression à son égard n'est d'aucun profit » (*Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 4ème éd., 2013, n° 24).

1473 Et il faudrait encore préciser que le Conseil constitutionnel rattache aux peines toutes les sanctions ayant le caractère d'une punition.

1474 Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981 ; préc., considérants n° 11 à 13.

1475 Le Conseil constitutionnel ne semble curieusement presque jamais viser l'article 5 de la Déclaration, pourtant tout aussi pertinent.

1476 Il faudrait plutôt faire référence à de nouvelles *incriminations*.

1477 Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, considérant n° 60.

de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits, ainsi que les peines qui leur sont applicables »¹⁴⁷⁸.

321. La censure de la seule erreur manifeste d'appréciation. Si l'on suit la décision rendue en janvier 1981, le contrôle du Conseil constitutionnel relatif à la nécessité se limite donc à la censure de la seule erreur manifeste d'appréciation. Ce contrôle minimal de la nécessité n'a entraîné qu'une seule censure, dans un cas très particulier dont il est difficile de cerner la portée. Dans la décision concernée, en date du 16 juillet 1996¹⁴⁷⁹, le Conseil a pu juger que la qualification d'acte de terrorisme appliquée au « simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière » repose sur une « erreur manifeste d'appréciation », pour deux raisons. En premier lieu, parce qu'il ne s'agit pas d'« actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes », et que « ce comportement n'est pas en relation immédiate avec l'acte terroriste ». Il semble donc que l'incrimination ne soit pas nécessaire lorsque l'acte incriminé ne porte pas directement atteinte à la valeur protégée. L'erreur manifeste d'appréciation s'explique, en second lieu, parce que le comportement « peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs ». Il serait ainsi possible d'en déduire qu'une incrimination n'est pas nécessaire lorsqu'elle fait double emploi avec une autre incrimination. Cette seule considération aurait une influence remarquable en matière de pénalisation des atteintes au consentement contractuel, où les doubles incriminations sont nombreuses¹⁴⁸⁰. Mais en réalité, il n'est pas certain que cette décision du Conseil doive être interprétée ainsi. En effet, le Conseil a eu d'autres occasions de statuer sur des doubles incriminations, sans recourir à la censure pour autant : « le principe de nécessité des peines¹⁴⁸¹ n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales », a-t-il par exemple retenu dans une décision en date du 25 février 2010¹⁴⁸². De manière critiquable, le Conseil n'adopte pas une solution différente lorsque la double

1478 Conseil constitutionnel, 16 juin 1999 ; préc., considérant n° 15.

1479 Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, décision n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire* ; D. 1997, jur. p. 69, note B. MERCUZOT ; JCP G 1996, II, 22709, note NGUYEN VAN TUONG.

1480 Voy. *infra*, n° 356 et s.

1481 Il aurait été plus logique de viser le principe de nécessité des *incriminations*, comme les auteurs de la saisine l'avaient fait.

1482 Conseil constitutionnel, 25 février 2010, décision n° 2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, considérant n° 28. *Adde* antérieurement, Conseil constitutionnel, 16 juin 1999 ; préc. ; Conseil constitutionnel, 13 mars 2003 ; préc.

incrimination est totale, c'est-à-dire lorsque les éléments matériels et moraux paraissent se recouper intégralement, comme pour la double incrimination du harcèlement moral ¹⁴⁸³.

Deux points amènent toutefois une certaine nuance. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a estimé, dans une importante décision du 28 juin 2013, que le principe d'égalité devant la loi interdisait une répression différente pour deux incriminations redondantes, ce qui n'est pas sans lien avec le contrôle de nécessité ¹⁴⁸⁴. En second lieu, il est souvent précisé que les sanctions encourues en cas de double incrimination ne doivent pas dépasser le maximum légal le plus élevé ¹⁴⁸⁵. Mais il s'agit alors du principe de proportionnalité qui est maladroitement invoqué au secours de cette solution, ne permettant pas de résoudre la question du principe même du recours au droit pénal. En ce dernier sens, une décision récente doit en revanche être remarquée.

322. Vers une évolution du contrôle de la nécessité ? La décision du 10 mars 2011.

Statuant *a priori* sur la conformité à la Constitution de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel a effectué dans sa décision du 10 mars 2011 un réel contrôle de nécessité des incriminations ¹⁴⁸⁶. Le législateur a entendu prévenir et réprimer les éventuels troubles résultant de la mise en échec des dispositions mises en œuvre pour certaines manifestations sportives et préserver les droits des producteurs, organisateurs ou propriétaires des droits d'exploitation d'une manifestation, en interdisant la revente, sans accord préalable des organisateurs, de billets d'entrée ou de titres d'accès. Or, selon le Conseil, « en réprimant pour l'ensemble des manifestations culturelles, sportives ou commerciales la revente proposée ou réalisée sur un réseau de communication au public en ligne pour en tirer un bénéfice, le législateur s'est fondé sur des critères manifestement inappropriés à l'objet poursuivi ; que, dès lors, [...] la loi déferée méconnaît le principe de nécessité des délits et des peines ». Cette décision, jusqu'ici isolée, augure la perspective d'un véritable contrôle de

1483 Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, décision n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, considérant n° 86 : « l'instauration dans le Code pénal et dans le Code du travail de deux incriminations réprimant les agissements de harcèlement moral au travail, dont la première a d'ailleurs un champ d'application plus large que la seconde, n'est pas en elle-même, contraire à la Constitution ».

1484 Voy. *infra*, n° 362.

1485 Même décision, considérants n° 85 et 86 : « lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé ».

1486 Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, décision n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, considérant n° 43 ; D. 2011, p. 1162, chron. PH. BONFILS ; D. 2012, p. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; RSC 2011, p. 728, chron. C. LAZERGES ; RSC 2012, p. 227, obs. B. DE LAMY.

nécessité des lois par le Conseil constitutionnel. Cette perspective aurait pu apparaître renforcée avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité ; en réalité, celle-ci n'a eu aucune influence concrète sur la question de la nécessité pénale.

323. L'absence d'influence de la question prioritaire de constitutionnalité sur la nature du contrôle de la nécessité pénale. Du point de vue du contrôle de la nécessité pénale, l'instauration récente de la question prioritaire de constitutionnalité ¹⁴⁸⁷ - ci-après QPC - , n'a aucunement répondu aux espoirs que certains plaçaient en elle. La faute n'en revient pas principalement au Conseil constitutionnel : la Cour de cassation refuse en effet souvent de transmettre les QPC portant sur la nécessité des incriminations, n'y voyant pas de caractère « sérieux » ¹⁴⁸⁸ - une des trois conditions à la transmission de la QPC, avec la nouveauté de la question et son applicabilité au litige. Il est en outre possible de se demander si la QPC est en réalité un instrument susceptible de remettre en cause la nécessité des incriminations. Le nouvel article 61-1 de la Constitution ouvre en effet la saisine du Conseil constitutionnel sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Or, la nécessité n'est pas un droit ou une liberté bénéficiant aux citoyens. C'est un *principe* dont devrait répondre le législateur ¹⁴⁸⁹. La nécessité pourrait être invoquée par le biais de la QPC, mais au soutien de la violation d'un droit ou d'une liberté, jamais en tant que telle ¹⁴⁹⁰.

324. Le contrôle minimal de la proportionnalité pénale. Si la proportionnalité devrait être soumise au même écueil que la nécessité, elle fait pourtant l'objet de contrôles fréquents de la part du Conseil constitutionnel, plus encore depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité ¹⁴⁹¹. C'est en se fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que le Conseil constitutionnel a pu

1487 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Cette loi a été complétée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. Voy. sur ce point, B. DE LAMY, « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, *op. cit.*, p. 377 et s.

1488 Voy. not., Crim., 28 septembre 2010 ; *Communication commerce électronique* 2010, comm. n° 128, obs. A. LEPAGE. La chambre criminelle refuse la transmission d'une question portant sur la nécessité d'une incrimination (article 35 *ter* de la loi du 29 juillet 1881) qui limite pourtant la liberté d'expression.

1489 En ce sens, R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE et A. BERNARDI, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 48, 2010, n° 202.

1490 B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit, À propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *JCP G* 2009, 602.

dégager, de l'exigence de « peines strictement et évidemment nécessaires », celle de leur proportionnalité¹⁴⁹². La proportionnalité doit être comprise comme une exigence de modération dans la peine et, surtout, comme l'exigence d'une adéquation entre l'infraction et la peine¹⁴⁹³ : plus l'infraction porte atteinte à l'ordre public, plus la peine qui la sanctionne doit être forte¹⁴⁹⁴. Mais si le Conseil est régulièrement saisi de ces questions, il conclut presque toujours à l'admission de la proportionnalité¹⁴⁹⁵, ses décisions étant au demeurant en général peu ou pas motivées¹⁴⁹⁶. Le contrôle opéré est en effet à nouveau un contrôle minimal de la seule disproportion manifeste¹⁴⁹⁷. Sur le modèle de ce qui a pu être dit à propos du contrôle de la nécessité, la portée du contrôle de la proportionnalité des peines est donc extrêmement restreinte. Son seul intérêt est de limiter le montant global, lorsque plusieurs sanctions de nature différente sont applicables à un même comportement, au montant le plus élevé des sanctions encourues¹⁴⁹⁸.

325. Critique du contrôle minimal opéré par le Conseil constitutionnel. Il nous paraît particulièrement important d'insister sur le rôle que devrait jouer, selon nous, le Conseil constitutionnel dans le contrôle de légitimité du droit pénal. Certes, il est aisé

1491 Pour un exemple récent, voy. Conseil constitutionnel, 12 avril 2013, décision n° 2013-302 QPC, *M. Laurent A. et a.*, considérant n° 4. Voy. à ce sujet la synthèse de G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 51 et s.

1492 Cette exigence n'a été formulée qu'assez tardivement par le Conseil, voy. Conseil constitutionnel, 3 septembre 1986, décision n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, considérant n° 7 : « Considérant qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ; qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ».

1493 La proportionnalité est exigée de manière abstraite du législateur, et de manière concrète du juge avec le principe d'individualisation de la peine (sur quoi, voy. A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., n° 395 et s.). Le Conseil confond parfois les deux : ainsi dans sa décision du 29 juillet 1994 (n° 94-345 DC, *Loi relative à l'emploi de la langue française*), le Conseil constitutionnel retient que les peines qui étaient soumises à son examen n'étaient pas entachées de disproportion manifeste puisque la juridiction compétente pouvait les prononcer pour un montant ou une durée inférieurs (*idem*, n° 398).

1494 M.-C. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, *op. cit.*, p. 711 et s., spéc. p. 714.

1495 Voy. par ex., Conseil constitutionnel, 3 février 2012, n° 2011-217 QPC, *M. Mohamed Alki B.*, considérant n° 5. *Contra*, retenant une disproportion, voy., Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997, décision n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988*, considérant n° 16 ; Conseil constitutionnel, 20 juillet 1993, décision n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, considérant n° 15 ; Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997, décision n° 97-395 DC, *Loi de finances pour 1998*, considérant n° 39.

1496 Conseil constitutionnel, 16 septembre 2010, décision n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C. ; D.* 2012, p. 308, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ Pénal* 2010, p. 545, étude J. DANET ; Conseil constitutionnel, 3 février 2012 ; préc.

1497 Voy. par ex., Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, considérant n° 34.

1498 Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; *RFDA* 1989, p. 671, note B. GENEVOIS. Voy. *infra*, n° 438.

d'imaginer que la frilosité du Conseil se fonde sur l'ampleur de la tâche qui l'attend, s'il accepte un tel contrôle. Peut-être hésite-t-il également à remplacer le législateur, représentant élu de la souveraineté nationale, dans la détermination des valeurs jugées suffisamment essentielles aux yeux de la société pour justifier l'intervention du droit pénal : « affaibli par son manque de légitimité, il hésite à se montrer exigeant », affirme M. DREYER¹⁴⁹⁹. « [L]'attitude contraire serait très certainement considérée comme une immixtion dans le processus législatif [...] », explique un autre auteur¹⁵⁰⁰. Cette dernière explication n'est guère satisfaisante : à quoi sert le contrôle de constitutionnalité si ce n'est vérifier le travail législatif ? Il est en revanche certain que le cruel manque de légitimité démocratique du Conseil constitutionnel, dû en particulier à sa composition, ne peut que nous conduire à souhaiter une réforme de grande ampleur¹⁵⁰¹.

Il reste que le Conseil constitutionnel pourrait profiter des textes clairs des articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « la loi ne peut défendre que les actions nuisibles à la société » ; elle « ne peut édicter que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Ces exigences devraient amener le Conseil à un contrôle approfondi : « Ce n'est pas l'absence de nécessité évidente de la peine qui doit être sanctionnée mais toute peine dont la nécessité n'apparaît pas de manière évidente »¹⁵⁰². Autrement présenté, le Conseil constitutionnel devrait procéder à un contrôle maximal et non minimal¹⁵⁰³.

326. Une retenue peu habituelle de la part du Conseil constitutionnel. Cette retenue du Conseil constitutionnel est d'autant plus curieuse qu'elle est peu habituelle de sa part. On sait que le Conseil a parfois étendu son contrôle en se fondant sur des énonciations bien moins évidentes de la Constitution, au point de souvent provoquer l'ire de la doctrine¹⁵⁰⁴. Prenons le seul exemple de la censure de l'article 618-1 du Code de

1499 E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 281.

1500 A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., n° 377.

1501 Pour un exposé des critiques, voy. not. O. JOUANJAN, « Sur quelques aspects d'un vaste débat : le Conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une "cour constitutionnelle" ? », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, p. 539 et s., spéc. p. 551, évoquant un « modèle franco-syldavo-africano-khmer » pour notre Conseil constitutionnel, « variante de modèle bananier qui se serait donc adapté à notre climat », selon PH. CONTE, note sous Conseil constitutionnel, 20 mai 2011 ; *RPDP* 2011, p. 709 et s., note 9.

1502 E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 327 ; et « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale, La QPC et les attentes déçues... », *JCP G* 2011, 976, n° 10.

1503 N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, n° 262.

1504 Voy. par ex., très virulent, PH. CONTE, note précitée sous Conseil constitutionnel, 20 mai 2011.

procédure pénale issue de la décision du 1^{er} avril 2011¹⁵⁰⁵. Cet article prévoyait que « La cour [de cassation] condamne l'auteur de l'infraction à payer à la partie civile la somme qu'elle détermine, au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci. La cour tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Elle peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ». Cet article a été censuré pour une contradiction avec les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui disposent respectivement que « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » ; et « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Le lien entre l'article censuré et les principes de la Déclaration est des plus ténus. Bref, le Conseil constitutionnel interprète d'une manière particulièrement libre certains articles de la Déclaration : pourquoi refuse-t-il d'appliquer simplement les prescriptions claires des articles 5 et 8 ? Finalement, le contrôle de la légitimité des incriminations serait donc non seulement opportun mais aussi juridiquement fondé. Cela permettrait de contrôler un législateur « terriblement libre face à ce principe de nécessité »¹⁵⁰⁶.

327. Bilan : le renforcement nécessaire du rôle des organes chargés de contrôler la légitimité de la pénalisation. Si l'on s'en tenait à la situation actuelle, le contrôle pourtant nécessaire de légitimité pénale serait voué à l'échec faute d'organes acceptant d'y procéder de manière sérieuse. Il faut en conséquence renforcer le rôle des organes chargés de contrôler la légitimité pénale. Cette tâche revient en premier lieu au législateur lui-même. Plutôt que de céder à la facilité, le législateur devrait réfléchir aux fondements de la sanction pénale, pour réserver cette *ultima ratio* aux hypothèses les plus graves de trouble à l'ordre public résultant, ou pouvant résulter, de l'acte à punir. En second lieu, le Conseil constitutionnel devrait accepter d'opérer un réel contrôle de légitimité pénale en s'appuyant sur les prescriptions claires des articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du

1505 Conseil constitutionnel, 1^{er} avril 2011, décision n° 2011-112 QPC, *Mme Marielle D.*

1506 R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, th. préc., n° 207.

citoyen. C'est à ces seules conditions qu'un contrôle de légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel pourrait voir le jour.

Ce contrôle, cependant, ne saurait concerner l'ensemble du droit pénal, dont une partie refuse de se prêter à tout contrôle de sa nécessité, pour des raisons qui doivent maintenant être expliquées, en étudiant le champ du contrôle de légitimité pénale, autrement dit sa répartition sectorielle.

SECTION 2. LA RÉPARTITION SECTORIELLE DU CONTRÔLE

328. Après avoir rappelé le législateur et le Conseil constitutionnel aux rôles qui devraient être les leurs dans le contrôle de la légitimité pénale, il convient d'aller plus en avant dans la définition d'une telle légitimité. Il faudra, pour cela, définir les critères permettant de caractériser la légitimité de la pénalisation. Mais avant d'établir ces critères, il faut déterminer à quelles incriminations pénales ils pourront s'appliquer : en effet, l'ensemble de la pénalisation ne se prête pas au contrôle de sa légitimité.

Une distinction fondamentale, qui jusqu'ici n'a été qu'entrevue, doit alors être faite. La légitimité d'une incrimination s'apprécie par référence à son fondement, sa raison d'être. Or, le fondement de la pénalisation n'est pas le même selon que le droit pénal agit de manière autonome, se fondant pour cela à titre principal sur un droit pénal dit *naturel*, ou si le droit pénal n'intervient qu'à titre d'auxiliaire d'une discipline ou réglementation extérieure. Cette distinction est fondamentale car l'impossible définition du droit pénal naturel entraîne l'incertitude de son fondement et, partant, rend impossible le contrôle de légitimité du droit pénal autonome (§ 1). En revanche, le droit pénal auxiliaire répondant à des finalités bien précises - renforcer une réglementation extra-pénale -, il est non seulement possible mais aussi opportun de contrôler sa légitimité (§ 2). Cette dernière considération est remarquable concernant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, qui fait appel le plus souvent à un droit pénal intervenant à titre d'auxiliaire d'autres réglementations.

§ 1. LE CONTRÔLE IMPOSSIBLE DE LÉGITIMITÉ DU DROIT PÉNAL AUTONOME

329. Le droit pénal est dit *autonome* lorsqu'il « crée lui-même des obligations, des règles de fond qu'ignorent les autres lois positives »¹⁵⁰⁷. Lorsqu'il réprime le vol, le viol ou le meurtre par exemple, le droit pénal ne vient nullement appuyer une autre discipline juridique ou une réglementation préexistante. Il en va de même, en matière d'atteintes au consentement contractuel, de l'escroquerie, des infractions d'extorsion ou encore des différents abus - de confiance, de faiblesse, de vulnérabilité *etc.* Toutes ces incriminations ne dépendent aucunement des structures étatiques ni des réglementations socio-économiques. Elles « relèvent du donné mais pas du construit »¹⁵⁰⁸. Certes, le droit pénal fait alors écho à des proclamations qui se situent au plus haut niveau normatif, voire à une loi naturelle qui les imposerait¹⁵⁰⁹ - droit à la propriété, à la dignité *etc.* Mais il n'en demeure pas moins indépendant de toute élaboration juridique préétablie : c'est en ce sens que sera ici entendu le droit pénal autonome, par opposition à un droit pénal sanctionnateur ou auxiliaire qui vient appuyer de ses sanctions une réglementation préexistante¹⁵¹⁰.

330. Articulation du droit pénal autonome et du droit pénal naturel. Lorsque le droit pénal intervient de manière autonome, les valeurs sur lesquelles il s'appuie ne correspondent donc à aucune construction préétablie. Le fondement du droit pénal autonome est alors à titre principal à découvrir dans un *droit pénal naturel* - notion utilisée dès les débuts de la criminologie moderne par l'Italien R. GAROFALO¹⁵¹¹. Le droit pénal naturel est censé défendre des valeurs jugées essentielles à la vie en société¹⁵¹² : il s'agit là de la finalité propre et classique du droit pénal. La particularité des infractions naturelles est de « [porter] atteinte à des valeurs qui transcendent objectivement la pluralité des ordres juridiques »¹⁵¹³. Elles possèdent à ce titre un caractère de *quasi-universalité*, étant réprimées

1507 R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, n° 147.

1508 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, préf. P. MAYER, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 24, 2003, n° 120.

1509 E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », art. préc., n° 3. Voy. *infra*, n° 346.

1510 Voy. *infra*, n° 345 et s.

1511 R. GAROFALO, *La criminologie*, Paris, Félix Alcan, 5ème éd., 1905, ouvrage dans lequel l'auteur intitule son chapitre premier « Le délit naturel ».

1512 La loi pénale se présente ainsi comme un « filtre par lequel les valeurs sociales sont définies ou redéfinies » (Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 5).

1513 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 118.

par l'immense majorité des pays civilisés. En cela, les incriminations naturelles s'opposent aux incriminations dites *conventionnelles* qui dépendent des structures concernées ¹⁵¹⁴.

Sur cette base, il serait possible de contrôler la légitimité, et en particulier la nécessité du droit pénal autonome, besoin qui se fait particulièrement sentir en matière d'atteintes au consentement contractuel. Mais encore faudrait-il, toutefois, pouvoir identifier avec précision le fondement de ces incriminations naturelles - les fameuses valeurs jugées essentielles à la vie en société. Si l'on ne parvient pas à cerner le fondement, la raison d'être du droit pénal, comment pourrait-on juger de sa nécessité ? Or, il apparaît que malgré les nombreuses tentatives doctrinales de définition du droit pénal naturel (A), celui-ci n'a jamais pu être défini de manière satisfaisante (B).

A. Les tentatives doctrinales de définition du droit pénal naturel

331. Une doctrine majoritaire retient l'existence d'un droit pénal naturel ; les difficultés naissent en revanche lorsqu'il s'agit de délimiter son domaine exact. « Définir le crime peut paraître une gageure », prévient M. JEANDIDIER ¹⁵¹⁵ : évidemment « le crime c'est le mal. Mais ceci est très insuffisant », admet-il. La notion même de droit pénal naturel a en effet été immédiatement contredite par le courant de pensée *relativiste*, qui a pertinemment contré toutes les tentatives de définition proposées (1), avant de trouver son prolongement dans le courant *constructiviste* (2). Prenant acte de ces objections, une doctrine plus récente emmenée par R. GASSIN a proposé de nouvelles définitions, lesquelles, bien que très fines, ne peuvent emporter totalement notre conviction (3).

1. Le courant de pensée relativiste

332. Les objections relativistes permettent de contredire pertinemment à la fois la définition classique du droit pénal naturel (a) et celle, élaborée plus tardivement, des positivistes italiens (b).

a. L'objection relativiste à la définition classique du droit pénal naturel

333. Pour nier l'existence d'infractions naturelles universellement réprimées, le courant de pensée relativiste s'est appuyé sur des considérations parfaitement objectives et

¹⁵¹⁴ Voy. *infra*, n° 345.

¹⁵¹⁵ W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2ème éd., 1991, n° 4.

vérifiables : l'extrême variabilité des faits considérés comme délictueux à travers l'espace, d'une part, à travers le temps, d'autre part ¹⁵¹⁶. À travers le temps, on citera volontiers l'incrimination du célibat dans la Rome antique, de la sorcellerie au Moyen Âge. Aujourd'hui déjà les nouvelles générations sont parfois surprises d'apprendre que l'homosexualité et l'avortement étaient réprimés par le droit pénal français il y a encore quelques dizaines d'années. À travers l'espace également, l'exemple de sociétés théocratiques incriminant les blasphèmes et autres sacrilèges pouvant être fourni. C'est également en vain qu'a pu être invoqué l'apport de la psychanalyse de S. FREUD, qui soutenait qu'il existait deux « tabous » universels, lesquels seraient l'homicide et l'inceste. L'homicide, pourtant, a pu être toléré dans le cadre de certains rituels ou d'une vengeance privée. Quant à l'inceste, il était fréquemment pratiqué par certains peuples - l'antiquité Égyptienne ou la civilisation Inca en témoignent - , et mis en avant dans certaines grandes mythologies. Finalement, il semble bien qu'aucun acte ne puisse être considéré comme étant universellement, en tous temps et tous lieux, réprimé par les sociétés ¹⁵¹⁷. Par conséquent, la définition matérielle du droit pénal naturel semble inévitablement vouée à l'échec.

b. L'objection relativiste à la définition positiviste du droit pénal naturel

334. Présentation de la définition positiviste du droit pénal naturel. Le courant de pensée positiviste prend acte de la pertinence de l'objection relativiste. Ainsi R. GAROFALO a-t-il reconnu l'impossibilité d'établir un « catalogue de *faits* universellement haïs et punis en n'importe quel temps ou quel lieu » ¹⁵¹⁸. Il importait en conséquence que la définition du droit pénal naturel « soit à la fois matérielle et indépendante de la fluctuation normative d'une société à l'autre » ¹⁵¹⁹. Le critère du crime fut alors inversé : ce n'est plus l'action coupable, mais le sentiment qu'elle provoque. L'infraction naturelle est celle qui cause « la lésion de cette partie de sens moral qui consiste dans les sentiments *altruistes* fondamentaux, la pitié et la probité », pour reprendre la définition de R. GAROFALO ¹⁵²⁰. Cette lésion doit

1516 Voy. en ce sens, et pour une présentation plus longue, D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 94 et s. L'existence d'infractions naturelles répond à l'existence d'un Droit naturel permanent et transcendant les lieux et le temps, décrit par PLATON.

1517 *Contra*, J. PINATEL, « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972, p. 664 et s.

1518 R. GAROFALO, *La criminologie, op. cit.*, p. 5 (souligné par l'auteur). Dans le même sens, R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, n° 2.

1519 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 101.

1520 R. GAROFALO, *La criminologie, op. cit.*, p. 36 (souligné par l'auteur).

blessé, selon l'auteur, « *non pas la partie supérieure et la plus délicate de ces sentiments, mais la mesure moyenne dans laquelle ils sont possédés par une communauté* »¹⁵²¹.

335. L'objection relativiste. Cela étant, le fait de prendre en compte le sentiment provoqué par l'action coupable plutôt que cette action ne fait que renverser le problème¹⁵²². M. GASSIN a ainsi justement remarqué que « la notion de *valeurs socio-morales* ne résolvait pas le problème de la relativité du droit pénal, car ces valeurs sont elles-mêmes relatives et changeantes »¹⁵²³. Pour définir le crime, la doctrine cite volontiers la fameuse formule de É. DURKHEIM, selon laquelle un acte est criminel quand il « offense les états forts et définis de la conscience collective »¹⁵²⁴. La même doctrine précise rarement que É. DURKHEIM, quelques lignes plus loin, reconnaît qu'il ne peut s'agir d'un critère fonctionnel aux infractions naturelles, étant bien trop vague¹⁵²⁵, et qu'il semble finalement utiliser lui-même une définition purement formelle du crime : « nous appelons crime tout acte puni et nous faisons du crime ainsi défini l'objet d'une science spéciale, la criminologie », a-t-il ainsi écrit¹⁵²⁶. Les « états forts et définis de la conscience collective » varient donc eux aussi dans le temps et l'espace, et la formule ne saurait être utilisée pour défendre l'existence d'un droit pénal naturel universel.

2. Le courant de pensée constructiviste

336. Présentation. L'analyse constructiviste est elle-même issue du courant de pensée dit *de la réaction sociale*, apparu dans les années 1960. Elle opère un « renversement complet de la notion [de crime] par rapport à sa conception traditionnelle initiée par Garofalo »¹⁵²⁷. Il ne s'agit plus de définir les incriminations naturelles, mais au contraire de nier leur

1521 *Ibidem* (souligné par l'auteur).

1522 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 103 ; et, déjà, R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome I, Sirey, 3ème éd., 1913, n° 22.

1523 R. GASSIN, S. CIMAMONTI et PH. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, coll. Précis, 7ème éd., 2011, n° 56 (souligné par les auteurs). *Adde* R. GASSIN, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », *RPDP* 2011, p. 481 et s., n° 4 : « rien ne permet d'affirmer que telle ou telle atteinte à la pitié ou à la probité ne cessera pas, un jour ou l'autre, d'être considérée comme une infraction pénale ». [...] Comment peut-on dès lors fonder un système d'incriminations sur des attitudes éminemment subjectives et donc variables selon les individus ? ».

1524 É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 9ème éd., 1973, p. 47.

1525 « On ne conteste pas que tout délit soit universellement réprouvé, mais on prend pour accordé que la réprobation dont il est l'objet résulte de sa délictuosité. Seulement on est ensuite fort embarrassé pour dire en quoi cette délictuosité consiste. Dans une immoralité particulièrement grave ? Je le veux ; mais c'est répondre à la question par la question et mettre un mot à la place d'un autre ; car il s'agit précisément de savoir ce que c'est que l'immoralité, et surtout cette immoralité particulière que la société réprime au moyen de peines organisées et qui constitue la criminalité » (*ibidem*).

1526 É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, coll. Quadrige, 17ème éd., 1968, p. 35.

existence propre. Le crime n'est qu'une pure construction du système répressif : un homicide, par exemple, a nécessairement besoin d'une « *mise en forme pénale* »¹⁵²⁸ pour devenir un meurtre et être réprimé en tant que tel. Le constructivisme apparaît donc comme le prolongement du relativisme¹⁵²⁹. Puisqu'il n'est que le pur produit de la construction d'un système social, le crime dépend entièrement de la société qui le définit comme tel.

337. Appréciation. L'analyse constructiviste paraît au premier abord séduisante en ce qu'elle permet efficacement de répondre aux objections relativistes, contrairement aux propositions doctrinales présentées jusqu'ici. Elle ne semble pourtant pas devoir être retenue, niant purement et simplement l'existence d'incriminations naturelles, alors que, malgré la difficulté, sinon l'impossibilité, de les définir, leur existence ne semble guère contestable. En outre, « cette conception formelle ouvre la porte implicitement à tous les errements possibles du droit pénal »¹⁵³⁰, puisque aucun jugement de valeur ne lui est attaché. Ces considérations ont récemment conduit la doctrine à tenter, à nouveau, de dépasser les objections relativistes pour construire une définition matérielle du crime.

3. La définition du droit pénal naturel par R. GASSIN : la référence à la notion de « valeur-moyen »

338. Présentation de la définition de R. GASSIN. R. GASSIN, sévère critique du constructivisme, reprend les théories classiques pour affirmer lui aussi l'existence d'un droit pénal naturel. Il existe, selon l'auteur, une *notion ontologique du crime* qui confère une nature intrinsèque particulière aux comportements humains qui sont incriminés par la loi pénale, et qui transcende la définition juridique de l'infraction. Il restait, là encore, à préciser leur définition. R. GASSIN affirme qu'il « *ne s'agit pas d'une nouvelle version de la théorie de Garofalo* »¹⁵³¹ : le critère du crime n'est plus recherché dans les *conséquences* des infractions,

1527 R. GASSIN, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », art. préc., n° 7.

1528 F. ACOSTA, « De l'événement à l'infraction : le processus de mise en forme pénale », *Déviance et société* 1987, p. 1 et s., spéc. p. 2 (souligné par l'auteur).

1529 R. GASSIN, « De la peau de chagrin au noyau dur : réponse à Jean-Paul Brodeur », *RICPT* 1998, p. 58 et s.

1530 R. GASSIN, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », art. préc., n° 9.

1531 R. GASSIN, S. CIMAMONTI et PH. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, n° 90 (souligné par les auteurs). « La critique sans doute la plus grave que l'on peut faire à la théorie de Garofalo est de négliger complètement la *nature des actes* qui portent atteinte aux sentiments de pitié et de probité » (R. GASSIN, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », art. préc., n° 4, souligné par l'auteur).

mais dans les *moyens employés*, par référence à la notion de « valeurs socio-morales », qui se composent de « valeurs-fin » et de « valeurs-moyen ».

339. Les « valeurs-fin ». Les « valeurs-fin » renvoient à la protection de diverses catégories de biens : les personnes et le patrimoine par exemple. Ces valeurs sont empreintes d'une relativité certaine, ainsi la propriété est-elle protégée de manière très différente selon les lieux et les époques, et le Code pénal a vu assez récemment l'apparition d'atteintes à l'intimité de la vie privée ou à la dignité des personnes. En outre, les « valeurs-fin » ne sont pas des valeurs spécifiques au droit pénal ; leur protection est susceptible d'être assurée, et est d'ailleurs effectivement assurée par d'autres disciplines juridiques : le droit civil, par exemple, protège également certaines « valeurs-fin » comme le patrimoine ou la dignité de la personne. De sorte que le droit pénal n'est pas un droit des fins, comme l'est en revanche la responsabilité civile ¹⁵³². Peu importe, donc, que les fins varient à travers les âges, il ne s'agit pas là du critère du crime. En revanche, « les *moyens* prohibés sont propres au droit pénal » ¹⁵³³.

340. Les « valeurs-moyen » : le « noyau dur » de la délinquance. Les « valeurs-moyen » ne font pas référence à un bien juridique protégé, mais aux procédés utilisés pour atteindre ces biens. Il s'agit de la ruse et de la violence, que R. GASSIN place au cœur de l'interdit pénal : ils « composent le *noyau dur* des droits pénaux » ¹⁵³⁴, affirme-t-il. « La violence et la ruse sont condamnées par les systèmes pénaux parce qu'il existe chez l'homme et dans la société une sorte de *sentiment élémentaire de justice* qui répugne particulièrement à ces types de comportements » ¹⁵³⁵. Pour lui, il s'agit là de valeurs qui, contrairement aux fins, ne varient pas à travers les âges et les lieux. Ils peuvent donc servir efficacement de critère du crime. La ruse ¹⁵³⁶ et la violence doivent être entendues de façon très extensive : elles supposent une situation de déséquilibre caractérisé, qui conditionne leur exercice, puis une exploitation abusive de cette situation ¹⁵³⁷. La ruse et la violence sont

1532 R. GASSIN, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », art. préc., n° 17.

1533 R. GASSIN, « Le crime existe-t-il ? », PUAM, coll. Problèmes actuels de sciences criminelles, vol. XII, 1999, p. 9 et s., n° 41 (souligné par l'auteur).

1534 R. GASSIN, S. CIMAMONTI et PH. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, n° 82 (souligné par les auteurs). R. GASSIN cite ici HOBBS, BAECHLER et CHESNAIS qui avaient attribué à la violence et à la ruse les mêmes fonctions (*idem*, n° 83).

1535 R. GASSIN, S. CIMAMONTI et PH. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, n° 85 (souligné par les auteurs).

1536 Sur la ruse, voy. R. GASSIN, *Essai de théorie générale de la ruse en criminologie*, PUAM, 2009.

1537 R. GASSIN, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », art. préc., n° 21.

ainsi les critères incontournables du crime. R. GASSIN reconnaît évidemment que de nombreuses incriminations actuelles n'y font pas référence¹⁵³⁸. Selon lui, cela ne contredit nullement son analyse : ces incriminations « parasites »¹⁵³⁹, qu'il rattache aux incriminations *artificielles* déjà distinguées par R. GAROFALO, ne devraient pas exister. « De même qu'il y a des perversions de la démocratie, des dérèglements de l'économie, des dysfonctionnements sociaux et des aberrations de la culture, il existe aussi des altérations du droit pénal : les délits artificiels »¹⁵⁴⁰.

341. Appréciation de la définition de R. GASSIN. Au premier abord, l'analyse de R. GASSIN est séduisante, permettant de « résoudre avec élégance la contradiction entre conception matérielle et fixiste du crime et le caractère fluctuant des droits pénaux »¹⁵⁴¹. Toutefois, cette définition matérielle du droit pénal naturel n'emporte pas entièrement la conviction, étant à la fois trop extensive et trop étroite¹⁵⁴². Trop extensive, car la sanction de la ruse et de la violence n'est pas propre au droit pénal. La théorie des vices du consentement, par exemple, sanctionne également ces moyens, parfois même alors que le droit pénal est inapplicable. Trop étroite, ensuite, car certaines incriminations « *qu'on ne saurait taxer d'artificialité*, ne supposent ni l'emploi de la ruse, ni l'emploi de la violence »¹⁵⁴³ : ainsi des graves incriminations d'imprudence ou de la non assistance à personne en danger ou, en matière d'atteintes au consentement contractuel, des discriminations. On a donc pu rétorquer à R. GASSIN qu'il était impossible de « frapper par principe d'artificialité tous les faits qui contredisent la définition du noyau dur de la criminalité »¹⁵⁴⁴.

1538 *Idem*, n° 23.

1539 *Ibidem* : « ces incriminations artificielles [...] prospèrent, telles des parasites, sur les flancs des incriminations vraies ».

1540 R. GASSIN, S. CIMAMONTI et PH. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, n° 86. Les délits artificiels, continuent-t-il, « ne servent qu'à faire apparaître, en contrepoint, la nature de ce qui est au cœur des systèmes pénaux : *la prohibition de la violence et de la ruse qui en constituent le noyau dur* » (souligné par les auteurs).

1541 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 111. Pour des auteurs acceptant cette définition, voy. M. CUSSON, *La criminologie*, Hachette, coll. Les fondamentaux, 5ème éd., 2011, p. 10 et s. ; J.-Y. LASSALLE, « La notion criminologique de l'infraction pénale », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales & Sciences criminelles*, PUAM, 2007, p. 421 et s.

1542 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 112 et s. Pour des auteurs réfutant cette définition, voy. J.-P. BRODEUR, « Le noyau dur et la peau de chagrin : une étude critique à propos de la parution de la 3ème édition du Précis de criminologie de Raymond Gassin », *RICPT* 1995, p. 332 et s. ; et « Le noyau dur et l'artifice : poursuite du débat avec Raymond Gassin », *RICPT* 1998, p. 456 et s. ; PH. ROBERT, *Sociologie du crime*, La découverte, 2005, p. 9-10.

1543 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 113 (souligné par l'auteur).

1544 J.-P. BRODEUR, « Le noyau dur et l'artifice : poursuite du débat avec Raymond Gassin », art. préc., p. 462.

B. Bilan des tentatives doctrinales de définition du droit pénal naturel

342. L'impossible définition du droit pénal naturel : le retour au critère formel. À l'instar de M. CHILSTEIN, qui voyait dans l'échec de la tentative de définition matérielle du droit pénal naturel par R. GASSIN « l'échec définitif de toute velléité de définir matériellement le crime »¹⁵⁴⁵, la doctrine s'est résignée, parfois depuis longtemps, à revenir à la définition juridique ou formelle du crime, la seule acceptable, si décevante et banale soit-elle : « le crime est l'acte que les lois punissent d'une peine »¹⁵⁴⁶. « Il n'est en définitive qu'un critère qui, quoique insatisfaisant sur un plan intellectuel, permette d'écartier toute incertitude : celui tiré de la volonté du législateur », reconnaissent MM. DESPORTES et LE GUHENEZ¹⁵⁴⁷. Mais si le critère formel de la loi est assurément le plus pratique, il ne saurait emporter totalement la conviction ; en raison, d'abord, de ses propres insuffisances, mais surtout parce qu'il est certain que ce n'est pas parce qu'il est impossible de définir matériellement et avec suffisamment de précision le droit pénal naturel, que celui-ci n'existe pas¹⁵⁴⁸.

343. L'insuffisance du critère formel. Il est certain que le culte de la loi n'est plus ce qu'il a pu être dans le passé ; la rationalité de la loi n'est plus indiscutable comme au temps de ROUSSEAU ou de SAVIGNY¹⁵⁴⁹. La seconde guerre mondiale, notamment, a démontré que la volonté du législateur ne pouvait pas justifier à elle seule son intervention, sous peine de justifier les pires autoritarismes. Le positiviste H. KELSEN fut le premier à soutenir que la normativité des lois ne repose pas sur la volonté même du législateur : comment distinguerait-on alors la volonté du législateur de celle d'un malfrat ?¹⁵⁵⁰ Aujourd'hui, Mme LACAZE soutient que « le critère formel, et pensait-on irréductible, de la peine ne

1545 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 111.

1546 R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, n° 7. Dans le même sens, voy. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 5 ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préf. A. DECOCQ, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, t. XXIII, 1982, n° 274 : « la faute n'est pas préalable à la violation de la norme ; il ne faut pas la chercher en amont de cette violation ; elle est cette violation de la norme de conduite » (souligné par l'auteur).

1547 F. DESPORTES et F. LE GUHENEZ, *Droit pénal général*, Économica, coll. Corpus droit privé, 16ème éd., 2009, n° 27. Dans le même sens, C. LOMBOIS, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 9.

1548 En ce sens, D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 115.

1549 L'école historique du droit de SAVIGNY considérait que « la norme posée par le législateur était un acte de volonté exprimant la "vraie norme" dont la loi n'est qu'une manifestation » (P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* 2004, n° 39, *naissance du droit français/2*, p. 197 et s., spéc. p. 198).

1550 Voy. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., n° 448.

permet plus [...] de délimiter péremptoirement le droit pénal »¹⁵⁵¹. Effectivement, plusieurs indices démontrent que l'infraction ne s'entend pas uniquement de la violation de la loi et de la volonté générale dont elle est l'expression, mais protège également un ou plusieurs « biens juridiques »¹⁵⁵² - ou valeurs, ou intérêts essentiels - , issus d'un droit naturel supérieur au droit positif. Ainsi notamment du droit pénal international. Le tribunal militaire international de Nuremberg, chargé de juger les criminels de guerre nazis, a méconnu, entre autres principes, celui de la non-rétroactivité du droit pénal¹⁵⁵³. Seul le recours à la notion d'« atteinte à la conscience universelle » a permis de justifier les condamnations. Le critère formel du crime est ici purement nié, au profit d'un droit pénal naturel qui dépasserait la loi¹⁵⁵⁴. De même, si les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité existent, c'est bien dans le but de protéger des valeurs jugées, là encore, supérieures à la loi¹⁵⁵⁵.

344. Conséquence : l'impossible contrôle de légitimité du droit pénal autonome.

Finalement, en l'absence de tout critère pertinent, le fondement et la finalité du droit pénal naturel restent incertains. Si l'intuition pousse à admettre l'existence d'incriminations naturelles, la raison peine à les cerner. Or, c'est par rapport à la définition du droit pénal naturel et à l'analyse de ses fondements que la nécessité du droit pénal autonome aurait pu être examinée. Par conséquent, leur incertitude est de nature à interdire toute réflexion quant à la légitimité du droit pénal autonome. Autrement dit, lorsque le législateur recourt au droit pénal afin de protéger des valeurs essentielles à ses yeux, ce choix n'est susceptible d'aucun contrôle quant à sa légitimité.

Cette solution n'est toutefois qu'un modeste obstacle dans notre réflexion sur la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. En effet, en premier

1551 *Idem*, n° 22.

1552 *Idem*, n° 9 et s. L'auteur crée alors le concept de bien *juridico-pénal*, dans lequel l'« atteinte à la loi et à un bien juridique vont apparaître comme des conditions cumulatives de l'interdit pénal » (*idem*, n° 461), mais également sous réserve de la « qualification de l'injuste » (*idem*, n° 494), c'est-à-dire d'un comportement qui doit être « fautif en ce qu'il tend à la lésion du bien juridique ou néglige de le préserver » (*idem*, n° 626). Cet élément injuste doit obligatoirement pouvoir être imputé à l'auteur des faits. Grâce à ces notions de bien juridico-pénal et d'élément injuste, Mme LACAZE entend réaffirmer « la nécessité d'une contrariété au Droit dans son sens matériel et non pas seulement formel » (*idem*, n° 754).

1553 Aucune sanction n'était prévue avant que le tribunal ne soit créé par l'accord de Londres du 8 août 1945. Voy. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 3ème éd., 2005, n° 24.

1554 En ce sens, R. GASSIN, S. CIMAMONTI et PH. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, n° 65.

1555 En ce sens, PH. RAYNAUD, « Positivism juridique et démocratie », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Tropper, op. cit.*, p. 871 et s.

lieu, bien que les incriminations intervenant à titre autonome comme l'escroquerie, l'extorsion ou l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse ne soient pas exemptes de tout reproche, leur légitimité et leur utilité n'apparaissent pas sérieusement contestables. En second lieu, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel ressort majoritairement du droit pénal auxiliaire. Or, ce droit pénal auxiliaire intervenant pour des raisons bien précises, il est non seulement possible, mais encore opportun de contrôler sa légitimité et, en particulier, sa nécessité.

§ 2. LE CONTRÔLE OPPORTUN DE LÉGITIMITÉ DU DROIT PÉNAL AUXILIAIRE

345. À l'opposé d'un droit pénal autonome qui, s'il se fonde sur un droit pénal naturel, demeure indépendant des autres disciplines juridiques, le droit pénal auxiliaire est intrinsèquement lié à un cadre normatif préétabli. Il y joue un rôle particulier, celui d'auxiliaire de réglementations diverses, destiné à les renforcer de ses sanctions réputées plus efficaces. Le droit pénal auxiliaire n'a plus le droit pénal naturel pour fondement mais - quoique la correspondance ne soit pas absolue -, un droit pénal dit *conventionnel*. L'infraction conventionnelle en effet n'est plus celle qui porte atteinte aux *états forts et définis de la conscience collective*, et n'a aucune prétention à l'universalité. Au contraire, le droit pénal conventionnel dépend de la structure sociétale et étatique concernée, et des différentes élaborations juridiques qui y sont faites ¹⁵⁵⁶.

Il convient de présenter ce droit pénal auxiliaire pour en tirer toutes les conséquences sur la possibilité de procéder au contrôle de sa légitimité : parce qu'elle répond à des finalités bien précises, l'intervention du droit pénal auxiliaire s'y prête en effet parfaitement.

346. Présentation du droit pénal auxiliaire. Le droit pénal a longtemps été vu comme un seul droit *sanctionnateur*, comme un « Gendarme du Droit » ¹⁵⁵⁷ qui « ne fait qu'apporter le secours de l'outil de ses sanctions à l'efficacité des autres branches du droit appelées à poser les normes » ¹⁵⁵⁸, que le législateur considère comme incapables d'assurer seules le respect des prescriptions qu'elles édictent. Le terme d'« auxiliaire » ¹⁵⁵⁹ est celui qui traduit le mieux le rôle alors conféré à la sanction pénale, bien que la doctrine use également des

1556 R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 8.

1557 *Idem*, n° 146. L'expression a été utilisée pour la première fois par R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, *op. cit.*, n° 33 *in fine*.

1558 M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 2ème éd., 1999, n° 82.

1559 Pour l'emploi de cette expression, voy. J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 72.

termes d'« accessoire »¹⁵⁶⁰, de « droit pénal technique »¹⁵⁶¹, ou, plus souvent, de droit pénal « sanctionnateur »¹⁵⁶² - qui prêle à contresens, puisque même lorsque le droit pénal intervient de manière autonome, il reste évidemment sanctionnateur. Le rôle auxiliaire du droit pénal représente, historiquement et quantitativement, l'essentiel du droit pénal. Toutefois, pour la majorité de la doctrine, « la thèse de PORTALIS qui ne voyait dans le droit pénal qu'un droit sanctionnateur et subsidiaire a vécu »¹⁵⁶³. Le droit pénal actuel n'est « pas uniquement »¹⁵⁶⁴ sanctionnateur ; « il est aussi »¹⁵⁶⁵ *autonome*.

Certains auteurs continuent cependant de soutenir que le droit pénal, aujourd'hui encore, n'est *que* sanctionnateur ou subsidiaire. Pour M. DREYER notamment, « ce n'est pas le droit pénal qui dicte les comportements et pose les interdits. Ceux-ci lui sont extérieurs : ils trouvent leur origine dans la loi naturelle ou dans une loi civile qui identifie seule les intérêts à protéger »¹⁵⁶⁶. Il n'est pas sûr que les deux conceptions soient inconciliables. Si l'on prend pour référence, outre les différentes disciplines et réglementations juridiques, la loi naturelle ou morale, le droit pénal est effectivement restreint à un unique rôle auxiliaire. Sous cet aspect, la fameuse formule de ROUSSEAU - repris, ici comme ailleurs, par PORTALIS - , selon laquelle « les lois criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »¹⁵⁶⁷, conserve toute sa pertinence. Le droit pénal protège ainsi des valeurs qui lui sont préexistantes et extérieures, et pour lesquelles il ne dispose que rarement d'un monopole¹⁵⁶⁸. La pénalisation des discriminations, par exemple, s'est construite à l'aune des principes de dignité et d'égalité des personnes : la sanction pénale est l'arme de la protection de ces valeurs. Mais s'il est auxiliaire de cette loi naturelle, de ces valeurs, le droit pénal n'intervient pas moins de manière autonome, dans le sens où il est alors indépendant

1560 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc.

1561 C. D'HAILLECOURT, *Droit pénal technique et droit pénal*, th. préc.

1562 J. GAUTHIER (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1985.

1563 G. STÉFANI, « Préface », in G. STÉFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. VI.

1564 H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3ème éd., 1947, n° 4.

1565 R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 147.

1566 E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », art. préc., n° 3.

1567 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, 1966 [1762], Livre II, Chap. XII, p. 91. Pour une reprise de cette pensée, voy. MM. BINDING en Allemagne, PRINS en Belgique, GARRAUD et ROUX en France. Ainsi pour J.-A. ROUX par exemple, « le droit pénal est chargé de faire respecter les obligations posées par les autres branches du droit » (note sous Crim., 14 juin 1915 ; *S.* 1918, I, p. 225).

1568 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 84.

de toute réglementation pré-élaborée qu'il viendrait appuyer. Les textes d'incrimination pénale y établissent eux-mêmes tout à la fois une règle normative spécifique et sa sanction. Ainsi que cela a déjà été expliqué ¹⁵⁶⁹, le droit pénal ne sera donc ici qualifié d'auxiliaire que s'il vient renforcer une réglementation préexistante. S'il constitue la seule réaction juridique à une finalité protectrice, il sera dit autonome.

347. Délimitation du droit pénal auxiliaire. La doctrine semble s'accorder sur une figure type du droit pénal intervenant en tant qu'auxiliaire d'autres réglementations. Celle-ci serait caractérisée par l'existence d'une réglementation extra-pénale, à la fin de laquelle figure, dans le même Code ou la même loi, une division intitulée « sanctions », au sein de laquelle se trouve une sous-division intitulée « dispositions pénales ». Un article y prévoit alors que la violation de certaines prescriptions est sanctionnée pénalement. La pénalisation des atteintes au consentement contractuel fourmille de ce genre de constructions législatives : citons les démarchages à domicile ¹⁵⁷⁰ ou plusieurs hypothèses issues du droit de la construction ¹⁵⁷¹. Mais au-delà de cette hypothèse indiscutable de droit pénal auxiliaire, où dresser la frontière ? Il faut sans doute commencer par évincer un critère d'ordre matériel ou substantiel, qui n'est pas pertinent. Contre l'avis d'une partie de la doctrine, nous rejetterons également un critère purement formel, pour adopter celui tiré d'une analyse fonctionnelle du droit pénal auxiliaire.

348. Rejet du critère matériel. À l'instar de la distinction entre incriminations naturelles et conventionnelles, la qualification d'incrimination auxiliaire ou autonome ne nous semble pas devoir dépendre du degré de gravité ni d'« intensité de la réprobation sociale » ¹⁵⁷². Elle ne dépend pas non plus de la connotation morale de l'infraction : les pratiques commerciales déloyales par exemple entraînent un blâme social évident, mais parce qu'elles ne se comprendraient pas en dehors de la réglementation des rapports entre professionnels et consommateurs, il s'agit d'une infraction conventionnelle et non naturelle, où la sanction pénale se voit attribuée le rôle d'auxiliaire de cette réglementation. La confusion provient de l'assimilation induite du droit pénal auxiliaire au *droit pénal artificiel*, qui

¹⁵⁶⁹ Voy. *supra*, n° 329.

¹⁵⁷⁰ Voy. en particulier l'article L. 121-28 du Code de la consommation.

¹⁵⁷¹ Voy. en particulier l'article L. 241-1 du Code de la construction et de l'habitation. Cet article, qui réprime un certain nombre de comportements, figure dans un chapitre intitulé « dispositions pénales », lequel ouvre un Titre consacré aux « Dispositions communes diverses » du Livre II du Code relatif au statut des constructeurs.

¹⁵⁷² En ce sens, D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 117.

sous-entend une gravité extrêmement faible des infractions. R. GASSIN écrivait en ce sens « que l'on a trop souvent tendance à qualifier d'artificielles des incriminations qui sont cependant de vrais délits. Tel est le cas en particulier de nombre de délits économiques »¹⁵⁷³. M. JEANDIDIER remarquait très justement lui aussi que « de nombreux secteurs du droit pénal dit artificiel sont bien l'expression d'une éthique caractéristique de leur époque »¹⁵⁷⁴. Il reste que, pour faire échapper certaines incriminations auxiliaires à la qualification d'incriminations artificielles - ce qui aurait pu entraîner des suggestions de dépénalisation - , une partie de la doctrine a préféré ranger celles qui étaient considérées comme particulièrement importantes dans le rang des incriminations autonomes. Encore une fois, selon nous, le critère du droit pénal auxiliaire n'est pas d'ordre matériel. En premier lieu, nous retomberions alors sur l'écueil incontournable, déjà rencontré, de la délimitation délicate d'un seuil de gravité, en fonction duquel les incriminations se placeraient dans une catégorie. Mais surtout, s'il est certes évident que le droit pénal autonome recoupe, de manière générale, des incriminations plus graves que le droit pénal auxiliaire, cela n'a rien de systématique. Aussi le critère matériel ne fournit-il au mieux qu'un indice du caractère autonome ou auxiliaire des incriminations, mais en aucun cas un critère décisif¹⁵⁷⁵.

349. Rejet du critère formel. Le critère formel fait référence à l'archétype déjà décrit de l'intervention du droit pénal auxiliaire d'une longue liste de comportements prohibés ou imposés, à l'issue de laquelle figure une section du Code concerné intitulée « dispositions pénales ». La tentation est alors grande d'assimiler cette forme - extrême en son genre - , d'intervention à l'ensemble du droit pénal auxiliaire, et de considérer comme autonomes les incriminations qui procèdent autrement. C'est, semble-t-il, la vision que défend M. ROBERT, lequel considère qu'un texte qui « contient à la fois l'incrimination et la sanction »¹⁵⁷⁶, ressort du droit pénal autonome ; tandis qu'il qualifie le droit pénal d'auxiliaire « quand l'autorité qui compose le texte répressif fulmine seulement une sanction en disant qu'elle s'appliquera aux auteurs de comportements qu'une autre autorité a décrits ou décrira »¹⁵⁷⁷. Cette conception a conduit logiquement cet auteur à rattacher

1573 R. GASSIN, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », art. préc., n° 23.

1574 W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 5.

1575 Dans le même sens, D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 117.

1576 J.-H. ROBERT, « Droit pénal de l'environnement et droit pénal général », PUAM, coll. Problèmes actuels de sciences criminelles, vol. IV, 1991, p. 11 et s., spéc. p. 17.

1577 *Ibidem*.

l'incrimination de tromperie, par exemple, au droit pénal autonome ¹⁵⁷⁸. Une telle opinion se conçoit parfaitement car le droit pénal ne se contente pas ici de renvoyer, comme il le fait souvent, à des comportements prévus par d'autres textes. Toutefois, à notre avis, ce critère formel, finalement uniquement basé sur la construction des textes ou sur leur place, est trop restrictif. Si toutes les incriminations renvoyant à des dispositions extra-pénales caractérisent le droit pénal auxiliaire, tout le droit pénal auxiliaire n'est pas constitué des seules incriminations par renvoi. D'autres incriminations restent rattachées au droit pénal auxiliaire, à la condition qu'elles ne se comprennent que dans le cadre de la réglementation spécifique des relations entre professionnels et consommateurs ¹⁵⁷⁹ - pour reprendre les exemples ci-dessus évoqués -, qui fait appel au droit pénal pour les vertus d'efficacité qui lui sont prêtées.

Il ne faut sans doute pas davantage retenir une définition qui distingue, de manière trop rigide, selon que l'incrimination se situe dans ou hors le Code pénal ¹⁵⁸⁰. C'est pourtant assez justement que M. CHILSTEIN a remarqué que la distinction entre incriminations autonomes et auxiliaires correspond - très schématiquement, et à plusieurs exceptions près -, aux incriminations comprises dans et hors Code pénal ¹⁵⁸¹. Le Code pénal est en effet le siège privilégié d'incriminations qui transcendent les différentes réglementations pour venir concerner chaque citoyen, indépendamment du statut et des fonctions qu'il peut revêtir, tandis que les autres Codes contenant des incriminations participent à des réglementations particulières - assurance, consommation -, dans lesquelles la sanction pénale intervient en principe en qualité d'auxiliaire. Cela étant, la logique de répartition des textes pénaux entre Code pénal et autres Codes - si logique il y a, ce qui n'est pas certain -, n'est certainement pas celle d'une distinction entre droit pénal naturel et autonome d'une part, conventionnel et auxiliaire d'autre part.

350. Adoption d'un critère fonctionnel. Nous retiendrons en conséquence un critère différent, tiré de la fonction qui est assignée à la sanction pénale. Pour s'assurer qu'une infraction est auxiliaire, il faut et il suffit de vérifier si elle n'est saisie « qu'en regard d'une

1578 J.-H. ROBERT, « Pour une restauration de la contravention de police », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., p. 161 et s., spéc. p. 165.

1579 Dans le même sens, D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 8.

1580 En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 155.

1581 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 122.

réglementation particulière qui modèle l'ordre social »¹⁵⁸², si elle « n'est lisible qu'à travers la grille d'une réglementation externe qui demeure en tout état de cause son support nécessaire »¹⁵⁸³. Par conséquent, la majorité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, en ce qu'elle est intrinsèquement liée à différentes réglementations - consommation, concurrence, construction *etc* - , correspond à un droit pénal agissant à titre d'auxiliaire de ces réglementations. En matière de consommation par exemple, c'est au droit de la consommation que revient la détermination de l'interdiction ; le droit pénal se borne à offrir sa sanction pour en assurer la répression ou l'effectivité¹⁵⁸⁴. Le critère est donc *fonctionnel*, puisque l'on tient compte du rôle assigné à la sanction pénale.

351. Conséquence de l'adoption d'un critère fonctionnel sur le contrôle de légitimité du droit pénal auxiliaire. Le droit pénal auxiliaire, en se bornant à prêter sa sanction à d'autres disciplines ou réglementations juridiques qu'il vient renforcer, répond donc à une fonction utilitariste. Il appuie certaines réglementations à l'aide de ses sanctions que le législateur présume, à tort ou à raison, plus efficaces que celles dont disposent les autres droits. L'identification de cette finalité est d'une portée significative pour notre démonstration. Il est en effet possible de contrôler la nécessité de l'incrimination au regard de cette finalité du droit pénal auxiliaire, ainsi que la proportionnalité de la réponse pénale alors apportée. Il ne s'agit certainement plus de se demander, comme pour les incriminations autonomes, si le fait prohibé répond au droit pénal naturel - dont on a pu voir qu'il était indéfinissable. Il s'agit simplement de se demander si le recours au droit pénal est nécessaire au renfort de la réglementation extra-pénale concernée - pour ce qui nous concerne, s'il permet effectivement de prévenir ou réprimer plus efficacement les atteintes au consentement contractuel.

352. Conclusion de Chapitre. Il est donc tout à fait possible de contrôler la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Ce contrôle ne saurait, toutefois, concerner la part de la pénalisation rattachée au droit pénal autonome : à défaut

1582 *Ibidem*.

1583 *Idem*, n° 121.

1584 N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 231 : « C'est en qualité de droit pénal sanctionnateur qu'intervient le droit pénal en matière de protection des consommateurs. En effet, c'est au droit de la consommation que revient la détermination de l'interdiction – fraude, publicité mensongère – ou de la prescription – délai de réflexion, droit de rétractation, mentions obligatoires. Le droit pénal se borne à offrir sa sanction pour en assurer la répression ou l'effectivité ».

de pouvoir identifier son fondement - un droit pénal naturel protégeant des valeurs essentielles aux yeux de la société -, il est impossible d'en contrôler sa légitimité. Le contrôle de légitimité ne s'étend donc qu'aux incriminations intervenant à titre d'auxiliaire d'autres réglementations. La nécessité des incriminations est en effet susceptible d'être examinée à l'aune du fondement utilitariste du droit pénal auxiliaire. Ce contrôle incombe au législateur lui-même : c'est à lui que revient, en premier lieu, la responsabilité de l'opportunité et de la légitimité pénale. Il faudrait, pour cela, qu'il s'essaye à une véritable réflexion sur les fonctions du droit pénal. À défaut, le Conseil constitutionnel doit sortir de sa réserve pour accepter, ainsi que les textes explicites de la Déclaration de 1789 le suggèrent, un véritable contrôle de la nécessité et de la proportionnalité pénale. C'est à ces seules conditions que le contrôle de la légitimité de la pénalisation pourra s'opérer. Mais il reste encore à déterminer selon quels critères.

CHAPITRE II. LES CRITÈRES DU CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION

353. À l'inverse de la pratique législative actuelle, il nous paraît certain que le droit pénal ne saurait être utilisé de manière discrétionnaire, sans tenir compte de sa nature particulière, sous peine de caractériser un grave dévoiement de la matière. La pénalisation n'est légitime que si elle réunit les trois critères cumulatifs qui nous semblent justifier son intervention. Ces critères ont d'abord trait à l'incrimination elle-même du comportement portant atteinte au consentement contractuel (Section 1). En premier lieu, et il s'agit ici d'une évidence, une incrimination n'est nécessaire que si elle est utile, c'est-à-dire si elle permet d'apporter une réponse pénale jusqu'ici absente ou simplement inférieure. Après avoir vérifié que la réponse pénale offrait une véritable utilité, il faudra ensuite analyser la teneur de l'incrimination pour en apprécier la légitimité. Il s'agit de partir des fonctions de la sanction pénale, pour en déduire qu'elle ne peut, sous peine d'être dévoyée, s'appliquer à tous les comportements : il faut, à notre sens, qu'une *faute* pénale soit commise.

Ensuite, et concernant cette fois le contrôle de légitimité de la peine (Section 2), il faudra revenir sur ce qui semble bien être un manque de logique du législateur. Celui-ci recourt à la sanction pénale en raison de son efficacité supposée. Mais la sanction pénale est-elle systématiquement plus efficace que les autres ? À notre avis, il n'y a là rien d'évident, et il faudra donc vérifier que la sanction pénale est effectivement la mieux à même de sanctionner efficacement les violations des règles prescrites.

SECTION 1. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE L'INCRIMINATION

354. Le contrôle de légitimité de l'incrimination suppose, à titre liminaire, de vérifier que le comportement n'est pas déjà incriminé : il s'agit, autrement dit, de vérifier l'utilité de l'incrimination (§ 1). Ce contrôle opéré, il conviendra d'analyser le contenu de l'incrimination, pour vérifier qu'il corresponde à l'exigence indispensable d'une faute pénale (§ 2).

§ 1. LE CONTRÔLE DE L'UTILITÉ DE L'INCRIMINATION

355. Notion d'utilité de l'incrimination. L'incrimination pénale n'est utile que si elle s'applique à un comportement qui jusqu'ici n'était pas incriminé, ou était incriminé mais sanctionné d'une peine inférieure. *A contrario*, l'incrimination paraît parfaitement inutile si elle vient en réalité viser un comportement que le droit pénal appréhendait déjà suffisamment, par le biais d'une ou plusieurs autres incriminations. Dans un tel cas, on n'imagine pas que le droit pénal puisse être jugé nécessaire, indispensable : quel est l'intérêt de la nouvelle incrimination ?

Les incriminations inutiles ne recourent que partiellement le phénomène décrié des *doubles incriminations*¹⁵⁸⁵. Celles-ci n'existent que lorsque deux incriminations « présentent les mêmes éléments constitutifs, tant matériel que moral, et une qualification identique bien que définies dans des textes formellement distincts »¹⁵⁸⁶. Si l'on applique strictement cette définition des doubles incriminations, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel n'en livre qu'un seul exemple, par ailleurs discutable, celui des envois forcés¹⁵⁸⁷. En revanche, les abus de faiblesse issus du Code pénal et du Code de la consommation ne constituent pas, au sens strict, une double incrimination, chacun disposant d'éléments constitutifs et d'un champ d'application légèrement différents¹⁵⁸⁸.

Plus largement, c'est un certain type de redondances entre incriminations qui rend ces dernières inutiles. Ce n'est pas pour autant que toutes les redondances entre incriminations sont critiquables ; il est au contraire parfaitement normal qu'un comportement puisse être appréhendé par plusieurs incriminations, à condition que chacune conserve un domaine d'application propre. Le vaste champ d'application de l'escroquerie et des pratiques commerciales trompeuses entraîne plusieurs possibilités de recoupement : nul ne songe, pourtant, à remettre en cause leur légitimité respective. De même, la redondance n'est pas critiquable si elle est le fait d'une incrimination spécifique qui, recoupant sur un point une

1585 Sur ce phénomène des doubles incriminations, voy. V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, *op. cit.*, p. 155 et s. ; et « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, *op. cit.*, p. 71 et s. *Adde* S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépénalisation du droit pénal des affaires" », in S. JACOPIN (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale, Évolution ou révolution ?*, Bruylant, 2010, n° 4.

1586 V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 156.

1587 Voy. *infra*, n° 365.

1588 Voy. *infra*, n° 366.

incrimination générale, vient réprimer spécialement, et plus sévèrement, un même comportement. Incriminations spéciale et générale se complètent utilement, « puisque l'infraction spéciale requiert la caractérisation de ces circonstances spécifiques qui justifient l'aggravation de la peine encourue et qui la distinguent de l'infraction générale »¹⁵⁸⁹. Et les conflits de qualification se résoudre en principe par l'adage *Specialia generalibus derogant*.

Cela étant, la pénalisation des atteintes au consentement contractuel témoigne parfois de rapports autrement plus ambigus. Dans bien des cas, une incrimination qui peut être considérée comme spéciale est en réalité entièrement englobée dans une incrimination dite générale et, fulminant une peine égale, voire moindre, ne présente aucune utilité (A) - mais contribue en revanche à complexifier et obscurcir la pénalisation. Parmi ces incriminations inutiles, certaines se contredisent en outre directement, en prévoyant parfois des peines radicalement différentes. C'est le cas lorsque les incriminations spéciale et générale ne sont pas logiquement hiérarchisées, notamment quand les peines attachées à l'incrimination générale dépassent celles de l'incrimination spéciale - ainsi des abus de faiblesse ou des discriminations. Les incriminations ne sont plus alors seulement inutiles : elles sont contradictoires (B) et donc dangereuses.

A. Les incriminations inutiles

356. Les incriminations simplement inutiles parsèment principalement la pénalisation de la tromperie du consentement. En revanche, les incriminations redondantes en matière de forçage et de refus du consentement contractuel, se contredisant directement, du moins dans leurs peines, ne seront étudiées qu'à leur suite.

357. Présentation des incriminations inutiles de la tromperie du consentement.

En parcourant les nombreuses incriminations participant à la pénalisation de la tromperie du consentement contractuel¹⁵⁹⁰, le lecteur a pu justement s'imaginer qu'à un même

1589 V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 156.

Selon Mme MALABAT, l'incrimination spécifique, même punie de peines moins graves, conservera parfois un intérêt en raison de certaines règles procédurales. Il en est ainsi pour la double incrimination du harcèlement moral. L'article L. 1152-1 du Code du travail, qui punit ce comportement plus faiblement que l'article 222-33-2 du Code pénal, présente l'intérêt de pouvoir être constaté par l'inspecteur du travail selon des règles facilitées, ce qui renforce l'effectivité de l'incrimination (article L. 8112-1, alinéa 2 du Code du travail). Mais il suffirait de donner compétence aux inspecteurs du travail pour constater l'infraction du Code pénal, pour redonner un intérêt exclusif à cette dernière (voy. V. MALABAT, « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », art. préc., spéc. p. 73).

1590 Voy. surtout la pénalisation renouvelée de la tromperie, *supra*, n° 99 et s.

comportement pouvaient, souvent, s'appliquer deux d'entre elles, voire davantage. Prenons l'exemple du fait d'exposer un produit falsifié, réprimé en tant que falsification par l'article L. 213-3 du Code de la consommation. Cette falsification ne constitue-t-elle pas également la tentative de tromperie - le fait de tenter de tromper le contractant par quelque moyen ou procédé que ce soit ¹⁵⁹¹ ? La distinction entre falsification et tentative de tromperie est d'autant moins évidente que le juge a parfois du mal à distinguer la falsification de la tromperie consommée. Le fait d'ajouter de l'eau dans le vin - de le *moniller*, selon l'expression consacrée - est ainsi sanctionné par les juges, à juste titre, en tant que falsification ¹⁵⁹². Mais le fait similaire de *noyer* des coquilles Saint-Jacques afin de les faire gonfler artificiellement, a, lui, été condamné sur le fondement de la tromperie ¹⁵⁹³. Autrement dit, l'ajout d'eau dans le vin constitue une falsification, mais l'ajout d'eau dans des coquilles Saint-Jacques que l'on noie, une tromperie... À défaut de comprendre cette jurisprudence, on saisit surtout que les domaines de ces incriminations ne sont qu'imparfaitement circonscrits.

Encore faut-il préciser que, pour des faits similaires, d'autres incriminations pourront parfois être applicables. Imaginons que le produit falsifié soit présenté sous une appellation d'origine ou une appellation d'origine contrôlée – ci-après AOC. Peuvent bénéficier d'une AOC - l'agrément est décerné par l'Institut national de l'origine et de la qualité - , les produits agricoles ou alimentaires possédant une notoriété dûment établie ¹⁵⁹⁴, dont la qualité ou les caractères sont dus à un milieu géographique particulier ¹⁵⁹⁵. Or, les AOC sont protégées pénalement par l'article L. 115-16 du Code de la consommation : constitue un délit pénal le fait d'apposer sur un produit une fausse appellation d'origine, ainsi que le

1591 Le fait d'exposer un produit, objet ou appareil falsifié est incriminé à l'article L. 213-3, 4° du Code de la consommation relatif aux falsifications. Quant à l'article L. 213-1 du même Code relatif à la tromperie, il fait rentrer explicitement la tentative de tromperie dans le champ de sa répression.

1592 Pour de l'ajout d'eau dans du vin « rosé », voy. Crim., 6 avril 2004 ; inédit, pourvoi n° 03-84157. Il s'agit en effet d'un « recours à un traitement illicite et non conforme à la réglementation en vigueur de nature à en altérer la substance », selon la définition jurisprudentielle (Crim., 23 janvier 2001 ; préc.).

1593 Crim., 31 mai 2005 ; inédit, pourvoi n° 04-87605 ; *Droit pénal* 2005, comm. n° 149, obs. J.-H. ROBERT ; Crim., 7 novembre 2006, *Bull. crim.*, n° 274 ; *D.* 2007, AJ p. 151, obs. C. RONDEY ; *AJ Pénal* 2007, p. 87, obs. G. ROUSSEL.

1594 Les AOC sont très nombreuses, et protègent en particulier les vins et fromages : « Roquefort », « Brie de Melun », « Camembert de Normandie »... (voy. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 61).

1595 Selon l'article L. 115-1 du Code de la consommation, « Constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains ».

fait de vendre un tel produit ¹⁵⁹⁶. Si un produit ne dispose pas d'une AOC, il pourra parfois se prévaloir d'un label ou d'une certification, qui, plus modestes, attestent de caractéristiques spécifiques du produit, que fixent un cahier des charges. Labels et certifications ne garantissent pas la même qualité : les labels attestent d'un niveau de qualité supérieure ¹⁵⁹⁷, quand les certifications visent seulement le respect de certaines caractéristiques tenant à la production, la transformation ou le conditionnement ¹⁵⁹⁸. Là aussi, l'utilisation frauduleuse d'un label ou d'une certification, ou le fait d'utiliser un mode de présentation de nature à faire croire qu'un produit en bénéficie, est érigé en délit pénal ¹⁵⁹⁹, puni de deux ans d'emprisonnement et de 37 500 euros d'amende ¹⁶⁰⁰. La même sanction s'applique, en vertu de l'article L. 115-24, à l'utilisation frauduleuse du terme d'agriculture biologique ¹⁶⁰¹. La certification des services et produits autres qu'alimentaires, enfin, dispose de la même protection pénale, visée à l'article L. 115-30 du Code de la consommation ¹⁶⁰². La plupart de ces incriminations ne protègent qu'indirectement le consommateur, visant avant tout la protection des professionnels contre certaines formes de concurrence déloyale. On saisit à quel point le *lobbying* de certains professionnels est susceptible de faire des ravages en législation, la multiplicité des incriminations applicables à un même comportement pouvant donner le tournis. Prenons l'exemple d'un vigneron qui offre à la vente un vin prétendument biologique, vendu sous une AOC, alors qu'il y a rajouté un certain nombre d'additifs chimiques. La tentative de tromperie du consommateur est caractérisée, de même que le délit de falsification, d'utilisation frauduleuse d'une certification biologique et celui d'utilisation frauduleuse d'une AOC... Mais, le même comportement peut surtout, depuis la loi du 3 janvier 2008, caractériser le délit de pratiques commerciales trompeuses. Véritable « auberge espagnole du droit pénal de la consommation » ¹⁶⁰³, ce délit dépasse largement chacune des incriminations

1596 La sanction est la même que celle de la tromperie et des pratiques commerciales trompeuses – deux ans d'emprisonnement et 37 500 euros d'amende - , ce qui posera la question de l'intérêt de cette incrimination (voy. *infra*, n° 359).

1597 Article L. 115-19 du Code de la consommation, lequel renvoie aux articles L. 641-1 à L. 641-3 du Code rural et de la pêche maritime.

1598 Article L. 115-25 du Code de la consommation, qui renvoie lui aux articles L. 641-20 à L. 641-23 du Code rural et de la pêche maritime.

1599 Articles L. 115-20 (pour les labels) et L. 115-26 (pour les certifications) du Code de la consommation.

1600 Le projet de loi adopté (n° 176) par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013 (non-modifié sur ce point par la version du Sénat du 13 septembre 2013) prévoit d'augmenter la peine d'amende à hauteur de 300 000 euros (article 64, I, 1° pour les labels et 64, IV, 1° pour les certifications).

1601 Qui devrait également passer à 300 000 euros si le projet de loi relatif à la consommation était adopté (article 64, III, 1°).

1602 Qui devrait également passer à 300 000 euros si le projet de loi relatif à la consommation était adopté (article 64, V, 1°).

1603 A. LEPAGE, « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007 – avril 2008) », art. préc., n° 21.

spécifiques qui viennent d'être citées, pour appréhender de manière générale la tromperie du consentement des consommateurs.

Toutes ces incriminations ont pour point commun leurs peines principales : deux ans d'emprisonnement et 37 500 euros d'amende - 300 000 euros si le projet de loi relatif à la consommation était adopté en l'état ¹⁶⁰⁴. Cette concordance des peines s'imposait, car il aurait été insupportable, au regard de la certitude de la peine, qu'un même comportement fasse encourir à son auteur des peines différentes. Il n'en reste pas moins que cette hypothèse révèle nombre d'incriminations inutiles. Les peines étant les mêmes, les incriminations spéciales se fondent dans les incriminations générales de tromperie et de pratiques commerciales trompeuses sans présenter d'intérêt supplémentaire. Leur intérêt est même moindre, car les infractions aux articles L. 213-1 et L. 121-1 du Code de la consommation sont constatées selon des règles procédurales largement facilitées ¹⁶⁰⁵. La mise en parallèle des pratiques commerciales trompeuses avec d'autres incriminations proches permettra de révéler l'inutilité de certaines d'entre elles.

358. La redondance des incriminations de pratiques commerciales trompeuses et de tromperie. Une simple lecture des textes suffit à se convaincre de la grande redondance de ces deux incriminations. Incriminée à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, la tromperie réprime « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit », la tromperie devant porter sur un certain nombre d'éléments : nature, origine, qualités substantielles, composition, quantité, aptitudes à l'emploi... L'article L. 121-1, I, 2° du Code de la consommation, quant à lui, dispose qu'une pratique commerciale est trompeuse notamment « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur », portant, là aussi, sur un ou plusieurs éléments, parmi lesquels la nature du bien ou du service, ses caractéristiques essentielles - qualités substantielles, composition, origine *etc* - , son prix ou encore l'identité du professionnel ¹⁶⁰⁶.

1604 Voy. les articles 65, I du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 (pour la tromperie et les falsifications qui continuent de renvoyer à l'article L. 213-1), 64, III (pour les infractions à l'agriculture biologique), 64, II (infractions à l'appellation d'origine contrôlée), 64, VII (pour les pratiques commerciales trompeuses). En revanche, seules la tromperie et les pratiques commerciales agressives prévoient que l'amende puisse être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus, étant précisé que le délit de pratiques commerciales trompeuses peut encore être puni d'une amende portée à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique litigieuse.

1605 Voy. en particulier, pour la tromperie, les articles L. 215-1 et suivants du Code de la consommation.

1606 Ajoutons que les pratiques commerciales trompeuses sont constituées dès qu'elles sont susceptibles de tromper le public, sans qu'il soit nécessaire qu'une ou plusieurs personnes aient été effectivement

Finalement, quel intérêt présente encore l'incrimination, moins large, de tromperie ? L'incrimination des pratiques commerciales trompeuses ne rend-elle pas celle de tromperie superflue, inutile ? « [C]'est la question de l'autonomie conceptuelle de l'article L. 213-1 qui peut être posée », admet un auteur¹⁶⁰⁷. Et la question se pose avec plus d'acuité encore depuis l'instauration, par la loi du 4 août 2008, des consignes d'interprétation données au juge à l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation. Cet article *répute* trompeuses vingt-deux pratiques. Parmi elles, les 5°, 6°, 7° et 8° de l'article L. 121-1-1 réputent trompeuses la fourniture d'informations erronées quant aux prix, à la disponibilité du produit ou à sa qualité. Le 17° vise, quant à lui, le fait « De communiquer des informations matériellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver un produit ou un service, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché ». Ces pratiques réputées trompeuses rejoignent, encore une fois, certaines hypothèses de tromperie. L'interprétation des pratiques commerciales trompeuses, telle que suggérée par le législateur lui-même, confirme sa grande redondance avec l'incrimination de tromperie et, partant, l'inutilité de cette dernière.

Relativisons, toutefois, ce propos : en incriminant la tromperie de « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat », l'article L. 213-1 du Code de la consommation permet sans doute d'aller plus loin que l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses. L'auteur d'une pratique commerciale trompeuse est en effet à titre principal la personne pour le compte de laquelle la pratique est mise en œuvre : l'annonceur, par exemple, s'il s'agit d'une publicité¹⁶⁰⁸. De plus, les textes relatifs à la tromperie font encourir à leurs auteurs des peines complémentaires qu'ignorent les textes relatifs aux pratiques commerciales trompeuses¹⁶⁰⁹. L'incrimination de tromperie conserve donc une certaine utilité. D'autres redondances paraissent en revanche parfaitement inutiles.

359. La redondance inutile de l'incrimination de pratiques commerciales trompeuses avec celles relatives aux AOC, labels et certifications. Incriminant de manière large la tromperie du contractant, les pratiques commerciales trompeuses recourent intégralement les incriminations d'inspiration concurrentielle protégeant les

trompées (voy. *supra*, n° 112). L'incrimination recoupe donc également la tentative de tromperie.

1607 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 13.

1608 Cela n'empêchera pas la poursuite, dans cette hypothèse, de l'agence de publicité au titre de la complicité ou de la coaction (J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 131).

1609 Articles L. 216-2 et suivants du Code de la consommation.

AOC, labels et certifications. L'ampleur de l'article L. 121-1 du Code de la consommation le sous-entendait largement. Créé par la loi du 4 août 2008, l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation le mentionne explicitement. Parmi les pratiques que cet article répute trompeuses, les quatre premières doivent ici retenir l'attention. Sont réputées trompeuses les pratiques qui ont pour objet : « 1° Pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ; 2° D'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ; 3° D'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ; 4° D'affirmer qu'un professionnel, y compris à travers ses pratiques commerciales, ou qu'un produit ou service a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas, ou de ne pas respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue ». Autrement dit, le législateur érige expressément le non-respect des règles relatives aux signes de qualité en pratiques commerciales trompeuses. Bien plus qu'en matière de tromperie, ces pratiques réputées trompeuses posent la question de l'intérêt du maintien des incriminations spéciales relatives aux AOC, labels et certifications, d'autant plus que les peines principales sont les mêmes¹⁶¹⁰. L'inutilité des incriminations spécifiques ne saurait, toutefois, être affirmée de manière catégorique. Il est certain que la plupart d'entre elles ne protègent qu'indirectement les consommateurs, visant avant tout le respect d'une concurrence loyale entre professionnels. Dans le cadre de cette défense d'une concurrence loyale, les incriminations relatives aux AOC, labels et certifications conservent un intérêt. Ce n'est pas le cas d'autres incriminations spécifiques, à propos desquelles il semble bien que l'on puisse parler de redondances proprement inutiles.

360. La redondance inutile de l'incrimination de pratiques commerciales trompeuses et de l'article L. 121-15-1 du Code de la consommation. Issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, l'article L. 121-15-1 du Code de la consommation prévoit que « Les publicités, et notamment les

¹⁶¹⁰ Voy., pour les peines sanctionnant la violation de la réglementation des AOC, labels et certifications, les articles L. 115-16, L. 115-20 et L. 115-26 du Code de la consommation. Le projet de loi adopté (n° 176) par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013 confirme cette similarité des peines en prévoyant une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende tant pour la violation de la réglementation des AOC (article 24, I, 1°), des labels (article 64, I, 1°), des certifications (article 64, IV, 1°) et des pratiques commerciales trompeuses (article 64, VII). Toutefois, l'amende portée en matière de pratiques commerciales trompeuses peut être portée à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique litigieuse, et pourrait également être portée à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus, si le projet de loi était adopté (article 64, VII). Aucun de ces différents points n'a été modifié par la version du projet adopté par le Sénat (13 septembre 2013, projet n° 213).

offres promotionnelles [...] ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message [...] ». Les conditions tenant à ces offres, concours et jeux « doivent être clairement précisées et aisément accessibles », précise l'article L. 121-15-2 du Code de la consommation. Ce même article précise que ces dispositions sont édictées « sans préjudice des dispositions réprimant "les pratiques trompeuses" prévues à l'article L. 121-1 ». La redondance entre pratiques commerciales trompeuses et les articles L. 121-15-1 et suivants est donc avouée à demi-mot par le législateur. En réalité, le comportement prohibé par ces derniers articles ne tombe-t-il pas intégralement sous les foudres de l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses ? Une pratique commerciale est trompeuse, rappelons-le, notamment « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ». Relevons encore que les articles L. 121-15-1, L. 121-15-2 et les pratiques commerciales trompeuses sont toutes applicables aux relations entre professionnels ¹⁶¹¹, et renvoyant, pour leur sanction, au même article L. 121-6 du Code de la consommation ¹⁶¹². Peut-être la règle *Specialia generalibus derogant* confèrera-t-elle des applications aux articles L. 121-15-1 et suivants du Code de la consommation. Mais ce serait se priver des règles procédurales spécifiques qu'entraînent les pratiques commerciales trompeuses. Dans ces conditions, les articles L. 121-15-1 et suivants du Code de la consommation conservent-ils réellement une quelconque utilité ?

361. La redondance inutile de l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses et des articles L. 217-2 et suivants du Code de la consommation. Une dernière illustration de redondance inutile et encombrante peut être tirée des incriminations particulières des articles L. 217-2, L. 217-6 et L. 217-7 du Code de la consommation. L'article L. 217-2 incrimine le fait de supprimer, d'altérer ou de masquer tous les éléments servant à l'identification des marchandises. Le parallèle est évident avec les incriminations de pratiques commerciales trompeuses d'une part, de tromperie d'autre part. Le parallèle s'impose tout autant à propos des articles L. 217-6 et L. 217-7 du Code de la

1611 Voy. l'article L. 121-15-3 du Code de la consommation : « les articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 sont également applicables aux publicités, offres, concours ou jeux à destination des professionnels » ; et, pour les pratiques commerciales trompeuses, l'article L. 121-1, III du Code de la consommation.

1612 Le projet de loi pourrait reposer la question de l'utilité de cette incrimination dans la mesure où il prévoit de rédiger ainsi le second alinéa de l'article L. 121-15-3 du Code de la consommation : « Tout manquement aux mêmes articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale » (article 54, II, 1^o, b) du projet de loi adopté n^o 176 par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013, non-modifié par le projet du Sénat n^o 213 du 13 septembre 2013.

consommation, qui incriminent spécifiquement le fait d'induire le consommateur en erreur sur l'origine française ou étrangère du produit. La Cour de cassation elle-même se perd dans toutes ces incriminations, et s'y perdait déjà sous l'empire de l'incrimination moins large de publicité trompeuse. C'est en effet sur le fondement de l'ancienne version de l'article L. 121-1 du Code de la consommation incriminant la publicité trompeuse qui fut condamné le professionnel qui avait utilisé la langue anglaise pour présenter un produit fabriqué en France ¹⁶¹³. Mais c'est sur le fondement de la tromperie que fut condamné le professionnel qui avait modifié les signes et dessins d'un emballage pour tromper sur son origine géographique ¹⁶¹⁴. Or, ces deux cas correspondaient parfaitement aux incriminations respectives des articles L. 217-6 et L. 217-7 du Code de la consommation. Il est vrai que les peines prévues par ces articles sont celles de la tromperie - et donc également celles des pratiques commerciales trompeuses. L'incrimination spécifique de ces comportements semble donc inutile, justifiant leur délaissement par le juge.

La pénalisation de la tromperie du consentement est ainsi le siège de nombreuses redondances. Le législateur le reconnaît d'ailleurs implicitement quand il considère « au regard de la récidive, comme une même infraction, les délits prévus et réprimés par : les articles L. 115-3, L. 115-16, L. 115-18, L. 115-20, L. 115-22, L. 115-24, L. 115-26, L. 115-30, L. 121-6, L. 121-14, L. 213-1 à L. 213-2-1, L. 213-3, L. 213-4, L. 214-1 à L. 214-3 et L. 217-1 à L. 217-11 [du Code de la consommation] » ¹⁶¹⁵. La pénalisation du forçage et du refus du consentement connaît des recoupements similaires mais, parce que les incriminations concernées prévoient des peines différentes pour un comportement similaire, ces incriminations contradictoires, outre qu'elle sont inutiles, présentent un véritable danger pour la sécurité juridique.

B. Les incriminations contradictoires

362. Les redondances entre incriminations sont bien plus graves lorsqu'elles se doublent d'une répression disparate. Elles entravent la certitude que le pénaliste ¹⁶¹⁶ et le citoyen ¹⁶¹⁷ sont légitimement en droit d'attendre, créant le risque d'une atteinte à l'égalité devant la loi

¹⁶¹³ Crim., 15 février 1982 ; *Bull. crim.*, n° 50.

¹⁶¹⁴ Crim., 28 octobre 1974 ; *Gaz. Pal.* 1975, somm. p. 95.

¹⁶¹⁵ Article L. 213-5 du Code de la consommation.

¹⁶¹⁶ Ce qui n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de valider le principe des doubles incriminations (Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002 ; préc.), à condition de respecter le principe de proportionnalité des peines et plus précisément que les sanctions n'excèdent pas le maximum légal le plus élevé.

pénale¹⁶¹⁸. C'est d'ailleurs sur ce fondement - soulevé d'office -, que le Conseil constitutionnel a censuré un texte¹⁶¹⁹, dans une importante décision du 28 juin 2013¹⁶²⁰. Le Conseil commence par expliquer que certes « le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente » ; « toutefois, la loi pénale ne saurait, pour une même infraction¹⁶²¹, instituer des peines de nature différente ». Tel était le cas ici, le Conseil insistant sur « la nature et [l']importance [de] la différence entre les peines encourues, » aggravées par les « différences relatives à la procédure applicable et aux conséquences d'une éventuelle condamnation ». Le Conseil précise qu'une telle différence aurait pu être « justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi », ce qui n'est pas vérifié en l'espèce. Autrement dit, le Conseil constitutionnel semble taxer d'inconstitutionnalité le principe même d'une redondance entre incriminations, lorsqu'elle se double d'une répression divergente. Quelques mois auparavant, la Cour EDH avait rendu une solution similaire sur le fondement du principe de légalité criminelle garanti par l'article 7 de la Convention EDH¹⁶²².

Cette décision du 28 juin 2013 pourrait connaître une postérité remarquable, source de nombreuses censures, compte-tenu de la fréquence des incriminations redondantes à la répression divergente. Tel pourrait être le cas en notre matière, l'existence d'incriminations dangereuses du fait de la contradiction de leurs peines, se vérifiant tant dans la pénalisation de la tromperie (1), que du forçage (2) et du refus (3) du consentement d'autrui.

1617 Rappr. J.-J. DE BRESSON, « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations "techniques" », art. préc., spéc. p. 244 : « La garantie d'égalité devant la loi à laquelle peut légitimement prétendre le justiciable, dès lors que son même comportement peut être sanctionné à partir de textes forts différents, et donner lieu à l'application de peines fort éloignées les unes des autres quant à leur degré de gravité, lui est-elle, dans ces conditions, assurée ? ».

1618 Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

1619 En l'occurrence l'article L. 135-1 du Code de l'action sociale et des familles.

1620 Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, décision n° 2013-328 QPC, *Association Emmaüs Forbach*, considérants n° 2 à 6 ; *Gaz. Pal.* 4-5 septembre 2013, p. 12, note S. DETRAZ ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 149, note V. PELTIER ; *AJ Pénal* 2013, jur. p. 471, obs. PH. BELLOIR.

1621 Le terme est impropre, il faudrait plutôt dire pour les mêmes faits. M. DETRAZ remarque justement que « la condition tenant à l'identité matérielle des faits [...] est ici appréciée très soupagement par le Conseil constitutionnel » (note précitée sous Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, spéc. p. 13), les textes relevant des rapports entre incriminations générale et spéciale. L'auteur critique ainsi durement la décision du Conseil. On relèvera toutefois que la hiérarchie entre incriminations générale et spéciale n'étant pas établie (l'incrimination spéciale était en l'espèce bien moins sévèrement punie), la règle *Specialia generalibus derogant* ne pouvait recevoir son application classique.

1622 Cour EDH, 22 janvier 2013, requête n° 42931/10, *Camilleri c/ Malte*. Voy. S. DETRAZ, note précitée sous Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, spéc. p. 14.

363. Les incriminations contradictoires des pratiques commerciales trompeuses et de la réglementation des liquidations. À l'instar des soldes, les liquidations - ventes à bas prix visant à écouler définitivement un stock avant la fin de l'activité - , séduisent les consommateurs, pressés d'y réaliser une bonne affaire. Et tout comme pour les soldes, la séduction devient tromperie lorsque le professionnel viole la réglementation en vigueur pour attirer indûment les consommateurs. Ainsi, si la réglementation des liquidations protège évidemment la concurrence, elle est également édictée dans le but de la protection des consommateurs ¹⁶²³. La réglementation de la liquidation impose une déclaration préalable auprès de l'autorité administrative, et l'inventaire précis des marchandises à liquider ¹⁶²⁴. Le fait de procéder à une liquidation sans déclaration préalable ou en méconnaissance des règles édictées à l'article L. 310-1 du Code de commerce est puni d'une amende de 15 000 euros ¹⁶²⁵. La redondance de cette incrimination avec les pratiques commerciales trompeuses est certaine. Le fait « de déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas », est d'ailleurs l'une des pratiques réputées trompeuses par l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation. La redondance est ici particulièrement regrettable : non seulement les deux incriminations se recourent sans utilité, mais elles font en outre état de sanctions fort différentes - 15 000 euros d'amende pour l'incrimination du Code de commerce, deux ans d'emprisonnement et 37 500 euros d'amende pour celle du Code de la consommation ¹⁶²⁶. Cette discordance des peines est source d'incertitude pour les justiciables. Elle est au demeurant dénuée de toute logique, l'incrimination spéciale étant punie moins sévèrement que l'incrimination générale.

364. Les incriminations contradictoires des pratiques commerciales trompeuses et de l'escroquerie. L'incrimination de pratiques commerciales trompeuses ne coexiste pas qu'avec des incriminations spéciales, et peut rejoindre d'autres incriminations générales : l'escroquerie en est une illustration. La confirmation nous est donnée, ici également, par les pratiques réputées trompeuses de l'article L. 121-1-1 du Code de la

1623 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 252. La jurisprudence a d'ailleurs pu autoriser une association à se porter partie civile, pour défendre l'intérêt collectif des consommateurs, atteint par une opération de liquidation illicite (CA Rennes, 24 novembre 2000 ; *BRDA* 2001, n° 8, info. 14, p. 9).

1624 Article L. 310-1 du Code de commerce.

1625 Article L. 310-5, 1° du Code de commerce.

1626 Voir 300 000 euros (ou 10 % du chiffre d'affaires ou 50 % des dépenses de la publicité ou de la pratique) si le projet de loi relatif à la consommation était adopté (article 64, VII du projet n° 176 du 3 juillet 2013, non-modifié sur ce point par le projet du Sénat n° 213 du 13 septembre 2013).

consommation. En ses 15° et 16°, cet article retient successivement comme trompeurs les faits « d'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard », et « d'affirmer faussement qu'un produit ou une prestation de service est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations ». Il n'y a pas, certes, à prouver une remise. Mais pour le reste, ces faits ne confinent-ils pas à l'escroquerie ? Mme AMBROISE-CASTÉROT rappelle ainsi que, du temps de l'ancien Code pénal, l'ancien article 405 visait des manœuvres qui devaient avoir pour but « de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique »¹⁶²⁷. La disparition formelle de cette mention dans l'actuel article 313-1 du Code pénal n'est certainement pas de nature à remettre en cause cette conception. Ainsi, cette hypothèse fournit un nouvel exemple de redondance, cette fois entre deux incriminations générales. La législation suscite ici encore nombre de doutes, sinon de regrets. En effet, les peines des pratiques commerciales trompeuses diffèrent largement de celles de l'escroquerie, bien plus sévères : cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende¹⁶²⁸. La redondance est à la fois peu utile et source d'incertitude. De tels défauts se retrouvent plus encore dans les hypothèses de redondances entre incriminations du forçage du consentement.

2. *Les incriminations contradictoires en matière de forçage du consentement*

365. Les incriminations contradictoires des envois forcés. En matière de pénalisation du forçage du contractant, les envois forcés fournissent une première et flagrante illustration d'incriminations contradictoires. Cette technique de vente¹⁶²⁹ est en effet sanctionnée par l'article R. 635-2 du Code pénal, que recopie, purement et simplement l'article R. 122-1 du Code de la consommation. Il ne s'agit ici pas de recoupements, mais d'un pur doublon : c'est la même incrimination qui figure dans les deux codes. L'article R. 122-1 du Code de la consommation ne prend pas même la peine de restreindre son

1627 C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », fasc. préc., n° 25. L'auteur y cite l'exemple célèbre de la condamnation pour escroquerie d'un charlatan et d'une présentatrice de télévision, qui ont tous deux fait croire qu'un soit disant bijou égyptien – la « bague de Ré » – permettait miraculeusement de gagner au Loto et au PMU (TC Grasse, 22 mars 1991 ; RJC 1991, p. 766, obs. P. BOUZAT).

1628 L'adoption du projet de loi relatif à la consommation rapprocherait toutefois les peines, voy. *supra*, n° 357.

1629 La technique consiste à envoyer directement au consommateur qui n'a pourtant rien demandé, un bien, à charge pour lui de le payer ou de le renvoyer. L'expérience démontre que les destinataires ont tendance à céder à cette pression, même si l'objet en question ne représente aucune utilité. La dénomination d'envoi forcé est cependant inexacte, il serait plus juste de parler d'envoi non sollicité (A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 1417).

application au domaine de la consommation, reprenant la référence générale à « une personne » comme victime de l'infraction, et non à un consommateur, comme la logique le voudrait. Plus généralement, la question reste entière de savoir si l'incrimination consumériste, se situant dans un *corpus* législatif particulier, lui emprunte ou non son régime. On comprend que ce recopiage se veut pédagogique. Mais pareil bégaiement nuit sans doute à la clarté des textes, plus qu'il ne la sert ¹⁶³⁰.

Mais le véritable problème vient du fait que le Code de la consommation contient en outre, à l'article L. 122-3, une incrimination spécifique de « ventes et prestations de services sans commande préalable » ¹⁶³¹. Avant 2011, cet article renvoyait, pour sa sanction, à l'article R. 122-1. Depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, les alinéas 2 et 3 prévoient que la violation de l'interdiction contenue dans cet article est sanctionnée par les peines encourues en matière de pratiques commerciales agressives ¹⁶³², ainsi que par la nullité du contrat. Or, la nouvelle sanction s'éloigne considérablement et gravement de la contravention de cinquième classe initialement encourue : deux ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. Une divergence similaire, mais plus connue, est issue des incriminations contradictoires des abus de faiblesse.

366. Les incriminations contradictoires des abus de faiblesse. L'abus de faiblesse était traditionnellement incriminé lorsqu'il était commis à l'égard de certaines catégories de personnes, supposées plus vulnérables. L'ancien Code pénal de 1810 comprenait ainsi l'incrimination spécifique de l'*abus des besoins, des faiblesses ou des passions du mineur* ¹⁶³³. Bien plus tard, c'est l'incrimination spécifique de l'*abus de faiblesse* à l'égard des consommateurs qu'instaura la loi du 22 décembre 1972, incrimination qui figure actuellement à l'article L. 122-8 du Code de la consommation. Finalement, l'adoption en 1994 du nouveau Code pénal donna au législateur l'occasion d'incriminer de manière générale, à l'article 223-15-2 du Code pénal ¹⁶³⁴, l'*abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*. Seules les deux dernières incriminations perdurent aujourd'hui ¹⁶³⁵.

1630 Voy. proposant la suppression de l'un des deux textes : V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 161 ; V. VALETTE-ERCOLE, « Droit pénal de la consommation », art. préc., spéc. p. 146.

1631 Titre de la section contenant les articles L. 122-2 et suivants du Code de la consommation.

1632 Articles L. 122-12 à L. 122-14 du Code de la consommation.

1633 Article 406 de l'ancien Code pénal.

1634 L'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse ne figure à l'article 223-15-2 du Code pénal que depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001. Il était initialement placé par le nouveau Code pénal à l'article 313-4 (abrogé par la même loi).

1635 Voy. *supra*, n° 152 et s.

Il ne s'agit pas à proprement parler d'un doublon, car les textes ne se chevauchent pas exactement. Et leur complémentarité laisse, justement, l'analyste songeur. Leurs rapports paraissent, au premier abord, être ceux qu'entretiennent incriminations générale et spéciale¹⁶³⁶. En effet, l'article L. 122-8 du Code de la consommation a un domaine plus strict, celui des abus commis à certaines occasions propres aux rapports de consommation¹⁶³⁷. En outre, il est réprimé dès lors qu'il aboutit à faire souscrire au consommateur « des engagements au comptant ou à crédit »¹⁶³⁸, alors que le Code pénal fait, lui, référence de manière large à « un acte ou une abstention ». Cela étant, et de manière très surprenante, c'est parfois l'incrimination consumériste qui est plus large que l'incrimination générale. Ainsi, l'acte ou l'abstention visés par le Code pénal doit, du point de vue de la victime, lui être « gravement préjudiciable »¹⁶³⁹, chose que n'exige pas le Code de la consommation. De plus, l'article L. 122-8 du Code de la consommation vise, de manière générale, la faiblesse ou l'ignorance d'une personne¹⁶⁴⁰, quant son homologue renvoie à une liste limitative constituant l'un de ces deux états¹⁶⁴¹. Au-delà de ces quelques divergences, les deux incriminations semblent se rejoindre largement¹⁶⁴². Cette double

1636 V. VALETTE-ERCOLE, « Droit pénal de la consommation », art. préc., spéc. p. 145.

1637 Si l'article L. 122-8 du Code de la consommation ne fait référence qu'à un abus commis « par le moyen de visites à domicile », l'article L. 122-9 du même Code étend la répression aux démarchages par téléphone ou photocopie, à la sollicitation personnalisée à se rendre sur un lieu de vente, aux réunions ou excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit, lorsque la transaction a été faite dans des lieux non destinés au commerce, et enfin aux transactions conclues dans des situations d'urgence.

1638 La formule est regrettable, car elle semble empêcher de poursuivre celui qui aurait conduit le consommateur à payer comptant. L'article L. 122-10 du Code de la consommation comble cette lacune en visant la remise de « sommes en numéraire ou par virement », mais ne la comble qu'imparfaitement, car cette remise n'est prohibée que si elle est effectuée « sans contrepartie réelle ». Le Code pénal, lui, en visant de manière large « un acte ou une abstention », ne connaît pas le même problème.

1639 Toutefois, la Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît avoir supprimé cette différence, en déclarant que si l'abus de faiblesse du Code pénal « doit être de nature à [...] causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage se soit réalisé » (Crim., 12 janvier 2000 ; préc. ; Crim., 15 novembre 2005 ; préc.).

1640 L'article L. 122-8, alinéa 1^{er} *in fine* du Code de la consommation précise toutefois que l'abus de faiblesse ou d'ignorance n'est répréhensible que « lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ».

1641 Cette liste renvoie successivement à un mineur, et à une « personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur », enfin à une « personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement ». L'article 223-15-2 du Code pénal exige également que la vulnérabilité de la victime soit apparente et connue de l'auteur. Mais cette condition est probablement également requise par le Code de la consommation : il n'y aurait pas d'abus si l'auteur ignorait la faiblesse de la victime.

1642 Sur la redondance des deux incriminations, voy. G. RAYMOND, « Droit pénal de la consommation, Les abus de faiblesse », art. préc. M. SALVAGE parle même d'un « cumul idéal » entre les deux incriminations (PH. SALVAGE, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 223-15-2 à 223-15-4, fasc. 20, 2011, n° 39) - ce qui est toutefois exagéré.

incrimination met d'ailleurs mal à l'aise la jurisprudence, qui ne distingue les abus de faiblesse qu'avec difficulté ¹⁶⁴³.

L'incohérence du système d'incrimination des abus de faiblesse se poursuit au regard de leurs sanctions, ce qui trahit les rapports ambigus entre les incriminations. La peine d'emprisonnement de l'incrimination consumériste est d'une durée maximale de cinq ans, quand le Code pénal n'en prévoit que trois ¹⁶⁴⁴. Mais comment expliquer que le montant maximum de l'amende du Code de la consommation ne soit que de 9 000 euros, contre 375 000 euros, soit... quarante fois plus ? L'amende prévue par l'incrimination spécifique ne devrait-elle pas être supérieure ? Comment justifier cette si grande différence pour des comportements relativement similaires ? La logique du système des sanctions se dérobe à celui qui la cherche. Mais l'erreur est peut-être, justement, de chercher une logique là où, manifestement, elle fait défaut. La solution à ces contradictions réside peut-être dans la suppression de l'une de ces deux incriminations ¹⁶⁴⁵, en tous les cas dans l'alignement de leurs sanctions. C'est ce que prévoit le projet de loi relatif à la consommation : l'incrimination consumériste adopterait une peine d'emprisonnement de trois ans et d'amende de 375 000 euros, sachant que le montant de l'amende pourrait être porté à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus ¹⁶⁴⁶.

367. Les incriminations contradictoires d'abus de faiblesse et de pratiques commerciales agressives. Redondants entre eux, les abus de faiblesse semblent en outre largement recouper la nouvelle incrimination de *pratiques commerciales agressives*. Rappelons que l'article L. 122-11 du Code de la consommation considère comme agressive une pratique commerciale « lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent », elle porte différentes atteintes au consentement du consommateur. Tant les moyens que le résultat des pratiques commerciales agressives se rapprochent donc des abus de faiblesse.

1643 Sur le concours entre les deux incriminations, voy. not., TC Paris, 1^{er} juin 1993 ; RSC 1994, p. 341, obs. P. BOUZAT ; Crim., 1^{er} février 2000 ; préc.

1644 Toutefois, certaines circonstances aggraveront la peine jusqu'à cinq ans d'emprisonnement (et 750 000 euros d'amende).

1645 Voy. not., suggérant la suppression du texte du Code de la consommation au profit de l'élargissement de l'incrimination du Code pénal, N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 270.

1646 Article 64, IX du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013.

Notons, tout particulièrement, la même référence à une *contrainte*¹⁶⁴⁷. Surtout, depuis la loi du 4 août 2008, l'article L. 122-11, II du Code de la consommation énumère les éléments à prendre en considération pour déterminer « si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée ». Cette dernière notion d'influence injustifiée est « fort brumeuse »¹⁶⁴⁸ : ne fait-elle pas référence à une forme d'abus de faiblesse ? Surtout, parmi les éléments à prendre en considération, figurent « le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance », et « l'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit »¹⁶⁴⁹. Le rapprochement avec les abus de faiblesse est certain, et les pratiques réputées agressives de l'article L. 122-11-1 du Code de la consommation le confirment. Parmi ces pratiques réputées agressives figurent notamment le fait de « donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat ait été conclu », ou « de se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance ». Ce dernier point est évidemment à rapprocher de l'article L. 122-9 du Code de la consommation, qui vise justement ce mode de pratiques comme abus potentiel. Bref, incriminations d'abus de faiblesse et de pratiques commerciales agressives semblent largement redondantes. Au point que « l'utilité de l'infraction d'abus de faiblesse devient douteuse »¹⁶⁵⁰, conclut M. CONTE, suggérant l'abrogation de l'incrimination consumériste¹⁶⁵¹. Cela permettrait de remédier à la dangereuse discordance des peines de ces incriminations. Les pratiques commerciales agressives, en effet, sont sanctionnées de deux ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende au plus¹⁶⁵².

1647 L'article L. 122-8 du Code de la consommation caractérise ainsi l'abus de faiblesse notamment lorsque les circonstances montrent que la personne « a été soumise à une contrainte ».

1648 C. AMBROISE-CASTÉROT, Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008, art. préc., spéc. p. 24.

1649 Voy. respectivement les 1^o et 3^o de l'article L. 122-11, II du Code de la consommation.

1650 PH. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives », art. préc., n^o 4.

1651 *Ibidem*. Dans le même sens, R. HAÏK, *Droit pénal des contrats*, th. préc., n^o 284 et s. La suppression de l'incrimination consumériste était d'ailleurs l'une des propositions du rapport COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires (J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 41).

1652 Sanctions auxquelles il faut encore rajouter la nullité du contrat éventuellement conclu (article L. 122-15 du Code de la consommation). Le projet de loi n^o 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 prévoit en son article 64, XI une augmentation de l'amende à hauteur de 300 000 euros, pouvant être portée jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus.

368. Les incriminations contradictoires des pratiques commerciales agressives et des autres incriminations du forçage du consentement. Comme les pratiques commerciales trompeuses, les pratiques commerciales agressives ont un domaine si large qu'elles permettent d'appréhender de manière presque générale la contrainte du consentement. Cela emporte, à titre de conséquence immédiate, le recoupement non seulement des abus de faiblesse, mais de bien d'autres incriminations sanctionnant la contrainte du consentement. Il n'y a qu'à relire l'incrimination elle-même, selon laquelle une pratique commerciale agressive sera caractérisée du fait de « sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale ».

Les *sollicitations* pourront coïncider avec certaines infractions relatives aux démarchages, et ventes à distance ¹⁶⁵³. La redondance est flagrante à propos de l'article L. 122-11, II, 3° du Code de la consommation, qui invite à prendre en considération, pour caractériser une pratique commerciale agressive, « l'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur ». Cet article semble rendre inutile la prohibition du démarchage funéraire de l'article L. 2223-33 du Code général des collectivités territoriales ¹⁶⁵⁴, dont la sanction est d'ailleurs bien moins importante ¹⁶⁵⁵. L'*usage d'une contrainte physique ou morale* renvoie, elle, aux incriminations générales d'extorsion : l'extorsion elle-même, le chantage, enfin le délit plus récent de demande de fonds sous contrainte ¹⁶⁵⁶. Quant à l'article L. 122-11, II, 2° du Code de la consommation, il invite à se référer au « recours à la menace physique ou verbale ». Or, les menaces accomplies avec ordre - de remettre une chose ou de signer un contrat en l'occurrence - , font l'objet d'une incrimination spécifique ¹⁶⁵⁷. Ces différentes infractions sont toutes sanctionnées plus sévèrement que les pratiques commerciales agressives. Aussi est-ce l'intérêt de cette incrimination qui se pose ici. Au lendemain de la loi du 3 janvier 2008, M. CONTE soulevait déjà la question : « fallait-il, en présence d'un arsenal répressif aussi dense, issu du Code

1653 Étant précisé que l'article L. 122-11-1, 3° du Code de la consommation répute agressive la pratique qui consiste à « se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance ».

1654 Article L. 2223-33 du Code général des collectivités territoriales : « À l'exception des formules de financement d'obsèques, sont interdites les offres de services faites en prévision d'obsèques ou pendant un délai de deux mois à compter du décès en vue d'obtenir ou de faire obtenir, soit directement, soit à titre d'intermédiaire, la commande de fournitures ou de prestations liées à un décès. Sont interdites les démarches à domicile ainsi que toutes les démarches effectuées dans le même but sur la voie publique ou dans un lieu ou un édifice public ou ouvert au public ».

1655 75 000 euros d'amende, selon l'article L. 2223-35, alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales.

1656 Sur ces incriminations, voy. *supra*, n° 136 et s.

1657 Article 222-18 du Code pénal.

pénal et du Code de la consommation, ajouter des incriminations supplémentaires ? Sans doute cette couche ajoutée au mille-feuille répressif a-t-elle sa légitimité si elle comble une lacune de la répression : en est-il vraiment ainsi ? »¹⁶⁵⁸.

3. Les incriminations contradictoires en matière de refus du consentement

369. L'existence d'incriminations inutiles mais, surtout, contradictoires en raison de leurs peines divergentes, affecte également la pénalisation du refus du consentement d'autrui et, principalement, des discriminations. Le Code pénal incrimine de manière générale, nous l'avons vu, les discriminations commises par un particulier ou un dépositaire de l'autorité publique¹⁶⁵⁹. Mais « l'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations »¹⁶⁶⁰ à laquelle nous assistons depuis une quarantaine d'année s'est en outre traduite, notamment en droit du travail, par l'incrimination spéciale de certaines discriminations.

370. L'illustration des discriminations sexistes. La principale hypothèse est celle de la discrimination à raison du sexe de la personne, incriminée à l'article L. 1142-1 du Code du travail. Cet article interdit de « 1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché [...] » ; « 2° Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse [...] » de la personne ; « 3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation [...] ». L'essentiel de cette incrimination est recoupé par les textes généraux du Code pénal. Parmi les motifs de discrimination envisagés à l'article 225-1 du Code pénal figurent en effet le sexe, la situation de famille ou l'état de grossesse de la personne. Et l'article 225-2, 3° et 5° incrimine la discrimination lorsqu'elle consiste respectivement « à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne » ; et « à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés par l'article 225-1 »¹⁶⁶¹.

1658 PH. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives », art. préc., n° 4.

1659 Articles 225-1 et suivants et article 432-7 du Code pénal, voy. *supra*, n° 173 et s.

1660 A. CERF-HOLLENDER, « L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations », art. préc.

1661 Il est d'ailleurs possible de remarquer un conflit de qualification au sein même de l'article 225-2 (voy. A. CŒURET et É. FORTIS, *Droit pénal du travail*, *op. cit.*, n° 551 ; et, en jurisprudence, Crim., 20 janvier 2009 ; *Bull. crim.*, n° 19 ; D. 2009, p. 997, note S. DETRAZ ; RSC 2009, p. 589, obs. Y. MAYAUD ; Crim., 23 juin 2009 ; *Bull. crim.*, n° 126 ; *AJ Pénal* 2009, p. 408, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE).

De manière exceptionnelle, l'article L. 1142-2 du Code du travail justifie les discriminations « Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée [...] ». Or, cette justification recoupe au mot près celle prévue par l'article 225-3, 3° du Code pénal.

Les cas de conflits entre les incriminations générale et spéciale sont donc susceptibles d'être très fréquents. L'incrimination spéciale issue du Code du travail devrait *a priori* alors être préférée. Mais cela n'est pas tout à fait certain : curieusement, l'incrimination générale dispose de peines plus sévères : trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende ¹⁶⁶², quand l'article L. 1146-1 du Code du travail prévoit un emprisonnement d'une année et 3 750 euros d'amende ¹⁶⁶³. Préférer le texte issu du Code du travail aboutirait alors au « résultat aberrant » ¹⁶⁶⁴ de sanctionner moins sévèrement la discrimination lorsqu'elle est commise sur un salarié : le législateur, très probablement, visait la solution inverse.

Notons que l'incrimination de l'article L. 1142-1 du Code du travail recoupe elle-même celle issue de l'article L. 1225-1 du Code du travail. Cet article prohibe la discrimination fondée sur l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher ou rompre le contrat de travail. Or, c'est précisément ce type de discrimination que vise l'article L. 1142-1, 2° du Code du travail, mais qu'incriminent également les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. L'incrimination spécifique de l'article L. 1225-1 du Code du travail ne présente aucun intérêt puisqu'il ne s'agit que d'une contravention de cinquième classe, sanctionnée en tant que telle de 1 500 euros d'amende ¹⁶⁶⁵. Cette triple incrimination est donc inutile, mais elle fournit en outre une indiscutable illustration de redondance dangereuse entre incriminations des discriminations. La personne qui refuse un emploi à une femme enceinte encourt-elle les peines fulminées par le Code pénal, celles de l'article L. 1146-1 ou celles de l'article L. 1225-1 du Code du travail ?

1662 Cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque la discrimination est commise dans un lieu accueillant du public (Article 225-2 *in fine* du Code pénal).

1663 « La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue » (article L. 1146-1, alinéa 2 du Code du travail).

1664 V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », art. préc., spéc. p. 160 (à propos de la double incrimination du harcèlement moral).

1665 Article R. 1227-5 du Code du travail.

371. L'illustration des discriminations syndicales. L'article 225-2 du Code pénal permet de réprimer certaines extériorisations de discriminations fondées sur l'un des motifs ségrégationnistes énumérés à l'article 225-1, lequel vise notamment les « activités syndicales » d'une personne. Cela n'a pas empêché le législateur d'insérer, au sein du Code du travail, l'article L. 2141-5 incriminant spécialement différentes formes de discriminations syndicales. Les actes matériels punissables semblent plus nombreux que ceux prévus par l'incrimination du Code pénal ¹⁶⁶⁶. L'incrimination du Code du travail permet en outre la compétence des inspecteurs du travail pour la constatation des faits de discrimination ¹⁶⁶⁷. L'article L. 2141-5 du Code du travail n'est donc pas dénué de toute utilité. Il sera en revanche *a priori* écarté lorsque le Code pénal s'appliquera, en raison des peines largement supérieures que celui-ci envisage : l'article L. 2146-2 du Code du travail ne prévoit en effet qu'une peine d'amende de 3 750 euros ¹⁶⁶⁸. Des incriminations spéciales mais plus larges dans le Code du travail, générales mais plus sévères dans le Code pénal : il est délicat de saisir la logique du législateur, et la doctrine critique régulièrement cette construction inutilement complexe de la pénalisation des discriminations ¹⁶⁶⁹.

372. Bilan : l'illégitimité des incriminations inutiles. Outre leur inutilité intrinsèque, les incriminations contradictoires se révèlent dangereuses en ce qu'elles entravent la sécurité juridique. Ces incriminations contradictoires, comme celles qui sont simplement inutiles, ne répondent pas à l'exigence pourtant de bon sens d'*utilité* de l'incrimination. N'étant pas légitimes, elles doivent selon nous faire l'objet d'une dépénalisation, voire d'une décriminalisation ¹⁶⁷⁰. Il en est de même pour les incriminations qui, composant actuellement la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, ne répondent en réalité pas à l'exigence d'une faute pénale, nécessaire à justifier l'intervention du droit pénal.

1666 Article L. 2141-5, alinéa 1^{er} du Code du travail : « Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail ». L'adverbe « notamment » souligne que la liste n'est pas limitative. Comp. article 225-2 du Code pénal. Voy., soulignant que les actes et comportements discriminatoires « sont moins nombreux que ceux visés par le Code du travail, ce qui laisse une place à l'incrimination spéciale par rapport à l'incrimination générale », A. CŒURET et É. FORTIS, *Droit pénal du travail*, *op. cit.*, n° 563.

1667 V. MALABAT, « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », art. préc., spéc. p. 73.

1668 7 500 euros d'amende et un an d'emprisonnement en cas de récidive.

1669 Voy. not. É. FORTIS, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », art. préc., spéc. p. 306 ; A. CŒURET, « Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations », art. préc. ; S. DETRAZ, « La cohérence des infractions de discriminations », art. préc., spéc. p. 2020.

1670 Sur la distinction des deux termes, voy. *supra*, n° 7.

§ 2. LE CONTRÔLE DE L'INCRIMINATION D'UNE FAUTE PÉNALE

373. Même lorsqu'elle est utilisée comme simple renfort de disciplines ou réglementations extérieures, la sanction pénale devrait toujours répondre à ses finalités propres, au contraire de son utilisation actuelle souvent détachée de toute préoccupation éthique ou philosophique. Les finalités du droit pénal exigent un « minimum moral »¹⁶⁷¹, qui correspond à l'exigence d'une faute pénale (A), dont il convient de déterminer la nature. Il faudra ensuite appliquer cette exigence de la faute pénale aux incriminations composant la pénalisation des atteintes au consentement contractuel (B). Cela permettra de déterminer lesquelles visent effectivement une telle faute et apparaissent légitimées, et lesquelles ne répondent pas à ce critère, et constituant un dévoiement du droit pénal, doivent en être exclues.

A. L'affirmation de l'exigence d'une faute pénale

374. La nécessité d'une faute pénale en matière de droit pénal auxiliaire est discutée. Pour nous, une telle nécessité s'impose (1) : il faut une faute pénale, qui seule pourra justifier la punition que représente, entre autres, la sanction pénale. Cette exigence affirmée, il nous faudra ensuite revenir sur une autre question, plus délicate, celle de la détermination de la nature exacte de la faute pénale (2).

1. La nécessité de la faute pénale

375. Le droit pénal, même auxiliaire, impose une faute pénale. Pour une partie de la doctrine, la spécificité du droit pénal auxiliaire fait qu'il peut appréhender un comportement même s'il ne correspond aucunement à une faute pénale, même si aucun blâme social ou moral ne s'y attache. Cette opinion est notamment présente chez C. D'HAILLECOURT, pour qui « On ne peut porter sur [les infractions techniques] aucun jugement de valeur, [elles] ne sont susceptibles d'aucune appréciation morale ou philosophique, leur choix relève de la seule technique »¹⁶⁷². À notre avis, il s'agit là d'une

1671 E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411 et s., spéc. p. 415 : « à la base du droit pénal économique, il y a une certaine conception déontologique, normative, dérivant [d'un] "minimum moral" [...] ». Dans le même sens, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, préf. A. VARINARD, PUAM, 2010, n° 165.

1672 C. D'HAILLECOURT, *Droit pénal technique et droit pénal*, th. préc., n° 5. Dans le même sens, R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.* 1965, chron. p. 37 et s., spéc. p. 37 : « en défendant la liberté, en protégeant les autres attributs de la personne, l'ordre public traditionnel servait directement un *idéal*

erreur sur les finalités de la responsabilité et de la sanction pénale. Nous souscrivons ainsi totalement à l'analyse de MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, selon lesquels « Il est maladroit de prétendre, comme les pénalistes le font eux-mêmes trop souvent, que le droit pénal doit être mis en œuvre dès lors que les sanctions non répressives sont inaptes à assurer le respect des règles extra-pénales : le droit pénal ne peut intervenir que si la norme envisagée *mérite* sa protection et si, par conséquent, celui qui la transgresse commet une *faute suffisamment grave* pour lui valoir une sanction répressive. En un mot, le droit pénal a une *fonction morale* qui impose la faute pénale parmi les composantes de l'incrimination »¹⁶⁷³.

Certains auteurs rattachent cette exigence à la notion même d'infraction pénale. Dans la thèse que M. DANA a consacré à cette notion, l'infraction était définie à partir de la responsabilité pénale¹⁶⁷⁴. La responsabilité consistant, bien évidemment, dans l'obligation de répondre de ses actes. Or, quelle serait la logique d'une responsabilité pénale sans comportement fautif ? Comment peut-on exiger de quelqu'un qu'il réponde devant la justice pénale d'un acte qui n'entraîne aucun blâme moral ou social ?

376. La fonction de rétribution impose une faute pénale. Peut-être est-il possible d'ajouter un autre argument, bien plus convaincant : à notre avis, l'exigence d'une faute pour recourir au droit pénal auxiliaire s'impose en tous les cas par la sanction prévue qui est la *peine*. La peine, dont l'une des fonctions principales reste la rétribution, ne se comprend pas sans faute¹⁶⁷⁵. Certes, en matière d'atteintes au consentement contractuel, la rétribution n'est sans doute pas la fonction qui est prioritairement recherchée par le législateur lorsqu'il recourt à la sanction pénale pour assurer le respect des réglementations qu'il édicte. C'est *a priori* bien plus la dissuasion qui est alors visée, de même que l'affichage symbolique de l'importance que le législateur accorde à la règle pénalement sanctionnée¹⁶⁷⁶. Pourtant, même alors, la fonction de rétribution ne disparaît pas. Elle est inhérente à la sanction pénale, ce qui justifie que certains auteurs continuent parfois à la présenter comme sa

humain. C'est, maintenant, un idéal *technique* qui fonde le droit économique, et spécialement l'ordre public conçu par lui » (souligné par l'auteur).

1673 PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 377 (nous soulignons).

1674 A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., n° 15.

1675 On pourrait également estimer que la fonction de réadaptation ne se comprend pas sans faute. Une des fonctions – certes secondaire – de la sanction pénale est de permettre au délinquant de se réinsérer, de permettre à celui qui a fait preuve d'un comportement anti-social de se réadapter à la vie en société. Mais si la personne n'a en réalité commis aucune faute, et n'a par conséquent jamais fait preuve d'un comportement anti-social, quelle est la pertinence de cette fonction de la peine ? En réalité, ce critère n'est pas ici pertinent, car, justement, les auteurs d'atteintes au consentement n'ayant, en théorie, pas de problème d'insertion, leur réadaptation n'est pas recherchée par le législateur.

1676 Voy. *supra*, n° 398 et s.

fonction essentielle. Ainsi MM. DESPORTES et LE GUHENECH affirment que « la loi pénale a, avant tout, une fonction répressive. Contester cette fonction, c'est donc contester le droit pénal lui-même »¹⁶⁷⁷. Qu'il s'agisse de sa fonction principale, ou d'une fonction devenue secondaire, il semble en tous cas incontestable que la rétribution reste une des fonctions de la peine. Or, cela a des incidences considérables pour notre propos. La rétribution ne se comprend absolument pas sans faute. Punir quelqu'un pour un comportement qui n'entraîne aucun blâme moral ou social n'a aucun sens. Cette idée logique semble défendue par une part importante de la doctrine pénaliste. R. MERLE et A. VITU, dans leur traité de référence, établissaient ainsi parmi les « frontières du crime »¹⁶⁷⁸ celle qui tient dans la « conduite blâmable ». Ces auteurs proposaient de prendre « comme point de départ du raisonnement la punition qui, dans les sociétés élaborées, représente habituellement la sanction réfléchie et disciplinée du crime » ; « le châtement n'est légitime que s'il "rétribue" une conduite blâmable »¹⁶⁷⁹. Ainsi, continuent les auteurs, « la sanction pénale est indissolublement liée à la culpabilité, laquelle est étroitement liée à la faute »¹⁶⁸⁰. Ces lignes ont été écrites en visant, il est vrai, sans doute davantage une vision classique du droit pénal. Mais dans la mesure où le droit pénal auxiliaire fait usage des mêmes *châtiments*, sans opérer aucune distinction, il nous semble que ces considérations valent pour l'ensemble du droit pénal. Il y a quelques décennies, G. STÉFANI¹⁶⁸¹ et J. DEPREZ¹⁶⁸² avaient déjà émis des opinions très claires à ce sujet. Enfin, plus récemment, Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES s'inscrit dans cette même lignée, écrivant qu'« on ne peut comprendre le recours aux sanctions pénales pour frapper un acte que si l'on se réfère à leur finalité particulière et spécifique qui est la punition du fautif »¹⁶⁸³. Ces considérations, qui

1677 F. DESPORTES et F. LE GUHENECH, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 48. Voy., plus ancien, G. STÉFANI, « Préface », art. préc., spéc. p. VII : « le droit pénal est un *droit de répression* » (souligné par l'auteur).

1678 R. MERLE et A. VITU, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 8 et s.

1679 *Idem*, n° 10 (souligné par les auteurs).

1680 *Ibidem*.

1681 G. STÉFANI, « Préface », art. préc., spéc. p. VII : « la répression n'est pas comme la nullité ou les dommages-intérêts, la sanction de l'irrégularité d'un acte juridique ou du manquement à une obligation. Elle n'est pas non plus la sanction "anonyme" d'une infraction envisagée d'une façon abstraite, indépendamment de la personne qui l'a commise. Elle punit une intention criminelle, considérée non pas en soi, mais par rapport à un individu déterminé ».

1682 J. DEPREZ, « Faute pénale et faute civile », in G. STÉFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, *op. cit.*, p. 157 et s. : « la faute reste, en dépit des apparences, à la base de la responsabilité pénale » (*idem*, spéc. p. 160) ; et, plus loin : même pour les infractions matérielles, « l'exigence d'une faute au moins présumée n'en est pas moins réelle ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle ces infractions cessent d'être punissables en cas de force majeure, de cas fortuit ou de la faute d'un tiers » (*idem*, spéc. p. 161).

1683 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 331. *Adde* plus loin, « parce que la sanction pénale a une mission répressive, elle a pour seul objet la personne humaine » ; alors que « le droit civil s'inquiète du dommage provoqué par la faute, le droit pénal ne regarde que l'homme derrière le comportement fautif, en portant un jugement de valeur sur sa conduite » (*idem*, n° 336).

emportent entièrement notre conviction, ont une importance déterminante. Elles doivent, en toute logique, nous conduire à rejeter hors du domaine pénal - même auxiliaire -, toutes les sanctions qui visent un comportement éloigné de toute notion de faute. Mais évidemment, pour peu que le lecteur s'en soit laissé convaincre, le plus délicat reste à traiter, à savoir déterminer ce qu'il faut entendre exactement par une faute pénale, susceptible de légitimer le recours au droit pénal.

2. *La nature de la faute pénale*

377. À partir de quel degré de gravité la faute est-elle censée être suffisamment grave pour justifier l'intervention du droit pénal ? Il est curieux de constater que, si la doctrine s'était souvent interrogée sur la question de l'exigence d'une faute pénale, elle semble avoir ignoré celle de sa nature. De sorte qu'« il n'y a peut-être pas en droit pénal, de théorie plus remplie d'obscurité » écrivait déjà J.-A. ROUX¹⁶⁸⁴. La question est pourtant primordiale, une fois que l'on s'accorde sur la nécessité de la faute pénale. Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES paraît être la seule à avoir approfondi la question. Le critère proposé par cet auteur est extrêmement intéressant quoique, à notre avis, il mériterait d'être nuancé, faisant appel à un concept moral délicatement transposable au droit pénal.

378. Le premier critère de la faute pénale selon Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES : la « malhonnêteté renforcée ». Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES part du postulat que les incriminations des atteintes au consentement contractuel visent non pas directement la protection du patrimoine, mais cherchent à appréhender « la malhonnêteté qui se cache derrière la provocation à un consentement vicié »¹⁶⁸⁵, celle-ci pouvant prendre la forme d'une tromperie ou d'une contrainte. Le critère de la nécessité pénale qui est alors retenu est celui de la malhonnêteté, plus précisément celui de la « malhonnêteté renforcée »¹⁶⁸⁶. En effet, pour l'auteur, toutes les malhonnêtetés ne peuvent justifier l'intervention du droit pénal. Sont seules suffisantes celles qui sont renforcées par les « moyens utilisés » ou par « le choix des victimes ». Les moyens utilisés doivent être répréhensibles lorsque « la tromperie ou la contrainte est d'une

1684 J.-A. ROUX, note au S. 1927, I, p. 33 (cité par A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., n° 273). Rappr., plus général, A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale : (essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code Civil et la faute des articles 319-320 du Code Pénal)*, LGDJ, 1966, n° 83 : en droit, « malgré le rôle incontestable que la faute est amenée à jouer dans la vie de tous les jours, il n'y a pas de concept plus fuyant ».

1685 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 332.

1686 *Idem*, n° 339 et s.

force telle que le cocontractant ne peut que croire ce qui lui est dit sans se méfier, ou alors se trouve dans l'impossibilité de résister à la force de la contrainte »¹⁶⁸⁷. Mais encore faut-il s'assurer que « l'altération du consentement ne vienne que des moyens utilisés par l'auteur ». « Le meilleur moyen de s'assurer de la responsabilité exclusive de l'auteur est d'apprécier la tromperie ou la contrainte en référence à une victime raisonnable, douée de raison et vigilante, à l'image du bon père de famille du Code civil »¹⁶⁸⁸. Cela obligera le « droit pénal à ne prendre en compte que les auteurs qui témoignent d'une réelle volonté de tromper ou de contraindre puisqu'ils devront déjouer la vigilance ou la résistance d'un homme normalement avisé »¹⁶⁸⁹. La malhonnêteté renforcée par le choix des victimes vise, elle, le choix délibéré d'une victime en situation d'ignorance ou de faiblesse¹⁶⁹⁰.

379. Le second critère du recours au droit pénal selon Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES : la nécessaire dénonciation de l'illicite. Pour l'auteur, même en l'absence d'une malhonnêteté renforcée, le recours au droit pénal reste possible en cas de « nécessaire dénonciation de l'illicite »¹⁶⁹¹. C'est-à-dire lorsque seule la procédure pénale permettra de découvrir et poursuivre les auteurs d'atteintes au consentement contractuel¹⁶⁹². L'hypothèse est celle d'une infraction commise sans que les victimes ne soient en mesure de la détecter, ou sans qu'elles aient un intérêt suffisant pour poursuivre, comme c'est par exemple souvent le cas dans le domaine de la consommation. À notre avis, ce critère doit être écarté, pour plusieurs raisons.

380. Le rejet du critère de la nécessaire dénonciation de l'illicite. En premier lieu, pratiquement toutes les atteintes au consentement contractuel seraient concernées par ce critère. C'est évident en matière de consommation ou d'assurances, où la victime - si tant est qu'une victime existe, car beaucoup d'infractions sont formelles - , ignore le plus souvent son statut de victime d'une infraction. C'est également le cas en matière de distribution, où les victimes, pour des raisons de dépendance économique envers le

1687 *Idem*, n° 340.

1688 *Idem*, n° 341.

1689 *Ibidem*.

1690 *Idem*, n° 342.

1691 *Idem*, n° 345 et s.

1692 Cette opinion se trouve déjà chez L.-H.-C. HULSMAN : « le choix du système sanctionnateur compétent est en bonne partie déterminé par l'instrumentalité du système. Comme le système pénal est le seul système sanctionnateur général pourvu d'un service général de détection et de recherche policière, dans tous les types de comportements illicites dont l'auteur ne peut généralement pas être identifié par la victime ou dont il n'y a pas de victime spécifiée, on doit faire appel à un système sanctionnateur pourvu d'un tel service » (L.-H.-C. HULSMAN, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497 et s., spéc. p. 502). Elle a été reprise récemment par Mme HAÏK (*Droit pénal des contrats*, th. préc., n° 215).

délinquant, hésiteront souvent à en informer la justice. Dans un autre ordre d'idée, enfin, en matière de concurrence, il arrive que personne n'ait intérêt au procès ¹⁶⁹³, et seule l'administration sera apte à détecter les infractions : une grande partie de la matière justifierait ainsi la sanction pénale. Dans ces conditions, le critère de la nécessaire dénonciation de l'illicite ne permet pas d'opérer un tri au sein de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

Ensuite, il s'agirait là d'une pure et simple *instrumentalisation* du droit pénal et de la procédure pénale. On utiliserait ses avantages sans se préoccuper de ses finalités. Partant, un tel critère entraînerait la sanction pénale de comportements qui n'ont aucun lien avec une faute pénale, et qui n'induisent donc nullement la punition de leur auteur, au mépris de la fonction de rétribution de la peine. La nécessité de la dénonciation de l'illicite ne nous semble donc pas être un critère pertinent.

381. L'adoption partielle du critère de la malhonnêteté renforcée. Le critère de la malhonnêteté renforcée, en revanche, mérite d'être envisagé, mais sous certaines réserves. Le terme de malhonnêteté ne sera au demeurant pas repris, étant un concept davantage moral que pénal ; classiquement, nous nommerons donc notre exigence faute pénale intentionnelle, dont il faudra toutefois préciser la nature (a). Mais il convient également de retenir une autre hypothèse, celle d'une faute non-intentionnelle (b), caractérisée par une négligence lourde d'une personne qui, pour cela, mérite un blâme social et la sanction pénale qui en est la conséquence.

a. La nature de la faute pénale intentionnelle

382. Le critère de la faute pénale intentionnelle. La détermination du critère du comportement fautif est délicate, en particulier parce qu'il devra être suffisamment souple pour s'adapter aux différentes atteintes au consentement contractuel. La faute pourrait consister, assez simplement, dans des *comportements qui induisent nécessairement, qui portent en eux-mêmes la volonté de tromper, de forcer ou de refuser le consentement d'autrui*. Par exemple, la commission de certaines pratiques commerciales agressives tend directement à forcer le consentement d'un contractant potentiel. En revanche, l'omission du formulaire de rétractation dans certains contrats, s'il dénote une indifférence blâmable à l'égard des droits du cocontractant, ne démontre pas nécessairement la volonté de le tromper.

1693 G. FARJAT, *L'ordre public économique*, th. préc., n° 580.

Ce critère fait principalement appel à l'intention de l'auteur de l'atteinte au consentement¹⁶⁹⁴. Entendue classiquement, l'intention est en effet la volonté tendue¹⁶⁹⁵ vers un résultat délictueux¹⁶⁹⁶. Mais si ce résultat, et le comportement qui l'engendre, sont eux-mêmes détachés d'un comportement réellement blâmable, l'exigence d'une faute pénale ne nous semble pas constituée. C'est la raison pour laquelle la faute pénale s'apprécie également dans l'élément matériel de l'incrimination.

383. L'appréciation de la faute pénale intentionnelle. Le critère de la faute a trait finalement au lien de causalité entre un acte et l'atteinte au consentement. Pour s'assurer de la responsabilité exclusive de l'auteur de l'atteinte au consentement, et éviter d'appréhender pénalement des cas où la victime se rend coupable de négligence, il est possible de reprendre une proposition de Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES. L'idée est de faire référence, pour la victime, à une appréciation *in abstracto*. Un contractant normal - le bon père de famille, pour reprendre la formule du Code civil utilisée par Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES -, aurait-il, placé dans la même situation, fait la même erreur, cédé aux mêmes pressions ?

Le critère de la faute pénale est donc lié à l'intention de l'auteur de l'atteinte au consentement contractuel. Dans ces conditions, il ne saurait être le seul critère du recours au droit pénal, car il est certain que d'autres fautes, bien que non-intentionnelles, méritent un grave blâme social, et la sanction pénale qui en est la conséquence.

b. La nature de la faute pénale non-intentionnelle : la négligence lourde

384. Le critère de la faute pénale non-intentionnelle. Les deux critères proposés par Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES présentent un inconvénient majeur à nos yeux : aucun ne permet de justifier la sanction pénale pour des comportements non-intentionnels - sauf dans certains cas de dénonciation de l'illicite. Or, à notre sens, ce n'est pas parce qu'un comportement est non-intentionnel qu'il n'est pas constitutif d'une faute pénale. En droit de la consommation par exemple, il est possible de considérer que le professionnel qui, proposant des services à de nombreux consommateurs, est négligent

1694 Rappr. C. MASCALA, « Les finalités de l'évolution législative du droit pénal des affaires », art. préc., spéc. p. 739 : « Le recentrage autour des infractions révélant une intention criminelle est une condition déterminante de l'effectivité du droit pénal des affaires ».

1695 Le terme intention est issu du latin *intendere*, qui signifie tendre vers (*Dictionnaire Le Nouveau Littré*, v^o Intention).

1696 PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n^o 381.

dans leur présentation ou son activité, encourt un blâme social et mérite d'être puni pour sa faute de négligence.

385. L'appréciation de la faute pénale non-intentionnelle. Toute la question est ici encore celle de l'appréciation du critère. À partir de quel degré la négligence est-elle suffisamment lourde pour justifier le recours à la sanction pénale ? On saisit immédiatement que l'omission, due à une négligence, d'une des très nombreuses mentions devant figurer sur les étiquettes, ne peut *a priori* pas être vue comme constituant une faute pénale ; au contraire de la négligence des informations relatives au prix par exemple. Le critère de la négligence constitutive d'une faute pénale est là encore nécessairement souple, et peut à nouveau être rapproché de la causalité. Selon nous, une négligence doit être considérée comme fautive si elle a pour conséquence immédiate l'atteinte au consentement du consommateur sur un élément essentiel de l'objet du contrat. De sorte que la personne qui proposait le contrat aurait dû être particulièrement vigilante, et vérifier le respect de la réglementation en vigueur.

386. Bilan. Selon nous, la négligence lourde d'un cocontractant, tout comme sa volonté d'attenter au consentement d'autrui, doit permettre de caractériser une faute pénale, qui justifie à son tour la rétribution inhérente à toute sanction pénale. On ne s'éloigne guère ici de la conception classique de l'infraction qui, selon M. DANA, part de la culpabilité, laquelle « traduit le reproche qui fonde la réaction sociale, la faute qui explique l'incrimination »¹⁶⁹⁷. « Ou bien la société reproche au prévenu son "indifférence" à l'égard de la valeur sociale protégée par la qualification. Ou bien, elle lui reproche "l'hostilité" qu'il a manifestée à l'encontre de cette même valeur sociale »¹⁶⁹⁸. Indifférence - ce que nous appelons négligence coupable - , ou hostilité - que nous désignons faute pénale intentionnelle - , ces « deux formes de la culpabilité »¹⁶⁹⁹ classique se retrouvent bien dans notre conception de la faute pénale.

Ces critères relatifs à la faute pénale permettront de considérer comme dévoyées certaines incriminations actuelles. Toutefois, dans l'ensemble, ils ne permettront pas d'opérer une sélection stricte au sein de la pénalisation des atteintes au consentement

1697 A-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., n° 268.

1698 *Ibidem*.

1699 *Idem*, n° 269.

contractuel : beaucoup d'incriminations actuelles font en effet référence soit à une faute pénale intentionnelle, soit à une négligence lourde.

B. L'application de l'exigence d'une faute pénale

387. Contrairement à la pratique législative qui fait un usage quasi-systématique de la sanction pénale, sans réflexion sur sa spécificité, nous avons démontré que cet usage devait être encadré, et soumis à une première exigence tenant à la faute pénale. Il faut maintenant appliquer ce critère à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Les incriminations qui la composent visent-elles une faute pénale intentionnelle ou, à défaut, une négligence lourde de la part de l'auteur de l'atteinte au consentement ? Il s'agit là d'une pure question d'appréciation. Nos propositions ne peuvent alors espérer rencontrer l'unanimité, mais seulement préciser le critère de la faute pénale telle que nous l'entendons, et donner les pistes les plus précises possibles concernant les incriminations à maintenir ou à exclure. Au sein des incriminations des atteintes au consentement contractuel, nous choisirons donc les meilleures illustrations parmi celles qui répondent indiscutablement au critère de la faute (1), puis parmi celles où la présence d'une faute est bien plus discutable (2).

1. Les cas indiscutables de satisfaction du critère de la faute

388. Il est ici possible de reprendre la distinction qui avait été faite entre les incriminations réprimant la tromperie, le forçage et le refus du consentement, pour présenter rapidement - car il n'est pas question d'y revenir ici dans le détail -, les incriminations les plus représentatives de celles satisfaisant le critère de la faute pénale.

389. Les cas indiscutables parmi les incriminations de la tromperie du consentement. Les incriminations de la tromperie du consentement ne répondent pas systématiquement au critère de la faute, nous le verrons plus tard. Plusieurs d'entre elles y satisfont néanmoins de manière indiscutable. Tel est par exemple le cas de l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses. Le nom même de l'incrimination suggère, comme d'ailleurs la tromperie - les deux incriminations sont très proches -, qu'elle vise à titre principal la malhonnêteté. Tout semble le confirmer. Ainsi l'infraction est formelle : nul besoin qu'une personne ait été effectivement trompée¹⁷⁰⁰. C'est donc en tant que telle la

1700 Voy. *supra*, n° 112.

volonté de tromper le consentement d'autrui qui est prise en compte, et non ses effets. Surtout, les actes de commission et d'omission visés par le texte sont entièrement, et sans exception, construits autour d'une tromperie qui démontre à elle seule l'intention de son auteur¹⁷⁰¹. Il est d'ailleurs jugé depuis 2009 que l'infraction est intentionnelle - quoique cette intention soit largement présumée¹⁷⁰². La lecture des pratiques commerciales réputées trompeuses¹⁷⁰³ réserve le même sentiment : chacune des vingt-deux pratiques énumérées démontre à n'en pas douter l'intention de tromper le contractant. Bref, il ne fait guère de doute que l'incrimination de pratiques commerciales trompeuses réprime en toutes ses hypothèses la faute pénale intentionnelle de son auteur. Celle-ci constitue une faute de nature à légitimer le recours à la sanction pénale, ici l'auxiliaire de la réglementation des pratiques commerciales. Cette évidence de l'existence de la faute pénale se retrouve presque systématiquement parmi les incriminations du forçage du consentement.

390. Les cas indiscutables parmi les incriminations du forçage du consentement.

Les incrimination du forçage du consentement sont, bien plus que celles de la tromperie, particulièrement caractéristiques de la volonté de porter atteinte au consentement d'autrui. Par hypothèse, une personne qui force une autre à conclure un contrat démontre une intention répréhensible. Assez logiquement, toutes les incriminations du forçage du consentement répondent à ce critère de la faute.

Tel est par exemple le cas de l'abus de faiblesse du Code de la consommation¹⁷⁰⁴. L'article L. 122-8 du Code de la consommation réprime quiconque aura abusé - intentionnellement - , « de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit [...], lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ». Celui qui commet de tels actes démontre nécessairement sa volonté de forcer le consentement d'autrui. L'abus de faiblesse réprime ainsi une faute pénale, et son incrimination sera jugée légitime, sous réserve que la sanction pénale soit

1701 Voy. *supra*, n° 113 et s.

1702 Selon la Cour de cassation, « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable » (Crim., 15 décembre 2009 ; préc.), voy. *supra*, n° 116.

1703 Voy. *supra*, n° 115.

1704 La solution aurait été la même pour l'abus de faiblesse du Code pénal.

effectivement la plus efficace, et avec les réserves qui ont pu être écrites à propos du doublon que cette incrimination constitue avec celle issue du Code pénal ¹⁷⁰⁵.

Tel est également le cas des pratiques commerciales agressives. Sans qu'il soit nécessaire d'étudier le détail de l'incrimination, les pratiques telles qu'elles sont visées par le texte démontrent la volonté de leur auteur de forcer le consentement de son contractant. Il s'agit en effet des « sollicitations répétées et insistantes » et de « l'usage d'une contrainte physique ou morale ». Celui qui use de tels procédés le fait dans l'intention frauduleuse de forcer le consentement d'autrui.

D'autres exemples pourraient être cités, par exemple en matière de distribution ¹⁷⁰⁶. Ainsi toutes les incriminations du forçage du consentement paraissent constituer une faute pénale en raison de la malhonnêteté évidente de leur auteur, sans qu'il soit besoin de se demander si, à défaut, celui-ci n'a pas fait preuve d'une négligence coupable. Ces incriminations répondent donc à la première exigence de la légitimité de l'intervention du droit pénal auxiliaire. Cela ne sera pas pour autant suffisant : il faudra ensuite que soit démontré, pour ces incriminations, qu'elles permettent effectivement de sanctionner plus efficacement les violations des réglementations que les autres sanctions ¹⁷⁰⁷, et qu'elles ne constituent pas une redondance inutile ou contradictoire avec une autre incrimination.

391. Les cas indiscutables parmi les incriminations du refus du consentement. Le cas de l'incrimination de refus de contracter pour des motifs économiques ¹⁷⁰⁸ n'est guère sujet à discussion. En refusant de contracter, le professionnel nie volontairement le consentement que le consommateur avait manifesté. Le refus de contracter tend donc directement à porter atteinte au consentement contractuel, constituant une faute pénale.

Le cas du refus de contracter fondé sur des motifs discriminatoires nous semble devoir obéir *a fortiori* à la même solution. Le délit - intentionnel - , de discrimination consiste dans

1705 Voy. *supra*, n° 366.

1706 L'article L. 442-5 du Code de commerce menace d'une peine de 15 000 euros la personne qui impose « un caractère minimal au prix de revente d'un produit ». L'infraction suppose la démonstration de l'état de contrainte du revendeur (A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 357) ce qui permet de la rattacher incontestablement à la pénalisation des atteintes au consentement. Dans cette hypothèse comme dans les deux autres précédentes, la seule réalisation de l'infraction démontre, chez son auteur, sa volonté évidente de forcer le consentement d'autrui. Partant, celle-ci satisfait au critère de la faute pénale.

1707 Voy. *infra*, n° 398 et s.

1708 Sur cette incrimination, voy. *supra*, n° 170.

une « distinction opérée entre les personnes »¹⁷⁰⁹, en raison de leur situation personnelle ou catégorielle. Sa répression nécessite que la discrimination soit extériorisée par l'un des moyens visés à l'article 225-2 du Code pénal - citons, à titre de rappel, qu'est notamment visé le fait de « refuser la fourniture d'un bien ou d'un service »¹⁷¹⁰. Ces différents actes portent en eux-mêmes la volonté de l'auteur de la discrimination de refuser le consentement de certaines personnes, afin de les mettre à part du reste de la société¹⁷¹¹. Dans ces conditions, la faute pénale de l'auteur ne nous semble guère contestable.

Mais si les incriminations du consentement forcé et refusé, et plusieurs incriminations du consentement trompé, visent clairement une faute pénale telle que nous l'entendons, ce critère n'est présent dans d'autres incriminations que de manière bien plus discutable.

2. Les cas discutables de satisfaction du critère de la faute

392. Présentation. Bien que toutes les incriminations soient potentiellement concernées, la discussion autour de la présence d'une faute pénale suffisante revêt une acuité particulière en matière de contraventions¹⁷¹². Quant à leur domaine, ces cas discutables de satisfaction du critère de la faute sont essentiellement présents au sein des incriminations de la tromperie du consentement. Les cas les plus symptomatiques sont issus des réglementations des contrats de consommation - au sens large : crédits immobilier et à la consommation, vente à distance, démarchages... Ces réglementations impressionnent par le nombre, la diversité et la précision de leurs prescriptions. Il est certain qu'à l'intérieur de ces réglementations, la sanction pénale de certains comportements fautifs est justifiée. Par exemple, en matière de vente à distance, le professionnel qui ne précise pas dans son offre de contrat le montant des frais de livraison ou le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance¹⁷¹³ démontre son intention frauduleuse - ou, tout du moins, une grave négligence justifiant une sanction pénale. Il est également certain qu'à l'intérieur

1709 Article 225-1 du Code pénal.

1710 Voy. *supra*, n° 175.

1711 Rappr. C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et des affaires*, *op. cit.*, n° 234 : « L'élément prépondérant pour caractériser l'infraction résulte des motifs, des mobiles de l'auteur, autrement dit, ce qui motive la discrimination. Le comportement adopté, quel qu'il soit, doit avoir pour socle et fondement unique la discrimination, c'est-à-dire l'élimination de catégories de personnes au profit d'autres individus ».

1712 Voy. soulignant « le doute [semé] quant à la légitimité de ces infractions », par « la faiblesse de leur élément moral », E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 80. Comp. S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, *op. cit.*, p. 39 et s.

1713 Article L. 121-18 du Code de la consommation, dont la violation est prévue à l'article R. 121-1 du Code de la consommation (contravention de cinquième classe).

de ces mêmes réglementations coexistent des sanctions pénales pour des comportements qui ne correspondent pas à une faute pénale. Ainsi, en matière de crédit immobilier, le prêteur doit, en vertu de l'article L. 312-7 du Code de la consommation, et sous peine d'amende pénale ¹⁷¹⁴, formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur et aux cautions. Le prêteur qui envoie l'offre par télécopie, et non par la poste, encourt l'amende prévue ¹⁷¹⁵. Un tel comportement ne saurait de toute évidence caractériser une intention frauduleuse, ni même une grave négligence. Mais, entre ces deux extrêmes - l'un évidemment fautif, l'autre évidemment non-fautif - , où dresser la limite ?

Il faut s'en remettre aux critères de la faute pénale tels que nous les avons entendus. Nous ne pourrions illustrer notre propos qu'à l'aide d'une seule réglementation : ce sera celle du crédit à la consommation, réformée récemment, ce qui nous fournira la preuve que le législateur continue à pénaliser des comportements détachés de toute notion de faute. Nous prendrons, au sein de cette réglementation, les prescriptions les plus marquantes pour les passer au filtre de la faute pénale.

393. La publicité du crédit à la consommation. Bien que l'incrimination des pratiques commerciales trompeuses soit applicable à la publicité du contrat de crédit, le législateur a prévu spécifiquement une longue liste de mentions informatives obligatoires pour les publicités du crédit à la consommation. Elles figurent aujourd'hui à l'article L. 311-4 du Code de la consommation, leur violation faisant encourir à leur auteur une amende de 1 500 euros ¹⁷¹⁶. À côté de ces mentions impératives existent des interdictions, prévues à l'article L. 311-5 du même Code. Le prêteur qui omet une de ces obligations importantes démontre *a priori* son intention frauduleuse, car la connaissance de ces informations est directement susceptible d'affecter le consentement de l'emprunteur. Si l'omission de l'une des mentions est due à une négligence du prêteur, celui-ci n'en commettra pas moins une négligence lourde, caractéristique d'une faute pénale, car le prêteur est censé porter une attention toute particulière à la rédaction des publicités de crédit. Cette solution n'est en réalité pas indiscutable. En effet, on pourrait tout à fait estimer que certains actes réprimés n'ont pas pour effet de porter directement atteinte au consentement de l'emprunteur. Par exemple, l'omission par le prêteur de la célèbre mise en garde - « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de

1714 Article L. 312-33 du Code de la consommation (amende de 3 750 euros).

1715 CA Paris, 15 septembre 1999 ; *Juris-Data* n° 2000-024737 ; *D.* 1999, AJ p. 64 ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 71, obs. G. RAYMOND.

1716 Article L. 311-49 du Code de la consommation.

remboursement avant de vous engager»¹⁷¹⁷ - , punie d'une amende de 1 500 euros¹⁷¹⁸, a-t-elle pour conséquence directe l'altération du consentement de l'emprunteur ? Il s'agit certes d'une négligence de la part du prêteur, mais est-elle suffisamment grave pour caractériser une faute pénale ? Le prêteur devait-il vraiment porter une attention particulière à la présence de cette mention, plus encore que pour les autres ?

394. L'information pré-contractuelle de l'emprunteur. L'information pré-contractuelle de l'emprunteur est prévue de manière extrêmement précise par l'article R. 311-6 du Code de la consommation. Cette information doit comprendre des éléments qui sont effectivement de nature à altérer le consentement de l'emprunteur : ainsi du montant et de la durée du crédit, ou encore du taux annuel effectif global. Mais cette information comprend également des éléments qui, seront, la plupart du temps, relativement indifférents au consommateur. Citons, entre autres exemples, les informations sur « le droit de l'emprunteur à se voir remettre, sur demande et sans frais, un exemplaire de l'offre de contrat de crédit si, au moment de la demande, le prêteur est disposé à conclure le contrat de crédit »¹⁷¹⁹, ou sur « la mention que le prêteur doit, dans le cadre de la procédure d'octroi du crédit, consulter le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers »¹⁷²⁰. L'omission volontaire de ces informations pré-contractuelles ne peut que difficilement caractériser une intention frauduleuse, car le prêteur ne peut raisonnablement pas espérer convaincre, par ces seuls oublis, l'emprunteur à contracter. Mais il ne constitue pas plus une négligence lourde en cas d'omission involontaire. En effet, il ne s'agit pas là d'informations qui auraient dû attirer particulièrement l'attention du prêteur, justement dans la mesure où ces informations ne sont pas déterminantes du consentement. Il nous semble ainsi que les omissions de ces obligations d'information ne peuvent être regardées comme une négligence lourde, pas plus qu'une faute pénale intentionnelle. Le manquement à ces obligations ne saurait dès lors justifier une sanction pénale.

395. L'offre de contrat de crédit. À cette nouvelle étape, l'emprunteur, préalablement informé, demande au prêteur de lui faire une offre de contrat de crédit. Cette offre doit être maintenue pendant une durée minimale de quinze jours¹⁷²¹ ; elle est surtout soumise à

1717 Article L. 311-5, alinéa dernier du Code de la consommation.

1718 Article L. 311-49, alinéa 2 du Code de la consommation.

1719 Article R. 311-6, I, 19° du Code de la consommation.

1720 Article R. 311-6, I, 20° du Code de la consommation.

1721 Article L. 311-11 du Code de la consommation.

toute une série de règles impératives - vingt-deux !¹⁷²² - , prévue à l'article L. 311-18 du Code de la consommation¹⁷²³. Y figure par exemple le taux annuel effectif global, qui est un des lieux privilégiés de la tromperie du prêteur. Outre la déchéance du droit aux intérêts, le prêteur qui ne respecte pas ces règles impératives encourt une amende de 1 500 euros¹⁷²⁴. La sanction pénale est-elle ici justifiée ? Comme pour la publicité du crédit, il apparaît que l'omission des mentions obligatoires peut avoir directement pour effet d'altérer le consentement de l'emprunteur. Le prêteur qui omet volontairement de mentionner le montant ou la durée du crédit le sait, et prouve alors son intention frauduleuse. Le prêteur qui l'omet par négligence commet également une faute pénale, car il est de son devoir de s'assurer de l'information correcte de l'emprunteur.

Cela étant, la solution n'est, ici encore, pas toujours évidente. Parmi les vingt-deux obligations prévues, certaines ne tendent pas directement à la tromperie de l'emprunteur. Par exemple, l'omission des « conditions et modalités selon lesquelles l'emprunteur peut rembourser le crédit par anticipation »¹⁷²⁵, de « la procédure de la médiation »¹⁷²⁶, de « l'adresse de l'Autorité de contrôle prudentiel » et celle de « l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation »¹⁷²⁷, ne traduit pas nécessairement la volonté du prêteur de tromper le consentement de l'emprunteur. Si l'omission de ces mentions résulte d'une négligence du prêteur, il ne s'agit pas non plus, à notre sens, de négligences particulièrement lourdes : ces mentions n'étant pas déterminantes du consentement de l'emprunteur, le prêteur n'avait pas à leur porter une attention particulièrement vigilante. Il n'y a donc pas, dans ces quelques hypothèses, de faute pénale au sens où nous l'entendons, qui justifierait l'intervention du droit pénal.

1722 Avec MM. CALAIS-AULOY et TEMPLE, nous pouvons redire ici « qu'à vouloir trop informer, on risque de ne plus informer » (*Droit de la consommation, op. cit.*, n° 354) ; *adde* H. DAVO, « Formalisme bancaire et protection du consommateur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 329 et s. ; A. LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », *idem*, p. 597 et s. ; PH. SIMLER, « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie : l'exemple de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 », in *De code en code, mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 753 et s.

1723 Lequel renvoie à un décret, qui précise les informations obligatoires, voy. l'article R. 311-5 du Code de la consommation.

1724 Article L. 311-49 du Code de la consommation.

1725 Article R. 311-5, I, 6°, a) du Code de la consommation.

1726 Article R. 311-5, I, 7°, a) du Code de la consommation.

1727 Article R. 311-5, I, 7°, c) du Code de la consommation.

396. Les délais de réflexion et de rétractation. Dans le cadre du crédit à la consommation, l'emprunteur bénéficie à la fois d'un délai de réflexion de quinze jours ¹⁷²⁸, et d'une faculté de rétractation pendant quatorze jours à compter de l'acceptation de l'offre ¹⁷²⁹. Pendant les sept premiers jours, tout versement d'argent est interdit. Le prêteur qui réclame ou reçoit un paiement est passible d'une amende de 30 000 euros ¹⁷³⁰. De tels systèmes se retrouvent dans les réglementations sur les démarchages, la vente à distance, le crédit immobilier ou encore la vente immobilière ¹⁷³¹, réglementations où la sanction pénale est même bien plus présente. La réglementation du démarchage à domicile, par exemple, est plus exigeante : pour faciliter l'exercice de la faculté de rétractation, le contrat doit - sous peine de sanctions pénales ¹⁷³² -, comporter un formulaire détachable ¹⁷³³. Peut-on considérer qu'il y a, en cas d'omission, une faute légitimant le recours à la sanction pénale ? Puisqu'il s'agit de délits intentionnels, seule la question de la faute pénale intentionnelle est posée. On comprend que le prêteur qui entrave la faculté de rétractation espère compliquer son exercice, démontrant une certaine malhonnêteté. Mais celle-ci est-elle de nature à altérer directement le consentement de l'emprunteur ? Le point est délicat. Il nous semble que l'entrave à la faculté de rétractation ne tend pas directement à l'altération du consentement de l'emprunteur. Celui-ci avait manifesté librement son consentement au contrat. Il pourra ensuite se rétracter même si un paiement a eu lieu - en pratique, c'est toutefois rare ¹⁷³⁴ -, et sans avoir besoin d'un formulaire de rétractation ¹⁷³⁵. De sorte que si l'entrave à la faculté de rétractation complique le choix du consommateur, il n'y a pas en soi altération du consentement. Il semble, en conséquence, possible de soutenir que la sanction pénale n'est pas ici légitime ¹⁷³⁶.

1728 Article L. 311-11 du Code de la consommation.

1729 Article L. 311-12 du Code de la consommation.

1730 Article L. 311-35 du Code de la consommation.

1731 L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation institue en la matière un délai de rétractation de sept jours. L'article L. 271-2 du même code sanctionne d'une peine de 30 000 euros tout versement au profit du vendeur pendant ce délai (ainsi que pendant le délai de réflexion, qui n'existe désormais qu'en cas de ventes conclues par actes notariés sans avoir été précédées d'un avant-contrat, voy. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 388-2).

1732 Article L. 121-28 du Code de la consommation (emprisonnement d'un an et amende de 3 750 euros).

1733 Article L. 121-24 du Code de la consommation.

1734 « La faculté de rétractation, théoriquement ouverte, est pratiquement paralysée dans le cas où un paiement a été effectué » (J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 356).

1735 L'utilisation du formulaire de rétractation est facultative ; le consommateur peut envoyer sa rétractation par tout autre procédé faisant preuve (Civ. 1ère, 12 février 1991 ; *RTD civ.* 1991, p. 525, obs. J. MESTRE).

1736 D'autant que des sanctions civiles spécifiques comme la prorogation du délai d'une part, la déchéance du droit aux intérêts d'autre part, permettront une sanction bien plus redoutable pour l'auteur de l'atteinte au consentement.

397. Bilan. De manière générale, le critère de la faute pénale n'est finalement qu'un filtre peu contraignant. Certaines prescriptions s'y arrêtent toutefois, comme les violations de certaines mentions informatives qui ne déterminent pas le consentement des contractants et qui, partant, ne peuvent raisonnablement être assimilées ni à une faute pénale intentionnelle, ni à une négligence lourde. Cela étant, la plupart des incriminations composant actuellement la pénalisation des atteintes au consentement contractuel répriment effectivement une faute pénale. C'est notamment le cas de toutes les incriminations visant le cas d'un consentement forcé et refusé, mais également de beaucoup d'incriminations de la tromperie du consentement, au premier rang desquelles figurent les incriminations de tromperie et de pratiques commerciales trompeuses. Il n'y a rien d'étonnant à cette large satisfaction du critère de la faute pénale. Le droit pénal intervenant ici en tant qu'auxiliaire d'autres disciplines, il n'y a pas lieu de rechercher une particulière malhonnêteté des auteurs d'atteintes au consentement. Il fallait simplement s'assurer qu'une faute minimale est bien incriminée, sous peine de dévoyer la sanction pénale. Mais si l'exigence de la faute pénale est finalement assez souple, il en est autrement de l'exigence de l'efficacité, laquelle permet un réel tri au sein de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

SECTION 2. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PEINE : LE CRITÈRE DE L'EFFICACITÉ

398. L'appréciation délicate de l'efficacité de la peine. Lorsque la sanction pénale est l'auxiliaire de disciplines ou réglementations extra-pénales, le législateur l'instrumentalise dans un but utilitariste ¹⁷³⁷ : son objectif est d'assortir les réglementations concernées des sanctions les plus efficaces ¹⁷³⁸. Dans ces conditions, la logique voudrait que la sanction pénale ne soit utilisée que si, effectivement, elle est plus efficace que les autres. « Le pénal ce n'est que "*ultima ratio*" de tous les mécanismes contribuant à l'effectivité du système de normes ; le dernier moyen, quand tous les autres ont échoué, dont la société dispose pour

1737 Cette idée d'une utilité du droit pénal renvoie à la pensée de Jeremy BENTHAM, qui la considérait comme le critère essentiel justifiant criminalisations, décriminalisations, pénalisations et dépenalisations. Si le but de la répression peut être atteint à l'aide d'autres moyens que la répression pénale, le philosophe suggère alors de ne pas y recourir (J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, cité par M. VAN DE KERCHOVE, « Décriminalisation et dépenalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », in *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 663).

1738 En ce sens, C. MASCALA, « Les finalités de l'évolution législative du droit pénal des affaires », art. préc., spéc. p. 734 : « Ce réflexe pénalisant démontre que le législateur a une vision instrumentale du droit pénal des affaires dans la mesure où la sanction pénale est souvent conçue comme un outil destiné à assurer l'efficacité de législations techniques ou comme un moyen de diriger, d'encadrer des pans entiers de la vie économique ».

faire respecter ses lois »¹⁷³⁹, pour reprendre la formule d'un ancien Garde des sceaux. La doctrine universitaire est du même avis : ainsi M. BOULOC écrit-il qu' « Il est normal que le législateur appelle le droit pénal à son aide pour assurer l'observation des prescriptions posées dans un domaine quelconque, mais il ne doit le faire qu'en cas de nécessité évidente et non comme un moyen facile dispensant d'en imaginer d'autres ; le recours aux sanctions pénales est une *ultima ratio* qui doit être précédée d'essais de sanctions techniques mieux appropriées »¹⁷⁴⁰. Bref, ici plus qu'ailleurs, le droit pénal est « un droit d'exception »¹⁷⁴¹ ou subsidiaire.

Ces exigences de bon sens semblent avoir complètement échappé au législateur, qui a usé de la sanction pénale en présumant qu'elle était, en toutes circonstances, la plus efficace¹⁷⁴². Pourtant, ce préjugé d'une plus grande efficacité de la sanction pénale rencontre, confronté à la réalité, de nombreuses nuances voire contradictions. Aussi, chaque incrimination ne sera pleinement légitimée qu'une fois passé ce dernier filtre : la sanction pénale permet-elle effectivement de sanctionner plus efficacement les violations des règles prescrites que les sanctions de droit commun¹⁷⁴³ ?

Répondre à cette question impose de s'en poser deux autres. En premier lieu, puisque le droit pénal, lorsqu'il intervient en tant qu'auxiliaire, n'est que l'*ultima ratio*, il faut nécessairement démontrer l'insuffisance des sanctions autres que pénales. Cette insuffisance est la condition *sine qua non* du recours à la sanction pénale ; à chaque fois qu'une sanction civile, par exemple, sera jugée pleinement satisfaisante, le recours au droit pénal n'aura plus aucun sens ni légitimité. Mais l'insuffisance des sanctions extra-pénales n'est pas suffisante à légitimer le recours au droit pénal. Il faudra ensuite, en effet, démontrer que la sanction pénale est plus efficace que la sanction qu'elle remplace. Cela

1739 J. TOUBON, « Introduction aux enjeux de la pénalisation de la vie économique », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 1997, p. 1 et s., spéc. p. 3.

1740 B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 23ème éd., 2013, n° 31.

1741 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 72 et s.

1742 Les pouvoirs publics italiens ont, eux, élaboré de véritables critères de répartition du droit pénal et du droit administratif en fonction de leur efficacité respective (voy. la circulaire du 19 décembre 1983 portant sur les critères d'orientation pour le choix entre sanctions pénales et sanctions administratives, mentionnée *infra*, note 1843).

1743 Voy. pour une même approche liant la légitimité du droit pénal auxiliaire à son efficacité, le rapport de la Commission de révision du Code pénal.

relève d'une logique élémentaire : remplacer des sanctions inefficaces par d'autres sanctions inefficaces est parfaitement inutile...¹⁷⁴⁴

Il nous faut donc comparer les sanctions pénales avec les autres sanctions, civiles et administratives, qui protègent ou pourraient protéger le consentement des contractants. Un problème méthodologique majeur se dresse alors devant nous : comment comparer des sanctions qui ont des finalités principales apparemment si différentes ? Une telle comparaison ne risque-t-elle pas d'être vouée à l'échec ? À notre avis, il est malgré tout possible de procéder à une telle comparaison, en prenant comme point de départ l'objectif du législateur. La sanction la plus adaptée et efficace sera celle qui correspond le mieux à cet objectif : le législateur voulait-il davantage punir, ou réparer ? Ou visait-il avant tout la dissuasion ? Espère-t-il, dans un autre ordre d'idées, exprimer les valeurs qui lui paraissent particulièrement importantes ? Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, qui s'était posée cette même question, avait procédé de cette façon : « afin de juger de la nécessité du recours au droit pénal [...], mieux vaut partir des objectifs que veut atteindre le législateur et apprécier dans quelle mesure les moyens employés, en l'espèce les sanctions pénales, permettent d'atteindre ces objectifs »¹⁷⁴⁵. Il nous faut donc comparer les objectifs poursuivis par le législateur, lorsqu'il a eu recours à la sanction pénale pour renforcer des réglementations protégeant le consentement de certains contractants, avec les objectifs qui peuvent être effectivement atteints par les sanctions pénales d'une part, par les sanctions extra-pénales d'autre part. Mais quels sont les objectifs que le législateur attend des sanctions en matière d'atteintes au consentement contractuel ?

Ces objectifs sont particulièrement flous, pour la raison simple, déjà décrite, que le choix de la sanction pénale par le législateur ne correspond pas à un choix réfléchi, mais plutôt à un mauvais réflexe dont il aurait du mal à se débarrasser. L'objectif général du législateur est sans doute, selon une formule souvent utilisée en doctrine, de « s'assurer du respect de la règle »¹⁷⁴⁶ qu'il édicte, en imposant ou interdisant un comportement. Une première critique peut alors être relevée. La volonté générale d'imposer un comportement n'implique

1744 Rappr. les différents principes directeurs de législation pénale proposés par Mme DELMAS-MARTY dans plusieurs de ses travaux (voy. les références citées note 1448).

1745 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 326.

1746 Voy. par ex., utilisant cette expression, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 45 et s. : « peu importe, d'ailleurs, l'infraction, seul compte le pouvoir sanctionnateur du droit pénal utilisé pour assurer le respect de la règle ».

en rien le recours au droit pénal : toutes les sanctions ne sont-elles pas obligatoires ¹⁷⁴⁷ ? « Aucune règle juridique n'est gratuite, toutes sont faites pour être respectées ; toutes sont sanctionnées », écrivait très justement C. LOMBOIS ¹⁷⁴⁸. Sans doute peut-on y voir un signe du mépris du législateur pour les autres sanctions, ou bien de son aveuglement devant l'efficacité supposée de l'arme pénale. Au-delà de cette première critique, il est possible de préciser l'objectif du législateur. Sans doute peut-on considérer que s'assurer du respect de la règle renvoie avant tout à la prévention des atteintes au consentement contractuel (§ 1), par la dissuasion de leurs auteurs. Il faudra donc se demander si les sanctions pénales sont plus dissuasives que les autres sanctions ; le cas échéant, elles seront pleinement légitimes. Mais la prévention n'est pas le seul objectif du législateur, y compris en matière d'atteintes au consentement contractuel. La sanction pénale dispose d'un aspect symbolique fort, et il est certain que le législateur a voulu affirmer, avec elle, l'importance qu'il attachait à certaines règles : c'est la fonction expressive de la sanction (§ 2) qui est *a priori* l'apanage de la sanction pénale. Nous ne développerons ces deux points qu'après avoir évacué deux fonctions de la sanction : l'une, tenant à la réadaptation de la personne, n'étant manifestement pas recherchée par le législateur en matière d'atteintes au consentement contractuel ¹⁷⁴⁹ ; l'autre, tenant à l'effet rétributif de la sanction, est fondamentale, mais insaisissable (§ préliminaire).

§ PRÉLIMINAIRE. UNE FONCTION DISCUTÉE : LA RÉTRIBUTION

399. Problématique. La prévention des comportements portant atteinte au consentement contractuel et l'affirmation symbolique de certaines valeurs ne sont pas toujours les objectifs uniques du législateur. Celui-ci attend nécessairement de sa sanction certains effets, une fois qu'elle sera mise en œuvre à la suite de la violation des prescriptions concernées. Mais qu'attend alors le législateur ? Souhaite-t-il punir l'auteur de l'atteinte, ou simplement remettre les parties dans l'état où elle se trouvaient avant ? Malgré l'aspect rétributif de certaines sanctions civiles et, surtout, administratives, la sanction pénale demeure sur ce point inégalée ¹⁷⁵⁰. En conséquence, si la rétribution est recherchée par le

1747 En ce sens, C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 329 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, th. préc., n° 24 et 380, où l'auteur constate que des règles peuvent appartenir à l'ordre public de direction, et donc intéresser l'ensemble de la société, sans pour autant être nécessairement sanctionnées par le droit pénal.

1748 C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 7.

1749 En ce sens, R. HAÏK, *Droit pénal des contrats*, th. préc., n° 187.

1750 Comp. toutefois ce qui pourra être déduit de la proximité des sanctions administratives et pénales (voy. *infra*, n° 444 et s.).

législateur, il faudra recourir aux sanctions pénales. Peu importe alors qu'elles soient moins dissuasives que les autres sanctions.

400. L'impossible identification de la fonction de rétribution. La question qui se pose nécessairement est alors de savoir quand le législateur voulait punir l'auteur de l'atteinte au consentement contractuel, en plus des autres objectifs assignés à la sanction pénale ? Malheureusement, la réponse est impossible. Les fonctions que le législateur attribue aux sanctions pénales sont connues de lui seul - et encore, cela n'est pas certain... Il nous est impossible de savoir, parmi par exemple la réglementation de la vente à distance, à quel moment le législateur voulait non pas simplement prévenir les atteintes au consentement contractuel, mais en outre punir leurs auteurs. La consultation des débats parlementaires n'est pas, sur ce point, d'une grande aide, la réflexion sur le rôle du droit pénal est absente ; les propos, très généraux, se contentent de mettre en avant une prétendue efficacité - mais que faut-il entendre par là ? -, de la sanction pénale. Et il nous est impossible de décider à sa place. Toutes les incriminations qui nous restent à étudier visent une faute pénale, toutes les sanctions pénales qui leur sont attachées sont donc susceptibles d'avoir pour fonction la rétribution des auteurs d'atteintes au consentement.

401. Conséquence de l'impossible identification de la fonction de rétribution. Cela affectera directement tout ce qui sera dit plus bas, notamment à propos de l'efficacité des sanctions pénales en matière de dissuasion. En présence d'une sanction pénale moins dissuasive que d'autres sanctions, nous concluons logiquement à son inopportunité. Mais cette conclusion vaudra sous réserve que l'objectif du législateur ne soit pas de punir l'auteur d'une atteinte. Si tel est le cas, alors on ne pourra se passer de la sanction pénale. Peu importe alors que la sanction pénale soit moins dissuasive. Cela étant, et même s'il nous est impossible de préciser les incriminations concernées, il est certain que le législateur a assez rarement en tête la punition des fautifs. Le droit pénal agissant en tant qu'auxiliaire de réglementations extérieures, il s'agit bien plus de s'assurer du respect et de l'effectivité de la règle, c'est-à-dire de prévenir les atteintes au consentement. Dans ces conditions, il reste parfaitement pertinent et intéressant de juger de l'efficacité des sanctions pénales en matière de prévention. Celles qui seront moins dissuasives que les autres sanctions - et qui n'ont manifestement pas pour objectif la rétribution -, devront alors être exclues du droit pénal.

§ 1. UNE FONCTION ESSENTIELLE : LA PRÉVENTION

402. Le rôle primordial de la prévention dans la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Lorsque le législateur utilise la sanction pénale pour venir renforcer des réglementations protégeant le consentement de certains contractants, il est évident que, très souvent, son objectif principal est la prévention¹⁷⁵¹. Il pourrait même s'agir de son objectif unique, à lire Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES : « le droit pénal est utilisé en raison de son seul pouvoir sanctionnateur, dans l'unique but de dissuader l'auteur »¹⁷⁵². Cela étant, là encore, cet objectif de dissuasion ne peut à lui seul légitimer l'intervention du droit pénal auxiliaire : toutes les sanctions, pénales ou extra-pénales, ont un objectif de dissuasion¹⁷⁵³. La véritable question est donc plutôt de savoir quelle est la sanction la plus dissuasive. Ce qui impose d'identifier les conditions dans lesquelles une sanction pourra être jugée dissuasive.

403. Les conditions de la prévention. « [L]a sanction produit son effet intimidant quand elle conduit un individu à renoncer à son projet criminel en se disant que ses risques dépassent son espérance de gain »¹⁷⁵⁴. Le fait que la dissuasion opère serait, selon la doctrine, la résultante de trois facteurs. Il faut en premier lieu - c'est une évidence - , que la règle soit connue, ainsi que la sanction qui s'y attache en cas de violation. Il faut ensuite que la sanction soit proportionnée au gain espéré de l'acte litigieux. Il faut enfin que le délinquant soit à peu près certain de subir cette sanction, s'il enfreint les règles¹⁷⁵⁵. C'est au prisme de ces trois facteurs que nous allons pouvoir comparer les fonctions de prévention telles qu'assurées par les sanctions pénales d'une part, les sanctions extra-pénales d'autre part.

1751 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 18 ; R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., n° 123 : « De là le caractère exceptionnellement contraignant de l'ordre public économique de droit pénal. Le but immédiat de la réglementation économique est la recherche de l'efficacité. C'est pourquoi le législateur met davantage l'accent sur les fonctions d'intimidation et d'exemplarité de la peine que sur la fonction d'amendement » (souligné par l'auteur).

1752 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 327.

1753 J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s.

1754 M. CUSSON, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, *Mélanges offerts à Jean Pradel*, *op. cit.*, p. 741 et s., spéc. p. 741 (souligné par l'auteur).

1755 Voy. déjà, C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, 2006 [1766], chapitre XX : « Pour qu'une peine produise son effet, il suffit que le mal qu'elle cause surpasse le bien qui revient du crime, en faisant entrer dans le calcul de l'excès du mal sur le bien, la certitude de la punition et la perte des avantages que le crime produit » ; et, plus loin, « le meilleur frein du crime n'est pas la sévérité de la peine, mais la certitude d'être puni ».

404. Nuances à l'aspect préventif de la sanction pénale : les méfaits de l'inflation pénale. En raison de sa sévérité, réelle ou supposée, la sanction pénale est *a priori* plus dissuasive que les autres. Elle menace les auteurs d'atteintes au consentement de peines souvent lourdes et contraignantes, et autorise en parallèle l'action civile des victimes qui permettra la réparation de leurs préjudices. Toutefois, cette assertion nous semble devoir être fortement nuancée.

« L'effet de la peine repose sur son caractère exceptionnel », affirme M. KILLIAS¹⁷⁵⁶. Or, en raison de la surpénalisation actuelle, « L'effet produit n'est pas celui qu'on attend ordinairement du droit pénal, c'est-à-dire la dissuasion des éventuels délinquants, mais au contraire, chez les justiciables, l'indifférence et le mépris à l'égard de la loi : coupables pour coupables, les personnes que visent de tels textes ne se soucient plus de la menace pénale et, quand elles comparaissent devant les juridictions répressives, elles ont beau jeu de souligner les incohérences de la loi pénale »¹⁷⁵⁷. Il suffit, pour s'en assurer, de saisir les méfaits de l'inflation pénale. Pour être dissuasive, une sanction doit, rappelons-le, être connue de la personne visée. Or, placés sous « une pluie de lois nouvelles s'abattant en cascade »¹⁷⁵⁸, les auteurs potentiels d'atteintes au consentement ignorent souvent les règles exactes qui les régissent. Ignorée, la sanction n'a aucune chance d'être dissuasive. Mais une fois connue, encore faut-il que les individus aient la certitude d'être punis s'ils venaient à commettre le comportement prohibé. Cette certitude de la peine a été présentée, bien plus que le montant et le contenu de la sanction, comme le véritable critère de la dissuasion¹⁷⁵⁹. Or, en matière d'atteintes au consentement contractuel, l'infraction est souvent cachée, d'autres fois minime, de sorte que le délinquant sait qu'il a peu de risque d'être poursuivi.

Ainsi l'effet dissuasif de la sanction pénale ne peut être considéré comme une vérité absolue et incontestable. Il faut confronter cet effet dissuasif avec celui que présentent les autres sanctions. Il en ressort que si la sanction pénale est *a priori* plus dissuasive que la sanction civile (A), sanctions pénales et administratives revêtent en revanche un aspect dissuasif sensiblement égal (B).

1756 M. KILLIAS, « Dévalorisation de la peine par l'inflation des lois pénales », in J. GAUTHIER (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, *op. cit.*, p. 193 et s., spéc. p. 194.

1757 J.-H. ROBERT, « La dépenalisation », art. préc., spéc. p. 192. Rappr., plus général, la célèbre formule de Mme LAZERGES : « qui dit inflation [...] dit dévalorisation : quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite » (CH. LAZERGES, « La fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* 2004, p. 194 et s., spéc. p. 194).

1758 *Ibidem*.

1759 C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, *op. cit.* ; et, plus récemment, M. CUSSON, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », art. préc.

A. Prédominance de l'aspect préventif de la sanction pénale sur la sanction civile

405. La prédominance de l'aspect préventif de la sanction pénale sur la sanction civile résulte de l'effet dissuasif globalement satisfaisant de la sanction pénale - malgré l'inflation pénale - , alors que les sanctions civiles classiques souffrent d'un manque de dissuasion certain (1). Cette affirmation doit toutefois être nuancée par l'apparition de sanctions civiles plus spécifiques possédant un réel effet dissuasif (2). Seules seront ici étudiées les sanctions civiles de la formation du contrat. En effet, l'incrimination principale intervenant au stade de l'exécution du contrat, à savoir l'abus de confiance, nous paraît ressortir d'un droit pénal autonome qu'il paraît inenvisageable de supprimer ¹⁷⁶⁰ : il n'est donc pas utile de comparer l'efficacité de sa sanction avec celles de la voie civile.

1. Le faible effet dissuasif des sanctions civiles classiques

406. Les sanctions civiles classiques de la formation du contrat sont la responsabilité civile (a) et la nullité (b). Pour différentes raisons, chacune de ces deux sanctions souffre d'un déficit certain de dissuasion.

a. La dissuasion limitée de la responsabilité civile

407. La connaissance du risque de la responsabilité civile. Il nous faut ici reprendre les trois facteurs de la dissuasion, tels qu'ils ont été rappelés. En ce qui concerne le premier facteur - la connaissance de la règle et de sa sanction - , la responsabilité civile délictuelle semble effectivement caractériser une connaissance suffisante du risque. Chacun sait que, de manière générale, s'il cause un dommage à autrui, il devra le réparer. Ce que la personne ignore, c'est le montant des dommages-intérêts qu'elle devra verser, ce qui suscitera au mieux crainte, au pire indifférence.

408. Le risque de la responsabilité civile insuffisamment proportionné aux gains espérés. La victime d'une atteinte au consentement peut, quel que soit le vice, agir en responsabilité contre son auteur, dont la faute sera alors sanctionnée par des dommages-intérêts ¹⁷⁶¹. Du point de vue de la victime, la sanction est intéressante, puisqu'elle répare

¹⁷⁶⁰ Voy. *supra*, n° 91, 329 et 344.

¹⁷⁶¹ Voy., pour les vices du consentement, F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 227 (pour l'erreur), 240 (pour le dol) et 250 (pour la violence).

son préjudice en l'indemnisant, tout en pouvant maintenir le contrat ¹⁷⁶². Du point de vue de l'auteur de l'atteinte en revanche, la responsabilité civile délictuelle est trop peu dissuasive. La fonction de la responsabilité civile délictuelle est de réparer intégralement le préjudice subi par la victime. La conséquence est que cette sanction ne saurait en aucun cas représenter d'enrichissement à son profit. Or, selon B. STARCK, « se borner [...] à effacer, quant à la victime, les conséquences de l'action préjudiciable suffit, certes, à satisfaire la fonction de garantie, mais la mission préventive du droit [n'est] pas remplie » ¹⁷⁶³. L'auteur d'une atteinte au consentement contractuel sait qu'il ne risque de perdre que ce qu'il a indûment perçu, ce qui tournera particulièrement à son avantage en cas de multiplicité de victimes, dont beaucoup ne se plaindront sans doute jamais. Ces considérations doivent, certes, être nuancées lorsqu'il y a lieu de réparer un préjudice moral ou corporel de la victime. La réparation peut alors dépasser largement le montant du dommage matériel, et atteindre des sommes impressionnantes - donc dissuasives. Mais les cas de dommages moraux ou corporels sont, en matière d'atteintes au consentement contractuel, des hypothèses assez rares. En outre, le mécanisme de l'assurance a beaucoup diminué la fonction dissuasive de la responsabilité civile délictuelle. Si le fautif est assuré - ce qui est parfois obligatoire - , l'assurance pourra prendre en charge la réparation du préjudice subi par les victimes. La seule répercussion pour l'assuré étant la hausse du montant des primes, ce qui, convenons-en, est bien peu dissuasif ¹⁷⁶⁴.

409. L'incertitude du prononcé de la responsabilité civile. De plus, le peu d'effectivité de la responsabilité civile rend son application incertaine. Or, la certitude de la sanction est l'une des conditions nécessaires à toute dissuasion. Là aussi, cette assertion se vérifie principalement en présence de nombreuses victimes, comme c'est souvent le cas en matière d'atteintes au consentement contractuel. L'auteur d'une atteinte au consentement sait que, parmi la multitude de victimes, peu iront se plaindre en justice ¹⁷⁶⁵. La certitude insuffisante de subir les effets de la responsabilité civile contribue donc à la faiblesse générale de son aspect dissuasif. Un tel constat se retrouve en matière de nullité.

1762 L'annulation n'est en effet pas obligatoire et le juge pourra prononcer alternativement, ou cumulativement, les deux sanctions.

1763 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 1947, p. 417.

1764 Sur les conséquences de l'assurance sur la responsabilité civile, voy. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995, n° 7.

1765 Comp. sur ce point les avantages qu'apporterait l'action de groupe (*infra*, n° 516).

b. La dissuasion limitée de la nullité

410. La connaissance du risque de la nullité. La nullité du contrat est une sanction civile qui, comme la responsabilité civile délictuelle, est susceptible de concerner presque toutes les atteintes au consentement contractuel. Est-elle davantage dissuasive que la responsabilité civile délictuelle ? Non, serait-on simplement tenté de répondre, tant l'inefficacité de la nullité à ce niveau paraît évidente. Non, car parmi les conditions nécessaires à la dissuasion, la nullité n'en satisfait réellement qu'une, à savoir la connaissance de la sanction par l'auteur. Nul besoin d'être un fin juriste pour savoir, ou tout du moins deviner qu'un acte non valable risque d'être annulé. En revanche, la nullité n'est pas justement proportionnée au gain espéré, et est en pratique peu appliquée.

411. Le risque de la nullité insuffisamment proportionné aux gains espérés. Pour que la nullité soit proportionnée à l'atteinte au consentement contractuel, il faudrait que la perte qui en résulte pour l'auteur de l'atteinte soit supérieure au bénéfice qu'il en a retiré. Dans le cas contraire, il aurait davantage intérêt à violer la loi qu'à la respecter, et la nullité ne serait alors absolument pas dissuasive. Or, la conséquence directe de la nullité étant de remettre les parties - dont l'auteur de l'atteinte au consentement - dans leur situation antérieure, ni plus, ni moins, il y a équilibre entre perte et gain. Aucune dissuasion n'est alors possible puisque l'auteur d'une atteinte au consentement sait que s'il est sanctionné, il devra seulement rendre ce qu'il a injustement reçu - à moins que la nullité se cumule avec la responsabilité civile¹⁷⁶⁶. C'est encore plus vrai en cas d'atteinte au consentement à grande échelle, créant une multiplicité de victimes, comme dans les contrats d'adhésion, où le fautif sait que le risque de l'annulation de certains contrats est largement inférieur au bénéfice qu'il retirera finalement. Cette remarque peut, il est vrai, être nuancée par l'application possible des adages *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, qui permettront à la victime, si elle obtient la nullité, de ne pas avoir à restituer à son cocontractant ce qu'elle a reçu¹⁷⁶⁷. La sanction est alors bien plus

¹⁷⁶⁶ Mais encore faut-il qu'elle soit enclenchée, et retenue, ce qui suppose notamment un préjudice distinct de celui réparé par la nullité. Seul ce cumul avec la responsabilité civile permet d'inverser la proportion dans un sens défavorable au cocontractant fautif. Tenant compte de cet état de fait, certains droits spéciaux vont ponctuellement rajouter une sorte de peine privée à la nullité, comme le droit des assurances qui prévoit qu'en cas de fausse déclaration de l'assuré, l'assureur ne restitue pas les primes payées, en plus de ne pas avoir à indemniser la personne, ce qui est particulièrement dissuasif (article L. 113-8 du Code des assurances).

¹⁷⁶⁷ À propos de ces adages, voy. *supra*, n° 302.

sévère, mais l'effet dissuasif demeure faible, les conditions de ces adages étant à la fois restrictives¹⁷⁶⁸ et mal définies par la jurisprudence.

412. L'incertitude du prononcé de la nullité. Même si la nullité était proportionnée, il faudrait également, pour être dissuasive, qu'elle soit effective, de sorte que la personne tentée d'attenter au consentement d'autrui sache que, de manière certaine, elle sera sanctionnée. Ce qui est vrai de toutes les sanctions l'est encore plus en matière d'atteintes au consentement, et le peu d'effectivité des sanctions concerne *a fortiori* les sanctions civiles, moins efficaces, moins faciles à mettre en œuvre que les sanctions pénales. En outre, la victime d'une atteinte au consentement contractuel peut ne pas avoir intérêt à la nullité, lorsque cette sanction privera la partie faible d'un bien ou d'un service utile¹⁷⁶⁹.

Le bilan de l'aspect dissuasif des sanctions civiles classiques est donc bien faible. Mais il faut immédiatement préciser qu'à côté des sanctions civiles classiques existent des sanctions spécifiques, dont l'aspect dissuasif certain permet de nuancer la prédominance de l'aspect dissuasif de la sanction pénale sur la sanction civile.

2. L'effet dissuasif satisfaisant des sanctions civiles spécifiques

413. L'aspect dissuasif certain des nouvelles sanctions civiles spécifiques. Malgré la faible dissuasion que représentent la responsabilité civile délictuelle et la nullité, il serait inexact d'affirmer péremptoirement que la sanction pénale est plus dissuasive que la sanction civile. Le droit civil, qui fait depuis toujours de la protection du consentement contractuel l'un de ses objectifs, présente ponctuellement des sanctions particulières redoutables, parfois plus dissuasives que les sanctions pénales. L'idée générale de ces sanctions est de tenir compte des principaux inconvénients des sanctions civiles classiques, pour les adapter et améliorer à la fois leurs aspects restitutif et dissuasif. Le principal inconvénient de la nullité réside dans l'anéantissement du contrat qu'elle provoque, alors que ce contrat peut pourtant rester utile, voire nécessaire, à la victime de l'atteinte au consentement. Partant de ce constat, le législateur s'est attaché à développer des sanctions permettant le maintien du contrat. Une première idée, assez naturelle, a été de limiter l'annulation aux seules dispositions préjudiciables. Puis, de manière plus ingénieuse, le

1768 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 377.

1769 Sur ce point, voy. not. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992, n° 637 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. préc., n° 477 et s. ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000, n° 1211.

législateur a réussi à éviter totalement l'annulation du contrat, au bénéfice de sanctions bien plus efficaces, en matière de crédit et de contrat de travail. Si elles ne parviennent pas à inverser le constat globalement négatif de l'aspect dissuasif des sanctions de droit commun, elles en représentent une amélioration indéniable.

414. La nullité partielle. La nullité partielle « consiste à supprimer la partie de l'acte affectée d'un vice »¹⁷⁷⁰, par hypothèse excessive. Le contrat dans son ensemble est alors épargné, l'objectif étant de maintenir le lien contractuel qui existe entre les parties¹⁷⁷¹. La mesure de la nullité doit être déterminée de la façon la plus conforme aux intérêts que la règle transgressée est destinée à sauvegarder¹⁷⁷². La nullité partielle est particulièrement satisfaisante lorsqu'elle est cumulée avec la responsabilité civile, et aboutira à une réduction de prix¹⁷⁷³, voire à une modification du contrat lorsque la réparation est en nature¹⁷⁷⁴. Elle apparaît alors comme une forme correcte de réparation, réduisant l'excès tout en maintenant le contrat¹⁷⁷⁵. Surtout, et c'est ce qui nous intéresse ici, la nullité partielle jouera un réel rôle de dissuasion, car le contrat partiellement annulé tournera nécessairement au désavantage de l'auteur de l'atteinte au consentement.

Cette efficacité a justifié son application en matière de prévention des atteintes au consentement. Le législateur a en effet prévu la nullité partielle dans plusieurs hypothèses. Par exemple, dans le contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture du plan¹⁷⁷⁶ ou en droit des assurances¹⁷⁷⁷, l'exigence ponctuelle d'une mention manuscrite spéciale pour rappeler une clause du contrat est sanctionnée, en cas d'inobservation, par la nullité de la clause litigieuse. Dans un esprit proche, la réglementation des clauses abusives

1770 PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CI, 1969, n° 174. La nullité partielle doit alors être distinguée de la clause réputée non écrite, voy. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica, coll. Recherches Juridiques, vol. 13, 2006.

1771 M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1996.

1772 M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. préc., n° 898 et s.

1773 Sur cette articulation, voy. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. préc., n° 513.

1774 Voy. not. Com., 21 novembre 1989 ; *Bull. civ.* IV, n° 295 (remplacement par un système d'alarme conforme aux prescriptions des assurances) ; Com., 25 mai 1993 ; *Bull. civ.* IV, n° 211 (remise d'un carrelage plus adéquat).

1775 La nullité partielle connaît en réalité plusieurs acceptions. À la conception classique de gommage de la clause, s'ajoutent celles d'une nullité-réduction et d'une nullité-substitution (sur lesquelles, voy. Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », art. préc., n° 6 et s.).

1776 Article L. 231-2, d) du Code de la construction et de l'habitation.

1777 Article A. 113-1 du Code des assurances.

prévoit la sanction du réputé non écrit, laquelle s'apparente largement à la nullité partielle¹⁷⁷⁸. En outre, lorsque aucune autre sanction n'est prévue en cas d'inobservation du dispositif de prévention, il est revenu au juge d'élaborer lui-même la sanction. Or, il est remarquable de constater que c'est la nullité partielle qui a alors parfois eu ses faveurs. Par exemple, en cas d'absence du taux d'intérêt précisé dans le contrat de prêt, seule la convention d'intérêt est nulle mais non l'accord sur l'existence d'un prêt¹⁷⁷⁹. De même, l'obligation de rédiger les contrats en langue française¹⁷⁸⁰, pour laquelle aucune sanction n'est prévue, entraîne l'inopposabilité de la clause, dont les effets sont proches de la nullité partielle¹⁷⁸¹, et non l'annulation du contrat dans son ensemble¹⁷⁸².

La nullité partielle n'est cependant pas toujours suffisamment contraignante ni dissuasive. « Tout désavantage, tout déséquilibre ne se manifeste pas nécessairement par une disposition à supprimer. Or là est la seule fonction de la nullité partielle », résume Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES¹⁷⁸³. Elle est alors utilement complétée par d'autres sanctions qui, elles aussi, permettent le maintien du contrat.

415. La requalification du contrat. Autre sanction civile, elle aussi dissuasive, la requalification du contrat mérite d'être citée. Une première occurrence peut être tirée du droit de la consommation, depuis la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection des consommateurs, instituant l'article L. 136-1 du Code de la consommation¹⁷⁸⁴. Cet article prévoit en effet qu'en cas de contrat à durée déterminée tacitement reconductible, la reconduction du lien contractuel est subordonnée à l'exécution d'une obligation d'information par écrit¹⁷⁸⁵ imposée au professionnel prestataire de

1778 Voy. *infra*, n° 499.

1779 Civ. 1ère, 24 juin 1981 (3 arrêts) ; *Bull. civ.* I, n° 233, 234 et 235 ; *JCP G* 1982, II, 19713 ; *D.* 1982, p. 397, note M. BOIZARD.

1780 Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française. La conformité de cette loi aux exigences européennes est cependant posée depuis longtemps (voy. not. H. CLARET, « La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ? », *Contrats concurrence consommation* 2001, chron. n° 5).

1781 Civ. 1ère, 24 novembre 1993 ; *Bull. civ.* I, n° 346 ; *D.* 1994, somm. p. 144.

1782 Soc., 19 mars 1986 ; *D.* 1987, jur. p. 359, note G. LÉGIER ; *RTD civ.* 1988, p. 330, note J. MESTRE.

1783 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 103.

1784 PH. STOFFEL-MUNCK, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation dans la loi Chatel », *JCP G* 2005, I, 129.

1785 Les modalités exactes ne sont pas précisées, posant de graves problèmes d'interprétation : voy. S. PRIEUR, « La tacite reconduction dans les contrats de fourniture de programmes télévisuels payants : plaidoyer pour une application stricte de la loi », *Contrats concurrence consommation* 2013, étude n° 11.

service ¹⁷⁸⁶, dont le non-respect emporte requalification du contrat à durée indéterminée, permettant au consommateur ou au professionnel ¹⁷⁸⁷ de le résilier unilatéralement et à tout moment ¹⁷⁸⁸.

La meilleure illustration de la requalification est toutefois issue du droit du travail. L'explication est simple : si l'annulation du contrat est parfois préjudiciable à la victime d'une atteinte au consentement, en matière de contrat de travail, elle peut être particulièrement choquante, puisqu'elle signifie la perte de son emploi. Cette évidence a conduit le législateur et le juge à sanctionner différemment la violation du formalisme protecteur, par la requalification du contrat de travail irrégulier en contrat de travail à durée indéterminée. Selon l'article L. 1245-1 du Code du travail, « est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions » qui instaurent ce formalisme protecteur ¹⁷⁸⁹ - destiné principalement à la protection du salarié. Le principe, assez simple, n'en est pas moins efficace. Le salarié sera toujours satisfait par la requalification en contrat en durée indéterminée, puisqu'il conservera son emploi, et dans de meilleures conditions que celles initialement prévues. L'employeur, lui, s'engagera certainement plus qu'il ne le souhaitait. Cette efficacité n'a pas échappé au juge, qui, bien que la loi ne prévoie la requalification qu'à l'égard des contrats à durée déterminée, l'a appliquée aux autres contrats de travail, pour lesquels aucune sanction n'est prévue ¹⁷⁹⁰. La sanction de la violation du formalisme en matière de contrat de travail à temps partiel est ainsi « de faire présumer que le contrat a été conclu pour un horaire normal » ¹⁷⁹¹, et, en matière de contrat d'apprentissage, la sanction est de « considérer l'apprenti comme un jeune travailleur » ¹⁷⁹², ce qui revient dans les deux cas à appliquer le régime du contrat à

1786 Selon la lettre de l'article - ce qui exonère *a priori* le vendeur de cette règle.

1787 La loi du 3 janvier 2008 a étendu l'application du texte aux non-professionnels (article L. 136-1, alinéa 4 *in fine* du Code de la consommation).

1788 La faculté de résiliation prend alors effet au jour où le consommateur l'exerce (Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013 ; *Bull. civ.* I, n° 76 ; *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 5115, note E. POULIQUEN ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 196, note G. RAYMOND ; *RDC* 2013, p. 963, obs. N. SAUPHANOR-BROUILAUD).

1789 Plusieurs dispositions sont visées. Citons l'article L. 1242-12 du Code du travail, qui impose d'abord que « le contrat de travail à durée déterminée [soit] établi par écrit et comporte la définition précise de son motif », puis vient préciser la liste des mentions obligatoires. « A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée », indique l'alinéa 1^{er}, rappelant la sanction édictée à l'article L. 1245-1 du Code du travail.

1790 Les différents contrats envisagés doivent tous être passés par écrit et comporter un certain nombre de mentions, mais aucune sanction n'est assortie à ces obligations : voy. les articles L. 3123-14 (pour le contrat de travail à temps partiel), L. 1251-16 (pour le contrat de travail temporaire), et L. 6222-4 (pour le contrat d'apprentissage) du Code du travail.

1791 Soc., 14 mai 1987 ; *Droit social* 1988, p. 444, obs. J. SAVATIER.

1792 Soc., 1^{er} avril 1992 ; *Bull. civ.* V, n° 220 ; *D.* 1993, somm. p. 256, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.

durée indéterminée¹⁷⁹³. Cette sanction est donc à la fois réparatrice et dissuasive. Il faut cependant convenir qu'elle est fortement limitée par son ineffectivité latente. En pratique en effet, la dépendance du salarié à l'égard de son employeur fait que la requalification du contrat de travail n'est presque jamais demandée pendant son exécution. Cette demande lui est peu utile, puisqu'il a un emploi, voire dangereuse, et la crainte de rapports houleux à la suite d'une requalification dissuade certainement les salariés d'une telle action. Or, la requalification suppose que le salarié en fasse expressément la demande¹⁷⁹⁴. La requalification ne sera efficace qu'une fois le lien de travail supprimé, permettant au salarié d'obtenir une réparation pour le travail effectué, sous forme de rappels de salaires ou d'indemnités. En tous les cas, cette sanction de requalification est limitée par son champ d'application.

416. La déchéance du droit aux intérêts. Parmi les sanctions spécifiques élaborées par le législateur à côté de la nullité et de la responsabilité civile délictuelle, figure également la déchéance d'un droit¹⁷⁹⁵ et, plus précisément la déchéance du droit aux intérêts¹⁷⁹⁶. Les conséquences dramatiques des atteintes au consentement en matière de crédit ont justifié que les lois sur le crédit à la consommation¹⁷⁹⁷ et immobilier¹⁷⁹⁸, qui prévoient un régime particulier de protection des emprunteurs, sanctionnent sa violation¹⁷⁹⁹ par la déchéance du prêteur de son droit aux intérêts¹⁸⁰⁰. L'emprunteur ne devra plus rembourser que le

1793 La solution est identique dans ce contrat particulier qu'est le contrat de travail temporaire, voy. C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 143.

1794 Voy. par ex., Soc., 20 février 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 11-12262 ; *JCP S* 2013, 1193, note F. BOUSEZ ; *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 5107, chron. C. BLÉRY : si, en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, la qualification d'un contrat de travail dont la nature juridique est indéterminée relève de l'office du juge, celui-ci ne peut toutefois, en application de l'article L. 1245-1 du Code du travail, requalifier d'office un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, les articles L. 1245-1 et suivants du Code du travail ayant été édictés dans un souci de protection du salarié.

1795 Voy. par ex., en matière d'obligations à terme, l'article 1188 du Code civil.

1796 Sur cette sanction, voy. not. B. BOULOC, « La perte du droit aux intérêts », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 81 et s.

1797 Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (actuels articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation).

1798 Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à la protection et à l'information des emprunteurs dans le domaine immobilier (actuels articles L. 312-2 et suivants du Code de la consommation).

1799 La déchéance du droit aux intérêts se distingue en cela de la nullité, ne sanctionnant pas une condition de formation du contrat (Civ. 1ère, 24 avril 2013 ; *Bull. civ.* I, n° 88 ; *Gaz. Pal.* 5 juillet 2013, p. 12, chron. M. ROUSSILLE, et 10 juillet 2013, p. 18, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 2013, 739, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE).

1800 Voy. par ex., Civ. 1ère, 19 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-15764 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 145, note G. RAYMOND : le prêteur qui émet une offre préalable assortie d'une proposition d'assurance, sans remettre à l'emprunteur une notice qui comporte les extraits des conditions générales de l'assurance, encourt la déchéance du droit aux intérêts.

capital, selon l'échéancier prévu, sans les intérêts, ceux déjà perçus devant lui être restitués par le prêteur¹⁸⁰¹. Précisons toutefois que, préférant appliquer l'article 1153 du Code civil sur l'article L. 311-48 du Code de la consommation, la Cour de cassation restreint de manière critiquable la déchéance aux intérêts conventionnels et légaux jusqu'à la date de mise en demeure, pas sur les intérêts légaux calculés postérieurement¹⁸⁰².

Il reste que l'emprunteur sera presque nécessairement satisfait, puisqu'il conservera le crédit, par hypothèse utile¹⁸⁰³, sans avoir à payer les intérêts, dont le montant ou les modalités de remboursement sont les seules sources de désaccord possible. L'emprunteur bénéficie pour cela du délai de prescription quinquennal de l'article L. 110-4 du Code de commerce¹⁸⁰⁴. Le prêteur sera, lui, privé du seul intérêt qu'il avait au contrat, ne disposant pas en outre de la somme avant la fin du crédit, ni donc de la possibilité de la faire fructifier. Il y perd ainsi parfois bien plus que le montant des amendes pénales qui pourraient par ailleurs être prévues. La déchéance du droit aux intérêts est d'autant plus redoutable qu'elle est presque systématique. En effet, si l'article L. 312-33, alinéa 4 du Code de la consommation prévoit qu'en matière de crédit immobilier, la déchéance est facultative pour le juge¹⁸⁰⁵, il n'en est pas de même en matière de crédit à la consommation, où son prononcé est de plein droit¹⁸⁰⁶. La loi du 1^{er} juillet 2010 a confirmé cette solution, reconnaissant toutefois au juge un pouvoir de modération de la sanction en certains

1801 Cette sanction prononcée, l'emprunteur ne sera plus tenu « qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux légal à compter du jour de leur versement, seront restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû » (article L. 311-48, alinéa 3 du Code de la consommation).

1802 Pour une présentation très critique, voy. G. POISSONNIER, « Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2013, étude n° 10.

1803 Il peut dès lors paraître curieux que la Cour de cassation cumule déchéance du droit aux intérêts et nullité (Civ. 1^{ère}, 20 juillet 1994 ; *Bull. civ.* I, n° 262 ; *D.* 1995, somm. p. 314, obs. J.-P. PIZZIO ; *Deffrénois* 1995, 36024, spéc. p. 350, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. MESTRE) alors que la première semble suffisante (N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 352).

1804 Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 11-24278 ; *Gaz. Pal.* 10 juillet 2013, p. 16, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 198, note G. RAYMOND.

1805 Solution rappelée par Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2013 ; inédit, pourvoi n° 05-12081 ; *D.* 2013, p. 890, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 94, note G. RAYMOND.

1806 Voy. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 1997 ; *Droit des affaires* 1997, p. 928 ; *D.* 1998, somm. p. 109, obs. D. MAZEAUD. La mauvaise foi du consommateur est donc sans effet (voy. par ex., Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004 ; préc.).

cas ¹⁸⁰⁷. Cette quasi-automaticité conduit à se demander si, dans de telles conditions, la déchéance du droit aux intérêts n'est pas trop sévère ¹⁸⁰⁸.

La déchéance du droit aux intérêts est une sanction du droit de la consommation, qui est prononcée par le juge civil. Elle va pourtant au-delà de la simple restitution - l'objectif classique de la responsabilité civile. Elle ne consiste pas à remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'acte litigieux ; elle le maintient au contraire, mais prononce une forte sanction pécuniaire à l'égard du prêteur fautif, qui profitera finalement à l'emprunteur. La déchéance du droit aux intérêts est en ce sens une *peine privée*, de nature civile ¹⁸⁰⁹. Elle a néanmoins été parfois apparentée à une sanction pénale. Par la jurisprudence d'abord, qui l'a notamment soumise au principe d'interprétation stricte de la loi pénale ¹⁸¹⁰. Par le législateur ensuite, qui a qualifié expressément la déchéance de « peine » ¹⁸¹¹ - peut-être par l'un de ces lapsus dont on sait, depuis FREUD, qu'ils révèlent l'inconscient : il n'est pas spécialement évident que le législateur ait pensé à la peine civile, officiellement méconnue, en utilisant ce terme. En dépit de ces rapprochements, la déchéance reste une sanction civile - la jurisprudence l'a expressément rappelé ¹⁸¹². Ce n'est d'ailleurs pas la première à sortir de la seule fonction restitutive traditionnellement assignée aux sanctions civiles ¹⁸¹³. En tous les cas, il s'agit incontestablement d'une sanction fortement dissuasive, qui démontre les ressources sans doute insuffisamment explorées du droit commun.

1807 Non-respect par le prêteur de son devoir d'explication et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur (articles L. 311-8 et L. 311-9 du Code de la consommation). Dans ces cas-là le prêteur est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge » ; l'emprunteur lui « n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu, ainsi que, le cas échéant, au paiement des intérêts dont le prêteur n'a pas été déchu » (article L. 311-48, alinéas 2 et 3).

1808 Voy. D. MAZEAUD, obs. préc. sous. Civ. 1ère, 8 juillet 1997 ; V. MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004, I, 106.

1809 Voy. *infra*, n° 489.

1810 Civ. 1ère, 10 mai 2000 ; *D.* 2000, AJ p. 316, obs. C. RONDEY ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 166, note G. RAYMOND.

1811 Article L. 311-48, alinéa 2 du Code de la consommation : « Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. *La même peine est applicable* au prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées à l'article L. 311-21 [...] » (nous soulignons).

1812 Civ. 1ère, 18 mars 1997 ; *Bull. civ.* I, n° 97 ; *Defrénois* 1997, 36648, spéc. p. 1131, note S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 87, note G. RAYMOND. Sur ce point, voy. A. LEPAGE, « Droit pénal et droit de la consommation », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, *op. cit.*, p. 247 et s., n° 12.

1813 Voy., par ex., le cas de l'amende civile de l'article L. 442-6 du Code de commerce (*supra*, n° 148).

Le législateur s'en est d'ailleurs rendu compte. Ainsi, si la déchéance du droit aux intérêts existe parfois en même temps que la sanction pénale ¹⁸¹⁴, elle est d'autres fois la seule sanction prévue - par exemple si le contrat de crédit à la consommation est conclu alors que le prêteur n'a pas rempli son devoir de vérification et, le cas échéant, son devoir de mise en garde ¹⁸¹⁵. Dans cette dernière hypothèse, où le législateur a réussi - c'est pour lui un petit exploit - , à se passer de la sanction pénale au bénéfice de la seule sanction civile, la protection de l'emprunteur ne semble absolument pas affectée. Le prêteur craint cette déchéance, qu'il aura tendance à éviter en se conformant à la réglementation. Bref, l'objectif du législateur - prévenir les atteintes au consentement contractuel - , semble pleinement atteint à l'aide de cette seule sanction. Il faut seulement admettre que cette sanction ne sera dissuasive que si elle est pratiquée à grande échelle : si un prêteur n'est déchu de son droit aux intérêts que pour quelques crédits, alors qu'il en a conclu des milliers, la dissuasion n'opérera pas. Il faudra pour cela développer les mécanismes civils d'action collective ¹⁸¹⁶. Sous cette réserve, la force de l'aspect dissuasif de la déchéance du droit aux intérêts s'impose. Dans ces conditions, le renfort du droit pénal est-il justifié ? Augmentera-t-il réellement la crainte des prêteurs ? Ou ne risque-t-il pas plutôt de créer une confusion dans leurs esprits ce qui, finalement, nuira à l'objectif de dissuasion ?

417. Conséquence : la déchéance du droit aux intérêts préférable aux sanctions pénales. À notre avis, la déchéance du droit aux intérêts étant plus dissuasive que les sanctions pénales, la présence de ces dernières ne se justifie pas dans les réglementations des différents crédits ¹⁸¹⁷ - les seules, bien évidemment, à pouvoir user de la déchéance du droit aux intérêts. La présence des sanctions pénales paraît non seulement peu utile, mais même dangereuse, susceptible de créer la confusion. Cette proposition n'est pas nouvelle, ayant été suggérée par différents groupes de travail, également soucieux de rechercher des substituts efficaces à la pénalisation. En 1990, la Commission de refonte du droit de la consommation, présidée par J. CALAIS-AULOY, alla exactement en ce sens ¹⁸¹⁸. Plus récemment, le rapport du groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires,

1814 Ainsi en matière de crédit immobilier, l'article L. 312-33 du Code de la consommation précise que pour les violations des obligations qu'il prévoit, déjà sanctionnées par des peines, « le prêteur ou le bailleur pourra en outre être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge ».

1815 Article L. 311-47, alinéa 2 du Code de la consommation.

1816 Voy. *infra*, n° 503 et s.

1817 En ce sens, N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 351 et s.

1818 J. CALAIS-AULOY (dir.), *Pour un nouveau droit de la consommation*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1985, p. 113.

présidé par M. COULON, suivit la même piste¹⁸¹⁹. La protection du consentement contractuel n'y perdrait rien puisque, outre son fort aspect rétributif, la déchéance du droit aux intérêts est susceptible à la fois de prévenir et de réparer efficacement les comportements fautifs. C'est la raison pour laquelle la déchéance du droit aux intérêts sera ici retenue comme « une alternative crédible et dissuasive »¹⁸²⁰ à la sanction pénale.

B. Équivalence de l'aspect préventif des sanctions pénales et administratives

418. Présentation des sanctions administratives. Si la répression administrative existe depuis longtemps¹⁸²¹, elle ne s'appliquait à l'origine qu'aux rapports de l'administration avec ses agents ou les administrés en rapport direct avec elle. Elle est aujourd'hui particulièrement vaste, et concerne autant les pouvoirs de sanction des autorités de l'État que des différents organismes de régulations¹⁸²². Parmi ces derniers, le développement des autorités administratives indépendantes il y a quelques décennies a entraîné un renouveau des sanctions administratives¹⁸²³. Celles-ci sont définies comme des « mesures à caractère répressif édictées par des autorités administratives »¹⁸²⁴ : le critère est donc organique¹⁸²⁵. Les sanctions administratives sont des actes administratifs unilatéraux et bénéficient en tant que tels du privilège du préalable : elles ont « un caractère exécutoire, c'est-à-dire qu'elles doivent être exécutées par leurs destinataires sans qu'il soit nécessaire à l'autorité

1819 J.-M. COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 34 et s.

1820 PH. GUILLERMIN, « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », in *Quelle dépenalisation pour le droit des affaires ?*, *AJ Pénal* 2008, p. 73 et s., spéc. p. 76.

1821 J.-P. MUNCH, *La sanction administrative*, thèse, Paris, 1947 ; J. MOURGEON, *La répression administrative*, préf. O. DUPEYROUX, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 75, 1967.

1822 H.-M. CRUCIS et E. BREEN, « Sanctions administratives », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 108-40, 2012, n° 19 et s.

1823 Sur l'apparition des sanctions administratives, et leur admission progressive par le Conseil constitutionnel, voy. G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 22 et s.

1824 Définition retenue lors du XIV^{ème} Congrès de l'Association internationale de droit pénal à Vienne, en 1989 (cité par M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *Économica*, 1992, p. 12).

1825 Dans le même sens, voy. la définition retenue par le Conseil d'État, lequel définit la sanction administrative comme « une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique », qui « inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements » (Étude du Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, 1995, p. 35) ; le Conseil d'État reprenant la définition qu'a utilisée le Conseil constitutionnel dans deux décisions fondamentales : Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; RDP 1989, p. 399, note L. FAVOREU ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989 ; préc.

administrative de recourir au juge »¹⁸²⁶ ; il s'agit là d'un « principe fondamental de droit public »¹⁸²⁷.

419. L'absence de sanction administrative privative ou restrictive de liberté. À première vue, l'aspect dissuasif de la sanction pénale est plus fort que celui des sanctions administratives, car celles-ci ont un contenu plus limité : elles ne sauraient, en aucun cas, aboutir à priver de liberté une personne¹⁸²⁸. La pénalisation actuelle des atteintes au consentement contractuel, en revanche, prévoit à de nombreuses reprises la peine d'emprisonnement - voire de réclusion criminelle pour certaines hypothèses d'extorsion aggravée. La sanction pénale pourrait alors être plus dissuasive, les personnes tentées d'attenter au consentement d'autrui reculant devant une telle menace. Mais il faut immédiatement reconnaître qu'en la matière, cette menace de l'emprisonnement est peu crédible. Les juges ne semblent d'ailleurs prononcer cette peine que de manière très parcimonieuse¹⁸²⁹. L'emprisonnement est essentiellement utilisé par le législateur à titre de menace purement symbolique, pour marquer les règles dont il tient le respect pour indispensable. En somme, si les règles dont la violation est menacée d'un emprisonnement disposent d'une réelle portée expressive, leur fonction préventive n'est guère efficace. Aussi l'impossibilité pour les sanctions administratives de priver une personne de liberté ou de restreindre cette dernière n'apparaît-elle pas comme un réel handicap.

420. L'équivalence de l'aspect préventif des sanctions pénales non-privatives ou restrictives de liberté et des sanctions administratives. Or, si l'on excepte les peines privatives ou restrictives de liberté, la ressemblance entre le contenu des sanctions pénales et administratives est évidente. Cette proximité de contenu donnera lieu à des développements spécifiques car c'est justement elle qui nous conduira à écarter la voie

1826 M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.*, p. 92.

1827 CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo* ; D. 1983, jur. p. 327, note O. DUGRIP ; *AJDA* 1982, p. 657, concl. J. BIANCARELLI, note B. LUKASZEWICZ ; *Revue administrative* 1982, p. 627, note B. PACTEAU.

1828 Ainsi dans la décision précitée du 28 juillet 1989 le Conseil constitutionnel a-t-il exigé que « la sanction infligée [soit] exclusive de toute privation de liberté » (considérant n° 6) ; ce qui n'est qu'une conséquence logique de la règle posée par l'article 66 de la Constitution : « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ». M. DELLIS a toutefois démontré que ce principe pouvait être nuancé (*Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 79).

1829 Voy. sur ce point l'analyse très éclairante de W. JEANDIDIER, « La délinquance d'affaires à travers l'Annuaire statistique de la justice », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *op. cit.*, p. 491 et s.

administrative comme substitut à la sanction pénale : les mesures proposées étant proches, voire identiques, nous ne proposerions qu'une dépenalisation en trompe-l'œil ¹⁸³⁰.

Il reste que du seul point de vue de l'efficacité de la peine et notamment de sa fonction préventive, le législateur ne devrait pas pouvoir tirer argument d'une prétendue meilleure dissuasion opérée par la sanction pénale sur la sanction administrative. Pour notre démonstration, la conséquence aurait pu être importante. Lorsque le législateur ne vise que la prévention, il n'y a en effet aucune raison de recourir à la sanction pénale plutôt qu'à la sanction administrative. De ce point de vue, seule l'éventuelle fonction expressive assignée à la sanction permettrait de redonner un intérêt exclusif à la sanction pénale.

§ 2. UNE FONCTION SECONDAIRE : L'EXPRESSION DE VALEURS

421. La fonction expressive de la sanction pénale. Si la prévention des atteintes au consentement contractuel est, sans doute, le premier objectif du législateur lorsqu'il a recours aux sanctions pénales, et la rétribution un éventuel objectif accessoire, un autre peut être encore découvert. Il est certain que le législateur souhaite parfois, par ce recours au droit pénal, affirmer symboliquement son attachement à la réglementation protégée. C'est la fonction *expressive* ¹⁸³¹, appelée également déclarative ¹⁸³², de la loi pénale. Bien que cette fonction soit censée être largement subsidiaire par rapport aux fonctions principales de rétribution et de prévention, elle prime parfois ces dernières. M. TOUBON, ancien garde des Sceaux, a ainsi pu soutenir que « l'objectif premier de la pénalisation, c'est l'affirmation de valeurs » ¹⁸³³. Ces valeurs ne s'entendent pas seulement des valeurs essentielles aux yeux de la société que protègent les incriminations naturelles ; le droit pénal auxiliaire a lui aussi pour fonction d'affirmer l'importance de certaines valeurs, bien que moins élevées. « Même les infractions du droit pénal technique, qui consistent en la simple violation d'une réglementation en matière économique et sociale, ont une valeur expressive en ce qu'elles témoignent de l'importance accordée par le législateur au respect des dispositions

1830 Voy. *infra*, n° 445 et s.

1831 Voy. le *Projet de nouveau Code pénal, présentation par Robert Badinter*, Dalloz, 1988, p. 10 et s. : cette « fonction de la loi pénale est plus secrète. Toute société repose sur certaines *valeurs* reconnues par la conscience collective. Ces valeurs se traduisent par des *interdits*. Et ces interdits à leur tour engendrent des *peines* contre ceux qui les méconnaissent. Ainsi la loi pénale exprime-t-elle par les sanctions qu'elle édicte le système de valeurs d'une société. C'est la *fonction expressive* de la loi pénale » (souligné par l'auteur).

1832 CH. LAZERGES, « La fonction déclarative de la loi pénale », art. préc.

1833 J. TOUBON, « Introduction aux enjeux de la pénalisation de la vie économique », art. préc., spéc. p. 3.

concernées », ont écrit MM. DESPORTES et LE GUHENEZ¹⁸³⁴. C'est notamment au début de la mise en place d'une réglementation que la fonction expressive de la loi pénale est recherchée, le législateur souhaitant souligner aux yeux de l'opinion l'importance du respect qu'il accorde à la nouvelle règle. Pour G. LEVASSEUR, le droit pénal serait même « techniquement indispensable au début de l'implantation d'une nouvelle règle de vie sociale »¹⁸³⁵. Citons, parmi de nombreux exemples, le droit de la consommation dont les différentes prescriptions ont dès le début été assorties de sanctions pénales.

Cette fonction expressive a bien plus d'importance qu'il n'y paraît pour notre propos, car il semble peu contestable que la sanction pénale soit la plus à même de la remplir efficacement. « Le droit pénal n'est pas neutre », écrivait ainsi M. MAYAUD, « Par les pressions qu'il exerce sur les personnes, jusqu'à les priver de liberté, il symbolise l'extrême et l'essentiel »¹⁸³⁶. Et sa force symbolique, renforcée par la sévérité supposée de ses sanctions, donne à la loi pénale une portée expressive dépassant les autres branches du droit. La médiatisation accrue de tout ce qui a trait au droit pénal renforce encore cette fonction expressive. En termes d'expressivité et de symbole, les sanctions civiles et administratives ne disposeront sans doute jamais de la même force. Ainsi, la sanction pénale étant, du point de vue de la fonction expressive, plus efficace que les autres, son utilisation par le législateur pourrait apparaître légitimée. Au demeurant, certains auteurs ont à juste titre souligné que, si dépenalisation du droit des affaires il y avait, cela poserait un véritable problème de symboles. On laisserait croire à « un "déclassement" de la valeur protégée »¹⁸³⁷. M. VAN DE KERCHOVE explique bien le problème : « légiférer, sans "criminaliser" risque d'être perçu comme la manifestation symbolique d'un manque de considération pour le comportement prohibé. Décriminaliser risque, *a fortiori*, de témoigner une approbation »¹⁸³⁸.

1834 F. DESPORTES et F. LE GUHENEZ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 50.

1835 G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317 et s., spéc. p. 324. En revanche, précise-t-il ensuite dans une formule célèbre, le recours au droit pénal « devient paresse d'esprit lorsqu'il persiste trop longtemps ».

1836 Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., spéc. p. 4.

1837 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 330 : « la dépenalisation postérieure [peut] donner le sentiment d'un "déclassement" de la valeur protégée et une approbation publique du comportement autrefois interdit ».

1838 M. VAN DE KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », in F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, coll. Travaux et recherches, vol. 9, 1987, p. 317 et s., spéc. p. 349.

En réalité, malgré ces différents arguments, la fonction expressive de la loi pénale doit être recadrée, et il est difficile d'y voir une fonction suffisante à légitimer, seule, le recours aux sanctions pénales.

422. La stratification de la fonction expressive de la sanction pénale. En premier lieu, l'affirmation selon laquelle la sanction pénale dispose d'un aspect symbolique prééminent en toutes circonstances, nous semble exagérée. « L'impact moral de la peine varie entre les différentes catégories d'infractions », remarque très justement M. DELLIS¹⁸³⁹. En particulier, la valeur symbolique d'une contravention dans la conscience commune nous paraît être limitée. L'incidence sur notre démonstration est importante : le déclassement et la perte de symbole que certains craignent d'une dépenalisation existent, mais doivent être largement relativisés dans cette hypothèse d'une contravention pénale qui deviendrait faute civile ou administrative.

423. L'affaiblissement de la fonction expressive de la sanction pénale. Le choix des valeurs de discipline collective que le législateur souhaite affirmer relève de sa libre appréciation, sur laquelle il n'y aurait pas à revenir, s'il n'en faisait pas un usage manifestement dévoyé. Aujourd'hui, par l'effet d'une sorte de cercle vicieux, le législateur s'est lui-même contraint, à force de pénaliser les réglementations, à pénaliser au moins autant à chaque nouvelle réglementation, sous peine de laisser croire à sa futilité ou son inutilité. C'est absurde du point de vue de la fonction expressive de la peine. L'inflation pénale entraîne l'affaiblissement du caractère symbolique de la sanction pénale, qui résultait justement de son caractère exceptionnel¹⁸⁴⁰. Que reste-t-il de la force symbolique de la sanction pénale, quand le législateur l'utilise massivement, et presque mécaniquement ? La sanction pénale n'est plus l'exception, elle est devenue la norme. Une réglementation nouvelle qui se verrait appuyée par le renfort de la sanction pénale ne disposerait pratiquement d'aucune force symbolique particulière, puisque la plupart des réglementations similaires bénéficient du même renfort. Bref, la sanction pénale, en l'état actuel de la pénalisation, n'a plus qu'une fonction expressive réduite, qui ne nous paraît pas suffisante pour légitimer à elle seule le recours à la sanction pénale.

1839 G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 147.

1840 C. MASCALA, « Les finalités de l'évolution législative du droit pénal des affaires », art. préc., spéc. p. 739 : « L'inflation pénale entraîne une dévalorisation de la symbolique de la peine. Les dirigeants sociaux ont le sentiment que quoiqu'ils fassent, ils tomberont toujours sous le coup d'une incrimination car l'étendue et la complexité de la législation applicable ne leur permettent pas d'en connaître le contenu. Par conséquent, les dirigeants intègrent le risque pénal dans leur activité comme inhérent à leur fonction et en organisent la gestion ».

424. Bilan. Ainsi la légitimité de l'incrimination n'est-elle pas la seule exigence du recours au droit pénal : la peine doit également répondre à une condition d'efficacité. En effet, toute la logique du droit pénal auxiliaire repose sur son efficacité : c'est elle, et elle seule, qui justifie le recours à la sanction pénale aux yeux du législateur, qu'il présume, en toutes circonstances, la plus efficace. Il apparaît pourtant que la situation est bien plus complexe. En premier lieu, l'efficacité d'une sanction n'est pas un concept uniforme, mais s'apprécie à l'aune des différentes fonctions que le législateur lui assigne. En second lieu, le mythe¹⁸⁴¹ d'une sanction pénale plus efficace que les autres souffre de nuances importantes. Pour plusieurs raisons, et principalement du fait de l'inflation pénale qui entraîne sa propre dévalorisation, c'est l'efficacité de la sanction pénale qui doit d'abord être nuancée. Ensuite, et surtout, en confrontant la sanction pénale avec les sanctions civiles ou administratives qui s'appliquent, ou pourraient s'appliquer, aux atteintes au consentement contractuel, il est possible de constater que l'idée d'une sanction pénale plus efficace que les autres n'est pas une vérité absolue. Dans plusieurs cas en effet, et en tenant compte des objectifs poursuivis par le législateur, certaines sanctions civiles et administratives démontrent une efficacité équivalente, voire supérieure. Or, recourir à la sanction pénale dans ces conditions est absurde : le fondement utilitariste qui la sous-tend disparaît.

425. Conclusion de Chapitre. La légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel doit être contrôlée au filtre des trois exigences qui nous semblent indépassables : l'utilité de l'incrimination, la faute pénale, et enfin, concernant la légitimité de la peine, son efficacité. Si le comportement est déjà suffisamment réprimé, une nouvelle incrimination est inutile ; si la faute fait défaut, la sanction pénale est dévoyée ; si son efficacité n'est pas démontrée, elle devient absurde car sans fondement. Passées au crible de ces exigences, un certain nombre d'incriminations actuelles participant à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel apparaissent illégitimes. Ce constat justifie alors leur dépénalisation. L'attractivité de la voie pénale ne saurait nous être opposée, car ce serait instrumentaliser le procès pénal, au détriment de ses finalités propres. Il est vrai que la dépénalisation peut faire craindre une baisse de la protection des contractants. Mais, bien plus que de maintenir un droit pénal dévoyé, la raison impose alors de renforcer et rendre attractifs les substituts à la pénalisation.

1841 Le terme est adéquat : au sens figuré, le mythe est une « pure construction de l'esprit », souvent détachée de la réalité (Dictionnaire *Le Petit Robert* 2014, v° Mythe).

426. Conclusion de Titre. Nécessaire, le contrôle de la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel est, au demeurant, tout à fait envisageable. Cela suppose, certes, de procéder à sa juste répartition. Répartition organique d'abord : le législateur et le Conseil constitutionnel doivent, pour cela, enfin accepter de procéder à ce contrôle qui leur revient naturellement. Répartition sectorielle ensuite : il faut abandonner l'espoir de contrôler la pénalisation des atteintes au consentement contractuel dans son intégralité, seule la partie restreinte à un rôle d'auxiliaire de disciplines ou réglementations extérieures se prêtant au contrôle de sa légitimité. Il fallait encore déterminer les critères de ce contrôle. Trois se sont naturellement découverts. Les deux premiers tiennent à l'incrimination elle-même : il s'agit de son utilité et de sa connotation morale suffisante. Un troisième a trait à la peine : il s'agit du critère de l'efficacité. Ces critères ont pu être appliqués à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, pour en révéler les incriminations qui, à l'issue de ce contrôle, apparaissent légitimées ou, à l'inverse, dévoyées. Pour ces dernières, la seule solution envisageable consiste dans leur dépénalisation.

TITRE II. LA DÉPÉNALISATION DU DROIT PÉNAL ILLÉGITIME

427. Une partie de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel ne répond pas aux critères qui nous paraissent justifier le recours au droit pénal. Ce dévoiement de la sanction pénale ne peut être résolu que par la dépénalisation des incriminations concernées. Cette dépénalisation doit toutefois être encadrée, car elle ne doit en aucun cas engendrer une baisse de la protection du consentement des contractants. Il faut pour cela éviter toute dépénalisation dite *sèche*, pour se lancer à la recherche de substituts crédibles à la voie pénale. Notre raisonnement s'appuiera alors sur des bases solides : la sanction pénale n'est pas seulement *discutée* en matière d'atteintes au consentement, elle est également *disputée* depuis longtemps, par des sanctions de nature différente.

Le substitut le plus proche de la sanction pénale est sans doute proposé par la voie administrative. Cette voie est souvent d'emblée écartée, au motif qu'elle ne présenterait que des garanties individuelles très amoindries en comparaison de la voie pénale. En réalité, cet écueil nous semble contournable en raison de l'amélioration certaine des droits et garanties des personnes mises en cause dans une procédure administrative. En revanche, il est vrai que les mesures alors proposées ne présentent qu'un intérêt limité, tant la fonction et le contenu des sanctions administratives et pénales peuvent être rapprochés. Dans ces conditions, remplacer des sanctions pénales par des sanctions administratives de même nature ne représente qu'un progrès des plus douteux, restreint à la seule disparition symbolique du caractère pénal des sanctions. Envisageable, la voie administrative nous paraît donc extrêmement discutable (Chapitre I).

La voie civile ne présente pas les mêmes inconvénients et, partant, apparaît comme devant être privilégiée (Chapitre II). Protecteur naturel des contractants, le droit civil propose en effet de nombreuses mesures spécifiques, distinctes des sanctions pénales. La

voie civile mérite toutefois d'être renforcée, tant dans son contenu que, dans un tout autre ordre d'idées, son attractivité, pour paraître davantage crédible et séduisante comme substitut à la sanction pénale des atteintes au consentement contractuel.

CHAPITRE I. UN SUBSTITUT DISCUTÉ : LA VOIE ADMINISTRATIVE

428. Le domaine d'intervention *a priori* similaire¹⁸⁴² et, au-delà, la proximité de fonction et de contenu des sanctions pénales et administratives expliquent que ces dernières soient souvent envisagées comme un substitut crédible en cas de volonté de dépenalisation¹⁸⁴³. Cette idée est cependant souvent freinée par une conception traditionnelle de la voie administrative, qui ne présenterait pas suffisamment de garanties au bénéfice de la personne poursuivie. Cet argument ne nous semble pas rédhibitoire. Sous l'influence, notamment, des notions d'*accusation en matière pénale* et de *sanction ayant le caractère d'une punition* dégagées respectivement par la Cour EDH et le Conseil constitutionnel, la répression administrative a en effet peu à peu doté la personne poursuivie de garanties proches, voire parfois identiques à la voie pénale. Partant, le recours à la voie administrative nous paraît tout à fait envisageable (Section 1).

En revanche, ce recours ne nous semble présenter qu'un intérêt fort limité, en raison du contenu même des sanctions administratives. Dêvêtir la sanction de ses habits pénaux pour

1842 En ce sens, voy. H.-M. CRUCIS et E. BREEN, « Sanctions administratives », fasc. préc., n° 16 ; G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 119 : « toutes les infractions peuvent, selon les apparences, faire l'objet d'une dépenalisation ». Selon l'auteur, « la seule frontière infranchissable par la contrainte administrative concerne les peines qui portent atteinte à la liberté individuelle, dont le prononcé est confié par l'article 66 de la Constitution au juge judiciaire » (*ibidem*). Leurs champs d'application ne se distinguent que lorsque le droit pénal paraît s'imposer, c'est-à-dire lorsqu'il correspond au noyau dur d'un droit pénal naturel, par hypothèse non susceptible de dépenalisation. Cela ne remet en rien notre démonstration en cause puisqu'il n'est nullement suggéré de dépenaliser les incriminations correspondant au droit pénal naturel. À l'opposé, le champ d'application des sanctions pénales et administratives se distingue également en ce que certains comportements ne paraissent pas mériter une protection pénale : ces comportements, en revanche, pourraient facilement être sanctionnés de manière administrative.

1843 Voy. par ex., le rapport de la Commission du rapport et des études du Conseil d'État du 8 mars 1984 et la circulaire du Premier ministre du 7 janvier 1985 (*RSC* 1985, p. 397 et s). Dans ce rapport relatif aux conditions dans lesquelles sont élaborées et mises en œuvre les dispositions pénales figurant dans les législations et réglementations techniques, la Commission proposait de substituer des sanctions administratives aux sanctions pénales, du moins pour celles ne portant pas atteinte aux « valeurs essentielles de la société », mais seulement à « l'organisation de la vie sociale » (*ibidem*). Comp. le droit italien avec la circulaire du 19 décembre 1983 portant sur les critères d'orientation pour le choix entre sanctions pénales et sanctions administratives (traduction française in *Archives de politique criminelle*, A. Pedone, n° 9, 1987, p. 190 et s.). Rapp. F. MODERNE qui expliquait que « les sanctions administratives se sont développées notamment, mais non exclusivement, dans les secteurs que les pouvoirs publics ont estimé préférable de soustraire (au moins partiellement) au juge pénal » ; entre autre lorsque « la masse des infractions potentielles rendait illusoire le recours à la justice pénale » (*Sanctions administratives et justice constitutionnelle, contribution à l'étude du jus puniendi dans les Démocraties contemporaines*, *Économica*, 1993, p. 33), ce qui est le cas des atteintes au consentement contractuel.

la déguiser sous une forme administrative ne nous paraît relever que d'une avancée incertaine, voire hypocrite - M. ROBERT y voyait une « forme machiavélique de dépenalisation »¹⁸⁴⁴. Cet intérêt limité de la voie administrative (Section 2), est de nature à remettre en cause l'idée selon laquelle elle offrirait un substitut adéquat à la sanction pénale. Bien qu'envisageable, le recours à la voie administrative dans le cadre de la dépenalisation que nous suggérons se révèle donc largement discutable.

SECTION 1. LE RECOURS ENVISAGEABLE À LA VOIE ADMINISTRATIVE

429. L'application de certaines garanties pénales à la répression administrative.

La dépenalisation de certaines atteintes au consentement contractuel ne saurait se faire au détriment des droits et garanties des personnes poursuivies. Partant, il faut vérifier que les substituts que nous proposons à la pénalisation des atteintes au consentement respectent de façon satisfaisante ces garanties. Or, une doctrine traditionnelle dépeint la voie administrative comme entraînant une réduction substantielle des droits de la défense et l'arbitraire de l'administration¹⁸⁴⁵ - ce qui rendrait inenvisageable le recours à la voie administrative.

Cela étant, cette idée nous paraît devoir être relativisée. En premier lieu, présenter les garanties offertes par la voie pénale comme extrêmement protectrices est largement exagéré. De manière générale, il suffit de penser à l'amenuisement sensible de la loyauté de la preuve¹⁸⁴⁶. Plus spécifiquement aux atteintes au consentement contractuel, leur pénalisation comprend, nous l'avons vu, d'innombrables contraventions - dont beaucoup devraient, selon nos critères, être exclues du droit pénal. Or, que valent les garanties dont dispose une personne poursuivie pour une contravention, alors que la seule constatation des faits entraînera nécessairement¹⁸⁴⁷ sa culpabilité¹⁸⁴⁸ ? *A fortiori*, que valent-elles lorsque

1844 J.-H. ROBERT, « La dépenalisation », art. préc., spéc. p. 195 : « Le législateur français conçut, dans l'histoire récente, une forme machiavélique de dépenalisation : celle qui consiste à dépouiller les tribunaux pénaux de leurs pouvoirs répressifs pour en investir une autorité administrative ». L'auteur conclut en professant que « Vaincu, le droit pénal sera aussi regretté là où passe la dépenalisation » (*idem*, spéc. p. 197).

1845 Voy. par ex., J.-H. ROBERT, « Ressemblances et dissemblances entre procédures judiciaires et administratives », in M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET (dir.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2001, p. 62 et s.

1846 Voy. par ex., B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », art. préc.

1847 Sous la seule réserve de la force majeure.

1848 En ce sens, C. D'HAILLECOURT, *Droit pénal technique et droit pénal*, th. préc., n° 384.

les contraventions seront sanctionnées par l'intermédiaire d'une ordonnance pénale ou d'une amende forfaitaire ?

En second lieu, et surtout, sous l'influence de la Cour EDH et du Conseil constitutionnel, la voie administrative offre désormais des garanties proches, et sur certains points identiques aux garanties pénales, partant susceptibles de légitimer la dépénalisation de certaines atteintes au consentement contractuel au profit de la voie administrative.

430. L'influence de la Cour EDH : la notion d'accusation en matière pénale. La Cour EDH a tenu compte du danger d'un contournement des garanties pénales par le recours au droit administratif notamment pour dégager, dans son fameux arrêt *Engel* du 8 juin 1976¹⁸⁴⁹, la notion d'*accusation en matière pénale*. Cette matière pénale ouvre droit, selon l'arrêt non moins célèbre *Oztürk* du 21 février 1984¹⁸⁵⁰, à un certain nombre de garanties : « quelles que soient leurs qualifications juridiques nationales, l'application de certaines sanctions relevant de la matière pénale [suppose] le respect de garanties élémentaires concédées aux personnes poursuivies pénalement et inscrites dans l'article 6 de la Convention ». En visant le respect de *garanties élémentaires*, la Cour EDH sous-entend que la procédure suivie en matière pénale n'a pas à être en tout point conforme aux prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸⁵¹ ; et nous verrons qu'en effet, la notion de procès équitable n'a parfois en matière de répression administrative qu'une signification amoindrie.

La Cour définit dans l'arrêt *Oztürk* cette matière pénale selon un critère matériel : « le caractère général de la norme sanctionnée et le but à la fois préventif et répressif de la sanction ». Ce critère paraît extrêmement large, ce qui lui permet d'embrasser tout le droit répressif¹⁸⁵². Il ne fait nul doute que les incriminations que nous proposons de dépénaliser,

1849 Cour EDH, 8 juin 1976, requête n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, *Engel et a. c/ Pays-Bas* ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis, 6ème éd., 2011, n° 4, p. 40 et s. : l'existence d'une accusation pénale s'apprécie sur la base de trois critères : la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction encourue, ces deux derniers critères étant en principe alternatifs.

1850 Cour EDH, 21 février 1984, requête n° 8544/79, *Oztürk c. RFA* ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, n° 25, p. 272 et s.

1851 M. DELMAS-MARTY (dir.), « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *RSC* 1987, p. 819 et s. Et, en jurisprudence, voy. not. CE, 23 avril 2009, *Compagnie Blue line* ; inédit, n° 314921 ; *Juris-Data* n° 2009-075324.

1852 En ce sens, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 80.

si elles muent en sanctions administratives, continueront à rentrer dans la matière pénale au sens de la Cour EDH, ce qui justifiera l'application de garanties renforcées.

431. L'influence du Conseil constitutionnel : la notion de *sanction ayant le caractère d'une punition*. Le Conseil constitutionnel a suivi un cheminement proche de celui de la Cour EDH, appliquant « à des sanctions qualifiées de non pénales certains des principes fondamentaux du droit pénal »¹⁸⁵³. Il a pour cela opéré en deux temps : après avoir constitutionnalisé les différents principes, il les a étendu non pas au seul droit pénal, mais à l'ensemble du droit répressif¹⁸⁵⁴. Le critère est finaliste, c'est celui de la *sanction ayant le caractère d'une punition*¹⁸⁵⁵. Cette notion « remplit une fonction comparable à celle de la notion de "matière pénale" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme [...] : éviter que l'institution de diverses formes de répression soit un moyen de contourner les garanties fondamentales »¹⁸⁵⁶. Ainsi dans une décision du 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a pu énoncer que « doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, *principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition*, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; [...] doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹⁸⁵⁷.

Grâce à ces impulsions de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel, les sanctions administratives répondent donc - certes de manière imparfaite¹⁸⁵⁸ - , à certaines garanties essentielles du procès, d'ordre substantiel (§ 1), comme d'ordre procédural (§ 2). De telle sorte qu'en se plaçant du point de vue des

1853 *Ibidem*.

1854 Pour M. DELLIS, en réalité, « Le droit administratif n'emprunte pas les solutions du droit pénal pour les adapter à ses propres problèmes [...] ; il est concerné directement par les principes répressifs » (*Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 31).

1855 Voy., présentant les défauts de ce critère, B. DE LAMY *in* RSC 2013, chron. p. 433 et s. La finalité de la peine n'est en effet pas unique, ce que reconnaît d'ailleurs parfois le Conseil constitutionnel (*adde* sur ce point les remarques de E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale, La QPC et les attentes déçues... », art. préc., n° 4 et s.).

1856 H.-M. CRUCIS et E. BREEN, « Sanctions administratives », fasc. préc., n° 34.

1857 Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012 ; préc., considérant n° 16 (nous soulignons). Voy., déjà, Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989 ; préc.

1858 En ce sens, MM. DESPORTES et LE GUHENEC qui, après avoir présenté les garanties de la répression administrative, précisent qu'« il reste que, sur de nombreux points, le régime applicable aux sanctions administratives est moins protecteur que celui applicable aux sanctions pénales » (*Droit pénal général, op. cit.*, n° 80).

garanties des personnes poursuivies, il est devenu envisageable de dépenaliser certaines atteintes au consentement au profit de la voie administrative.

§ 1. LES PRINCIPES SUBSTANTIELS PÉNAUX APPLIQUÉS À LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

432. Le principe de légalité : l'exigence d'un texte contenant la sanction administrative. Parmi les principes substantiels pénaux, le premier d'entre eux, la légalité, connaît des applications similaires en matière de répression administrative. Au début du siècle dernier pourtant, le Conseil d'État n'exigeait pas le respect de la légalité¹⁸⁵⁹. La solution a changé, du moins en ce qui concerne certains de ses aspects et, aujourd'hui, l'administration ne peut en aucun cas infliger une sanction qui ne serait pas prévue par un texte¹⁸⁶⁰, ni différente de celle qui est prévue¹⁸⁶¹. Le Conseil d'État a par ailleurs mis fin aux incertitudes qui tenaient à la nature du texte. Dans un premier arrêt, il a affirmé que le texte en question n'avait pas à être en toutes hypothèses de nature législative¹⁸⁶² ; avant de préciser que « lorsque la définition des obligations auxquelles est soumis l'exercice d'une activité relève du législateur en application de l'article 34 de la Constitution, il n'appartient qu'à la loi de fixer, le cas échéant, le régime des sanctions administratives [...] »¹⁸⁶³.

433. Premier corollaire au principe de légalité : la précision des textes. Le droit pénal comprend largement le principe de légalité, pour en déduire une obligation de précision et de clarté des incriminations - nécessaires à leur interprétation stricte par le juge¹⁸⁶⁴. S'écartant en cela du droit pénal, la répression administrative s'était longtemps contentée d'incriminations vagues, ou déterminées par l'administration¹⁸⁶⁵. La doctrine

1859 CE, 27 juin 1934, *Sieur Doreau* ; *Recueil CE*, p. 729 ; CE, 21 janvier 1949, *Sieur Trouvé* ; *Recueil CE*, p. 29.

1860 CE, Ass., 30 mars 1962, *Sieur Bertaux* ; *Recueil CE*, p. 237.

1861 CE, 28 février 1947, *Sieur Beauzet* ; *Recueil CE*, p. 84.

1862 CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Benkerrou* ; *Recueil CE*, p. 297 ; *AJDA* 2004, p. 1695, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RFDA* 2004, p. 913, concl. M. GUYOMAR, et p. 1130, note M. DEGOFTE et A. HACQUET ; *Droit administratif* 2004, comm. n° 155, note E. BREEN.

1863 CE, Sect., 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée* ; *Recueil CE*, p. 290 ; *Juris-Data* n° 2008-073910 ; *AJDA* 2008, p. 1812, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER.

1864 Voy. *supra*, n° 248 et s.

1865 CE, 28 septembre 1945, *Sieur Boué* ; *Recueil CE*, p. 196. Le Conseil constitutionnel n'était alors guère plus exigeant : « 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 des règlements » (Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989 ; préc., considérant n° 37).

l'admettait comme un mal nécessaire à la mobilité de l'ordre public économique ¹⁸⁶⁶. Mais la solution est désormais inversée ¹⁸⁶⁷. À la suite du Conseil constitutionnel ¹⁸⁶⁸, le Conseil d'État affirme aujourd'hui que « le principe de légalité des délits et des peines [...] s'applique aux sanctions administratives au même titre qu'aux sanctions pénales et [...] implique que les éléments constitutifs des infractions soient définis de façon précise et complète » ¹⁸⁶⁹.

434. Second corollaire au principe de légalité : la non-rétroactivité. Directement liée à la légalité, et revêtue d'une force particulière en droit pénal, la non-rétroactivité des lois plus sévères est appliquée à la responsabilité administrative ¹⁸⁷⁰. Parallèlement, le principe de la rétroactivité des lois plus douces y a également été transposé ¹⁸⁷¹.

435. Le principe de proportionnalité de la répression administrative. Le Conseil d'État s'assure depuis longtemps d'une certaine adéquation entre la sanction et l'infraction. Cela étant, « son contrôle, poussé dans le cadre du plein contentieux ¹⁸⁷², demeure "restreint" lorsqu'il statue comme juge de l'excès de pouvoir » ¹⁸⁷³ ; il renonce en effet à exercer un contrôle normal de la sanction, et se borne à censurer l'erreur manifeste d'appréciation de l'autorité administrative. C'est ici bien plus le Conseil constitutionnel qui s'est érigé assez efficacement en gardien du respect de la proportionnalité ¹⁸⁷⁴. Une jurisprudence rigoureuse, conduisant à de fréquentes censures ¹⁸⁷⁵, n'a pas été sans effet sur

1866 M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.*, p. 68.

1867 Encore que de très nombreux textes restent, en pratique, imprécis (H.-M. CRUCIS et E. BREEN, « Sanctions administratives », fasc. préc., n° 60).

1868 Conseil constitutionnel, 25 février 1992, décision n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

1869 CE, 9 octobre 1996, *Société Prigest* ; *Recueil CE*, p. 690.

1870 CE, 24 mars 1982, *Société Legrand* ; *Recueil CE*, p. 544. Voy. également la décision du Conseil constitutionnel qui, se basant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, affirme que « le principe de non-rétroactivité ainsi formulé ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » (Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, décision n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, considérant n° 33).

1871 CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM* ; *Recueil CE*, p. 25 ; *Gaz. Pal.* 2009, doct. p. 3489, note B. DU MARAIS et A. SÉE ; *RFDA* 2009, p. 259, concl. C. LEGRAS ; *AJDA* 2009, p. 583, chron. J.-J. LIEBER et A. BOTTEGHI.

1872 Voy., en matière de concurrence, CE, Sect., 29 janvier 1982, *S.A. Feudor-France* ; *Recueil CE*, p. 40.

1873 M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.*, p. 87-88.

1874 Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987 ; préc. considérant n° 16.

1875 H.-M. CRUCIS et E. BREEN, « Sanctions administratives », fasc. préc., n° 62.

le législateur, soucieux de respecter cette exigence ¹⁸⁷⁶. C'est, enfin, sur le fondement de la proportionnalité que le Conseil d'État ¹⁸⁷⁷ et le Conseil constitutionnel ¹⁸⁷⁸ semblent interdire le principe de sanctions administratives automatiques - à l'image de la solution que le droit pénal retient sur le fondement de l'individualisation des peines ¹⁸⁷⁹.

Bien que des progrès puissent donc être encore réalisés sur la voie d'un rapprochement des garanties substantielles pénales et administratives, ces dernières sont d'ores et déjà assez satisfaisantes et, cumulées aux garanties d'ordre procédural, pourraient justifier une dépenalisation de certaines atteintes au consentement au profit de la voie administrative.

§ 2. LES PRINCIPES PROCÉDURAUX PÉNAUX APPLIQUÉS À LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

436. Les droits de la défense de la personne poursuivie en matière administrative.

Les droits de la défense ont été d'abord considérés comme un principe général du droit ¹⁸⁸⁰, avant d'être érigés en principe fondamental reconnu par les lois de la République ¹⁸⁸¹ par le Conseil constitutionnel, ce qui lui a permis de les imposer au législateur. Ils s'appliquent de manière générale aux « sanctions ayant le caractère d'une punition » ¹⁸⁸², c'est-à-dire également aux sanctions administratives. Du point de vue du Conseil d'État ¹⁸⁸³ et de la Cour EDH, les droits de la défense participent intimement au procès équitable, tel qu'exigé par l'article 6 de la Convention EDH ¹⁸⁸⁴. Ils se déclinent à ce titre en plusieurs exigences

1876 Voy. par ex., l'article L. 464-2 du Code de commerce, à propos des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence : « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné [...] et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées [...]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

1877 CE, 18 juillet 2011, *Thion c/Agence française de lutte contre le dopage* ; inédit, n° 338390 ; *Juris-Data* n° 2011-017161. *Contra*, CE, 24 mars 2006, *SA Martell & Co* ; *Recueil CE*, p. 164 ; *JCP G* 2007, II, 10206, note B. BELDA.

1878 Conseil constitutionnel, 13 août 1993, décision n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, considérant n° 49 ; Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, décision n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, considérant n° 51. *Contra*, Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997 ; préc.

1879 L. LETURMY, « Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires, Une conception à repenser du principe d'individualisation », *AJ Pénal* 2011, p. 280 et s.

1880 CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier* ; *Recueil CE*, p. 133 ; *D.* 1945, p. 110, note J. DE SOTO ; *RDP* 1944, p. 256, note G. JÈZE.

1881 Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, décision n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*.

1882 Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006 ; préc., considérant n° 11.

1883 Voy. en ce sens, CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier* ; *Recueil CE*, p. 399 ; *D.* 2000, p. 62, obs. M. BOIZARD ; *JCP G* 2000, II, 10627, note F. SUDRE ; *AJDA* 2000, p. 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; *RTD com.* 2000, p. 405, obs. N. RONTCHEVSKY.

1884 Mais encore faut-il qu'il y ait procès. Ce qui permet aux procédures spécifiques de non-contestation de grief, de transaction et d'engagement d'être soustraites à la matière pénale, avec l'onction de la

particulières : contradictoire¹⁸⁸⁵, motivation de la décision¹⁸⁸⁶, droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination¹⁸⁸⁷, prohibition de la *reformation in pejus*¹⁸⁸⁸, prescription de l'action¹⁸⁸⁹... Seules seront ici étudiées les exigences principales - l'impartialité, *non bis in idem*, la présomption d'innocence *etc* -, pour relever leur application satisfaisante en matière de répression administrative, de nature à justifier une dépenalisation des atteintes au consentement à son profit. Sera, enfin, rappelée l'existence d'un droit de recours devant une véritable juridiction, propre à relativiser grandement les critiques qui viseraient encore les garanties offertes par la voie administrative.

437. Le principe d'impartialité. Le principe d'impartialité s'applique en toute matière, mais plus particulièrement encore en matière répressive, que la répression soit pénale ou administrative¹⁸⁹⁰. Cette exigence a été considérablement renforcée sous l'influence de

Cour EDH (voy. sur ce point, E. CLAUDEL, « Les sanctions en droit de la concurrence, La sanction une institution au cœur de la politique de la concurrence », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique, op. cit.*, p. 425 et s., n° 42 et s.).

- 1885 Le respect du contradictoire n'est toutefois pas aussi bien assuré devant le juge administratif que devant le juge pénal (A. VARINARD et E. JOLY-SIBUET, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal », *RIDP* 1988, p. 189 et s., spéc. p. 206). Le caractère contradictoire de la répression administrative a été renforcé par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (*adde* CE, 26 mars 2008, *Oliviero* ; inédit, n° 295801 et 295802 ; *Juris-Data* n° 2008-073349 ; CE, 15 juin 2011, *Assoc. Justice pour toutes les familles* ; inédit, n° 347581 ; *Juris-Data* n° 2011-011751).
- 1886 La loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, en exigeant la motivation des décisions administratives individuelles défavorables, oblige l'administration à motiver ses décisions lorsqu'elle recourt aux sanctions administratives. C'est aujourd'hui une nécessité constitutionnelle (Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989 ; préc., considérant n° 30), parfois prévue par le législateur (voy. par ex., pour les sanctions pécuniaires administratives, l'article L. 464-2 du Code de commerce). *Adde* les analyses récentes de J.-M. SAUVÉ, « La motivation des sanctions administratives », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET et G. GUERLAIN (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 2. La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p. 133 et s. ; et P. IDOUX, « La motivation des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes », *idem*, p. 187 et s.
- 1887 Cour EDH, 3 mai 2001, requête n° 31827/96, *J. B. c/ Suisse* ; *JCP G* 2001, I, 342, n° 13, obs. F. SUDRE ; et, plus récemment, Cour EDH, 5 avril 2012, requête n° 11663/04, *Chambaz c/ Suisse*.
- 1888 CE, Sect., 16 mars 1984, *Moreteau* ; *Recueil CE*, p. 108 ; *D.* 1984, IR p. 483, note J.-P. THÉRON ; Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989 ; préc., considérant n° 31.
- 1889 Il n'existe pas de principe général de prescription en matière de répression administrative. Certains textes prévoient toutefois des délais de prescription (les actions de l'Autorité de la concurrence sont ainsi soumises à une prescription de trois ans selon l'article L. 462-7 du Code de commerce). Surtout, l'application de l'article 6 de la Convention EDH a conduit à imposer un délai raisonnable, semble-t-il contrôlé par les juges français (CE, 19 juillet 2011, *Lagarde c/ min. Agr.* ; inédit, n° 326610 et 326611 ; *Juris-Data* n° 2011-014679).
- 1890 CE, Sect., 9 novembre 1966, *Commune de Clobars-Carnoët* ; *Recueil CE*, p. 591 ; *D.* 1967, jur. p. 92, concl. BRAIBANT ; *AJDA* 1967, p. 34, chron. LECAT et MASSOT ; *RDP* 1967, p. 334, note M. WALINE ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989 ; préc. : « la Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à l'obligation d'impartialité ». *Adde* Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012 ; préc., considérant n° 19, qui vise « les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction ». Le Conseil d'État l'applique, lui, dès la phase administrative de la procédure (CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier* ; préc.).

l'article 6 de la Convention EDH ¹⁸⁹¹. L'impartialité doit s'entendre à la fois de manière subjective - les juges doivent tenir à l'écart toute considération personnelle ¹⁸⁹² -, et objective - une même personne ne doit pas, par exemple, participer à la fois aux poursuites et aux sanctions dans une même affaire ¹⁸⁹³.

Dans ce dernier cas, l'exigence d'impartialité permet opportunément de limiter certaines atteintes à la *séparation des pouvoirs*. En effet, parce qu'il revient à réunir dans les mêmes mains les pouvoirs de réglementation et de sanction ¹⁸⁹⁴, le mécanisme des sanctions administratives amène naturellement à « s'interroger sur la légitimité d'un processus dans lequel l'Administration est tout à la fois juge et partie » ¹⁸⁹⁵. Après l'avoir refusé ¹⁸⁹⁶, le Conseil constitutionnel avait pourtant validé le principe : « 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 » ¹⁸⁹⁷. Cette atteinte au principe de séparation des pouvoirs a été très critiquée ¹⁸⁹⁸, amenant un renouveau de l'exigence d'impartialité en matière de répression administrative.

1891 P. DELVOLVÉ, « Droit pénal et droit administratif », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 53, 2010, *Le droit pénal*, p. 146 et s., spéc. p. 154.

1892 Un rapport doctrinal récent a proposé d'améliorer l'impartialité subjective par l'adoption d'une charte de déontologie et la mise en place d'un déontologue conseiller auditeur (sur le modèle du conseiller auditeur auprès de l'Autorité de la concurrence, introduit par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 à l'article L. 461-4 du Code de commerce, voy. *infra* note 1944), ainsi que par des mécanismes de prévention des conflits d'intérêts (voy. le rapport de la Commission Europe du Club des juristes rendu le 29 mai 2012, intitulé « Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives », propositions n° 1, 4 et 5 ; pour une présentation précise et critique, voy. G. ECKERT, « Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », *JCP G* 2012, 813).

1893 Selon la Cour EDH, l'impartialité objective conduit à rechercher si « des garanties suffisantes [existent] pour exclure à cet égard tout doute légitime » (Cour EDH, 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79, *Piersack c/ Belgique*, § 30).

1894 P. DELVOLVÉ, « La justice hors du juge », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1984, n° 4, p. 16 et s., n° 28 et s.

1895 J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd., 2012, n° 422 *in fine*.

1896 Conseil constitutionnel, 11 octobre 1984, décision n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* ; *Pouvoirs* 1984, n° 33, 163, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *RDP* 1986, p. 395, note L. FAVOREU ; *AJDA* 1984, p. 684, note J.-J. BIENVENU. Dans une décision antérieure, le Conseil avait reproché au législateur « d'avoir cru devoir laisser le soin de prononcer la sanction à une autorité non judiciaire » (Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, décision n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982* ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, 199, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Revue administrative* 1983, p. 142, note M. DE VILLERS).

1897 Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989 ; préc. M. DELLIS a nuancé quelque peu cette interprétation. Pour lui, le juge constitutionnel visait à écarter la thèse présentée par les auteurs de la saisine, à savoir que le principe de la séparation des pouvoirs interdit de manière absolue toute forme de sanction administrative ; mais « cela ne signifie pas qu'il adopte le phénomène de la répression extrapénale sans aucune limite » ; il s'agirait d'une « constitutionnalité sous réserve » (G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 113).

1898 Voy. not. J.-L. DE CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 103 et s., spéc. p. 124.

Ce renouveau est dû à la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁸⁹⁹ et, surtout, à certaines avancées du Conseil constitutionnel lui-même¹⁹⁰⁰. Une bonne illustration peut en être tirée d'une décision du Conseil constitutionnel rendue le 2 décembre 2011¹⁹⁰¹ à propos de la Commission bancaire - disparue depuis, au profit de l'Autorité de contrôle prudentiel. Le Conseil y avait décidé que « les dispositions contestées [...] en organisant en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements [...] et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution »¹⁹⁰². Une décision du 5 juillet 2013¹⁹⁰³ confirme cette constitutionnalisation de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement. La solution s'imposait, notamment pour harmoniser la solution avec la conception que la Cour EDH adopte de l'impartialité objective¹⁹⁰⁴. Ainsi que cela a pu être proposé, il faudrait procéder à « la généralisation d'un organe de sanctions structurellement distinct de

1899 En matière de concurrence, la cour d'appel de Paris avait affirmé à plusieurs reprises qu'un même juge pouvait, sans méconnaître le principe d'impartialité, examiner la régularité de l'ordonnance autorisant les visites et saisies, puis le bien-fondé de la décision au fond (CA Paris, 16 juin 2009, n° 2008/01540, *Société Colas Midi-Méditerranée* ; CA Paris, 5 janvier 2010, n° 2009/02679, *Société d'exploitation de l'entreprise Ponsaty, Société transports Cerdans*). Mais pour la Cour de cassation, « l'examen de l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles autorisant les visites et saisies par la même formation de jugement que celle appelée à statuer sur le bien-fondé des griefs retenus et de la sanction prononcée au titre de ces pratiques est de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de la juridiction » (Com., 21 juin 2011 ; *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *JCP E* 2011, 1506 ; Com., 2 novembre 2011 ; *Bull. civ.* IV, n° 177 ; *JCP E* 2011, 1812 ; Com., 14 février 2012 ; *Bull. civ.* IV, n° 32).

1900 Voy. à cet égard, la décision qu'il a rendue à propos de l'Autorité de la concurrence (Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012 ; préc., considérant n° 16 : « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis »).

1901 Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, décision n° 2011-200 QPC, *Banque populaire Côte d'Azur*, considérant n° 12 ; *D.* 2012, p. 1909, obs. H. SYNNET ; *JCP E* 2012, 1034, note Y. PACLOT ; *Constitutions* 2012, p. 337, obs. O. LE BOT ; *AJDA* 2012, p. 578, chron. M. LOMBARD ; *Revue droit bancaire et financier* 2012, alerte 1.

1902 Le problème a aujourd'hui disparu : le législateur a pris garde à distinguer, au sein de la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel, un collège, autorité de poursuite, et une commission des sanctions (article L. 612-4 du Code monétaire et financier).

1903 Conseil constitutionnel, 5 juillet 2013, décision n° 2013-331 QPC, *Société Numéricable SAS et autres* ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 215, note D. BOSCO (à propos de l'ARCEP).

1904 Cour EDH, 11 juin 2009, requête n° 5242/04, *Dubus SA c/ France* ; *D.* 2009, p. 2247, note A. COURET ; *JCP E* 2009, p. 2018, note P. PAILLER ; *AJDA* 2009, p. 1936, chron. J.-F. FLAUS ; *AJ Pénal* 2009, p. 354, étude J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Revue droit bancaire et financier* juillet-août 2009, n° 111, obs. CRÉDOT et SAMIN. Le Conseil d'État occupait initialement une position inverse (CE, 30 juillet 2003, *Société Dubus S.A.* ; inédit, n° 240884 ; *Juris-Data* n° 2003-066091 ; *AJDA* 2004, p. 26, note A. LAGET-ANNAMAYER), avant de se ranger derrière l'avis de la Cour EDH (CE, 8 novembre 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* ; inédit, n° 329384 et 330042 ; *Juris-Data* n° 2010-020877). Sur l'ensemble de ce point, voy. Y. PACLOT, note précitée sous Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011.

celui en charge des poursuites »¹⁹⁰⁵. Une telle réforme étendrait incontestablement les garanties d'impartialité ; des obstacles d'ordre économique pourraient en revanche s'y opposer¹⁹⁰⁶.

Il resterait encore à traiter le problème majeur du droit d'*auto-saisine* de certaines autorités administratives. Le cas de l'Autorité de la concurrence pouvant se saisir d'office de certaines pratiques¹⁹⁰⁷, a certes été validé par le Conseil constitutionnel dans la décision déjà mentionnée du 12 octobre 2012¹⁹⁰⁸. Le Conseil estime que les dispositions contestées « ne conduisent pas l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner », notamment parce que la saisine doit avoir été proposée par le rapporteur général, qui est ensuite chargé de l'instruction de l'affaire alors que c'est le collège de l'Autorité qui sera finalement compétent pour infliger des sanctions. Il reste que cette faculté d'auto-saisine constitue bien un véritable obstacle à l'exigence d'impartialité, ce que d'autres décisions du Conseil retiennent d'ailleurs clairement¹⁹⁰⁹.

438. *Non bis in idem*. La règle *Non bis in idem* est appliquée à la répression administrative¹⁹¹⁰. Elle interdit, en premier lieu, le cumul de deux sanctions administratives pour un même fait. Toutefois, ce principe ayant valeur législative, le législateur peut y déroger par une disposition expresse¹⁹¹¹ - chose impossible en droit pénal : « un même

1905 Rapport précité du Club des juristes rendu le 29 mai 2012, proposition n° 7.

1906 En ce sens, G. ECKERT, « Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », art. préc., l'auteur renvoyant aux débats lors de l'adoption de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009, lorsque le Parlement avait écarté une telle solution lors de la création de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires en raison de son coût supplémentaire.

1907 Article L. 462-5, III du Code de commerce. Comp., pour l'Autorité de contrôle prudentiel, les articles L. 612-1, II et L. 612-38 du Code monétaire et financier.

1908 Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012 ; préc. ; considérant n° 20.

1909 Conseil constitutionnel, 7 décembre 2012, décision n° 2012-286 QPC, *Société Pyrénées services et autres* ; D. 2012, p. 2886, obs. A. LIENHARD ; JCP G 2013, 50, note N. GERBAY. Adde M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », D. 2013, chron. p. 28 et s. ; B. ROLLAND, « L'inconstitutionnalité de la saisine d'office », *Procédures* 2013, étude n° 3. Le Conseil retient qu'« en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée » ; puis que « si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité » (considérant n° 4).

1910 CE, Sect., 25 juin 1945, *Dame Veuve Corby* ; *Recueil CE*, p. 144.

1911 La commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel par exemple « peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire au plus égale à cent millions d'euros » (article L. 612-39 du Code monétaire et financier).

manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative, sauf si la loi en dispose autrement », a pu retenir le Conseil d'État ¹⁹¹².

Parallèlement, le Conseil constitutionnel a autorisé le législateur à cumuler sanctions administratives et pénales ¹⁹¹³. Mais il a rapidement exigé, d'abord, que « le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé des sanctions encourues » ¹⁹¹⁴, puis, surtout, qu'une « sanction administrative de nature pécuniaire ne [puisse] se cumuler avec une sanction pénale » ¹⁹¹⁵. Ces nuances ne font pas taire les critiques portant sur ce cumul très discutable ¹⁹¹⁶. La solution est plus trouble au sujet de la Convention EDH. Si la règle *Non bis in idem* est consacrée à l'article 4 § 1 du protocole n° 7 à la Convention du 22 novembre 1984, l'État français a émis une réserve d'interprétation, précisant justement que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions. Malgré cette réserve, le principe même du cumul des répressions administrative et pénale semble en sursis, en raison de l'interprétation extensive donnée par la Cour EDH à la portée de *non bis in idem* ¹⁹¹⁷. Compte-tenu de la proximité de fonction et de contenu entre sanctions administratives et pénales ¹⁹¹⁸, la suppression de tout cumul paraît s'imposer ¹⁹¹⁹.

439. La présomption d'innocence. La présomption d'innocence est, aux yeux d'une doctrine classique, un principe particulièrement bafoué par la répression administrative ¹⁹²⁰. La solution, pourtant, mérite aujourd'hui d'être grandement nuancée ¹⁹²¹. La présomption a

1912 CE, 29 octobre 2009, *Société Air France c/ ACNUSA* ; inédit, n° 312825 et 312826 ; *Juris-Data* n° 2009-012850.

1913 Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, décision n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*.

1914 Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989 ; préc., considérant n° 22 ; Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997 ; préc., considérant n° 41. Condition rappelée le 20 juillet 2012 (décision n° 2012-266 QPC, *M. Georges R.*, considérant n° 9). Le Conseil se fonde alors sur le principe de proportionnalité.

1915 Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, décision n° 96-378 DC, *Loi de réglementation des télécommunications*, considérant n° 15.

1916 Voy. par ex., J. LASSERRE-CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », *D.* 2012, p. 693 et s.

1917 Voy. not. Cour EDH, 23 octobre 1995, requête n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche* et, plus récemment, Cour EDH, 10 février 2009, requête n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie* ; *D.* 2009, p. 2014, note J. PRADEL ; *AJDA* 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC* 2009, p. 675, obs. D. ROETS. Rapp. la position similaire de la CJUE (voy. par ex., CJUE, 26 février 2013, n° C-617/10, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson* ; *AJ Pénal* 2013, p. 270, obs. C. COPAIN).

1918 Sur quoi, voy., *infra*, n° 444 et s.

1919 En ce sens, voy. le rapport précité du Club des juristes rendu le 29 mai 2012, proposition n° 12.

1920 J. MOURGEON, *La répression administrative*, th. préc., n° 325.

1921 G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 480 et s.

de réelles applications en la matière, le Conseil constitutionnel estimant qu'il s'agit d'un principe spécifique aux mesures répressives administratives¹⁹²², et censurant les présomptions de culpabilité¹⁹²³. Dans ces conditions, prétendre que la répression administrative ignore la présomption d'innocence paraît exagéré. Et il ne faudrait pas oublier que la présomption d'innocence en droit pénal, et particulièrement en droit pénal des affaires¹⁹²⁴, est elle-même loin d'être absolue.

440. Le contrôle des pouvoirs d'enquête. La répression administrative pose encore la question de la conciliation des droits de la défense et des intérêts de l'enquête. Le Conseil constitutionnel s'est à ce sujet montré peu strict, jugeant conformes à la Constitution les pouvoirs donnés à des agents simplement habilités par une autorité, et non à un officier de police judiciaire, de procéder à des enquêtes dans des locaux professionnels sans intervention ni contrôle de l'autorité judiciaire¹⁹²⁵. Ce sont surtout les importants pouvoirs d'enquête des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence qui soulèvent de grandes difficultés¹⁹²⁶, en particulier la pratique dite du *dawn-raid* - opérations permettant aux enquêteurs de visiter les locaux des entreprises, recueillir des déclarations de responsables, interroger des membres du personnel de l'entreprise visitée et prendre des copies de document. Ces opérations ne peuvent, certes, être menées que sur autorisation du juge des libertés et de la détention¹⁹²⁷, mais cela ne semble pas être une garantie suffisante¹⁹²⁸.

1922 Conseil constitutionnel, 21 février 2008, décision n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, considérant n° 12 ; D. 2008, p. 1359, note Y. MAYAUD ; RDP 2008, p. 1381, note C. GHICA-LEMARCHAND. Le Conseil d'État est du même avis, posant que l'article 6 § 2 de la Convention EDH est invocable à l'encontre de la phase administrative du prononcé de la pénalité infligée au contribuable (CE, 24 mars 2006 ; préc.).

1923 Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, décision n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* ; D. 2009, p. 1170, note J.-M. BRUGUIÈRE, et p. 2045, note L. MARINO ; JCP G 2009, 101, note J.-P. FELDMAN et 274, note M. VERPEAUX ; RSC 2009, p. 609, note J. FRANCILLON. Le Conseil a ainsi déclaré contraire à la Constitution un article qui, « en opérant un renversement de la charge de la preuve, [...] institue, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à Internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit ». Voy. A. CAPPELLO, « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives, Décision du 10 juin 2009 n° 2009-580 DC », RSC 2010, p. 415 et s.

1924 B. BOULOC, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », art. préc.

1925 Conseil constitutionnel, 19 janvier 1988, décision n° 87-240 DC, *Loi sur les bourses de valeurs* ; RDP 1989, p. 399, L. FAVOREU (à propos de l'ancienne COB).

1926 Sur l'ensemble de ce point, voy. J. CATALA MARTY et L. NOUVEL, « Conciliation des droits de la défense et des intérêts de l'enquête dans les perquisitions en concurrence », JCP E 2012, 1442.

1927 Le juge doit s'assurer que les éléments produits par l'Administration justifient « la mesure intrusive de visites et saisies » (CA Paris, 17 juin 2010, n° 09/12774, *Stés Aujourd'hui Sport, Le Parisien libéré, Editions PA, Medias, Intra-Presse, L'Équipe* ; *Juris-Data* n° 2010-009671).

De réelles atteintes aux droits et libertés des entreprises et de leurs employés ont également été causées par la pratique consistant à saisir l'intégralité des messageries électroniques, lors de perquisitions fondées sur l'article L. 450-4 du Code de commerce. Pour limiter les atteintes aux garanties des personnes poursuivies à ce stade de la procédure, la doctrine a pu suggérer la reconnaissance d'un principe de proportionnalité et de spécialité des mesures d'enquête, et d'un principe de loyauté dans la recherche de la preuve¹⁹²⁹. De son côté, la Cour de cassation a considéré, dans cinq arrêts rendus le 24 avril 2013¹⁹³⁰, que la saisie des correspondances échangées entre un avocat et son client portait une atteinte irrémédiable aux droits de la défense et devait être sanctionnée par la nullité de la procédure, ce qui pose la question de l'existence même, à l'avenir, des saisies globales¹⁹³¹.

441. Le recours possible devant les juridictions classiques. Un dernier argument fait que la protection relativement moindre des droits de la défense en matière de sanction administrative n'apparaît pas être un réel obstacle. Les personnes qui ont été sanctionnées administrativement peuvent, en tous les cas, exercer un recours contre ces sanctions. Or, ce recours sera examiné par les juridictions des ordres judiciaire - la compétence revenant alors à la cour d'appel de Paris¹⁹³² -, et administratif¹⁹³³, devant lesquels la personne disposera des garanties procédurales classiques. Sans doute cette dispersion des voies de recours est-elle regrettable, et mériterait d'être unifiée. M. ECKERT souligne ainsi qu'« un tel partage du contentieux est source de complication », l'intervention du Tribunal des

1928 En ce sens, voy. J. CATALA MARTY et L. NOUVEL, « Conciliation des droits de la défense et des intérêts de l'enquête dans les perquisitions en concurrence », art. préc., n° 1.

1929 Sur ces points, voy. G. ECKERT, « Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », art. préc., spéc. p. 1362. L'étude en question est le rapport précité du Club des juristes rendu le 29 mai 2012, propositions n° 22 et 32.

1930 Crim., 24 avril 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 12-80331 ; *Gaz. Pal.* 2013, jur. p. 1639, note D. PIAU ; *LPA* 1^{er} juillet 2013, n° 130, p. 4, obs. O. DUFOR ; *Procédures* 2013, comm. n° 222, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80332 ; Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80335 ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 112, obs. J.-H. ROBERT ; Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80336 ; Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80346.

1931 L. SAENKO, « Les saisies globales en droit de la concurrence : perspectives nouvelles », *JCP E* 2013, 1453, n° 16 et s.

1932 Article L. 464-7 du Code de commerce (recours en annulation ou en réformation). *Adde* P. DELVOLVÉ, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 47 et s., spéc. p. 58.

1933 Ainsi, relèvent entre autres du contentieux administratif les sanctions prononcées par l'Autorité de contrôle prudentiel (article L. 612-6 du Code monétaire et financier). En revanche, relèvent notamment du contentieux judiciaire les sanctions de l'Autorité de la concurrence.

conflits en témoignant¹⁹³⁴. Que l'unification se fasse au bénéfice des juridictions judiciaires¹⁹³⁵, ou administratives¹⁹³⁶, celle-ci paraît alors éminemment souhaitable.

La Cour EDH exige en tous les cas un recours de pleine juridiction, qui ne peut donc pas se limiter à un contrôle sur la base des seules normes constitutionnelles, ou limiter l'appréciation par le juge de la proportionnalité entre la faute et la sanction¹⁹³⁷. En somme, une personne qui conteste une sanction administrative aura, tôt ou tard, la possibilité de se défendre et de faire valoir ses droits devant une juridiction appliquant les garanties classiques. Cet argument peut être nuancé, en raison du caractère souvent non suspensif des voies de recours, lui-même dû au caractère exécutoire de toute décision administrative¹⁹³⁸. La personne sanctionnée est, à compter du prononcé, considérée comme coupable - à l'inverse, bien évidemment, de la solution retenue en matière pénale, à moins qu'une exécution provisoire ait été ordonnée¹⁹³⁹. La personne doit alors exécuter immédiatement la sanction, sauf à obtenir le bénéfice du sursis à exécution¹⁹⁴⁰ - ce qui est très difficile¹⁹⁴¹.

442. Bilan. Ainsi, globalement, les garanties accordées en matière de sanctions administratives sont, c'est exact, inférieures à celles accordées par la procédure pénale. Nous avons vu toutefois qu'il fallait nuancer cette infériorité. D'une part, parce que les garanties accordées par la procédure pénale ne sont pas toujours si importantes¹⁹⁴².

1934 Tribunal des conflits, 2 mai 2011, n° 3766, *Société Europe Finance et industrie* ; *Juris-Data* n° 2011-007963 ; *AJDA* 2012, p. 580, obs. M. LOMBARD ; *Droit administratif* 2011, comm. n° 89, note G. ECKERT.

1935 En ce sens, le rapport précité du Club des juristes rendu le 29 mai 2012, p. 80.

1936 Le Parlement pencherait en ce sens (voy. le rapport de l'Assemblée nationale n° 2925, 2010, p. 57 et s.).

1937 Voy. les arrêts cités par H.-M. CRUCIS et E. BREEN, « Sanctions administratives », fasc. préc., n° 106, et n° 113 et s. Le législateur en a parfois tenu compte pour prévoir un « recours de pleine juridiction » (ainsi de l'article L. 612-16 du Code monétaire et financier, pour les recours contre les décisions prononcées par la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel).

1938 Voy. par ex., pour l'Autorité de la concurrence, l'article L. 464-8, alinéa 2 du Code de commerce : « Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité ».

1939 Sur l'ensemble de ce point, S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépenalisation du droit pénal des affaires" », art. préc., n° 36.

1940 Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, considérant n° 22 ; *AJDA* 1987, p. 315, note J. CHEVALLIER ; *RFDA* 1987, p. 287, note B. GENEVOIS et L. FAVOREU ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET ; *Revue Administrative* 1988, p. 29, note J.-M. SOREL.

1941 La cour d'appel de Paris peut surseoir à l'exécution de la décision (et donc au paiement de l'amende) si celle-ci « est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu [...] des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité » (article L. 464-8 du Code de commerce).

1942 Voy. les illustrations citées *supra*, n° 429.

D'autre part, parce que la répression administrative tend à accorder des garanties, d'ordre substantiel comme d'ordre procédural, grandissantes - qu'il est d'ailleurs possible d'étendre davantage ¹⁹⁴³, et de rendre plus effectives ¹⁹⁴⁴. Il faut sans doute en conclure que, si « difficile » ¹⁹⁴⁵ soit-elle, il y a bien une réelle acclimatation des principes pénaux à la répression administrative. L'infériorité des garanties en matière de sanction administrative ne paraît alors pas être un obstacle infranchissable à la dépénalisation des atteintes au consentement contractuel au profit de la voie administrative.

Mais encore faudrait-il pouvoir identifier des sanctions administratives dont le contenu proposerait une approche originale de la réponse aux atteintes au consentement contractuel. Or, la proximité des sanctions pénales et administratives est telle que ces dernières ne présentent en réalité qu'un intérêt limité.

SECTION 2. L'INTÉRÊT LIMITÉ DE LA VOIE ADMINISTRATIVE

443. Envisageable en raison des garanties satisfaisantes offertes par la voie administrative, la dépénalisation de certaines atteintes au consentement contractuel au profit de cette voie présenterait en outre certains avantages. D'abord, la sanction pénale ne serait plus dévoyée par son utilisation systématique, ni détachée de ses finalités propres. Notre objectif principal serait atteint : restreindre l'intervention du droit pénal à la démonstration de sa légitimité. Ensuite, la stigmatisation morale que représente symboliquement la sanction pénale serait atténuée. La sanction administrative, réputée plus neutre, en tous les cas moins infamante et plus discrète ¹⁹⁴⁶, constituerait alors un relais particulièrement opportun ¹⁹⁴⁷. Confier, enfin, la lutte contre les atteintes au consentement

1943 Cet objectif a fait l'objet de travaux doctrinaux récents (voy. par ex., les travaux des deuxièmes journées européennes de la régulation sur « les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention EDH », *in Revue droit bancaire et financier* 2010, dossiers 17, 18, 20 et 21), dont on retiendra surtout le rapport précité de la Commission du Club des juristes rendu le 29 mai 2012.

1944 On pourrait à cet égard s'inspirer du conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence, créé par la loi LME du 4 août 2008. Il s'agit d'un expert dont la mission est d'aider, au niveau procédural, les entreprises mises en cause lors du déroulement des contrôles des pratiques anticoncurrentielles. L'objectif est de contribuer concrètement au respect des droits de la défense : la loi assigne au conseiller auditeur la mission « d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties » (article L. 461-4 du Code de commerce). Sur quoi, voy. D. VOILLEMOT-TRANIÉ, « Le conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence française », *JCP E* 2012, 1005.

1945 F. MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », *in Mélanges René Chapus, Droit administratif, op. cit.*, p. 411 et s., spéc. p. 426.

1946 Ainsi les séances de l'Autorité de la concurrence ne sont pas publiques (article L. 463-7 du Code de commerce) et les condamnations ne figurent jamais au casier judiciaire.

1947 J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et du droit administratif », *AJDA* 1995, numéro spécial du cinquantenaire, p. 76 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, « Symbolique et

contractuel à certains services ou autorités de nature administrative, plus spécialisés, plus rapides, permettrait peut-être de limiter l'ineffectivité qui semble actuellement la caractériser.

Pourtant, la dépénalisation au profit de la voie administrative paraît éminemment discutable, au point de devoir, selon nous, être écartée. En effet, en dehors de l'aspect symbolique et expressif du droit pénal, la fonction et le contenu des sanctions administratives et pénales sont d'une proximité telle, que la dépénalisation ne représenterait qu'une évolution pratique des plus limitées. Elle ne serait que de façade, restreinte à son aspect symbolique. Cette limite est d'ordre substantiel (§ 1). Sur un plan procédural, il serait en outre extrêmement difficile de déterminer les organes que l'on pourrait charger du pouvoir de sanctionner administrativement les atteintes au consentement contractuel (§ 2).

§ 1. UNE LIMITE SUBSTANTIELLE : LA PROXIMITÉ DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET PÉNALES

444. La proximité de fonction des sanctions administratives et pénales. La fonction de la sanction administrative ne se distingue que malaisément de celle que représente la sanction pénale¹⁹⁴⁸. Ainsi pour M. DELLIS, qui cherchait dans sa thèse à séparer la répression administrative de la répression pénale, « le critère finaliste se révèle inopérant pour distinguer matériellement les compétences pénales des compétences administratives »¹⁹⁴⁹. Il faut en effet éviter l'écueil d'une vision caricaturale, qui opposerait une répression pénale rétributive à une répression administrative régulatrice. Il existe aujourd'hui « une répression pénale rétributive et une répression pénale injonctive, comme il existe aussi une répression administrative régulatrice et une répression administrative

instrumentalité, Stratégies de pénalisation et de dépénalisation dans une société pluraliste », *Revue de l'Université de Bruxelles* 1984 (cité par G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 147). Comp. E. DREYER, pour qui « l'absence de connotation morale des sanctions extrapénales relève de la pétition de principe » (« La subsidiarité du droit pénal », art. préc., note 27).

1948 Rapp. J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et du droit administratif », art. préc., spéc. p. 76, qui relève qu'historiquement « l'attribution de la répression pénale à l'autorité judiciaire ne s'est pas faite immédiatement ni très clairement », et que le « pouvoir sanctionneur reste naturellement partagé entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, selon des choix législatifs oscillants ».

1949 G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 73.

punitive »¹⁹⁵⁰. Chacune poursuit le même objectif de la protection de l'intérêt général¹⁹⁵¹ et de l'ordre public¹⁹⁵², en mêlant notamment les deux fonctions principales de punition¹⁹⁵³ et de prévention¹⁹⁵⁴. Et la sanction administrative « est, comme une sanction pénale, l'expression du pouvoir répressif de l'État et, en définitive, de sa souveraineté »¹⁹⁵⁵. Les fonctions des sanctions administratives et pénales sont donc très proches - sans toutefois être parfaitement identiques¹⁹⁵⁶. La doctrine en tire souvent les conséquences en soulignant le « caractère éminemment pénal »¹⁹⁵⁷ des sanctions administratives, leur « essence pénale ou tout au moins [punitiv] »¹⁹⁵⁸, qui atteignent la personne dans son « statut de citoyen »¹⁹⁵⁹.

1950 *Ibidem*. Adde M. BÉNÉJAT, « Cessation de l'illicite et droit pénal », *RPDP* 2011, p. 595 et s., n° 3 : il serait « assez péremptoire de rejeter en bloc un droit pénal régulateur, injonctif voire administratif qui "gère les illégalismes" et dont la cessation de l'illicite constitue la principale sanction ». Sur le rôle de régulation de la répression pénale, voy. Y. MAYAUD, « Le droit pénal, instrument de régulation de l'activité économique et financière », in *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2007, p. 625 et s.

1951 Rappr. D. TRUCHET, pour qui le droit administratif « entretient des liens étroits avec la société : il est fait par elle et pour elle [...] » (*Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 5ème éd., 2013, p. 29). Ne peut-on pas dire pareil du droit pénal ?

1952 L'ordre public garanti par la répression administrative « ne se limite pas à la trilogie traditionnelle de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publiques, mais comporte des éléments spécifiques d'encadrement de l'économie, des finances [...] » (Q. EPRON, « Les sanctions en droit administratif, Le cas des autorités administratives indépendantes », in C. CHAINAIS ET D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, *op. cit.*, p. 517 et s., n° 11). Adde M. WALINE : « En droit pénal, nous voyons la société agir autoritairement ce qui est le type même de l'acte de puissance publique depuis la disparition de la vengeance privée. Le droit pénal est donc inséparable de l'idée d'exercice de la puissance publique et par suite est foncièrement différent du droit civil où les relations s'établissent entre égaux surtout dans le droit des contrats. Or en droit administratif, on trouve à chaque instant des faits ou des actes qui ne supposent pas moins l'exercice de la puissance publique » (cit. par J.-C. VÉNÉZIA, « Droit administratif et droit pénal », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, *op. cit.*, p. 113 et s., spéc. p. 113).

1953 En ce sens, P. DELVOLVÉ, « Droit pénal et droit administratif », art. préc., spéc. p. 163 : « En réalité désormais, droit administratif et droit pénal se rejoignent non seulement, comme on l'a dit précédemment, en ce que l'un et l'autre constituent un droit répressif, mais plus largement, en ce que tous deux participent d'un même droit, *le droit coercitif* » (souligné par l'auteur). L'auteur met en parallèle d'une part, les aspects administratifs de la répression, d'autre part, les aspects pénaux de la prévention.

1954 Voy. not., S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépénalisation du droit pénal des affaires" », art. préc., n° 29 : « Comme la sanction pénale, la sanction de régulation adopte [...] des objectifs de dissuasion et de prévention ». Rappr. E. CLAUDEL, « Les sanctions en droit de la concurrence, La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », art. préc., n° 25 : « On attache à la sanction différents objectifs : [...] punir, corriger et dissuader pour la sanction administrative ».

1955 Q. EPRON, « Les sanctions en droit administratif, Le cas des autorités administratives indépendantes », art. préc., n° 4.

1956 P. COMBEAU ET J. LEBLOIS-HAPPE, « Droit pénal et droit administratif », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, *op. cit.*, p. 379 et s., spéc. p. 382 : « Les deux droits se rapprochent, parfois se concurrencent, empruntent l'un à l'autre, sans pour autant renoncer à leur vocation spécifique : régir les rapports entre l'Administration et les administrés pour l'un, définir la criminalité et la combattre pour l'autre ».

1957 A. VARINARD ET E. JOLY-SIBUET, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal », art. préc., spéc. p. 199.

1958 B. BOULOC, « Observations sur le respect de la légalité devant le Conseil de la Concurrence », *Gaz. Pal.* 1990, doct. p. 566 et s., spéc. p. 572.

1959 J. MOURGEON, *La répression administrative*, th. préc., n° 343.

Cette proximité de fonction des sanctions administratives et pénales est confortée par celle de leur contenu - la sanction pécuniaire par exemple, dispose des mêmes finalités qu'elle soit pénale ou administrative -, ce qui amène à douter du progrès que réaliserait réellement une dépénalisation de certaines atteintes au consentement contractuel au profit de la voie administrative. En effet, à l'exception notable de la peine privative de liberté, qui n'est susceptible d'être prononcée que par les juges répressifs¹⁹⁶⁰, les sanctions administratives et pénales présentent un contenu d'une grande proximité, voire d'une stricte identité. M. BONNEAU a même pu écrire - d'une manière sans doute quelque peu exagérée -, que « les sanctions administratives sont des sanctions pénales qui ne disent pas leur nom »¹⁹⁶¹.

445. La proximité de contenu des sanctions pécuniaires administratives et pénales. Tel est en particulier le cas de la « reine des sanctions administratives »¹⁹⁶², la sanction pécuniaire, laquelle ne diffère en rien de l'amende pénale. L'amende pénale est certes parfois très élevée - donc dissuasive -, pour certains délits, dont le montant atteint régulièrement la somme de 375 000 euros¹⁹⁶³. En certains cas, l'amende est paradoxalement plus dissuasive pour les contraventions, où le montant de l'amende est multiplié par le nombre de contraventions constatées¹⁹⁶⁴. Par exemple, la méconnaissance de règles d'étiquetage pour 6 024 sachets de confiserie mis en vente constitue autant d'infractions, et d'amendes encourues¹⁹⁶⁵, et, dans une autre affaire, les juges ont pu prononcer 14 400 amendes pour autant de mentions obligatoires omises sur l'étiquetage de produits différents¹⁹⁶⁶. Le cumul des contraventions est redoutable pour le délinquant, voire destructeur¹⁹⁶⁷, ce qui laisse d'ailleurs craindre une certaine hésitation des juges à y

1960 Voy. *supra*, n° 419.

1961 TH. BONNEAU, « Sanction administrative, juge pénal et droit pénal en matière financière », art. préc., n° 11.

1962 M. DELMAS-MARTY, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal, Rapport général », *RIDP* 1988, p. 27 et s., spéc. p. 34.

1963 Par exemple pour l'escroquerie (article 313-1 du Code pénal, peine susceptible d'être aggravée jusqu'à 1 000 000 d'euros si elle est commise en bande organisée). Signalons également la peine d'amende des pratiques commerciales trompeuses qui, d'un montant initial de 37 500 euros (article L. 213-1 du Code de la consommation par renvoi de l'article L. 121-6, alinéa 1^{er}), peut être portée à 50 % des dépenses de publicité ou de la pratique constituant le délit (article L. 121-6, alinéa 2). *Adde* l'augmentation prévue par le projet de loi relatif à la consommation, *supra* n° 357.

1964 Article 132-7 du Code pénal.

1965 *Crim.*, 3 janvier 1979 ; *Bull. crim.*, n° 3 ; *D.* 1979, somm. p. 179, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

1966 Tribunal de police de Dijon, 7 août 1981 ; *RSC* 1982, p. 137, obs. P. BOUZAT. Plus récemment, voy. *Crim.*, 18 juin 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-86338 ; *Gaz. Pal.* 13 octobre 2013, p. 29, chron. E. DREYER ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 144, note J.-H. ROBERT.

1967 G. QUERO, « Le cumul des contraventions et ses problèmes », *Gaz. Pal.* 1976, doctr. p. 284 et s. ; J.-C. FOURGOUX, « Droit pénal économique. Conséquences extravagantes du non-cumul des peines en

recourir¹⁹⁶⁸. Pensons à cette affaire où un industriel, qui avait indûment utilisé le mot « étain » dans les 2 400 000 exemplaires de son catalogue, a été relaxé par le tribunal de police, très certainement décontenancé par le montant - ruineux pour une infraction mineure - , des 2 400 000 amendes qu'il devait prononcer¹⁹⁶⁹. Mais les pénalités administratives peuvent être d'un montant tout aussi dissuasif. Rappelons par exemple que les amendes infligées par l'Autorité de la concurrence peuvent facilement atteindre - et atteignent d'ailleurs en pratique - , plusieurs millions d'euros¹⁹⁷⁰.

Certes, le régime des deux sanctions n'est pas identique : par exemple le recours à la contrainte judiciaire n'est possible que pour certaines amendes pénales¹⁹⁷¹. De même, les organes prononçant les sanctions pécuniaires administratives et pénales sont évidemment différents. Mais substantiellement, ainsi que le remarque Mme MALABAT, « il n'en reste pas moins qu'elles consistent pareillement en un paiement d'une somme d'argent qui vient sanctionner le responsable. Le ressenti de la personne condamnée à ce paiement ne sera d'ailleurs vraisemblablement pas différent »¹⁹⁷². Remplacer l'amende pénale par une sanction pécuniaire administrative représente une amélioration d'ordre principalement symbolique, voire cosmétique. Et les inconvénients que présentent la sanction pénale n'en seraient certainement pas gommés. Partant, il y aurait une certaine hypocrisie à prôner une dépenalisation qui, concrètement, ne représenterait qu'une avancée très douteuse.

446. La proximité de contenu des mesures administratives et pénales de cessation, de correction ou de prévention de l'illicite. Il pourrait alors nous être objecté que les mesures administratives sont très loin de se cantonner aux seules sanctions

matière de contraventions. Application particulière à la répression des fraudes », *Gaz. Pal.* 1971, doctr. p. 284 et s.

1968 J.-C. FOURGOUX, « Le cumul des peines en matière de contravention et le droit économique », *RSC* 1984, p. 755 et s. ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, obs. sous *Crim.*, 17 février 1988, *RSC* 1989, p. 498 et s., spéc. p. 499 : la vente de 195 détecteurs de cinémomètres justifie la condamnation du prévenu à 195 amendes de 500 F chacune.

1969 Tribunal de police du Havre, 29 juin 1983 ; *Gaz. Pal.* 1983, somm. p. 423.

1970 Par exemple, l'Autorité de la concurrence est susceptible d'infliger des sanctions pécuniaires égales à 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise ou, s'il ne s'agit pas d'une entreprise, à 3 millions d'euros (article L. 464-2, I, alinéa 4 du Code de commerce). Pour des exemples concrets de montants impressionnants, voy. E. CLAUDEL, « Les sanctions en droit de la concurrence, La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », art. préc., n° 49.

1971 L'article 749 du Code de procédure pénale ne vise que les amendes prononcées pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement.

1972 V. MALABAT, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique, op. cit.*, p. 69 et s., n° 8.

pécuniaires¹⁹⁷³, mais peuvent également revêtir la forme de recommandations, d'avertissements, d'injonctions¹⁹⁷⁴ - de cesser ou suspendre, de faire ou de ne pas faire, de publication¹⁹⁷⁵ -, le cas échéant sous astreinte¹⁹⁷⁶, de retraits d'autorisation ou d'agrément¹⁹⁷⁷ ou encore de saisies et consignations. Toutefois, ces différentes mesures ne sont pas inconnues du droit pénal, ce qui renforce les doutes quant à l'utilité d'une dépénalisation au profit de la voie administrative.

Les différentes mesures pénales visant ce qu'il est possible de désigner cessation, correction ou prévention de l'illicite¹⁹⁷⁸, correspondent largement, et paraissent tout aussi efficaces que les mesures administratives. Bien qu'elles ne soient jamais conçues comme des peines principales de référence, car ne correspondant pas à la priorité du droit pénal, ces mesures revêtent une importance pratique remarquable. Elles peuvent être prononcées au titre de l'action publique comme de l'action civile¹⁹⁷⁹ - que cette dernière soit individuelle ou collective -, et au stade des poursuites comme du jugement.

447. La proximité de contenu des mesures administratives et pénales au stade des poursuites. Certaines mesures pénales s'apparentant largement aux mesures qu'offre la voie administrative peuvent être prononcées dès la phase de poursuite. Ainsi d'abord de la mesure alternative aux poursuites qui consiste à « Demander à l'auteur des faits de

1973 Ces différentes mesures ne sont alors plus, à proprement parler, des *sanctions* administratives (voy. H.-M. CRUCIS et E. BREEN, « Sanctions administratives », fasc. préc., n° 50 et s.).

1974 En matière d'atteintes au consentement contractuel, des injonctions peuvent notamment être prononcées par certaines AAI (par exemple par l'Autorité de la concurrence dans un cadre conservatoire ou au fond selon les articles L. 464-1 et L. 464-2, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce) et par la DGCCRF (article L. 141-1, V du Code de la consommation).

1975 Voy. par ex., en matière de concurrence, l'article L. 464-2, I, alinéa 5 du Code de commerce.

1976 À la suite de l'inexécution de diverses injonctions prononcées à son encontre par la Commission européenne le 24 mars 2004, la société Microsoft a subi des astreintes d'un montant de 280 puis 899 millions d'euros. Les astreintes peuvent être prononcées par les AAI (par exemple l'Autorité de la concurrence peut infliger des astreintes d'un montant de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe selon l'article L. 464-2, II du Code de commerce), mais les agents de la DGCCRF peuvent également enjoindre à certains professionnels de se conformer, ou de cesser les atteintes à la réglementation prévue aux Livres I, II et III du Code de la consommation (article L. 141-1 du Code de la consommation).

1977 Voy. par ex., l'article L. 325-1 du Code des assurances.

1978 Sur l'ensemble de ce point, voy. M. BÉNÉJAT, « Cessation de l'illicite et droit pénal », art. préc. La cessation de l'illicite est définie par l'auteur comme une sanction objective, agissant sur la situation illicite elle-même, et mettant le fait en conformité avec le droit, indépendamment de la répression du coupable et de la réparation de la victime (*idem*, n° 7). Comp., pour le droit civil, C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. R. BOUT, av.-propos PH. LE TOURNEAU, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 71, 2008.

1979 Dans ce dernier cas, l'action n'est toutefois envisageable que si des mesures de correction n'ont pas été prises au titre de l'action publique (Crim., 16 novembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 10-82176). Sur ces points voy. M. BÉNÉJAT, « Cessation de l'illicite et droit pénal », art. préc., n° 31 et s.

régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements »¹⁹⁸⁰, régularisation qui peut prendre des formes diverses. C'est surtout le cas de certaines mesures qui peuvent être prises au stade de l'instruction. Ainsi par exemple des interdictions professionnelles, qui peuvent en effet être prononcées dès le stade de l'instruction en cas de contrôle judiciaire¹⁹⁸¹. Répondant spécifiquement à une atteinte au consentement contractuel, le juge d'instruction peut également imposer tant la cessation d'une pratique commerciale trompeuse¹⁹⁸², même d'office, que la suspension de la commercialisation d'un produit ou d'un service¹⁹⁸³, nonobstant toutes voies de recours.

Cette proximité des mesures administratives et pénales, vérifiable dès le stade de l'instruction et, plus largement, des poursuites, se révèle davantage au stade du jugement, par l'étude de certaines peines alternatives, complémentaires et accessoires, et de leur comparaison avec les sanctions administratives.

448. La proximité de contenu des mesures administratives et des peines alternatives. D'autres mesures pénales de cessation, correction ou prévention de l'illicite, en cela très proches des mesures administratives, peuvent être prononcées au stade du jugement en tant que *peines*¹⁹⁸⁴. Elles peuvent consister, d'abord, en une peine *alternative* aux peines principales¹⁹⁸⁵. L'article 131-6 du Code pénal prévoit ainsi de manière générale que peuvent être prononcées à la place de l'emprisonnement - ou de l'amende, précise l'article 131-7 - , « 11° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une activité

1980 Article 41-1, 3° du Code de procédure pénale. Le procureur de la République peut décider d'y recourir, préalablement à sa décision sur l'action publique, « S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits [...] ».

1981 Article 138, 12° du Code de procédure pénale : le contrôle judiciaire peut consister, pour la personne, à « Ne pas se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale [...] lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et lorsqu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise ».

1982 Article L. 121-3 du Code de la consommation.

1983 Article L. 216-7 du Code de la consommation.

1984 Encore que la qualification de peine soit, techniquement, susceptible d'être remise en cause (M. BÉNÉJAT, « Cessation de l'illicite et droit pénal », art. préc., n° 20 et s.).

1985 Toutes les peines alternatives ne seront pas étudiées, qui pourraient être rapprochées des mesures administratives. Signalons encore l'existence de la peine de jour-amende que les juridictions peuvent prononcer lorsque l'infraction qu'elles constatent fait encourir à son auteur une peine d'emprisonnement (article 131-5 du Code pénal). Cette peine consiste dans le versement au Trésor public d'une somme quotidienne, dont le montant et la durée sont fixés à l'avance – dans la double limite d'une durée de 360 jours et d'un montant de 1 000 euros quotidiens. Le jour-amende n'est pas au sens strict une peine alternative, car il peut être prononcé en même temps que l'emprisonnement (article 131-9, alinéa 5 du Code pénal). Il ne peut, en revanche, être prononcé en même temps que l'amende, ce qui en fait, de ce point de vue au moins, une peine alternative. Le jour-amende n'est pas sans attrait, car il exerce une pression redoutable sur le condamné, notamment en raison du montant final (360 000 euros) susceptible d'être mis à sa charge.

professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction [...] ; 15° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer, de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale ». Certes, ces peines ne correspondent pas exactement aux sanctions administratives de retrait d'autorisation ou d'agrément. Mais en pratique, cela ne revient-il pas au même ¹⁹⁸⁶ ?

D'une manière plus subtile que les peines alternatives, le mécanisme de l'ajournement du prononcé de la peine assorti d'injonctions de faire ¹⁹⁸⁷ - qui n'est pas qualifié de peine ¹⁹⁸⁸ - , aboutit au même résultat. Il s'agit de reporter le prononcé de la peine à une date ultérieure, le temps de laisser la personne se conformer aux injonctions qui lui sont faites ¹⁹⁸⁹. Pour que la personne soit, finalement, dispensée de peine, il faut qu'elle ait satisfait aux conditions de l'article 132-59 du Code pénal : le reclassement du coupable doit être acquis, le dommage réparé, et le trouble résultant de l'infraction terminé. Outre cet enjeu, notons que les injonctions peuvent être prononcées avec le mécanisme particulièrement dissuasif de l'astreinte ¹⁹⁹⁰. Ce mécanisme se décline de manière spécifique à plusieurs reprises au sein de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. C'est ainsi par exemple que l'article L. 421-3 du Code de la consommation prévoit un ajournement du prononcé de la peine assorti de l'injonction, le cas échéant sous astreinte, de « cesser l'agissement illicite ou de supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite » ¹⁹⁹¹. Un tel mécanisme se retrouve en cas de discriminations sexistes d'un salarié : l'employeur peut bénéficier d'un temps pour définir ou exécuter « les mesures propres à assurer dans l'entreprise en cause le rétablissement de l'égalité professionnelle

1986 En ce sens, S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépenalisation du droit pénal des affaires" », art. préc., n° 40 : « La limitation, le retrait de l'autorisation conduisant nécessairement à la cessation de l'activité professionnelle ou encore l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des activités ressemble fort aux mesures restrictives de droits prononcées par une juridiction pénale ».

1987 Articles 132-66 et suivants du Code pénal. *Adde* É. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, coll. Manuel, 1ère éd., 2010, n° 472 et s.

1988 La Chambre criminelle de la Cour de cassation utilise l'expression de « mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite » (voy. par ex., Crim., 29 juin 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-87707).

1989 Article 132-69, alinéa 1^{er} du Code pénal : « A l'audience de renvoi, lorsque les prescriptions énumérées par l'injonction ont été exécutées dans le délai fixé, la juridiction peut soit dispenser le coupable de peine, soit prononcer les peines prévues par la loi ou le règlement ».

1990 Article 132-67 du Code pénal.

1991 Dans le cadre de cet article la juridiction répressive doit être saisie par une association de consommateurs telle que visée à l'article L. 421-1 du Code de la consommation.

entre les femmes et les hommes »¹⁹⁹². Ce mécanisme d'ajournement du prononcé de la peine avec injonction doit être évidemment rapproché des différentes injonctions - souvent mises en avant - , qu'offre la voie administrative¹⁹⁹³.

449. La proximité de contenu des mesures administratives et des peines complémentaires. La proximité des différentes mesures pénales et administratives de cessation, correction ou prévention de l'illicite s'affirme davantage lors de l'analyse des peines complémentaires aux peines principales. En effet, et sans qu'il soit ici question de revenir sur le détail de ces peines¹⁹⁹⁴, il faut bien saisir que leur contenu s'apparente très largement à celui des mesures administratives. De manière générale, « les mesures de remise en état, les injonctions de faire ou les interdictions professionnelles¹⁹⁹⁵ ou sociales constituent des peines complémentaires devenues très classiques »¹⁹⁹⁶, de même que la fermeture d'établissement¹⁹⁹⁷, les confiscations¹⁹⁹⁸ ou encore les mesures d'affichages¹⁹⁹⁹ et de publications judiciaires²⁰⁰⁰. En matière de pratique commerciale trompeuse, la publication judiciaire est même une *peine complémentaire obligatoire*²⁰⁰¹, conforme à la Constitution²⁰⁰² grâce aux possibilités d'individualisation qu'offrent la dispense de peine et le relèvement²⁰⁰³. Signalons encore certaines peines complémentaires originales et particulières aux atteintes au consentement contractuel. La cessation de la pratique commerciale trompeuse²⁰⁰⁴ ou la suspension de la commercialisation d'un produit ou

1992 Article L. 1146-2, 1° et 2° du Code du travail.

1993 Voy. *supra*, n° 225 et n° 446.

1994 Pour une analyse détaillée des peines complémentaires, voy. É. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 164 et s.

1995 Article 131-27 du Code pénal. Voy., pour des applications à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, les articles L. 122-8, alinéa 2 (abus de faiblesse) et L. 122-13 (pratiques commerciales agressives) du Code de la consommation.

1996 M. BÉNÉJAT, « Cessation de l'illicite et droit pénal », art. préc., n° 26 *in fine*.

1997 Article 131-33 du Code pénal.

1998 Article 131-21 du Code pénal. La confiscation dispose d'un champ d'application bien plus large que les autres peines complémentaires, puisqu'elle peut être prononcée non seulement lorsqu'elle est prévue expressément par le texte, mais « elle est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an », ce qui permet de l'appliquer notamment aux pratiques commerciales trompeuses et agressives ou encore à l'abus de faiblesse consumériste. *Adde* en matière de fraudes et falsifications, l'article L. 216-2 du Code de la consommation (*peine complémentaire obligatoire*). La confiscation est également une peine *alternative* (article 131-6, 10° du Code pénal).

1999 Article 131-35 du Code pénal.

2000 Voy. par ex., pour la tromperie, l'article L. 216-3 du Code de la consommation.

2001 Article L. 121-4 du Code de la consommation : « En cas de condamnation, le tribunal ordonne la publication du jugement [...] ». Le projet de loi relatif à la consommation prévoit la suppression du caractère obligatoire : voy. *supra*, n° 117.

2002 Voy. Conseil constitutionnel, 29 septembre 2010 ; préc.

2003 Voy. M. BÉNÉJAT, « Cessation de l'illicite et droit pénal », art. préc., n° 29 *in fine*.

2004 Article L. 121-3 du Code de la consommation et article L. 441-2, I du Code de commerce.

service²⁰⁰⁵, déjà mentionnées, peuvent naturellement être prononcées en tant que peines complémentaires, de même que le retrait des produits ou l'interdiction de la prestation de services²⁰⁰⁶. Le juge pénal peut également ordonner la suppression, à finalité préventive, des clauses contractuelles illicites dans les contrats de consommation, le cas échéant sous astreinte²⁰⁰⁷. Dans ces conditions, la proposition, encore récemment formulée²⁰⁰⁸, d'une dépenalisation au profit de sanctions professionnelles ne présente qu'un intérêt limité.

450. La proximité de contenu des mesures administratives et des peines accessoires. Certaines mesures de cessation, correction ou prévention de l'illicite proches des mesures administratives sont même érigées à titre de peines *accessoires*²⁰⁰⁹... pourtant officiellement disparues depuis l'entrée en vigueur du Code pénal en 1994²⁰¹⁰. Citons l'article L. 500-1 du Code monétaire et financier, qui prévoit certaines formes d'interdiction relatives aux activités bancaires et financières pour les personnes ayant été condamnées depuis moins de dix ans à une peine d'emprisonnement ferme ou d'au moins six mois avec sursis pour une des nombreuses infractions mentionnées par l'article. Parmi ces infractions figurent, notamment, l'escroquerie, l'extorsion, les loteries, les tromperies et falsifications, les pratiques commerciales trompeuses, l'abus de faiblesse, le démarchage financier *etc* : autrement dit, une partie significative des infractions portant atteinte au consentement contractuel.

451. Bilan. Finalement, à défaut d'une comparaison exhaustive des sanctions pénales et administratives, les exemples choisis suffisent à démontrer leur grande proximité - voire

2005 Article L. 216-7 du Code de la consommation.

2006 Article L. 216-8 du Code de la consommation.

2007 Article L. 421-2 du Code de la consommation.

2008 O. BALDES, « Pour une dépenalisation raisonnée du droit pénal des affaires : le choix de la sanction professionnelle », *RPDP* 2013, doct. p. 315 et s.

2009 Une peine dite *accessoire* consiste en interdictions, déchéances et incapacités résultant de plein droit de la condamnation pénale en application de dispositions particulières. Au sens strict, le terme de *peine* est impropre car il s'agit plutôt de conséquences juridiques liées à une condamnation pénale particulière - ce qui distingue les peines accessoires des peines complémentaires obligatoires. C'est justement ce caractère automatique, contraire au principe à portée constitutionnelle d'individualisation des peines qui justifie leur disparition progressive depuis la réforme du Code pénal en 1992 (L. LETURMY, « Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires, Une conception à repenser du principe d'individualisation », art. préc.). Désormais, le premier alinéa de l'article 132-17 dispose qu'« aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée ».

2010 Ce que confirment à la fois la Cour EDH (1^{er} juillet 2008, requête n° 42250/02, *Calmanovici c/ Roumanie*, § 143 ; et 26 février 2009, requête n° 28336/02, *Grihorst c/ France*, § 105) et le Conseil constitutionnel (11 juin 2010, décision n° 2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres* ; 29 septembre 2010 ; préc., et décision n° 2010-40 QPC, *M. Thierry B.* ; 3 février 2012, décision n° 2011-218 QPC, *M. Cédric S.*). Voy. en ce sens la chronique de É. FORTIS, *in RSC* 2012, p. 135 et s., spéc. p. 137.

leur « perméabilité »²⁰¹¹ - , de contenu. Cela n'est guère surprenant, leurs fonctions étant très proches - ce qui ne fait que renforcer, soit-dit en passant, les critiques à l'encontre de l'inapplication de *Non bis in idem*²⁰¹². Ce point de vue amène à douter du progrès que réaliserait réellement la dépénalisation des atteintes au consentement contractuel au profit de la voie administrative. Si l'on met de côté l'éventuel caractère infamant qui serait inhérent à la sanction pénale, la dépénalisation serait en effet dénuée de réels effets concrets²⁰¹³. Sa seule vertu serait de changer symboliquement la nature de la sanction.

À l'opposé, certaines garanties processuelles seraient amoindries. Il n'est ici pas inutile de rappeler que c'est cette forme de contournement de la sanction pénale qui est combattue par la Cour EDH et le Conseil constitutionnel, à travers leurs notions respectives de *matière pénale* et de *sanction ayant le caractère d'une punition*. Comme la Cour a pu le souligner dans l'arrêt *Oztürk*²⁰¹⁴, « si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction mixte sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine ».

La dépénalisation des atteintes au consentement contractuel vers la répression administrative se révèle donc discutable, en plus de revêtir un intérêt limité. Mais outre cette limite d'ordre substantiel, un obstacle procédural risque de restreindre considérablement l'intérêt d'une telle dépénalisation. Celle-ci supposerait en effet que soient déterminés des organes administratifs chargés de la répression administrative des atteintes au consentement. Or, une telle détermination s'avère être des plus délicates.

2011 E. CLAUDEL, « Les sanctions en droit de la concurrence, La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », art. préc., n° 36.

2012 Voy. *supra*, n° 438.

2013 Rappr. M. DELLIS qui concluait l'un des titres de sa thèse ainsi : « à part le fait que ces deux domaines d'actes de contrainte ne sont pas prononcés par les mêmes autorités – ce qui explique aussi la raison de l'interdiction des sanctions administratives corporelles - , il est impossible d'établir une autre différence, qu'elle soit administrative ou matérielle, séparant la répression administrative de la répression pénale » (G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, th. préc., n° 117).

2014 Cour EDH, 21 février 1984, *Oztürk c. REA* ; préc.

§ 2. UNE LIMITE PROCÉDURALE : LA DÉLICATE DÉTERMINATION DES ORGANES EN CHARGE DE LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT

452. L'attribution limitée de la répression administrative aux autorités administratives indépendantes. La dépénalisation des atteintes au consentement contractuel au profit de la voie administrative pose une dernière question, celle de l'identification des organes chargés de prononcer les mesures ou sanctions administratives. Les AAI viennent alors naturellement à l'esprit, mais lesquelles pourraient être concernées ? Compte-tenu de leurs domaines de compétence, seules paraissent l'être l'Autorité de la concurrence et l'Autorité de contrôle prudentiel, qui disposent déjà d'un important pouvoir de sanction. Certes, celui-ci pourrait être augmenté : le rapport du groupe de travail dirigé par M. COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires avait ainsi proposé le transfert du contentieux relatif à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence - le titre IV du livre IV du Code de commerce - , ainsi que les dispositions relatives aux modalités de vente et à la publicité²⁰¹⁵ à l'Autorité de la concurrence - dont « l'efficacité et les compétences techniques sont reconnues par tous »²⁰¹⁶. Cela étant, compte-tenu de la faible pénalisation des atteintes au consentement commises en matière de concurrence comme en matière d'assurance, la dépénalisation au profit de ces autorités n'aurait qu'une portée pratiquement inexistante.

Le domaine des discriminations est bien davantage pénalisé, ce qui rend pertinente la question d'une dépénalisation qui serait compensée par l'attribution d'un pouvoir de sanction administrative au Défenseur des droits²⁰¹⁷. Ce dernier dispose déjà de nombreux pouvoirs : recommandation et avis, médiation, transaction²⁰¹⁸, et, surtout, injonctions²⁰¹⁹. Il ne dispose pas en revanche d'un pouvoir de sanction administrative individuelle. Mais il est en réalité inutile d'explorer cette voie : la pénalisation des discriminations est, selon nous, légitime et ne doit en conséquence pas donner lieu à dépénalisation²⁰²⁰.

2015 Articles L. 441-2, L. 441-6, L. 441-7, L. 442-2, L. 442-5 et L. 443-1 du Code de commerce.

2016 J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p. 37-38.

2017 Un tel pouvoir avait été un temps envisagé au profit de la HALDE, qui a finalement été dotée d'un pouvoir transactionnel (voy. *supra*, n° 191).

2018 À propos de quoi, voy. *supra*, n° 191.

2019 Article 25, alinéa 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011. Les injonctions du Défenseur des droits sont adressées à la personne concernée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, en indiquant le délai dans lequel cette personne est tenue de justifier des suites données à ses recommandations ou à ses injonctions. En l'absence de suite à ses injonctions, le Défenseur des droits établit et rend public un rapport spécial. Sur tous ces points, voy. E. MATUTANO, « Défenseur des droits », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 77, 2012, n° 31 et s., spéc. n° 43 et s.

2020 Voy. *supra*, n° 391.

453. L'attribution contestable de la répression administrative à la DGCCRF. Il resterait encore à attribuer le pouvoir de sanction dans le domaine de la consommation *lato sensu* - crédit, assurance, construction *etc.* À défaut d'AAI régissant ce domaine, la DGCCRF occupe une place remarquable. La DGCCRF dispose de très importants pouvoirs d'enquête, mais également d'un pouvoir de transaction ou d'injonction²⁰²¹. Son rôle s'arrête là : en matière administrative comme *a fortiori* en matière pénale²⁰²², elle ne peut sanctionner directement les auteurs d'atteintes au consentement contractuel. Cette solution paraît s'imposer : la DGCCRF reste un service administratif, sans pouvoir aucunement s'apparenter à un tribunal, et devant lequel les droits et garanties des personnes ne sauraient être respectés. Or, il est évident qu'une dépénalisation au détriment des droits des personnes poursuivies ne nous paraît pas souhaitable. Il ne convient donc pas de lui conférer un pouvoir de sanction administrative²⁰²³ : nous nous inscrivons en cela en opposition vis-à-vis du projet de loi relatif à la consommation. Ce projet prévoit en effet, notamment en son article 53²⁰²⁴, l'attribution à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation²⁰²⁵ d'un pouvoir de sanction administrative. Il s'agit d'amendes administratives venant sanctionner les manquements aux I à III de l'article L. 141-1 du Code de la consommation ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction que pourrait prévoir le nouvel article L. 141-1-1. Le délai de prescription de l'action de l'administration serait d'une année révolue à compter du jour où le manquement a été commis si l'amende administrative n'excède pas 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. Au-delà de ces sommes, la prescription serait de trois années à compter du jour où le manquement a été commis si, dans ce délai, il n'a été fait aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement. Il faut, sans doute, y voir une avancée dans l'efficacité et l'effectivité de l'action de la DGCCRF. Cela pose, néanmoins, la question de la légitimité d'un pouvoir de sanction para-pénal conféré à une administration devant laquelle, malgré certaines concessions²⁰²⁶, les garanties essentielles des personnes poursuivies ne sont pas suffisamment assurées.

2021 Voy. *supra* n° 192 et s. (pour la transaction) et n° 225 (pour les injonctions).

2022 Voy. *supra*, n° 220.

2023 N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, th. préc., n° 350.

2024 *Addé* en matière de concurrence, l'article 59 du projet de loi adopté (n° 176) par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013, non-modifié par le Sénat dans son projet du 13 septembre 2013, modifiant les articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code de commerce.

2025 La DGCCRF n'est donc pas seule concernée.

2026 Voy. par ex., le caractère contradictoire de la procédure expressément prévu par l'article 25, VII du projet de loi du 3 juillet 2013, et développé par l'article 53, IV, ou encore les règles sus-décrites de prescription qui figurent à l'article 53, II (non-modifiées par le Sénat dans son projet du 13 septembre 2013).

Faut-il alors transformer la DGCCRF en AAI, de sorte qu'elle disposerait de garanties satisfaisantes ? La DGCCRF tire justement son efficacité de ce statut de service administratif, avec l'avantage de la simplicité procédurale et de la rapidité face à un contentieux de masse. Elle doit donc être conservée en l'état.

À défaut de renforcer les pouvoirs de la DGCCRF, la dépenalisation ne paraît pas envisageable. En effet, les pouvoirs dont cette administration dispose actuellement ne sont certainement pas suffisants pour se substituer aux sanctions pénales des atteintes au consentement. En particulier, l'efficacité certaine et reconnue des injonctions avec astreinte ne pourrait répondre à toutes les situations. Or, pas plus qu'elle ne saurait se faire au détriment des garanties des personnes poursuivies, la dépenalisation que nous proposons ne doit en aucun cas engendrer une baisse de la protection des contractants.

Le pouvoir de prononcer des sanctions administratives est donc extrêmement difficile à attribuer, ce qui nous paraît clore définitivement la discussion portant sur une dépenalisation des atteintes au consentement contractuel qui s'opérerait au profit de la voie administrative.

454. Conclusion de Chapitre. En définitive, la voie administrative paraît *a priori* constituer un substitut adéquat à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Le champ d'application des sanctions administratives recoupe intégralement celui des incriminations qui, justement, ne nous paraissent pas mériter la protection pénale. En outre, l'obstacle souvent avancé d'une perte insupportable de droits et de garanties de la personne poursuivie a pu être largement relativisé. En particulier, les notions d'*accusation en matière pénale* et de *sanction ayant le caractère d'une punition*, dégagées respectivement par la Cour EDH et le Conseil constitutionnel, ont permis à la répression administrative de se doter de garanties globalement satisfaisantes.

Toutefois, une telle dépenalisation ne présenterait qu'un intérêt limité à son seul aspect symbolique, la voie administrative ne proposant en réalité pas de véritable mesure novatrice et originale par rapport à la voie pénale, et répondant à des finalités extrêmement proches. La sanction administrative « singeant »²⁰²⁷ la sanction pénale, le progrès que représenterait

2027 S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépenalisation du droit pénal des affaires" », art. préc., n° 37.

une telle dépenalisation serait des plus douteux ²⁰²⁸. La seule véritable évolution consisterait dans le transfert de compétences à d'autres organes ²⁰²⁹. Mais justement, il faudrait alors pouvoir déterminer *qui* serait chargé d'un pouvoir de sanction des atteintes au consentement contractuel, ce qui est loin d'être évident : les quelques AAI concernées disposent déjà d'un tel pouvoir, et le domaine qu'elles régissent est de toutes façons faiblement pénalisé. Quant à la DGCCRF, son statut de service administratif devrait interdire de lui conférer un réel pouvoir de sanction : la proposition en sens contraire tirée du projet de loi relatif à la consommation ne nous paraît donc pas mériter approbation.

La voie civile ne présente pas de telles limites. D'abord, le soin de prononcer les mesures adéquates sera naturellement confié au juge civil - au demeurant soumis aux exigences du procès équitable ²⁰³⁰. Mais l'avancée présentée par la voie civile est surtout d'ordre substantiel. Le recours au droit civil permet en effet, comme la voie administrative, d'éviter le dévoiement du droit pénal d'une part, d'atténuer la portée infamante de la sanction d'autre part. Mais surtout, la voie civile offre des sanctions véritablement nouvelles et originales. La dépenalisation n'est plus seulement symbolique, elle présente des effets concrets. Là où la voie administrative nous paraît donc être un substitut largement discutable, au point de devoir être écarté, la voie civile se présente à nos yeux comme largement préférable.

2028 E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », art. préc., n° 7 : « il ne sert à rien de dépenaliser formellement pour re-pénaliser matériellement : la liberté individuelle n'est pas restaurée si l'on se contente de substituer des sanctions civiles ou administratives ayant le caractère de punitions aux sanctions pénales ».

2029 En ce sens, S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépenalisation du droit pénal des affaires" », art. préc., n° 47 : « la distinction matérielle entre la sanction administrative et la sanction pénale paraît bien artificielle. Il y a davantage de ressemblances que de différences. C'est redire que les choix de politique criminelle ne sont pas conditionnés principalement par la nature même des sanctions au sein du réseau administratif, mais sont guidés par la compétence technique des autorités habilitées à les prononcer ».

2030 Rappr. M.-T. CALAIS-AULOY, « La dépenalisation en droit des affaires », *D.* 1988, chron. p. 315 et s., n° 15.

CHAPITRE II. UN SUBSTITUT PRIVILÉGIÉ : LA VOIE CIVILE

455. La voie civile apparaît comme devant être un substitut largement préféré aux sanctions pénales pour les atteintes au consentement contractuel qui ne méritent pas, selon nous, une telle répression. L'approche des atteintes au consentement par la voie civile et, en particulier, le contenu et la fonction de ses sanctions séduisent en effet par leur originalité vis-à-vis des sanctions pénales. Or, « [l]a dépenalisation n'a de sens que si, reposant sur le constat de l'échec de la répression, elle conduit à rechercher d'autres sanctions pour garantir l'efficacité des règles interprétées [...] »²⁰³¹. Il convient toutefois de ne pas ignorer l'une des raisons qui, indirectement tout du moins, a conduit le législateur à écarter dans un grand nombre de cas la voie civile, à savoir ses insuffisances présumées dans la lutte contre les atteintes au consentement contractuel. Il importe certes peu que l'aspect rétributif des sanctions civiles n'existe qu'à la marge²⁰³², puisqu'il s'agit de remplacer les sanctions pénales d'atteintes au consentement qui, par hypothèse, ne démontrent pas chez leur auteur une particulière malhonnêteté. En revanche, l'inefficacité qu'il est parfois possible de constater, notamment dans la dissuasion des atteintes au consentement, est un réel obstacle.

Privilégier la voie civile implique alors de la renforcer, afin que la dépenalisation proposée n'aboutisse pas à une baisse de la protection des contractants. Cela passe, d'abord, par le renforcement du contenu de la voie civile (Section 1), en adaptant son domaine aux formes modernes d'atteintes au consentement, et en améliorant les sanctions civiles. Cela passe ensuite, et pour répondre à ce qui constitue aujourd'hui le principal écueil de la voie civile, par le renforcement de son attractivité (Section 2), ce qui nous conduira, à titre principal, à apprécier l'introduction récente de l'action de groupe en droit français.

2031 E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », art. préc., n° 7.

2032 Voy. toutefois, les quelques manifestations de la peine privée (*infra*, n° 488 et s.).

SECTION 1. LE RENFORCEMENT DU CONTENU DE LA VOIE CIVILE

456. Afin de se présenter comme un substitut crédible dans le cadre de la dépenalisation partielle des atteintes au consentement contractuel que nous suggérons, sans aucunement représenter une baisse de la protection des contractants, le contenu même de la voie civile doit être renforcé. Précision fondamentale : aucune incrimination spécifique aux atteintes au consentement commises au stade de l'exécution du contrat ne devant, selon nos critères, donner lieu à dépenalisation²⁰³³, il suffira ici - mais la tâche est déjà immense - , de tenter de renforcer la réaction du droit civil aux atteintes au consentement commises avant ou au moment de la formation du contrat. Au sein de ces deux phases, c'est d'abord le domaine de la voie civile qui mérite d'être renforcé (§ 1) : il faut, en particulier, étendre le champ d'application du droit civil et l'adapter aux formes modernes d'atteintes au consentement contractuel. Il faut ensuite, et surtout, identifier et, le cas échéant, renforcer les sanctions civiles qui pourraient pertinemment se substituer à la sanction pénale (§ 2), par une réaction distincte et originale aux atteintes au consentement contractuel.

§ 1. LE RENFORCEMENT DU DOMAINE DE LA VOIE CIVILE

457. Classiquement, la théorie des vices du consentement permet au droit civil de sanctionner les atteintes portées au consentement de l'un des contractants. Or, c'est devenu un lieu commun d'affirmer que, pensée et construite pour une autre époque, cette théorie ne s'est que très imparfaitement adaptée aux formes modernes d'altération du consentement, renouvelées par l'aggravation des inégalités - économiques comme informationnelles -, notamment à l'occasion des relations de distribution ou de consommation des marchandises. Des progrès sensibles ont pourtant été accomplis : pensons à l'admission de la réticence dolosive ou de la violence économique. Il faut continuer dans cette voie et adapter davantage encore la théorie des vices du consentement (A). Les insuffisances des vices du consentement ont d'ores et déjà entraîné l'apparition de nouvelles formes de protection du consentement contractuel - à l'instar, plus globalement, d'une théorie générale du contrat que l'on dit en « crise »²⁰³⁴ depuis de longues années, concurrencée par l'apparition de droits jeunes et expansifs remettant en

2033 Voy. *supra*, n° 91, 329 et 344.

2034 *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. XIII, 1968, *La crise du contrat*. Comp. CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003.

cause certains de ses principes classiques²⁰³⁵. Il s'agit principalement de renforcer l'information du contractant par les biais distincts mais complémentaires d'obligations d'information et d'un lourd formalisme informatif. C'est alors la cohérence d'ensemble et les modalités de sanction qui sont davantage sujets à discussion, nécessitant une rationalisation de ces nouvelles formes de protection du consentement contractuel (B).

A. L'adaptation de la théorie des vices du consentement

458. Si la structure du Code civil est parfois comparée à celle d'une ville²⁰³⁶, avec ses vestiges romains, ses beffrois médiévaux, ou ses nouvelles constructions, la théorie du contrat en général, et des vices du consentement en particulier, y apparaît comme l'un de ses plus célèbres édifices, mais qui n'aurait été que peu restauré depuis 1804. Le temps a raison des références les plus sûres, et la théorie des vices du consentement, longtemps vue comme un « modèle de perfection »²⁰³⁷, est aujourd'hui presque unanimement décriée, comme étant inadaptée aux enjeux contemporains. L'affirmation mériterait sans doute d'être nuancée : sous l'impulsion des juges, la théorie des vices du consentement a considérablement évolué²⁰³⁸. Mais il est vrai qu'elle reste insuffisante, et pourrait être largement développée ; c'est vrai tant en ce qui concerne le dol que la violence, les deux vices du consentement traditionnellement chargés d'appréhender les atteintes au consentement contractuel (2). L'erreur, et parfois même la lésion - bien que la qualification de vice du consentement soit en ce dernier cas discutée -, ont également permis la sanction de certaines atteintes au consentement. Leur renforcement n'apparaît cependant ni opportun ni pertinent, car il ne s'agit pas de leur vocation première, leur adaptation ne pouvant dès lors être que très limitée (1).

1. L'adaptation limitée de l'erreur et de la lésion à la sanction des atteintes au consentement

459. L'erreur (a) et la lésion (b) permettent chacune de sanctionner certaines atteintes au consentement contractuel. Il faut s'en féliciter, car elles ont ainsi permis de combler

2035 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc., n° 1 et s.

2036 La métaphore est empruntée à F. ANCEL, « Genèse, sources, esprit, structure et méthode », in *Débats, La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC 2009, p. 273 et s., spéc. p. 273.

2037 Expression citée par R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, th. préc., p. 9.

2038 Voy., de manière générale, D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 234 et s.

certaines des lacunes présentées par les vices de dol et de violence. Il ne convient pas pour autant de chercher à développer encore ce rôle, qui ne leur incombe pas spécifiquement, et pour lequel leur adaptation risque de n'être qu'assez limitée.

a. L'adaptation limitée de l'erreur à la sanction des atteintes au consentement

460. La sanction des atteintes au consentement : un rôle surprenant assigné à l'erreur. Commise à l'occasion de la conclusion d'un contrat, l'erreur²⁰³⁹ consiste dans l'idée fautive que se fait un contractant de tel ou tel élément de celui-ci²⁰⁴⁰. Il s'est trompé, sans avoir été trompé, ce qui distingue classiquement l'erreur du dol. Une première réflexion laisserait logiquement penser que cette forme d'erreur « spontanée »²⁰⁴¹ sort de l'étude des *atteintes au consentement*, n'étant pas en principe provoquée par le fait d'autrui²⁰⁴². L'esprit du code civil abonde en ce sens, ses rédacteurs n'ayant d'ailleurs conçu l'erreur que comme une cause exceptionnelle de nullité de la convention²⁰⁴³, ce dont témoigne la formule négative retenue²⁰⁴⁴. Pourtant, l'article 1110 du Code civil a parfois été utilisé en cas d'erreur provoquée, œuvrant alors comme instrument de sanction d'atteintes au consentement.

Il est, d'abord, utile de rappeler que la déloyauté d'une partie, lorsqu'elle engendre une erreur, permet à la victime d'invoquer l'article 1110 du Code civil tout autant que l'article 1116 relatif au dol. La Cour de cassation l'a reconnu à propos de manœuvres dolosives

2039 Les articles 1109 et surtout, 1110 du Code civil constituent le siège de l'erreur entendue comme un vice du consentement affectant les conventions. D'autres dispositions sont toutefois concernées. Citons les articles 180 et 181 du Code civil (erreur sur la personne dans le mariage), 2052 et 2053 (erreur dans la transaction), et 1356 (erreur en matière d'aveu) du même Code.

2040 F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 208. L'erreur est généralement définie comme la discordance entre la croyance d'un des contractants et la réalité. C'est une « *fautive appréciation de la réalité* ; elle consiste à croire vrai ce qui est faux, ou inversement » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 193, souligné par les auteurs).

2041 L'expression est empruntée à J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 211.

2042 La logique de l'erreur suppose qu'elle soit le fait du contractant victime et non du cocontractant ou d'un tiers : « l'erreur est un vice du consentement qui, de sa nature, procède du seul demandeur » (J.-L. AUBERT, obs. sous Civ. 1ère, 16 avril 1991 ; D. 1992, somm. p. 264 et s., spéc. p. 265).

2043 L'influence du droit romain et le souci de sécurité juridique ont en effet débouché sur une conception restrictive de l'erreur, voy. J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « Erreur », *Répertoire civil Dalloz*, 2006, n° 10 ; J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2ème éd., 2010, n° 557 et s.

2044 L'article 1110 du Code civil dispose que « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

caractérisées²⁰⁴⁵, de simples mensonges²⁰⁴⁶ et d'omission fautive²⁰⁴⁷. Surtout, l'article 1110 va jusqu'à traiter des hypothèses qui n'auraient pas pu être prises en compte par les autres dispositifs juridiques, et notamment le dol et la violence. Deux exemples suffisent à convaincre de ce rôle inhabituel mais utile de l'erreur. Dans une première affaire, une personne condamnée pour escroquerie ne s'est pas vue sanctionnée pour dol, étant un tiers au contrat²⁰⁴⁸. La Cour de cassation rappelle cependant aux juges du fond que « l'erreur provoquée par le dol d'un tiers à la convention peut entraîner la nullité du contrat lorsqu'elle porte sur la substance même de ce contrat »²⁰⁴⁹. Dans une autre espèce, l'*errans* était sous la « dépendance psychologique » de son cocontractant. Bien que ce dernier ait abusé intentionnellement de la situation ce n'est ni le dol ni la violence, mais bien l'erreur qui a été retenue²⁰⁵⁰.

461. Une sanction courageuse mais insuffisante des atteintes au consentement par l'erreur. L'étude de l'erreur spontanée laisse donc entrevoir, avec une certaine surprise, qu'y recourir permet de sanctionner des comportements qui, incontestablement, relèvent d'atteintes au consentement dans le champ contractuel. Insolite et volontaire, cette protection du consentement est malgré tout plus qu'anecdotique. Loin de pouvoir régir les différentes hypothèses d'atteintes au consentement, l'article 1110 est en outre limité par un régime et un domaine assez restrictifs, limitant son pouvoir protecteur²⁰⁵¹. Mais ces insuffisances de l'erreur en matière de sanction des atteintes au consentement s'expliquent aisément : il ne s'agit certainement pas de sa vocation première. Il n'apparaît donc pas particulièrement pertinent ni opportun de chercher à développer l'erreur, sous peine de dénaturer ce vice du consentement. Il convient plutôt de renforcer les vices de dol et de violence, lesquels se voient assignés à cet objectif précis de sanction des atteintes au consentement contractuel. Un raisonnement similaire peut être tenu à propos de la lésion.

2045 Req., 6 mai 1878 ; *D. P.* 1880, I, p. 12.

2046 Req., 19 janvier 1925 ; *D. H.* 1925, p. 77 ; *S.* 1925, I, p. 101 ; Civ., 23 novembre 1931 ; *D. P.* 1932, I, p. 129, note L. JOSSERAND ; Com., 18 juillet 1956 ; *Bull. civ.* III, n° 220.

2047 Civ. 3ème, 23 mai 1995 ; *Revue de Jurisprudence de Droit des affaires* 1995, n° 929.

2048 L'article 1116 du Code civil impose que l'auteur du dol soit le cocontractant de la victime, ou son représentant. La jurisprudence a ajouté l'hypothèse de la complicité.

2049 Civ. 1ère, 3 juillet 1996 ; *Bull. civ.* I, n° 288 ; *D.* 1996, somm. p. 323, obs. PH. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 895, obs. J. MESTRE ; *Contrats concurrence consommation* 1996, comm. n° 181, obs. L. LEVENEUR.

2050 Com., 29 avril 2002 ; *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *RTD civ.* 2002, p. 500, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Dans le même sens, Com., 12 février 2008 ; *RDC* 2008, p. 730, obs. Y.-M. LAITHIER.

2051 Il ne pourra s'agir, par exemple, que d'une erreur sur la substance – parfois sur la personne – ayant déterminé le consentement de la victime, sans que cette erreur, par ailleurs, ne puisse lui être reprochée.

462. Le rôle indirect de la lésion : l'influence sur la caractérisation d'un vice du consentement. La lésion est le préjudice résultant, lors de la formation d'un contrat, d'un défaut d'équivalence entre l'avantage obtenu et le sacrifice consenti ²⁰⁵². Elle trouve souvent son origine dans une atteinte, plus ou moins directe, au consentement du contractant lésé, ce qui entraîne, le cas échéant, l'application du dol ou de la violence. Là naît d'ailleurs le premier rôle de la lésion, résultat de son influence concrète sur les autres moyens d'annulation du contrat, en particulier les vices du consentement ²⁰⁵³. C'est notamment sur l'erreur de l'article 1110 du Code civil que la lésion est susceptible d'exercer une grande influence ²⁰⁵⁴ ; l'utilisation de cet article par les juges permettant de contourner l'indifférence de principe de la lésion ²⁰⁵⁵. Ainsi, les tribunaux prendront soin de constater la lésion avant d'annuler le contrat, comme un indice à partir duquel sera constaté le caractère déterminant de l'erreur, par exemple sur les qualités substantielles ²⁰⁵⁶. Souvent même, « derrière l'erreur substantielle, qui constitue le fondement juridique de l'annulation, le juge vise en fait l'erreur d'appréciation économique et la lésion qui en est résultée » ²⁰⁵⁷. Et parallèlement, l'erreur ne sera parfois pas sanctionnée si le demandeur ne justifie d'aucune lésion ²⁰⁵⁸. Le vice de violence fournit d'autres illustrations. En matière d'état de nécessité ou de dépendance économique, c'est bien souvent l'existence d'une lésion qui

2052 F. COLLART DUTILLEUL, « Lésion », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1118, 2011, n° 1 et s.

2053 G. CHANTEPIE, *La lésion*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 467, 2006, n° 202 et s. La question peut se poser pour d'autres fondements, tels que l'annulation pour indétermination de l'objet (voy. la jurisprudence célèbre initiée par Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts) ; *LPA* 27 décembre 1995, n° 115, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *JCP G* 1996, II, 22565, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; *D.* 1996, jur. p. 13, note L. AYNÈS ; *Defrénois* 1996, 36354, spéc. p. 747, chron. PH. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE), qui permet de sanctionner celui qui abuserait du pouvoir que lui confère le contrat de fixer le prix. Une jurisprudence tout aussi célèbre (Com. 22 octobre 1996 (arrêt dit *Chronopost*) ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, jur. p. 121, note A. SÉRIAUX, et chron. p. 145, note C. LARROUMET, et somm. p. 175, obs. PH. DELEBECQUE ; *JCP G* 1997, II, 22881, note D. COHEN ; *Defrénois* 1997, 36516, spéc. p. 333, chron. D. MAZEAUD) montre que l'équilibre du contrat a parfois été également recherché sur le terrain de la cause (articles 1126 et suivants du Code civil).

2054 La simple lésion ne saurait toutefois être une condition suffisante et nécessaire à l'erreur. En particulier, la lésion ne peut suffire à faire présumer un vice du consentement (Req., 17 mai 1832 ; *S.* 1832, I, p. 849 ; Civ. 1^{ère}, 28 juin 1960 ; *Bull. civ.* I, n° 350 ; Com., 4 novembre 1964 ; *Bull. civ.* IV, n° 479).

2055 Sur ces rapports entre l'erreur et la lésion, voy. not. J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, Paris, 1963, n° 75 et s. ; et *La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 513.

2056 Voy. par ex. Civ. 1^{ère}, 26 mai 1965 ; *Bull. civ.* I, n° 347.

2057 J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « Erreur », fasc. préc., n° 49. En jurisprudence, voy. par ex. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1979 ; *Bull. civ.* I, n° 34 ; *Defrénois* 1980, 32236, spéc. p. 384, chron. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1981, p. 394, obs. F. CHABAS.

2058 Voy. not. CA Amiens, 30 novembre 1954 ; *D.* 1955, jur. p. 420, note G. GABOLDE.

caractérisera l'abus. D'ailleurs, lorsque le contrat, même conclu dans un état de nécessité, ne comprend que des conditions normales, le vice de violence n'est parfois pas retenu ²⁰⁵⁹.

Il reste que lorsque la lésion n'est pas le résultat d'un vice du consentement, le contrat qui en est le support n'en est pas moins valable. L'article 1118 du Code civil prévoit, toutefois, certaines exceptions à ce principe, ce qui rapproche la lésion d'un instrument autonome de sanction des atteintes au consentement contractuel.

463. Le rôle direct de la lésion : un instrument autonome de sanction des atteintes au consentement ? La théorie des incapacités fournit la principale exception à l'indifférence de la lésion, en permettant la rescision ²⁰⁶⁰ du contrat lésionnaire conclu par un incapable. Or, bien qu'il s'agisse principalement d'une protection de la personne contre elle-même, ne peut-on pas y voir également une crainte d'atteintes venues d'un tiers qui profiterait de la faiblesse de son cocontractant ? La présence obligatoire d'une autorité de contrôle chargée de corriger la vulnérabilité de la personne incapable n'est-elle pas un renfort destiné à prévenir aussi ces atteintes ? Toute affirmation serait téméraire, mais la question de savoir si les incapacités permettent de prévenir ou réprimer certaines atteintes au consentement est légitime. Elle l'est d'autant plus si l'on remarque que l'anéantissement rétroactif du contrat se fera au préjudice du cocontractant qui sera sanctionné pour n'avoir pas conclu un contrat équilibré ²⁰⁶¹ : les restitutions dues par l'incapable, en effet, seront limitées à ce qui a tourné à son profit ²⁰⁶².

En dehors des incapacités, la lésion sera source de rescision dans certains types de contrats, de plus en plus nombreux ²⁰⁶³. Or la quasi-totalité de ces hypothèses est justifiée par la situation d'infériorité d'une des parties : capitaine du navire secouru ²⁰⁶⁴, auteur d'une

2059 Voy. not. CA Pau, 24 mai 1983 ; *RTD civ.* 1984, p. 709, obs. J. MESTRE.

2060 Laquelle ne semble être qu'une forme de nullité relative, avec quelques rares nuances (l'action en nullité pour vente d'immeuble est soumise à des conditions de délai plus strictes, et en matière de vente le cocontractant de la partie lésée peut écarter la rescision en offrant un supplément de prix). La sanction pourra souvent être, outre la rescision, la révision du contrat (voy. not. F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 317).

2061 La théorie des incapacités semble être entièrement orientée vers cet objectif d'équilibre contractuel. Pour une étude du fondement de la protection du contrat par l'incapacité, voy. L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. préc., n° 421 et s.

2062 Article 1312 du Code civil.

2063 Aux deux hypothèses du Code civil du partage (articles 889 et suivants du Code civil, qui fait référence à une « action en complément de part », proche de la rescision) et de la vente d'immeuble (articles 1674 et suivants du Code civil), se sont joints de multiples textes spéciaux. Pour une liste des textes principaux, voy. F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 310.

œuvre littéraire ou artistique ²⁰⁶⁵, emprunteur ²⁰⁶⁶ etc. Le législateur a indéniablement craint que le cocontractant de ces personnes n'exploite leur infériorité ²⁰⁶⁷, et c'est bien l'atteinte au consentement - à tout le moins le risque d'atteinte - , que la lésion aboutit à sanctionner.

464. Perspectives : la proposition d'une sanction générale de la lésion qualifiée.

La multiplication des textes spéciaux a posé la question d'une interdiction générale de la lésion ²⁰⁶⁸, sans connaître jusqu'ici de succès. La difficulté se porte en particulier sur le choix de la conception à retenir de la lésion. Une conception objective caractériserait une lésion dans le seul défaut d'équivalence, ce qui supposerait d'être capable de fixer le prix de chaque objet ou prestation, et serait en outre une réelle atteinte à l'autonomie de la volonté. Dans une conception subjective, la sanction serait subordonnée à la preuve de l'exploitation de l'infériorité, ce qui recouperait alors les vices du consentement. C'est de cette dernière conception que se rapproche la *lésion qualifiée*, dont l'introduction a été suggérée notamment par le « projet "TERRÉ" ». Après avoir rappelé le principe d'indifférence de la lésion ²⁰⁶⁹, cet avant-projet dispose en son article 66 que « Toutefois, lorsqu'un contractant, *en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie, ou sa situation de vulnérabilité caractérisée*, retire du contrat un *avantage manifestement excessif*, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat. Le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, et notamment de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique » ²⁰⁷⁰. En réalité, l'avancée que réaliserait la lésion qualifiée paraît des plus minimes, car il ne s'agit de rien

2064 Loi du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer (article 15) faisant suite à une loi du 29 avril 1916 (article 7). Celle-ci prévoit que le tribunal pourra annuler la convention conclue en état de nécessité « s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables », ce qui montre par ailleurs les liens entre lésion et vices du consentement.

2065 Loi du 11 mars 1957 (article 37, devenu l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle).

2066 Loi du 28 décembre 1966, devenu l'article L. 313-3 du Code de la consommation.

2067 En ce sens, voy. not. D. MAZEAUD, « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 325 et s., n° 8 *in fine* : « cet échantillon des exceptions légales et jurisprudentielles au principe d'indifférence de la lésion, révèle que celles-ci sont fédérées autour de l'idée qu'il importe d'assurer la protection de catégories de contractants placés, au jour de la conclusion du contrat, en situation d'inégalités économique ou sociale, contre des déséquilibres contractuels excessifs ».

2068 Voy. G. CHANTEPIE, *La lésion*, th. préc., n° 693 et s. ; G. GOUBEAUX, « À propos de l'erreur sur la valeur », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle, op. cit.*, p. 389 et s. ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », art préc., n° 29.

2069 Voy. les articles 41 (« Lorsqu'un contractant, sans se tromper sur les qualités essentielles de la chose, procède seulement à une appréciation économique inexacte, cette erreur sur la valeur n'est pas, en soi, une cause de nullité ») et 65 (« Le défaut d'équivalence des obligations n'entraîne pas la nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ») ; formule reprise mot à mot par l'article 80 du projet de réforme présenté en mai 2009 par la Chancellerie) du projet « TERRÉ ».

2070 Nous soulignons.

d'autre que d'une forme de contrainte exploitée, que le droit positif permet déjà d'appréhender à travers la violence économique - d'ailleurs, si les deux autres projets français de réforme du droit des contrats ne retiennent pas la lésion qualifiée, ils permettent en réalité d'appréhender les mêmes hypothèses sous cet angle ²⁰⁷¹.

En définitive, plutôt que de développer la lésion, qui joue déjà un rôle plus important que celui que les textes et l'esprit général du code semblaient initialement lui attribuer, il nous semble bien plus pertinent de renforcer les deux vices civils spécialement affectés à la sanction des atteintes au consentement contractuel : le dol et la violence.

2. *L'adaptation nécessaire du dol et de la violence*

465. Bien qu'étant les deux instruments civils de référence de sanction des atteintes au consentement contractuel, le dol et la violence ne répondent que très imparfaitement à leurs évolutions. Face à ces insuffisances, les juges ont considérablement étiré les deux notions. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 5 octobre 2006 ²⁰⁷² peut être cité, dans lequel une cliente en état de faiblesse psychologique a consenti à des honoraires d'avocat particulièrement élevés. L'arrêt se contente de relever que le consentement était altéré, « caractérisant un vice du consentement », mais sans préciser lequel ²⁰⁷³ : en réalité, aucun n'était exactement applicable. Cet arrêt, utilisant un fragile fondement juridique, permet opportunément d'ouvrir sur le renforcement du dol et de la violence. Ne révèle-t-il pas à la fois les efforts de la jurisprudence pour étendre et adapter le droit civil, et ses insuffisances ? Il faut, selon nous, poursuivre ces efforts. Le dol (a) et la violence (b) doivent être adaptés, afin d'appréhender davantage les formes modernes d'atteintes au consentement et rendre crédible la voie civile comme substitut à la sanction pénale, lorsque celle-ci ne mérite plus d'être retenue.

²⁰⁷¹ Consacrée respectivement aux articles 1114-3 du projet « CATALA » et 58 du projet de mai 2009 de la Chancellerie (article 63 de la version initiale de 2008). Voy. *infra*, n° 471.

²⁰⁷² Civ. 2ème, 5 octobre 2006 ; inédit, pourvoi n° 04-11179 ; *D.* 2007, p. 2215, note G. RAOUL-CORMEIL, et p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 44, note L. LEVENEUR.

²⁰⁷³ Comp. les remarques de J. GHESTIN sur ce qu'il a dénommé la « fongibilité » des vices du consentement (*La formation du contrat, op. cit.*, n° 481).

a. *L'adaptation nécessaire du dol*

466. Présentation du dol. Le dol dans la formation du contrat²⁰⁷⁴ peut être défini comme une tromperie destinée à surprendre le consentement du contractant²⁰⁷⁵. L'article 1116 du Code civil dispose qu'il « est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé ». Le dol présente un double aspect qui le distingue fondamentalement de l'erreur. Du point de vue de la victime, le dol provoque certes une erreur viciant son consentement, justifiant l'annulation du contrat. Mais cette erreur, loin d'être spontanée, est ici *provoquée* intentionnellement²⁰⁷⁶ par le cocontractant, auteur de ce fait d'un délit civil, ce qui explique, outre la sévérité du régime du dol, que des dommages et intérêts viendront souvent s'ajouter à l'annulation du contrat²⁰⁷⁷.

467. Insuffisances du dol. Le dol a rapidement montré certaines limites, et seule une interprétation extrêmement extensive de la jurisprudence a permis sa relative adaptation aux formes modernes d'atteintes au consentement contractuel. Citons, à titre principal, l'extension de la notion de manœuvres, jusqu'à la simple réticence dolosive²⁰⁷⁸, ou la présomption, parfois quasi-irréfragable²⁰⁷⁹, de l'intention dolosive²⁰⁸⁰. Mais si le

2074 Il ne sera pas ici traité du dol dans l'exécution du contrat (prévu et sanctionné aux articles 1150 et 1151 du Code civil), qui s'entend d'une inexécution délibérée d'une obligation contractuelle déjà née.

2075 Sur la notion de dol, non définie par l'article 1116 du Code civil, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 211.

2076 Condition discutée pour la réticence dolosive mais rappelée très clairement par Com., 7 juin 2011 ; *Bull. civ.* IV, n° 91 ; *D.* 2011, p. 2579, note M. CARTIER-FRÉNOIS ; *JCP G* 2011, 1141, note J. GHESTIN ; *JCP E* 2011, p. 1915, note S. LE GAC-PECH ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 208, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2011, p. 1148, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2011, p. 533, obs. B. FAGES (en même temps que le caractère déterminant du dol, et l'exclusion du dol dit *incident*). Dans un sens proche, voy. *Civ. 1ère*, 11 septembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-22389 ; *RDC* 2013, p. 62, obs. É. SAVAUX.

2077 En application du principe classique de restitution intégrale il faudra alors réparer *tout le préjudice* (pour une illustration, voy. Com., 2 février 2010 ; *Bull. civ.* IV, n° 32) mais *rien d'autre que le préjudice* (*Civ. 1ère*, 25 mars 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-12895). Sur les rapports du dol et de la responsabilité civile, voy. not. É. SAVAUX, « Résister à l'absorption du dol par la responsabilité », in *Débats, L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ?* *RDC* 2013, p. 1201 et s.

2078 *Civ. 3ème*, 6 novembre 1970 ; *JCP G* 1971, II, 16942, note J. GHESTIN ; *Defrénois* 1971, 30005, spéc. p. 1264, chron. J.-L. AUBERT. Les avant-projets suggèrent presque tous la consécration législative de la réticence dolosive (voy. les articles 1113-1 du projet « CATALA », 44 du projet « TERRÉ », 52 de la version de 2009 du projet de la Chancellerie et, au niveau européen, l'article 4 : 107 des Principes « LANDO »).

2079 Voy. not. un arrêt de la première Chambre civile qui retient l'intention dolosive du professionnel au motif que « celui-ci ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité » (*Civ. 1ère*, 19 janvier 1977 ; *Bull. civ.* I, n° 40).

2080 *Civ. 3ème*, 3 février 1981 ; *D.* 1984, jur. p. 457, note J. GHESTIN. Cet arrêt admet que le dol peut résulter de la simple inexécution volontaire d'une obligation de renseignement, indépendamment de la

volontarisme des juges doit être souligné, le constat n'en est pas moins sévère : le dol reste inadapté à certaines atteintes au consentement.

Quelques insuffisances, révélées par le domaine effectivement plus large de certaines incriminations²⁰⁸¹, sont néanmoins justifiées. Le droit civil a une fonction principale spécifique qui est la restitution et la remise en l'état antérieur des parties. Il doit également assurer autant que possible la sécurité contractuelle. Dans ces conditions, il est par exemple parfaitement normal qu'il ne puisse appréhender que les seules atteintes effectives au consentement contractuel, au contraire des nombreuses infractions formelles et tentatives incriminées du droit pénal. Il est également logique d'exiger que l'annulation d'un contrat pour dol soit subordonnée à la preuve, par la victime, d'un préjudice patrimonial, au contraire de plusieurs incriminations pénales²⁰⁸². Certaines insuffisances, toutefois, ne se justifient qu'assez malaisément. Il devient en ce cas possible de tenter d'étendre et d'adapter le dol civil.

468. L'extension des auteurs du dol. La solution actuelle, qui veut que l'auteur du dol civil soit nécessairement le cocontractant de la victime²⁰⁸³, ne repose sur aucune explication satisfaisante. En quoi l'objectif de restitution assigné au droit civil, empêcherait-il de sanctionner un dol commis par une personne qui n'est pas le cocontractant ? Il devrait plutôt conduire à ne tenir compte, justement, que de l'erreur commise par la victime, indépendamment de la qualité de celui qui l'a provoquée : « le dol d'un tiers peut avoir exercé, sur la volonté de la victime, la même influence déterminante que celui du cocontractant »²⁰⁸⁴. Rappelons que cette limite a conduit le juge à utiliser le

connaissance effective de la situation par le professionnel.

2081 Sur ce point, nous renvoyons à Mme VALOTEAU, qui a consacré le premier chapitre de sa thèse à la coïncidence du droit pénal et du dol et de l'erreur (*La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 38 et s.).

2082 *Idem*, n° 300 et s.

2083 Le droit pénal n'exige nullement une telle condition – la solution est claire pour les différentes incriminations coïncidant avec le dol, tels les abus de faiblesse (selon l'article 223-15-2 du Code pénal, la personne responsable est celle qui a commis l'abus, le texte ne posant aucune restriction sur l'éventuel statut de cocontractant. Quant à l'abus de faiblesse prévu par le Code de la consommation à l'article L. 122-8, il indique de la même manière que l'infraction est consommée par « quiconque » a commis l'abus, contractant ou tiers), l'escroquerie (l'escroc est la personne qui trompe, déterminant éventuellement la victime à conclure un contrat, mais sans être nécessairement le cocontractant, ni celui qui en profite à l'issue de l'escroquerie), la tromperie (la tromperie, qui pourtant fait du contrat un élément constitutif, fait de l'auteur celui qui trompe le cocontractant, « qu'il soit ou non partie au contrat » ou qu'il agisse « même par l'intermédiaire d'un tiers » (article L. 213-1 du Code de la consommation), ou les pratiques commerciales trompeuses (la nouvelle rédaction de l'article L. 121-1 du Code de la consommation n'exigeant nulle part une telle condition).

2084 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 215.

vice d'erreur pour sanctionner cette hypothèse ²⁰⁸⁵, alors que l'erreur ayant été *provoquée*, le dol devrait bien plus logiquement s'appliquer. L'intérêt serait principalement de sanctionner l'erreur sur les motifs ou sur la valeur, ou encore de rendre excusable l'erreur provoquée, ce que ne permet pas en principe l'erreur spontanée.

Il est vrai que l'on sacrifierait, ce faisant, les intérêts du cocontractant innocent en même temps que, plus généralement, la sécurité contractuelle. C'est la raison pour laquelle la nullité pour dol ne saurait sanctionner un comportement absolument non fautif du cocontractant. En ce sens, et *a minima*, il faudrait suivre les avant-projets de réforme du droit des contrats qui proposaient presque unanimement, sur le modèle de l'article 1113-2 du « projet "CATALA" », de reconnaître que « Le dol est semblablement constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant, ou même d'un tiers sous l'instigation ou avec la complicité du cocontractant » ²⁰⁸⁶ - ce que la jurisprudence a parfois déjà admis ²⁰⁸⁷. Allant plus loin, le projet « TERRÉ », reprenant sur ce point le Code « GANDOLFI » ²⁰⁸⁸, proposait de manière intéressante de dépasser les seuls cas de complicité : le dol devrait, selon l'article 45, alinéa 2 du projet, être constitué à chaque fois qu'il « a été commis par un tiers et qu'une partie en avait connaissance et en a tiré avantage » ²⁰⁸⁹. Cette proposition paraît justifiée : le consentement de l'*errans* a bien été surpris, et la déloyauté du cocontractant est justement sanctionnée.

469. L'extension de l'acte dolosif : possibilité. Qu'il s'agisse de manœuvres, d'un mensonge ou d'une réticence qui dissimulera l'entière vérité, le dol consistera toujours en « l'affirmation d'une inexactitude » ²⁰⁹⁰, laquelle devra se cumuler avec l'intention de tromper le contractant. Or, cette exigence est de nature à exclure plusieurs hypothèses d'atteintes au consentement. Figurent d'abord des informations transmises exactes, mais

2085 Voy. *supra*, n° 460.

2086 Comp. aux articles 4 : 111 des Principes « LANDO » (le dol d'un tiers conduit aux mêmes sanctions que le dol du contractant si le tiers est une personne dont le contractant doit répondre ou s'il participe à la conclusion du contrat avec son accord), et II-7 : 205 et II-7 : 208 du DCFR.

2087 Voy. en particulier, Com. 14 juin 2005 ; *Bull. cin.* V, n° 130 ; *D.* 2005, AJ p. 1775, obs. A. LIENHARD ; *RTD cin.* 2005, p. 774, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

2088 Article 151 du Code « GANDOLFI » (avant-projet de Code européen des contrats adopté par l'Académie des privatistes européens). Voy. P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, « Le consentement », *in* E. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 147 et s., spéc. p. 160 et s.

2089 Comp. à l'article 53 de la version de mai 2009 du projet de la Chancellerie : « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, du gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant, ou même d'un tiers si le cocontractant en avait connaissance et en a tiré avantage ».

2090 Selon l'expression d'A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 267.

dont l'articulation est volontairement insinuante ou équivoque²⁰⁹¹, entraînant l'erreur du contractant. Pareille hypothèse est appréhendée par le droit pénal²⁰⁹², mais pas par le droit civil, en l'absence d'inexactitude affirmée ou dissimulée. De même, il était jugé à propos de la publicité trompeuse, que la présentation générale d'un document, affiche ou contrat pouvait caractériser ce délit, notamment lorsqu'une information importante figurait en lettres très minuscules²⁰⁹³. Pour les mêmes faits, le dol civil ne saurait cependant être retenu, aucune inexactitude ne pouvant être reprochée à l'auteur²⁰⁹⁴. Sans doute faut-il le regretter : le rédacteur du document ne fait-il pas volontairement courir le risque d'une atteinte au consentement de son cocontractant ? Le cas des ventes avec primes fait naître des réflexions similaires. Le procédé a été incriminé car il empêche l'expression d'un consentement éclairé, mais aussi parce qu'il s'accompagne souvent d'une hausse des prix - le vendeur espérant que cette hausse sera masquée aux yeux du consommateur par l'attrait de la prime. En dépit des atteintes au consentement que ce procédé risque de réaliser, le dol est inapplicable : il n'y a pas, en effet, affirmation d'une inexactitude²⁰⁹⁵.

470. L'extension de l'acte dolosif : modalités. La solution, à notre avis, est de ne plus prendre en compte les seuls cas d'inexactitudes, pour ouvrir la voie du dol aux affirmations volontairement insidieuses, et plus largement à toutes les hypothèses de tromperie du consentement²⁰⁹⁶. Il faut partir de l'altération du consentement plus que de l'acte trompeur. Cela serait d'ailleurs bien plus conforme à la tradition civiliste, qui se place du point de vue de la victime pour apprécier la valeur de son consentement, au contraire du droit pénal qui, schématiquement, s'intéresse davantage à l'auteur de l'atteinte au consentement pour envisager sa punition. Peu importerait alors que la tromperie ait été le fait d'une inexactitude, d'affirmations insidieuses, ou de pressions susceptibles d'altérer le consentement. Il importerait seulement que la tromperie soit intentionnelle, sous peine de

2091 Il a par exemple été démontré que des informations individuellement exactes pouvaient devenir trompeuses une fois additionnées, voy. J. LARGUIER, « "Théorie des ensembles" et qualification pénale », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne, droit pénal, propriété industrielle*, op. cit., p. 95 et s.

2092 Par exemple, par le biais des pratiques commerciales trompeuses, voy. *supra*, n° 113.

2093 Voy. not. Crim., 27 novembre 1990 ; *Droit pénal* 1991, comm. n° 83, note J.-H. ROBERT.

2094 Ainsi la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel déclarant une clause pénale rédigée en caractères minuscules nulle pour dol, au motif que les faits relevés ne peuvent caractériser les manœuvres dolosives (Com., 5 mars 1974 ; *Bull. civ.* IV, n° 78).

2095 Comme le remarque Mme VALOTEAU, « ce raisonnement serait cependant fragilisé dans l'hypothèse où il serait établi qu'en réalité, le prix de l'objet vendu aurait été déterminé en incorporant le coût de la prime : le vendeur commettrait alors un mensonge sur les éléments de calcul du prix et le dol apparaîtrait du même coup » (*La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 316).

2096 Comp. F. MAGNIN, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G* 1976, I, 2780, l'auteur concluant toutefois sur l'inopportunité de l'extension.

nuire aux intérêts légitimes du cocontractant, ainsi que, plus largement, à la sécurité contractuelle. Cela permettrait de recouvrir des actes qui ne sont pas appréhendés actuellement par le droit civil, et améliorerait ce dernier, toujours dans le but de fournir le substitut le plus approprié possible dans les cas où la sanction pénale doit être exclue. À cette fin, de telles extensions doivent également être adoptées en ce qui concerne le vice de violence.

b. L'adaptation nécessaire de la violence

471. Les efforts d'adaptation du vice de violence aux atteintes modernes au consentement. Prévu à la suite, et en complément du dol, le vice de violence est également un instrument civil dédié à la sanction des atteintes au consentement contractuel. Sous ce nom de violence, le Code civil retient un vice du consentement qui, en réalité, est la *crainte*²⁰⁹⁷, celle « d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »²⁰⁹⁸. Cette crainte pousse la personne à conclure un acte non souhaité, pour éviter un mal plus grand. Le consentement est alors atteint dans son « élément de liberté », tandis que pour l'erreur, spontanée ou provoquée, c'est l'« élément intellectuel » qui fait défaut²⁰⁹⁹. Ce vice du consentement exige traditionnellement plusieurs conditions : une violence physique ou morale, illégitime ou injuste, faisant naître la crainte d'un mal considérable et présent. Ces conditions ont été considérablement étendues par la jurisprudence. Nous prendrons l'exemple le plus connu, tiré de l'origine du vice, à propos de laquelle le Code civil dispose que la violence « est une cause de nullité encore qu'elle ait été exercée par un tiers, autre que celui au profit duquel la convention a été faite »²¹⁰⁰. Pouvait-on aller plus loin, et retenir la violence lorsqu'elle émane non pas d'un individu, mais de circonstances extérieures ? La lettre²¹⁰¹ et l'esprit²¹⁰² du Code civil semblaient s'y opposer. Après une longue évolution, la jurisprudence l'a finalement accepté, d'abord pour une sorte d'état de

2097 En ce sens, voy. not. P. CHAUVEL, « Violence », *Répertoire civil Dalloz* 2013, n° 1.

2098 Selon la formule de l'article 1112 du Code civil.

2099 Selon la formule empruntée à J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 216.

2100 Article 1111 du Code civil. Le Code civil prévoit ainsi lui-même l'extension de l'origine de la violence par rapport au dol (comp. *supra*, n° 468).

2101 L'article 1109 du Code civil vise le consentement « extorqué » par violence, et l'article 1111 la violence « exercée », ce qui suppose une intervention humaine (voy. PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 517). Mais il semble bien que celui qui exploite la nécessité d'autrui extorque un consentement et exerce une violence (J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 958).

2102 Le vice de violence a été repris du droit romain qui le considérait comme un délit, impliquant un caractère intentionnel ne pouvant provenir que d'une personne.

nécessité imposé par les circonstances ²¹⁰³, puis pour un état de subordination ²¹⁰⁴, et plus récemment de dépendance économique ²¹⁰⁵ - on soulignera l'inspiration concurrentielle de cette dernière solution ²¹⁰⁶. Précisons, toutefois, que conformément à l'essence morale de la violence ²¹⁰⁷, et au Code civil lui-même qui vise une menace *illégitime*, « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique [...] peut vicier de violence le consentement à l'acte juridique » ²¹⁰⁸. Malgré cette limite, l'admission de la violence économique constitue indéniablement une avancée en faveur de la protection des atteintes au consentement, permettant de prendre en compte les situations croissantes d'infériorité entre contractants ²¹⁰⁹. À côté du cas classique de la violence *exercée* par un tiers, la violence *exploitée* ²¹¹⁰ trouve donc toute sa place. Tous les projets de réforme du droit des contrats, européens ²¹¹¹ comme français ²¹¹², suggèrent de consacrer cette dernière solution, y

2103 La Cour de cassation a pour la première fois annulé un contrat sur la base de cet *état de nécessité* (l'expression est utilisée couramment dans la doctrine) dans un arrêt du 27 avril 1887 à propos du sauvetage maritime (Req., 27 avril 1887 ; *D. P.* 1888, I, p. 263 ; *S.* 1887, I, p. 372) et plus récemment, pour un contrat de travail désavantageux, que le salarié avait conclu par besoin pressant d'argent, dû notamment à la maladie d'un enfant (Soc., 5 juillet 1965 ; *Bull. cin.* IV, n° 545).

2104 Si la simple subordination de l'employé à son patron ne constitue pas à elle seule une violence (Civ., 26 mars 1928 ; *D. H.* 1928, p. 270) celle-ci sera caractérisée si cette situation se double de pressions caractérisées (Soc., 3 octobre 1973 ; *Bull. cin.* V, n° 541).

2105 Civ. 1ère, 30 mai 2000 ; *Bull. cin.* I, n° 169 ; *D.* 2000, jur. p. 879, note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2001, somm. p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 142, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2000, 37237, spéc. p. 1124, chron. PH. DELEBECQUE ; *RTD cin.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 863, obs. P.-Y. GAUTIER.

2106 PH. STOFFEL-MUNCK, « Autour du consentement et de la violence économique », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, *RDC* 2006, p. 45 et s., spéc. p. 53.

2107 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 46.

2108 Civ. 1ère, 3 avril 2002 ; *Bull. cin.* I, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL, et somm. p. 2844, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2002, I, 184, obs. G. VIRASSAMY ; *Contrats concurrence consommation* 2002, comm. n° 121, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2002, 37607, spéc. p. 1246, chron. É. SAVAUX ; *Droit et patrimoine* 2002, n° 107, p. 26, étude G. LOISEAU.

2109 *Contra*, nuancant l'avancée réalisée, en considérant que « ce sont les critères classiques de la violence qui sont repris », voy. not. A.-S. CHONÉ, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. préc., n° 133.

2110 P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, « Le consentement », art. préc., spéc. p. 163.

2111 Les Principes « LANDO » disposent en leur article 4 : 109 que la nullité du contrat est possible si le contractant avait connaissance de la situation considérée et s'il a pris avantage de la situation avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif. Le DCFR appréhende quant à lui le fait d'exploiter « la situation de l'autre partie pour prendre un avantage manifestement déloyal » (article II-7 : 207). Le Code « GANDOLFI » vise une partie qui, abusant de la situation, a « fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu'elle a fournie ou promise » (article 30, 3°). Plus récemment, la proposition d'un droit commun européen de la vente envisage la même solution en son article 51.

2112 « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique » (article 1114-3 du projet « CATALA »).

compris le projet « TERRÉ », quoique la solution y soit envisagée sous l'angle de la lésion qualifiée ²¹¹³. Mais les efforts jurisprudentiels accomplis en matière de violence, comme ceux accomplis en matière de dol, restent insuffisants.

472. Des efforts insuffisants. Parce qu'il exige la « crainte d'un mal considérable et présent », le vice de violence ne permet pas d'appréhender toutes les hypothèses où une personne cède à une forme de pression, de contrainte extérieure. Aujourd'hui, la majorité des atteintes au consentement assimilables à la violence échappe à cette exigence. Le forçage du consentement est plus insidieux, plus subtil. La technique des ventes liées fournit une première illustration. Le but recherché est d'amener le consommateur à acheter plus qu'il ne lui est nécessaire, voire un article différent inutile, le consommateur risquant de conclure sous l'effet de la surprise, voire du harcèlement. Mais comment pourrait-on imaginer lier ces circonstances à une « menace », et surtout à la « crainte d'un mal considérable et présent » exigées par le Code civil ²¹¹⁴ ? Ces mêmes éléments font défaut dans l'hypothèse d'un envoi non sollicité d'un objet quelconque à une personne qui n'en a pas passé commande et qui, si elle ne le souhaite pas, doit le renvoyer dans un certain délai, parfois à ses frais. La théorie civiliste dispose, certes, que le silence ne peut valoir acceptation du contrat : il suffirait au destinataire de laisser le colis quelque part et de n'en tenir compte. Mais, en pratique, cet envoi exerce très souvent une pression sur le destinataire, qui aura tendance à s'acquitter du règlement. Cette pression ne saurait suffire à caractériser le vice de violence : où serait la crainte d'un mal considérable et présent ? Le droit pénal, lui, interdit strictement ces envois ²¹¹⁵.

Dans un autre ordre d'idée, la question de la violence s'était posée pour le cas d'une « sollicitation insistante, d'un harcèlement veillant à ne pas franchir les limites de la

L'article 58 du projet de la Chancellerie de mai 2009 (article 63 de la version initiale de 2008) retient pour sa part la violence « lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte ».

2113 Article 66 du projet. Voy. *supra*, n° 464. Rapp. la proposition, antérieure, de M. MAZEAUD (« Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », art. préc., n° 30) : « Le déséquilibre excessif des prestations contractuelles ou des droits, des obligations et des pouvoirs entre les parties, qui procède de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance, permet au contractant qui le subit, de demander la révision ou l'annulation du contrat ou de la clause qui lui a été imposée ».

2114 En ce sens, A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 288 : « c'est une sorte de "sous-contrainte", ou de contrainte sans menace, qu'exerce la vente liée ».

2115 Bien que maladroitement : voy. les articles L. 122-3, R. 122-1 et R. 635-2 du Code pénal analysés *supra*, n° 365.

courtoisie, des pressions légères mais répétées »²¹¹⁶. Il est maintenant acquis que la violence - pas plus que le dol²¹¹⁷ -, ne saurait être constituée par ces simples pressions exercées sur le consentement. Ces démarches insistantes font naître en effet chez leur destinataire une sorte de lassitude, mais en aucun cas de la crainte. Il y a pourtant en ce cas d'indéniables atteintes au consentement, que le droit pénal sanctionne sévèrement. Ainsi, l'abus de faiblesse²¹¹⁸ a servi de fondement à la chambre criminelle pour condamner les professionnels ayant conduit une dame âgée dans l'espace confiné d'un restaurant, lors d'une excursion commerciale, puis soumis cette dernière à de fortes pression pendant toute une journée²¹¹⁹. Surtout, depuis 2008, les pratiques commerciales agressives visent spécifiquement, entre autres cas, celui des « sollicitations répétées et insistantes », de nature à « vicier ou être de nature à vicier le consentement d'un consommateur »²¹²⁰. Cette distinction entre droits civil et pénal ne nous semble en rien justifiée par leurs fonctions respectives. À notre avis, il est non seulement possible, mais même très largement souhaitable, d'étendre le vice de violence, vers un vice de contrainte qui engloberait davantage d'atteintes au consentement contractuel.

473. Des efforts à renouveler : vers un vice de contrainte ? Dans l'esprit d'étendre le vice de violence, Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES proposait de créer un « vice de faiblesse »²¹²¹, qui s'apparente davantage à un *vice d'abus de faiblesse* : il « accorderait au juge la possibilité d'intervenir directement sur l'équilibre du contrat lorsque deux conditions sont réunies : un *état de faiblesse*, d'infériorité dont aurait profité le cocontractant pour obtenir un avantage indu, manifesté par un *déséquilibre contractuel* au détriment du plus

2116 A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, th. préc., n° 293.

2117 Com. 15 mars 1976 ; *Bull. civ.* IV, n° 96 ; Com. 2 juin 1981 ; *Bull. civ.* IV, n° 259 ; *Defrénois* 1982, 32905, spéc. p. 996, chron. J.-L. AUBERT ; Civ. 1ère, 10 juillet 1995 ; *D.* 1997, jur. p. 20, note P. CHAUVEL ; *RTD civ.* 1996, p. 390, obs. J. MESTRE. Voy., toutefois, un arrêt remarqué en matière de libéralités (CA Colmar, 30 janvier 1970 ; *JCP G* 1971, II, 16609, note Y. LOUSSOUARN ; *D.* 1970, jur. p. 297, note E. ALFANDARI ; *Defrénois* 1971, 29914, spéc. p. 892, chron. J.-L. AUBERT), où un dol a été caractérisé du fait d'une discussion nocturne de plusieurs heures entre une dame âgée et ses héritiers. La cour d'appel a tenté de justifier sa solution en considérant que « tous les agissements malhonnêtes tendant à surprendre une personne en vue de lui faire souscrire un engagement, qu'elle n'aurait pas pris si on n'avait pas usé de la sorte envers elle, peuvent être qualifiés de manœuvres dolosives ».

2118 Article L. 122-8 du Code de la consommation.

2119 Crim., 1^{er} février 2000 ; préc. : « l'excursion était organisée dans le seul but de convaincre les participants, âgés pour la plupart, d'acheter la marchandise proposée à un prix élevé ; [...] l'acheteuse, âgée de 78 ans et isolée par son veuvage, soumise, pendant la journée entière passée dans les locaux du restaurant, à la pression d'arguments publicitaires, ayant traité notamment au soulagement des rhumatismes par les articles vendus, ne pouvait que céder aux sollicitations qui l'ont conduite à souscrire la commande ».

2120 Article L. 122-11 du Code de la consommation.

2121 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 438 et s.

faible »²¹²². À défaut d'avoir pour l'instant influé sur le droit positif, cette proposition a eu de nombreux échos en doctrine²¹²³, et jusqu'aux avant-projets de réforme du droit des contrats. La ressemblance est en effet forte avec les projets « CATALA »²¹²⁴ et de la Chancellerie²¹²⁵, plus encore avec la lésion qualifiée suggérée par l'article 66 du projet « TERRÉ » : « lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie, ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel [...] ». Cette proposition serait une première avancée intéressante. L'expression de « vice de faiblesse » utilisée par Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES ne nous apparaît cependant pas appropriée. La faiblesse n'est pas à proprement parler un vice, comme l'est par exemple l'erreur. Le vice du consentement tient dans la contrainte dans laquelle se trouve la victime, contrainte qui est en l'occurrence la résultante de sa situation de faiblesse. L'expression nous semble au demeurant dangereuse dans la mesure où elle sous-entend que la seule situation de faiblesse d'un contractant ouvrirait la nullité pour vice du consentement, indépendamment de toute exploitation de cette situation par autrui. Le risque est alors le même que celui que présenterait la lésion objective - caractérisée par le seul déséquilibre des prestations -, à savoir l'ouverture de la nullité à des hypothèses étrangères à toute atteinte au consentement contractuel.

L'actuel vice de violence pourrait être étendu davantage encore, jusqu'à toutes les hypothèses de contrainte. Celle-ci serait également caractérisée en présence de différentes pressions, dès lors qu'elles seront susceptibles d'altérer le consentement²¹²⁶. L'envoi forcé pourrait par exemple être naturellement appréhendé, alors qu'il se heurte jusqu'ici à l'exigence d'une crainte, de même que les comportements de harcèlements malveillants tendant à pousser la victime à conclure un contrat par lassitude. Sans chercher à reprendre

2122 *Idem*, n° 439 (souligné par l'auteur).

2123 Voy. not. D. MAZEAUD, « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », art. préc. L'auteur propose « d'introduire en droit commun des contrats une règle qui, dans les hypothèses dans lesquelles la formation du contrat est caractérisée par une situation de dépendance [morale, économique, intellectuelle, psychologique, physiologique, etc] entre les contractants, prévoirait la révision ou l'annulation des contrats affectés d'un déséquilibre contractuel excessif » (n° 2). Il « ne s'agit pas ici de supprimer le principe de la validité et de l'intangibilité des contrats lésionnaires » (*ibidem*), puisqu'il faudrait prouver l'existence d'un déséquilibre excessif, d'une situation de dépendance et de l'abus par le cocontractant de sa situation de supériorité. Il s'agit donc d'une forme de *lésion qualifiée*.

2124 Voy. l'article 1114-3 (cité *supra*, note 2112).

2125 Articles 63 de la version de 2008 et 58 de la version de 2009 (cités *supra*, n° 2112).

2126 Dans un sens proche, voy. A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 98 : la violence devrait être « qualifiée en présence de menaces créant chez la victime une crainte déterminante de son consentement ou en cas d'exploitation de l'état de nécessité ».

les hypothèses actuellement appréhendées par le droit pénal, le droit civil doit tenter de s'en rapprocher afin de lui servir de substitut adéquat. Si l'on va jusqu'au bout du raisonnement, le plus logique serait par ailleurs de renommer le vice. Il a été expliqué que la violence caractérise l'acte fautif, mais que le vice en lui-même est la crainte. À ce vice de crainte succéderait le *vice de contrainte* - lorsque l'élément de liberté du consentement est atteint. Il serait opposé au vice d'erreur - lui-même divisé en erreur spontanée ou provoquée. Ainsi étendu, le vice de contrainte permettrait d'appréhender de manière plus large les atteintes au consentement contractuel, sans pour autant dénaturer les finalités du droit civil. Il s'agit, bien au contraire, de partir de l'altération du consentement subie par un contractant.

Bien évidemment, l'extension des vices de violence et de dol ne permettrait, seule, qu'une amélioration limitée de la voie civile. Mais cumulée avec la rationalisation des nouvelles formes de protection du consentement contractuel, et surtout l'adaptation de leurs sanctions, ainsi qu'avec le renforcement de l'attractivité de la voie civile, l'amélioration serait sensible : la voie civile deviendrait un substitut crédible dans le cadre de la dépénalisation que nous suggérons.

B. La rationalisation des nouvelles formes de protection du consentement contractuel

474. Peu contestables, les insuffisances de la théorie des vices du consentement ont rendu nécessaire une appréhension différente de la protection du consentement contractuel. L'observateur, même attentif, est alors vite égaré dans le nombre et la diversité des nouvelles dispositions prises à cet effet. Les méandres de ce dédale s'obscurcissent si l'on tient également compte des nombreuses hypothèses de protection indirecte du consentement contractuel. Il est certain, pour ne prendre que cet exemple majeur, que la réglementation des clauses abusives met en échec un certain nombre d'atteintes au consentement, en réputant non écrite la clause qui pourra en résulter ²¹²⁷, ou en permettant aux associations de consommateurs de présenter devant le juge une action en « suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au

2127 À ses débuts, par la loi du 10 janvier 1978, la réglementation des clauses abusives permettait même de prendre presque systématiquement en compte les atteintes au consentement, dans la mesure où l'avantage excessif découlant de la clause devait être obtenu par un « abus de puissance économique ». Reprenant sur ce point une directive de 1993, la loi du 1^{er} février 1995 n'interdit plus que les clauses qui créent un « déséquilibre significatif », peu important l'origine de ce déséquilibre. Il est néanmoins facile d'imaginer que, particulièrement dans les contrats d'adhésion, certaines de ces clauses créant un déséquilibre significatif seraient imposées au consommateur si elles n'étaient pas interdites, la réglementation des clauses abusives luttant alors contre certaines atteintes au consentement contractuel.

consommateur »²¹²⁸. Cela étant, la réaction du droit commun a parfois pris une tournure bien plus directe. Il en ressort nettement une prise en compte des insuffisances de la théorie des vices du consentement, et notamment de celles liées à sa mise en œuvre : elle suppose, pour être effective, une action en justice de la part de la victime de l'atteinte. Face à une société de consommation source de phénomènes contractuels de masse, il ne peut en résulter qu'un « rendement social médiocre »²¹²⁹. L'échec de la sanction *a posteriori* des atteintes au consentement a ainsi conduit le juge, puis le législateur, à envisager leur protection *a priori* - ce qui n'est pas sans poser des difficultés d'articulation²¹³⁰. L'idée principale est d'imposer une information efficace de chaque contractant, de façon à rétablir une égalité informationnelle souvent inexistante²¹³¹, alors qu'il est certain qu'elle est susceptible d'entraîner autant de déséquilibres que l'inégalité économique²¹³².

Le but n'est pas ici de présenter de manière exhaustive les différents mécanismes civils de prévention des atteintes au consentement, mais uniquement de pointer leurs insuffisances, pour se demander s'il est possible de les renforcer, l'objectif général étant toujours de proposer le droit civil comme substitut efficace à la pénalisation. La rationalisation des obligations d'information (1) et du formalisme informatif (2) passant par deux voies différentes, il convient de séparer leur étude.

1. La rationalisation des obligations d'information

475. Du devoir de se renseigner à l'obligation de renseigner. L'adage *Emptor debet esse curiosus*²¹³³ traduit bien l'exigence traditionnelle mise à la charge de chaque contractant, en vertu de laquelle chacun doit assumer ses actes, et se renseigner à leur propos²¹³⁴. La règle a finalement évolué, sous l'impulsion conjuguée du législateur et du juge - pensons à la

2128 Article L. 421-6, alinéa 2 du Code de la consommation.

2129 F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 204.

2130 L. ATTUEL-MENDÈS, « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », *JCP G* 2007, I, 188.

2131 Selon M. BRUNEAU, cette apparition du droit à l'information des contractants serait, là aussi, une des manifestations de l'équité, fondement majeur de la protection du contractant. En effet, ce droit vise à rétablir l'égalité entre contractant, en permettant à celui qui est en situation de faiblesse de la compenser en s'engageant en pleine connaissance de cause (*Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. préc., n° 435 et s.).

2132 Voy. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 49 et s.

2133 Traduit par « l'acheteur doit être curieux », voy. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, v° *Emptor debet esse curiosus*, n° 110.

2134 Voy. P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, chron. p. 139 et s. ; PH. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.* 1987, chron. p. 101 et s.

solution selon laquelle la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée²¹³⁵, de nature à remettre largement²¹³⁶ en cause l'obligation de s'informer du cocontractant²¹³⁷. S'il existe aujourd'hui encore un droit au silence - pensons à la jurisprudence *Baldus*²¹³⁸ ou à l'embauche de certains salariés²¹³⁹ -, la partie dans une négociation contractuelle se trouve en principe astreinte au devoir de répondre aux questions qui lui sont posées²¹⁴⁰. Bien plus, l'évolution tient surtout dans la mutation connue du *devoir* de se renseigner, vers *l'obligation* de renseignement²¹⁴¹.

2135 Civ. 3ème, 21 février 2001 ; *Bull. civ.* III, n° 20 ; *D.* 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD, et p. 3236, obs. L. AYNÈS ; *D.* 2002, p. 927, obs. C. CARON et O. TOURNAFOND ; *D.* 2003, p. 2023, chron. J. MOULY ; *JCP G* 2002, II, 10027, note CH. JAMIN ; *Defrénois* 2001, 37365, spéc. p. 703, chron. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2001, p. 353, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Les projets français de réforme du droit des contrats vont en ce sens (voy. les articles 1113-3 du projet « CATALA », 46 du projet « TERRÉ » et 54 du projet de la Chancellerie, version mai 2009).

2136 Mais pas intégralement : encore faut-il que les conditions propres à la réticence dolosive soient réunies. En ce sens, voy. Civ. 3ème, 9 octobre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-23869 ; *D.* 2013, pan. p. 396, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI : dès lors que l'information pouvait être raisonnablement obtenue par l'acquéreur, aucune obligation particulière d'information ne pesait sur le vendeur, lequel n'avait pas l'intention de tromper.

2137 Voy. à cet égard la récente joute doctrinale entre J. GHESTIN (« La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G* 2011, 703 ; « "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée", Une règle de nature à induire en erreur ? », *JCP G* 2012, 812) et J. MOULY (« Une règle de nature à induire en erreur : "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée" », *D.* 2012, p. 1346 et s. ; « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », *JCP G* 2012, 981), arbitrée par G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.* 2012, p. 2986 et s.

2138 En vertu de cette jurisprudence, l'acquéreur, même professionnel, n'est tenu d'aucune obligation d'information sur la valeur du bien acquis (Civ. 1ère, 3 mai 2000 ; *Bull. civ.* I, n° 131 ; *D.* 2002, somm. p. 928, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP G* 2000, I, 272, obs. G. LOISEAU ; *JCP G* 2001, II, 10510, note CH. JAMIN ; *JCP E* 2001, 1578, note P. CHAUVEL ; *Defrénois* 2000, 37237, spéc. p. 1110, chron. D. MAZEAUD, et p. 1114, chron. PH. DELEBECQUE ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 140, note L. LEVENEUR ; confirmé par Civ. 3ème, 17 janvier 2007 ; *Bull. civ.* III, n° 5 ; *D.* 2007, jur. p. 1051, note D. MAZEAUD et note PH. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G* 2007, II, 10042, note CH. JAMIN ; *Defrénois* 2007, 38562, spéc. p. 443, chron. É. SAVAUX ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 117, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2007, p. 703, obs. Y.-M. LAITHIER). À titre d'exception, le dirigeant d'une société est toutefois tenu à une obligation d'information au profit de l'actionnaire qui lui cède ses actions : c'est la jurisprudence *Vilgrain* (Com., 27 février 1996 ; *Bull. civ.* IV, n° 65 ; *JCP G* 1996, II, 22665, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1996, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; *D.* 1996, jur. p. 518, note PH. MALAURIE ; *Defrénois* 1996, 36399, spéc. p. 1205, note Y. DAGORNE-LABBE), confirmée récemment par Com., 12 mars 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-11970 ; *Droit des sociétés* 2013, comm. n° 78, obs. R. MORTIER ; *RDC* 2013, p. 873, obs. Y.-M. LAITHIER.

2139 Voy. par ex. l'article L. 1225-2 du Code du travail (état de grossesse d'une salariée) ; en jurisprudence, voy. par ex., Soc., 10 janvier 2010 ; inédit, pourvoi n° 08-42519 ; en doctrine, voy. not. G. LOISEAU, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, op. cit.*, p. 579 et s.

2140 En droit des assurances par exemple, l'assuré est tenu de répondre aux demandes d'informations légitimement présentées par l'assureur pour évaluer le risque mais n'est pas tenu de révéler spontanément un fait, même pertinent, si l'assureur ne le lui a pas demandé. Sur la question, voy. O. DESHAYES, « La conclusion du contrat », in *Secrets et contrats, Actes de colloque, Paris, le 19 novembre 2012*, *RDC* 2013, p. 741 et s., spéc. p. 743 et s.

2141 Pour une vision transversale, voy. les actes du colloque tenu à Paris le 16 novembre 2011, « Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'obligations à la charge du professionnel », in

476. L'impulsion jurisprudentielle. C'est d'abord la jurisprudence qui a imposé, lors de la phase de formation du contrat²¹⁴², au « bien informé » de renseigner le « mal informé »²¹⁴³. Outre la sanction de l'absence de certaines informations par le biais de la réticence dolosive²¹⁴⁴, le juge, parfois suivi par le législateur, a imposé de multiples obligations d'information, dont la teneur dépend des contrats concernés, ainsi que du cocontractant, selon qu'il est profane ou averti²¹⁴⁵. Un des critères essentiels est ainsi le caractère déterminant du défaut d'information sur le consentement de l'autre partie²¹⁴⁶. L'expression d'*obligation générale d'information* devient alors trompeuse, étant en réalité susceptible de plusieurs degrés. Dans la majorité des hypothèses, l'obligation est de *renseignement* ou d'*information*, et porte sur les faits objectifs liés au contrat. Mais parfois, selon le degré d'ignorance du contractant faible, elle peut muer en *devoir de conseil*, portant sur l'opportunité du contrat²¹⁴⁷ - en pratique, cela confine à un devoir de ne pas contracter lorsque le contrat n'est pas adapté au client²¹⁴⁸ -, ou encore en *devoir de mise en garde*, portant sur les risques du projet²¹⁴⁹. Sans doute faut-il saluer ces solutions audacieuses,

RDC 2012, p. 734 et s.

2142 En théorie, l'obligation générale d'information est soit précontractuelle, soit contractuelle, dérivant du contrat, comme en témoigne le recours occasionnel aux articles 1134 et 1135 du Code civil. Mais cette délicate distinction paraît artificielle, les deux types d'obligation d'information tendant au même but, renforcer le consentement d'une partie au contrat (voy. F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2011, n° 214 et s.).

2143 Selon l'expression de C. LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignements dans les contrats », in Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CLII, 1978, p. 305 et s., n° 7.

2144 Civ. 3^{ème}, 6 novembre 1970 ; préc.

2145 Voy. par ex. H. GUYADER, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », *Contrats concurrence consommation* 2008, étude n° 5.

2146 J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat - Le consentement*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 2013, n° 1541 et n° 1304 (pour le dol) et n° 1780 (pour l'obligation précontractuelle d'information). Adde N. MOLFESSIS, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 927 et s., n° 5.

2147 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, th. préc., n° 471. Un devoir de conseil est parfois prévu par la loi elle-même, comme en matière de crédit à la consommation (article L. 311-8 du Code de la consommation : « Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière [...] »). Voy. J. ATTARD, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », *RTD com.* 2011, p. 11 et s. En revanche le notaire n'est en principe pas tenu à une obligation de conseil et de mise en garde en ce qui concerne l'opportunité économique de l'opération à laquelle il prête son concours (Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2011 ; *Bull. civ.* I, n° 193 ; *JCP E* 2012, 1006, note D. LEGEAIS).

2148 R. VABRES, « Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier », *JCP G* 2012, 1052.

2149 La Cour de cassation a ainsi mis ce type de devoir de mise en garde à l'égard du banquier en matière de crédit (voy. not. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005 ; *Bull. civ.* I, n° 327 ; *D.* 2005, AJ p. 2276, obs. X. DELPECH, et jur. p. 3094, note B. PARANCE ; *RTD com.* 2005, p. 820, obs. D. LEGEAIS ; Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009 ; *D.* 2009, AJ p. 1351, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E* 2009, p. 1583, note D. LEGEAIS) et d'investissements financiers (voy. not. Com., 26 mars 2008 et 8 avril 2008 ; *RDC* 2008, p. 1177, obs. S. CARVAL). La loi du 1^{er} juillet 2010 a confirmé cette solution jurisprudentielle (article L. 311-8 du

d'autant plus qu'initialement, en l'absence de texte approprié, le juge s'est fondé sur les obligations générales tirées des articles 1602²¹⁵⁰ et, plus curieusement puisqu'ils visent l'exécution du contrat, 1134 - en visant la bonne foi²¹⁵¹ -, 1135 - en visant l'équité -, et même 1147²¹⁵² du Code civil. Aujourd'hui encore, et alors même que les obligations d'information législatives prolifèrent, une obligation particulière d'information peut être découverte en l'absence de toute loi²¹⁵³.

Si le fondement de l'obligation d'information est longtemps resté incertain, ses conditions se sont peu à peu précisées. La première condition concerne sa pertinence : l'information - qui doit être vraie, mais c'est une évidence²¹⁵⁴ -, doit être de nature à modifier l'avis du contractant²¹⁵⁵, tandis que la seconde impose l'ignorance, légitime²¹⁵⁶, du point litigieux par le créancier de l'information. Sur le terrain de la preuve,

Code de la consommation : outre son obligation d'information et de conseil, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit « attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement ». Voy. H. CLARET, « Les obligations d'information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2011, étude n° 14.

2150 Selon cet article, « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Cette règle a été généralisée par la jurisprudence, qui l'applique à toutes sortes de contrats. La seule sanction prévue en cas de manquement est l'interprétation d'un pacte obscur ou ambigu contre le vendeur. En cas de défaut d'information, seules les sanctions de droit commun pourront s'appliquer : dol, responsabilité civile délictuelle, garantie des vices cachés (article 1641 du Code civil), ou de conformité (articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation).

2151 À propos des obligations contractuelles, l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil dispose qu'elles doivent « être exécutées de bonne foi ». Si cet article concerne l'exécution du contrat, « la bonne foi irrigue également la formation de celui-ci » (F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 258). Voy., critiquant le recours à la bonne foi, L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. préc., n° 439, selon lequel « c'est bien l'équité qui fonde cette obligation d'information ». En effet, l'obligation de bonne foi est une obligation contractuelle, alors que l'obligation d'information est surtout précontractuelle. Ensuite, la bonne foi, en imposant à la partie forte de tenir compte de la situation de son contractant, est en réalité une composante de l'équité. Enfin, la finalité de l'obligation d'information, en ayant pour but l'égalité entre les contractants, est intimement liée à l'équité : l'obligation d'information a pour fonction de « rétablir l'égalité entre tous les agents économiques » (C. KRIEF-VERBAERE, « Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires, L'information, vecteur d'égalité et principe actif de fraternité », *RTD com.* 1999, p. 583 et s., n° 4).

2152 Cet article, siège de la responsabilité contractuelle, ne saurait toutefois fonder une obligation générale d'information, limité à l'hypothèse d'un contrat contenant une obligation d'information qui n'aurait pas été respectée. La Cour de cassation continue pourtant d'y faire référence : Civ. 1ère, 25 novembre 2003 ; *Bull. civ.* I, n° 235 ; et Civ. 1ère, 14 mai 2009 ; *Bull.* I, n° 95 ; *JCP G* 2009, 285, note M. BRUSORIO-AILLAUD.

2153 Voy. not., découvrant une obligation d'information résultant d'un devoir général de loyauté : Civ. 3ème, 16 mars 2011 ; *Bull. civ.* III, n° 36 ; *JCP G* 2011, 566, obs. J. GHESTIN ; *Revue Lamy droit civil* 2011, n° 4228, obs. A. PAULIN ; *Deffrénois* 2011, 40109, spéc. p. 1400, chron. J.-B. SEUBE.

2154 Voy. Civ. 1ère, 8 mars 2012 ; *Bull. civ.* I, n° 49 (sanction de l'erreur du professionnel dans son obligation de conseil, due à une erreur d'évaluation du montant du crédit d'impôt afférent à des panneaux solaires).

2155 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, th. préc., n° 169 et s.

2156 *Idem*, n° 253 et s.

et en application de l'article 1315 du Code civil ²¹⁵⁷, la Cour de cassation retient depuis l'arrêt dit *Hédreul* que « celui qui est contractuellement ou légalement tenu d'une obligation particulière d'information doit apporter la preuve de l'exécution de cette obligation » ²¹⁵⁸. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a depuis consacré cette solution ²¹⁵⁹ à propos de l'obligation générale d'information, témoignant d'une réaction législative large, mais tardive.

477. La réaction législative. En créant l'obligation générale d'information, le juge a tenu compte des évolutions de la société et développé une vue d'ensemble de la protection du contractant faible : il a, en d'autres termes, endossé le costume traditionnel du législateur. Aussi ce dernier a-t-il réagi, créant plusieurs obligations spéciales d'information. La plupart sont issues du droit de la consommation, lequel a été, ici particulièrement, un facteur d'évolution du droit commun, et notamment du droit civil ²¹⁶⁰. L'obligation la plus célèbre est sans doute celle issue de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, selon lequel « tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service » - en réalité, cet article ne semble rien ajouter à l'obligation générale d'information créée par la jurisprudence, lui fournissant seulement un support textuel approprié ²¹⁶¹. Cette obligation générale d'information n'est pas exclusive

2157 « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Cet article n'est pas forcément pertinent toutefois, dans la mesure où le créancier de l'obligation d'information ne réclame pas l'exécution mais la réparation du préjudice qui lui a causé le défaut d'information ou de conseil (L. LEVENEUR, note sous Civ. 1ère, 28 octobre 2010 ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 1).

2158 Civ. 1ère, 25 février 1997 ; *Bull. civ.* I, n° 75 ; *Gaz. Pal.* 1997, jur. p. 274, rapp. P. SARGOS ; *JCP G* 1997, I, 4025, obs. G. VINEY ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 76, et chron. n° 5 par L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1997, 36591, spéc. p. 751, chron. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN et p. 924, obs. J. MESTRE. La solution a été confirmée par la suite (voy., récemment, Civ. 1ère, 28 juin 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-17860 ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 251, note L. LEVENEUR), et reprise par le législateur (voy. l'article L. 1111-2, alinéa 7 du Code de la santé publique). Ce renversement de la charge de la preuve est d'autant plus sévère pour son débiteur que l'obligation d'information est une obligation de résultat (Civ. 1ère, 25 février 1997 ; préc.). Mais la preuve de l'information peut être rapportée par tous moyens, notamment par présomptions (Civ. 1ère, 14 octobre 1997 ; *D.* 1997, IR, p. 236 ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. MESTRE).

2159 Article L. 111-1, III du Code de la consommation : « En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations ».

2160 J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239 et s. ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les contrats spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 279 et s. ; D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation », *idem*, p. 697 et s. *Adde* plus général, N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002.

2161 En ce sens, F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 261.

des obligations plus spéciales que le législateur met à la charge du professionnel, par exemple en matière de marquage des prix ²¹⁶² ou d'étiquetage ²¹⁶³.

478. Insuffisances et rationalisation des obligations d'information. Ce qui est vrai de l'article L. 111-1 du Code de la consommation l'est de plusieurs obligations d'information : le dispositif est, en lui-même, satisfaisant. La seule amélioration envisageable serait de généraliser une obligation d'information applicable en tous contrats ²¹⁶⁴. C'est exactement ce que proposent certains projets de réforme de droit des contrats, qui suggèrent d'intégrer dans le Code civil même le principe d'une obligation d'information précontractuelle. Le projet de la Chancellerie prévoyait par exemple que, de manière générale, « Celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant » ²¹⁶⁵. La sanction prévue est la responsabilité civile délictuelle outre, le cas échéant, la nullité du contrat pour vice du consentement. Une telle généralisation serait un premier pas important dans un objectif de renforcement de l'obligation d'information ²¹⁶⁶.

Il faudrait encore préciser les sanctions applicables. L'exemple de l'article L. 111-1 du Code de la consommation est à cet égard topique. Le juriste remarque en effet, sceptique, qu'aucune sanction n'est prévue en cas d'inobservation de cette obligation, laquelle fait donc appel aux sanctions de droit commun. La violation d'une obligation d'information entraîne indemnisation sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle : le préjudice

2162 Article L. 113-3 du Code de la consommation. Les infractions aux arrêtés pris en application de l'article L. 113-3 sont punies de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (article R. 113-1) soit au maximum 1 500 euros (mais les contraventions sont cumulables).

2163 Article L. 214-1 du Code de la consommation. La sanction pénale de l'article L. 214-1 est précisée *supra*, n° 256.

2164 En ce sens, D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 15, 2002, p. 87 et s., spéc. p. 91.

2165 Article 44 de la version datant de mai 2009. Dans le même sens, voy. l'article 33 du projet « TERRÉ ». Au niveau européen, le Code « GANDOLFI » dispose en son article 7, alinéa 1^{er} que « chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure ». En revanche, l'article 1110 du projet « CATALA » refuse d'imposer une obligation générale d'information. Il faut que le contractant ait « été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même » ou qu'il ait « légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties ».

2166 Dans le même sens, S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *Revue Lamy Droit Civil* 2012, n° 4838.

est alors souvent analysé comme une perte de chance de ne pas contracter²¹⁶⁷ ou, si la victime peut et décide de maintenir le contrat, de ne pas conclure un contrat à de meilleures conditions²¹⁶⁸. Dans l'hypothèse, fréquente, où elle coïncide à un vice du consentement - on pense notamment à la réticence dolosive²¹⁶⁹ -, la violation d'une obligation d'information ouvrira en outre la voie de l'annulation du contrat. Plus rarement, elle débouchera sur une action en garantie des vices cachés²¹⁷⁰ - dans le cas où l'information aurait permis à l'acheteur de découvrir le vice²¹⁷¹ : ce dernier pourra en un tel cas demander la résolution du contrat - action rédhibitoire -, ou la diminution du prix - action estimatoire. Pour la même violation de l'obligation générale d'information, il faut encore ajouter les sanctions pénales prévues par les articles L. 121-1, II et L. 213-1 du Code de la consommation²¹⁷². Enfin, si le projet de loi relatif à la consommation venait à être adopté, il instituerait en outre, pour les mêmes faits, une « amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale »²¹⁷³, prononcée par l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation. Une telle amende administrative créerait une situation de cumul d'amendes administratives et pénales, qui se réglerait selon les modalités déjà décrites²¹⁷⁴.

Outre les critiques sévères qu'un pouvoir de sanction administrative attribué à une simple administration entraîne²¹⁷⁵, la question est de savoir si cette amende est exclusive des sanctions traditionnelles - la formule de l'article le laisse penser. Il nous paraît évident

2167 Voy. par ex., en matière de crédit, Com., 13 septembre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-20644 ; *Revue de Droit Bancaire et Financier* 2011, comm. n° 204, note J. DJOUDI ; en matière d'assurance, Civ. 2ème, 15 décembre 2011 ; *Bull. civ.* II, n° 228. La solution n'est pas clairement acquise : pour deux arrêts rendus le même jour mais aux solutions divergentes, voy. Civ. 1ère, 9 décembre 2010 ; *Bull. civ.* I, n° 254 et n° 255.

2168 Com., 10 juillet 2012 ; *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *LPA* 22 février 2013, n° 16, p. 5, obs. Y. OULD AKLOUCHE ; *JCP G* 2012, 1151, obs. J. GHESTIN ; *D.* 2012, p. 2772, note M. CAFFIN-MOI ; *D.* 2013, pan. p. 396, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *Revue Lamy Droit Civil* 2012, n° 4799, note É. POULIQUEN ; *RTD civ.* 2012, p. 725, obs. B. FAGES, et p. 732, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2013, p. 91, obs. O. DESHAYES.

2169 Comp. les différents avant-projets de réforme du droit des contrats, et notamment le projet « TERRÉ » dont l'article 44 sanctionne la réticence dolosive et la définit comme la dissimulation intentionnelle de l'information qui devait être délivrée en vertu de l'article 33.

2170 Article 1641 du Code civil : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

2171 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, th. préc., n° 381 et s. L'auteur rattache encore la garantie d'éviction au manquement à l'obligation d'information.

2172 E. RASCHEL, « Les obligations d'information devant le juge pénal », in *Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, LGDJ, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 54, 2013, p. 623 et s.

2173 Article 4, II du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013.

2174 Voy. *supra*, n° 438.

2175 Voy. *supra*, n° 453.

que cela ne doit pas être le cas. En particulier, il paraît impensable de ne plus permettre au juge civil de tirer les conséquences d'un consentement vicié par une information défailante, notamment en annulant le contrat.

2. La rationalisation du formalisme informatif

479. Présentation du formalisme informatif. Le législateur, en parallèle des obligations d'information, et afin de prévenir au mieux les atteintes au consentement, a développé un lourd formalisme informatif²¹⁷⁶. En vertu de ce formalisme, une des parties doit rédiger le contrat par écrit et y insérer un certain nombre de mentions et d'informations. Par cette atteinte à la liberté de forme des contrats²¹⁷⁷, le législateur - très optimiste - , espère que l'autre partie lira ces mentions, afin d'éclairer son consentement. Le domaine du formalisme informatif est très important, ce qu'atteste la longue liste des contrats qui y sont soumis, dans les situations les plus diverses. Citons, parmi ses principales applications, le crédit²¹⁷⁸, l'enseignement à distance²¹⁷⁹, la vente et le démarchage à domicile²¹⁸⁰, la vente à distance²¹⁸¹, le démarchage financier²¹⁸², ou encore le bail à usage d'habitation²¹⁸³. Substantiellement, il est tout aussi impressionnant, par la diversité et la précision de ses règles, allant parfois jusqu'à une forme de réglementation du contrat par les pouvoirs publics davantage que par les parties.

À la diversité des règles du formalisme informatif correspond une diversité de ses sanctions encourues en cas d'inobservation. Si la sanction est, en principe, la nullité²¹⁸⁴,

2176 Sur la distinction entre obligation d'information et formalisme informatif, voy. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, É. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 1ère éd., 2013, n° 258.

2177 Le formalisme contractuel, en tant que dérogation au principe du consensualisme (voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 300 et s.), est historiquement limité aux contrats les plus lourds de conséquences, comme la donation (article 931 du Code civil), le mariage (article 1594 du Code civil), ou encore la constitution d'hypothèque (article 2127 du Code civil). D'autres contrats connaissent, eux, un certain formalisme *ad probationem* (par exemple, un écrit est exigé au-delà d'une certaine somme par l'article 1341 du Code civil). Sur tous ces points, voy. L. LEVENEUR, « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 285 et s.

2178 Voy. *supra*, n° 122.

2179 Article L. 444-7 du Code de l'éducation.

2180 Article L. 121-21 du Code de la consommation.

2181 Article L. 121-18 du Code de la consommation.

2182 Article L. 342-13 du Code monétaire et financier.

2183 Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Ce formalisme informatif a pour particularité de ne pas être nécessairement mis à la charge d'un professionnel, puisque la loi peut concerner un bailleur particulier.

2184 Ce qui est d'ailleurs contestable, car la nullité ne devrait être prononcée que si, effectivement, le consentement de la personne a été trompé, voy. V. MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », art. préc.

certains contrats spéciaux entraîneront des sanctions particulières, parfois bien plus efficaces, telle la déchéance du droit aux intérêts en matière de crédit ²¹⁸⁵ ou la diminution du prix ²¹⁸⁶. D'autres textes sont, eux, totalement muets sur les sanctions applicables ²¹⁸⁷, ce qui n'est pas sans poser de problèmes, en particulier sur l'application de la nullité ²¹⁸⁸. Enfin, aux sanctions de droit commun s'ajoutent très souvent des sanctions pénales ²¹⁸⁹. Cette grande diversité, voire ce désordre, aussi bien du fond des dispositions que de leurs sanctions, amène naturellement la question de l'insuffisance du formalisme informatif.

480. Insuffisances du formalisme informatif. La question du recours au formalisme a, depuis longtemps ²¹⁹⁰, suscité réflexions et controverses, auxquelles n'échappe pas le cas particulier du formalisme informatif ²¹⁹¹, pourtant qualifié de « fleuron de la législation consumériste » ²¹⁹². De manière générale, on l'accuse de se retourner contre le consommateur : le formalisme ralentit la formation du contrat, et son coût est inévitablement répercuté sur les prix ²¹⁹³, sans qu'il permette pour autant une information effective, le contrat étant très rarement lu avant d'être signé ²¹⁹⁴. On peut en outre s'interroger sur la vision que le législateur se fait du consommateur, à la lecture de certaines dispositions informatives. En prenant l'exemple fameux de la mention protectrice obligatoire « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de

2185 Voy. *supra*, n° 416.

2186 C'est ce qu'envisage le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dans sa version adoptée par l'Assemblée nationale puis enregistrée à la Présidence du Sénat le 17 septembre 2013, projet n° 851) dans son article 1^{er}, I, 4°, proposant d'intégrer un article 3-1 à la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 ainsi rédigé : « Lorsque la surface habitable de la chose louée est inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans le contrat de location, le bailleur supporte, à la demande du locataire, une diminution du loyer proportionnelle à l'écart constaté. À défaut d'accord entre les parties ou à défaut de réponse du propriétaire dans un délai de deux mois à compter de la demande en diminution du loyer, le juge peut être saisi, dans le délai de quatre mois à compter de cette même demande, afin de déterminer, le cas échéant, la diminution du loyer à appliquer [...] ».

2187 Voy. par ex., les articles L. 111-2 et L. 114-1 du Code de la consommation.

2188 Voy. la synthèse des solutions jurisprudentielles et des propositions doctrinales de Mme FENOUILLET (note précitée sous Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004).

2189 Voy. par ex., en matière de crédit à la consommation, l'article L. 311-49 du Code de la consommation.

2190 Voy. le célèbre article de J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 93 et s.

2191 Le formalisme informatif serait la manifestation de la vitalité et de la renaissance du formalisme, voy. X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170.

2192 A. LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », art. préc., n° 8.

2193 PH. MALAURIE, « L'effet pervers des lois », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu, droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 309 et s. ; J. STOFFLET, « Propos non conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 287 et s.

2194 « Il est douteux que [le consommateur] se trouve effectivement informé du seul fait que des mentions explicatives figurent dans l'acte qu'il a signé ou sur le produit qu'il a acheté ; les a-t-il même lues ? » (PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 540).

remboursement avant de vous engager »²¹⁹⁵, on peut se demander avec M. RAYMOND si elle ne « prend [pas] les consommateurs pour des demeurés »²¹⁹⁶, *a contrario* de la vision classique d'un consommateur moyen, normalement attentif et avisé²¹⁹⁷. En dehors de ces considérations, la critique principale du formalisme informatif touche surtout à l'absence de cohérence de la multitude de dispositions à la fois variées et complexes qui le composent²¹⁹⁸.

Cette absence de cohérence est parfois source de difficultés particulières. Une première illustration est issue de l'amas d'informations qui couvre l'emprunteur. Dans le cadre du crédit à la consommation, le professionnel doit remettre dès la période précontractuelle une fiche d'information²¹⁹⁹. Il doit ensuite délivrer à l'emprunteur une offre de contrat comportant un grand nombre d'informations obligatoires. Il doit enfin mentionner dans le contrat de crédit lui-même d'autres informations²²⁰⁰. Que se passe-t-il si les indications - parfaitement légales sur la forme -, portées sur la fiche et sur le contrat diffèrent dans leur contenu, au détriment de l'emprunteur ? Il paraît certain que le contrat engage les parties : seuls des dommages-intérêts pourraient régler le conflit²²⁰¹.

Une seconde illustration est fournie par l'articulation délicate du formalisme avec les autres dispositifs civils de lutte contre les atteintes au consentement²²⁰². Par exemple, la Cour de cassation a jugé que si le formalisme prévu est imparfait et omet une obligation importante, son destinataire ne peut se prévaloir de l'obligation générale d'information, ni de la réticence dolosive, pour pallier cette insuffisance²²⁰³. En somme, le droit de la

2195 Article L. 311-5 du Code de la consommation.

2196 G. RAYMOND, « Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2009, étude n° 6, n° 12.

2197 L. ARCELIN-LÉCUYER, « La redondance informative ou le bon sens oublié », *Contrats concurrence consommation* 2011, étude n° 9, n° 10.

2198 Voy. les nombreux exemples cités par J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 58. *Adde* plus largement, N. RANDOUX, « Les dernières vies du formalisme », *LPA* 20 août 2013, n° 166, p. 5 et s., spéc. p. 9 et s.

2199 Article L. 311-6 du Code de la consommation.

2200 Et y joindre un formulaire détachable facilitant la rétractation (article L. 311-12 du Code de la consommation).

2201 En ce sens, H. CLARET, « Les obligations d'information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation », art. préc., n° 6. En jurisprudence, rapp. Com., 24 juin 2008 ; *Bull. civ.* IV, n° 127.

2202 L. ATTUEL-MENDÈS, « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », art. préc., n° 4 et s.

2203 « Dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle type qu'il avait lui-même rédigé [...] aucune réticence dolosive ne pouvait être imputée au cocontractant » : Civ. 1ère, 14 juin 1989 ; *Bull. civ.* I, n° 240 ; *JCP G* 1991, II, 21632, note G. VIRASSAMY ;

consommation, censé remédier aux insuffisances du droit des obligations, vient ici empêcher son application. La doctrine n'a pas manqué de s'en émouvoir, critiquant fortement cette solution ²²⁰⁴. Quant à la Cour de cassation, elle tend depuis à gommer cet inconvénient, sanctionnant sur le fondement d'un devoir de conseil ²²⁰⁵ ou de mise en garde ²²⁰⁶, un contractant qui avait pourtant respecté à la lettre les obligations découlant du formalisme informatif. Cette dernière solution doit être approuvée. Elle ne suffit pas, cependant, à combler les différentes lacunes du formalisme informatif.

481. Rationalisation du formalisme informatif. Le remède aux problèmes du formalisme informatif est aussi connu que difficile : il faut le rationaliser, le clarifier, le simplifier. Il semble malheureusement impossible de proposer, de manière abstraite, une méthode applicable à toutes les hypothèses de formalisme. Mais il est envisageable de donner quelques pistes. Il est d'abord sans doute possible d'harmoniser davantage les mentions obligatoires. L'idée est d'identifier un tronc commun de mentions obligatoires dans tous les contrats réglementés. Il faudrait à cet égard généraliser un des apports de la loi du 1^{er} juillet 2010 relative au crédit à la consommation qui, pour faciliter la compréhension de ce crédit, exige la remise d'une notice résumant les caractéristiques essentielles du contrat ²²⁰⁷ - sans tomber dans ses excès : l'article R. 311-3 du Code de la consommation, qui prévoit le contenu de cette fiche, ne comprend pas moins de

D. 1989, somm. p. 338, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1995, p. 98, obs. J. MESTRE.

2204 En ce sens, voy. not. F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 262, qui reprennent la célèbre formule de J. PORTALIS mettant déjà en garde contre une « dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir » par la loi (« Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, op. cit.*, p. XXV). Et sans doute est-il en effet « absurde de maintenir dans les liens d'un contrat un consommateur, dont le consentement est vicié, pour préserver le mythe d'un législateur infaillible » (C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009, n° 173). Un autre auteur affirme qu'« au risque de se scléroser, tout droit doit pouvoir emprunter à la théorie générale, [...] [laquelle] conduit parfois à des solutions plus en phase avec l'esprit de la discipline particulière » (N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, th. préc., n° 568).

2205 *Civ. 1ère* 27 juin 1995 ; *Bull. civ. I*, n° 287 ; D. 1995, jur. p. 621, note S. PIEDELIÈVRE ; *Defrénois* 1995, 36210, spéc. p. 1416, chron. D. MAZEAUD ; *Contrats concurrence consommation* 1995, comm. n° 211, obs. G. RAYMOND ; *RTD civ.* 1996, p. 384, obs. J. MESTRE. Dans cette affaire, une entreprise de crédit a vu sa responsabilité engagée par l'intermédiaire du devoir de conseil, alors même qu'elle avait respecté à la lettre le formalisme informatif.

2206 Ch. mixte, 29 juin 2007 ; *Bull. ch. mixte*, n° 7 et 8 ; *JCP G* 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; D. 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET, et p. 2081, note S. PIEDELIÈVRE ; *RTD civ.* 2007, p. 779, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2007, p. 579, obs. D. LEGEAIS.

2207 Article L. 311-6, I, alinéa 1^{er} du Code de la consommation : « Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement ».

vingt-et-un alinéas. Poussé par le droit de l'Union européenne, le droit français pourrait bientôt opérer une évolution de cette nature. La directive du 25 octobre 2011²²⁰⁸ - dont le projet de loi relatif à la consommation est censé assurer la transposition²²⁰⁹ -, prévoit en effet des dispositions d'information transversales - au nombre de huit, la plupart déjà connues du droit français²²¹⁰ -, communes à presque tous les contrats de consommation²²¹¹. La directive étant sur ce point d'harmonisation minimale, il est permis aux États-membres de maintenir ou d'adopter des exigences supplémentaires. Tel n'est pas le cas pour les contrats conclus à distance et hors établissements. Les informations qui devront figurer dans les contrats et les offres de contrats concernés devront comprendre des informations plus nombreuses - une vingtaine -, et plus précises. Mais la directive étant d'harmonisation totale à cet égard, les États-membres ne pourront pas compléter cette liste²²¹².

Ces mentions obligatoires devraient, selon nous, être sélectionnées en fonction de leur caractère déterminant, ou non, pour le consentement d'autrui au contrat. Il n'est à cet égard pas inutile de s'inspirer de ce qui a déjà été relevé pour identifier la faute pénale²²¹³. La problématique était certes différente, mais cela nous avait conduit à distinguer un certain nombre d'informations qui, manifestement, déterminent le consentement d'une partie au contrat, d'autres informations qui n'ont sur ce consentement aucune influence. Par exemple, l'identité de l'offrant doit nécessairement faire partie des informations obligatoires. Surtout, la nature exacte des obligations mises à sa charge, mais aussi à la charge de l'acceptant, doit être précisée. Dans les contrats de vente ou d'offres de services, cela comprend en premier lieu le montant total de revient - sur le modèle du taux annuel effectif global en matière de crédit. La durée éventuelle de l'engagement devra également être précisée. Selon le type de contrat, d'autres informations devront ponctuellement être

2208 Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (*JOUE* 22 novembre 2013, n° L 304, p. 64 ; *JCP G* 2012, 62, étude G. PAISANT ; *RDC* 2011, p. 1224, obs. C. AUBERT DE VINCELLES).

2209 Voy. l'article 4 du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013, instituant les nouveaux articles L. 111-1 à L. 111-3 du Code de la consommation.

2210 Serait en revanche nouvelle l'information obligatoire relative à la garantie de conformité (pour une analyse détaillée, voy. G. RAYMOND, « Directive consommateurs n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 », *Contrats concurrence consommation* 2012, étude n° 3, n° 18 et s.).

2211 Selon M. RAYMOND, cette partie de la directive est tout « ce qui reste de l'ambitieux programme qui avait été envisagé au tout début de la discussion, celui de rédiger un véritable Code de la consommation de droit communautaire » (« Directive consommateurs n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 », art. préc., n° 14).

2212 Ce qui paraît curieux : les ventes à distance et hors établissement étant par nature dangereuses, n'aurait-il pas fallu plutôt accroître la protection des consommateurs ?

2213 Voy. *supra*, n° 377 et s.

imposées. En revanche, les informations qui ne seraient pas déterminantes pour le consentement ne devraient pas être rendues obligatoires. Selon nous, et en reprenant l'exemple du crédit à la consommation ²²¹⁴, tel n'est pas le cas, dans le contrat de crédit lui-même ²²¹⁵, des références aux procédures de médiation ²²¹⁶ ni aux adresses de l'Autorité de contrôle prudentiel ou de la DGCCRF ²²¹⁷. De même, la mention protectrice déjà citée « Un crédit vous engage et doit être remboursé [...] » ²²¹⁸, outre qu'il abaisse le seuil de discernement dont devrait faire preuve chaque emprunteur, participe d'une surinformation regrettable. L'objectif est clairement de limiter la masse des informations - plusieurs pages dans certains contrats - , et corrélativement, d'augmenter les chances que celles qui sont essentielles soient lues.

Nous proposons donc bien, non un renforcement, mais une *rationalisation* tant du formalisme informatif que des obligations d'information. Ceux-ci seraient alors plus efficaces dans la prévention des atteintes au consentement. Liés à l'adaptation de la théorie des vices du consentement, ils permettent déjà d'étendre le champ d'application de la protection civile du consentement contractuel. Mais là n'est pas l'essentiel. Pour fournir un substitut adéquat à la dépenalisation des atteintes au consentement que nous prônons, la voie civile doit surtout être renforcée dans ses sanctions, où ses lacunes se font bien davantage ressentir.

§ 2. LE RENFORCEMENT DES SANCTIONS CIVILES

482. Dépenaliser certaines atteintes au consentement sans pour autant entraîner une baisse de la protection des contractants suppose, surtout, d'identifier les sanctions civiles qui pourraient pertinemment se substituer à la sanction pénale et, lorsque cela est possible, de les renforcer et les adapter davantage au contentieux des atteintes au consentement contractuel. Le choix de ces sanctions doit obéir à un critère clair, à l'inverse de la politique législative actuelle qui privilégie de manière irréfléchie la sanction pénale ²²¹⁹ : « Le choix de la sanction ne doit [...] pas être aveugle, mais être fait en fonction de l'aptitude de celle-ci à

²²¹⁴ Voy. *supra*, n° 393 et s.

²²¹⁵ Article L. 311-18 du Code de la consommation.

²²¹⁶ Article R. 311-5, I, 7°, a) du Code de la consommation.

²²¹⁷ Article R. 311-5, I, 7°, c) du Code de la consommation.

²²¹⁸ Voy. *supra*, n° 393.

²²¹⁹ Rappr. *supra*, n° 312 et s. ; et J. CALAIS-AULOY, « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, op. cit.*, p. 75 et s., spéc. p. 97 : « Aucune réflexion d'ensemble n'a jamais été menée sur la finalité, la nature et la gradation des sanctions applicables [...] ».

assurer le respect de l'obligation juridique »²²²⁰. À cette fin, une voie est souvent privilégiée en doctrine, celle des amendes civiles ou des peines privées. Pour des raisons différentes, ces sanctions civiles à contenu punitif ne nous paraissent pas fournir un substitut opportun à la sanction pénale : il convient donc de les exclure (A). En revanche, d'autres mesures civiles, déjà présentes en droit positif, peuvent se présenter comme des substituts crédibles à la sanction pénale concernant certaines atteintes au consentement. Il faudra alors tenter, dans la mesure du possible, de renforcer et d'adapter davantage ces mesures au contentieux des atteintes au consentement contractuel (B).

A. L'exclusion des sanctions civiles punitives

483. La dépenalisation des atteintes au consentement pourrait se faire, assez naturellement, au profit de sanctions civiles à forte coloration punitive : les amendes civiles d'une part, les peines privées - on pense ici à d'éventuels dommages et intérêts punitifs -, d'autre part. La distinction est fonction du bénéficiaire de la somme : l'État dans le cas de l'amende civile, la victime en matière de peine privée. Pour des raisons différentes, il nous semble que ni les amendes civiles (1), ni les peines privées (2) ne peuvent remplacer opportunément les sanctions pénales que nous jugeons illégitimes dans la répression de certaines atteintes au consentement contractuel.

1. L'exclusion des amendes civiles

484. Présentation des amendes civiles. L'amende civile est une sanction pécuniaire versée au Trésor public, « prévue par un texte et prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale »²²²¹. Sa principale illustration a déjà été aperçue : il s'agit de l'amende prévue en matière de pratiques restrictives de concurrence, par l'article L. 442-6, III du Code de commerce²²²². Pour des raisons pragmatiques, il n'est pas question ici de revenir sur les amendes civiles préexistantes, pour ne pas créer le risque d'une perte d'efficacité de la lutte contre les atteintes au consentement contractuel. La seule question est de savoir si une telle sanction peut être développée au-delà des cas existants, afin de se présenter comme un substitut

²²²⁰ G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 42.

²²²¹ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », *LPA* 20 novembre 2002, n° 232, p. 36 et s., n° 4.

²²²² Voy. *supra*, n° 148.

pertinent à certaines sanctions pénales actuellement prévues en répression d'atteintes au consentement contractuel. À notre avis, une telle solution doit être rejetée, sous peine pour nous de ne proposer qu'une dépénalisation en trompe-l'œil, restreinte à la seule disparition symbolique de la sanction pénale.

485. Rapprochement des amendes civiles et pénales. Un raisonnement similaire à celui, déjà conduit en matière de sanctions administratives pécuniaires²²²³, peut être continué, en partant de l'illustration qu'offre l'amende civile de l'article L. 442-6, III du Code de commerce. Le montant très élevé de cette dernière conduit à un rapprochement assez évident avec la sanction pénale : jusqu'à deux millions d'euros, voire le triple des sommes indûment versées²²²⁴, quand les amendes pénales ne dépassent que rarement la somme de 375 000 euros. Si la dépénalisation consiste à remplacer une amende par une autre, d'un montant au demeurant plus élevé, le progrès réalisé nous paraît assez douteux²²²⁵... Certes, le caractère infamant inhérent à la sanction pénale s'amenuise, au profit d'une sanction civile peut-être plus discrète. Il est certain également que les procédures pénale et civile ne sont pas les mêmes - malgré un rapprochement certain, concernant par exemple les personnes pouvant déclencher la procédure²²²⁶, compte tenu de la proximité des fonctions -, mais quel progrès pourrait être espéré du passage à la procédure civile ? La victime de l'atteinte au consentement perdrait le bénéfice d'une procédure pénale globalement moins lente et moins chère, tandis que l'auteur de l'atteinte disposerait de garanties fondamentales amoindries. Quoiqu'il en soit, il reste que les amendes pénales et civiles ne différeront en aucune sorte quant à leurs effets ni quant à leurs fonctions principales - dissuasion et rétribution.

Ces considérations posent clairement la question de la légitimité de l'amende civile comme substitut à la pénalisation. À propos de celle instituée par l'article L. 442-6, III du Code de commerce, un auteur écrivait qu'« On a tout de même un peu le sentiment que

2223 Voy. *supra*, n° 443 et s., spéc. n° 445.

2224 Ajout de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008. Il ne faut pas méconnaître que cette amende civile peut venir s'ajouter à la réparation des préjudices subis, à la cessation de l'illicite ou à l'annulation des contrats conclus.

2225 Rapp. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 374 *in fine* : « C'est le type même de la sanction parapénale, d'un montant énorme. Il n'est pas excessif de songer à une repénalisation inavouée ».

2226 Ainsi l'action visée à l'article L. 442-6 du Code de commerce « est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence [...] » (article L. 442-6, III).

l'amende civile n'est pas civile par essence. Elle ne l'est que par la volonté du législateur »²²²⁷. Il n'est dès lors guère surprenant que le Conseil constitutionnel ait vérifié la conformité de l'amende civile de l'article L. 442-6, III au principe de légalité criminelle, dans sa décision du 13 janvier 2011²²²⁸. Les juges ont manifestement eu ce même sentiment. Un jugement du tribunal de commerce de Lille rendu le 7 septembre 2011²²²⁹ l'illustre : les juges y énoncent que, de manière générale, l'amende civile « doit répondre à un caractère de sanction au regard du trouble à l'ordre public économique, à celui d'effet exemplaire et dissuasif pour éviter la répétition de telles pratiques », puis ajoutent « qu'au cas présent, compte tenu des infractions constatées, le principe d'une amende exemplaire est justifié ». Ainsi que l'a remarqué M. MAZEAUD, à propos de cette décision, « Les mots du droit pénal investissent donc, sinon la lettre, du moins l'esprit du droit des contrats »²²³⁰.

486. Conséquence : exclusion des amendes civiles. Il ne serait ni réaliste, ni même souhaitable compte tenu de l'efficacité de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, d'envisager la suppression de l'amende civile qu'il institue. Il ne paraît pas opportun cependant d'aller plus loin pour créer d'autres hypothèses similaires. C'est en effet une tout autre dépenalisation que nous prônons. Il convient, selon nous, de substituer à la sanction pénale différentes mesures dont le contenu présente un caractère original et distinct. L'objectif est de renouveler la réponse offerte aux atteintes au consentement qui, selon nous, ne méritent pas la sanction pénale. La dépenalisation des atteintes au consentement contractuel doit donc passer par une autre voie que celle des amendes civiles, sous peine de n'être qu'une dépenalisation de façade²²³¹. Pour une raison assez différente, les peines privées doivent également être exclues du cadre de la dépenalisation suggérée.

2227 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », art. préc., n° 24. L'auteur continue en se demandant « si le choix d'une amende civile plutôt que d'une amende pénale n'a pas pour but et pour effet de priver l'auteur de l'infraction et secondairement les victimes de certains mécanismes de protection du droit pénal ».

2228 Voy. *supra*, n° 148.

2229 T. com. Lille, 7 septembre 2011 ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 234, obs. N. MATHEY. Ce jugement condamne une grande enseigne de distribution à une amende d'un million d'euros pour avoir imposé à ses fournisseurs des clauses abusives.

2230 D. MAZEAUD, « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », art. préc., spéc. p. 109.

2231 Dans le même sens, voy. G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 42 : « le développement des amendes civiles, voire des sanctions administratives prononcées par les autorités administratives, ne mérite sans doute aucune approbation puisqu'il traduit un changement lexical, sans pour autant se détacher de la dimension punitive et intimidante de la sanction pénale *stricto sensu* ». Comp., en matière de sociétés, M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, préf. P. LE CANNU, av.-propos G. CANIVET, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 439, 2005, n° 520.

2. L'exclusion des peines privées

487. La notion de peine privée. Schématiquement, et pour reprendre la définition tirée de la thèse de M. JAULT²²³², « la peine privée est une sanction civile ayant pour objet la répression d'un comportement fautif. La peine, dont l'application est déclenchée par la seule faute du responsable, inflige à celui-ci une sanction punitive qui se traduit le plus souvent par une perte patrimoniale sans aucune contrepartie, et qui se distingue de la réparation par l'absence de nécessité d'un quelconque préjudice subi par la victime ». Le mécanisme de la peine privée sort donc clairement de la fonction traditionnelle de la responsabilité civile : la victime reçoit une somme d'argent supérieure au montant du dommage qu'elle a subi. Cela est dû au fait que la peine privée se fonde non sur le préjudice, mais sur la faute²²³³. C'est donc bien une *peine*, puisqu'elle n'a pas pour fonction de compenser le dommage mais de sanctionner l'auteur du comportement fautif. Mais c'est une peine *privée*, puisque l'argent va à la victime et non à l'État²²³⁴.

Ancienne²²³⁵, l'idée d'une peine privée est de plus en plus avancée²²³⁶, et a d'ailleurs déjà séduit certains droits étrangers²²³⁷. En droit français, sa réception n'est pas sans paradoxe : officiellement méconnue, la peine privée connaît pourtant un certain nombre d'applications officieuses²²³⁸. Au sein de ces applications il faut encore distinguer le rôle très discuté de la responsabilité civile délictuelle, des applications de la peine privée qui ne paraissent plus guère contestables : à titre principal, les clauses pénale et résolutoire, l'astreinte, et surtout les déchéances.

2232 A. JAULT, *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 442, 2005, n° 18.

2233 Critère découvert et mis en avant par M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXXXV, 1974, p. 59 et s.

2234 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., n° 11 *in fine* (à propos de l'astreinte).

2235 Voy. not. L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904 ; et « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXème siècle », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 249 et s.

2236 Voy. not. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., n° 198 et s. ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, préf. P. JOURDAIN, av.-propos G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006, n° 417 et s.

2237 Voy. par ex., en droit québécois, J.-L. BAUDOIN, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *common law* », in *Études offertes au professeur Philippe Malimvaud*, Litec, 2007, p. 1 et s.

2238 Selon les expressions de M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, th. préc., n° 556 et s.

488. Une application discutée de la peine privée : la responsabilité civile délictuelle. B. STARCK, il y a longtemps ²²³⁹, Mme CARVAL ²²⁴⁰, plus récemment, constatèrent tous deux une certaine existence de la peine privée en droit français, par une utilisation quelque peu déformée de la responsabilité civile délictuelle. Les dommages et intérêts, en effet, sont suffisamment souples pour s'adapter aux différentes situations ; et il est certain qu'en pratique, le juge tient parfois compte de la faute de la personne pour fixer leur montant, particulièrement lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice moral ²²⁴¹ ou corporel. Il est évident cependant qu'il ne peut s'agir là que d'une application anecdotique de la peine privée, qui entraîne au demeurant une certaine dénaturation de la responsabilité civile. Celle-ci ne devrait en effet aboutir, en principe, qu'à la seule réparation intégrale du préjudice subi, sans augmenter le montant des dommages-intérêts en fonction de l'auteur du dommage ou de la faute qu'il a commise.

489. Des applications certaines de la peine privée : les clauses pénales et résolutoires, les astreintes et les déchéances. D'autres sanctions proposées par le droit civil s'apparentent en revanche indéniablement aux peines privées. À titre d'illustration, les peines privées existent surtout au stade de l'exécution du contrat. Il en est ainsi de deux clauses qui relèvent de la commune volonté des parties : la clause résolutoire expresse ²²⁴² et, surtout, la *clause pénale*, par laquelle des contractants prévoient à l'avance les dommages-intérêts dus en cas de retard ou d'inexécution. Il s'agit d'une somme forfaitaire souvent bien supérieure au préjudice réel subi par le créancier - la clause pénale peut même être mise en œuvre en l'absence de tout préjudice ²²⁴³, sauf si elle est manifestement excessive. Sous cet aspect, et quoique ce point soit parfois discuté, il nous paraît juste d'y voir la manifestation d'une véritable peine privée ²²⁴⁴, d'autant plus redoutable que, comme

2239 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. préc.

2240 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc.

2241 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 181.

2242 La clause résolutoire expresse prévoit qu'en présence de manquements à la foi contractuelle, la résolution interviendra de plein droit (F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 662 et s.). Une telle clause est parfois interdite par principe (bail d'habitation, sauf certaines exceptions), ou strictement encadrée (bail commercial). Voy., rattachant ensemble les clauses pénales et clauses résolutoires expresses dans la catégorie des peines privées, D. MAZEAUD, « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », art. préc., spéc. p. 108.

2243 Civ. 3ème, 12 janvier 1994 ; *Bull. civ.* III, n° 5 ; *JCP G* 1994, I, 3809, obs. G. VINEY ; *Defrénois* 1994, 35845, spéc. p. 804, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1994, p. 605, obs. J. MESTRE. Rapp. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992, n° 561, qui explique que la clause pénale trouve son fondement dans la seule inexécution ou exécution tardive, indépendamment de tout préjudice.

l'a récemment démontré Mme JAOUEN, elle constitue un acte de justice privée²²⁴⁵, qui échappe en grande partie au juge. L'*astreinte*, judiciaire ou conventionnelle²²⁴⁶, fonction du comportement fautif du débiteur et non du préjudice²²⁴⁷, nous paraît être une autre manifestation indéniable de la peine privée²²⁴⁸, puisque son montant, qui augmente à mesure que le temps passe, est versé directement au créancier de l'obligation insatisfaite.

Au stade de la formation du contrat, qui seul nous intéresse ici, la déchéance, et particulièrement la *déchéance du droit aux intérêts*, reste la meilleure illustration de la peine privée. Il s'agit bien d'une peine, étant une sanction pécuniaire infligée en matière civile, à titre de punition d'un manquement du prêteur à l'une de ses obligations. C'est une peine privée dans la mesure où c'est l'emprunteur qui en bénéficie directement, puisqu'il ne devra rembourser que le capital et non les intérêts²²⁴⁹. C'est une peine privée de nature civile, enfin : sanction propre au domaine du crédit, elle doit être prononcée par le juge civil - quoique la déchéance du droit aux intérêts ait parfois été rapprochée d'une sanction pénale²²⁵⁰.

490. Application prospective de la peine privée : les dommages-intérêts punitifs.

Sur le modèle de ce qui a été dit à propos de l'amende civile, la question ici n'est pas de revenir sur les différents mécanismes s'apparentant aujourd'hui à une peine privée. La dépénalisation ne doit pas suivre, en effet, des seules considérations idéologiques, mais doit faire preuve d'un certain pragmatisme. Or, les peines privées actuelles ont démontré leur

2244 En ce sens, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc., n° 555 et s. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., n° 12 ; M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, th. préc., n° 557.

2245 M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, *Économica*, coll. Recherches Juridiques, vol. 29, 2013, n° 155 et s., spéc. n° 157.

2246 L'astreinte conventionnelle n'est qu'une variété de clause pénale, d'ailleurs soumise au pouvoir de révision du juge en vertu de l'article 1152 du Code civil (voy. par ex., Civ. 1ère, 9 mars 1977 ; *Bull. civ. I*, n° 126).

2247 Civ. 2ème, 28 octobre 1999 ; *RTD civ.* 2000, p. 162, n° 6, obs. R. PENOT. L'astreinte peut donc être prononcée même en l'absence de tout préjudice (Civ. 1ère, 28 février 1989 ; *Bull. civ. I*, n° 97 ; *D.* 1989, IR p. 102).

2248 En ce sens, voy. not. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., n° 11 *in fine* : « Elle est une *peine* puisqu'elle a pour fonction, "non de compenser le dommage né du retard mais de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation" et que le juge doit en liquider le montant, selon la loi du 9 juillet 1991, en tenant compte du "comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter" [...]. Elle est une *peine privée*, enfin, dans la mesure où [...] elle revient intégralement à la victime qui peut ainsi percevoir une somme beaucoup plus élevée que celle qui serait simplement venue réparer son préjudice » (souligné par l'auteur).

2249 Voy. *supra*, n° 416.

2250 Voy. *supra*, n° 416.

efficacité, et ce serait nuire à la protection des contractants que de les supprimer, pour les remplacer par d'autres mesures au rendement plus incertain. C'est pour cette raison que la déchéance du droit aux intérêts, par exemple, a pu être proposée comme une alternative efficace, susceptible d'exclure la sanction pénale du domaine du crédit ²²⁵¹.

La question est de savoir si, au-delà des hypothèses déjà existantes, il serait opportun de consacrer de manière générale le principe d'une peine privée en droit français. Cela pourrait passer par la reconnaissance de principe des *dommages-intérêts punitifs* en droit français, à l'image de ce qui existe dans les droits américain et québécois ²²⁵². C'est en ce sens que se prononçait le projet « CATALA » en son article 1371 ²²⁵³. Plus encore, la question est de savoir si l'instauration d'une telle peine privée, bien plus dissuasive que la responsabilité civile actuelle ²²⁵⁴, offrirait une alternative convenable aux sanctions pénales d'atteintes au consentement qui, selon nous, doivent disparaître.

491. Rejet. Une réponse négative semble s'imposer. Il ne faut pas oublier, en effet, pourquoi la peine privée, bien que souvent défendue en doctrine, n'a jamais été officiellement acceptée ²²⁵⁵. Son rejet est dû à ce qu'elle procède d'un « regrettable mélange des genres » ²²⁵⁶ qui la rend « philosophiquement injustifiable » ²²⁵⁷ au regard du principe de réparation intégrale et de l'adage *Suum cuique tribuere* - chacun doit retrouver ce qui lui revient de droit. En permettant l'enrichissement sans cause de la victime, la peine privée l'avantage de manière indue ²²⁵⁸. Les droits suisses et allemands, qui ont tenté de contourner les obstacles posés par les dommages-intérêts punitifs en créant l'action pour

2251 Voy. *supra*, n° 417.

2252 P.-G. JOBIN, « Les dommages punitifs en droit québécois », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, op. cit.*, p. 536 et s. ; J.-L. BAUDOIN, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *common law* », art. préc.

2253 Selon l'article 1371 de cet avant-projet : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ». C'est ici clairement la *faute* qui fonde des dommages-intérêts supplémentaires.

2254 G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p. 2944 et s., spéc. p. 2947.

2255 Voy. toutefois, le cas des dommages-intérêts restitutoires en matière de contrefaçon (loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon) ; et, plus largement, D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., n° 18.

2256 E. DREYER, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, I, 201.

2257 D. CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, th. préc., n° 179.

2258 A.-S. CHONÉ, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, th. préc., n° 600.

« enrichissement illégitime »²²⁵⁹, n'y parviennent pas puisque dans cette hypothèse aussi la victime reçoit les sommes correspondant à l'enrichissement dénoncé.

D'un point de vue pragmatique, il est vrai que des dommages-intérêts punitifs pourraient inciter les victimes à agir²²⁶⁰ ; on objectera cependant que des effets pervers pourraient s'en faire ressentir, en créant un esprit procédurier qui risque d'être malsain. Ces effets pervers seraient d'ailleurs multipliés si une action collective permettait de joindre plusieurs demandes de peines privées. Le rapport du groupe de travail présidé par M. COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires en avait tiré les conséquences : partant du principe qu'il n'était pas souhaitable de créer à la fois une peine privée et une action de groupe, le groupe de travail ne soutenait que la création de l'action de groupe²²⁶¹. Pour remédier à cette critique, Mme CARVAL proposait d'attribuer les sommes d'argent non à la victime, mais à des organismes de bienfaisance²²⁶². Mais si l'idée révèle chez l'auteur une générosité qui l'honore, le système proposé serait, à notre avis, plus injustifiable encore, détaché de toute la logique qui inonde notre droit.

Il ne semble donc pas possible de contourner cet obstacle. Il serait ridicule en effet, en cherchant à éviter le dévoiement de la sanction pénale, de causer la dénaturation du droit civil. En conséquence, s'il n'est pas question de revenir sur les manifestations officieuses de la peine privée, qui ont au demeurant prouvé leur efficacité, l'instauration à titre de principe d'une peine privée en droit français, qui prendrait par exemple la forme de dommages-intérêts punitifs, ne nous semble pas opportune. À l'instar des amendes civiles, le recours aux peines privées doit être exclu dans le cadre de la dépénalisation de certaines atteintes au consentement contractuel. Celle-ci doit alors recourir aux mesures civiles préexistantes, lesquelles doivent, à cette fin, être renforcées et mieux adaptées au contentieux des atteintes au consentement contractuel.

2259 F. WERRO, « La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, op. cit., p. 745 et s.

2260 R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages-intérêts punitifs », *LPA* 20 janvier 2005, n° 14, p. 53 et s., spéc. p. 56 et s.

2261 J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 94.

2262 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., n° 34.

B. Le renforcement des mesures civiles préexistantes

492. L'étude des mesures civiles actuelles qui pourraient venir se substituer à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel provoque, d'abord, un sentiment de vertige devant l'immensité du catalogue ²²⁶³. Une fois ce trouble dépassé, la raison suggère cependant de recentrer la liste autour des seules mesures véritablement pertinentes. Cela doit conduire, d'abord, à exclure les sanctions civiles de l'inexécution du contrat, dans la mesure où, ainsi que cela a déjà pu être expliqué ²²⁶⁴, la dépénalisation suggérée ne vise que des incriminations d'atteintes au consentement contractuel réalisées avant ou au moment de la formation du contrat. Doivent encore être écartées les sanctions qui, en raison de leur portée limitée, ne sont pas susceptibles de représenter un véritable substitut à la sanction pénale des atteintes au consentement : on pense notamment à la requalification du contrat, déjà aperçue ²²⁶⁵, ou aux mesures de publications ²²⁶⁶ que peut ordonner le juge civil.

Concernant, ensuite, la fonction des sanctions, il ne faut pas oublier que notre objectif est de trouver de véritables substituts à la sanction pénale. Comme nous l'avons vu plus haut, cela exclut d'abord les sanctions qui, telle l'amende civile, singent la sanction pénale et n'aboutissent qu'à une dépénalisation de façade. Les comportements que nous suggérons de dépénaliser ne reposant pas, par hypothèse, sur une faute suffisant à justifier la sanction pénale, il est indifférent que les sanctions civiles proposées ne présentent qu'un aspect rétributif incertain. Il est nécessaire en revanche que les mesures civiles, soit disposent d'un réel aspect dissuasif, pour ne pas risquer que la dépénalisation entraîne une baisse de la protection des contractants, soit permettent d'effacer efficacement les conséquences de l'altération du consentement. À cette fin, la responsabilité civile ne saurait à elle seule, en raison de ses insuffisances propres ²²⁶⁷, fournir un substitut adéquat à la sanction pénale.

À l'inverse, en dépit de son caractère de peine privée contrevenant aux fonctions classiques du droit civil, la déchéance du droit aux intérêts a pu être proposée comme un

2263 Rapp. D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., n° 1 et s., spéc. n° 3.

2264 Voy. *supra*, n° 456.

2265 La requalification existe tant en droit du travail qu'en droit de la consommation (voy. *supra*, n° 415).

2266 La publication est une sanction dont la nature peut être pénale, administrative ou civile. Citons le cas de l'article L. 442-6, III, alinéa 3 du Code de commerce, qui dispose que « La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée ».

2267 Sur quoi, voy. *supra*, n° 407 et s.

substitut adéquat à la sanction pénale en matière de crédit ²²⁶⁸. Cette sanction a déjà été abordée, en même temps que nos propositions concernant son renforcement : il n'est pas utile d'y revenir ici à nouveau. En revanche, d'autres mesures qui jusqu'ici, n'ont pas été croisées, pourraient représenter quelque apport dans le cadre d'une dépénalisation de certaines atteintes au consentement contractuel. Certaines visent à agir sur le comportement d'un cocontractant en prévenant les atteintes au consentement qu'il risque de causer : il s'agit des injonctions (1). D'autres interviennent, ou pourraient intervenir, pour réparer de manière originale les conséquences d'une atteinte au consentement (2).

1. Les mesures civiles prévenant les atteintes au consentement : les injonctions

493. Intérêt des injonctions comme substitut à la sanction pénale. Les injonctions ont déjà été croisées : apanage traditionnel des AAI, elles peuvent également être prononcées par le juge pénal dans de multiples circonstances ²²⁶⁹. La question est de savoir si le prononcé d'injonctions n'est pas plus pertinent lorsqu'il est le fait du juge civil, et si de telles injonctions ne pourraient pas suffire à répondre à certaines hypothèses risquant d'entraîner une atteinte au consentement contractuel. L'injonction - adoptée si besoin en référé, c'est le *référé-injonction* - , permet en effet d'imposer à une personne un comportement, par exemple la production de documents ou l'exécution d'une obligation, ou plutôt, pour ce qui nous intéresse bien davantage ici, de cesser une activité illicite ²²⁷⁰. Les injonctions permettent donc de faire prévaloir l'utilité sur le châtement ²²⁷¹ - châtement par hypothèse injustifié puisque nous étudions ici les possibilités de substitution d'une sanction pénale dévoyée. Elles se présentent en cela comme un moyen d'action particulièrement adapté, davantage en tous cas que la sanction pénale, face à l'inexécution d'une obligation de faire ou une situation illicite. Seul ce domaine constitue en réalité la limite des injonctions ²²⁷². En particulier, elles sont dépourvues de toute portée dans le cas d'un contrat conclu à la suite d'une atteinte au consentement d'un contractant.

494. Existence des injonctions en droit positif. Assortie d'une astreinte ²²⁷³, l'injonction devient un moyen de pression extrêmement contraignant, et tout aussi dissuasif

2268 Voy. *supra*, n° 417.

2269 Voy. *supra*, n° 446.

2270 Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », art. préc., n° 16 et s.

2271 M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, th. préc., n° 528.

2272 A. LIENHARD, « Pas de si facile de passer du pénal au civil », in *Quelle dépénalisation pour le droit des affaires ?*, *AJ Pénal* 2008, p. 66 et s., spéc. p. 68.

2273 Voy. par ex., en matière de référé injonction, l'article 491 du Code de procédure civile.

que l'est la sanction pénale. Elle a donc d'ores et déjà séduit le législateur. La meilleure illustration - certes extérieure au domaine des atteintes au consentement contractuel - , est tirée du droit des sociétés ²²⁷⁴. En lieu et place des sanctions pénales qui proliféraient alors, la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a en effet innové en permettant notamment au juge de prononcer des injonctions dans de nombreuses hypothèses ²²⁷⁵. Pour revenir à notre matière, un auteur a soutenu qu'en droit de la concurrence également, les injonctions - par exemple celle prévue par l'article L. 442-6, IV du Code de commerce en matière de pratiques restrictives de concurrence - , étaient les plus efficaces et satisfaisantes parmi les sanctions civiles ²²⁷⁶. De manière plus générale, le juge civil des référés dispose également d'un important pouvoir d'injonctions ²²⁷⁷.

495. Potentialités d'un développement des injonctions. Développer le système d'injonctions peut passer par deux voies distinctes. En premier lieu, il faut étendre, voire généraliser, la possibilité pour le juge civil de prononcer des injonctions à toutes les hypothèses pertinentes de manquement à une obligation de faire ou de cessation de l'illicite. En second lieu, il faudrait pouvoir moduler le contenu des injonctions elles-mêmes pour les adapter davantage au contentieux des atteintes au consentement. À ce titre, le droit positif fournit déjà des pistes intéressantes. En droit des sociétés, il existe en effet la possibilité pour le juge de prononcer une injonction de régulariser le contrat en cas de vice du consentement d'un associé ²²⁷⁸. En droit de la consommation, l'article L. 421-2 du Code éponyme permet aux associations de consommateurs de demander au juge - civil mais aussi pénal ²²⁷⁹ - , d'ordonner, non seulement toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites, mais encore « à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite » ²²⁸⁰. Ces injonctions touchent au contenu

2274 W. JEANDIDIER, « L'art de dépénaliser : l'exemple du droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, op. cit., p. 449 et s.

2275 Articles L. 238-1 et suivants du Code de commerce.

2276 E. CLAUDEL, « Les injonctions », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, LPA 20 janvier 2005, n° 14, p. 23 et s., spéc. p. 25.

2277 Par exemple, les articles 808 et 809 du Code de procédure civile disposent respectivement que « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend », et « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Les mêmes pouvoirs existent devant d'autres juridictions (voy. par ex., devant le tribunal de commerce, les articles 872 et 873 du Code de procédure civile).

2278 Articles 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce.

2279 Voy. *supra*, n° 232.

2280 *Addé* en matière de clauses abusives, les articles L. 421-6 et L. 421-7 du Code de la consommation.

même du contrat et permettent de modifier un de ses éléments, qui résulterait d'une atteinte au consentement du contractant potentiellement ou effectivement lésé. Elles peuvent être rapprochées, en ce sens, d'une forme de régularisation du contrat sur impulsion du juge ²²⁸¹.

Il est donc tout à fait pertinent de chercher à développer le mécanisme des injonctions, en raison de leur efficacité face à l'inexécution d'une obligation de faire ou une situation illicite. En dehors de ces hypothèses, et en particulier lorsqu'un contrat a déjà été conclu, les injonctions sont en revanche inapplicables. Cette dernière situation ne peut être résolue que par le retour aux sanctions classiques, qu'il faudrait également renforcer et adapter davantage au contentieux des atteintes au consentement contractuel.

2. Les sanctions civiles réparant les atteintes au consentement

496. Plusieurs sanctions civiles pourraient permettre de réparer de manière originale les conséquences d'une atteinte au consentement contractuel, et se présentent en cela comme des substituts intéressants à la sanction pénale. Certaines existent déjà, et méritent d'être renforcées (a). Une autre, la régularisation, n'existe pas en tant que sanction, mais peut être envisagée en tant que telle (b).

a. Le renforcement des sanctions civiles préexistantes

497. Une première sanction pertinente consiste dans la prorogation des délais de rétractation ou de réflexion qui sont imposés dans le cadre de certains contrats ; une seconde, plus générale, tient dans certains aménagements de la nullité. Très différentes, ces sanctions ont pour point commun de réagir de manière originale face à une atteinte au consentement contractuel, ce qui justifie d'étudier également dans quelle mesure elles pourraient être renforcées.

498. Le développement de la prorogation des délais de rétractation et de réflexion. En premier lieu, une sanction particulière aux manquements d'un professionnel dans ses obligations liées aux délais de rétractation peut être étendue, qui serait la prorogation de ces délais ²²⁸². Un tel dispositif existe déjà, par exemple en droit de la

2281 Rapp. *infra*, n° 500 et s.

2282 Voy., favorable au développement d'une telle mesure, A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 204.

consommation²²⁸³, ou en droit des assurances. Dans cette dernière matière, l'article L. 132-5-2, alinéa 4 du Code des assurances prévoit une prorogation du délai de renonciation de trente jours en matière d'assurances vies et d'opérations de capitalisation, jusqu'à la remise effective des documents informatifs - dans la limite d'un délai total de huit ans. La Cour de cassation juge même depuis 2006 que « l'exercice de la faculté de rétractation prorogée, ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérés par ce texte est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise »²²⁸⁴. Cette solution, d'autant plus critiquable qu'elle est totalement détachée de l'objectif de protection du consentement de l'assuré, est pourtant régulièrement réaffirmée²²⁸⁵.

À côté de ces prorogations d'origine légale, la jurisprudence a elle-même développé cette sanction particulièrement efficace. L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation accorde à l'accédant immobilier un délai de rétractation de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte, lorsque le contrat est établi sous seing privé. Lorsque ce dernier est dressé en la forme authentique, c'est un délai de réflexion de sept jours qui est institué. Aucune sanction n'est prévue dans le cas d'une absence de notification : la Cour de cassation a donc, assez naturellement, estimé que le délai concerné ne courait pas tant que la formalité n'était pas, ou mal, accomplie²²⁸⁶. L'accédant peut donc utiliser son droit de rétractation quand bon lui semble, y compris au cours d'un litige²²⁸⁷. Aucune limite temporelle n'est fixée, et les formules péremptoires de la jurisprudence laissent entendre que cette prorogation des délais ne tombe sous le coup d'aucune prescription.

2283 Ainsi l'article L. 121-20 du Code de la consommation prévoit-il la prorogation pour le délai de rétractation de sept jours applicable aux ventes de biens et fournitures de prestations de service à distance, mais dans la limite d'un délai de trois mois, si le professionnel n'envoie pas en temps utile les informations prévues par l'article L. 121-19 du même Code.

2284 Civ. 2ème, 7 mars 2006 ; *Bull. civ.* II, n° 63 ; *D.* 2006, IR p. 807 ; *D.* 2008, pan. p. 127, obs. H. GROUDEL ; *RDC* 2007, p. 223, obs. J. ROCHFELD ; Civ. 2ème, 25 février 2010 ; *Bull. civ.* II, n° 43 ; *D.* 2010, p. 708 ; *RDC* 2010, p. 814, obs. Y.-M. LAITHIER.

2285 Voy. par ex., Civ. 2ème, 9 février 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-13707 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 1570, chron. B. BURY. En revanche, le projet de loi relatif à la consommation prévoit sa suppression.

2286 Voy., par ex., Civ. 3ème, 13 septembre 2006 ; *Bull. civ.* III, n° 178 : le fait, pour l'acquéreur, d'accuser réception d'une télécopie de promesse de vente non signée par le vendeur ne fait pas courir le délai de rétractation.

2287 Civ. 3ème, 25 mai 2011 ; *Bull. civ.* III, n° 86 ; *JCP N* 2011, 1221, obs. H. GUYADER ; *Construction urbanisme* 2011, comm. n° 136, obs. CH. SIZAIRE : lorsque le délai de rétractation n'a pas couru, la notification par l'acquéreur dans l'instance l'opposant à son vendeur de conclusions par lesquelles il déclare exercer son droit de rétractation satisfait aux exigences de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Par ce biais, l'altération éventuelle du consentement du consommateur pourra être sanctionnée, si bon lui semble, par sa rétractation - parfois, aucune lésion ne découle de l'absence de certaines informations. Et les professionnels concernés par des obligations d'information sanctionnées par la rétractation n'auraient aucun intérêt à les ignorer, sachant que le consommateur peut librement se rétracter pendant une longue période, auquel cas ils devront procéder au remboursement des sommes déjà perçues : la sanction est assez dissuasive. La prorogation du délai de rétractation est une sanction d'autant plus pertinente qu'elle intervient en certaines matières - réglementations du démarchage, du crédit *etc* - , qui méritent selon nos critères de subir une large dépénalisation. Par exemple, l'absence de formulaire détachable dans un contrat de démarchage est actuellement punie d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende²²⁸⁸. Un tel manquement ne nous semble pas mériter la sanction pénale²²⁸⁹. Or, il serait tout à fait possible de substituer à cette sanction pénale la seule prorogation du délai de rétractation. Il convient ici de remarquer qu'à défaut de supprimer la sanction pénale, le projet de loi relatif à la consommation rend une telle suppression envisageable, en étendant à douze mois la prorogation du délai de rétractation pour les contrats conclus à distance et hors établissement²²⁹⁰. Cette sanction pourrait en outre être généralisée à l'ensemble des cas où un délai de rétractation est accordé au contractant.

Une question plus délicate est de savoir si cette sanction pourrait aussi s'étendre aux délais de réflexion, c'est-à-dire au temps que le professionnel doit parfois obligatoirement laisser au consommateur avant que le contrat ne soit définitivement conclu - jusqu'à trente jours par exemple pour le crédit immobilier²²⁹¹. Le délai de réflexion intervient après remise des documents contractuels²²⁹². Si un défaut est constaté, le professionnel encourt actuellement des sanctions pénales²²⁹³. Il suffirait donc de proroger le délai de réflexion jusqu'à l'accomplissement des obligations. Si le contrat a été malgré tout signé, le

2288 Ou de l'une de ces deux peines seulement (article L. 121-28 du Code de la consommation).

2289 Rapp. *supra*, n° 392 et s.

2290 Voy. l'article L. 121-21-1 tel qu'envisagé par l'article 5 du projet de loi n° 213 relatif à la consommation adopté par le Sénat le 13 septembre 2013 : « Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur [...], le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial [...] ». *Adde* l'article L. 121-22-1 proposé : « Tout manquement à [la présente section] encadrant les conditions d'exercice du droit de rétractation reconnu au consommateur, ainsi que ses effets, est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15 000 € pour une personne physique et 75 000 € pour une personne morale ».

2291 Article L. 312-10 du Code de la consommation.

2292 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 168 et s.

2293 Voy. les articles L. 134-1 et R. 134-1 du Code de la consommation.

consommateur pourrait néanmoins librement exercer son droit, rendant inefficace son acceptation.

499. Le développement des modulations de la nullité. En utilisant la sanction pénale de manière excessive et dénuée de réflexion sur sa finalité, le législateur a parfois indûment ignoré la nullité comme sanction potentielle. Cette situation peut être regrettée car, comme cela a pu être justement écrit, « Punir un homme alors qu'un acte est entaché d'une irrégularité formelle ou substantielle [...] ne sert à rien : l'acte irrégulier demeure, et seule l'annulation peut y remédier »²²⁹⁴. Nous avons d'ailleurs démontré que le juge avait réagi à cela en annulant des contrats qui sont le support ou le résultat d'une infraction pénale, en recourant à un des standards classiques, particulièrement la cause ou l'ordre public contractuel de l'article 6 du Code civil²²⁹⁵. La nullité, toutefois, présente de larges inconvénients : peu dissuasive²²⁹⁶, elle risque en outre de nuire au contractant lésé si le contrat conserve un intérêt malgré les circonstances litigieuses de sa formation. Certains projets de réforme du droit des contrats proposaient, dans le but d'améliorer l'efficacité de la nullité, d'instaurer une *nullité par notification*²²⁹⁷. Mais une telle avancée paraît exclue en droit français, où le caractère judiciaire de l'annulation, affirmé par l'article 1117 du Code civil en matière d'atteintes au consentement, n'est pas discuté en doctrine, ni davantage par les projets français de réforme²²⁹⁸.

En conséquence, il nous semble important d'accompagner plutôt le développement de la modulation de l'annulation du contrat qu'est la nullité partielle, qui doit elle-même être rapprochée de la sanction de réputé non écrit. En permettant la survie du contrat²²⁹⁹, ces deux sanctions répondent en effet bien plus efficacement que la nullité totale à certaines altérations du consentement, et se présentent dès lors comme des substituts crédibles à la sanction pénale.

2294 S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépenalisation du droit pénal des affaires" », art. préc., n° 14.

2295 Voy. *supra*, n° 286 et s.

2296 Voy. *supra*, n° 410 et s.

2297 Voy. par ex., pour l'annulation par notification en cas de vice du consentement, le DCFR art. II-7 : 209.

2298 Voy. PH. RÉMY, « Le juge et le contrat dans le projet de Cadre commun de référence : éléments de réflexion pour une réforme à venir », in *Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard, op. cit.*, p. 277 et s., n° 6 et s.

2299 Ces sanctions sont en cela conformes à l'une des « tendances lourdes » des sanctions contractuelles identifiées par M. MAZEAUD, qui voudrait que « le choix se porte sur une sanction qui se présente comme une alternative à leur anéantissement et qui emporte leur maintien » (D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., n° 11).

La *nullité partielle*, d'abord, permet de moduler avantageusement l'annulation du contrat. Le lien contractuel demeure, seule la partie de l'acte affectée d'un vice est supprimée²³⁰⁰. Du point de vue de l'auteur de l'atteinte au consentement, la nullité est dissuasive puisque le contrat partiellement annulé tournera en principe à son désavantage. Du point de vue de la victime, la nullité permet de maintenir un contrat qui peut demeurer utile, voire nécessaire - contrat de bail, de travail *etc.* Cette efficacité a justifié un développement certain de la nullité partielle²³⁰¹. Développement qu'il convient d'approfondir encore afin que la nullité partielle puisse servir de substitut crédible à la sanction pénale. Une première piste serait, pour le législateur, de développer le nombre de cas dans lesquels une nullité partielle est susceptible d'être prononcée, au-delà des hypothèses déjà existantes²³⁰². Une seconde piste serait d'assouplir les conditions, actuellement trop restrictives, du prononcé de la nullité partielle. À cette fin et ainsi que nous l'avons déjà soutenu, il faudrait cesser de considérer que la présence d'une infraction pénale coïncidant avec la conclusion d'un contrat, en affectant sa cause, touche à un de ses éléments essentiels, ce qui exclut *de facto* la nullité partielle. La seule considération qui devrait primer doit être l'efficacité de la sanction²³⁰³, ce qui conduit à privilégier dans nombre de cas la nullité partielle.

La sanction du *réputé non écrit* présente des effets similaires à la nullité partielle²³⁰⁴, mais a pour avantage considérable de ne pas avoir, en principe²³⁰⁵, à être prononcée en justice et d'être, partant, imprescriptible²³⁰⁶. En outre, et contrairement à la nullité partielle, peu importe que la clause illicite ait un caractère déterminant ou non pour les parties. Il convient dès lors de chercher à développer cette sanction, ce qui passe principalement par

2300 Voy. *supra*, n° 414.

2301 Voy. *supra*, n° 414.

2302 Rapp. *supra*, n° 303 et s.

2303 Voy. *supra*, n° 304.

2304 Voy. toutefois, des hypothèses de contrat réputé entièrement non écrit, aux articles L. 231-7, II du Code de la construction et de l'habitation et L. 2232-14 et L. 2232-22 du Code du travail.

2305 La solution n'est pas toujours évidente. Ainsi en matière de copropriété (article 43 de la loi du 10 juillet 1965), la Cour de cassation a pu juger que « les clauses du règlement de copropriété doivent recevoir application tant qu'elles n'ont pas été déclarées non écrites par le juge » (Civ. 3ème, 21 juin 2006 ; *Bull. civ.* III, n° 159 ; *D.* 2006, pan. p. 2765, obs. CH. ATIAS ; *JCP G* 2006, I, 178, obs. H. PÉRINET-MARQUET) ; solution qui a été légèrement nuancée ensuite par la consécration de la rétroactivité du réputé non écrit, mais toujours à condition que le juge soit saisi (voy. les deux arrêts rendus le même jour : Civ. 3ème, 28 avril 2011 ; *Bull. civ.* III, n° 61 et n° 62 ; *JCP G* 2011, 1298, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *D.* 2011, AJ p. 1350, obs. Y. ROUQUET ; *Loyers et copropriété* 2011, comm. n° 223, obs. G. VIGNERON).

2306 S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, th. préc., n° 231 et s. En jurisprudence, voy. par ex., dans le droit de la copropriété, Civ. 3ème, 11 janvier 1983 ; *Bull. civ.* III, n° 10 ; *D.* 1983, IR p. 465, obs. C. GIVERDON ; *JCP G* 1984, II, 20187, note A. BLAISSE ; *Defrénois* 1983, 33093, spéc. p. 837, chron. H. SOULEAU ; Civ. 3ème, 1^{er} avril 1987 ; *Bull. civ.* III, n° 69 ; *JCP G* 1988, II, 21028, note A. BLAISSE ; *RTD civ.* 1987, p. 379, obs. C. GIVERDON ; *RTD civ.* 1988, p. 736, obs. J. MESTRE.

l'extension de son champ d'application. En matière d'atteintes au consentement contractuel, la sanction du réputé non écrit est essentiellement applicable en droit de la consommation, à travers la réglementation des clauses abusives. La clause qui crée un déséquilibre contractuel significatif en cette matière y est en effet réputée non écrite. Le contrat n'en demeure pas moins valable à condition toutefois qu'il « [puisse] subsister sans lesdites clauses »²³⁰⁷. Chose remarquable, cette sanction a paru suffisamment efficace aux yeux du législateur consommériste pour qu'il n'assortisse pas la réglementation des clauses abusives des sanctions pénales qui prolifèrent pourtant en droit de la consommation. La sanction de réputé non écrit mériterait, selon nous, d'être étendue à d'autres hypothèses, étant plus efficace encore que la nullité partielle dans la lutte contre les atteintes au consentement. La jurisprudence a par ailleurs déjà entrepris pareille extension. Dans la célèbre affaire dite *Chronopost*²³⁰⁸, une sanction similaire au réputé non écrit a ainsi été adoptée pour protéger les professionnels contre les clauses de responsabilité abusives, parce qu'elles contredisent la portée de l'engagement souscrit par le débiteur d'une obligation essentielle en la vidant de sa substance.

Le réputé non écrit comme la nullité partielle permettent tous deux de maintenir le contrat tout en en supprimant une partie ; indirectement, il s'agit d'une forme de modification du contrat par amputation. Par rapport à ces deux sanctions déjà existantes, une avancée serait de confier au juge civil le pouvoir de modifier directement le contenu du contrat, en ajoutant ou en substituant une disposition nouvelle à une initiale - ce que nous appellerons *régularisation*. Une telle modification permettrait de traiter de manière originale les conséquences d'une atteinte au consentement et se présente, partant, comme une alternative intéressante à l'annulation du contrat et, plus loin, à la sanction pénale elle-même.

b. La création d'une sanction civile originale : la régularisation

500. Analyse du droit positif : la régularisation du contrat par la volonté des parties. La modification du contenu du contrat par le juge telle que nous la proposons se

2307 Article L. 132-1, alinéa 8 du Code de la consommation.

2308 Com., 22 octobre 1996 ; préc.

rattacherait à une *régularisation*²³⁰⁹ - et non à une *révision*²³¹⁰. La régularisation existe déjà²³¹¹ : il s'agit d'un nouvel accord de volonté des parties dont l'objet est de corriger l'irrégularité de la convention initiale²³¹², afin d'éviter la nullité²³¹³. Plus précisément, la régularisation est « une technique de consolidation d'un acte nul qui réalise une validation de l'acte [...] obtenue grâce à une réparation ou une disparition du vice »²³¹⁴. Elle se distingue en cela de la confirmation qui n'est qu'une renonciation au droit de critique²³¹⁵, n'ayant au demeurant d'effet qu'à l'égard de celui qui renonce à invoquer la nullité, alors que la régularisation rend l'acte rétroactivement valable à l'égard de tous²³¹⁶. La régularisation dépendant de la volonté des parties, elle ne saurait en aucun cas, en l'état actuel, caractériser une sanction qui pourrait se substituer pertinemment à la sanction pénale de certaines atteintes au consentement.

501. Perspectives : la régularisation du contrat par le juge. Toutefois, la doctrine, initiée par Mme OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES²³¹⁷, suggère de plus en plus l'idée d'une régularisation qui serait le fait du juge²³¹⁸. Rappelons que le juge dispose déjà du

2309 Le terme n'est pas repris par tous les auteurs. Voy. par ex., visant la *réfaction* du contrat, O. GOUT (*Le juge et l'annulation du contrat*, th. préc., n° 616 et s., spéc. n° 617) qui considère qu'il y a « réfaction du contrat dès lors que le juge entreprend de remanier le contenu de l'acte en rénovant d'une manière quelconque la teneur d'une obligation illicite », soit en ôtant « une stipulation viciée d'un acte juridique pour en introduire une autre, légale cette fois-ci » ; soit en ramenant « au licite un quantum excessif ou dérisoire qui assortit une obligation ». En réalité cette définition de la réfaction dépasse largement le sens qui lui est traditionnellement attribué (voy. *infra*, note 2327) et correspond exactement à ce que nous appelons régularisation.

2310 La révision tendrait à tirer les conséquences d'une imprévision des parties quant à certains éléments rendant le contrat déséquilibré. La jurisprudence *Canal de Craponne* (Civ., 6 mars 1876 ; D. 1876, I, p. 193 ; S. 1876, I, p. 161), qui fixe le principe d'interdiction de la révision, n'a jusqu'ici jamais été abandonnée (sur l'ensemble de ce point, voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 404 et s.). Comp. à l'article 92 du projet « TERRÉ », favorable à une révision judiciaire.

2311 Par exemple, l'article 1681 du Code civil permet la régularisation du contrat lésionnaire, autorisant l'acquéreur à payer le supplément du juste prix afin d'éviter la rescision de l'acte. *Adde* en matière de sociétés, l'article 1844-11 du Code civil.

2312 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 341.

2313 Comp. le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové qui propose la diminution du prix du loyer en cas d'inexactitude du mesurage, à la demande du locataire : voy. *infra*, note 2186.

2314 C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, 1973, n° 7.

2315 En certaines hypothèses, la confirmation et la régularisation ne se distinguent cependant qu'à peine. Voy., pour deux avis différents, C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, th. préc., n° 142 et s. ; et J. GHESTIN, *La formation du contrat, op. cit.*, n° 798 et s.

2316 O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, th. préc., n° 700 ; A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 475.

2317 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 508 et s. Plus récemment, voy. A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 475 et s.

2318 Actuellement, « Le juge n'impose [...] pas la régularisation, il la *constate*, car elle résulte de la volonté d'un des contractants qui a accompli volontairement et de sa propre initiative l'acte nécessaire à la validation du contrat » (C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 510, souligné par l'auteur).

pouvoir d'enjoindre la régularisation de certains contrats ²³¹⁹. Mais la régularisation que nous suggérons interviendrait en tant que *sanction* ²³²⁰ - ici d'une atteinte au consentement ²³²¹ -, dont le but serait de réparer de manière originale ses conséquences ²³²².

La régularisation judiciaire pourrait revêtir plusieurs aspects ²³²³. En premier lieu, elle pourrait correspondre à une réévaluation des prestations monétaires, dans le sens d'une *réduction du prix* en faveur de la victime de l'atteinte au consentement. Par exemple, l'acheteur qui n'a pas suffisamment été informé de certains frais accessoires à la vente d'un bien pourrait voir ces frais réduits, voire supprimés. La régularisation, sanction de la formation du contrat, répondrait alors à la *réfaction* du contrat, cette « sanction méconnue de l'inexécution » ²³²⁴ - bien que souvent utilisée ²³²⁵ -, qui « traduit une diminution du prix de

2319 Voy. *supra*, n° 494.

2320 Il est important que la régularisation vienne sanctionner un comportement fautif, ici celui de l'auteur de l'atteinte au consentement. Il ne faudrait pas, en effet, que la modification du contrat par le juge se fasse au détriment du cocontractant de la victime initiale (C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 516 et s.). « Un vice du consentement reste donc hors du champ d'application de la régularisation : l'erreur spontanée » (*idem*, n° 519).

2321 Pour C. DUPEYRON (*La régularisation des actes nuls*, th. préc., n° 145), cette forme de régularisation serait impossible : « la définition de la régularisation comme une réparation objective d'un vice semble impliquer qu'elle répare un vice objectif [...], un vice subjectif interdira généralement toute régularisation puisque la notion de réparation objective d'un vice subjectif est illogique » ; il faut en cas passer par la réitération de la volonté, donc par une réfection du contrat.

2322 Rappr. la définition retenue par C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (*Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 513 *in fine*) : « la régularisation peut être définie comme une sanction frappant un contrat atteint d'un vice, et qui a pour effet de réparer les conséquences qu'il a produites de manière à rétablir la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le vice n'avait pas existé ».

2323 Pour C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (*idem*, n° 515), la régularisation recouperait également la nullité partielle et le réputé non écrit - ce que l'auteur dénomme « régularisations négatives » (*idem*, n° 521 et s.). De sorte qu'il n'existerait que deux sanctions principales en cas de vice du consentement : l'annulation et la régularisation. Il nous paraît cependant plus logique de rattacher la nullité partielle et le réputé non écrit à l'annulation qui n'en sont que deux formes particulières, plutôt qu'à la régularisation qui ne détruit rien, mais modifie le contenu du contrat.

2324 P. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, *op. cit.*, p. 449 et s. Pour une même définition de la réfaction comme sanction d'une inexécution contractuelle, voy. C. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 3 et s.

2325 La réfaction est parfois prévue par la loi elle-même. Citons l'action estimatoire issue de la garantie des vices cachés (article 1644 du Code civil) et la garantie de contenance dans les ventes immobilières (articles 1616 et suivants du Code civil), ainsi que diverses dispositions en matière de bail (articles 1722, 1724, 1726 et 1765 du Code civil). De même, en droit de la consommation, la garantie de conformité dans les ventes de biens de consommation confère à l'acheteur la faculté de « garder le bien et se faire rendre une partie du prix » lorsque la réparation et le remplacement sont impossibles (article L. 211-10 du Code de la consommation).

la prestation qui n'a été que partiellement ou incorrectement exécutée »²³²⁶, lorsqu'en dépit de son exécution imparfaite²³²⁷ le contrat reste utile à la partie lésée.

La régularisation judiciaire permettrait d'aller bien plus loin cependant qu'une simple réduction du prix, jusqu'à *l'ajout ou la substitution d'une obligation* mise à la charge du cocontractant de la victime²³²⁸. Ces conséquences de la régularisation seraient évidemment dépendantes de l'atteinte au consentement à laquelle elles viennent répondre. L'obligation nouvelle serait celle à laquelle l'auteur de l'atteinte au consentement aurait été tenu si le consentement de la victime n'avait pas été altéré - sauf impossibilité matérielle d'exécuter la prestation nouvelle²³²⁹. Par exemple, un mensonge publicitaire sanctionné par une régularisation permettrait à la victime d'obtenir l'objet de l'illusion, si toutefois celui-ci existe ou est possible²³³⁰. En revanche, le vendeur d'un terrain en réalité inconstructible ne peut aucunement régulariser le contrat : il faudra recourir aux sanctions traditionnelles.

502. Opportunité d'une consécration de la régularisation du contrat par le juge.

Quelle que soit la forme qu'elle prendrait, la régularisation judiciaire répondrait à la même finalité que les sanctions classiques des conditions de validité du contrat : réparer les conséquences produites par le vice du consentement et rétablir la légalité transgressée. La régularisation permettrait alors d'offrir une alternative intéressante aux différentes formes d'annulation du contrat, ainsi qu'à la responsabilité civile. Si une telle sanction était adoptée, un contrat formé à la suite d'une altération du consentement d'un contractant entraînerait

2326 P. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », art. préc., spéc. p. 449.

2327 Dans la thèse que Mme DE LA ASUNCION PLANES a consacré à la réfaction (K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, préf. Y. PICOD, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 476, 2006, n° 12), celle-ci est cependant définie de manière bien plus large au point que cette sanction concerne également la phase de *formation* du contrat. Selon l'auteur, la réfaction sera « mise en œuvre en présence d'une inégalité ou d'un déséquilibre contractuel imposé par l'une des parties soit au moment de la formation du contrat [...], soit au moment de l'exécution du contrat et dans cette hypothèse la réfaction sanctionnera le déséquilibre du rapport contractuel créé par exemple par une inexécution partielle de l'obligation de délivrance en permettant une réduction du prix de vente proportionnellement à l'inexécution contractuelle » ; « La réfaction s'appliquera en présence d'une illicéité notamment lorsque l'une des parties insère dans le contrat une clause illicite qui l'avantagerait. Plutôt que d'annuler le contrat qui constituerait la solution la plus avantageuse pour celui qui s'est livré à l'illicéité, le juge l'oblige en guise de sanction, à persister dans les liens du contrat refait, notamment lorsqu'il procède à la réfaction d'un indice illicite pour lui substituer l'indice valable ».

2328 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 523 et s. L'auteur se demandait alors si l'article 1142 du Code civil (« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ») pouvait être un obstacle. À notre avis, tel n'est pas le cas dans la mesure où la régularisation interviendrait au stade de la détermination des obligations et non de leur exécution.

2329 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 475.

2330 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 526 et s.

l'alternative suivante : confirmation ou annulation, les deux pouvant être assortis de dommages-intérêts, ou régularisation du contrat ²³³¹. *In fine*, la régularisation permettrait surtout d'offrir une nouvelle alternative à la sanction pénale en matière d'atteintes au consentement, répondant à l'objectif ici poursuivi.

Certes, la régularisation conférerait au juge civil un « rôle créateur dans le contrat » ²³³², jusqu'ici inédit. Cette nouvelle atteinte au principe de la liberté contractuelle des parties, manifestée par l'intrusion d'un juge depuis longtemps interventionniste, nous paraît cependant justifiée par le souci de protection de la victime d'atteintes au consentement. On soulignera en outre que la régularisation s'appuierait sur le rétablissement d'une règle transgressée : le juge ne fait que restaurer l'équilibre tel qu'il aurait dû être. Son rôle créateur est donc passablement limité, aussi il ne nous semble pas s'agir là d'un obstacle infranchissable. Finalement, la régularisation du contrat par le juge, en tant que sanction originale d'une atteinte au consentement, nous paraît à la fois possible et opportune.

SECTION 2. LE RENFORCEMENT DE L'ATTRACTIVITÉ DE LA VOIE CIVILE

503. Pour que la voie civile se présente comme un substitut crédible et efficace dans le cadre de la dépenalisation de certaines atteintes au consentement contractuel, il ne suffit pas de se cantonner à un renforcement de ses dispositions substantielles. Il faut encore inciter les victimes d'atteintes au consentement contractuel à recourir au juge civil ²³³³. La tâche est délicate : la justice civile est régulièrement dénoncée comme coûteuse et lente, davantage en tous les cas que ne l'est la justice pénale ²³³⁴. L'acuité du problème varie, certes, selon les situations. En matière immobilière par exemple, les sommes en jeu font que les victimes seront naturellement incitées à saisir le juge. Mais cette incitation s'amenuise à mesure que diminuent les montants. J. CALAIS-AULOY résumait le problème à l'aide d'une question simple : « Qui, ayant acheté un pot de yaourt avarié, irait exercer

2331 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. préc., n° 476.

2332 C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. préc., n° 523.

2333 Rappr. J.-M. COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p. 93 et s., qui liait la dépenalisation des affaires à la nécessité de renforcer l'attractivité de la voie civile par la création d'une action de groupe.

2334 Voy. not. D. REBUT, « Justice pénale et justice civile, Évolution, instrumentalisation, effets pervers... », art. préc. ; L. RASCHEL, « L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale », *Responsabilité civile et assurances* 2013, dossier n° 24.

l'action en garantie des vices cachés ? »²³³⁵. Peu de monde, sans doute²³³⁶. Cette réponse contrevient directement à l'effectivité de la lutte contre les atteintes au consentement, laquelle concerne parfois des intérêts faibles, voire dérisoires. Pour que la situation évolue, il convient d'améliorer l'attractivité de la voie civile.

Une telle amélioration pourrait emprunter des chemins variés et précis. On pourrait alors longuement se féliciter des avancées passées - par exemple du relevé d'office institué en droit de la consommation²³³⁷ -, ou s'ingénier à la recherche de gains de temps²³³⁸ et d'argent - objectif récurrent chez la doctrine processualiste. Mais tout ceci dépasserait largement le champ de notre étude. En revanche, une mesure mérite d'être mise en avant, en raison de sa large applicabilité et efficacité potentielle en matière d'atteintes au consentement contractuel : il s'agit de l'action de groupe. Cette action, enfin sur la voie d'être adoptée en droit français²³³⁹, réalise un progrès conséquent en matière d'attractivité de la voie civile²³⁴⁰, notamment dans le cadre de la lutte contre les atteintes au consentement de consommateurs contractants (§ 1). Ce progrès est cependant terni par certains regrets (§ 2) laissés par les modalités retenues de l'action de groupe.

§ 1. LES PROGRÈS RÉALISÉS PAR L'ACTION DE GROUPE

504. Les progrès réalisés par l'action de groupe répondent à une nécessité, celle de rendre attractive la voie civile lorsque le dommage, tout en créant une multitude de victimes, ne crée que des préjudices faibles (A). Ils se manifestent, concrètement, par la consécration tant attendue d'une véritable action de groupe (B).

2335 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 21.

2336 Une étude a révélé que 50 % des consommateurs de l'Union européenne n'entameront pas d'action en justice si les pertes sont inférieures à 200 euros (études Eurobaromètres, *in Livre Vert sur les recours collectifs pour les consommateurs*, COM[2008] 794 final, cité par N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, note sous Civ. 1ère, 26 mai 2011 ; RDC 2011, p. 1252 et s., spéc. p. 1255).

2337 Article L. 141-4 du Code de la consommation. Sur quoi, voy. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *Contrats concurrence consommation* 2013, étude n° 9.

2338 D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGÉ, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 466, 2006.

2339 Tous les articles et citations utilisés dans les développements qui suivent sont issus de la dernière version du projet de loi relatif à la consommation au moment du dépôt de cette thèse (le 21 octobre 2013), c'est-à-dire la version adoptée par le Sénat le 13 septembre 2013 (projet n° 213).

2340 D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, « Pour l'action de groupe en droit français », *JCP E* 2013, act. 355.

A. Un progrès nécessaire à l'attractivité de la voie civile

505. Opportunité de l'action de groupe dans la prévention et la répression des atteintes au consentement contractuel. L'opportunité d'une consécration de l'action de groupe se vérifie surtout par rapport aux *dommages de masse*. Ceux-ci ont pu être définis comme « les atteintes aux personnes, aux biens [...] qui touchent un grand nombre de victimes à l'occasion d'un fait dommageable unique, ce dernier pouvant consister en un ensemble de faits dommageables ayant une origine commune »²³⁴¹. Il est évident que les personnes ayant subi de tels dommages ont intérêt à se réunir pour simplifier la gestion de la procédure et, surtout, en réduire le coût. Les mots de la directrice de la DGCCRF, rédactrice d'une des versions du texte, sont à cet égard éclairants : « Le but, en définitive, est que le consommateur soit indemnisé pour des faits, à raison desquels il n'aurait vraisemblablement pas agi tout seul »²³⁴².

Or, il est tout à fait envisageable, et même d'ailleurs très fréquent, que les dommages de masse prennent la forme d'atteintes au consentement contractuel. On remarquera dès à présent que le projet de loi, en restreignant le futur domaine de l'action de groupe à la seule consommation²³⁴³, aboutira concrètement à centrer les actions autour du contentieux de certaines atteintes au consentement contractuel, dans la mesure où les rapports entre professionnels et consommateurs sont essentiellement de nature contractuelle. La nouvelle procédure d'action de groupe est notamment particulièrement adaptée aux *contrats d'adhésion* proposés par les professionnels dans des termes identiques : énergie, internet, téléphonie, banque *etc.* Mais « Au-delà des seuls dommages de masse, *l'exercice collectif de l'action* présente une utilité dès l'instant où plusieurs personnes, même peu nombreuses, ont subi un dommage »²³⁴⁴. Or, les modalités actuelles d'exercice collectif de l'action ne permettent pas de satisfaire à cette utilité.

506. Les inconvénients de la représentation *ad agendum*²³⁴⁵. Dans cette optique d'un exercice collectif de l'action, une première voie peut consister à confier l'exercice de

2341 A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, th. préc., n° 77.

2342 N. HOMOBONO, « Colloque action de groupe : ordonnancement technique », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2074 et s., spéc. p. 2074.

2343 Voy. *infra*, n° 521.

2344 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préf. L. CADIET, IRJS, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, t. 25, 2010, n° 241 (souligné par l'auteur).

2345 La représentation *ad agendum* ne doit pas être confondue avec la représentation *ad litem*, qui se résume à l'accomplissement des actes de procédure.

l'action à un représentant, spécialement à une association : « La représentation à l'action suppose qu'un tiers a reçu pouvoir d'agir au nom d'autrui, en demande et en défense, au lieu et place du titulaire de cette action. Ce pouvoir doit avoir été donné expressément à un tiers ; cela signifie en pratique que ce tiers ne peut prendre aucune initiative *avant* d'avoir été autorisé à agir »²³⁴⁶. La représentation peut être légale, judiciaire et surtout conventionnelle, lorsque les parties recourent à la technique du *mandat*. Or, cette technique s'est rapidement révélée inadaptée au contentieux de masse²³⁴⁷. En premier lieu, la multiplication des mandats pose la difficulté de l'éparpillement du contentieux, ce que l'exception de connexité²³⁴⁸ ne parvient pas à résoudre : soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond²³⁴⁹, elle suppose en outre que les victimes ou le juge aient connaissance de l'existence d'une instance parallèle²³⁵⁰. En second lieu, la technique du mandat est perturbée par le jeu de la règle « Nul ne plaide par procureur »²³⁵¹, qui impose, d'une part, au mandataire de mentionner le nom de ses mandants dans les actes de procédure²³⁵², d'autre part, de procéder à la signification des actes à l'ensemble des personnes représentées. Lorsque les victimes sont nombreuses, la tâche du mandataire représente un investissement temporel et financier de nature à décourager des associations au budget nécessairement limité. C'est la raison pour laquelle, en dépit d'une espèce remarquable - 55 000 mandats furent déposés à la fin de l'année 2011 auprès de la cour d'appel de Paris pour une même affaire²³⁵³ -, la technique du mandat se révèle largement insuffisante pour répondre, procéduralement, aux dommages de masse.

507. Les inconvénients de l'action en représentation conjointe en droit de la consommation. Face aux insuffisances du droit positif, et notamment du mandat, dans la perspective d'un exercice efficace de l'action collective, le législateur a réagi en instaurant l'*action en représentation conjointe* par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection

2346 S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 31ème éd., 2012, n° 268.

2347 M.-J. AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, préf. L. CADIET, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 121, 2013, n° 379.

2348 Article 103 du Code de procédure civile : « Il y a connexité lorsque deux juridictions également compétentes sont saisies de deux litiges différents entre lesquels il existe cependant un lien tel qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble ».

2349 A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommmages de masse et responsabilité civile*, th. préc., n° 348.

2350 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 245.

2351 Sur quoi, voy. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du Droit Français, op. cit.*, v° Nul en France ne plaide par procureur, hormis le roi, n° 278.

2352 Cette condition a été contournée, de manière particulière, par une jurisprudence dite des *ligues de défense* (L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 247).

2353 Voy. la présentation de cette affaire par P.-Y. GAUTIER, « La "somme" de mandats en droit civil et processuel français », *D.* 2012, p. 208.

des consommateurs - on remarquera que le champ d'application était déjà limité à la seule consommation ²³⁵⁴. Mais « À l'opposé des ambitieux projets d'actions de groupe proposés par la doctrine, le législateur a fait preuve d'une audace très limitée : en réalité, il s'agit simplement d'un cas de représentation à l'action, c'est-à-dire d'une représentation *ad agendum* » ²³⁵⁵. L'association ne fait qu'exercer l'action en réparation des consommateurs, en vertu d'un *mandat* auquel l'article L. 422-1 du Code de la consommation fait d'ailleurs une référence explicite ²³⁵⁶. Il convient donc que le mandat soit écrit, avec mention de son objet et de son étendue ²³⁵⁷. En application de la règle « Nul ne plaide par procureur », le nom des mandants doit figurer dans l'acte introductif d'instance ²³⁵⁸. L'action en représentation conjointe présente toutefois deux originalités bienvenues : une règle dérogatoire de compétence permettant le regroupement du contentieux ²³⁵⁹, d'abord, la possibilité d'adresser les actes de procédure à l'association et non à l'ensemble des personnes représentées ²³⁶⁰, ensuite.

En dépit de ces timides avancées, c'est un accueil très critique que réserva la doctrine à l'action en représentation conjointe ²³⁶¹. En dehors des obstacles d'ordre financier - que l'on retrouve malheureusement, de manière similaire, pour la nouvelle action de groupe ²³⁶² - , l'inconvénient principal tient dans l'interdiction des mesures de publicité ²³⁶³. En effet, selon l'article L. 422-1, alinéa 2 du Code de la consommation : « Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée ». Dans ces conditions, l'action en représentation conjointe n'est que rarement engagée ²³⁶⁴. Chacun se souvient, en outre, de l'échec

2354 Voy. *supra*, n° 233.

2355 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 249.

2356 « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs ».

2357 Article R. 422-2 du Code de la consommation.

2358 Article R. 422-8 du Code de la consommation.

2359 Article R. 422-3 du Code de la consommation : « Pour l'application de l'article L. 422-1, la compétence en raison du montant de la demande et le taux de compétence en dernier ressort sont déterminées, pour l'ensemble des prétentions, par la plus élevée d'entre elles ».

2360 Article R. 422-4 du Code de la consommation.

2361 Voy. not. L. BORÉ, « L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort née ? », *D.* 1995, chron. p. 267 et s.

2362 Voy. *infra*, n° 525 et s.

2363 Pour un exposé précis des difficultés relevées dans la pratique, voy. M.-J. AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, th. préc., n° 226 et s.

retentissant de l'action ²³⁶⁵ intentée par une association à propos de l'entente dans le secteur de la téléphonie mobile ²³⁶⁶ : cette association lança un appel, qui ne permis de réunir que 12 000 demandes... sur les vingt millions de victimes estimées ²³⁶⁷, et qui, au demeurant, entraîna la condamnation de l'association pour violation de l'article L. 422-1 du Code de la consommation en raison du caractère public de l'appel à mandat ²³⁶⁸ - les magistrats estimant qu'il s'agissait là d'une action en représentation conjointe déguisée. Après cette décision, et plus que jamais, la nécessité d'une réelle et efficace action collective s'imposait.

508. Sur la voie de l'action de groupe. Le temps est loin, où un auteur pouvait à juste titre déplorer « l'absence de curiosité intellectuelle » ²³⁶⁹ pour l'action de groupe. Cela fait maintenant des décennies que la doctrine, enrichie des exemples étrangers ²³⁷⁰, s'est emparée du sujet, majoritairement convaincue de sa nécessité, au point que « Le plaidoyer pour l'action de groupe est devenu un passage rituel qui figure dans la plupart des études » ²³⁷¹. Tant le nombre que la teneur des réflexions doctrinales provoquèrent les interventions politiques. Chacun se souvient, en particulier, des vœux aux forces vives de la nation du 4 janvier 2005 du président de la République J. CHIRAC, promettant la création prochaine d'une action collective à destination des consommateurs. Cette intervention

2364 Selon le chiffre cité dans le rapport d'information n° 499 de MM. BÉTEILLE et YUNG fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 26 mai 2010, cinq actions auraient été engagées entre 1992 et 2010.

2365 L'action en question était initiée en tant qu'action dans l'intérêt collectif des consommateurs, ceux-ci étant censés intervenir individuellement au procès. Elle a été requalifiée en action en représentation conjointe.

2366 Civ., 1ère, 26 mai 2011 ; *Bull. civ.* I, n° 98 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3046, note F. FORSTER et J.-M. SANTONJA ; *D.* 2011, p. 1884, note N. DUPONT ; *D.* 2012, p. 849, obs. E. POILLOT ; *JCP G* 2011, 1397, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Revue Lamy Droit Civil* 2011, n° 4323, obs. L. RASCHEL ; *Communication commerce électronique* 2011, comm. n° 77, note A. DEBET ; *Revue droit bancaire et financier* 2011, comm. n° 156, obs. X. LAGARDE ; *RDC* 2011, p. 1252, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2012, p. 151, note C. PELLETIER ; *RTD com.* 2011, p. 627, obs. B. BOULOC.

2367 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Brèves remarques sur la mise en œuvre du droit à indemnisation, dans les dispositions relatives à l'action de groupe, du projet de réforme du droit de la consommation », *in Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2109 et s.

2368 « La cour d'appel, après avoir constaté [...] que l'UFC-Que Choisir était, en réalité, l'initiatrice de la procédure, celle-ci qui savait ne pouvoir agir en introduisant l'instance et qui très rapidement avait pris conscience du caractère très limité du préjudice individuel de chaque abonné s'étant efforcée d'organiser et d'orchestrer l'assignation et les interventions volontaires des abonnés au mépris des interdictions de démarchage et d'appel au public qui y faisaient obstacle [...] a exactement retenu qu'elle n'avait pas respecté les dispositions de l'article L. 422-1 du Code de la consommation lequel [...] prohibe notamment tout appel public par moyen de communication de masse ou par lettre personnalisée ».

2369 F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, p. 247 et s., n° 2.

2370 Exemples américain et québécois, mais pas uniquement : voy. par ex. J. JEHL, « Action de groupe : des exemples européens pour la France ? », *JCP G* 2010, 641.

2371 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 264.

redonna une vigueur particulière aux travaux doctrinaux à ce sujet et, parallèlement, un groupe de travail fut mis en place ²³⁷². Depuis, de nombreux projets ou propositions de loi ont vu le jour ²³⁷³. Parmi ceux-ci, certains ne firent que suivre les impulsions données au niveau de l'Union européenne, dont il ne faut certainement pas négliger l'influence dans la consécration de l'action de groupe ²³⁷⁴. Après de nombreux échecs, l'initiative de Mme TAUBIRA en septembre 2012 semble, enfin, être de nature à permettre l'introduction en droit français d'une action de groupe. Si celle-ci n'est pas dénuée d'imperfections ²³⁷⁵, l'on aurait tort de bouder ce succès d'autant plus remarquable que le dispositif choisi réalise des progrès certains.

B. Un progrès certain de l'attractivité de la voie civile

509. Présentation du mécanisme retenu. Le premier progrès réalisé par le projet de loi est de parvenir, enfin, à la consécration d'une véritable action de groupe, c'est-à-dire une action où chacun poursuit son propre intérêt - et non *l'intérêt collectif* des consommateurs ²³⁷⁶ -, « mais au lieu d'agir en ordre dispersé, agrège sa prétention à celle des autres » ²³⁷⁷. Quant au contenu même du projet, celui retenu contient en réalité « peu de surprises, la principale étant finalement que le projet semble enfin aboutir » ²³⁷⁸. L'action de groupe vise, selon l'article L. 423-1 tel qu'envisagé par le projet de loi, à « obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles [...] » ²³⁷⁹. Le texte précise que le

2372 G. CERRUTI et M. GUILLAUME (dir.), *Rapport sur l'action de groupe*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2005.

2373 Une liste pléthorique, et pourtant non exhaustive, est fournie par M.-J. AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, th. préc., n° 241 et s.

2374 Voy. par ex., le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (Commission, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final) et le Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs (Commission, 27 novembre 2008, COM (2008) 794 final). *Adde* au niveau juridictionnel, CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ Invitel Távközlési Zrt.* ; JCP G 2012, 840, note G. PAISANT.

2375 Voy. *infra*, n° 519 et s.

2376 Sur la défense de l'intérêt collectif des consommateurs, voy. *supra*, n° 229 et s.

2377 F. KERNALEGUEN, « À propos du règlement des litiges de masse », in *La terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Économica, 1990, p. 367 et s., n° 4.

2378 L. BLOCH, « Le printemps de l'action de groupe », *Responsabilité civile et assurances* 2013, alerte n° 16.

2379 Rappr. le projet de loi adopté en Conseil des ministres le 8 novembre 2006 : l'action de groupe a pour objet de « réparer le préjudice matériel, à l'exclusion des atteintes à l'intégrité physique, et le trouble de jouissance subis individuellement par plusieurs consommateurs, personnes physiques, ayant pour origine commune l'inexécution ou la mauvaise exécution par un même professionnel des obligations

manquement du professionnel peut avoir lieu « À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services », ou de pratiques anticoncurrentielles²³⁸⁰. S'il ne s'agit pas, avec ce projet, de protéger le seul consentement contractuel, il est évident que, concrètement, l'action de groupe permettra de prévenir et réprimer un nombre très important d'atteintes au consentement contractuel. Pensons par exemple, à un manquement du professionnel à ses obligations légales ou contractuelles relatives à son obligation d'information, de conseil ou de mise en garde, ou au respect du formalisme informatif²³⁸¹.

L'action de groupe ne peut être menée que par une association agréée et représentative de consommateurs²³⁸², devant des juridictions civiles classiques²³⁸³. La procédure se déroule alors en deux temps²³⁸⁴ : un premier permet un jugement sur la responsabilité du professionnel, un second la liquidation des préjudices.

510. Le premier temps : le jugement sur la responsabilité. Le premier temps est celui du *jugement sur la responsabilité* : le juge statue sur la responsabilité du professionnel²³⁸⁵ au vu des cas individuels présentés par l'association requérante²³⁸⁶. L'article L. 423-3 proposé précise que le juge « définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement ». La contestation par le professionnel du principe de la faute découlant de son manquement et du préjudice des consommateurs pouvant faire l'objet du groupe ne peut être soulevée que durant cette phase. Précisons que dans le but d'assurer l'effectivité de l'indemnisation des

contractuelles nées d'un même type de contrat afférent à une vente ou à une prestation de services ».

2380 Au sens du titre II du livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2381 Sur quoi, voy. *supra*, n° 475 et s.

2382 Sur quoi, voy. *infra*, n° 523.

2383 Dans la version adoptée par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013 (texte adopté n° 176), l'article 2, I du projet, supprimé par le Sénat dans sa version en date du 13 septembre 2013, prévoyait la compétence de « tribunaux de grande instance spécialement désignés [...] » (article L. 211-15 proposé du Code de l'organisation judiciaire) déterminés par décret. Cela aurait impliqué, concernant les actions en droit de la concurrence, d'aligner les tribunaux de grande instance sur ceux désignés par l'article R. 420-4 du Code de commerce pris en application de l'article L. 420-7 (A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Avant-projet de loi "Hamon" : les apports en droit de la concurrence », *JCP E* 2013, 265).

2384 Rappr. la proposition de M. GUINCHARD d'une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse, qui consistait en une division semblable (S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *D.* 2005, p. 2180 et s., spéc. p. 2185 et s.).

2385 Rappr. J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un code de la consommation, op. cit.*, v° article L. 274.

2386 Précisons qu'il n'y a pas, comme en droit américain, de phase de certification ou d'autorisation (sur quoi, voy. F. LAROCHE-GISSEROT, « Les class actions américaines », in *Les « class actions » devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 7 et s.). La version du projet de loi de l'Assemblée nationale du 3 juillet 2013 (texte adopté n° 176) prévoyait que « le juge constate que les conditions de recevabilité mentionnées à l'article L. 423-1 sont réunies [...] ».

consommateurs membres du groupe, le juge peut, d'une part, « condamner le professionnel au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association [...] », d'autre part, ordonner « la consignation à la Caisse des dépôts et consignations d'une partie des sommes dues par le professionnel »²³⁸⁷.

L'introduction de l'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement sur la responsabilité. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter de la date à laquelle le jugement sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation ou de l'homologation en cas de médiation²³⁸⁸. Mais le projet ne précise pas le délai de prescription de l'action de groupe elle-même, ni son point de départ. Le délai commun quinquennal de l'article 2224 du Code civil pourrait s'appliquer, mais compte tenu des multiples délais spéciaux existants en matière consumériste, la solution n'est pas certaine²³⁸⁹.

511. Spécificité du jugement sur la responsabilité en matière concurrentielle. En droit de la concurrence, la tâche du juge sera largement facilitée par la décision préalable de l'Autorité de la concurrence qui sera intervenue, par hypothèse, sur ce point. En effet, lorsque l'action de groupe se fonde sur des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles, « la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action [de groupe] que sur le fondement d'une décision constatant les manquements, qui n'est plus susceptible des voies de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation et qui a été prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétente »²³⁹⁰. La raison tient dans la spécificité du contentieux de la concurrence, où les manquements ne peuvent être, en pratique, établis que par une phase d'enquête qu'une association de consommateurs n'a pas les moyens de mener. Cette disposition vient, en outre, compenser l'absence d'autorité de chose jugée des décisions de l'Autorité de la concurrence à l'égard des décisions judiciaires²³⁹¹. Compensation d'autant plus efficace que, d'une part, les manquements du

2387 Article L. 423-3-4 proposé.

2388 Article L. 423-10 proposé.

2389 M.-J. AZAR-BAUD, « L'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation », *Gaz. Pal.* 1^{er}-3 septembre 2013, p. 16 et s., spéc. p. 19.

2390 Article L. 423-10, alinéa 1^{er} proposé.

2391 A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Avant-projet de loi "Hamon" : les apports en droit de la concurrence », art. préc.

professionnels sont « réputés établis de manière irréfragable »²³⁹² par la décision de manquement de l'Autorité de la concurrence, d'autre part, l'action de groupe peut être engagée dans un délai de cinq ans à compter de la décision devenue définitive de l'Autorité de la concurrence²³⁹³.

512. L'adhésion au groupe : le choix nécessaire de l'*opt-in*. Si le professionnel est déclaré responsable, « Le juge détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices »²³⁹⁴. Alors, les consommateurs peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice, selon des modalités et un délai - de deux à six mois -, fixés par le juge²³⁹⁵. Selon les circonstances de l'espèce et l'importance du contentieux, le juge pourra décider que les consommateurs devront se déclarer directement auprès du professionnel ou auprès de l'association, à charge pour celle-ci de porter les demandes d'indemnisation des consommateurs auprès du professionnel. « L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante » ; elle « ne vaut ni n'implique adhésion [à celle-ci] », selon l'article L. 423-3-2 proposé²³⁹⁶. Ainsi que le sous-entendent également les règles de prescription²³⁹⁷, il s'agit donc ici d'un système d'*opt-in* : les consommateurs doivent manifester leur volonté d'intégrer le groupe. Cela implique un intérêt des consommateurs à l'action de groupe. Dans l'hypothèse d'intérêts minimes, l'action risque fort de ne connaître qu'un succès limité.

2392 Article L. 423-10, alinéa 2 proposé.

2393 Article L. 423-11 proposé.

2394 Article L. 423-3, alinéa 2 proposé. Le même alinéa précise que « Lorsqu'une réparation en nature du préjudice lui paraît plus adaptée, le juge précise les conditions de sa mise en œuvre par le professionnel ».

2395 Article L. 423-3-2 proposé : « Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Ce délai ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par lui ».

2396 Le terme de mandat semble induire qu'il s'agit d'une action en représentation. Un auteur soutient toutefois qu'il est préférable d'y voir une action en substitution : voy. E. JEULAND, « Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe », *JCP G* 2013, 927.

2397 Article L. 423-12 proposé. M. BORÉ explique en effet que « Si le délai de prescription de l'action individuelle recommence à courir à compter du jour où le premier jugement sur l'action de groupe est devenu irrévocable, c'est donc que celle-ci ne peut en aucun cas absorber de plein droit les actions individuelles qui conservent leur autonomie et leur existence » (L. BORÉ, « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2095 et s., spéc. p. 2096).

Ce choix de l'*opt-in* est malgré tout nécessaire, tant il paraît évident que le système opposé d'*opt-out*²³⁹⁸ contrevient à certaines règles procédurales classiques - ce qui peut d'ailleurs être déduit d'une décision du Conseil constitutionnel²³⁹⁹. Le système d'*opt-out* contrevient en effet en premier lieu à la règle « Nul ne plaide par procureur » : comment préciser les noms des mandants dans les actes de procédure si l'identité de certaines victimes n'est pas dévoilée ? Il contrevient en second lieu au principe du contradictoire - pourtant essentiel au procès équitable : dans le cadre de la *class action* américaine notamment²⁴⁰⁰, le défendeur est confronté à « une foule invisible »²⁴⁰¹ qu'il ne peut, partant, combattre ni contredire²⁴⁰². Or, il est évident que « Le succès de la réforme repose sur son aptitude à s'intégrer sans heurt dans notre système juridique »²⁴⁰³ : l'*opt-out* devait être exclu.

Le succès de la réforme repose, également, sur son aptitude à dépasser les inconvénients que présentaient jusqu'ici les possibilités d'action collective. Sous cet aspect, l'autorisation de la publicité du jugement sur la responsabilité représente, indéniablement, l'une des avancées majeures.

513. L'autorisation de la publicité du jugement sur la responsabilité. Un avantage considérable est inauguré par le projet de loi : la possibilité de recourir à la publicité pour informer les consommateurs victimes de l'action²⁴⁰⁴. La mesure choisie est efficace à deux égards. D'abord, parce que le juge dispose d'une grande liberté dans sa mise en œuvre : il ordonne « les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs

2398 Dans le système dit de l'*opt-out* l'adhésion des intéressés est présumée et le groupe comprend donc l'ensemble des victimes sauf celles qui ont exprimé leur refus d'y participer.

2399 Conseil constitutionnel, 25 juillet 1989 ; *Droit social* 1989, p. 627 ; *AJDA* 1989, p. 796, note F. BENOIT-ROHMER. Voy. toutefois, nuanciant largement ce point de vue, M. VERPEAUX, « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », *D.* 2007, p. 258 et s.

2400 Le système américain de l'*opt-out* facilite la construction du groupe grâce à l'absence de mandat donné par les victimes. Le jugement aura autorité de chose jugée à leur égard, même si elles ne peuvent être qualifiées de partie. Le projet « CABALLERO » a repris cette idée (F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », art. préc., n° 28 et s.), mais celui-ci n'aura pas même été débattu par les parlementaires (L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 278, 1997, n° 416).

2401 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 270.

2402 Il ne peut par exemple pas opposer à la victime son éventuelle faute (S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », art. préc., spéc. p. 2185).

2403 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 265.

2404 Étant précisé que les mesures de publicité du jugement « ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation » (article L. 423-3-1, alinéa 2 proposé).

susceptibles d'appartenir au groupe »²⁴⁰⁵. Théoriquement, la publicité pourrait bien revêtir les formes d'un appel public télévisuel ou radiophonique, sur internet ou dans la presse écrite, ou tout simplement par lettre personnalisée aux consommateurs victimes - ce qui est explicitement interdit en matière d'action en représentation conjointe²⁴⁰⁶. Ensuite, parce que les mesures de publicité ordonnées le sont « à la charge du professionnel »²⁴⁰⁷. Cette précision est déterminante, car les moyens limités des associations auraient conduit à des mesures de publicité restreintes, au risque de ne pas informer correctement les consommateurs victimes et de retomber, partant, sur l'ineffectivité qui caractérise l'action en représentation conjointe.

514. Le second temps : la liquidation des préjudices. Le second temps est celui de l'indemnisation effective des préjudices : « le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur, dans les conditions, limites et délais fixés par le jugement [sur la responsabilité] »²⁴⁰⁸. Le professionnel pourra à ce moment contester, non plus le principe même de sa faute, mais le contenu des demandes de réparation des consommateurs : qualité de victime, quantum du préjudice *etc*, le tout en tenant compte des critères adoptés par le juge. Les éventuelles difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de la phase de liquidation des préjudices sont tranchées par le juge ayant statué sur la responsabilité²⁴⁰⁹. Celui-ci « statue dans un même jugement sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit »²⁴¹⁰. Le texte ne précise pas qui saisit le juge, probablement l'association ou le tiers visé à l'article L. 423-4 proposé. Remarquons que l'unicité du jugement présente « le désavantage de faire attendre tout le monde » avec le risque « de bloquer la situation, éventuellement de manière dilatoire pour le professionnel »²⁴¹¹. Il faudrait peut-être prévoir un délai au-delà duquel les victimes peuvent demander au juge de statuer sur les indemnités contestées qui sont en l'état d'être jugées²⁴¹². Précisons enfin qu'en vertu de l'article L. 423-13 proposé, les décisions

2405 Article L. 423-3-1 proposé.

2406 Voy. *supra*, n° 507.

2407 Article L. 423-3-1, alinéa 2 proposé.

2408 Article L. 423-5 proposé.

2409 Article L. 423-6 proposé.

2410 Article L. 423-6, alinéa 2 proposé.

2411 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Brèves remarques sur la mise en œuvre du droit à indemnisation, dans les dispositions relatives à l'action de groupe, du projet de réforme du droit de la consommation », art. préc., spéc. p. 2110.

2412 *Ibidem*.

prises²⁴¹³ ont « autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure ». En revanche, les effets d'un jugement de rejet de l'action de groupe ne rejaillissent pas sur les consommateurs, ce qui constitue sans doute un des points des forts du projet de loi²⁴¹⁴.

L'action de groupe française se distingue donc de l'attribution collective de la réparation que connaissent la *class action* américaine et le recours collectif québécois sous le nom de *réparation fluide* et de *recouvrement collectif*²⁴¹⁵, qui avaient jusqu'ici exercé une certaine séduction chez la doctrine française²⁴¹⁶. Le nouveau système présente alors comme inconvenient de permettre au défendeur de conserver le bénéfice de l'acte dommageable lorsque le préjudice est diffus ou n'est pas rattaché à certaines victimes. L'objectif de dissuasion, clairement affiché²⁴¹⁷, en souffre nécessairement.

515. La procédure spécifique d'action de groupe simplifiée. En parallèle de l'action de groupe proprement dite, le projet de loi prévoit également une procédure d'*action de groupe simplifiée*. Ainsi, selon l'article L. 423-4-1 proposé, « Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant ou d'un montant identique par période de référence, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe ». Cette décision « fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision ». « En cas d'inexécution par le professionnel, à l'égard des consommateurs ayant accepté l'indemnisation, de la décision rendue dans le délai fixé, les articles L. 423-6²⁴¹⁸ et L. 423-7²⁴¹⁹ sont applicables et l'acceptation de l'indemnisation dans

2413 Sont visées la décision sur le jugement sur la responsabilité (article L. 423-3), la décision prise en cas d'action de groupe simplifiée (article L. 423-4-1) ainsi que celle prise en cas de médiation (article L. 423-9).

2414 En ce sens, M.-J. AZAR-BAUD, « L'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation », art. préc., spéc. p. 20.

2415 Sur quoi, voy. L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, th. préc., n° 371 et 391.

2416 Voy. not., F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », art. préc., n° 28 et s. ; J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un code de la consommation*, op. cit., v° article L. 280.

2417 Voy. *infra*, n° 516.

2418 « Le juge ayant statué sur la responsabilité tranche les difficultés qui s'élèvent entre l'association, le professionnel ou les consommateurs, à l'occasion des phases d'adhésion au groupe et de liquidation des préjudices. Il statue dans un même jugement sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit ».

2419 « L'association requérante représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement

les termes de la décision vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association »²⁴²⁰ : on retombe, dans cette hypothèse d'inexécution par le professionnel, sur un système d'*opt-in*, le seul acceptable en droit français. Une version antérieure du projet, pourtant, prévoyait un système proche de l'*opt-out*²⁴²¹.

516. Aspect dissuasif de l'action de groupe. « [L]'action de groupe est une arme de dissuasion »²⁴²² : la perspective de devoir réparer les préjudices matériels subis par un nombre conséquent de consommateurs amènera, sans doute, les professionnels à davantage de précaution dans le respect de leurs obligations légales et contractuelles. Cet effet dissuasif est particulièrement recherché en droit de la concurrence²⁴²³, raison pour laquelle cette matière est pleinement intégrée dans le projet de loi. Il est tout aussi opportun en matière consumériste : la meilleure manière de lutter contre, notamment, les atteintes au consentement des consommateurs consiste, plus que de réparer les dommages causés, à prévenir ces atteintes.

Par cet aspect dissuasif, l'action de groupe contribue à compenser ce qui se présente comme l'un des défauts récurrents de la voie civile. Elle répond, sur un plan procédural, au développement de l'aspect dissuasif des sanctions civiles que nous avons identifiées en raison de leur dissuasion certaine : déchéance du droit aux intérêts, prorogation des délais de rétractation *etc.* *In fine*, l'action de groupe contribue à améliorer l'attractivité de la voie civile dans le cadre de la dépénalisation de certaines atteintes au consentement contractuel. Soulignons que si l'action de groupe dispose d'un aspect dissuasif certain, c'est bien parce qu'elle permet de réparer efficacement les préjudices matériels subis par les consommateurs.

517. Aspect réparateur de l'action de groupe. Il est, certes, pour le moins paradoxal de présenter cette avancée procédurale que constitue l'action de groupe, comme pouvant présenter des intérêts d'ordre substantiel tels qu'une meilleure réparation des dommages. L'aspect réparateur de l'action de groupe n'est qu'indirect : il résulte des facilités que celle-ci

mentionné au second alinéa de l'article L. 423-6 ».

2420 Article L. 423-4-1, alinéa 3 proposé.

2421 Décrit par J.-L. FOURGOUX, « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2111 et s.

2422 B. VATIER, « Peut mieux faire ! Propos conclusifs », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2117 et s., spéc. p. 2117, citant le ministre de la Consommation B. HAMON.

2423 F. JENNY, « L'action de groupe, Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence », *JCP G* 2012, doct. 979.

apporte dans la mise en œuvre concrète de la réparation. En particulier, la mise en commun des moyens que l'action de groupe représente permet aux victimes d'apporter plus facilement les preuves nécessaires, soit par le faisceau d'indices que constitue la comparaison de leurs situations, soit en facilitant l'accès à des expertises longues et coûteuses ²⁴²⁴. L'intérêt au procès, faible voire dérisoire lorsque le consommateur est seul, renaît grâce à la réunion des forces des consommateurs. L'action de groupe permet, en cela, l'amélioration de l'effectivité de la réparation des préjudices subis ²⁴²⁵, en particulier des préjudices de faible importance.

Les professionnels le savent et il est fort probable que, face à une action de groupe naissante, ils cherchent à recourir à une procédure alternative de règlement des litiges telle la médiation ²⁴²⁶. De sorte que par un curieux paradoxe, la judiciarisation recherchée par les auteurs du projet de loi pourrait bien aboutir à une certaine déjudiciarisation ²⁴²⁷. Le projet de loi revient d'ailleurs sur cette procédure. L'article L. 423-8 proposé prévoit que « l'association requérante peut participer à une médiation [...] afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels » des consommateurs. Selon l'article L. 423-9 proposé, « Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire. Cet accord précise les délais et modalités selon lesquels les consommateurs y adhèrent ».

518. Bilan : l'attractivité renforcée de la voie civile par l'introduction de l'action de groupe. Finalement, l'action de groupe contribue à la restauration de l'attractivité de la voie civile ²⁴²⁸, et permet au demeurant de la rapprocher des avantages qu'offre la voie pénale. Elle constitue en cela une amélioration bienvenue dans le cadre de la dépenalisation de certaines atteintes au consentement contractuel que nous prônons. L'action de groupe permet encore d'assurer une certaine égalité des citoyens - victimes ou auteurs des atteintes au consentement - , en évitant des décisions de justice contradictoires. Or, faut-il rappeler à quel point certaines règles - par exemple le contenu des obligations d'information - , font

2424 M. BACACHE, « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », *in Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2086 et s., n° 3.

2425 Ce qui constitue un principe à valeur constitutionnelle : voy. Conseil constitutionnel, 22 octobre 1982, décision n° 84-144 DC, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*.

2426 Sur quoi, voy. J.-P. PIZZIO, « La médiation dans le domaine de la consommation », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 4328.

2427 Intervention de S. AMRANI-MEKKI, durant la table ronde du colloque organisé à la Grand'Chambre de la Cour de cassation le 4 juillet 2013, Les 20 ans du Code de la consommation, Nouveaux enjeux.

2428 Si l'on tient compte, non des victimes, mais du système juridique, l'action de groupe reste éminemment profitable en réduisant le temps et le coût du procès ainsi qu'en rationalisant les moyens mis en œuvre.

appel à une réelle casuistique ? Malgré ces progrès indéniables, certaines modalités de l'action de groupe telles qu'elles figurent dans le projet retenu, laissent, à bien y regarder, quelques regrets.

§ 2. LES REGRETS LAISSÉS PAR L'ACTION DE GROUPE

519. L'action de groupe a dû, pour s'imposer, faire face à de multiples obstacles, au premier rang desquels viennent des obstacles d'ordre politique ²⁴²⁹ et culturel - la fameuse *américanisation* du droit ²⁴³⁰ tant crainte, souvent exagérée ²⁴³¹. Par suite, et aussi séduisante que soit la première approche, il faut bien comprendre que le projet de loi est un « dispositif de compromis [...] tout en retenue [qui] risque de ne pas être à la hauteur des espérances suscitées » ²⁴³². Et effectivement, les progrès réalisés par l'action de groupe sont ternis par quelques regrets. Certains tiennent à la restriction du domaine de l'action de groupe (A), d'autres à la restriction de la qualité pour agir aux seules associations (B).

A. Les regrets tenant au domaine de l'action de groupe

520. La restriction de l'action de groupe à la seule réparation des préjudices matériels. Un premier regret, très souvent exprimé par la doctrine, ne présente, pour notre sujet, qu'une incidence limitée. Selon l'article L. 423-1, alinéa 2 proposé, « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ». *A contrario*, les préjudices moral et corporel sont exclus ²⁴³³ - ceci afin de ne pas compliquer et ralentir une procédure déjà longue, par des demandes par nature extrêmement personnalisées. Une demande en

2429 Voy., visant l'influence du MEDEF et de la CGPME, M.-J. AZAR-BAUD, « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.* 2013, p. 1487 et s., spéc. p. 1487.

2430 Sur quoi, voy. les *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, t. 45, 2001, *L'américanisation du droit*.

2431 Les méfaits de la *class action* américaine ne pourraient en effet pas se transposer tels quels dans notre pratique judiciaire car les systèmes diffèrent largement : les effets de la *class action* sont notamment multipliés par l'existence de dommages-intérêts punitifs (contrairement au droit français, voy. *supra*, n° 490), et par le recours au système probatoire de la *discovery* (obligation pour chaque partie de divulguer à l'autre tous les éléments de preuve dont elle dispose, même défavorables). Sur ces points, voy. M.-J. AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, th. préc., n° 218.

2432 C. PRIETO, « Rapport introductif », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2076 et s., spéc. p. 2076.

2433 Le projet de loi adopté en Conseil des ministres le 8 novembre 2006 proposait la même exclusion. Voy., pour une critique sévère, D. FENOUILLET, « Premières remarques sur le projet de loi "en faveur des consommateurs" ou comment un inventaire à la Prévert dissimule mal l'asphyxie de l'action de groupe », *D.* 2006, p. 2987 et s.

réparation de tels préjudices doit donc être menée de manière autonome, quel que soit le nombre des victimes concernées. L'attractivité de l'action de groupe en matière d'atteintes au consentement contractuel ne souffre que peu de cette restriction : dans l'immense majorité des situations, c'est un préjudice patrimonial que subit la victime d'une atteinte au consentement. Par exemple, une erreur provoquée par le cocontractant portant sur les caractéristiques d'un produit, amènera la victime à payer un prix supérieur à celui qu'elle aurait dû payer.

Toutefois, il est vrai qu'exceptionnellement, une atteinte au consentement contractuel pourra créer des préjudices autres, moraux ou corporels. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une tromperie permettra de vendre au consommateur un produit dangereux pour sa santé ou sa sécurité. Le problème se pose notamment en matière alimentaire, où la tromperie d'un grand nombre de consommateurs, outre l'atteinte portée à leur consentement, entraînera parfois de graves troubles à leur santé²⁴³⁴. L'action de groupe ne pouvant réunir l'action des consommateurs victimes, chacun devra engager des poursuites, en parallèle, selon la procédure classique. Le projet de loi prévoit cette hypothèse : l'adhésion de victimes à un groupe tendant à la réparation de leur préjudice patrimonial, « ne fait pas obstacle au droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge [...] »²⁴³⁵. On remarquera alors que l'action de groupe complique la situation plus qu'elle ne la simplifie : à côté du procès principal engagé par le biais de l'action de groupe, existera une multitude de procès menés individuellement. La question est de savoir s'il ne serait pas plus simple, dans cette situation, de renoncer à l'action de groupe pour conseiller aux victimes de présenter, individuellement, leurs affaires dans leur intégralité devant un même juge.

521. La restriction de l'action de groupe aux seules relations de consommation.

La restriction de l'action de groupe au seul domaine de la consommation est plus gênante. Cette restriction peut être facilement déduite de l'article L. 423-1 proposé : l'action vise à « obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des *consommateurs* [...] », à la suite du « manquement d'un même *professionnel* à ses obligations légales ou contractuelles »²⁴³⁶. Les dispositions concernées seront, au demeurant, intégrées dans le Code de la

2434 Voy. M. BACACHE, « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », art. préc., n° 2.

2435 Article L. 423-14 proposé.

2436 Nous soulignons.

consommation²⁴³⁷, et non dans le Code de procédure civile - ce qui paraît curieux puisque les dispositions adoptées sont également de nature concurrentielle²⁴³⁸. Se trouvent exclus, notamment, les grands contentieux environnementaux et sanitaires, ce qui a provoqué de longs débats, et, plus accessoirement, une partie du contentieux des atteintes au consentement contractuel.

Cette restriction rendait nécessaire une définition du consommateur, jusqu'ici absente. L'article 3 du projet de loi, reprenant mot à mot la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, prévoit d'insérer un article préliminaire dans le Code de la consommation rédigé ainsi : « est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »²⁴³⁹. La référence jurisprudentielle classique au *rapport direct*²⁴⁴⁰ est ainsi abandonnée, et il faudra attendre les premières décisions jurisprudentielles pour se faire une idée plus précise de la notion. *A priori*, cette définition du consommateur permet d'entendre au sens large la consommation. L'action de groupe pourra sans doute s'appliquer, non seulement aux rapports de consommation *stricto sensu*, mais encore au crédit, à l'assurance, à la construction et à l'habitation *etc.* Autrement dit, une partie importante, en pratique, de la protection du consentement contractuel se trouve concernée. Il reste que toute la matière ne l'est pas. Se trouvent notamment exclus, outre les personnes morales, les rapports contractuels entre deux contractants non-professionnels ainsi que les rapports entre professionnels, alors qu'on connaît pourtant les risques d'atteintes au consentement qui pénètrent ces relations²⁴⁴¹. Cette solution timorée n'est guère justifiable : comme l'écrivait M. BORÉ, anticipant sur la création d'une action de groupe, « Soit l'on considère que l'action de groupe est une bonne chose, soit l'on considère qu'elle est une mauvaise chose. Mais si l'on considère qu'elle constitue un recours utile et efficace, on ne voit pas pourquoi, alors, elle serait limitée au seul droit de la consommation »²⁴⁴².

2437 Livre IV, Titre II, Chapitre III du Code de la consommation.

2438 A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Avant-projet de loi "Hamon" : les apports en droit de la concurrence », art. préc.

2439 Article 3 du projet de loi relatif à la consommation dans sa version adoptée par l'Assemblée nationale (texte adopté n° 176 du 3 juillet 2013) non-modifiée sur ce point par la version du Sénat en date du 13 septembre 2013 (projet n° 213).

2440 Voy. *supra*, n° 132.

2441 Voy. *supra*, n° 132 et s. Pour une critique de cette restriction, voy. Y. PICOD, C. GAVALDA-MOULENAT et V. VALETTE-ERCOLE, « Commentaire du projet de loi relatif à la consommation du 2 mai 2013 », art. préc., n° 6 et s.

2442 L. BORÉ, « Pour l'introduction d'une action de groupe dans le nouveau Code de procédure civile », in J. FOYER et C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 25, 2006, p. 131 et s., n° 3.

Peut-être l'action de groupe sera-t-elle prochainement étendue à d'autres domaines ; si la pratique lui réserve un succès, cette solution devient très probable. Le projet de loi le sous-entend d'ailleurs assez clairement, en prévoyant que « Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement »²⁴⁴³. Mais en l'état actuel des choses, cette restriction est regrettable. D'autres regrets tiennent aux initiateurs de l'action de groupe.

B. Les regrets tenant aux initiateurs de l'action de groupe

522. Les associations agréées et représentatives de consommateurs semblent disposer de l'exclusivité de la compétence pour initier les actions de groupe. Cela pose, d'une part, la question de l'opportunité d'une telle exclusivité (1), d'autre part, celle du financement de ces associations (2) qui devront faire face, pour gérer ces actions, à des investissements humains et financiers qu'elles ne paraissent pas en mesure de supporter.

1. La question de l'exclusivité de la compétence des associations agréées et représentatives

523. La restriction de la qualité pour agir. Les critiques formulées par la doctrine à l'égard de l'action de groupe sont souvent formulées à l'encontre de la restriction relative à la qualité pour agir. En effet, d'après l'article L. 423-1 proposé, « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir » dans le cadre de l'action de groupe. Quoique rien ne soit précisé, il paraît assez évident d'en déduire que seules les associations disposent de la qualité pour agir²⁴⁴⁴. Cela exclut *a contrario* les avocats - à leur grand désarroi²⁴⁴⁵ : se trouve ainsi traduite la crainte de connaître les mêmes travers que le système américain, où l'action de groupe servirait davantage à enrichir les gigantesques cabinets qu'à protéger les consommateurs²⁴⁴⁶. De manière plus générale, cette restriction « a pour objectif de

2443 Article 2, V du projet de loi.

2444 J.-D. BRETZNER, « Ombres et lumières autour de la "qualité pour agir" dans l'action de groupe », *in Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2097 et s.

2445 Voy. not. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'action de groupe à la française fait grincer des dents », *Responsabilité civile et assurances* 2013, alerte n° 22.

2446 A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », *in Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2089 et s., n° 2.

permettre d'éviter les abus dans l'usage de cette action, ou des demandes fantaisistes dans le cas où un seul consommateur aurait pu introduire l'action de groupe »²⁴⁴⁷. Les associations représentatives et agréées²⁴⁴⁸ - une quinzaine actuellement - , de consommateurs disposent donc d'un monopole, qu'elles ne doivent partager qu'à un seul moment de la procédure, mais seulement à leur demande : celui de la mise en œuvre de l'indemnisation des consommateurs, puisqu'à cette fin « L'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée [...] »²⁴⁴⁹.

524. Les propositions d'extension de la qualité pour agir. Craignant l'hypothèse d'associations agréées qui répugnent à engager une action contre un professionnel déterminé ou n'ont pas les moyens d'en mener plusieurs de fronts²⁴⁵⁰, plusieurs auteurs proposent d'étendre la qualité pour agir à des associations *ad hoc*²⁴⁵¹. Le risque est toutefois de retomber sur des demandes fantaisistes de consommateurs, alors que l'agrément est un indice fiable du sérieux de l'association. Quant au risque d'inaction, le projet de loi tente justement de parer à cette hypothèse en prévoyant que si l'association en charge de l'action de groupe est défaillante, « Toute association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut demander au juge, à compter de sa saisine en application de l'article 423-1 et à tout moment, sa substitution dans les droits de l'association requérante [...] »²⁴⁵².

Il reste qu'on pourrait utilement, sans risquer de tomber dans les excès parfois craints, conférer également la qualité pour agir à des organismes gouvernementaux ou non gouvernementaux comme le Défenseur des droits et l'Institut national de la consommation²⁴⁵³, finalement tout aussi légitimes que les associations de consommateurs. Cette idée nous paraît d'autant plus pertinente que le problème du financement serait alors loin de se poser dans les mêmes termes que pour les associations de consommateurs.

2447 N. HOMOBONO, « Colloque action de groupe : ordonnancement technique », art. préc., spéc. p. 2074.

2448 Sur les conditions de l'agrément, voy. *supra*, n° 228.

2449 Article L. 423-4 proposé.

2450 D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, « Pour l'action de groupe en droit français », art. préc.

2451 En ce sens, voy. par ex. A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », art. préc., n° 6 et s., pour qui les critiques émises à l'encontre des dérivés américaines ne sont pas transposables en France, et qui propose « Une voie moyenne, et plus démocratique, [qui] serait d'ouvrir la porte de l'action de groupe à une association *ad hoc* ».

2452 Article L. 423-16 proposé.

2453 M.-J. AZAR-BAUD, « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », art. préc., spéc. p. 1488.

2. La question du financement des associations agréées et représentatives

525. La nécessité d'un dispositif de financement des actions de groupe. Si l'on s'accorde à conférer aux associations de consommateurs agréées et représentatives la qualité pour agir en matière d'actions de groupe, la question reste cependant entière, de savoir comment ces associations, au budget limité, pourront supporter de telles procédures. Le coût financier et humain est en effet impressionnant : en particulier, c'est l'association concernée qui devra réunir et vérifier tous les éléments liés à chaque affaire, avant de les présenter au juge. C'est elle également qui « représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement »²⁴⁵⁴ rendu sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit. Dans l'affaire de l'entente du secteur de la téléphonie mobile²⁴⁵⁵, l'association UFC-Que Choisir aurait, d'après ses propres chiffres²⁴⁵⁶, mobilisé pendant six mois vingt-et-un salariés pour un total de 500 000 euros.

526. L'absence d'un dispositif de financement des actions de groupe. Or, et là est certainement le frein majeur au développement de l'action de groupe, aucun financement de ces actions n'est prévu. Le projet de loi ne prévoit qu'une modulation : selon l'article L. 423-4, « L'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée [...] pour l'assister, notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés, auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation ». Mais le projet de loi ne dit mot sur une quelconque prise en charge des frais du professionnel²⁴⁵⁷ qui devrait, en conséquence, revenir aux associations. De sorte que si cette disposition est de nature à résoudre certaines difficultés en matière d'investissement humain des associations, elle ne résout en rien les difficultés financières. Dans ces conditions, les actions de groupe menées à terme risquent fort de n'être qu'une poignée par année. Un nombre important de victimes entraîne un investissement que seules quelques associations pourront supporter - deux ou trois en l'état actuel des choses, selon le

2454 Article L. 432-7 proposé.

2455 Conclue avec l'arrêt Civ. 1ère, 26 mai 2011 ; préc.

2456 Disponibles sur le site internet www.ufcquechoisir.org

2457 Contrairement à l'une des versions précédentes de l'article L. 423-4 selon laquelle « le juge peut également désigner un tiers, aux frais du professionnel, en vue de mettre en œuvre l'indemnisation des consommateurs par ce dernier » (cité par L. BORÉ, « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », art. préc., spéc. p. 2095).

président d'une des associations concernées²⁴⁵⁸. Cette situation fait craindre à M. BORÉ que « L'action de groupe telle qu'elle est définie par le projet risque d'être une action mort-née, comme l'a été l'action en représentation conjointe faute de moyens, pour les associations qui en ont le monopole, de l'assumer »²⁴⁵⁹.

Il aurait fallu s'inspirer du recours collectif québécois, souvent cité en modèle, qui a créé un *Fonds d'aide au recours collectif*, afin justement de permettre aux victimes de ne pas avoir à avancer les importants frais de la procédure²⁴⁶⁰. C'est ce que proposait déjà, du reste, J. CALAIS-AULOY dans son projet présenté en 1990²⁴⁶¹. Une solution *a minima* serait de réévaluer les offres d'assurances destinées aux associations, lesquelles déplorent régulièrement le coût élevé des cotisations²⁴⁶². Il faudrait dans ce but « faire appel à l'État pour jouer un rôle d'intermédiaire et favoriser la négociation sur la tarification réclamée »²⁴⁶³. Une autre idée, mais elle aussi à la portée limitée, serait de « Prévoir qu'en cas d'application de l'article 700 du code de procédure civile, l'évaluation retenue tienne compte de la réalité du travail fourni par l'association et son conseil juridique »²⁴⁶⁴.

Faute de tels dispositifs, la question du financement des associations relève moins de regrets qu'il est possible d'exprimer, que d'un véritable obstacle à l'effectivité de l'action de groupe. Il reste à espérer qu'une évolution intervienne sur ce point, sous peine de gâcher les progrès indéniablement réalisés par le projet de loi.

527. Bilan : le renforcement nuancé de l'attractivité de la voie civile par l'introduction de l'action de groupe. Parmi les dispositions permettant de renforcer l'attractivité de la voie civile, l'action de groupe est la plus efficace et la plus adaptée aux atteintes au consentement contractuel - cela justifiait sa mise en exergue. Sa consécration, tant attendue, réalise un progrès certain, grâce notamment à l'autorisation des mesures de

2458 Intervention de C. MUSSO, de l'UFC-Que choisir, durant la table ronde du colloque organisé à la Grand'Chambre de la Cour de cassation le 4 juillet 2013, Les 20 ans du Code de la consommation, Nouveaux enjeux.

2459 L. BORÉ, « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », art. préc., spéc. p. 2095.

2460 L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, th. préc., n° 381 et s.

2461 J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un code de la consommation*, op. cit., v° article L. 283.

2462 G. PATETTA, « Le point de vue des consommateurs », in *Les « class actions » devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, LPA 10 juin 2005, n° 115, p. 3 et s.

2463 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 280.

2464 Recommandation n° 25 du rapport d'information n° 499 de MM. BÉTEILLE et YUNG fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 26 mai 2010.

publicité. Mais si l'action de groupe a attendu si longtemps pour être adoptée, c'est parce qu'elle suscite de grandes réticences. Celles-ci ont d'ailleurs marqué de leur empreinte les modalités de l'action de groupe, finalement assez restrictives. L'action de groupe actuelle apparaît en cela comme un premier pas du législateur, ayant vocation à s'étendre si le mécanisme prouve son efficacité. Le projet de loi prévoit d'ailleurs lui-même un rapport d'évaluation, trente mois au plus tard après son entrée en vigueur, destiné à proposer les adaptations nécessaires, notamment de son champ d'application ²⁴⁶⁵.

528. Conclusion de Chapitre. Si la voie civile apparaît, pour plusieurs raisons, comme un substitut devant être préféré à la voie administrative dans le cadre de la dépenalisation de certaines atteintes au consentement contractuel, c'est ainsi à la condition de son renforcement : il convient de s'assurer, en effet, que la dépenalisation n'entraîne aucune baisse de la protection des contractants. Le contenu de la voie civile, c'est-à-dire son domaine et ses sanctions, doit donc être renforcé et mieux adapté au contentieux des atteintes au consentement. Pour autant, conférer aux contractants de nouveaux droits et protections ne saurait suffire : « s'il suffisait d'avoir un droit pour en jouir ! » ²⁴⁶⁶. Il faut faciliter la mise en œuvre de la voie civile, et, plus globalement, son attractivité. L'action de groupe, enfin adoptée, est alors la mieux à même de parvenir à cette fin, mais suppose que soient dépassées les restrictions qui affectent ses modalités.

529. Conclusion de Titre. La dépenalisation du droit pénal illégitime en matière d'atteintes au consentement contractuel n'est pas chose aisée. D'autant que les substituts civils et administratifs proposés ne sont souvent mis en avant que parce qu'ils aboutissent au même résultat, tout en ôtant aux sanctions leur caractère pénal. Mais il ne s'agit là que d'une dépenalisation en trompe-l'œil. Dans le même sens, mais plus sévèrement, M. DREYER voit une « véritable fraude à la loi » dans ce type de dépenalisation où un « pouvoir de sanction flou est donné à une autorité administrative indépendante ou même à un juge judiciaire prononçant des dommages-intérêts punitifs sur la base de textes incertains » ²⁴⁶⁷. C'est ce qui nous a conduit à écarter la voie administrative : bien que les garanties qu'elle présente désormais lui permettent *a priori* de constituer un substitut envisageable à la sanction pénale, l'absence de mesure réellement novatrice en comparaison de la voie pénale limite considérablement son intérêt, en tous les cas en matière d'atteintes

2465 Article 2, V du projet de loi.

2466 J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, n° 171.

2467 E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », art. préc., n° 7.

au consentement contractuel. Le droit civil présente, sans doute, de plus grandes facilités et perspectives d'adaptation à ce contentieux si spécifique, ce qui n'est guère surprenant : n'est-il pas le droit naturel du contrat ? Pour autant, ses faiblesses actuelles imposent de le renforcer, tant dans son contenu que dans son attractivité, pour mieux protéger les contractants. C'est à cette seule condition que la voie civile se présentera comme un substitut crédible à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.

530. Conclusion de Partie. C'est assez naturellement que le constat de l'étendue - dans ses aspects positifs et, surtout, négatifs - , de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel a amené la question, essentielle, de sa légitimité. Il y a *trop* de droit pénal en matière de protection du consentement contractuel. Mais ce trop résulte moins d'un aspect strictement quantitatif, que de considérations sur la place et les fonctions du droit pénal en cette matière. Autrement dit, la sanction pénale n'est pas seulement surabondante : dans bien des cas, elle est encore, et surtout, *dévoyée*. Encore fallait-il le démontrer : notre intuition première devait céder la place à une réflexion ordonnée autour du contrôle de légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. De manière inédite, nous nous sommes efforcés d'en déterminer les différentes modalités : sa répartition organique et sectorielle, et surtout les différents critères pertinents. Appliqués à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, ces critères ont permis de considérer certaines incriminations légitimes, certaines autres dévoyées. Afin de restaurer la pénalisation, ces dernières incriminations ne pouvaient être maintenues dans le giron du droit pénal : la seule solution consistait en leur dépénalisation. Cette dépénalisation ne pouvait être *sèche*, sous peine de nuire à la protection du consentement des contractants : il fallait donc trouver des substituts crédibles et séduisants. Deux voies, l'une administrative, l'autre civile, sont généralement suggérées à cette fin. Parce qu'il fallait se garder de recourir, par facilité, à des mesures para-pénales - la dépénalisation aurait été en trompe-l'œil - , la voie administrative a été écartée : les mesures qu'elle proposait ne permettaient pas une approche réellement originale de la répression des atteintes au consentement. À l'inverse, la voie civile devait être privilégiée. Droit naturel du contrat, le droit civil présente en effet une richesse et une originalité séduisantes. Il fallait néanmoins dépasser les faiblesses inhérentes à son appréhension actuelle des atteintes au consentement contractuel. Cela nous a conduit à proposer différentes modalités de renforcement du contenu de la voie civile d'une part, de son attractivité d'autre part. Ainsi renforcée, la voie civile se présenterait comme un substitut davantage crédible à la sanction pénale des atteintes au consentement contractuel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

531. Cadence de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel. La première impression que réserve l'observation de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel tient dans son étendue, son ampleur et sa cadence. Cette impression frappe avec la force de l'évidence, n'épargnant pas le pénaliste, pourtant rompu à des décennies d'inflation pénale sévissant en toute matière. Une telle extension du droit pénal paraît induire une valeur exceptionnelle accordée au consentement contractuel. Certaines incriminations semblent le confirmer, érigeant directement l'intégrité ou le respect du consentement comme valeur sociale jugée digne de la protection pénale. Toutefois, la sanction pénale intervient en la matière majoritairement comme simple renfort de certaines réglementations. Le droit pénal se réduit alors à un rôle sanctionnateur ou auxiliaire de ces réglementations protégeant certains contractants faibles - consommation, distribution, assurance *etc* - , dont la protection du consentement ne constitue qu'une des modalités, non leur finalité principale. Cela n'affecte en rien le constat tenant à l'inflation pénale. Celle-ci appréhende chacune des formes d'atteintes au consentement : la tromperie, le forçage ou encore le refus du consentement d'autrui. Chose remarquable, la lutte contre ces atteintes est uniforme, bénéficiant à la fois d'incriminations nombreuses et élargies et de larges facilités procédurales. Sous cet aspect, la volonté de réprimer et prévenir au mieux les atteintes au consentement paraît manifeste.

Ces manifestations de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, bien que vastes, ne suffisent pas à en apprécier l'étendue : il reste encore à en saisir les implications. Ces implications sont le résultat des spécificités du droit pénal intervenant en matière d'atteintes au consentement contractuel qui découlent de son caractère tout à la fois massif, impératif et essentiellement auxiliaire de réglementations diverses. Ces caractères expliquent en effet une certaine dénaturation des éléments constitutifs de l'incrimination, par exemple l'imprécision de certains textes ou l'affaiblissement considérable de l'élément moral. Ils expliquent encore la difficile articulation avec le droit civil - naturellement présent lorsqu'il s'agit de protéger le consentement des contractants - , qui se traduit notamment par la fragilisation du contrat éventuellement conclu à la suite de l'atteinte au consentement. Ces implications ne résultent pas d'une volonté claire des acteurs de la pénalisation.

Fâcheuses, elles seraient plutôt les conséquences indirectes, parfois involontaires de l'extension du droit pénal en matière d'atteintes au consentement. La cadence de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel paraît donc bien être la principale source de sa décadence.

532. Décadence de la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel. Outre les implications précédemment décrites - dénaturation des incriminations, affaiblissement du contrat - , qui y participent naturellement, la *décadence* de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel se manifeste de plusieurs manières. Elle résulte notamment d'une analyse plus poussée des textes, ainsi que de leur comparaison. Sous la façade d'une profusion des lois pénales en matière de consentement contractuel, se cache en réalité une construction défailante. Les textes, trop nombreux, sont souvent redondants, voire incohérents et contradictoires. Contrairement à ce qu'un premier aperçu laisserait penser, la pénalisation ne doit donc certainement pas être comprise comme la manifestation d'une volonté claire, réfléchie et organisée de prévenir et réprimer pénalement les atteintes au consentement ; elle consisterait plutôt dans l'empilement désordonné de textes épars. Certes, « Avec d'excellents magistrats, les mauvaises lois peuvent encore être supportables », admettait PLATON²⁴⁶⁸. Mais le juge pénal doit lui aussi assumer une large part de responsabilité dans l'extension et les méfaits de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel - l'arrêt du 19 juin 2013 appliquant l'abus de confiance au temps de travail l'a récemment démontré²⁴⁶⁹. La conséquence est celle que résumait J. CARBONNIER par une formule limpide, au demeurant particulièrement pertinente en matière de pénalisation des atteintes au consentement contractuel : « d'un patchwork, on ne peut espérer qu'il ait un esprit »²⁴⁷⁰.

Ce défaut d'esprit et de réflexion n'est pas sans conséquence sur un autre aspect de la décadence de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel, qui a trait à son dévoilement. Face à une atteinte au consentement, faut-il *une* réponse pénale ? Le cas échéant, faut-il *cette* réponse pénale ? Était ainsi posée la question essentielle de la légitimité de la pénalisation des atteintes au consentement contractuel. Il semble évident, aux yeux d'une majorité d'auteurs, qu'en matière d'atteintes au consentement contractuel - comme parfois ailleurs - , il y a *trop* de pénalisation. Mais qu'entend-on par là ? Quant à la quantité

2468 Cité par J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 2.

2469 Voy. *supra*, n° 88.

2470 J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27ème éd., 2002, n° 113 *in fine* (à propos des codifications-compilations).

des lois pénales, il semble difficile d'opérer un tel jugement : par rapport à quels seuils l'apprécierait-on ? Le trop de droit pénal résulte plutôt, nous paraît-il, d'une sanction pénale *dévoyée*, c'est-à-dire utilisée dans la méconnaissance totale de ses finalités propres.

Cette intuition, pour être confirmée, imposait de procéder à un contrôle réfléchi de la légitimité de la pénalisation. Il fallait pour cela procéder à sa répartition, organique - qui contrôle la légitimité ? -, et sectorielle - quelle part de la pénalisation se prête à ce contrôle ? Surtout, il nous fallait déterminer les critères du contrôle de légitimité de la pénalisation. Nous en avons identifié trois. Les deux premiers ont trait à la légitimité de l'incrimination : il s'agit de l'utilité, puis de l'incrimination d'une véritable faute pénale. Le dernier concerne la légitimité de la peine : il s'agit du critère de l'efficacité. À l'issue de ce contrôle, certaines incriminations apparaissent légitimées, d'autres *dévoyées*. Pour ces dernières, la solution ne peut être que la dépénalisation, mais une dépénalisation encadrée : il convient de redéployer la lutte contre les atteintes au consentement contractuel.

533. Redéploiement de la lutte contre les atteintes au consentement dans le champ contractuel. Ce redéploiement suppose de recentrer la pénalisation autour des seules incriminations légitimes ; cela implique, *a contrario*, la dépénalisation du droit pénal illégitime. La réflexion ne saurait s'arrêter là : il importe de s'assurer que la dépénalisation suggérée n'aboutisse aucunement à une baisse de la protection des contractants. Il faut, pour cela, éviter toute dépénalisation dite *sèche*, pour substituer à la sanction pénale des sanctions d'une autre nature. À cette fin, la voie administrative est souvent proposée. Les progrès opérés ces derniers temps en matière de garanties, substantielles comme procédurales, rendent il est vrai cette voie envisageable. Pour autant, le contenu des sanctions administratives ne se distingue pas suffisamment de celui qu'offrent les sanctions pénales. Or, il ne s'agit pas ici de proposer une dépénalisation en trompe-l'œil, réduite à la disparition symbolique du caractère pénal de la sanction. La sanction pénale ne doit céder qu'au profit d'autres sanctions, plus originales, et si possible mieux adaptées au contentieux des atteintes au consentement contractuel. La voie civile présente, de ce point de vue, plusieurs atouts - le droit civil n'est-il pas, d'ailleurs, le droit naturel du contrat ? Il convient cependant, pour la rendre davantage crédible et séduisante dans le cadre de la dépénalisation des atteintes au consentement que nous suggérons, de la renforcer, tant au regard de son contenu que de son attractivité.

L'existence de substituts, certes imparfaits, mais crédibles, à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel nous permet d'envisager une dépenalisation qui paraît nécessaire. Il faut une pénalisation des atteintes au consentement, ne serait-ce que pour répondre aux défis que pose la société de consommation ou que représente l'augmentation des discriminations, mais il faut une pénalisation raisonnée. Loin d'affaiblir la sanction pénale, cette pénalisation raisonnée la renforcera. En somme - et l'on retrouve ici l'opinion des juristes les plus illustres - , en pénalisant *moins*, le législateur pénalisera *mieux*. Il faudrait pour cela qu'il cesse de recourir à la sanction pénale par un réflexe impulsif et passablement malsain, pour entamer une réelle réflexion sur la pénalisation et ses fondements. Compte tenu des habitudes prises ces dernières années, dont témoigne encore le projet de loi relatif à la consommation, nos espoirs semblent loin d'être exaucés.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe -
- Les développements principaux sont indiqués en gras -

-A-

Abus de confiance : 35, 54, **74 et s.**

- autorité de la chose jugée : 275.
- bien susceptible d'appropriation : **78.**
- créances : 78.
- clientèle : 78.
- détournement : **77, 78, 91, 92.**
- immeubles : 78.
- intention : **80, 91.**
- préjudice : 79, **92.**
- prescription : 185.
- protection de la confiance : **89 et s.**
- protection de la propriété : **75 et s.**
- remise à titre de propriété : **85 et s.**
- remise à titre précaire : **77, 84 et s.**
- remise de pur fait : 89.
- temps de travail : 88.

Abus de faiblesse : **151 et s., 366 et s., 390,** 472.

Abus de position dominante et de dépendance économique : **147, 169.**

Abus de vulnérabilité ou de dépendance : **157 et s.**

Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse : **154 et s., 366.**

- acte juridique extra-patrimonial : 156.
- intérêt protégé : *v° Valeur sociale protégée.*
- préjudice : 156.

- vulnérabilité : 154.

Actes juridiques unilatéraux : 13, 18, 19, 26, 28, 29.

- engagement unilatéral : 18, 27.
- testament : 274.

Action(s) :

- à fins civiles : *v° Sursis à statuer*
- civile : 265, 267 et s.
- dans l'intérêt collectif : 126, 130.
- de groupe : 503 et s., 508, **509 et s.,** 519 et s.
- de groupe simplifiée : 515.
- en cessation de l'illicite : *v° Cessation de l'illicite*
- en suppression des clauses abusives : 474.
- en suppression des clauses illicites : 449.
- en représentation conjointe : 233, 507.

Amende :

- administrative : *v° Sanction administrative.*
- civile : 7, 148, 483, **484 et s.**
- pénale : 445.

Association(s) :

- de consommateurs : **228 et s.,** 522 et s.
- de lutte contre les discriminations : **234 et s.**

Autorité administrative indépendante :

- Autorité de la concurrence : 208 et s., 440, 452, 511.
- Défenseur des droits : *v° Défenseur des droits*

-C-

Cause : 286 et s., 499.

- et nullité absolue : 301.
- illicéité de la - : 286.
- motif illicite commun : 286.
- motif illicite déterminant : 287.

Cessation de l'illicite : 225, 379 et s.

- action en - : 232, 474, 495.
- ajournement du prononcé de la peine : 448.
- injonctions : **493 et s.**
- pratiques commerciales trompeuses : 447, 449.
- pratiques restrictives de concurrence : 148.

Clause(s) :

- abusives : 414, 474, 499.
- pénales : 498.
- résolutoires : 498.

Concurrence :

- Autorité de la - : *v° Autorité administrative indépendante*
- déloyale : 126, 130.
- pratiques anticoncurrentielles : 169.
- pratiques restrictives de - : 169, 485, 494.
- protection de la - : 38, 98, 101, 128, **131 et s.**, 148, 168, 359.

Consentement :

- atteintes au - : **34 et s.**
- définition : **30 et s.**
- et champ contractuel : 30 et s.
- et contrat : 32.
- forçage du - : 39, **134 et s.**, 365 et s., 390.
- négation du - : **39 et s.**, 132 et s., 166.
- protection du - : 1, 41, 42, 56 et s., 89, 103.
- refus du - : 40, 45, 134, 147, **166 et s.**, 369 et s., 391.
- séduction du - : 38, **127 et s.**, 363.
- tromperie du - : **36 et s.**, **53 et s.**, 357 et s., 363 et s., 389 et s., 392 et s.

Consommateur(s) :

- définition du - : 132, **521.**
- protection du - : 98, 100 et s., 149, 165, 168, 170, 363.

Constitutionnalité (contrôle de) :

- légalité : **249.**
- nécessité des délits et des peines : **319 et s.**
- proportionnalité : **324 et s.**
- question prioritaire de constitutionnalité : 249, 323.

Contrat(s) :

- d'adhésion : 46, 411, 505.
- de consommation : **119 et s.**, 481.
- de dépendance : 46.
- définition : **12 et s.**
- et prélèvements sur le corps humain : 20 et s.
- et recherches biomédicales : 20 et s.
- et transactions financières : 14 et s.
- numérique : 47.
- objet du - : 283 et s.
- requalification du - : *v° Sanction(s) civile(s)*

Crédit : 10, 479.

- à la consommation : **122**, 393 et s., 416 et s., 480, 481.
- immobilier : 399, 416.

-D-

Déchéance du droit aux intérêts : 122, 479, 489.

- aspect dissuasif : **416 et s.**, 492.
- peine privée : **416**, 489.

Défenseur des droits : 211 et s.

- sanction administrative : 452.
- transaction pénale : 191.

Délai de réflexion et de rétractation : 25, 37, 119 et s., 396.

- prorogation du - : **498.**

Démarchage :

- à domicile : **120**, 396, 479, 498.
- d'assurances : **121**.
- financier : 479.

Dépénalisation :

- crédit : 417, 490.
- définition : **7**.
- droit de la concurrence : 7, 148, 168.
- et décriminalisation : 7.
- rapport COULON : 7, 48, 122, 417, 490.

Détournement :

- détournement d'objet mis en gage : 94 et s.
- et abus de confiance : *v° Abus de confiance*

DGCCRF : 121, 219 et s.

- sanction administrative : **453**.
- transaction pénale : **192 et s.**

Dignité (atteinte à la) :

- abus de vulnérabilité ou de dépendance : **157 et s.**
- discriminations : 172.

Discrimination(s) : 40, 147, 167, 171 et s., 346, 369 et s., 391.

- Défenseur des droits : *v° Défenseur des droits*
- égalité (principe d' -) : 172, 173.
- *testing* : **236 et s.**

Dol : 17, 36, 56, 465, 466 et s.

- acte dolosif : 469 et s.
- auteurs du - : 468.
- intention : 467, 468.
- réticence dolosive : 467, 476, 478, 480.

Domage(s) :

- de masse : 411, 474, 505, 506.
- distinction avec le préjudice : **67**.
- dommages-intérêts punitifs : *v° Peine privée*

- patrimonial : 66 et s.

Droit pénal : 4 et s.

- artificiel : *v° Incriminations artificielles*
- autonome : 329, 330, 344, 346, 349.
- auxiliaire : 41, 97, 240 et s., 245, 248 et s., 257, 329, 345, **346 et s.**, 374, 376, 398, 402, 421, 423.
- conventionnel : 330, 345.
- naturel : **330 et s.**
- sanctionneur : *v° Droit pénal auxiliaire*
- technique : 244, 346, 375.

-E-**Élément moral : 257 et s.****Envoi forcé : 365, 472, 473.****Escroquerie : 54, 55 et s., 106, 115, 364.**

- actes opérant obligation ou décharge : 56, 63, **71**.
- *instrumentum et negotium* : 63.
- et nullité du contrat : 61.
- préjudice : 56, **58 et s.**, 67.
- protection de l'intégrité du consentement : **56 et s.**, 72.
- protection du droit de propriété : **66 et s.**, 72.
- remise : 56, 69 et s.

Extorsion(s) : 136 et s., 368.

- avantages non patrimoniaux : 139 et s.
- chantage : 136, **138 et s.**
- demande de fonds sous contrainte : 136.
- engagement : 140.
- fonds, valeurs ou bien quelconque : 140.
- intérêt protégé : *v° Valeur sociale protégée*
- renonciation : 141.
- secret : 143.
- signature : 142.

-F-

Formalisme informatif : 313, 392, **479 et s.**
- réglementation du crédit : 122, 393 et s., 480.

Fraudes et falsifications :

- délit de falsifications : **104**, 357.
- intérêt protégé : 103 et s.
- loi du 1^{er} août 1905 : 101.
- tromperie : *v° Tromperie*.

-I-

Incrimination(s) :

- artificielles : 340 et s., 348.
- contradictoires : 355, **362 et s.**
- doubles - : 321, 355, 365 et s.
- inutiles : 355, **356 et s.**
- pluri-offensive : *v° Valeur sociale protégée*

Information du contractant : *v° Obligation d'information*

Infraction(s) :

- clandestines : **179 et s.**
- d'omission : 114, 246.
- formelles : 37, 43, 60, 112, **247**.
- matérielles : **259 et s.**
- non-intentionnelles : 258.

-L-

Légalité criminelle (principe de) :

- conception formelle : 243.
- conception matérielle : **248 et s.**
- et amende civile : 4, 7, **148**, 485.
- et répression administrative : 432 et s.
- principe de textualité : 9.

Loteries publicitaires : 38, 127, **129**.

-N-

Nécessité des délits et des peines (principe de) : 308, 312 et s., 317, **319 et s.**

- erreur manifeste d'appréciation : 321.
- question prioritaire de constitutionnalité : 323.

Non cumul (principe de) : 438, 451.

Nul n'est censé ignorer la loi : 244.

Nul ne plaide par procureur : 506, 507, 512.

Nullité(s) : 17, 478, 479.

- absolue et relative : **300 et s.**
- aspect dissuasif : **410 et s.**, 499.
- et sanction pénale : **279 et s.**
- partielle et totale : 303 et s., **414, 499**.
- rescision pour lésion : 463.
- textuelle : 290, 298.
- virtuelle : 290.

-O-

Obligation d'information : 119, 122, 415, 457, **474 et s.**, 480.

- amende administrative : **478**.
- devoir de conseil et de mise en garde : 476.
- franchise : 133, 293.

Option procédurale : 267.

Ordre public :

- contractuel : **290 et s.**, 499.
- de direction et de protection : 301.

-P-

Peine(s) : 366, 376, **398 et s.**

- accessoire : 450.
- alternative : 448.
- *amende* : *v° Amende*.

- complémentaire : 358, 449.
- complémentaire obligatoire : 117, 449.
- emprisonnement : 419.
- individualisation des - : 449.
- privée : 416, 483, **487 et s.**

Pénalisation : 1, 15, 20.

- actualité : 47.
- définition : **2 et s.**
- dépenalisation : *v° Dépenalisation*
- et criminalisation : 5.
- et Union européenne : 10, 312.
- historique : 45.
- légitimité : 44, 48, **308 et s.**
- sources : **8 et s.**

Pratiques commerciales :

- agressives : **160 et s.**, 367 et s., 382, 390, 472.
- déloyales : 10, **107 et s.**, 128 et s., 149, 160.
- réputées agressives : **163.**
- réputées trompeuses : **115**, 358, 359, 364, 367, 389.
- trompeuses : **109 et s.**, 132, **357 et s.**, 363 et s., 389.

Préjudice :

- et action de groupe : **520.**
- et dommage : 67.
- éventuel : 92.
- moral : 60, 63, 92.
- pécuniaire : 58, 60, 62, 63, 79, 92.

Prescription : 117, 179, **180 et s.**

- action de groupe : 510.

Primauté du criminel sur le civil (principe de) : **265 et s.**

- autorité de la chose jugée au criminel sur le civil : 265, 272, **273 et s.**
- sursis à statuer : 265, **268 et s.**

Prix :

- prohibition des prix imposés de revente : 146.
- réglementation des - : 130.
- revente à perte : 130.

Projet de loi relatif à la consommation : 10.

- abus de faiblesse : 366.
- amendes administratives : 453, 478.
- amendes pénales : 5, 357 et s., 363 et s.
- définition du consommateur : 132, **521.**

Projets de réforme du droit des contrats : 31.

- auteurs du dol : 468.
- lésion qualifiée : 464, 471.
- nullité par notification : 499.
- obligation d'information : 478.
- ordre public contractuel : 290, 294.
- réticence dolosive : 467.
- violence économique : 464, 471, 472.

Proportionnalité des peines (principe de) : 308, 317, 319, 321, **324 et s.**, 435.

Publicité :

- comparative : **125 et s.**
- trompeuse : **106**, 110 et s., 125, 469.
- hyperbolique : 106.

-R-

Responsabilité civile : 478, 492.

- aspect dissuasif : 407 et s.
- peine privée : 488.

Responsabilité pénale des personnes morales : 5, 147.

-S-

Sanction(s) administrative(s) : **428 et s.**

- amende administrative : 453, 478.
- aspect dissuasif : 418 et s.

- astreinte : 446.
- et sanctions pénales : **444 et s.**
- garanties procédurales : **436 et s.**
- garanties substantielles : **432 et s.**
- injonctions : 446.
- matière pénale : 4, 7, 428 et s., 454.
- publication : 446.
- retrait d'autorisation ou d'agrément : 446.
- sanction ayant le caractère d'une punition : 4, 7, 428 et s., 454.
- sanction privative ou restrictive de liberté : 419.

Sanction(s) civile(s) : 7, 402.

- aspect dissuasif : **405 et s.**
- astreinte : 489.
- inexistence : 277.
- nullité : *v° Nullité*
- régularisation : 495, **500 et s.**
- réputé non écrit : 414, 474, 499.
- requalification : **415.**
- résolution : 25, 276, 478.
- responsabilité civile extra-contractuelle : *v° Responsabilité civile*
- sanction ayant le caractère d'une punition : 4.

Sanction(s) pénale(s) :

- contraventions : 445.
- et sanctions administratives : 418 et s., **444 et s.**
- et sanctions civiles : **405 et s.**, 416.
- fonction expressive : **421 et s.**
- fonction préventive : 376, 398, **402 et s.**
- fonction rétributive : 376, **398 et s.**
-

Specialia generalibus derogant :

- et concours de nullité : 301.
- et doubles incriminations : 154, 355.

Spécialisation des juridictions en matière économique et financière :

- notion : **197 et s.**
- domaine : **201 et s.**

-T-

Tromperie : 358.

- abstention : 102.
- contrat : 102.
- élément intentionnel : 263.
- immeubles : 102.
- intérêt protégé : *v° Valeur sociale protégée*
- marchandises : 102.
- tentative de - : 101, 103, 104, 357.
- victimes : 102, 132.

-V-

Valeur sociale protégée : 54.

- abus de confiance : **75 et s.**
- abus de faiblesse : 153.
- abus de l'état de vulnérabilité ou de dépendance : 158.
- abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse : **155 et s.**
- définition : **41 et s.**
- détournement de gage : 95 et s.
- escroquerie : **56 et s.**
- extorsions : 139, 144.
- incrimination pluri-offensive : **43, 72.**
- tromperie : 103.

Vente(s) :

- à distance : 119, 392, 479, 481.
- à la boule de neige : 5, 105.
- avec prime : 38, **128, 469.**
- liées : **149, 472.**

Vices du consentement (théorie des) : 33, 166, 280, 458 et s.

- dol : *v° Dol*
- erreur : **460 et s.**
- lésion : **462 et s.**
- lésion qualifiée : **464.**
- violence : *v° Violence*

Violence : 144, 161, **471 et s.**

- économique : 464, **471.**

- et contrainte : **473.**

- illégitime : 471.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

- A. Dictionnaires
- B. Sciences humaines

II. TRAITÉS ET MANUELS

- A. Droit pénal
- B. Droit des obligations
- C. Droit public
- D. Divers

III. MONOGRAPHIES

- A. Thèses
 - 1. *Droit pénal*
 - 2. *Droit des obligations*
 - 3. *Droit public*
 - 4. *Divers*
- B. Ouvrages spéciaux

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

- A. Rapports collectifs
- B. Recherches collectives

V. ENCYCLOPÉDIES

- A. Juris-Classeur
- B. Répertoire Dalloz

VI. ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES

- A. Droit pénal
- B. Droit des obligations
- C. Droit public
- D. Divers

VII. JURISPRUDENCE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Dictionnaires

- ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 1ère éd., 2003.
- BISSARDON (S.), *Guide du langage juridique*, LexisNexis, coll. Objectif Droit, 4ème éd., 2013.
- CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2014*, LexisNexis, coll. Objectif Droit, 5ème éd., 2013.
- CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1ère éd., 2004.
- CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9ème éd., 2012.
- Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2012.
- Dictionnaire Le Petit Robert 2014*, Le Robert, 2013.
- Dictionnaire Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.
- GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21ème éd., 2013.
- ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du Droit Français*, Litec, 4ème éd., 1999.

B. Sciences humaines

- BAUDRILLARD (J.), *La société de consommation*, Gallimard, coll. Folio essais, 2012 [1970].
- BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, 2006 [1766].
- ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, 1966 [1762].
- ZOLA (É.), *Le bonheur des dames*, Gallimard, coll. Folio classiques, 1980 [1883].

II. TRAITÉS ET MANUELS

A. Droit pénal

- AMBROISE-CASTÉROT (C.), *Droit pénal spécial et des affaires*, Gualino, coll. Master, 3ème éd., 2012.
- BOULOC (B.),
- *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 23ème éd., 2012.
- *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 23ème éd., 2013.
- CARBASSE (J.-M.), *Introduction historique au droit pénal*, PUF, coll. Droit fondamental, 1ère éd., 1990.
- CŒURET (A.) et FORTIS (É.), *Droit pénal du travail*, LexisNexis, coll. Manuel, 5ème éd., 2012.
- CONTE (Ph.), *Droit pénal spécial*, LexisNexis, coll. Manuel, 4ème éd., 2013.
- CONTE (Ph.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U, 7ème éd., 2004.
- CUSSON (M.), *La criminologie*, Hachette, coll. Les fondamentaux, 5ème éd., 2011.
- DELMAS-MARTY (M.), *Droit pénal des affaires*, t. 2, *Partie spéciale : infractions*, PUF, coll. Thémis, 3ème éd., 1990.
- DESPORTES (F.) et LE GUHENEC (F.), *Droit pénal général*, Économica, coll. Corpus droit privé, 16ème éd., 2009.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3ème éd., 1947.

DREYER (E.),

- *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2ème éd., 2012.
- *Droit pénal spécial*, ellipses, coll. Cours magistral, 2ème éd., 2012.

GARÇON (É.) et PELTIER (V.), *Droit de la peine*, LexisNexis, coll. Manuel, 1ère éd., 2010.

GAROFALO (R.), *La criminologie*, Paris, Félix Alcan, 5ème éd., 1905.

GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome I, Sirey, 3ème éd., 1913.

GASSIN (R.), CIMAMONTI (S.) et BONFILS (PH.), *Criminologie*, Dalloz, coll. Précis, 7ème éd., 2011.

GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. Manuel, 9ème éd., 2013.

HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 3ème éd., 2005.

JEANDIDIER (W.),

- *Droit pénal général*, Montchrestien, 2ème éd., 1991.
- *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. Précis, 6ème éd., 2005.

LARGUIER (J.) et CONTE (PH.), *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. U, 11ème éd., 2004.

LEPAGE (A.), MAISTRE DU CHAMBON (P.) et SALOMON (R.), *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, coll. Manuel, 3ème éd., 2013.

LOMBOIS (C.), *Droit pénal général*, Hachette supérieur, coll. Les Fondamentaux, 1994.

MALABAT (V.), *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 6ème éd., 2013.

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 4ème éd., 2013.

MERLE (R.) et VITU (A.), *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 7ème éd., 1997.

PIN (X.), *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours Dalloz, 5ème éd., 2012.

PRADEL (J.),

- *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 19ème éd., 2012.
- *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 17ème éd., 2013.

PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.), *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5ème éd., 2010.

PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 8ème éd., 2013.

RASSAT (M.-L.),

- *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 2ème éd., 1999.
- *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 6ème éd., 2011.

ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6ème éd., 2005.

ROBERT (J.-H.) et MATSOPOULOU (H.), *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, coll. Droit fondamental, 1ère éd., 2004.

VÉRON (M.), *Droit pénal spécial*, Sirey, coll. Université, 14ème éd., 2012.

VITU (A.), *Droit pénal spécial*, t. 1, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 1ère éd., 1982.

VITU (A.), *Droit pénal spécial*, t. 2, *Les atteintes aux intérêts privés*, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 1ère éd., 1982.

B. Droit des obligations

BELLIVIER (F.) et NOVILLE (CH.), *Contrats et vivant*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2006.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13ème éd., 2012.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, PUF, coll. Thémis, 16ème éd., 1992.
- *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, PUF, coll. Thémis, 22ème éd., 2000.
- *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 1ère éd., 2004.

- COLLART DUTILLEUL (F.)** et **DELEBECQUE (PH.)**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 9ème éd., 2011.
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *Droit des obligations, 1 - Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 3ème éd., 2012.
- FAGES (B.)**, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 4ème éd., 2013.
- FLOUR (J.)**, **AUBERT (J.-L.)** et **SAVAUX (É.)**, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, coll. Université, 15ème éd., 2012.
- GHESTIN (J.)**, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 3ème éd., 1993.
- GHESTIN (J.)**, **LOISEAU (G.)** et **SERINET (Y.-M.)**, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat - Le consentement*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4ème éd., 2013.
- JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939.
- LE TOURNEAU (PH.)** (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz-action, 9ème éd., 2012.
- MALAURIE (PH.)**, **AYNÈS (L.)** et **GAUTHIER (P.-Y.)**, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, coll. Droit civil, 6ème éd., 2012.
- MALAURIE (PH.)**, **AYNÈS (L.)** et **STOFFEL-MUNCK (PH.)**, *Les obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 5ème éd., 2011.
- MAZEAUD (H., L. et J.)**, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9ème éd. par F. CHABAS, 1998.
- PLANIOL (M.)** et **RIPERT (G.)**, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, première partie, LGDJ, 2ème éd., par P. ESMEIN, 1952.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.)**, **POILLOT (É.)**, **AUBERT DE VINCELLES (C.)** et **BRUNAU (G.)**, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1ère éd., 2013.
- TERRÉ (F.)**, **SIMLER (PH.)** et **LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11ème éd., 2013.

C. Droit public

- TRUCHET (D.)**, *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 5ème éd., 2013.
- WALINE (J.)**, *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 24ème éd., 2012.

D. Divers

- BERGEL (J.-L.)**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5ème éd., 2012.
- BONNEAU (TH.)** et **DRUMMOND (F.)**, *Droit des marchés financiers*, Economica, coll. Corpus droit privé, 3ème éd., 2010.
- CALAIS-AULOY (J.)** et **TEMPLE (H.)**, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 8ème éd., 2010.
- CARBONNIER (J.)**,
- *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27ème éd., 2002.
 - *Droit civil*, vol. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 1ère éd., 2004.
- CORNU (G.)**,
- *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3ème éd., 2005.
 - *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13ème éd., 2007.
- COURET (A.)**, **LE NABASQUE (H.)**, **COQUELET (M.-L.)**, **GRANIER (TH.)**, **PORACCHIA (D.)**, **RAYNOUARD (A.)**, **REYGOBELLET (A.)** et **ROBINE (D.)**, *Droit financier*, Dalloz, coll. Précis, 2ème éd., 2012.
- DROSS (W.)**, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012.

- FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6ème éd., 2012.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 31ème éd., 2012.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13ème éd., 2011.
- LEVY (J.-PH.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2ème éd., 2010.
- MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.), *Droit de la concurrence*, LexisNexis, coll. Manuel, 1ère éd., 2010.
- MARAIS (A.), *Introduction au droit*, Vuibert, coll. Dyna'Sup Droit, 4ème éd., 2013.
- MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8ème éd., 2012.
- PICOD (Y.) et DAVO (H.), *Droit de la consommation*, Sirey, coll. Université, 2ème éd., 2010.
- RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 2ème éd., 1951.
- SUDRE (F.), MARGUÉNAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.) et GONZALEZ (G.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis, 6ème éd., 2011.

III. MONOGRAPHIES

A. Thèses

1) Droit pénal

- BEAUSSONIE (G.), *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, préf. B. DE LAMY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 532, 2012.
- BÉNÉJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012.
- BOCCARA (B.), *Dol civil et dol criminel dans la conclusion des contrats*, thèse, Paris, 1952.
- BONFILS (PH.), *L'action civile, Essai sur la nature juridique d'une institution*, préf. S. CIMAMONTI, PUAM, 2000.
- BOTTON (A.), *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préf. B. DE LAMY, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 49, 2010.
- BUREAU (A.), *Le principe d'indisponibilité de l'action publique*, thèse, Poitiers, 2010.
- CAPPELLO (A.), *La constitutionnalisation du droit pénal*, thèse, Paris II, 2011.
- CHILSTEIN (D.), *Droit pénal international et lois de police, Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, préf. P. MAYER, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 24, 2003.
- CHONÉ (A.-S.), *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. TEYSSIÉ, Economica, coll. Recherches Juridiques, vol. 25, 2010.
- CLARET-TOURNIER (V.), *La clandestinité en matière pénale*, thèse, Grenoble, 2012.
- DANA (A.-C.), *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préf. A. DECOCQ, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, t. XXIII, 1982.
- DANTI-JUAN (M.), *L'égalité en droit pénal*, préf. J. PRADEL, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, t. 6, 1987.
- DÉCIMA (O.), *L'identité des faits en matière pénale*, préf. PH. CONTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 74, 2008.
- DREYFUS (R.), *De la distinction du dol civil et du dol criminel en droit français*, thèse, Paris, 1907.
- GIROT (M.), *La dépenalisation : un instrument au service du droit pénal*, thèse, Poitiers, 1994.
- GUINCHARD (A.), *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, préf. Y. MAYAUD, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 38, 2002.

- HAÏK (R.)**, *Droit pénal des contrats*, thèse, Paris XI, 2008.
- D'HAILLECOURT (C.)**, *Droit pénal technique et droit pénal*, thèse, Paris II, 1983.
- HARDOUIN-LE GOFF (C.)**, *L'oubli de l'infraction*, préf. A. DECOCQ, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 44, 2008.
- HASCHKE-DOURNAUX (M.)**, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, préf. P. LE CANNU, av.-propos G. CANIVET, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 439, 2005.
- LACAZE (M.)**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préf. A. D'HAUTEVILLE, LGDJ, coll. Fondation Varenne, vol. 39, 2010.
- LAJUS-THIZON (E.)**, *L'abus en droit pénal*, préf. PH. CONTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 105, 2011.
- MATSOPOULOU (H.)**, *Les enquêtes de police*, préf. B. BOULOC, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 32, 1996.
- MAYAUD (Y.)**, *Le mensonge en droit pénal, Essai d'une théorie générale*, thèse, Lyon III, 1976.
- MOUYSET (O.)**, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008.
- OLLARD (R.)**, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. MALABAT, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 98, 2010.
- OTTENHOF (R.)**, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, préf. H. BLAISE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CX, 1970.
- PALVADEAU (E.)**, *Le contrat en droit pénal*, thèse, Bordeaux IV, 2011.
- PARIZOT (R.)**, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE et A. BERNARDI, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 48, 2010.
- PIN (X.)**, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002.
- REBUT (D.)**, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon III, 1993.
- ROYER (G.)**, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, préf. F. STASIAK, av.-propos G. CANIVET, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2009.
- SAENKO (L.)**, *Le temps en droit pénal des affaires*, thèse, Paris I, 2008.
- SAUTEL (O.)**, *Le double mouvement de dépenalisation et de pénalisation dans le nouveau code pénal*, thèse, Montpellier I, 1998.
- THELLIER DE PONCHEVILLE (B.)**, *La condition préalable de l'infraction*, préf. A. VARINARD, PUAM, 2010.
- VALTICOS (N.)**, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Librairie du recueil Sirey, 1953.
- WESTER-OUISSÉ (V.)**, *Convention et juridiction pénale*, thèse, Nantes, 1999.

2) Droit des obligations

- DE LA ASUNCION PLANES (K.)**, *La réfaction du contrat*, préf. Y. PICOD, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 476, 2006.
- ATTUEL-MENDES (L.)**, *Consentement et actes juridiques*, préf. É. LOQUIN, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 77, 2008.
- BLOCH (C.)**, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. R. BOUT, av.-propos PH. LE TOURNEAU, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 71, 2008.
- BORÉ (L.)**, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 278, 1997.
- BOY (L.)**, *L'intérêt collectif en droit français, réflexion sur la collectivisation du droit*, thèse, Nice, 1979.
- BRUNEAU (L.)**, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, thèse, Toulouse, 2005.

- CADIET (L.)**, *Le préjudice d'agrément*, thèse, Poitiers, 1983.
- CARVAL (S.)**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995.
- CHANTEPIE (G.)**, *La lésion*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 467, 2006.
- DADOUN (A.)**, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préf. Y.-M. SERINET, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 529, 2011.
- DUPEYRON (C.)**, *La régularisation des actes nuls*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, 1973.
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992.
- FIN-LANGER (L.)**, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002.
- GAUDEMET (S.)**, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, *Économica*, coll. Recherches Juridiques, vol. 13, 2006.
- GHESTIN (J.)**, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, Paris, 1963.
- GENICON (Th.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 484, 2007.
- GOLDIE-GENICON (C.)**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009.
- GOUT (O.)**, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM, 1999.
- GUÉGAN-LÉCUYER (A.)**, *Domages de masse et responsabilité civile*, préf. P. JOURDAIN, av.-propos G. VINEY, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 218, 1992.
- HUGUENEY (L.)**, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904.
- JAOUEN (M.)**, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, *Économica*, coll. Recherches Juridiques, vol. 29, 2013.
- JAPIOT (R.)**, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909.
- JAULT (A.)**, *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 442, 2005.
- LE GAC-PECH (S.)**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000.
- LE TOURNEAU (Ph.)**, *La règle « Nemo auditur »*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1970.
- MALAURIE (Ph.)**, *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, préf. P. ESMEIN, éd. Matot-Brainet, 1953.
- MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992.
- MEKKI (M.)**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.
- MULLER (A.-C.)**, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, préf. H. SYNDET, *Économica*, coll. Recherches juridiques, vol. 16, 2007.
- MULLER (M.)**, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, thèse, Paris II, 1977.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.)**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 19, 2002.
- PANCRAZI-TIAN (M.-E.)**, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1996.
- PAUL (F.)**, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 377, 2002.
- PENIN (O.)**, *La distinction de la formation et de l'exécution des contrats, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 535, 2012.
- PIROVANO (A.)**, *Faute civile et faute pénale : (essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code Civil et la faute des articles 319-320 du Code Pénal)*, LGDJ, 1966.
- RASCHEL (L.)**, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préf. L. CADIET, IRJS, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, t. 25, 2010.

- REIGNÉ (PH.)**, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, thèse, Paris II, 1993.
- ROUHETTE (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.
- ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.)**, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXXXV, 1974.
- RZEPECKI (N.)**, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002.
- SAVAUX (É.)**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.
- SERINET (Y.-M.)**, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse, Paris I, 1996.
- SIMLER (PH.)**, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CI, 1969.
- STARCK (B.)**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 1947.
- STOFFEL-MUNCK (PH.)**, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.
- THULLIER (B.)**, *L'autorisation, Étude de droit privé*, préf. A. BÉNABENT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 252, 1996.
- VALOTEAU (A.)**, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, PUAM, 2006.
- VIRASSAMY (G.)**, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986.

3) Droit public

- DELLIS (G.)**, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préf. Y. GAUDEMET, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997.
- MOURGEON (J.)**, *La répression administrative*, préf. O. DUPEYROUX, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 75, 1967.
- MUNCH (J.-P.)**, *La sanction administrative*, thèse, Paris, 1947.

4) Divers

- AZAR-BAUD (M.-J.)**, *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, préf. L. CADIET, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 121, 2013.
- BOISSIÈRE (G.)**, *La compagnie des agents de change et le marché officiel de la bourse de Paris*, thèse, Paris, 1908, 2ème éd., A. Rousseau Editeur, 1925.
- CHOLET (D.)**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 466, 2006.
- GINON (A.-S.)**, *La recherche biomédicale en quête de principes*, thèse, Paris X, 2002.
- FARJAT (G.)**, *L'ordre public économique*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 37, 1963.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)**, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris II, 1988.
- MOINE (I.)**, *Les choses hors du commerce, Une approche de la personne humaine juridique*, préf. É. LOQUIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 271, 1997.
- MOLFESSIS (N.)**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997.
- PAYET (M.-S.)**, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèque de thèses, vol. 7, 2001.

PRIEUR (S.), *La disposition par l'individu de son corps*, préf. É. LOQUIN, Les études hospitalières, coll. Thèses, n° 3, 1999.

ROUAUD (A.-C.), *Contribution à l'étude de l'opération de marché, Étude de droit des marchés financiers*, préf. J.-J. DAIGRE, IRJS, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, t. 26, 2010.

ROUSSILLE (M.), *La compensation multilatérale*, préf. J. BÉGUIN, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 59, 2006.

SAUPHANOR (N.), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000.

B. Ouvrages spéciaux

BIHL (L.), *Le droit pénal de la consommation*, Nathan, coll. Formation continue juridique, 1989.

BURGELIN (J.-F.) et **LOMBARD (P.)**, *Le procès de la justice*, Plon, 2003.

CARBONNIER (J.),

- *Essais sur les lois*, Defrénois, 2ème éd., 1995.

- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001.

DELMAS-MARTY (M.),

- *Les chemins de la répression*, PUF, coll. Droit d'aujourd'hui, 1980.

- *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'Homme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1ère éd., 1986.

DELMAS-MARTY (M.) et **TEITGEN-COLLY (C.)**, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, 1992.

DURKHEIM (É.),

- *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, coll. Quadrige, 17ème éd., 1968.

- *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 9ème éd., 1973.

GASSIN (R.), *Essai de théorie générale de la ruse en criminologie*, PUAM, 2009.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

VAN DE KERCHOVE (M.), *Le droit sans peines, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.

MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle, contribution à l'étude du jus puniendi dans les Démocraties contemporaines*, Économica, 1993.

RIPERT (G.),

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949.

- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

ROBERT (Ph.), *Sociologie du crime*, La découverte, 2005.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 1ère éd., 2011.

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

A. Rapports collectifs

CALAIS-AULOY (J.) (dir.), *Pour un nouveau droit de la consommation*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1985.

CALAIS-AULOY (J.), *Propositions pour un code de la consommation*, préf. M. ROCARD, av.-propos V. NEIERTZ, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1990.

CATALA (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2006.

CERRUTI (G.) et **GUILLAUME (M.)** (dir.), *Rapport sur l'action de groupe*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2005.

Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, 1995.

COULON (J.-M.) (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2008.

MAGENDIE (J.-C.) (dir.), *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2004.

Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice, Édition 2011-2012*, La documentation Française, 2012.

STASI (B.), *Vers la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2004.

B. Recherches collectives

Association droit et commerce, Colloque de Deauville, « L'échange des consentements » in *RJ Com.* 1995, numéro spécial, p. 69 et s.

Association française de droit pénal, *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise, Xème congrès de l'Association française de droit pénal*, Économica, 1989.

Barreau de Paris, Rencontres internationales, « La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? » in *LPA* 27 janvier 1997, n° 12.

CHAINAIS (C.) et **FENOUILLET (D.)** (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012.

CHAINAIS (C.), **FENOUILLET (D.)** et **GUERLAIN (G.)** (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 2. La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013.

CLAM (J.) et **MARTIN (G.)** (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998.

COLLART DUTILLEUL (F.) et **COULON (C.)**, *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Économica, coll. Études Juridiques, vol. 28, 2007.

DELMAS-MARTY (M.) et **LUCAS DE LEYSSAC (C.)** (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, coll. Points essais, 2ème éd., 2002.

DELMAS-MARTY (M.) et **TEITGEN-COLLY (C.)**, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, 1992.

FENOUILLET (D.) et **LABARTHE (F.)** (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Économica, coll. Études Juridiques, vol. 15, 2002.

FOYER (J.) et **PUIGELIER (C.)** (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Économica, coll. Études Juridiques, vol. 25, 2006.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 1997.

- FRISON-ROCHE (M.-A.), MARIN (J.-C.) et NOCQUET (C.)** (dir.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2001.
- GAUTHIER (J.)** (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1985.
- Institut de Criminologie de Paris**, Journées d'étude organisées au Palais du Luxembourg, le 16 janvier 1995 sur « Le dévoiement pénal », in *Droit pénal* 1995, supplément au n° 4 du mois d'avril.
- JACOPIN (S.)** (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale, Évolution ou révolution ?*, Bruylant, 2010.
- JAMIN (CH.) et MAZEAUD (D.)** (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003.
- LAZERGES (C.)** (dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, A. Pedone, 1995.
- Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004.
- L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996.
- L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe*, LGDJ, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, 2004.
- LOUSSOUARN (Y.) et LAGARDE (P.)** (dir.), *L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CLII, 1978.
- MALABAT (V.), DE LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.)** (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009.
- MALABAT (V.), DE LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.)** (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, LexisNexis, coll. colloques et débats, t. 32, 2011.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, coll. Travaux et recherches, vol. 9, 1987.
- PRADEL (J.)** (dir.), *Droit constitutionnel et droit pénal*, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 21, 2000.
- RÉMY-CORLAY (P.) et FENOUILLET (D.)** (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003.
- ROCHFELD (J.)** (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, 2010.
- SAINT-PAU (J.-C.)** (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés, (actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux)*, Cujas, coll. Actes & Études, 2012.
- STÉFANI (G.)** (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956.
- TERRÉ (F.)** (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009.
- Université Paris II Panthéon-Assas**,
- *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007.
 - *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010.

V. ENCYCLOPÉDIES

A. Juris-Classeur

- CLARET (H.)**, « Institutions de la consommation et organismes de défense des consommateurs », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 1200, 2012.
- COLLART DUTILLEUL (F.)**, « Lésion », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1118, 2011, n° 1 et s.
- CRUCIS (H.-M.) et BREEN (E.)**, « Sanctions administratives », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 108-40, 2012.
- DAURY-FAUVEAU (M.)**, « Détournement de gage ou d'objet saisi », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 314-5 et 314-6, fasc. 20, 2010.
- FOURNIER (S.)**, « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2008.

JEANDIDIER (W.), « Abus de confiance », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 314-1 à 314-4, fasc. 20, 2012.

JEANDIDIER (W.), « Démarchage. - Démarchage bancaire ou financier », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2011.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), « Discriminations », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 225-1 à 225-4, fasc. 20, 2011.

LECLERC (P.), « Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 6, 2011.

LE TOURNEAU (PH.), « Nemo auditur » et « In pari causa », *J.-Cl. Civil Code*, App. art. 1131 à 1133, 2013.

MATUTANO (E.), « Défenseur des droits », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 77, 2012.

MENURET (J.-J.), « Autorité de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 60, 2010.

PETIT (B.) et **ROUXEL (S.)**, « Consentement », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1109, 2013.

RAYMOND (G.), « Pratiques commerciales déloyales et agressives », *J.-Cl. Concurrence-consommation*, fasc. 900, 2008.

SALVAGE (PH.), « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 223-15-2 à 223-15-4, fasc. 20, 2011.

SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.), « Nullité ou rescision des conventions, Régime de la nullité », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1304 à 1314, fasc. 40, 2007.

SIMLER (PH.), « Contrats et obligations. Cause. Illicéité ou immoralité de la cause », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1131 à 1133, fasc. 30, 2010.

SOULARD (CH.), « Extorsion. Chantage. Demande de fonds sous contrainte », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 312-1 à 312-15, fasc. 20, 2007.

B. Répertoire Dalloz

AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Consommation », *Répertoire pénal Dalloz* 2009.

CANTAT-LAMPIN (V.), « Menaces », *Répertoire pénal Dalloz* 2004.

CARREAU (C.), « Publicité fautive ou de nature à induire en erreur – Publicité comparative », *Répertoire Pénal Dalloz* 2004.

CHAUVEL (P.), « Violence », *Répertoire civil Dalloz* 2013.

DANTI-JUAN (M.),
 - « Action civile », *Répertoire civil Dalloz* 2009.
 - « Discriminations », *Répertoire pénal Dalloz* 2009.

GHESTIN (J.) et **SERINET (Y.-M.)**, « Erreur », *Répertoire civil Dalloz* 2006.

MASCALA (C.),
 - « Escroquerie », *Répertoire pénal Dalloz* 2001.
 - « Abus de confiance », *Répertoire pénal Dalloz* 2003.

ROCHFELD (J.), « Cause », *Répertoire civil Dalloz* 2012.

ROYER (G.), « Crédit », *Répertoire pénal Dalloz* 2011.

WILLMANN (C.), « Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine », *Répertoire pénal Dalloz* 2003.

VI. ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES

A. Droit pénal

ACCOMANDO (G.) et **BENECH (A.)**, « La spécialisation de la justice pénale en matière économique et financière », *RPDP* 2000, p. 52 et s.

ACOSTA (F.), « De l'événement à l'infraction : le processus de mise en forme pénale », *Déviante et société* 1987, p. 1 et s.

AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ Pénal* 2009, p. 22 et s.

AMEGADJIE (F.), « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *AJ Pénal* 2008, p. 307 et s.

AUQUE (F.), « Ambiguïtés de la réglementation des soldes », *JCP E* 1998, étude p. 648 et s.

AZÉMA (J.), « La dépénalisation du droit de la concurrence », *RSC* 1989, p. 651 et s.

BALDES (O.), « Pour une dépénalisation raisonnée du droit pénal des affaires : le choix de la sanction professionnelle », *RPDP* 2013, doct. p. 315 et s.

BAUDIS (D.), « Le Défenseur des droits et le parquet », in *La lutte contre les discriminations*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2033 et s.

BAZIN (É.),

- « L'huissier de justice et les loteries après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 », *Droit et procédures* 2011, p. 226 et s.

- « Un an de droit pénal de la consommation (avril 2010 - avril 2011) », *Droit pénal* 2011, chron. n° 4.

BELMONT (S.), « La dépénalisation de la vie des affaires : une question de proportion », *Journal des sociétés*, n° 53, avril 2008, p. 4 et s.

BÉNÉJAT (M.),

- « Cessation de l'illicite et droit pénal », *RPDP* 2011, p. 595 et s.

- « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal* 2012, p. 392 et s.

BERGEL (J.-L.), « Vices et vertus de la législation par référence », in *La législation par référence*, *RRJ* 1997, p. 1209 et s.

BIHL (L.), « Le droit pénal de la consommation », *Gaz. Pal.* 1986, doct. p. 355 et s.

BLANC (D.), « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », in *Quelle dépénalisation pour le droit des affaires ?*, *AJ Pénal* 2008, p. 69 et s.

BLIN-FRANCHOMME (M.-P.), « Le "marché de la consommation durable" : regards sur la loyauté des pratiques commerciales », *Contrats concurrence consommation* 2012, étude n° 13.

BLONDET (M.), « L'escroquerie à la publicité », *D.* 1953, chron. p. 133 et s.

BOMBARDIER (J.), « La transaction en droit pénal de la consommation : faut-il céder à la tentation ? », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2013, n° 4424.

BONNEAU (Th.), « Sanction administrative, juge pénal et droit pénal en matière financière », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2010, p. 119 et s.

BOULOC (B.),

- « Observations sur le respect de la légalité devant le Conseil de la Concurrence », *Gaz. Pal.* 1990, doct. p. 566 et s.

- « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *RSC* 1995, p. 465 et s.

- « La dépénalisation dans le droit des affaires », *D.* 2003, p. 2492 et s.

- « Sur la pénalisation et la dépénalisation dans le droit pénal des affaires », *RJ com.* 2004, p. 131 et s.

- « La perte du droit aux intérêts », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 81 et s.

BOUTON (J.), « La Halde et la transaction pénale », *Revue de droit du travail* 2006, p. 320 et s.

DE BRESSON (J.-J.), « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations "techniques" », *RSC* 1985, p. 241 et s.

BRODEUR (J.-P.),

- « Le noyau dur et la peau de chagrin : une étude critique à propos de la parution de la 3ème édition du Précis de criminologie de Raymond Gassin », *RICPT* 1995, p. 332 et s.

- « Le noyau dur et l'artifice : poursuite du débat avec Raymond Gassin », *RICPT* 1998, p. 456 et s.

BRUNET (P.), « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* 2004, n° 39, *naissance du droit français/2*, p. 197 et s.

BRUSCHI (M.), « La législation par référence dans le code de la consommation : le puzzle et l'échiquier », in *La législation par référence*, *RRJ* 1997, p. 1247 et s.

BUISSON (J.), « La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure », *Procédures* 2011, étude n° 5.

BYK (CH.), « Le droit pénal des sciences de la vie », *RPDP* 1996, p. 25 et s.

CALAIS-AULOY (M.-T.), « La dépénalisation en droit des affaires », *D.* 1988, chron. p. 315 et s.

DE CANDÉ (P.), « Publicité comparative, notamment dans le domaine du médicament », *D.* 2000, chron. p. 33 et s.

CAPPELLO (A.), « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives, Décision du 10 juin 2009 n° 2009-580 DC », *RSC* 2010, p. 415 et s.

CARBONNIER (J.), « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP G* 1952, I, 1034.

CARREAU (C.), « Publicité et escroquerie », *D.* 1996, chron. p. 257 et s.

CERF-HOLLENDER (A.), « L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367 et s.

CHETARD (G.), « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 51 et s.

CIMAMONTI (S.), « L'ordre public et le droit pénal », in *l'ordre public à la fin du XXème*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 89 et s.

CLAUDEL (E.), « Le printemps de l'article L. 420-6 », *RTD com.* 2003, p. 80 et s.

CLAVERIE-ROUSSET (CH.), « La légalité criminelle », *Droit pénal* 2011, étude n° 16.

CŒURET (A.), « Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 207 et s.

COLLET-ASKRI (L.), « *Testing or not testing.* La Chambre criminelle valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2002) », *D.* 2003, chron. p. 1309 et s.

COMBEAU (P.) et **LEBLOIS-HAPPE (J.),** « Droit pénal et droit administratif », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés, (actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux)*, Cujas, coll. Actes & Études, 2012, p. 379 et s.

CONTE (PH.),

- « Droit pénal et concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2000, n° 3, p. 21 et s.

- « L'art de légiférer se perd-il ? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 307 et s.

- « 1905 – 2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Droit pénal* 2006, étude n° 4.

- « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives », *Droit pénal* 2008, étude n° 3.

- « La dépénalisation de la vie des affaires », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 53, 2010, *Le droit pénal*, p. 183 et s.

COT (J.-M.), « La suppression du refus de vente », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1996, n° 5, p. 14 et s.

COULON (J.-M.), « L'actualité de la dépénalisation du droit des affaires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 112 et s.

CUSSON (M.), « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 741 et s.

DANTI-JUAN (M.),

- « Les principes directeurs du droit pénal et le Conseil constitutionnel », in J. PRADEL (dir.), *Droit constitutionnel et droit pénal*, Cujas, coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 21, 2000, p. 15 et s.
- « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 39, 2001, p. 367 et s.
- « Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 85 et s.
- « Espoirs et déboires de la répression des discriminations », in *Huitièmes journées René Savatier, Communautés, discriminations et identité*, LGDJ, coll. Publications de l'Université de Poitiers, 2009, p. 227 et s.

DARGENTAS (E.), « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411 et s.

DEBOVE (F.), « L'overdose législative », *Droit pénal* 2004, étude n° 12.

DECHENAUD (D.), « La clandestinité en procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 213 et s.

DELMAS-MARTY (M.),

- « Droit pénal de la vente », *D.* 1973, chron. p. 323 et s.
- « Rapport général », in *Conception et principes du droit pénal économique et des affaires, y compris la protection des consommateurs*, *RIDP* 1983, vol. 54, p. 41 et s.
- « Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC* 1985, p. 225 et s.
- « L'enjeu d'un code pénal (réflexions sur l'inflation des lois pénales en France) », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 165 et s.
- « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal, Rapport général », *RIDP* 1988, p. 27 et s.
- « Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise », in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise, Xème congrès de l'Association française de droit pénal*, *Economica*, 1989, p. 89 et s.
- « L'évolution du droit pénal des affaires », *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 354 et s.

DELMAS-MARTY (M.) (dir.), « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *RSC* 1987, p. 819 et s.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.),

- « Les principes de la légalité des délits et des peines », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzât*, A. Pedone, 1980, p. 149 et s.
- « L'affaire du sang contaminé : la triple ambiguïté de l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 juin 1994 », *Gaz. Pal.* 1994, doct. p. 1135 et s.

DELVOLVÉ (J.-L.), « Le refus de vente », *D.* 1960, chron. p. 34 et s.

DELVOLVÉ (P.), « Droit pénal et droit administratif », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 53, 2010, *Le droit pénal*, p. 146 et s.

DEMICHEL (A.), « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, chron. p. 213 et s.

DEPREZ (J.), « Faute pénale et faute civile », in G. STÉFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 157 et s.

DETRAZ (S.),

- « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *Droit pénal* 2008, étude n° 10.
- « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, LexisNexis, coll. colloques et débats, t. 32, 2011, p. 39 et s.

- « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout-en-un" procédural », *Droit pénal* 2011, étude n° 8.
- « La cohérence des infractions de discrimination », in *La lutte contre les discriminations*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2016 et s.
- « La distinction de l'extorsion et du vol avec violences », in *La violence dans les infractions contre les biens*, *Gaz. Pal.* 13-15 octobre 2013, p. 17 et s.

DEVEZE (J.), « À propos de l'évolution des "délits contre les biens" », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 359 et s.

DREYER (E.),

- « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale, La QPC et les attentes déçues... », *JCP G* 2011, 976.
- « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247 et s.
- « La violence ou la ruse ? », in *La violence dans les infractions contre les biens*, *Gaz. Pal.* 13-15 octobre 2013, p. 6 et s.

EOCHE-DUVAL (CH.), « Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal ? », *RSC* 2012, doct. p. 305 et s.

FALZOÏ (A.), « La pénalisation, âme d'une judiciarisation de la société française », *RPDP* 2008, doct. p. 531 et s.

FORTIS (É.), « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ Pénal* 2008, p. 303 et s.

FOULON-PIGANIOL (J.),

- « Réflexions sur la diffamation raciale », *D.* 1970, chron. p. 133 et s.
- « Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale », *D.* 1970, chron. p. 163 et s.

FOURGOUX (J.-C.),

- « Droit pénal économique. Conséquences extravagantes du non-cumul des peines en matière de contraventions. Application particulière à la répression des fraudes », *Gaz. Pal.* 1971, doct. p. 284 et s.
- « La publicité mensongère, délit intentionnel », *Gaz. Pal.* 1977, doct. p. 76 et s.
- « Le cumul des peines en matière de contravention et le droit économique », *RSC* 1984, p. 755 et s.
- « L'article 10 de la loi du 18 janvier 1992, *Feu sur la publicité comparative* », *Gaz. Pal.* 1992, doct. p. 278 et s.
- « Publicité comparative, Information ou manipulation ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 399 et s.

FOURNIER (S.), « De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses », *Droit pénal* 2008, étude n° 4.

GALLOIS (A.), « Des personnages méconnus du procès pénal : les assistants spécialisés », *Procédures* 2009, alerte n° 58.

GASSIN (R.),

- « De la peau de chagrin au noyau dur : réponse à Jean-Paul Brodeur », *RICPT* 1998, p. 58 et s.
- « Le crime existe-t-il ? », *PUAM*, coll. Problèmes actuels de sciences criminelles, vol. XII, 1999, p. 9 et s.
- « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », *RPDP* 2011, p. 481 et s.

GIUDICELLI (A.),

- « La justice pénale économique et financière en France », in *L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe*, LGDJ, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, 2004, p. 17 et s.
- « Le principe de légalité en droit pénal français, Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, doct. p. 509 et s.

GJIDARA-DECAIX (S.), « Le droit pénal du crédit aux consommateurs », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2010, p. 589 et s.

GUILLERMIN (PH.), « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », in *Quelle dépénalisation pour le droit des affaires ?*, *AJ Pénal* 2008, p. 73 et s.

GUINCHARD (S.), « Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne, droit pénal, propriété industrielle*, Litec, 1990, p. 11 et s.

GULPHE (P.), « L'évolution du délit de refus de vente », in *Dix ans de conférence d'agrégation, Études de Droit Commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 423 et s.

HULSMAN (L.-H.-C.), « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497 et s.

IZORCHE (M.-L.), « La genèse du délit d'abus de faiblesse », in C. LAZERGES (dir.), *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, A. Pedone, 1995, p. 107 et s.

JACOBET DE NOMBEL (C.), « L'article 8, alinéa 3 du Code de procédure pénale, cas de report de la prescription fondé sur la clandestinité de l'infraction ? », *Droit pénal* 2013, étude n° 3.

JACOPIN (S.), « Le recul de la sanction pénale ou "la dépénalisation du droit pénal des affaires" », in S. JACOPIN (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale, Évolution ou révolution ?*, Bruylant, 2010.

JEAN (J.-P.),

- « La mythique réforme de la carte judiciaire, entre justice de proximité et spécialisation des contentieux », in *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 257 et s.

- « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 135 et s.

- « Les nouveaux territoires de la politique criminelle », *RSC* 2007, p. 666 et s.

JEANDIDIER (W.),

- « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », in *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 369 et s.

- « L'art de dépénaliser : l'exemple du droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 449 et s.

- « La délinquance d'affaires à travers l'*Annuaire statistique de la justice* », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 491 et s.

- « L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales & Sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 245 et s.

- « Un échantillon de malfaçons textuelles en droit pénal des affaires », in *Liber amicorum, mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 377 et s.

VAN DE KERCHOVE (M.),

- « Réflexions analytiques sur les concepts de dépénalisation et de décriminalisation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 12, 1984, p. 51 et s.

- « Décriminalisation et dépénalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », in *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 663.

- « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ?, Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », in F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, coll. Travaux et recherches, vol. 9, 1987, p. 317 et s.

KILLIAS (M.), « Dévalorisation de la peine par l'inflation des lois pénales », in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1985, p. 193 et s.

KRIEF-VERBAERE (C.), « Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires, L'information, vecteur d'égalité et principe actif de fraternité », *RTD com.* 1999, p. 583 et s.

DE LAMY (B.),

- « De la loyauté en procédure pénale, Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 97 et s.

- « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 377 et s.

LANTHIEZ (M.-L.), « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, p. 464 et s.

LARGUIER (J.), « "Théorie des ensembles" et qualification pénale », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne, droit pénal, propriété industrielle*, Litec, 1990, p. 95 et s.

- LASSALLE (J.-Y.)**, « La notion criminologique de l'infraction pénale », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales & Sciences criminelles*, PUAM, 2007, p. 421 et s.
- LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)**,
- « Le testing », *AJ Pénal* 2008, p. 310 et s.
 - « Propositions de réforme du contenu de l'élément matériel du délit d'escroquerie », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009 p. 123 et s.
- LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)**, **MASCALA (C.)** et **NEUVILLE (S.)**, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », *D.* 2012, p. 693 et s.
- LAZERGES (CH.)**, « La fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* 2004, p. 194 et s.
- LÉAUTÉ (J.)**,
- « Le changement de fonction de la règle "nullum crimen sine lege" », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de Droit Commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 81 et s.
 - « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, p. 223 et s.
 - « Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial », in *Études juridiques, Mélanges en l'honneur du doyen Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243 et s.
- LEBRETON (G.)**, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », in *Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2000, p. 53 et s.
- LECOURT (A.)**, « La loi du 1^{er} août 1905 : protection du marché ou protection du consommateur ? », *D.* 2006, p. 722 et s.
- LECUYER (G.)**, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Droit pénal* 2005, étude n° 14.
- LÉGAL (A.)**, « La responsabilité sans faute », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, p. 129 et s.
- LEGROS (R.)**, « L'influence des lois particulières sur le droit pénal général », *RSC* 1968, p. 233 et s.
- LEPAGE (A.)**,
- « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber amicorum Jean Calais-Anloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 597 et s.
 - « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007 – avril 2008) », *Droit pénal* 2008, chron. n° 4.
 - « Les sanctions en droit pénal des affaires, Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 95 et s.
 - « Droit pénal et droit de la consommation », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés, (actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux)*, Cujas, coll. Actes & Études, 2012, p. 247 et s.
- LEPAGE (A.)** et **MAISTRE DU CHAMBON (P.)**, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 613 et s.
- LETURMY (L.)**, « Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires, Une conception à repenser du principe d'individualisation », *AJ Pénal* 2011, p. 280 et s.
- LEVASSEUR (G.)**,
- « Rapport sur les sanctions de l'inexécution des contrats en droit pénal français », in Dalloz, coll. Travaux de l'association H. Capitant, t. XVII, 1964, *Les sanctions attachées à l'inexécution contractuelle*, p. 307 et s.
 - « Droit social et droit pénal », in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317 et s.
 - « Le problème de la dépénalisation », in *Archives de politique criminelle*, A. Pedone, n° 6, 1983, p. 53 et s.
- LEVENEUR (L.)**, « Un peu de concurrence, beaucoup de droit de la consommation, À propos de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 », *JCP G* 2008, act. 69.
- LEVY (L.)**, « Le droit pénal des affaires, du droit complexe au droit immergé », *JCP G* 1989, I, 3369.

LIENHARD (A.), « Pas de si facile de passer du pénal au civil », in *Quelle dépénalisation pour le droit des affaires ?*, *AJ Pénal* 2008, p. 66 et s.

LUBY (M.), « Propos critiques sur la légalisation de la publicité comparative », *D.* 1993, chron. p. 53 et s.

LUCAS DE LEYSSAC (M. -P.) et **LUCAS DE LEYSSAC (C.)**, « L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce et comment se rassurer », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 651 et s.

MAISTRE DU CHAMBON (P.), « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », *JCP G* 2002, II, 10075.

MALABAT (V.),

- « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 155 et s.

- « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 71 et s.

- « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 69 et s.

MARIS (A.), « Publicité comparative et médicaments : Une réglementation à clarifier ? », *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 905 et s.

MARTY (J.-P.), « Les délits matériels », *RSC* 1982, p. 41 et s.

MASCALA (C.),

- « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004, p. 3050 et s.

- « L'immeuble, un bien saisi par le code pénal ? », in *L'immeuble et le droit, Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Éditions législatives-Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 369 et s.

- « Les finalités de l'évolution législative du droit pénal des affaires », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 733 et s.

MASSIAS (F.),

- « Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 89 et s.

- « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 745 et s.

MAYAUD (Y.),

- « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 et s.

- « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807 et s.

- « Le droit pénal, instrument de régulation de l'activité économique et financière », in *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2007, p. 625 et s.

- « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2010, p. 3 et s.

MAZEAU (L.), « Offres conjointes et pratiques commerciales déloyales. L'exemple des ventes liées d'ordinateurs et de logiciels », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 4046.

MERLE (R.), « L'évolution du droit pénal français contemporain », in *La plume et la parole, Mélanges offerts à Roger Merle*, Cujas, 1993, p. 75 et s.

MINIATO (L.), « La jurisprudence contre la loi ? Vers une interprétation (encore) audacieuse de l'article 4 du code de procédure pénale », *LPA* 24 juillet 2008, n° 148, p. 7 et s.

MISTRETTA (P.), « Les frontières du droit pénal des affaires », *RDPD* 2011, p. 331 et s.

MOLFESSIS (N.),

- « Le renvoi d'un texte à un autre », in *La législation par référence*, *RRJ* 1997, p. 1193 et s.

- « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 927 et s.

MULLER (Y.), « La protection pénale de la relation de confiance, Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809 et s.

OLLARD (R.),

- « La fiducie : aspects de droit pénal », *RSC* 2009, p. 545 et s.

- « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2010, p. 561 et s.

- « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Droit pénal* 2012, étude n° 9.

PÉDAMON (M.), « La réglementation des ventes avec primes : entre droit de la consommation et droit de la concurrence », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 824 et s.

PELLÉ (S.), « Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel », *RPDP* 2013, doct. p. 265 et s.

PINATEL (J.), « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972, p. 664 et s.

POISSONNIER (G.), « Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2013, étude n° 10.

PRIEUR (S.),

- « Les pratiques commerciales déloyales dans les contrats de "vente de listes" en matière de location immobilière », *Contrats concurrence consommation* 2013, étude n° 2.

- « La tacite reconduction dans les contrats de fourniture de programmes télévisuels payants : plaider pour une application stricte de la loi », *Contrats concurrence consommation* 2013, étude n° 11.

QUÉMÉNER (M.), « Vers une refonte globale de la justice économique et financière », *AJ Pénal* 2013, p. 244 et s.

QUERO (G.), « Le cumul des contraventions et ses problèmes », *Gaz. Pal.* 1976, doct. p. 284 et s.

RASCHEL (E.), « Les obligations d'information devant le juge pénal », in *Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, LGDJ, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 54, 2013, p. 623 et s.

RASSAT (M.-L.), « Quelle pénalisation pour la vie économique ? », *Les annonces de la Seine* 1999, n° 56, p. 1.

RAYMOND (G.),

- « Droit pénal de la consommation (Les abus de faiblesse) », in *L'entreprise et le droit pénal*, *Gaz. Pal.* 2002, doct. p. 399 et s.

- « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats concurrence consommation* 2008, étude n° 3.

REBUT (D.), « Justice pénale et justice civile, Évolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs* 2008, n° 128, p. 49 et s.

REINHARD (A.), « Instincts et institutions (à propos d'un concours inédit des sources du droit pénal) », *RRJ* 2004, p. 201 et s.

RENUCCI (J.-F.), « Infractions d'affaire et prescription de l'action publique », *D.* 1997, chron. p. 23 et s.

RIBEYRE (C.), « Loppsi II : de nouvelles règles au service de la répression », *Droit pénal* 2011, étude n° 10.

ROBERT (J.-H.),

- « La distinction des délits et des contraventions de fraude », *Droit pénal* mars 1990, chron. p. 1 et s.

- « Droit pénal de l'environnement et droit pénal général », PUAM, coll. Problèmes actuels de sciences criminelles, vol. IV, 1991, p. 11 et s.

- « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et du droit administratif », *AJDA* 1995, numéro spécial du cinquantenaire, p. 76 et s.

- « La dépenalisation », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 41, *le privé et le public*, 1997, p. 191 et s.

- « Ressemblances et dissemblances entre procédures judiciaires et administratives », in M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET (dir.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2001, coll. Thèmes & Commentaires, p. 62 et s.

- « Pour une restauration de la contravention de police », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 161 et s.

- « L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil », *Procédures* 2007, étude n° 19.

ROLLAND (M.), « Le délit d'omission », *RSC* 1965, p. 583 et s.

ROLLOT (C.), « Discriminer les plus pauvres pourrait devenir un délit », *Le Monde*, 18 octobre 2013, p. 9.

ROSKIS (D.) et **DORÉMUS (C.-M.)**, « Contrôle des pratiques commerciales déloyales, Retour sur la transposition et l'application en France de la directive 2005/29/CEE », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2013, n° 4, dossier n° 28.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.),

- « La protection du consommateur par le droit pénal », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXVII, 1979, p. 201 et s.

- « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Où en est la dépenalisation de la vie des affaires ?*, *RJ com.* 2001, numéro spécial, p. 11 et s.

ROZEC (PH.) et **MANIGOT (V.)**, « La place de la HALDE dans le paysage judiciaire », *JCP S* 2010, 1294.

SAENKO (L.), « L'abus de faiblesse et le testament », *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 5061.

SALVAGE (PH.), « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, doct. p. 699 et s.

SAVATIER (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1965, chron. p. 37 et s.

SORDINO (M.-C.), « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 711 et s.

SOUWEINE (C.), « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier, droit pénal, procédure pénale*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 303 et s.

STASIAK (F.),

- « Dépenaliser : quoi, pourquoi, comment ? », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, LexisNexis, coll. colloques et débats, t. 32, 2011, p. 31 et s.

- « Droit pénal et droit de la concurrence : regards croisés », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés, (actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux)*, Cujas, coll. Actes & Études, 2012, p. 267 et s.

STÉFANI (G.), « Préface », in G. STÉFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. VI.

STOFFEL-MUNCK (PH.), « L'infraction de vente liée à la dérive... Observations sur les malfaçons du droit de la consommation », *JCP G* 2009, 84.

TEITGEN (F.) et **THOUZELLIER (B.)**, « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », *Droit pénal* 2008, dossier n° 3.

TELLIER (V.), « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », *RSC* 2009, doct. p. 797 et s.

THOMAS (D.), « À la recherche de la sécurité juridique, une question qui interpelle le droit pénal de la consommation : que sont devenues les peines accessoires de l'ancien Code pénal ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1171 et s.

THOMASSIN (N.), « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964 et s.

TILLEMENT (G.), « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Droit pénal* 2003, chron. n° 34.

TOUBON (J.), « Introduction aux enjeux de la pénalisation de la vie économique », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997, coll. Thèmes & Commentaires, p. 1 et s.

VALETTE-ERCOLE (V.), « Droit pénal de la consommation », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 143 et s.

- VÉNÉZIA (J.-C.)**, « Droit administratif et droit pénal », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2010, p. 113 et s.
- VERNY (E.)**, « Fautes et tromperies », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 633 et s.
- VIANDIER (A.)**, « La crise de la technique législative », *Droits* 1986, *crises dans le droit*, n° 4, p. 75 et s.
- VITU (A.)**, « Le problème de la chose jugée au pénal et son influence sur le civil », *Revue de droit pénal et de criminologie* 1966-1967, p. 720 et s.
- WESTER-OUISSÉ (V.)**, « La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP G* 1999, I, 176.

B. Droit des obligations

- ALBIGES (C.)**, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 3 et s.
- ANCEL (F.)**, « Genèse, sources, esprit, structure et méthode », in *Débats, La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC 2009, p. 273 et s.
- ARCELIN-LÉCUYER (L.)**, « La redondance informative ou le bon sens oublié », *Contrats concurrence consommation* 2011, étude n° 9.
- ARMAND-PREVOST (M.)** et **RICHARD (D.)**, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP G* 1979, 2952.
- ATTARD (J.)**, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », *RTD com.* 2011, p. 11 et s.
- ATTUEL-MENDÈS (L.)**, « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », *JCP G* 2007, I, 188.
- BAUDOIN (J.-L.)**, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *common law* », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 1 et s.
- BEAUCHARD (J.)**, « L'absence de la cause dans les principes européens de droit des contrats », in *Apprendre à douter, Questions de droit, Questions sur le droit, Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2004, p. 819 et s.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.)**, « L'amende civile est-elle un substitut à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », *LPA* 20 novembre 2002, n° 232, p. 36 et s.
- BERLIOZ-HOUIN (B.)** et **BERLIOZ (G.)**, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s.
- BIARDEAUD (G.)** et **FLORES (PH.)**, « Décrets du 1er février 2011 et information de l'emprunteur : le compte n'y est pas ! », *D.* 2011, p. 688 et s.
- BRUN (PH.)**, « Loteries publicitaires, La foire aux qualifications pour une introuvable sanction », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 191 et s.
- CHAGNY (M.)**, « L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.* 2011, p. 392 et s.
- CHANTEPIE (G.)** et **PIGNARRE (G.)**, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p. 251 et s.
- CHAZAL (J.-P.)**, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les contrats spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 279 et s.
- DAVO (H.)**, « Formalisme bancaire et protection du consommateur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 329 et s.
- DECOCQ (A.)**, « Sur l'abolition du délit civil de refus de vente », *JCP G* 1997, I, 3997.
- DESHAYES (O.)**, « La conclusion du contrat », in *Secrets et contrats, Actes de colloque, Paris, le 19 novembre 2012*, RDC 2013, p. 741 et s.
- DISSAUX (N.)**, « L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ? », *JCP G* 2010, I, 134.

- DREYER (E.),** « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, I, 201.
- FENOUILLET (D.),** « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC* 2009, p. 279 et s.
- FLOUR (J.),** « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 93 et s.
- FOURGOUX (J.-L.),** « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2111 et s.
- FRANCK (J.),** « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 409 et s.
- FRISON-ROCHE (M.-A.),**
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 et s.
 - « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43 et s.
- GAUTIER (P.-Y.),** « La "somme" de mandats en droit civil et processuel français », *D.* 2012, p. 208.
- GHESTIN (J.),**
- « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 147 et s.
 - « Le futur : exemples étrangers, Le Code civil en France aujourd'hui », *RDC* 2004, p. 1152 et s.
 - « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G* 2011, 703.
 - « "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée", Une règle de nature à induire en erreur ? », *JCP G* 2012, 812.
- GOUBEAUX (G.),** « À propos de l'erreur sur la valeur », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 389 et s.
- GRATTON (L.),** « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013, p. 275 et s.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.),** « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.
- GUIGNARD (L.),** « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *RRJ* 2001, p. 45 et s.
- GUYADER (H.),** « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », *Contrats concurrence consommation* 2008, étude n° 5.
- HUET (J.),** « Des distinctions entre les obligations », *RDC* 2006, p. 89 et s.
- HUGUENEY (L.),** « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^{ème} siècle », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 249 et s.
- JESTAZ (PH.),** « Rapport de synthèse », in P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 263 et s.
- JOBIN (P.-G.),** « Les dommages punitifs en droit québécois », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 536 et s.
- JOURDAIN (P.),**
- « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, chron. p. 139 et s.
 - « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449 et s.
- KERNALEGUEN (F.),** « À propos du règlement des litiges de masse », in *La terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, *Économica*, 1990, p. 367 et s.
- LABRUSSE-RIOU (C.),** « Aux frontières du contrat : l'expérimentation biomédicale sur des sujets humains », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 335 et s.
- LAGARDE (X.),** « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170.
- LARDEUX (G.),** « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.* 2012, p. 2986 et s.

LE GAC-PECH (S.), « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *Revue Lamy Droit Civil* 2012, n° 4838.

LE TOURNEAU (PH.), « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.* 1987, chron. p. 101 et s.

LEVENEUR (L.), « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 285 et s.

LOISEAU (G.),

- « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47 et s.

- « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 579 et s.

- « La qualité du consentement », in P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 65 et s.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), « L'obligation de renseignements dans les contrats », in Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CLII, 1978, p. 305 et s.

MAGNIER (V.), « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004, I, 106.

MAGNIN (F.), « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G* 1976, I, 2780.

MAZEAUD (D.),

- « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, p. 95 et s.

- « La formation du contrat », in D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 15, 2002, p. 87 et s.

- « Droit commun du contrat et droit de la consommation », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 697 et s.

- « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 234 et s.

- « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 325 et s.

- « Les sanctions en droit des contrats, Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 235 et s.

- « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés, (actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux)*, Cujas, coll. Actes & Études, 2012, p. 101 et s.

MEKKI (M.), « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC* 2010, p. 383 et s.

MOULY (J.),

- « Une règle de nature à induire en erreur : "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée" », *D.* 2012, p. 1346 et s.

- « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », *JCP G* 2012, 981.

OPPETIT (B.), « Le consentement sans l'échange : le concours de consentements, Le concours implicite », in *L'échange des consentements, Colloque de Deauville organisé par l'association droit et commerce*, *RJ Com.* 1995, numéro spécial, p. 69 et s.

PLANIOU (M.), « Dol civil et dol criminel », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1893, p. 545 et s.

POSEZ (A.), « La théorie des nullités, Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647 et s.

RADÉ (CH.), « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996) », *JCP G* 1997, I, 4009.

RANOUX (N.), « Les dernières vies du formalisme », *LPA* 20 août 2013, n° 166, p. 5 et s.

RASCHEL (L.), « L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale », *Responsabilité civile et assurances* 2013, dossier n° 24.

RÉMY (PH.), « Le juge et le contrat dans le projet de Cadre commun de référence : éléments de réflexion pour une réforme à venir », in *Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, LGDJ, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 54, 2013, p. 277 et s.

RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 347 et s.

RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s.

ROCHFELD (J.),

- « Les nouveaux défis du droit des contrats : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales de l'Internet », in J. ROCHFELD (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, 2010, p. 5 et s.

- « La rupture des relations contractuelles en temps de crise économique », *RDC* 2010, p. 499 et s.

SAINT-ESTEBEN (R.), « Pour ou contre les dommages-intérêts punitifs », *LPA* 20 janvier 2005, n° 14, p. 53 et s.

SAVATIER (R.), « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331 et s.

SAVAUX (É.), « Résister à l'absorption du dol par la responsabilité », in *Débats, L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ?* *RDC* 2013, p. 1201 et s.

SERINET (Y.-M.),

- « Erreur et vice caché, variations sur un même thème », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 789 et s.

- « Le juge et l'illicéité du contrat », in F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON, *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *Économica*, coll. Études Juridiques, vol. 28, 2007, p. 85 et s.

SIMLER (PH.), « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie : l'exemple de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 », in *De code en code, mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 753 et s.

STOUFFLET (J.), « Propos non conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 287 et s.

STOFFEL-MUNCK (PH.),

- « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation dans la loi Chatel », *JCP G* 2005, I, 129.

- « Autour du consentement et de la violence économique », in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, *RDC* 2006, p. 45 et s.

TOURNAFOND (O.), « L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat », *D.* 1999, chron. p. 237 et s.

VABRES (R.), « Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier », *JCP G* 2012, 1052.

VINEY (G.), « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p. 2944 et s.

WEILL (A.), « Connaissance du motif illicite ou immoral et exercice de l'action en nullité », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1165 et s.

WERRO (F.), « La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 745 et s.

WITZ (C.), « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 729 et s.

C. Droit public

BOSCO (D.), « La nouvelle autorité de la concurrence », *Contrats concurrence consommation* 2008, étude n° 8.

CATALA MARTY (J.) et **NOUVEL (L.)**, « Conciliation des droits de la défense et des intérêts de l'enquête dans les perquisitions en concurrence », *JCP E* 2012, 1442.

DEBROUX (M.), « La création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories », *Contrats concurrence consommation* 2008, alerte n° 45.

DE CORAIL (J.-L.), « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 103 et s.

DELVOLVÉ (P.),

- « La justice hors du juge », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1984, n° 4, p. 16 et s.

- « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 47 et s.

ECKERT (G.), « Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielle », *JCP G* 2012, 813.

EPRON (Q.), « Les sanctions en droit administratif, Le cas des autorités administratives indépendantes », in C. CHAINAIS ET D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 517 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013, chron. p. 28 et s.

IDOUX (P.), « La motivation des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET ET G. GUERLAIN (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 2. La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p. 187 et s.

JOUANJAN (O.), « Sur quelques aspects d'un vaste débat : le Conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une "cour constitutionnelle" ? », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *Économica*, 2006, p. 539 et s.

LASCOURMES (P.) et **BARBEGER (C.)**, « De la sanction à l'injonction, "Le droit pénal administratif" comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *RSC* 1988, p. 45 et s.

MATHIEU (B.), « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit, À propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *JCP G* 2009, 602.

MODERNE (F.), « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 411 et s.

ROLLAND (B.), « L'inconstitutionnalité de la saisine d'office », *Procédures* 2013, étude n° 3.

SAENKO (L.), « Les saisies globales en droit de la concurrence : perspectives nouvelles », *JCP E* 2013, 1453.

SAUVÉ (J.-M.), « La motivation des sanctions administratives », in C. CHAINAIS, D. FENOUILLET ET G. GUERLAIN (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 2. La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p. 133 et s.

VARINARD (A.) et **JOLY-SIBUET (E.)**, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal », *RIDP* 1988, p. 189 et s.

VERPEAUX (M.), « Il est né le Défenseur des droits, À propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP G* 2011, doctr. 502.

VOILLEMOT-TRANIÉ (D.), « Le conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence française », *JCP E* 2012, 1005.

ZARKA (J.-C.), « Le "Défenseur des droits" », *D.* 2011, chron. p. 1027 et s.

D. Divers

ALT-MAES (F.), « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991, p. 244 et s.

AZAR-BAUD (M.-J.),

- « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.* 2013, p. 1487 et s.

- « L'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation », *Gaz. Pal.* 1^{er}-3 septembre 2013, p. 16 et s.

BACACHE (M.), « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2086 et s.

BEAUCHARD (J.), « Remarques sur le Code de la consommation », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu, droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 9 et s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- « "Le choc des titans" : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 53 et s.

- « Brèves remarques sur la mise en œuvre du droit à indemnisation, dans les dispositions relatives à l'action de groupe, du projet de réforme du droit de la consommation », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2109 et s.

BELLOIR (PH.), « Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires », in *La lutte contre les discriminations*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2027 et s.

BERG-MOUSSA (A.), « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E* 2012, 1139.

BLOCH (L.), « Le printemps de l'action de groupe », *Responsabilité civile et assurances* 2013, alerte n° 16.

BORÉ (L.),

- « L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action morte née ? », *D.* 1995, chron. p. 267 et s.

- « Pour l'introduction d'une action de groupe dans le nouveau Code de procédure civile », in J. FOYER et C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, coll. Études Juridiques, vol. 25, 2006, p. 131 et s.

- « Le projet d'action de groupe : action morte-née ou premier pas ? », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2095 et s.

BOY (L.), « Intérêt(s) collectif(s) », in L. CADIEF (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1ère éd., 2004, p. 634 et s.

BREDIN (J.-D.), « Les maladies du droit », *RJ com.* 2005, p. 221 et s.

BRETZNER (J.-D.),

- « La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L. 442 6, I, 5°, du code de commerce », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2010, n° 2979.

- « Ombres et lumières autour de la "qualité pour agir" dans l'action de groupe », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2097 et s.

CABALLERO (F.), « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, p. 247 et s.

CALAIS-AULOY (J.),

- « Les ventes agressives », *D.* 1970, chron. p. 37 et s.

- « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chron. p. 266 et s.

- « L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs », *D.* 1987, chron. p. 137 et s.

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239 et s.

- « Les actions en cessation exercées dans l'intérêt des consommateurs », in *Liber amicorum Norbert Reich*, Nomos, 1997, p. 789 et s.

- « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 59 et s.
- « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 75 et s.
- CANNARSA (M.)**, « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. -Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », *JCP G* 2008, I, 180.
- CAPPELLETTI (M.)**, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC* 1975, p. 571 et s.
- CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.)**, « Avant-projet de loi "Hamon" : les apports en droit de la concurrence », *JCP E* 2013, 265.
- CLARET (H.)**,
 - « La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ? », *Contrats concurrence consommation* 2001, chron. n° 5.
 - « Les obligations d'information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2011, étude n° 14.
- CLAUDEL (E.)**,
 - « Les injonctions », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, *LPA* 20 janvier 2005, n° 14, p. 23 et s.
 - « Les sanctions en droit de la concurrence, La sanction une institution au cœur de la politique de la concurrence », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012, p. 425 et s.
- DREYER (E.)**, « Un an de droit de la publicité », *Communication commerce électronique* 2008, chron. n° 7.
- EUDES (Y.)**, « Les faux amis de mes amis... », *Le Monde*, 19 septembre 2012, p. 17.
- FENOUILLET (D.)**, « Premières remarques sur le projet de loi "en faveur des consommateurs" ou comment un inventaire à la Prévert dissimule mal l'asphyxie de l'action de groupe », *D.* 2006, p. 2987 et s.
- GUÉGAN-LÉCUYER (A.)**, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2089 et s.
- GUINCHARD (S.)**, « Une *class action* à la française ? », *D.* 2005, p. 2180 et s.
- HÉMARD (J.)**, « Droit de la concurrence et protection des consommateurs », *Gaz. Pal.* 1971, doct. p. 575 et s.
- HÉNAFF (P.)**, « L'unité des notions cadre », *JCP G* 2005, I, 189.
- HERVIEU (M.)**, « Ordre public économique de direction, ordre public économique de protection : l'avenir de la distinction », in *Au-delà des codes, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317 et s.
- HOMOBONO (N.)**, « Colloque action de groupe : ordonnancement technique », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2074 et s.
- HUR-VARIO (N.-M.)**, « Le statut juridique du corps humain, Entre libre disposition et protection de l'ordre public », *RPDP* 2013, doct. p. 43 et s.
- JEHL (J.)**, « Action de groupe : des exemples européens pour la France ? », *JCP G* 2010, 641.
- JENNY (F.)**, « L'action de groupe, Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence », *JCP G* 2012, doct. 979.
- JEULAND (E.)**, « Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe », *JCP G* 2013, 927.
- JULIEN (J.)**, « Présentation du projet de loi sur la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2013, alerte n° 40.
- LAROCHE-GISSEROT (F.)**, « Les class actions américaines », in *Les « class actions » devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 7 et s.
- LASSERRE (V.)**, « Les sanctions civiles en droit de la concurrence », in *Au-delà des codes, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 343 et s.
- LUHMANN (N.)**, « L'unité du système juridique », in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 31, 1986, *le système juridique*, p. 163 et s.

- MAINGUY (D.)** et **DEPINCE (M.)**, « Pour l'action de groupe en droit français », *JCP E* 2013, act. 355.
- MALAUURIE (PH.)**, « L'effet pervers des lois », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu, droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 309 et s.
- MATHEY (N.)**,
- « La rupture de relations commerciales établies en période de crise. Difficultés d'application de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce en période de crise économique », *Contrats concurrence consommation* 2010, étude n° 3.
 - « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consommériste », in *L'année 2012 en droit de la concurrence*, *Contrats concurrence consommation* 2013, dossier n° 3.
- MÉMÉTEAU (G.)**,
- « De quelques droits sur l'homme : commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », *D.* 1990, chron. p. 165 et s.
 - « Le devoir d'information, ou les moulins à vent », *LPA* 7 janvier 2013, n° 5, p. 4 et s.
- MENNESSON (N.)**, « Information privilégiée : bonne ou mauvaise nouvelle ? », *JCP E* 2012, étude n° 1348.
- MESTRE (J.)**, « L'ordre public dans les relations économiques », in *l'ordre public à la fin du XXème*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 33 et s.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)**,
- « L'action de groupe à la française fait grincer des dents », *Responsabilité civile et assurances* 2013, alerte n° 22.
 - « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *Contrats concurrence consommation* 2013, étude n° 9.
- NOTTÉ (G.)**, « Projet de loi relatif à la consommation », *JCP E* 2013, act. 356.
- OPPETIT (B.)**, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits* 1986, n° 4, *crises dans le droit*, p. 9 et s.
- PATETTA (G.)**, « Le point de vue des consommateurs », in *Les « class actions » devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, *LPA* 10 juin 2005, n° 115, p. 3 et s.
- PICOD (Y.)**, **GAVALDA-MOULENAT (C.)** et **VALETTE-ERCOLE (V.)**, « Commentaire du projet de loi relatif à la consommation du 2 mai 2013 », *Droit et procédures* juillet-août 2013, supplément n° 2 *Droit de la consommation*, p. 18 et s.
- PIZZIO (J.-P.)**,
- « Le droit de la consommation à l'aube du XXIème siècle », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 877 et s.
 - « La médiation dans le domaine de la consommation », *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 4328.
- PONSARD (M.)**, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », in *L'année 2012 en droit de la concurrence*, *Contrats concurrence consommation* 2013, dossier n° 4.
- PRIETO (C.)**, « Rapport introductif », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2076 et s.
- RAYMOND (G.)**,
- « Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats concurrence consommation* 2009, étude n° 6.
 - « Directive consommateurs n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 », *Contrats concurrence consommation* 2012, étude n° 3.
 - « Définir le consommateur », *Contrats concurrence consommation* 2013, repère n° 9.
- RAYNAUD (PH.)**, « Positivisme juridique et démocratie », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 871 et s.
- RÉMY-CORLAY (P.)**, « La directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2005, p. 746 et s.
- RÉMY-CORLAY (P.)** et **FENOUILLET (D.)**, « Le consentement », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 147 et s.
- ROME (F.)**,
- « Oh, la belle loi !!! », *D.* 2009, p. 1329.
 - « Glinglin, nouveau saint patron de la justice française... », *D.* 2011, p. 737.

TEMPLE (H.), « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1067 et s.

THOUVENIN (D.), « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* 14 décembre 1994, n° 149, p. 25 et s.

VATIER (B.), « Peut mieux faire ! Propos conclusifs », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 2117 et s.

VERPEAUX (M.), « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », *D.* 2007, p. 258 et s.

VOGEL (L.), « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* 2003, doct. p. 120 et s.

VII. JURISPRUDENCE

Introduction

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 9 février 1989 ; *Bull. crim.*, n° 63.

Crim., 24 février 2009 ; *Bull. crim.*, n° 45 ; *D.* 2009, p. 2087, note P.-J. DELAGE, et pan. p. 2830, obs. S. MIRABAIL ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 59, note M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2009, p. 227, obs. G. ROYER.

Crim., 28 juin 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-82607 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3441, chron. E. DREYER, et jur. p. 3553, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 249, note G. RAYMOND ; *RSC* 2012, p. 159, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 20 mars 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-87203 ; *D.* 2012, p. 1668, obs. B. BOULOC ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2013, chron. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, n° 4514, spéc. n° 37 et s. ; *RTD com.* 2012, p. 630, obs. B. BOULOC.

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ., 20 mai 1936 ; *D. P.* 1936, I, p. 88, concl. MATTER, rapp. L. JOSSERAND, note E. P. ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE.

Civ. 3ème, 28 novembre 1968 ; *Bull. civ.* III, n° 507.

Civ. 1ère, 19 mars 1996 ; *Bull. civ.* I, n° 139.

Civ. 1ère, 12 juin 2012 ; *Bull. civ.* I, n° 129 ; *LPA* 30 août 2012, n° 174, p. 6, note S. PRIEUR ; *JCP G* 2012, act. 756, note F. VIALLA ; *D.* 2012, p. 1610, note I. GALLMEISTER ; *RDC* 2012, p. 1195, obs. S. CARVAL.

Com., 4 décembre 2012 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 11-27729 ; *D.* 2012, act. p. 2956, obs. C. MANARA ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2013, n° 4414, obs. C. MATHONNIÈRE ; *Communication commerce électronique* 2013, comm. n° 14, note G. LOISEAU ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 68, note G. RAYMOND.

Com., 12 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-11709 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 78, note N. MATHEY ; *RTD civ.* 2013, p. 375, chron. H. BARBIER.

Juridictions du fond

TGI Créteil, 1^{er} août 1984 ; *Gaz. Pal.* 1984, jur. p. 560, concl. LESEC ; *RTD civ.* 1984, p. 703, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

TGI Toulouse, 26 mars 1991 ; *JCP G* 1992, II, 21807, note PH. PÉDROT ; *RTD civ.* 1991, p. 310, obs. J. HAUSER.

TGI Paris, 4 octobre 1995 ; *D.* 1996, p. 8, note S. GROMB ; *JCP G* 1996, II, 22615, note A. LAUDE.
TGI Toulouse, 30 octobre 1995 ; *D.* 1996, jur. p. 101, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING.
CA Grenoble, 30 avril 2007 ; *Juris-Data* n° 2007-337059 ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 311, obs. G. RAYMOND.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 10 novembre 1982, décision n° 82-145 DC, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*.

Conseil constitutionnel, 25 juillet 1984, décision n° 84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle*.

Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils* ; *D.* 2011, chron. p. 392, note M. CHAGNY, et p. 415, note Y. PICOD ; *JCP E* 2011, 1136, note D. MAINGUY ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 62, note N. MATHEY ; *AJ Pénal* 2011, jur. p. 191, obs. J.-B. PERRIER ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2011, p. 655, obs. B. BOULOC.

PARTIE I. ÉTENDUE DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

TITRE I. LES MANIFESTATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

Chapitre I. L'inflation pénale

Section 1. La pénalisation de la tromperie du consentement

§ 1. La pénalisation classique de la tromperie du consentement

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 30 août 1849 ; *D. P.* 1849, V, p. 2.
Crim., 9 juillet 1857 ; *D. P.* 1857, I, p. 379.
Crim., 28 avril 1866 ; *D. P.* 1866, I, p. 356.
Crim., 6 avril 1882 ; *Bull. crim.*, n° 98.
Crim., 25 avril 1890 ; *D. P.* 1890, I, p. 450.
Crim., 11 novembre 1891 ; *Bull. crim.*, n° 349.
Crim., 12 novembre 1909 ; *Bull. crim.*, n° 519.
Crim., 2 décembre 1911 ; *D. P.* 1912, I, p. 343.
Crim., 1^{er} février 1924 ; *Bull. crim.*, n° 54.
Crim., 7 mars 1936 ; *D. H.* 1936, p. 196.
Crim., 18 mars 1936 ; *Gaz. Pal.* 1936, jur. p. 880 ; *RSC* 1936, p. 562, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES.
Crim., 30 octobre 1936 ; *D. H.* 1936, p. 590.
Crim., 18 février 1937 ; *D. P.* 1937, I, p. 56 ; *RSC* 1937, p. 492, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES.
Crim., 15 décembre 1943 ; *Bull. crim.*, n° 153 ; *D.* 1945, jur. p. 131, note H. DONNEDIEU DE VABRES.
Crim., 3 mai 1946 ; *JCP G* 1946, IV, 85.
Crim., 29 décembre 1949 ; *JCP G* 1950, II, 5582, note A. C.
Crim., 3 août 1950 ; *D.* 1950, jur. p. 667.
Crim., 6 janvier 1953 ; *D.* 1953, jur. p. 152.
Crim., 21 octobre 1954 ; *Bull. crim.*, n° 305 ; *JCP G* 1954, IV, p. 158.
Crim., 6 mars 1957 ; *D.* 1957, jur. p. 468.

Crim., 20 juillet 1960 ; *Bull. crim.*, n° 382 ; *D.* 1961, jur. p. 191, note A. CHAVANNE ; *JCP G* 1961, II, 11973, note Y. GUYON.

Crim., 1^{er} avril 1963 ; *Bull. crim.*, n° 140.

Crim., 25 octobre 1967 ; *Bull. crim.*, n° 269.

Crim., 16 novembre 1967 ; *D.* 1968, jur. p. 64.

Crim., 15 mai 1968 ; *D.* 1968, jur. p. 594.

Crim., 9 juillet 1969 ; *RSC* 1969, p. 883, chron. P. BOUZAT.

Crim., 18 novembre 1969 ; *Bull. crim.*, n° 302 ; *D.* 1970, jur. p. 437, note B. BOULOC.

Crim., 3 avril 1973 ; *Bull. crim.*, n° 167.

Crim., 9 avril 1973 ; *D.* 1975, jur. p. 257, note M. DELMAS-MARTY

Crim., 21 mars 1977 ; *Bull. crim.*, n° 99.

Crim., 19 novembre 1979 ; *Bull. crim.*, n° 369.

Crim., 5 mars 1980 ; *Bull. crim.*, n° 81 ; *D.* 1980, IR p. 335, obs. M. PUECH.

Crim., 16 avril 1980 ; *Bull. crim.*, n° 107.

Crim., 20 juin 1983 ; *Bull. crim.*, n° 189.

Crim., 3 juin 1985 ; *Bull. crim.*, n° 211.

Crim., 10 mai 1989 ; *Droit pénal* 1989, comm. n° 17, obs. M. VÉRON.

Crim., 3 avril 1991 ; *Bull. crim.*, n° 155 ; *D.* 1991, somm. p. 275, obs. G. AZIBERT ; *D.* 1992, p. 400, note C. MASCALA ; *RSC* 1992, p. 579, obs. P. BOUZAT.

Crim., 15 juin 1992 ; *Bull. crim.*, n° 234 ; *Droit pénal* 1992, comm. n° 282, obs. M. VÉRON.

Crim., 11 octobre 1993 ; *Bull. crim.*, n° 281.

Crim., 26 octobre 1994 ; *Bull. crim.*, n° 341 ; *D.* 1995, somm. p. 187, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *RSC* 1995, p. 583, obs. R. OTTENHOF, et p. 593, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE

Crim., 27 mars 1995 ; *Bull. crim.*, n° 124.

Crim., 28 mars 1996 ; inédit, pourvoi n° 95-82752 ; *Droit pénal* 1996, comm. n° 183, obs. M. VÉRON.

Crim., 23 janvier 1997 ; *Bull. crim.*, n° 34.

Crim., 8 janvier 1998 ; *Bull. crim.*, n° 7.

Crim., 18 octobre 2000 ; *JCP G* 2001, I, 346, obs. M. VÉRON ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 28, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2001, p. 384, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 14 novembre 2000 ; *Bull. crim.*, n° 338 ; *D.* 2001, p. 1423, note B. DE LAMY ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 28, note M. VÉRON, et chron. n° 16, obs. S. JACOPIN ; *RTD civ.* 2001, p. 912, obs. TH. REVET ; *RSC* 2001, p. 386, obs. R. OTTENHOF ; *RTD com.* 2001, p. 526, obs. B. BOULOC.

Crim., 10 octobre 2001 ; *Bull. crim.*, n° 205 ; *D.* 2002, somm. p. 1796, obs. B. DE LAMY ; *Droit pénal* 2002, comm. n° 1, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2002, p. 108, obs. R. OTTENHOF ; *RTD com.* 2002, p. 379, obs. B. BOULOC.

Crim., 3 décembre 2003 ; *Bull. crim.*, n° 232 ; *Gaz. Pal.* 2004, somm. p. 2605.

Crim., 19 mai 2004 ; *Bull. crim.*, n° 126 ; *D.* 2004, somm. p. 2748, obs. B. DE LAMY ; *Communication commerce électronique* 2004, comm. n° 39, note A. LEPAGE ; *RSC* 2004, p. 824, obs. B. BOULOC.

Crim., 22 septembre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 218 ; *D.* 2005, p. 411, note B. DE LAMY, et p. 962, obs. J. RAYNARD ; *JCP G* 2005, II, 10034, note A. MENDOZA-CAMINADE ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 179, obs. M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2005, p. 22, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2005, p. 852, obs. R. OTTENHOF ; *RTD civ.* 2005, p. 164, obs. TH. REVET ; *RTD com.* 2005, p. 179, obs. B. BOULOC

Crim., 20 octobre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 248 ; *D.* 2005, p. 411, note B. DE LAMY ; *AJ Pénal* 2005, p. 70, obs. J. COSTE ; *RTD com.* 2005, p. 427, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2005, p. 239, note V. MALABAT.

Crim., 13 septembre 2006 ; *Bull. crim.*, n° 220 ; *AJ Pénal* 2006, p. 504, obs. G. ROYER ; *RSC* 2007, p. 537, obs. C. MASCALA ; *RTD com.* 2007, p. 249, obs. B. BOULOC.

Crim., 14 février 2007 ; *Bull. crim.*, n° 48 ; *D.* 2007, AJ p. 1080 ; *AJ Pénal* 2007, p. 275, note Y. MULLER ; *Droit pénal* 2007, comm. n° 84, obs. M. VÉRON ; *Revue de droit immobilier* 2007, p. 281, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim., 5 septembre 2007 ; *Bull. crim.*, n° 194 ; *JCP G* 2007, II, 10186, note S. DETRAZ ; *Droit pénal* 2007, comm. n° 157, obs. M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2007, p. 481, obs. Y. MULLER.

Crim., 19 septembre 2007 ; inédit, pourvoi n° 06-86343 ; *D.* 2008, p. 958, note D. REBUT, et pan. p. 1577, obs. C. MASCALA.

Crim., 9 janvier 2008 ; inédit, pourvoi n° 07-83425 ; *D.* 2008, pan. p. 1577, obs. C. MASCALA ; *D.* 2009, pan. p. 132, obs. S. MIRABAIL ; *Droit pénal* 2008, comm. n° 50, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2008, p. 594, obs. C. MASCALA.

Crim., 14 janvier 2009 ; *Juris-Data* n° 2009-047163 ; *D.* 2009, pan. p. 1725, obs. C. MASCALA, et pan. p. 2833, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *JCP G* 2009, 166, note G. BEAUSSONIE ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 65, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2009, p. 842, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 12 mai 2009 ; inédit, pourvoi n° 08-87418 ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 108, obs. M. VÉRON.

Crim., 9 septembre 2009 ; inédit, pourvoi n° 09-80431

Crim., 13 janvier 2010 ; *Bull. crim.*, n° 6 ; *D.* 2010, pan. p. 1666, obs. C. MASCALA ; *Gaz. Pal.* 2010, jur. p. 983, chron. E. DREYER ; *JCP G* 2010, 500, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 61, obs. M. VÉRON.

Crim., 8 septembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-85961 ; *D.* 2011, pan. p. 1862, obs. C. MASCALA ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 144, obs. M. VÉRON ; *RTD com.* 2011, p. 183, obs. B. BOULOC.

Crim., 20 octobre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-87362 ; *D.* 2011, pan. p. 1863, obs. C. MASCALA ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 262, chron. E. DREYER ; *RTD com.* 2011, p. 427, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2011, p. 166, chron. S. FOURNIER.

Crim., 1^{er} décembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-88478 ; *D.* 2011, pan. p. 1864, obs. C. MASCALA, et p. 2834, obs. S. MIRABAIL ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 29, obs. M. VÉRON ; *RDC* 2012, p. 553, obs. R. OLLARD ; *RTD com.* 2011, p. 427, obs. B. BOULOC.

Crim., 6 avril 2011 ; *Bull. crim.*, n° 71 ; *AJ Pénal* 2011, p. 367, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Crim., 16 juin 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-83758 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3440, chron. S. DETRAZ ; *D.* 2011, pan. p. 2834, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 116, note M. VÉRON ; *RSC* 2011, p. 832, obs. H. MATSOPOULOU ; *RPDP* 2011, p. 893, chron. S. FOURNIER ; *RTD com.* 2011, p. 806, obs. B. BOULOC.

Crim., 20 juillet 2011 ; *Bull. crim.*, n° 158 ; *D.* 2011, p. 2114, obs. M. BOMBLED, et p. 2242, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *D.* 2012, pan. p. 1703, obs. C. MASCALA ; *RPDP* 2011, p. 898, obs. PH. CONTE ; *RDC* 2012, p. 557, obs. V. MALABAT ; *RSC* 2011, p. 832, obs. H. MATSOPOULOU ; *RTD com.* 2011, p. 805, obs. B. BOULOC.

Crim., 5 octobre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-83574.

Crim., 5 octobre 2011 ; *Bull. crim.*, n° 193 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3362, chron. S. DETRAZ ; *RPDP* 2012, p. 910, obs. V. MALABAT.

Crim., 16 novembre 2011 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 300, note E. DREYER ; *D.* 2011, p. 2935, obs. M. LÉNA ; *D.* 2012, p. 137, note G. BEAUSSONIE, et pan. p. 1704, obs. C. MASCALA ; *JCP G* 2012, 322, note S. DETRAZ ; *AJ Pénal* 2012, p. 163, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 1, obs. M. VÉRON ; *RPDP* 2011, p. 914, obs. V. MALABAT ; *RSC* 2012, p. 169, obs. J. FRANCILLON ; *RDC* 2012, p. 551, obs. R. OLLARD.

Crim., 4 avril 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-81332 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2885, chron. J. MOREL-MAROJER ; *AJ Pénal* 2012, p. 653, obs. J. GALLOIS.

Crim., 5 décembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-82918.

Crim., 19 juin 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 12-83031 ; *Gaz. Pal.* 4-8 août 2013, p. 9, note R. MÉSA, et 13-15 octobre 2013, p. 36, chron. E. DREYER ; *JCP G* 2013, 933, note S. DETRAZ ; *D.* 2013, p. 1936, note G. BEAUSSONIE ; *AJ Pénal* 2013, jur. p. 608, obs. J. GALLOIS ; *RPDP* 2013, p. 650, chron. PH. CONTE.

Crim., 16 octobre 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 12-86241 ; *D.* 2013, p. 2755, note L. SAENKO.

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ. 1ère, 7 novembre 2000 ; *JCP E* 2001, p. 149, note G. LOISEAU ; *Deffrénois* 2001, 37338, note R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2001, p. 168, note TH. REVET.

Juridictions du fond

CA Toulouse, 26 avril 2001 ; *JCP G* 2001, IV, 2946 ; *D.* 2002, p. 1795, obs. B. DE LAMY.

§ 2. La pénalisation renouvelée de la tromperie du consentement

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 5 novembre 1959 ; *D.* 1960, jur. p. 80.

Crim., 8 octobre 1974 ; *Gaz. Pal.* 1975, somm. p. 95.

Crim., 4 décembre 1978 ; *Bull. crim.*, n° 342 ; *D.* 1979, IR p. 180, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim., 2 octobre 1980 ; *Bull. crim.*, n° 246.

Crim., 27 octobre 1980 ; *RTD com.* 1981, p. 622, obs. P. BOUZAT.

Crim., 13 décembre 1982 ; *Bull. crim.*, n° 285.

Crim., 21 mai 1984 ; *D.* 1985, jur. p. 105, note S. MARGUERY ; *RTD com.* 1985, p. 379, obs. P. BOUZAT.

Crim., 2 octobre 1985 ; *Bull. crim.*, n° 290.

Crim., 15 octobre 1985 ; *D.* 1986, IR p. 397, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim., 10 avril 1986 ; *D.* 1987, IR p. 397, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim., 12 novembre 1986 ; *Bull. crim.*, n° 335 ; *JCP G* 1987, IV, 29.

Crim., 27 janvier 1987 ; *D.* 1988, jur. p. 156, note C. CARREAU.

Crim., 24 mars 1987 ; *Bull. crim.*, n° 139 ; *JCP* 1988, II, 21017, note G. HEIDSIECK.

Crim., 8 décembre 1987 ; *Bull. crim.*, n° 450 ; *D.* 1988, IR p. 43.

Crim., 31 janvier 1989 ; *Bull. crim.*, n° 40 ; *D.* 1990, somm. p. 359, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim., 23 février 1989 ; *Bull. crim.*, n° 91.

Crim., 8 mars 1990 ; *Bull. crim.*, n° 111 ; *JCP G* 1990, II, 21542, note J.-H. ROBERT ; *Droit pénal* 1990, comm. n° 227, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 24 janvier 1991 ; *D.* 1991, somm. p. 271, note G. AZIBERT.

Crim., 13 juin 1991 ; *Bull. crim.*, n° 256 ; *Droit pénal* 1991, comm. n° 263, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 1992, p. 98, obs. J. PRADEL.

Crim., 30 janvier 1992 ; *JCP E* 1992, pan. 829.

Crim., 23 mars 1994 ; *Bull. crim.*, n° 114.

Crim., 22 juin 1994 ; *Bull. crim.*, n° 248 ; *JCP G* 1994, II, 22310, note M.-L. RASSAT ; *D.* 1995, jur. p. 65, concl. J. PERFETTI, et jur. p. 85, note A. PROTHAIS ; *RSC* 1995, p. 347, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 14 décembre 1994 ; *Bull. crim.*, n° 415 ; *Droit pénal* 1995, comm. n° 98, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 1995, p. 570, obs. B. BOULOC.

Civ. 1ère, 3 et 30 janvier 1996 ; *D.* 1996, p. 228, note G. PAISANT, et somm. p. 325, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1996, p. 609, obs. J. MESTRE.

Crim., 27 mars 1996, *Bull. crim.*, n° 139 ; *RSC* 1997, p. 122, obs. A. GIUDICELLI.

Crim., 18 mai 1996 ; *RSC* 1998, p. 120, obs. A. GIUDICELLI.

Crim., 10 octobre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 358 ; *D.* 1997, IR p. 20.

Crim., 16 octobre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 364 ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 36, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 1997, p. 340, obs. B. BOULOC.

Crim., 14 octobre 1998 ; *D.* 2000, somm. p. 130, obs. M.-H. GOZZI, et somm. p. 281, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP E* 1999, p. 462, note PH. CONTE.

Crim., 26 octobre 1999 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 21, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 14 novembre 2000 ; *Juris-Data* n° 2000-007547 ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 34, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 23 janvier 2001 ; *Bull. crim.*, n° 19 ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 89, obs. J.-H. ROBERT ; *RTD com.* 2001, p. 791, obs. B. BOULOC.

Crim., 15 mai 2001 ; *Bull. crim.*, n° 122 ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 118, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 3 septembre 2002 ; inédit, pourvoi n° 01-86760.

Crim., 20 mars 2007 ; *Bull. crim.*, n° 86 ; *Droit pénal* 2007, comm. n° 86, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 2 octobre 2007 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *Contrats concurrence consommation* 2008, comm. n° 28, note G. RAYMOND.

Crim., 4 novembre 2008 ; *Bull. crim.*, n° 223 ; *D.* 2009, pan. p. 394, obs. N. SAUPHANOR-BROULLAUD ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 90, note G. RAYMOND ; *AJ Pénal* 2009, p. 74, note J.-R. DEMARCHI ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 14, note J.-H. ROBERT ; *RSC* 2009, p. 102, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD com.* 2009, p. 472, obs. B. BOULOC.

Crim., 4 novembre 2008 ; inédit, pourvoi n° 08-81618 ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 24, note J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 65, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2009, p. 473, obs. B. BOULOC.

Crim., 13 janvier 2009 ; *Bull. crim.*, n° 12 ; *JCP G* 2009, II, 10094, note A. DONNIER ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 119, obs. G. RAYMOND.

Crim., 24 mars 2009 ; inédit, pourvois n° 08-86530 et n° 08-86534 ; *LP4* 10 juin 2010, n° 115, p. 15, obs. V. CRAPONNE ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 235, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2009, p. 637, obs. B. BOULOC.

Crim., 20 octobre 2009 ; inédit, pourvoi n° 09-83678 ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 50, obs. J.-H. ROBERT, et chron. n° 4, obs. A. LEPAGE.

Crim., 15 décembre 2009 ; *Bull. crim.*, n° 212 ; *D.* 2010, p. 203, note X. DELPECH ; *AJ Pénal* 2010, p. 73, note N. ERÉSÉO et J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 41, note J.-H. ROBERT ; *RSC* 2010, p. 146, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD com.* 2009, p. 444, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2010, p. 149, note J.-H. ROBERT.

Crim., 23 février 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-81819 ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 73, note J.-H. ROBERT.

Crim., 23 mars 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-82545 ; *D.* 2010, p. 1913, note E. DREYER ; *Communication commerce électronique* 2010, chron. n° 7, obs. E. DREYER, n° 15 ; *RSC* 2011, p. 104, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 5 mai 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-85689 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 953, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *Revue de droit immobilier* 2010, p. 605, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 86, obs. G. RAYMOND ; *RSC* 2011, p. 106, note C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 30 novembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 10-90076 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 24, note J.-H. ROBERT.

Com., 27 avril 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-15648 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 2866, chron. S. PIEDELIÈVRE, et jur. p. 2880, chron. A. BASSET.

Crim., 17 mai 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-87646 ; *RSC* 2012, p. 156, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RPDP* 2011, p. 723, chron. S. DETRAZ.

Crim., 28 juin 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-82607 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3441, chron. E. DREYER, et jur. p. 3553, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 249, note G. RAYMOND ; *RSC* 2012, p. 159, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 6 septembre 2011 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 139, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 7 septembre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-87354.

Crim., 20 novembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-89090 ; *Gaz. Pal.* 2013, jur. p. 461, chron. E. DREYER.

Crim., 20 novembre 2012 ; *Bull. crim.*, n° 251 ; *D.* 2013, p. 218, note C. LACROIX ; *Communication commerce électronique* 2013, comm. n° 7, note A. LEPAGE ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 17, note M. VÉRON, et comm. n° 28, note J.-H. ROBERT ; *AJ Pénal* 2013, p. 220, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *RSC* 2013, p. 89,

obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD com.* 2013, p. 361, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2012, p. 367, note J.-C. SAINT-PAU.

Crim., 5 décembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 12-90062 ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 58, note J.-H. ROBERT.

Cour de cassation, Chambres civiles

Com., 22 juillet 1986 ; *D.* 1986, jur. p. 436, note G. CAS.

Civ. 1ère, 28 avril 1987 ; *D.* 1988, jur. p. 1, note PH. DELEBECQUE.

Com., 29 mars 1989 ; *D.* 1989, p. 409, note Y. SERRA.

Com., 7 juillet 2009 ; *Bull. civ.* IV, n° 104 ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 257, note G. RAYMOND.

Civ. 1ère, 12 juillet 2012 ; *Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.* 2012, p. 2567, note G. POISSONNIER ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2797, chron. S. PIEDELIÈVRE, et jur. p. 2874, chron. M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2012, 1606, note É. BAZIN ; *RTD com.* 2012, p. 832, obs. D. LEGEAS.

Com., 26 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-12203 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 147, note G. RAYMOND.

Civ. 1ère, 19 juin 2013 ; inédit, pourvoi n° 11-27698 ; *JCP G* 2013, 958, note G. PAISANT.

Cour de cassation, Chambre mixte

Ch. Mixte, 6 septembre 2002 ; *Bull. ch. mixte*, n° 4 ; *JCP G* 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE ; *JCP E* 2002, 1687, note G. VINEY ; *Deffrénois* 2002, 37644, spéc. p. 1608, chron. É. SAVAUX.

Juridictions du fond

CA Agen, 23 janvier 1975 ; *D.* 1975, p. 748, note J.-C. FOURGOUX.

CA Aix-en-provence, 23 février 1994 ; *Contrats concurrence consommation* 1995, comm. n° 17, note G. RAYMOND.

CA Douai, 2 octobre 1995 ; *D.* 1996, p. 99, note J.-C. FOURGOUX, et somm. p. 179, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC ; *Contrats concurrence consommation* 1995, comm. n° 84, obs. L. VOGEL.

CA Rennes, 24 novembre 2000 ; *BRDA* 8/2001, p. 9.

CAA Douai, 16 novembre 2004 ; *AJDA* 2005, p. 77, note J. MICHEL.

TC Paris, 14 janvier 2009 ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 98, note J.-H. ROBERT.

CA Montpellier, 13 mars 2012 ; *Juris-Data* n° 2012-029133 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 249, obs. G. RAYMOND.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 15 janvier 1992, décision n° 91-303 DC ; *Loi renforçant la protection des consommateurs*.

Conseil constitutionnel, 29 septembre 2010, décision n° 2010-41 QPC, *Société Cdiscount et autre* ; *D.* 2011, p. 54 et s., obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2010, 1149, note A. LEPAGE et H. MATSPOULOU ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 122, note J.-H. ROBERT ; *Communication commerce électronique* 2010, comm. n° 123, note A. DEBET.

Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandels-gesellschaft mbH* ; *D.* 2010, p. 258, obs. E. CHEVRIER, et p. 791, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 84, note G. RAYMOND ; *RDC* 2010, p. 1290, note C. AUBERT DE VINCELLES.

CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co.KG c/ « Österreich » - Zeitungsverlag GmbH* ; D. 2011, p. 975, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD eur. 2010, p. 695, chron. C. AUBERT DE VINCELLES ; RDC 2011, p. 497, obs. C. AUBERT DE VINCELLES.

CJUE, 5 avril 2011, aff. C-119/09, *Sté fiduciaire nationale d'expertise comptable c/Min. budget, Comptes publics et Fonction publique* ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 225, note G. RAYMOND.

CJUE, 18 octobre 2012, aff. C-428/11, *Purely Creative Ltd et a. c/ Office of Fair Trading* ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 3488, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 2013, alerte 21, obs. I. LUCAS.

CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, *Euronics Belgium CVBA c/ Kamera Express BV*.

CJUE, 17 janvier 2013, aff. C-206/11, *Georg Köck* ; D. 2013, pan. p. 947, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

Section 2. La pénalisation de la négation du consentement

§ 1. La pénalisation du forçage du consentement

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 19 septembre 1840 ; *Bull. crim.*, n° 280.

Crim., 9 mai 1867 ; D. 1868, I, p. 236.

Crim., 7 décembre 1900 ; *Bull. crim.*, n° 362 ; D. P. 1901, I, p. 512.

Crim., 25 janvier 1968 ; D. 1968, jur. p. 153.

Crim., 22 juin 1972 ; *Bull. crim.*, n° 216 ; *JCP G* 1973, II, 17326, note J. LARGUIER ; *RSC* 1972, p. 890, obs. P. BOUZAT ; *RSC* 1973, p. 393, obs. J. LARGUIER.

Crim., 5 mars 1975 ; *Bull. crim.*, n° 72.

Crim., 18 décembre 1975 ; *Bull. crim.*, n° 289.

Crim., 12 mars 1985 ; *Bull. crim.*, n° 110 ; *Gaz. Pal.* 1985, jur. p. 626 ; *RSC* 1986, p. 384, obs. P. BOUZAT.

Crim., 13 mars 1990 ; *Bull. crim.*, n° 116.

Crim., 9 janvier 1991 ; *Bull. crim.*, n° 17 ; *RSC* 1992, p. 323, obs. P. BOUZAT.

Crim., 8 février 1994 ; *Droit pénal* 1994, comm. n° 135, note M. VÉRON ; *RSC* 1994, p. 766, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 4 novembre 1997 ; *Bull. crim.*, n° 372.

Crim., 30 juin 1999 ; inédit, pourvoi n° 98-85440.

Crim., 12 janvier 2000 ; *Bull. crim.*, n° 15 ; D. 2001, jur. p. 813, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 69, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2000, p. 614, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 1^{er} février 2000 ; *Bull. crim.*, n° 52 ; D. 2000, jur. p. 198, note C. RONDEY ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 59, obs. J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2001, comm. n° 14, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2000, p. 741, obs. B. BOULOC.

Crim., 7 mars 2000 ; inédit, pourvoi n° 99-83819.

Crim., 11 décembre 2001 ; *Bull. crim.*, n° 256.

Crim., 26 octobre 2005 ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 25, obs. M. VÉRON.

Crim., 15 novembre 2005 ; inédit, pourvoi n° 04-86051 ; *JCP G* 2006, II, 10057, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Contrats concurrence consommation* 2006, comm. n° 52, obs. G. RAYMOND ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 29, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2006, p. 833, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 21 octobre 2008 ; *Bull. crim.*, n° 210 ; D. 2008, AJ p. 2942 ; D. 2009, p. 911, note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 12, note M. VÉRON ; *RPDP* 2008, p. 877, obs. V. MALABAT ; *RSC* 2009, p. 100, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 26 mai 2009 ; D. 2009, p. 1830, obs. A. DARSONVILLE ; *JCP G* 2009, 261, note PH. SALVAGE ; *Droit pénal* 2009, comm. n° 118, obs. M. VÉRON ; *AJ Pénal* 2009, p. 357, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 297, note G. RAYMOND ; *RSC* 2009, p. 594, obs. Y. MAYAUD ; *RPDP* 2009, p. 855, obs. J.-C. SAINT-PAU.

Crim., 8 février 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-81162 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2222, chron. E. DREYER ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 65, note M. VÉRON ; *RDC* 2012, p. 1330, obs. R. OLLARD.

Crim., 5 septembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-84483 ; *RDC* 2013, obs. R. OLLARD.

Cour de cassation, Chambres civiles

Com., 9 avril 1996 ; *Bull. civ.* IV, n° 117 ; *D.* 1997, p. 77, note E. TICHADOU ; *RTD civ.* 1997, p. 118, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1997, p. 129, obs. B. BOULOC.

Com., 6 février 2007 ; *Bull. cin.* IV, n° 21, *D.* 2007, p. 653, obs. E. CHEVRIER, et p. 1694, obs. A. BALLOT-LÉNA ; *RTD cin.* 2007, p. 343, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2008, p. 210, obs. PH. DELEBECQUE.

Civ. 1ère, 6 mars 2007 ; *Bull. civ.* I, n° 93 ; *D.* 2007, p. 951, obs. E. CHEVRIER ; *RTD com.* 2008, p. 210, obs. PH. DELEBECQUE.

Civ. 1ère, 15 novembre 2010 ; *Bull. cin.* I, n° 232 ; *LPA* 21 mars 2011, n° 56, p. 8 et s., note E. AY ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 954, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *D.* 2010, p. 2765, obs. X. DELPECH ; *D.* 2011, chron. p. 622, note N. AUROY et C. CRETON ; *JCP G* 2010, act. 1150 ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 9, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Civ. 1ère, 6 octobre 2011 ; *Bull. civ.* I, n° 160 ; *D.* 2011, p. 2464, obs. X. DELPECH, et p. 2968, obs. Y. PICOD ; *D.* 2012, p. 842, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 31, note G. RAYMOND ; *RDC* 2012, p. 941, obs. R. OLLARD.

Civ. 1ère, 12 juillet 2012 ; *Bull. cin.* I, n° 170 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2799, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *LPA* 15 août 2012, n° 163, obs. V. LEGRAND ; *D.* 2012, p. 1951, obs. X. DELPECH, et p. 2354, obs. C. LE STANC ; *JCP E* 2012, 1531, note É. BAZIN.

Juridictions du fond

CA Paris, 18 mai 1896 ; *D. P.* 1897, II, p. 324.

CA Paris, 24 mars 1953 ; *Gaz. Pal.* 1953, t. 2, jur. p. 14.

CA Versailles, 9 mars 2005 ; *Juris-Data* n° 2005-272775.

CA Aix-en-Provence, 7 septembre 2005 ; *Juris-Data* n° 2005-284749.

CA Paris, 14 mai 2009, *France Télécom c/ SAS Free et autres* ; *D.* 2009, AJ p. 1475, obs. E. PETIT ; *JCP E* 2009, 299, note D. ROSKIS ; *Gaz. Pal.* 2009, jur. p. 3193, note J. PRIEUR ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 201, note D. BOSCO ; *Communication commerce électronique* 2009, comm. n° 68, note PH. STOFFEL-MUNCK.

T. Com. Lille, 6 janvier 2010, *Min. éco. C/ Castorama* ; *D.* 2010, p. 1000, obs. J. SÉNÉCHAL ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 234, obs. N. MATHEY.

CA Nîmes, 25 février 2010, *Min. écon. c/ SAS Carrefour France* ; *D.* 2010, p. 956, note E. CHEVRIER.

T. Com. Lille, 7 septembre 2011, *Min. éco. C/ Auchan* ; *JCP E* 2011, 1701, note G. CHANTEPIE ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 234, note N. MATHEY.

CA Paris, 11 avril 2012 ; *Juris-Data* n° 2012-012075.

CA Toulouse, 11 octobre 2012 ; *Juris-Data* n° 2012-024820.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*.

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 17 janvier 2012, requête n° 51255/08, *Galec c/ France* ; *JCP G* 2012, 462 ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 94, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Cours de justice européenne

CJCE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV* ; *D.* 2009, AJ p. 1273, obs. E. PETIT, et chron. p. 2561, obs. M. CHAGNY, et p. 2825, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 183, note G. RAYMOND ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2009, n° 2418, note J.-C. GRALL et E. CAMILLERI ; *RDC* 2009, p. 1458, note C. AUBERT DE VINCELLES ; *RTD com.* 2009, p. 607, obs. B. BOULOC.

CJUE, 11 mars 2010, aff. C-522/08, *Telekomunikacja Polska SA w warszawie c/ Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej* ; *Communication commerce électronique* 2010, comm. n° 63, note M. CHAGNY.

§ 2. La pénalisation du refus du consentement

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 16 juin 1981 ; *D.* 1982, jur. p. 190, note M. SFEZ.

Crim., 14 octobre 1986 ; *Bull. crim.*, n° 287 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. p. 193.

Crim., 14 novembre 1989 ; *Bull. crim.*, n° 416 ; *Droit pénal* 1990, comm. n° 129, note M. VÉRON.

Crim., 21 octobre 1998 ; *Bull. crim.*, n° 273 ; *JCP G* 1999, II, 10163, note F. FREUND ; *Contrats concurrence consommation* 1999, comm. n° 33, obs. G. RAYMOND.

Crim., 24 mai 2005 ; *Bull. crim.*, n° 151 ; *Droit pénal* 2005, comm. n° 120, note M. VÉRON.

Crim., 20 juin 2006 ; inédit, pourvoi n° 05-82559.

Crim., 19 septembre 2006 ; inédit, pourvoi n° 05-83540.

Crim., 11 avril 2012 ; *Bull. crim.*, n° 95 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2085, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE et L. MOUREY, et jur. p. 2222, chron. S. DETRAZ ; *JCP G* 2012, 862, note S. BRISSY ; *AJ Pénal* 2012, p. 418, obs. L. PRIOU ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 106, obs. J.-H. ROBERT ; *RPDP* 2012, p. 695, obs. F. CHOPIN.

Cour de cassation, Chambres civiles

Com. 7 janvier 2004 ; *Bull. civ.* IV, n° 4 ; *Contrats concurrence consommation* 2004, comm. n° 108, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

Juridictions du fond

CA Colmar, 25 février 1972 ; *D.* 1972, somm. p. 83.

CA Paris, 12 novembre 1974 ; *D.* 1975, jur. p. 472, note J. FOULON-PIGANIOL.

Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, 16 septembre 2008, aff. C-468/06 à C-478/06, *Sot. Lelos kai Sia c/ GlaxoSmithKline* ; *RDC* 2009, p. 124, note C. PRIETO.

Chapitre II. Les facilités procédurales

Section 1. Les facilités tenant aux modalités de poursuite

§ 1. La prescription retardée de l'action publique

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 16 mars 1970 ; *Bull. crim.*, n° 106.

Crim., 9 mai 1972 ; *Bull. crim.*, n° 161.

Crim., 18 juillet 1974 ; *Bull. crim.*, n° 258.

Crim., 17 décembre 1974 ; *Bull. crim.*, n° 371.

Crim., 7 décembre 1976 ; *Bull. crim.*, n° 350.

Crim., 29 octobre 1978 ; *Bull. crim.*, n° 283.

Crim., 29 octobre 1984 ; *Bull. crim.*, n° 323.

Crim., 3 janvier 1985 ; *Bull. crim.*, n° 5.

Crim., 13 mai 1991 ; *Droit pénal* 1991, comm. n° 258, obs. M. VÉRON.

Crim., 27 mai 2004 ; *Bull. crim.*, n° 141 ; *D.* 2004, somm. p. 2750, obs. S. MIRABAIL ; *D.* 2005, pan. p. 685, obs. J. PRADEL ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 130, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2004, p. 881, obs. Y. MAYAUD, et p. 886, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 5 octobre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 233 ; *AJ Pénal* 2005, p. 71, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Droit pénal* 2005, comm. n° 1, obs. M. VÉRON.

Crim., 7 juillet 2005 ; *Bull. crim.*, n° 206 ; *JCP G* 2005, II, 10143, note J. LEBLOIS-HAPPE ; *D.* 2005, p. 2998, note A. DONNIER ; *Droit pénal* 2005, comm. n° 132, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2006, p. 84, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 27 janvier 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-81816 ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 60, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2010, p. 626, obs. H. MATSPOULOU.

Crim., 21 septembre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-87031.

Crim., 16 mai 2012 ; *Bull. crim.*, n° 123.

Cour de cassation, Assemblée plénière

Ass. Plén., 20 mai 2011 ; *Bull. crim.*, n° 6 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 1526, note G. DRAGO ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 95, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2011, p. 611, obs. H. MATSPOULOU, et p. 656, obs. J. DANET ; *RSC* 2012, p. 221, obs. B. DE LAMY.

§ 2. La réponse pénale négociée

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 20 février 1986 ; *Bull. crim.*, n° 70.

Crim., 22 mai 2002 ; inédit, pourvoi n° 01-85763 ; *RSC* 2003, p. 108, obs. J.-F. RENUCCI et C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 24 juin 2008 ; *Bull. crim.*, n° 162.

Crim., 21 juin 2011 ; *Bull. crim.*, n° 141 ; *JCP G* 2011, II, 1453, note F. LUDWIEZAK.

Crim., 6 décembre 2011 ; *BICC* 2012, n° 474.

Crim., 17 janvier 2012 ; *BICC* 2012, n° 548.

Section 2. Les facilités tenant aux organes de poursuite

§ 1. Des organes judiciaires spécialisés

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 28 mars 2007 ; *Bull. crim.*, n° 96 ; *D.* 2007, AJ p. 1598 ; *AJ Pénal* 2007, p. 330, obs. G. ROYER.

§ 2. Des organes judiciaires relayés

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 31 janvier 1983 ; *Bull. crim.*, n° 38.

Crim., 20 mai 1985 ; *Bull. crim.*, n° 190.

Crim., 11 février 1992 ; *Bull. crim.*, n° 66.

Crim., 6 avril 1993 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. RASSAT.

Crim., 15 juin 1993 ; *Bull. crim.*, n° 210 ; *D.* 1994, jur. p. 613, note C. MASCALA.

Crim., 30 janvier 1995 ; *D.* 1995, IR p. 77.

Crim., 10 octobre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 358.

Crim., 24 juin 1997 ; *Bull. crim.*, n° 251 ; *Gaz. Pal.* 1998, jur. p. 650, note S. PETIT.

Crim., 27 octobre 1997 ; *Bull. crim.*, n° 352.

Crim., 12 septembre 2000 ; inédit, pourvoi n° 99-87251.

Crim., 11 juin 2002 ; *Bull. crim.*, n° 131 ; *RSC* 2002, p. 879, obs. J.-F. RENUCCI ; *RTD civ.* 2002, p. 498, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Droit et patrimoine* 2003, n° 111, p. 105, obs. PH. BONFILS ; *JCP G* 2002, IV, 2370 ; *RPDP* 2003, p. 565, obs. M. DANTI-JUAN.

Crim., 9 novembre 2004 ; *Bull. crim.*, n° 273 ; *Droit ouvrier* 2005, p. 350, obs. E. FORTIS.

Crim., 1^{er} avril 2008 ; *D.* 2008, AJ p. 1405, note A. DARSONVILLE ; *AJ Pénal* 2008, p. 326, note M.-E. CHARBONNIER.

Crim., 24 février 2009 ; *Bull. crim.*, n° 46 ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 151, note G. RAYMOND ; *Revue Lamy de la Concurrence* 2011, n° 1744, obs. B. BOULOC ; *AJ Pénal* 2009, p. 226, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Crim., 15 juin 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-84222 ; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 285, note G. RAYMOND.

Crim., 11 avril 2012 ; *Bull. crim.*, n° 95 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 2085, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE et L. MOUREY, et jur. p. 2222, chron. S. DETRAZ ; *JCP G* 2012, 862, note S. BRISSY ; *AJ Pénal* 2012, p. 418, obs. L. PRIOU ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 106, obs. J.-H. ROBERT ; *RPDP* 2012, p. 695, obs. F. CHOPIN.

Crim., 27 novembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-84395 ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 37, note M. VÉRON.

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ. 1^{ère}, 5 octobre 1999 ; *D.* 2000, jur. p. 110, note G. PAISANT.

Civ. 1^{ère}, 9 mars 2004 ; *Contrats concurrence consommation* 2004, comm. n° 101, note G. RAYMOND.

Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008 ; *JCP G* 2009, I, 123, note PH. STOFFEL-MUNCK ; *Contrats concurrence consommation* 2009, comm. n° 29, note G. RAYMOND.

Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010 ; *Bull. civ.* I, n° 76 ; *JCP G* 2010, p. 700, note C. CORGAS-BERNARD ; *JCP E* 2010, 1722, note K. RODRIGUEZ ; *D.* 2010, p. 886, obs. X. DELPECH, et p. 1842, obs. N. DUPONT ; *Contrats concurrence consommation* 2010, comm. n° 169, note G. RAYMOND ; *RDC* 2010, p. 879, note D. FENOUILLET.

Soc., 2 juin 2010 ; *Bull. civ.* V, n° 124 ; *JCP S* 2010, 1241, obs. G. LOISEAU.

Soc., 16 novembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-42956 ; *JCP S* 2011, 1070, note PH. ROZEC et V. MANIGOT ; *Procédures* 2011, comm. n° 19, obs. A. BUGADA.

Soc., 2 février 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-20415 ; *Procédures* 2011, comm. n° 138, obs. A. BUGADA.

Juridictions du fond

CA Toulouse, 4 avril 2002 ; *Juris-Data* n° 2002-175143.

CA Douai, 25 mars 2004 ; *Juris-Data* n° 2004-242547.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 19 juillet 2010, décision n° 2010-611 DC, *Loi organique relative à l'article 65 de la Constitution*.

Conseil constitutionnel, 29 mars 2011, décision n° 2011-626 DC, *Loi organique relative au Défenseur des droits*.

Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autre* ; *D.* 2012, p. 2382 ; *JCP E* 2012, 632 ; *AJDA* 2012, p. 1928, obs. D. POUPEAU.

TITRE II. LES IMPLICATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP

CONTRACTUEL

Chapitre I. Les implications sur la responsabilité pénale

Section 1. La dénaturation de l'élément légal

Section 2. La dénaturation de l'élément matériel

§ 1. L'imprécision des textes

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 20 mars 1997 ; *Droit pénal* 1997, comm. n° 108, obs. M. VÉRON.

Crim., 6 septembre 2011 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 139, note J.-H. ROBERT.

Crim., 9 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-85515.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, décision n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* ; *D.* 1982, jur. p. 441, note A. DEKEUWER ; *JCP* 1981, II, 19701, note C. FRANCK ; *AJDA* 1981, p. 275, note J. RIVERO, et p. 278, note CH. GOURNAY ; *RDP* 1981, p. 661, note L. PHILIP ; *Revue administrative* 1981, p. 266, note M. DE VILLIERS.

Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certaines codes*.

Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, décision n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, décision n° 2011-625 DC, *Loi pour la performance de la sécurité intérieure*.

Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, décision n° 2011-163 QPC, *M. Claude N.* ; *JCP G* 2011, 1160, note A. LEPAGE ; *D.* 2011, p. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, TH. GARÉ, S. MIRABAIL et

T. POTSKIN ; *AJ Pénal* 2011, p. 588, obs. C. PORTERON ; *RSC* 2011, p. 830, obs. Y. MAYAUD ; *RTD civ.* 2011, p. 752, obs. J. HAUSER.

Conseil constitutionnel, 4 mai 2012, décision n° 2012-240 QPC, *M. Gérard D.* ; *JCP G* 2012, 662, note A. LEPAGE ; *D.* 2012, p. 1372, note S. DETRAZ ; *Droit pénal* 2012, comm. n° 83, obs. M. VÉRON ; *RPDP* 2012, p. 389, note V. MALABAT ; *RSC* 2012, p. 371, obs. Y. MAYAUD.

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 26 avril 1979, requête n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni.*

Cour EDH, 25 mai 1993, requête n° 14307/88, *Kokkínakis c/ Grèce.*

§ 2. La complexité des textes : l'utilisation excessive de la technique du renvoi

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 15 juin 2011 ; *Bull. crim.*, n° 132 ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 108, obs. J.-H. ROBERT.

Section 3. La dénaturation de l'élément moral

§ 1. L'élément moral supprimé

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 16 juin 1999, décision n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs* ; *D.* 1999, jur. p. 589, note Y. MAYAUD ; *D.* 2000, somm. p. 197, obs. S. SCORTINO-BAYART ; *AJDA* 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; *RDP* 1999, p. 1287, obs. F. LUCHAIRE.

§ 2. L'élément moral présumé

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 12 avril 1976 ; *D.* 1977, jur. p. 239, note J.-C. FOURGOUX.

Crim., 4 janvier 1977 ; *Bull. crim.*, n° 4 ; *D.* 1977, jur. p. 366, note J.-C. FOURGOUX.

Crim., 29 avril 1980 ; *Bull. crim.*, n° 111.

Crim., 13 juin 1984 ; *Bull. crim.*, n° 214 ; *JCP G* 1985, I, 13711.

Crim., 5 novembre 1985 ; *D.* 1986, somm. p. 402, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim., 10 décembre 1996 ; *Bull. crim.*, n° 457 ; *JCP G* 1997, IV, 777.

Crim., 10 avril 1997 ; *Bull. crim.*, n° 138 ; *JCP E* 1997, II, 1008, note J.-H. ROBERT ; *Droit pénal* 1997, comm. n° 113, note J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 161, note G. RAYMOND ; *RTD com.* 1998, p. 217, obs. B. BOULOC.

Crim., 9 mars 1999 ; *RSC* 2000, p. 213, obs. D. REBUT.

Crim., 17 septembre 2002 ; *Bull. crim.*, n° 166 ; *Droit pénal* 2002, comm. n° 125, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2003, p. 106, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 11 juin 2003 ; *Bull. crim.*, n° 120 ; *RSC* 2004, p. 107, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT.

Crim., 6 avril 2004 ; *Bull. crim.*, n° 86 ; *Contrats concurrence consommation* 2004, comm. n° 118, note G. RAYMOND ; *Droit pénal* 2004, comm. n° 114, note J.-H. ROBERT.

Crim., 13 juin 2006 ; *Bull. crim.*, n° 176 ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 143, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 13 janvier 2009 ; inédit, pourvoi n° 08-84908.

Crim., 20 septembre 2011 ; *Bull. crim.*, n° 181 ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 3887, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *AJ Pénal* 2012, p. 38, obs. J. GALLOIS ; *Droit pénal* 2011, comm. n° 156, note J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 32, obs. G. RAYMOND ; *RSC* 2012, p. 154, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RDC* 2012, p. 946, obs. V. MALABAT ; *RTD com.* 2012, p. 206, obs. B. BOULOC.

Crim., 20 mars 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-87203 ; *D.* 2012, p. 1668, obs. B. BOULOC ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2013, chron. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, n° 4514, spéc. n° 37 et s. ; *RTD com.* 2012, p. 630, obs. B. BOULOC.

Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, 11 mai 1989, aff. 25/88, *Wurmser et a.* ; *D.* 1990, somm. p. 94, obs. L. CARTOU ; *RSC* 1990, p. 158, obs. J.-C. BONICHOT.

Chapitre II. Les implications sur la responsabilité civile

Section 1. Les implications procédurales de la pénalisation sur la validité du contrat

§ 1. La simple faculté du juge saisi à fins civiles de surseoir à statuer

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 21 mars 1930 ; *Gaz. Pal.* 1930, jur. p. 902.

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ. 9 mai 1898 ; *D.* 1898, I, p. 505.

Civ. 2ème, 2 février 1960 ; *D.* 1961, jur. p. 233, note P. BOUZAT.

Civ. 2ème, 10 juin 1966 ; *Bull. civ.* II, n° 672.

Civ. 2ème, 16 février 1967 ; *Gaz. Pal.* 1967, jur. p. 314.

Civ. 2ème, 30 avril 1970 ; *D.* 1970, somm. p. 189.

Com., 30 mars 1978 ; *Bull. civ.* IV, n° 95.

Civ. 1ère, 28 avril 1982 ; *Bull. civ.* I, n° 152.

Com., 14 mai 1985 ; *Bull. civ.* IV, n° 152.

Civ. 2ème, 24 juin 1987 ; *Bull. civ.* II, n° 140.

Civ. 2ème, 24 juin 1998 ; *Bull. civ.* II, n° 220.

Soc., 4 octobre 1989 ; *Bull. civ.* V, n° 565.

Soc., 1^{er} octobre 2002 ; inédit, pourvoi n° 00-45070.

Civ. 1ère, 14 juin 2007 ; inédit, pourvoi n° 05-16561.

Soc., 9 avril 2008 ; inédit, pourvoi n° 07-40880.

Soc., 21 mai 2008 ; *Bull. civ.* V, n° 107 ; *JCP G* 2008, II, 10135, note S. DETRAZ ; *JCP S* 2008, 1371, note I. BEYNEIX.

Com., 24 juin 2008 ; *Procédures* 2008, comm. n° 230, note R. PERROT.

Soc., 17 septembre 2008 ; *Bull. civ.* V, n° 164 ; *AJ Pénal* 2008, p. 510, note C. PORTERON.

Cour de cassation, Chambre des requêtes

Req., 5 juin 1882 ; *D. P.* 1883, I, p. 291.

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 21 février 1975, requête n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*.

§ 2. L'influence de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil quant à la validité du contrat

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 10 août 1878 ; *S.* 1879, I, p. 481, note E. VILLEY.

Crim., 18 décembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 12-81268 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 123, note G. RAYMOND.

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ., 7 mars 1855 ; *Bull. civ.*, n° 31 ; *D. P.* 1855, I, p. 81 ; *S.* 1855, I, p. 439.

Com., 25 mai 1966 ; *Bull. civ.* IV, n° 276.

Civ. 1ère, 20 décembre 1988 ; *Bull. civ.* I, n° 371.

Com., 5 novembre 1991 ; *Bull. civ.* IV, n° 330.

Civ. 2ème, 10 juillet 1996 ; inédit, pourvoi n° 94-16392.

Civ. 3ème, 26 octobre 2005 ; inédit, pourvoi n° 04-14976 ; *Contrats concurrence consommation* 2006, comm. n° 21, note L. LEVENEUR.

Soc., 27 septembre 2006 ; *Bull. civ.* V, n° 292 ; *JCP S* 2006, 1945, note J.-F. CESARO.

Civ. 3ème, 10 mai 2007 ; *Bull. civ.* III, n° 74 ; *RDC* 2007, p. 1229, note Y.-M. SERINET.

Soc., 13 janvier 2009 ; *Bull. civ.* V, n° 1 ; *D.* 2009, AJ p. 291, note S. LAVRIC.

Civ. 1ère, 24 octobre 2012 ; *Bull. crim.*, n° 209 ; *D.* 2013, p. 68, note N. RIAS ; *JCP G* 2012, 1193, note F. MEURIS ; *Droit de la famille* 2013, comm. n° 20, note PH. BONFILS.

Civ. 1ère, 30 janvier 2013 ; inédit, pourvoi n° 11-23318.

Section 2. Les implications substantielles de la pénalisation sur la validité du contrat

§ 1. L'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de la nullité

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 15 décembre 2009 ; *Bull. crim.*, n° 212 ; *D.* 2010, p. 203, note X. DELPECH ; *AJ Pénal* 2010, p. 73, note N. ERÉSÉO et J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 41, note J.-H. ROBERT ; *RSC* 2010, p. 146, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD. com.* 2009, p. 444, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2010, p. 149, note J.-H. ROBERT.

Cour de cassation, Chambres civiles

- Civ. 1ère, 10 juin 1986 ; *Bull. civ. I*, n° 159 ; *RTD civ.* 1987, p. 535, obs. J. MESTRE.
- Civ. 1ère, 23 juin 1987 ; *Bull. civ. I*, n° 208 ; *Gaz. Pal.* 1987, jur. p. 772, note M. ROUBACH ; *RTD civ.* 1988, p. 281 ; *RTD civ.* 1989, p. 66, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1988, p. 281, obs. J. HÉMARD.
- Civ. 1ère, 12 juillet 1989 ; *Bull. civ. I*, n° 273 ; *JCP G* 1990, II, 21546, note Y. DAGORNE-LABBÉE ; *Gaz. Pal.* 1991, jur. p. 374, note F. CHABAS ; *Deffrénois* 1990, 34750, spéc. p. 358, chron. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1990, p. 469, obs. J. MESTRE.
- Civ. 1ère, 5 mars 1991 ; *D.* 1993, jur. p. 508, 1ère espèce, note L. COLLET.
- Civ. 1ère, 20 juillet 1994 ; *Bull. civ. I*, n° 261 ; *D.* 1995, somm. p. 276, obs. F. MAGNIN, et somm. p. 312, obs. J.-P. PIZZIO ; *RTD civ.* 1995, p. 101, obs. J. MESTRE.
- Com., 10 février 1998 ; *Bull. civ. IV* n° 71 ; *D.* 1998, somm. p. 334, obs. D. FERRIER ; *JCP E* 1998, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1998, 36815, spéc. p. 733, chron. PH. DELEBECQUE.
- Civ. 1ère, 7 octobre 1998 ; *Bull. civ. I*, n° 285 ; *D.* 1998, jur. p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE ; *D.* 1999, somm. p. 110, obs. PH. DELEBECQUE ; *JCP G* 1998, II, 10202, note M.-H. MALEVILLE ; *JCP G* 1999, I, 114, n° 1 et s., obs. CH. JAMIN ; *Contrats concurrence consommation* 1999, comm. n° 1, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1998, 36895, spéc. p. 1408, chron. D. MAZEAUD.
- Civ. 1ère, 7 octobre 1998 ; *Bull. civ. I*, n° 290 ; *JCP G* 1999, II, 10039, note S. GERVAIS ; *RTD civ.* 1999, p. 383, obs. J. MESTRE.
- Civ. 1ère, 13 octobre 1998 ; *D.* 1999, somm. p. 115, obs. PH. DELEBECQUE, et jur. p. 197, note CH. JAMIN ; *Deffrénois* 1999, 36953, spéc. p. 374, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 374, obs. J. MESTRE.
- Civ. 1ère, 15 décembre 1998 ; *D.* 2000, somm. p. 45 ; *RTD civ.* 1999, p. 385, obs. J. MESTRE.
- Com., 16 mai 2000 ; inédit, pourvoi n° 97-16386 ; *JCP E* 2001, p. 269, obs. P. NEAU-LEDUC.
- Com., 24 septembre 2003 ; *D.* 2003, p. 2683, note CH. CARON ; *RTD civ.* 2003, p. 703, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2004, p. 117, note TH. REVET.
- Civ. 1ère, 7 décembre 2004 ; *Bull. civ. I*, n° 303 ; *JCP G* 2005, II, 10160, note N. RZEPECKI ; *JCP E* 2005, 1145, obs. A. CONSTANTIN ; *RDC* 2005, p. 323, obs. D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2005, p. 389, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Com., 16 mai 2006 ; *Bull. civ. IV*, n° 124 ; *JCP G* 2006, IV, 2289 ; *RTD civ.* 2006, p. 552, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Com. 20 mars 2007 ; inédit, pourvoi n° 06-11290 ; *JCP G* 2007, II, 10133, note L. ATTUEL-MENDÈS ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 167, note L. LEVENEUR.
- Civ. 1ère, 22 janvier 2009 ; inédit, pourvoi n° 03-11775 ; *Revue de Droit Bancaire et financier* 2009, comm. n° 20, note X. LAGARDE.
- Civ. 1ère, 17 décembre 2009 ; *Bull. civ. I*, n° 255 ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2010, n° 2708, obs. D. CHEMIN-BOMBEN.

Juridictions du fond

- CA Paris, 17 mai 1995 ; *D.* 1997, somm. p. 55, obs. D. FERRIER.

§ 2. L'influence de la pénalisation sur le régime de la nullité

Cour de cassation, Chambres civiles

- Civ. 1ère, 25 janvier 1972 ; *Bull. civ. I*, n° 25 ; *D.* 1972, jur. p. 413, note PH. LE TOURNEAU.
- Civ. 3ème, 25 juin 1985 ; *D.* 1986, jur. p. 212, note E. AGOSTINI.
- Civ. 1ère, 14 mai 1996 ; *Bull. civ. I*, n° 213 ; *D.* 1997, somm. p. 345, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1998, jur. p. 305, note F. JAULT-SESEKE.
- Civ. 3ème, 31 janvier 2001 ; *JCP G* 2001, I, 354, obs. Y.-M. SERINET.

Civ. 1ère, 6 novembre 2002 ; *Bull. civ.* I, n° 260 ; *D.* 2002, IR p. 3190 ; *Contrats concurrence consommation* 2003, comm. n° 38, obs. L. LEVENEUR.

Civ. 3ème, 25 mars 2003 ; *JCP G* 2003, I, 170, obs. Y.-M. SERINET.

Civ. 1ère, 22 juin 2004 ; *Bull. civ.* I, n° 182 ; *JCP G* 2005, I, 132, obs. G. VINEY, et II, 10066, note A.-F. EYRAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 503, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Civ. 1ère, 2 octobre 2007 ; *Contrats concurrence consommation* 2008, comm. n° 29, note G. RAYMOND.

Soc., 10 novembre 2009 ; *Bull. civ.* V, n° 251 ; *JCP G* 2010, 94, obs. J. MOULY ; *RDC* 2010, p. 557, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2010, p. 104, obs. B. FAGES.

PARTIE II. LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

TITRE I. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION

Chapitre I. La répartition du contrôle de légitimité de la pénalisation

Section 1. La répartition organique du contrôle

§ 1. Le rôle inexistant du législateur dans le contrôle de légitimité pénale

§ 2. Le rôle limité des contrôles supra-législatifs de légitimité pénale

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 28 septembre 2010 ; *Communication commerce électronique* 2010, comm. n° 128, obs. A. LEPAGE.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, décision n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.*

Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation.*

Conseil constitutionnel, 3 septembre 1986, décision n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance.*

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, décision n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988.*

Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; *RFDA* 1989, p. 671, note B. GENEVOIS.

Conseil constitutionnel, 20 juillet 1993, décision n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité.*

Conseil constitutionnel, 29 juillet 1994, décision n° 94-345 DC, *Loi relative à l'emploi de la langue française.*

Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, décision n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire* ; *D.* 1997, jur. p. 69, note B. MERCUZOT ; *JCP G* 1996, II, 22709, note NGUYEN VAN TUONG.

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997, décision n° 97-395 DC, *Loi de finances pour 1998.*

Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, décision n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale.*

Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure.*

Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés.*

Conseil constitutionnel, 22 octobre 2009, décision n° 2009-590 DC, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.*

Conseil constitutionnel, 25 février 2010, décision n° 2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.*

Conseil constitutionnel, 16 septembre 2010, décision n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.* ; *D.* 2012, p. 308, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ Pénal* 2010, p. 545, étude J. DANET.

Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, décision n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure* ; *D.* 2011, p. 1162, chron. PH. BONFILS ; *D.* 2012, p. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *RSC* 2011, p. 728, chron. C. LAZERGES ; *RSC* 2012, p. 227, obs. B. DE LAMY.

Conseil constitutionnel, 1^{er} avril 2011, décision n° 2011-112 QPC, *Mme Marielle D.*

Conseil constitutionnel, 3 février 2012, n° 2011-217 QPC, *M. Mohamed Alki B.*

Conseil constitutionnel, 12 avril 2013, décision n° 2013-302 QPC, *M. Laurent A. et a.*

Section 2. La répartition sectorielle du contrôle

Chapitre II. Les critères du contrôle de légitimité de la pénalisation

Section 1. Le contrôle de légitimité de l'incrimination

§ 1. Le contrôle de l'utilité de l'incrimination

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 28 octobre 1974 ; *Gaz. Pal.* 1975, somm. p. 95.

Crim., 15 février 1982 ; *Bull. crim.*, n° 50.

Crim., 12 janvier 2000 ; *Bull. crim.*, n° 15 ; *D.* 2001, jur. p. 813, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 69, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2000, p. 614, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 1^{er} février 2000 ; *Bull. crim.*, n° 52 ; *D.* 2000, jur. p. 198, note C. RONDEY ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 59, obs. J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2001, comm. n° 14, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2000, p. 741, obs. B. BOULOC.

Crim., 23 janvier 2001 ; *Bull. crim.*, n° 19 ; *Droit pénal* 2001, comm. n° 89, obs. J.-H. ROBERT ; *RTD com.* 2001, p. 791, obs. B. BOULOC.

Crim., 6 avril 2004 ; inédit, pourvoi n° 03-84157.

Crim., 31 mai 2005 ; inédit, pourvoi n° 04-87605 ; *Droit pénal* 2005, comm. n° 149, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 15 novembre 2005 ; inédit, pourvoi n° 04-86051 ; *JCP G* 2006, II, 10057, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Contrats concurrence consommation* 2006, comm. n° 52, obs. G. RAYMOND ; *Droit pénal* 2006, comm. n° 29, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2006, p. 833, obs. R. OTTENHOF.

Crim., 7 novembre 2006, *Bull. crim.*, n° 274 ; *D.* 2007, AJ p. 151, obs. C. RONDEY ; *AJ Pénal* 2007, p. 87, obs. G. ROUSSEL.

Crim., 20 janvier 2009 ; *Bull. crim.*, n° 19 ; *D.* 2009, p. 997, note S. DETRAZ ; *RSC* 2009, p. 589, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 23 juin 2009 ; *Bull. crim.*, n° 126 ; *AJ Pénal* 2009, p. 408, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Juridictions du fond

TC Grasse, 22 mars 1991 ; *RSC* 1991, p. 766, obs. P. BOUZAT.

TC Paris, 1^{er} juin 1993 ; *RSC* 1994, p. 341, obs. P. BOUZAT.

CA Rennes, 24 novembre 2000 ; *BRDA* 2001, n° 8, info. 14, p. 9.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, décision n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*.

Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, décision n° 2013-328 QPC, *Association Emmaüs Forbach*, considérants n° 2 à 6 ; *Gaz. Pal.* 4-5 septembre 2013, p. 12, note S. DETRAZ ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 149, note V. PELTIER ; *AJ Pénal* 2013, jur. p. 471, obs. PH. BELLOIR.

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 22 janvier 2013, requête n° 42931/10, *Camilleri c/ Malte*.

§ 2. Le contrôle de l'incrimination d'une faute pénale

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 15 décembre 2009 ; *Bull. crim.*, n° 212 ; *D.* 2010, p. 203, note X. DELPECH ; *AJ Pénal* 2010, p. 73, note N. ERÉSÉO et J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 41, note J.-H. ROBERT ; *RSC* 2010, p. 146, obs. C. AMBROISE-CASTÉROT ; *RTD. com.* 2009, p. 444, obs. B. BOULOC ; *RPDP* 2010, p. 149, note J.-H. ROBERT.

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ. 1ère, 12 février 1991 ; *RTD. civ.* 1991, p. 525, obs. J. MESTRE.

Juridictions du fond

CA Paris, 15 septembre 1999 ; *Juris-Data* n° 2000-024737 ; *D.* 1999, AJ p. 64 ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 71, obs. G. RAYMOND.

Section 2. Le contrôle de légitimité de la peine : le critère de l'efficacité

§ préliminaire. Une fonction discutée : la rétribution

§ 1. Une fonction essentielle : la prévention

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ. 1ère, 24 juin 1981 (3 arrêts) ; *Bull. civ.* I, n° 233, 234 et 235 ; *JCP G* 1982, II, 19713 ; *D.* 1982, p. 397, note M. BOIZARD.

Soc., 19 mars 1986 ; *D.* 1987, jur. p. 359, note G. LÉGIER ; *RTD. civ.* 1988, p. 330, note J. MESTRE.

Soc., 14 mai 1987 ; *Droit social* 1988, p. 444, obs. J. SAVATIER.

Com., 21 novembre 1989 ; *Bull. civ.* IV, n° 295.

Soc., 1^{er} avril 1992 ; *Bull. civ.* V, n° 220 ; *D.* 1993, somm. p. 256, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.

Com., 25 mai 1993 ; *Bull. civ.* IV, n° 211.

Civ. 1ère, 24 novembre 1993 ; *Bull. civ.* I, n° 346 ; *D.* 1994, somm. p. 144.

Civ. 1ère, 20 juillet 1994 ; *Bull. civ.* I, n° 262 ; *D.* 1995, somm. p. 314, obs. J.-P. PIZZIO ; *Defrénois* 1995, 36024, spéc. p. 350, chron. D. MAZEAUD ; *RTD. civ.* 1995, p. 881, obs. J. MESTRE.

Civ. 1ère, 18 mars 1997 ; *Bull. civ. I*, n° 97 ; *Defrénois* 1997, 36648, spéc. p. 1131, note S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 87, note G. RAYMOND.

Civ. 1ère, 8 juillet 1997 ; *Droit des affaires* 1997, p. 928 ; *D.* 1998, somm. p. 109, obs. D. MAZEAUD.

Civ. 1ère, 10 mai 2000 ; *D.* 2000, AJ p. 316, obs. C. RONDEY ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 166, note G. RAYMOND.

Civ. 1ère, 7 décembre 2004 ; *Bull. civ. I*, n° 303 ; *JCP G* 2005, II, 10160, note N. RZEPECKI ; *JCP E* 2005, 1145, obs. A. CONSTANTIN ; *RDC* 2005, p. 323, obs. D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2005, p. 389, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Civ. 1ère, 16 janvier 2013 ; inédit, pourvoi n° 05-12081 ; *D.* 2013, p. 890, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 94, note G. RAYMOND.

Civ. 1ère, 19 février 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-15764 ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 145, note G. RAYMOND.

Soc., 20 février 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 11-12262 ; *JCP S* 2013, 1193, note F. BOUSEZ ; *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 5107, chron. C. BLÉRY.

Civ. 1ère, 10 avril 2013 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 5115, note E. POULIQUEN ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 196, note G. RAYMOND ; *RDC* 2013, p. 963, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

Civ. 1ère, 24 avril 2013 ; *Bull. civ. I*, n° 88 ; *Gaz. Pal.* 5 juillet 2013, p. 12, chron. M. ROUSSILLE, et 10 juillet 2013, p. 18, chron. S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 2013, 739, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Civ. 1ère, 29 mai 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 11-24278 ; *Gaz. Pal.* 10 juillet 2013, p. 16, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 198, note G. RAYMOND.

Conseil d'État

CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo* ; *D.* 1983, jur. p. 327, note O. DUGRIP ; *AJDA* 1982, p. 657, concl. J. BIANCARELLI, note B. LUKASZEWICZ ; *Revue administrative* 1982, p. 627, note B. PACTEAU.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; *RDP* 1989, p. 399, note L. FAVOREU.

Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; *RFDA* 1989, p. 671, note B. GENEVOIS.

TITRE II. LA DÉPÉNALISATION DU DROIT PÉNAL ILLÉGITIME

Chapitre I. Un substitut discuté : la voie administrative

Section 1. Le recours envisageable à la voie administrative

§ 1. Les principes substantiels pénaux appliqués à la voie administrative

Conseil d'État

CE, 27 juin 1934, *Sieur Doreau* ; *Recueil CE*, p. 729.

CE, 28 septembre 1945, *Sieur Boué* ; *Recueil CE*, p. 196.

CE, 28 février 1947, *Sieur Beauzet* ; *Recueil CE*, p. 84.

CE, 21 janvier 1949, *Sieur Trouvé* ; *Recueil CE*, p. 29.

CE, Ass., 30 mars 1962, *Sieur Bertaux* ; *Recueil CE*, p. 237.

CE, Sect., 29 janvier 1982, *S.A. Feudor-France* ; *Recueil CE*, p. 40.

CE, 24 mars 1982, *Société Legrand* ; *Recueil CE*, p. 544.

CE, 9 octobre 1996, *Société Prigest* ; *Recueil CE*, p. 690.

CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier* ; *Recueil CE*, p. 399 ; *D.* 2000, p. 62, obs. M. BOIZARD ; *JCP G* 2000, II, 10627, note F. SUDRE ; *AJDA* 2000, p. 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; *RTD com.* 2000, p. 405, obs. N. RONTCHEVSKY.

CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Benkerron* ; *Recueil CE*, p. 297 ; *AJDA* 2004, p. 1695, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RFDA* 2004, p. 913, concl. M. GUYOMAR, et p. 1130, note M. DEGOFFE et A. HACQUET ; *Droit administratif* 2004, comm. n° 155, note E. BREEN.

CE, 24 mars 2006, *SA Martell & Co* ; *Recueil CE*, p. 164 ; *JCP G* 2007, II, 10206, note B. BELDA.

CE, Sect., 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée* ; *Recueil CE*, p. 290 ; *Juris-Data* n° 2008-073910 ; *AJDA* 2008, p. 1812, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER.

CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM* ; *Recueil CE*, p. 25 ; *Gaz. Pal.* 2009, doct. p. 3489, note B. DU MARAIS et A. SÉE ; *RFDA* 2009, p. 259, concl. C. LEGRAS ; *AJDA* 2009, p. 583, chron. J.-J. LIEBER et A. BOTTEGHI.

CE, 23 avril 2009, *Compagnie Blue line* ; inédit, n° 314921 ; *Juris-Data* n° 2009-075324.

CE, 18 juillet 2011, *Thion c/ Agence française de lutte contre le dopage* ; inédit, n° 338390 ; *Juris-Data* n° 2011-017161.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, décision n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*.

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, décision n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988*.

Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; *RDP* 1989, p. 399, note L. FAVOREU.

Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; *RFDA* 1989, p. 671, note B. GENEVOIS.

Conseil constitutionnel, 25 février 1992, décision n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

Conseil constitutionnel, 13 août 1993, décision n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997, décision n° 97-395 DC, *Loi de finances pour 1998*.

Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, décision n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autre* ; *D.* 2012, p. 2382 ; *JCP E* 2012, 632 ; *AJDA* 2012, p. 1928, obs. D. POUPEAU.

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 8 juin 1976, requête n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, *Engel et a. c/ Pays-Bas*.

Cour EDH, 21 février 1984, requête n° 8544/79, *Oztürk c. RFA*.

§ 2. Les principes procéduraux pénaux appliqués à la voie administrative

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 24 avril 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 12-80331 ; *Gaz. Pal.* 2013, jur. p. 1639, note D. PIAU ; *LPA* 1^{er} juillet 2013, n° 130, p. 4, obs. O. DUFOUR ; *Procédures* 2013, comm. n° 222, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.

Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80332.

Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80335 ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 112, obs. J.-H. ROBERT.

Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80336.

Crim., 24 avril 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-80346.

Cour de cassation, Chambres civiles

Com., 21 juin 2011 ; *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *JCP E* 2011, 1506.

Com., 2 novembre 2011 ; *Bull. civ.* IV, n° 177 ; *JCP E* 2011, 1812.

Com., 14 février 2012 ; *Bull. civ.* IV, n° 32.

Conseil d'État

CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Tromprier-Gravier* ; *Recueil CE*, p. 133 ; *D.* 1945, p. 110, note J. DE SOTO ; *RDP* 1944, p. 256, note G. JÈZE.

CE, Sect., 25 juin 1945, *Dame Veuve Corby* ; *Recueil CE*, p. 144.

CE, Sect., 9 novembre 1966, *Commune de Clobars-Carnoët* ; *Recueil CE*, p. 591 ; *D.* 1967, jur. p. 92, concl. BRAIBANT ; *AJDA* 1967, p. 34, chron. LECAT et MASSOT ; *RDP* 1967, p. 334, note M. WALINE.

CE, Sect., 16 mars 1984, *Moreteau* ; *Recueil CE*, p. 108 ; *D.* 1984, IR p. 483, note J.-P. THÉRON.

CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier* ; *Recueil CE*, p. 399 ; *D.* 2000, p. 62, obs. M. BOIZARD ; *JCP G* 2000, II, 10627, note F. SUDRE ; *AJDA* 2000, p. 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; *RTD com.* 2000, p. 405, obs. N. RONTCHEVSKY.

CE, 30 juillet 2003, *Société Dubus S.A.* ; inédit, n° 240884 ; *Juris-Data* n° 2003-066091 ; *AJDA* 2004, p. 26, note A. LAGET-ANNAMAYER.

CE, 24 mars 2006, *SA Martell & Co* ; *Recueil CE*, p. 164 ; *JCP G* 2007, II, 10206, note B. BELDA.

CE, 26 mars 2008, *Oliviero* ; inédit, n° 295801 et 295802 ; *Juris-Data* n° 2008-073349.

CE, 29 octobre 2009, *Société Air France c/ ACNUSA* ; inédit, n° 312825 et 312826 ; *Juris-Data* n° 2009-012850.

CE, 8 novembre 2010, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance* ; inédit, n° 329384 et 330042 ; *Juris-Data* n° 2010-020877.

CE, 15 juin 2011, *Assoc. Justice pour toutes les familles* ; inédit, n° 347581 ; *Juris-Data* n° 2011-011751.

CE, 19 juillet 2011, *Lagarde c/ min. Agr.* ; inédit, n° 326610 et 326611 ; *Juris-Data* n° 2011-014679.

Juridictions du fond

CA Paris, 16 juin 2009, n° 2008/01540, *Société Colas Midi-Méditerranée*.

CA Paris, 5 janvier 2010, n° 2009/02679, *Société d'exploitation de l'entreprise Ponsaty, Société transports Cerdans*.

CA Paris, 17 juin 2010, n° 09/12774, *Stés Aujourd'hui Sport, Le Parisien libéré, Editions PA, Medias, Intra-Press, L'Équipe* ; *Juris-Data* n° 2010-009671.

Tribunal des conflits

Tribunal des conflits, 2 mai 2011, n° 3766, *Société Europe Finance et industrie* ; *Juris-Data* n° 2011-007963 ; *AJDA* 2012, p. 580, obs. M. LOMBARD ; *Droit administratif* 2011, comm. n° 89, note G. ECKERT.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, décision n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*.

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, décision n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982* ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, 199, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Revue administrative* 1983, p. 142, note M. DE VILLERS.

Conseil constitutionnel, 11 octobre 1984, décision n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* ; *Pouvoirs* 1984, n° 33, 163, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *RDP* 1986, p. 395, note L. FAVOREU ; *AJDA* 1984, p. 684, note J.-J. BIENVENU.

Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* ; *AJDA* 1987, p. 315, note J. CHEVALLIER ; *RFDA* 1987, p. 287, note B. GENEVOIS et L. FAVOREU ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET ; *Revue Administrative* 1988, p. 29, note J.-M. SOREL.

Conseil constitutionnel, 19 janvier 1988, décision n° 87-240 DC, *Loi sur les bourses de valeurs* ; *RDP* 1989, p. 399, L. FAVOREU.

Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; *RDP* 1989, p. 399, note L. FAVOREU.

Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; *RFDA* 1989, p. 671, note B. GENEVOIS.

Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, décision n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*.

Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, décision n° 96-378 DC, *Loi de réglementation des télécommunications*.

Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

Conseil constitutionnel, 21 février 2008, décision n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* ; *D.* 2008, p. 1359, note Y. MAYAUD ; *RDP* 2008, p. 1381, note C. GHICA-LEMARCHAND.

Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, décision n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* ; *D.* 2009, p. 1170, note J.-M. BRUGUIÈRE, et p. 2045, note L. MARINO ; *JCP G* 2009, 101, note J.-P. FELDMAN et 274, note M. VERPEAUX ; *RSC* 2009, p. 609, note J. FRANCILLON.

Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, décision n° 2011-200 QPC, *Banque populaire Côte d'Azur* ; *D.* 2012, p. 1909, obs. H. SYNNET ; *JCP E* 2012, 1034, note Y. PAULOT ; *Constitutions* 2012, p. 337, obs. O. LE BOT ; *AJDA* 2012, p. 578, chron. M. LOMBARD ; *Revue droit bancaire et financier* 2012, alerte 1.

Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autres* ; *D.* 2012, p. 2382 ; *JCP E* 2012, 632 ; *AJDA* 2012, p. 1928, obs. D. POUPEAU.

Conseil constitutionnel, 7 décembre 2012, décision n° 2012-286 QPC, *Société Pyrénées services et autres* ; *D.* 2012, p. 2886, obs. A. LIENHARD ; *JCP G* 2013, 50, note N. GERBAY.

Conseil constitutionnel, 5 juillet 2013, décision n° 2013-331 QPC, *Société Numéricable SAS et autres* ; *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. n° 215, note D. BOSCO.

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79, *Piersack c/ Belgique*.

Cour EDH, 23 octobre 1995, requête n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*.

Cour EDH, 3 mai 2001, requête n° 31827/96, *J. B. c/ Suisse* ; *JCP G* 2001, I, 342, n° 13, obs. F. SUDRE.

Cour EDH, 10 février 2009, requête n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie* ; *D.* 2009, p. 2014, note J. PRADEL ; *AJDA* 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC* 2009, p. 675, obs. D. ROETS.

Cour EDH, 11 juin 2009, requête n° 5242/04, *Dubus SA c/ France* ; D. 2009, p. 2247, note A. COURET ; JCP E 2009, p. 2018, note P. PAILLER ; AJDA 2009, p. 1936, chron. J.-F. FLAUSS ; AJ Pénal 2009, p. 354, étude J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Revue droit bancaire et financier* juillet-août 2009, n° 111, obs. CRÉDOT et SAMIN.

Cour EDH, 5 avril 2012, requête n° 11663/04, *Chambaz c/ Suisse*.

Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 26 février 2013, n° C-617/10, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson* ; AJ Pénal 2013, p. 270, obs. C. COPAIN.

Section 2. L'intérêt limité de la voie administrative

§ 1. Une limite substantielle : la proximité des sanctions administratives et pénales

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 3 janvier 1979 ; *Bull. crim.*, n° 3 ; D. 1979, somm. p. 179, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim., 29 juin 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-87707.

Crim., 16 novembre 2010 ; inédit, pourvoi n° 10-82176.

Crim., 18 juin 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-86338 ; *Gaz. Pal.* 13 octobre 2013, p. 29, chron. E. DREYER ; *Droit pénal* 2013, comm. n° 144, note J.-H. ROBERT.

Juridictions du fond

Tribunal de police de Dijon, 7 août 1981 ; *RSC* 1982, p. 137, obs. P. BOUZAT.

Tribunal de police du Havre, 29 juin 1983 ; *Gaz. Pal.* 1983, somm. p. 423.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 11 juin 2010, décision n° 2010-6/7 QPC, *M Stéphane A. et autres*.

Conseil constitutionnel, 29 septembre 2010, décision n° 2010-40 QPC, *M. Thierry B.*

Conseil constitutionnel, 29 septembre 2010, décision n° 2010-41 QPC, *Société Cdiscount et autre* ; D. 2011, p. 54 et s., obs. B. BOULOC ; JCP G 2010, 1149, note A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU ; *Droit pénal* 2010, comm. n° 122, note J.-H. ROBERT ; *Communication commerce électronique* 2010, comm. n° 123, note A. DEBET.

Conseil constitutionnel, 3 février 2012, décision n° 2011-218 QPC, *M. Cédric S.*

Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 21 février 1984, requête n° 8544/79, *Oztürk c. RFA*.

Cour EDH, 1^{er} juillet 2008, requête n° 42250/02, *Calmanovici c/ Roumanie*.

Cour EDH, 26 février 2009, requête n° 28336/02, *Grifhorst c/France*.

§ 2. Une limite procédurale : la délicate détermination des organes en charge de la répression administrative des atteintes au consentement

Chapitre II. Un substitut privilégié : la voie civile

Section 1. Le renforcement du contenu de la voie civile

§ 1. Le renforcement du domaine de la voie civile

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 27 novembre 1990 ; *Droit pénal* 1991, comm. n° 83, note J.-H. ROBERT.

Crim., 1^{er} février 2000 ; *Bull. crim.*, n° 52 ; *D.* 2000, jur. p. 198, note C. RONDEY ; *Droit pénal* 2000, comm. n° 59, obs. J.-H. ROBERT ; *Contrats concurrence consommation* 2001, comm. n° 14, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 2000, p. 741, obs. B. BOULOC.

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ., 26 mars 1928 ; *D. H.* 1928, p. 270.

Civ., 23 novembre 1931 ; *D. P.* 1932, I, p. 129, note L. JOSSERAND.

Com., 18 juillet 1956 ; *Bull. civ.* III, n° 220.

Civ. 1^{ère}, 28 juin 1960 ; *Bull. civ.* I, n° 350.

Com., 4 novembre 1964 ; *Bull. civ.* IV, n° 479.

Civ. 1^{ère}, 26 mai 1965 ; *Bull. civ.* I, n° 347.

Soc., 5 juillet 1965 ; *Bull. civ.* IV, n° 545.

Civ. 3^{ème}, 6 novembre 1970 ; *JCP G* 1971, II, 16942, note J. GHESTIN ; *Deffrénois* 1971, 30005, spéc. p. 1264, chron. J.-L. AUBERT.

Soc., 3 octobre 1973 ; *Bull. civ.* V, n° 541.

Com., 5 mars 1974 ; *Bull. civ.* IV, n° 78.

Com. 15 mars 1976 ; *Bull. civ.* IV, n° 96.

Civ. 1^{ère}, 19 janvier 1977 ; *Bull. civ.* I, n° 40.

Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1979 ; *Bull. civ.* I, n° 34 ; *Deffrénois* 1980, 32236, spéc. p. 384, chron. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1981, p. 394, obs. F. CHABAS.

Civ. 3^{ème}, 3 février 1981 ; *D.* 1984, jur. p. 457, note J. GHESTIN.

Com. 2 juin 1981 ; *Bull. civ.* IV, n° 259 ; *Deffrénois* 1982, 32905, spéc. p. 996, chron. J.-L. AUBERT.

Civ. 1^{ère}, 14 juin 1989 ; *Bull. civ.* I, n° 240 ; *JCP G* 1991, II, 21632, note G. VIRASSAMY ; *D.* 1989, somm. p. 338, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1995, p. 98, obs. J. MESTRE.

Civ. 3^{ème}, 23 mai 1995 ; *Revue de Jurisprudence de Droit des affaires* 1995, n° 929.

Civ. 1^{ère} 27 juin 1995 ; *Bull. civ.* I, n° 287 ; *D.* 1995, jur. p. 621, note S. PIEDELIÈVRE ; *Deffrénois* 1995, 36210, spéc. p. 1416, chron. D. MAZEAUD ; *Contrats concurrence consommation* 1995, comm. n° 211, obs. G. RAYMOND ; *RTD civ.* 1996, p. 384, obs. J. MESTRE.

Civ. 1^{ère}, 10 juillet 1995 ; *D.* 1997, jur. p. 20, note P. CHAUVEL ; *RTD civ.* 1996, p. 390, obs. J. MESTRE.

Com., 27 février 1996 ; *Bull. civ.* IV, n° 65 ; *JCP G* 1996, II, 22665, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1996, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; *D.* 1996, jur. p. 518, note PH. MALAURIE ; *Deffrénois* 1996, 36399, spéc. p. 1205, note Y. DAGORNE-LABBE.

Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996 ; *Bull. civ.* I, n° 288 ; *D.* 1996, somm. p. 323, obs. PH. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 895, obs. J. MESTRE ; *Contrats concurrence consommation* 1996, comm. n° 181, obs. L. LEVENEUR.

Com. 22 octobre 1996 ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, jur. p. 121, note A. SÉRIAUX, et chron. p. 145, note C. LARROUMET, et somm. p. 175, obs. PH. DELEBECQUE ; *JCP G* 1997, II, 22881, note D. COHEN ; *Deffrénois* 1997, 36516, spéc. p. 333, chron. D. MAZEAUD.

Civ. 1^{ère}, 25 février 1997 ; *Bull. civ.* I, n° 75 ; *Gaz. Pal.* 1997, jur. p. 274, rapp. P. SARGOS ; *JCP G* 1997, I, 4025, obs. G. VINEY ; *Contrats concurrence consommation* 1997, comm. n° 76, et chron. n° 5 par L. LEVENEUR ;

Defrénois 1997, 36591, spéc. p. 751, chron. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN et p. 924, obs. J. MESTRE.

Civ. 1ère, 14 octobre 1997 ; *D.* 1997, IR, p. 236 ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. MESTRE.

Civ. 1ère, 3 mai 2000 ; *Bull. civ.* I, n° 131 ; *D.* 2002, somm. p. 928, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP G* 2000, I, 272, obs. G. LOISEAU ; *JCP G* 2001, II, 10510, note CH. JAMIN ; *JCP E* 2001, 1578, note P. CHAUVEL ; *Defrénois* 2000, 37237, spéc. p. 1110, chron. D. MAZEAUD, et p. 1114, chron. PH. DELEBECQUE ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 140, note L. LEVENEUR.

Civ. 1ère, 30 mai 2000 ; *Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.* 2000, jur. p. 879, note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2001, somm. p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; *Contrats concurrence consommation* 2000, comm. n° 142, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2000, 37237, spéc. p. 1124, chron. PH. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 863, obs. P.-Y. GAUTIER.

Civ. 3ème, 21 février 2001 ; *Bull. civ.* III, n° 20 ; *D.* 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD, et p. 3236, obs. L. AYNÈS ; *D.* 2002, p. 927, obs. C. CARON et O. TOURNAFOND ; *D.* 2003, p. 2023, chron. J. MOULY ; *JCP G* 2002, II, 10027, note CH. JAMIN ; *Defrénois* 2001, 37365, spéc. p. 703, chron. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2001, p. 353, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Civ. 1ère, 3 avril 2002 ; *Bull. civ.* I, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL, et somm. p. 2844, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2002, I, 184, obs. G. VIRASSAMY ; *Contrats concurrence consommation* 2002, comm. n° 121, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2002, 37607, spéc. p. 1246, chron. É. SAVAUX ; *Droit et patrimoine* 2002, n° 107, p. 26, étude G. LOISEAU.

Com., 29 avril 2002 ; *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *RTD civ.* 2002, p. 500, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Civ. 1ère, 25 novembre 2003 ; *Bull. civ.* I, n° 235.

Civ. 1ère, 7 décembre 2004 ; *Bull. civ.* I, n° 303 ; *JCP G* 2005, II, 10160, note N. RZEPECKI ; *JCP E* 2005, 1145, obs. A. CONSTANTIN ; *RDC* 2005, p. 323, obs. D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2005, p. 389, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Com. 14 juin 2005 ; *Bull. civ.* V, n° 130 ; *D.* 2005, AJ p. 1775, obs. A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2005, p. 774, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Civ. 1ère, 12 juillet 2005 ; *Bull. civ.* I, n° 327 ; *D.* 2005, AJ p. 2276, obs. X. DELPECH, et jur. p. 3094, note B. PARANCE ; *RTD com.* 2005, p. 820, obs. D. LEGEAIS.

Civ. 2ème, 5 octobre 2006 ; inédit, pourvoi n° 04-11179 ; *D.* 2007, p. 2215, note G. RAOUL-CORMEIL, et p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 44, note L. LEVENEUR.

Civ. 3ème, 17 janvier 2007 ; *Bull. civ.* III, n° 5 ; *D.* 2007, jur. p. 1051, note D. MAZEAUD et note PH. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G* 2007, II, 10042, note CH. JAMIN ; *Defrénois* 2007, 38562, spéc. p. 443, chron. É. SAVAUX ; *Contrats concurrence consommation* 2007, comm. n° 117, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2007, p. 703, obs. Y.-M. LAITHIER.

Com., 12 février 2008 ; *RDC* 2008, p. 730, obs. Y.-M. LAITHIER.

Com., 26 mars 2008 et 8 avril 2008 ; *RDC* 2008, p. 1177, obs. S. CARVAL.

Com., 24 juin 2008 ; *Bull. civ.* IV, n° 127.

Civ. 1ère, 30 avril 2009 ; *D.* 2009, AJ p. 1351, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E* 2009, p. 1583, note D. LEGEAIS.

Civ. 1ère, 14 mai 2009 ; *Bull. civ.* I, n° 95 ; *JCP G* 2009, 285, note M. BRUSORIO-AILLAUD.

Soc., 10 janvier 2010 ; inédit, pourvoi n° 08-42519.

Com., 2 février 2010 ; *Bull. civ.* IV, n° 32.

Civ. 1ère, 25 mars 2010 ; inédit, pourvoi n° 09-12895.

Civ. 1ère, 9 décembre 2010 ; *Bull. civ.* I, n° 254 et n° 255.

Civ. 3ème, 16 mars 2011 ; *Bull. civ.* III, n° 36 ; *JCP G* 2011, 566, obs. J. GHESTIN ; *Revue Lamy droit civil* 2011, n° 4228, obs. A. PAULIN ; *Defrénois* 2011, 40109, spéc. p. 1400, chron. J.-B. SEUBE.

Com., 7 juin 2011 ; *Bull. civ.* IV, n° 91 ; *D.* 2011, p. 2579, note M. CARTIER-FRÉNOIS ; *JCP G* 2011, 1141, note J. GHESTIN ; *JCP E* 2011, p. 1915, note S. LE GAC-PECH ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 208, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2011, p. 1148, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2011, p. 533, obs. B. FAGES.

Com., 13 septembre 2011 ; inédit, pourvoi n° 10-20644 ; *Revue de Droit Bancaire et Financier* 2011, comm. n° 204, note J. DJOUDI.

Civ. 1ère, 4 novembre 2011 ; *Bull. civ. I*, n° 193 ; *JCP E* 2012, 1006, note D. LEGEAIS.

Civ. 2ème, 15 décembre 2011 ; *Bull. civ. II*, n° 228.

Civ. 1ère, 8 mars 2012 ; *Bull. civ. I*, n° 49.

Com., 10 juillet 2012 ; *Bull. civ. IV*, n° 149 ; *LPA* 22 février 2013, n° 16, p. 5, obs. Y. OULD AKLOUCHE ; *JCP G* 2012, 1151, obs. J. GHESTIN ; *D.* 2012, p. 2772, note M. CAFFIN-MOI ; *D.* 2013, pan. p. 396, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *Revue Lamy Droit Civil* 2012, n° 4799, note É. POULIQUEN ; *RTD civ.* 2012, p. 725, obs. B. FAGES, et p. 732, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2013, p. 91, obs. O. DESHAYES.

Civ. 1ère, 11 septembre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-22389 ; *RDC* 2013, p. 62, obs. É. SAVAUX.

Civ. 1ère, 28 juin 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-17860 ; *Contrats concurrence consommation* 2012, comm. n° 251, note L. LEVENEUR.

Civ. 3ème, 9 octobre 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-23869 ; *D.* 2013, pan. p. 396, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI.

Com., 12 mars 2013 ; inédit, pourvoi n° 12-11970 ; *Droit des sociétés* 2013, comm. n° 78, obs. R. MORTIER ; *RDC* 2013, p. 873, obs. Y.-M. LAITHIER.

Cour de cassation, Chambre des requêtes

Req., 17 mai 1832 ; *S.* 1832, I, p. 849.

Req., 6 mai 1878 ; *D. P.* 1880, I, p. 12.

Req., 27 avril 1887 ; *D. P.* 1888, I, p. 263 ; *S.* 1887, I, p. 372.

Req., 19 janvier 1925 ; *D. H.* 1925, p. 77 ; *S.* 1925, I, p. 101.

Cour de cassation, Assemblée plénière

Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts) ; *LPA* 27 décembre 1995, n° 115, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *JCP G* 1996, II, 22565, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; *D.* 1996, jur. p. 13, note L. AYNÈS ; *Deffrénois* 1996, 36354, spéc. p. 747, chron. PH. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.

Cour de cassation, Chambre mixte

Ch. mixte, 29 juin 2007 ; *Bull. ch. mixte*, n° 7 et 8 ; *JCP G* 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; *D.* 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET, et p. 2081, note S. PIEDELIÈVRE ; *RTD civ.* 2007, p. 779, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2007, p. 579, obs. D. LEGEAIS.

Juridictions du fond

CA Amiens, 30 novembre 1954 ; *D.* 1955, jur. p. 420, note G. GABOLDE.

CA Colmar, 30 janvier 1970 ; *JCP G* 1971, II, 16609, note Y. LOUSSOUARN ; *D.* 1970, jur. p. 297, note E. ALFANDARI ; *Deffrénois* 1971, 29914, spéc. p. 892, chron. J.-L. AUBERT

CA Pau, 24 mai 1983 ; *RTD civ.* 1984, p. 709, obs. J. MESTRE.

§ 2. Le renforcement des sanctions civiles

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ., 6 mars 1876 ; *D.* 1876, I, p. 193 ; *S.* 1876, I, p. 161.

Civ. 1ère, 9 mars 1977 ; *Bull. civ. I*, n° 126.

Civ. 3ème, 11 janvier 1983 ; *Bull. civ. III*, n° 10 ; *D.* 1983, IR p. 465, obs. C. GIVERDON ; *JCP G* 1984, II, 20187, note A. BLAISSE ; *Deffrénois* 1983, 33093, spéc. p. 837, chron. H. SOULEAU.

Civ. 3ème, 1^{er} avril 1987 ; *Bull. civ.* III, n° 69 ; *JCP G* 1988, II, 21028, note A. BLAISSE ; *RTD civ.* 1987, p. 379, obs. C. GIVERDON ; *RTD civ.* 1988, p. 736, obs. J. MESTRE.

Civ. 1ère, 28 février 1989 ; *Bull. civ.* I, n° 97 ; *D.* 1989, IR p. 102.

Civ. 3ème, 12 janvier 1994 ; *Bull. civ.* III, n° 5 ; *JCP G* 1994, I, 3809, obs. G. VINEY ; *Defrénois* 1994, 35845, spéc. p. 804, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1994, p. 605, obs. J. MESTRE.

Com., 22 octobre 1996 ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, jur. p. 121, note A. SÉRIAUX, et chron. p. 145, note C. LARROUMET, et somm. p. 175, obs. PH. DELEBECQUE ; *JCP G* 1997, II, 22881, note D. COHEN ; *Defrénois* 1997, 36516, spéc. p. 333, chron. D. MAZEAUD.

Civ. 2ème, 28 octobre 1999 ; *RTD civ.* 2000, p. 162, n° 6, obs. R. PENOT.

Civ. 2ème, 7 mars 2006 ; *Bull. civ.* II, n° 63 ; *D.* 2006, IR p. 807 ; *D.* 2008, pan. p. 127, obs. H. GROUDEL ; *RDC* 2007, p. 223, obs. J. ROCHFELD.

Civ. 3ème, 21 juin 2006 ; *Bull. civ.* III, n° 159 ; *D.* 2006, pan. p. 2765, obs. CH. ATIAS ; *JCP G* 2006, I, 178, obs. H. PÉRINET-MARQUET.

Civ. 3ème, 13 septembre 2006 ; *Bull. civ.* III, n° 178.

Civ. 2ème, 25 février 2010 ; *Bull. civ.* II, n° 43 ; *D.* 2010, p. 708 ; *RDC* 2010, p. 814, obs. Y.-M. LAITHIER.

Civ. 3ème, 28 avril 2011 ; *Bull. civ.* III, n° 61 et n° 62 ; *JCP G* 2011, 1298, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *D.* 2011, AJ p. 1350, obs. Y. ROUQUET ; *Loyers et copropriété* 2011, comm. n° 223, obs. G. VIGNERON.

Civ. 2ème, 9 février 2012 ; inédit, pourvoi n° 11-13707 ; *Gaz. Pal.* 2012, jur. p. 1570, chron. B. BURY.

Juridictions du fond

T. com. Lille, 7 septembre 2011 ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 234, obs. N. MATHEY.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils* ; *D.* 2011, chron. p. 392, note M. CHAGNY, et p. 415, note Y. PICOD ; *JCP E* 2011, 1136, note D. MAINGUY ; *Contrats concurrence consommation* 2011, comm. n° 62, note N. MATHEY ; *AJ Pénal* 2011, jur. p. 191, obs. J.-B. PERRIER ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2011, p. 655, obs. B. BOULOC.

Section 2. Le renforcement de l'attractivité de la voie civile

§ 1. Les progrès réalisés par l'action de groupe

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ., 1ère, 26 mai 2011 ; *Bull. civ.* I, n° 98 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3046, note F. FORSTER et J.-M. SANTONJA ; *D.* 2011, p. 1884, note N. DUPONT ; *D.* 2012, p. 849, obs. E. POILLOT ; *JCP G* 2011, 1397, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Revue Lamy Droit Civil* 2011, n° 4323, obs. L. RASCHEL ; *Communication commerce électronique* 2011, comm. n° 77, note A. DEBET ; *Revue droit bancaire et financier* 2011, comm. n° 156, obs. X. LAGARDE ; *RDC* 2011, p. 1252, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2012, p. 151, note C. PELLETIER ; *RTD com.* 2011, p. 627, obs. B. BOULOC.

Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionnel, 22 octobre 1982, décision n° 84-144 DC, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*.

Conseil constitutionnel, 25 juillet 1989 ; *Droit social* 1989, p. 627 ; *AJDA* 1989, p. 796, note F. BENOIT-ROHMER.

Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ Invitel Távközlési Zrt.* ; JCP G 2012, 840, note G. PAISANT.

§ 2. Les regrets laissés par l'action de groupe

Cour de cassation, Chambres civiles

Civ., 1ère, 26 mai 2011 ; *Bull. civ.* I, n° 98 ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 3046, note F. FORSTER et J.-M. SANTONJA ; *D.* 2011, p. 1884, note N. DUPONT ; *D.* 2012, p. 849, obs. E. POILLOT ; *JCP G* 2011, 1397, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Revue Lamy Droit Civil* 2011, n° 4323, obs. L. RASCHEL ; *Communication commerce électronique* 2011, comm. n° 77, note A. DEBET ; *Revue droit bancaire et financier* 2011, comm. n° 156, obs. X. LAGARDE ; *RDC* 2011, p. 1252, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2012, p. 151, note C. PELLETIER ; *RTD com.* 2011, p. 627, obs. B. BOULOC.

Conclusion générale

Cour de cassation, Chambre criminelle

Crim., 19 juin 2013 ; à paraître au bulletin, pourvoi n° 12-83031 ; *Gaz. Pal.* 4-8 août 2013, p. 9, note R. MÉSA, et 13-15 octobre 2013, p. 36, chron. E. DREYER ; *JCP G* 2013, 933, note S. DETRAZ ; *D.* 2013, p. 1936, note G. BEAUSSONIE ; *AJ Pénal* 2013, jur. p. 608, obs. J. GALLOIS ; *RPDP* 2013, p. 650, chron. PH. CONTE.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	11
ABRÉVIATIONS, ACRONYMES ET LATINISMES.....	13
INTRODUCTION.....	17
PARTIE I. ÉTENDUE DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....	63
TITRE I. LES MANIFESTATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....	65
CHAPITRE I. L'INFLATION PÉNALE.....	67
SECTION 1. LA PÉNALISATION DE LA TROMPERIE DU CONSENTEMENT.....	67
§ 1. La pénalisation classique de la tromperie du consentement.....	68
A. L'incrimination classique de la tromperie au stade de la formation du contrat : l'escroquerie.....	69
1. <i>La finalité nouvelle d'une protection de l'intégrité du consentement.....</i>	<i>70</i>
2. <i>La finalité maintenue d'une protection du droit de propriété.....</i>	<i>79</i>
B. Les incriminations classiques de la tromperie au stade de l'exécution du contrat : les détournements.....	84
1. <i>L'incrimination d'abus de confiance.....</i>	<i>84</i>
a. <i>La protection discutée de la propriété.....</i>	<i>84</i>
i. <i>La certitude : la finalité traditionnelle de la protection du droit de propriété.....</i>	<i>85</i>
ii. <i>Les doutes : les évolutions jurisprudentielles incompatibles avec la protection du droit de propriété.....</i>	<i>89</i>
a. <i>Les éléments contournables de remise en cause de la protection de la propriété.....</i>	<i>89</i>
β. <i>Les éléments dirimants de remise en cause de la protection de la propriété.....</i>	<i>93</i>
b. <i>La protection certaine de la confiance.....</i>	<i>96</i>
2. <i>Les incriminations voisines de l'abus de confiance.....</i>	<i>100</i>
§ 2. La pénalisation renouvelée de la tromperie du consentement.....	103
A. L'inspiration consumériste de la pénalisation de la tromperie du consentement.....	104
1. <i>Les prémices de la pénalisation d'inspiration consumériste de la tromperie du consentement : les fraudes et falsifications.....</i>	<i>104</i>
a. <i>La protection directe du consentement contractuel par le délit de tromperie.....</i>	<i>105</i>
b. <i>La protection indirecte du consentement contractuel par le délit de falsification.....</i>	<i>109</i>
2. <i>La plénitude de la pénalisation d'inspiration consumériste de la tromperie du consentement.....</i>	<i>110</i>
a. <i>La réglementation pénale des pratiques commerciales trompeuses.....</i>	<i>111</i>
b. <i>La réglementation pénale des contrats de consommation.....</i>	<i>122</i>

B. L'inspiration concurrentielle de la pénalisation de la tromperie du consentement	127
1. <i>La protection surprenante du consentement des consommateurs</i>	128
2. <i>La protection naturelle du consentement des professionnels</i>	135
SECTION 2. LA PÉNALISATION DE LA NÉGATION DU CONSENTEMENT.....	137
§ 1. La pénalisation du forçage du consentement.....	138
A. La pénalisation classique du forçage du consentement.....	138
B. La pénalisation renouvelée du forçage du consentement.....	144
1. <i>Une dépenalisation relative</i>	145
2. <i>Une pénalisation massive</i>	150
a. <i>Les abus de faiblesse</i>	151
i. <i>L'incrimination consumériste d'abus de faiblesse</i>	151
ii. <i>L'incrimination générale d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse</i>	152
iii. <i>Les incriminations d'abus de vulnérabilité</i>	156
b. <i>Les pratiques commerciales agressives</i>	158
§ 2. La pénalisation du refus du consentement.....	162
A. La pénalisation hésitante du refus de contracter pour des motifs économiques...163	
B. La pénalisation croissante du refus de contracter pour des motifs discriminatoires	166
CHAPITRE II. LES FACILITÉS PROCÉDURALES	173
SECTION 1. LES FACILITÉS TENANT AUX MODALITÉS DE POURSUITE.....	173
§ 1. La prescription retardée de l'action publique.....	174
§ 2. La réponse pénale négociée.....	179
SECTION 2. LES FACILITÉS TENANT AUX ORGANES DE POURSUITE.....	186
§ 1. Des organes judiciaires spécialisés.....	187
A. Le principe de la spécialisation des juridictions en matière économique et financière.....	187
B. Le domaine de la spécialisation des juridictions en matière économique et financière.....	190
§ 2. Des organes judiciaires relayés.....	193
A. Les relais administratifs.....	193
1. <i>Le rôle des autorités administratives indépendantes</i>	193
a. <i>Le rôle de l'Autorité de la concurrence</i>	194
b. <i>Le rôle du Défenseur des droits</i>	196
2. <i>Le rôle de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i>	201
B. Les relais associatifs.....	206
1. <i>Le rôle des associations spécialisées en matière de consommation</i>	206
a. <i>La défense de l'intérêt collectif des consommateurs</i>	207
b. <i>La défense des intérêts individuels de plusieurs consommateurs</i>	210
2. <i>Le rôle des associations spécialisées en matière de discrimination</i>	211

TITRE II. LES IMPLICATIONS DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU
CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....217

CHAPITRE I. LES IMPLICATIONS SUR LA QUALITÉ DE L'INCRIMINATION.....219

SECTION 1. LA DÉNATURATION DE L'ÉLÉMENT LÉGAL.....219

SECTION 2. LA DÉNATURATION DE L'ÉLÉMENT MATÉRIEL.....222

§ 1. L'imprécision des textes.....225

§ 2. La complexité des textes : l'utilisation excessive de la technique du renvoi.....231

SECTION 3. LA DÉNATURATION DE L'ÉLÉMENT MORAL.....234

§ 1. L'élément moral supprimé.....236

§ 2. L'élément moral présumé.....238

CHAPITRE II. LES IMPLICATIONS SUR LA VALIDITÉ DU CONTRAT.....243

SECTION 1. LES IMPLICATIONS PROCÉDURALES DE LA PÉNALISATION SUR LA VALIDITÉ DU
CONTRAT.....244

§ 1. La simple faculté du juge saisi à fins civiles de surseoir à statuer.....245

§ 2. L'influence de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil quant à la validité
du contrat.....249

SECTION 2. LES IMPLICATIONS SUBSTANTIELLES DE LA PÉNALISATION SUR LA VALIDITÉ DU
CONTRAT.....253

§ 1. L'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de la nullité.....255

A. Constat de l'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de la nullité.....256

1. *L'influence théorique de la pénalisation sur l'objet du contrat.....256*

2. *L'influence substantielle de la pénalisation sur la cause du contrat.....259*

3. *L'influence affirmée de la pénalisation sur l'ordre public contractuel.....263*

B. Appréciation de l'influence de la pénalisation sur les cas d'ouverture de la nullité
.....268

§ 2. L'influence de la pénalisation sur le régime de la nullité.....272

A. L'influence de la pénalisation sur la détermination des demandeurs en nullité.....272

B. L'influence de la pénalisation sur l'étendue de la nullité.....278

**PARTIE II. LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION DES ATTEINTES AU
CONSENTEMENT DANS LE CHAMP CONTRACTUEL.....283**

TITRE I. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION.....287

CHAPITRE I. LA RÉPARTITION DU CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION.....289

SECTION 1. LA RÉPARTITION ORGANIQUE DU CONTRÔLE.....289

§ 1. Le rôle inexistant du législateur dans le contrôle de légitimité pénale.....290

§ 2. Le rôle limité des contrôles supra-législatifs de légitimité pénale.....	292
A. Le contrôle de conventionnalité inapplicable à la pénalisation des atteintes au consentement contractuel.....	293
B. Le contrôle de constitutionnalité minimal de légitimité pénale.....	294
 SECTION 2. LA RÉPARTITION SECTORIELLE DU CONTRÔLE.....	302
§ 1. Le contrôle impossible de légitimité du droit pénal autonome.....	303
A. Les tentatives doctrinales de définition du droit pénal naturel.....	304
1. <i>Le courant de pensée relativiste</i>	304
a. <i>L'objection relativiste à la définition classique du droit pénal naturel</i>	304
b. <i>L'objection relativiste à la définition positiviste du droit pénal naturel</i>	305
2. <i>Le courant de pensée constructiviste</i>	306
3. <i>La définition du droit pénal naturel par R. GASSIN : la référence à la notion de « valeur-moyen »</i>	307
B. Bilan des tentatives doctrinales de définition du droit pénal naturel.....	310
§ 2. Le contrôle opportun de légitimité du droit pénal auxiliaire.....	312
 CHAPITRE II. LES CRITÈRES DU CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION.....	319
 SECTION 1. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE L'INCRIMINATION.....	319
§ 1. Le contrôle de l'utilité de l'incrimination.....	320
A. Les incriminations inutiles.....	321
B. Les incriminations contradictoires.....	328
1. <i>Les incriminations contradictoires en matière de tromperie du consentement</i>	330
2. <i>Les incriminations contradictoires en matière de forçage du consentement</i>	331
3. <i>Les incriminations contradictoires en matière de refus du consentement</i>	337
§ 2. Le contrôle de l'incrimination d'une faute pénale.....	340
A. L'affirmation de l'exigence d'une faute pénale.....	340
1. <i>La nécessité de la faute pénale</i>	340
2. <i>La nature de la faute pénale</i>	343
a. <i>La nature de la faute pénale intentionnelle</i>	345
b. <i>La nature de la faute pénale non-intentionnelle : la négligence lourde</i>	346
B. L'application de l'exigence d'une faute pénale.....	348
1. <i>Les cas indiscutables de satisfaction du critère de la faute</i>	348
2. <i>Les cas discutables de satisfaction du critère de la faute</i>	351
 SECTION 2. LE CONTRÔLE DE LÉGITIMITÉ DE LA PEINE : LE CRITÈRE DE L'EFFICACITÉ.....	356
§ préliminaire. Une fonction discutée : la rétribution.....	359
§ 1. Une fonction essentielle : la prévention.....	361
A. Prédominance de l'aspect préventif de la sanction pénale sur la sanction civile...363	
1. <i>Le faible effet dissuasif des sanctions civiles classiques</i>	363
a. <i>La dissuasion limitée de la responsabilité civile</i>	363
b. <i>La dissuasion limitée de la nullité</i>	365
2. <i>L'effet dissuasif satisfaisant des sanctions civiles spécifiques</i>	366
B. Équivalence de l'aspect préventif des sanctions pénales et administratives.....	374
§ 2. Une fonction secondaire : l'expression de valeurs.....	376

TITRE II. LA DÉPÉNALISATION DU DROIT PÉNAL ILLÉGITIME.....	381
CHAPITRE I. UN SUBSTITUT DISCUTÉ : LA VOIE ADMINISTRATIVE.....	383
SECTION 1. LE RECOURS ENVISAGEABLE À LA VOIE ADMINISTRATIVE.....	384
§ 1. Les principes substantiels pénaux appliqués à la voie administrative.....	387
§ 2. Les principes procéduraux pénaux appliqués à la voie administrative.....	389
SECTION 2. L'INTÉRÊT LIMITÉ DE LA VOIE ADMINISTRATIVE.....	398
§ 1. Une limite substantielle : la proximité des sanctions administratives et pénales.	399
§ 2. Une limite procédurale : la délicate détermination des organes en charge de la répression administrative des atteintes au consentement.....	409
CHAPITRE II. UN SUBSTITUT PRIVILÉGIÉ : LA VOIE CIVILE.....	413
SECTION 1. LE RENFORCEMENT DU CONTENU DE LA VOIE CIVILE.....	414
§ 1. Le renforcement du domaine de la voie civile.....	414
A. L'adaptation de la théorie des vices du consentement.....	415
1. <i>L'adaptation limitée de l'erreur et de la lésion à la sanction des atteintes au consentement</i>	415
a. <i>L'adaptation limitée de l'erreur à la sanction des atteintes au consentement</i>	416
b. <i>L'adaptation limitée de la lésion à la sanction des atteintes au consentement</i>	418
2. <i>L'adaptation nécessaire du dol et de la violence</i>	421
a. <i>L'adaptation nécessaire du dol</i>	422
b. <i>L'adaptation nécessaire de la violence</i>	426
B. La rationalisation des nouvelles formes de protection du consentement.....	431
1. <i>La rationalisation des obligations d'information</i>	432
2. <i>La rationalisation du formalisme informatif</i>	439
§ 2. Le renforcement des sanctions civiles.....	444
A. L'exclusion des sanctions civiles punitives.....	445
1. <i>L'exclusion des amendes civiles</i>	445
2. <i>L'exclusion des peines privées</i>	448
B. Le renforcement des mesures civiles préexistantes.....	453
1. <i>Les mesures civiles prévenant les atteintes au consentement : les injonctions</i>	454
2. <i>Les sanctions civiles réparant les atteintes au consentement</i>	456
a. <i>Le renforcement des sanctions civiles préexistantes</i>	456
b. <i>La création d'une sanction civile originale : la régularisation</i>	461
SECTION 2. LE RENFORCEMENT DE L'ATTRACTIVITÉ DE LA VOIE CIVILE.....	465
§ 1. Les progrès réalisés par l'action de groupe.....	466
A. Un progrès nécessaire à l'attractivité de la voie civile.....	466
B. Un progrès certain de l'attractivité de la voie civile.....	471
§ 2. Les regrets laissés par l'action de groupe.....	480
A. Les regrets tenant au domaine de l'action de groupe.....	480
B. Les regrets tenant aux initiateurs de l'action de groupe.....	483

1. <i>La question de l'exclusivité de la compétence des associations agréées et représentatives</i>	483
2. <i>La question du financement des associations agréées et représentatives</i>	485
CONCLUSION GÉNÉRALE	489
INDEX ALPHABÉTIQUE	493
BIBLIOGRAPHIE	501
TABLE DES MATIÈRES	561